**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE**

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

**CONTRA**

**EXIPLAST S.A.S**

**RADICADO No. 134053**

**BOGOTÁ D.C. 21 DE FEBRERO DE 2023**

# LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 21 de febrero de 2023

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el tribunal arbitral integrado por los árbitros **JORGE ERNESTO OVIEDO ALBÁN,** Presidente, **CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO** y **MARGOTH PERDOMO RODRÍGUEZ**, con la secretaría de **ADRIANA MARÍA ZAPATA VARGAS**, a dictar el laudo que pone fin al proceso y resuelve las diferencias surgidas entre **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S - PROCOMSA S.A.S.**, como parte convocante, y **EXPILAST S.A.S.,** como parte convocada.

El presente laudo se profiere en derecho, por unanimidad y dentro del término establecido para el efecto por la ley.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LAS PARTES Y SUS APODERADOS

**LA CONVOCANTE**: PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S - PROCOMSA S.A.S., en adelante "PROCOMSA" o la "Convocante", sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 900465934 – 4, representada por el señor DANIEL RICARDO ESPINOSA CUELLAR y cuyo apoderado judicial es el doctor LEONARDO DÍAZ SÁNCHEZ.

**LA CONVOCADA**: EXPILAST S.A.S., en adelante "EXIPLAST" o la "Convocada", sociedad legalmente constituida, identificada con NIT. 860041889 – 6, representada por el señor EDUARDO ENRIQUE ORTIZ ARANGO y cuyo apoderado judicial es el doctor GUSTAVO ADOLFO RODRÍGUEZ CUADROS.

### 2. CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Contrato de obra civil No. CCM-017-13, cuya copia se encuentra en el documento denominado "18_3 Oferta de Obra 26-11-2007.pdf" que se halla en el folio 246 del archivo denominado "01_DEMANDA PROCOMSA" que se encuentra en el Cuaderno Principal 1.

## 3. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria establecida por las partes en la oferta antes mencionada y su correspondiente aceptación, es del siguiente tenor:

> *"TRIGÉSIMA: CLÁUSULA COMPROMISORIA (ARBITRAMENTO) – Con la aceptación del presente Contrato Civil de Obra 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 Civil de Obra, 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 alegrada por EL CONTRATISTA como excepción para no intervenir en aquellos procesos en los cuales deba responder de conformidad con este Contrato Civil de Obra"*[1].

## 4. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

El presente trámite arbitral se desarrolló con apego a las normas procesales establecidas en la Ley 1563 de 2012 y al Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en lo aplicable, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales.

[1] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA", página 246.

### 4.1. Demanda arbitral

El 3 de noviembre de 2021, PROCOMSA presentó, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral para que se resolvieran en derecho las diferencias surgidas con EXIPLAST.

### 4.2. Designación de los árbitros

Por sorteo público fueron designados los árbitros JORGE ERNESTO OVIEDO ALBÁN, MARGOTH PERDOMO RODRÍGUEZ y CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá comunicó a los árbitros su designación y estos aceptaron de manera oportuna y cumplieron con el deber de información establecido en la ley.

### 4.3. Instalación

El 12 de enero de 2022 se llevó a cabo la audiencia de instalación, por medios electrónicos. En ella se designó como presidente del tribunal al doctor JORGE ERNESTO OVIEDO ALBÁN, se nombró secretario Ad-hoc al doctor GABRIEL MEJÍA GARCÍA, se declaró legalmente instalado el Tribunal, se designó como secretaria a la doctora ADRIANA MARIA ZAPATA VARGAS, se fijó sede del proceso y de la secretaría y se reconoció personería a los apoderados de las partes. La secretaria aceptó su designación y cumplió con el deber de información sin que se presentara reparo alguno por las partes, con lo cual, fue posesionada en su cargo el 21 de enero de 2022.

### 4.4. Trámite de la demanda

Mediante auto No. 2 de 12 de enero de 2022, el tribunal inadmitió la demanda arbitral. PROCOMSA, presentó escrito de subsanación el 14 de enero de 2022, por lo cual, mediante auto No. 3 de 21 de enero de 2022, el Tribunal admitió la demanda subsanada.

El auto admisorio fue notificado el 24 de enero de 2022 a las partes, a quienes también se les compartió el expediente digital del proceso. Además, se corrió traslado de la demanda y sus anexos a EXIPLAST por el término de veinte (20) días hábiles.

El 18 de febrero de 2022, la Convocada presentó escrito de contestación de la demanda en el que formuló excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio. El 25 de febrero de 2022,

la Convocante descorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas por EXIPLAST y se pronunció frente a la objeción presentada contra el juramento estimatorio.

Mediante auto No. 4 de 28 de febrero de 2022, el tribunal fijó el 18 de marzo de 2022 como fecha y hora para la realización de la audiencia de conciliación del proceso.

### 4.5. Audiencia de conciliación y fijación de gastos y honorarios

El 18 de marzo de 2022, el Tribunal realizó control de legalidad de la actuación procesal mediante auto número 5 y, posteriormente, dio inicio a la audiencia de conciliación, sin que pudiera llegarse a un arreglo en dicha oportunidad. En consecuencia, el Tribunal, mediante auto número 7 fijó los gastos y honorarios del proceso.

Los honorarios fueron consignados por ambas partes dentro de la oportunidad establecida en la ley, por lo cual, por auto número 8 se fijó fecha y hora para la realización de la primera audiencia de trámite.

### 4.6. Primera audiencia de trámite

El 29 de abril de 2022, se realizó la primera audiencia de trámite del proceso arbitral. En ella, mediante Auto No. 10 que quedó en firme sin recursos, el tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias puestas a su conocimiento. Posteriormente, mediante auto No. 11, el tribunal resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes.

### 4.7. Etapa probatoria

La instrucción del proceso se adelantó desde el 29 de abril de 2022 hasta el 2 de agosto de 2022, fecha en la cual se profirió el auto No. 29, mediante el cual se realizó el control de legalidad de la actuación procesal y se declaró cerrada la etapa probatoria.

### 4.8. Alegatos de las Partes

El 21 de septiembre de 2022 el tribunal escuchó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión y realizó control de legalidad de la actuación procesal sin que las partes presentaran reparo alguno.

## 5. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL

### 5.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En su demanda subsanada, PROCOMSA formuló las siguientes pretensiones:

> *"1. Que se declare la existencia del contrato civil de obra No. CCM-017-13, suscrito entre **PROCOMSA S.A.S** y **EXIPLAST S.A**, con el objeto y alcance de ejecutar los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de **Ecoplaza Centro Comercial**, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera, bajo la naturaleza de una obligación de resultado.*
>
> *2. Que se declare que **EXIPLAST S.A** incumplió con las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, con las relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de **Ecoplaza Centro Comercial**, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera.*
>
> *3. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare **CONTRACTUALMENTE** responsable a **EXIPLAST S.A** por los daños materiales causados a **PROCOMSA SAS**, identificada con Nit. 900.465.934-4, producto del incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, con las relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de **Ecoplaza Centro Comercial**, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera.*
>
> *4. Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad civil **CONTRACTUAL** y a título de **INDEMINIZACIÓN DE PERJUICIOS**, se ordene a **EXIPLAST S.A** a reconocer y pagar a favor de **PROCOMSA SAS**, identificada con Nit. 900.465.934-4, los siguientes conceptos:*
>
> *o **Por Daño Emergente**: La suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE ($368.294.821)**, correspondiente al saldo del costo dictaminado e indexado para el reemplazo de la fachada de EL PROYECTO, conforme a lo indicado en el dictamen pericial que se aporta como prueba $423.386.637,4, después de descontar el valor reconocido por la aseguradora por el amparo de estabilidad de $55.091.816.*
>
> *$423.386.637,4 - $55.091.816 = **$368.294.821***
>
> *o **Intereses de Mora**: Por los intereses de mora sobre la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL***

***OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE ($368.294.821),*** *correspondiente al saldo del costo dictaminado e indexado para el reemplazo de la fachada de* ***EL PROYECTO****, conforme a lo indicado en el dictamen pericial que se aporta como prueba $423.386.637,4, después de descontar el valor reconocido por la aseguradora por el amparo de estabilidad de $55.091.816, liquidados desde el 8 de diciembre de 2020 (fecha de terminación del contrato de obra 75-20 celebrado entre la demandante y A-VENTUS SAS.*

***En subsidio de la pretensión anterior****:*

*o* ***Intereses de Mora sobre la condena impuesta****: Un interés de mora a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera sobre la suma de la condena que se fije en caso Sub – Judice, desde la fecha de ejecutoria del fallo y hasta la fecha efectiva del pago por parte de la demandada.*

*5. Que se condene en costas y gastos procesales a la demandada* ***EXIPLAST S.A****"*[2]*.*

Para soportar sus pretensiones, la Convocante relató los hechos que obran en el escrito de subsanación de la demanda[3].

## 5.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, EXIPLAST, formuló las siguientes 'excepciones de mérito' que se encuentran en su escrito de contestación de la demanda, y que denominó de la siguiente manera[4]: 1. "El artículo 2060 del Código Civil y la Ley 1480 de 2011 no son aplicables a este caso", 2. "Imposibilidad de controvertir las pruebas", 3. "Sobre la garantía de estabilidad de la obra".

En su escrito de contestación, la Convocada formuló reparos contra el juramento estimatorio.

## 6. LAS PRUEBAS

Con base en las pruebas oportunamente solicitadas por las partes, el Tribunal, mediante auto No. 11 de 29 de abril de 2022, que quedó en firme sin recursos, decretó las siguientes:

[2] Cuaderno Principal 2. Archivo "02_Subsanacion_demanda_Procomsa_20220114.pdf"

[3] *Ibidem.*

[4] Cuaderno principal 2. Archivo "07_Contestacion_Exiplast_20220218.pdf".

### 6.1. Pruebas solicitadas por PROCOMSA:

A. Documentales:

Los relacionados en el escrito de demanda subsanada de 14 de enero de 2022 aportados con el escrito de demanda inicial que se encuentran en el cuaderno principal No 1, en el archivo denominado “01_DEMANDA PROCOMSA” y los relacionados en el escrito de 25 de febrero de 2022 en el que PROCOMSA descorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas por EXIPLAST en su contestación de la demanda y que se encuentran en el cuaderno de pruebas del expediente en la carpeta de medios magnéticos a la que le corresponde el folio No. 3.

B. Interrogatorio de parte de EXIPLAST S.A.S.

Se decretó y ordenó la práctica del interrogatorio de parte del representante legal de EXIPLAST S.A.S.

C. Declaración de Parte de PROCOMSA S.A.S.

Se decretó y ordenó la práctica de la declaración de parte del representante legal de PROCOMSA S.A.S.

D. Testimonios:

Se decretó y ordenó la práctica de los testimonios de los señores: Paula Pinzón, Leonardo Ocampo, Claudia Liliana Perico Ramírez, Luis Gabriel Arenas, Angélica Carrero, Carolina Vera, Víctor Manuel Gómez, Luis Evelio García Loaiza, Uriya Zait, Ronen Kalisher

E. Dictamen Pericial:

Se decretó como prueba el dictamen pericial elaborado por el ingeniero civil LUIS ALBERTO ARIAS MARTÍNEZ, dictamen solicitado y aportado con el escrito de demanda subsanada e integrada, que se encuentra en el Cuaderno Principal No. 1. El Tribunal decretó el dictamen a pesar de la solicitud de la Convocada de negar el dictamen por no poderse presentar un dictamen de contradicción al haberse retirado la fachada del inmueble, aclarando que la contradicción se podía realizar interrogando al perito y mediante el análisis de un experto de la pericia presentada.

F. Oficio:

Se decretó como Oficio la prueba solicitada por PROCOMSA como prueba por informe en su escrito de demanda subsanada e integrada y se ordenó a Liberty Seguros S.A., remitir el "*informe técnico elaborado por el ajustador C.P CONSULTING SAS dentro de la reclamación de seguro de cumplimiento para particulares Póliza No. 2238830*".

### 6.2. Pruebas solicitadas por EXIPLAST:

A. Documentales:

Los documentos relacionados en el escrito de contestación de la demanda subsanada de 18 de febrero de 2022 que se encuentran en el cuaderno de pruebas del expediente en la carpeta de medios magnéticos a la que le corresponde el folio No. 2.

B. Declaración de Parte de EXIPLAST S.A.S.

Se decretó y ordenó la práctica de la declaración de parte del representante legal de EXIPLAST S.A.S.

C. Testimonios:

Se decretó y ordenó la práctica de los testimonios de los señores: Joan Arley Ortega, Darío Alejandro Santana Pineda y Luis Fernando Rodríguez.

## 7. DESARROLLO DE LA FASE PROBATORIA

### 7.1. Documentos

Las pruebas documentales aportadas por las partes fueron oportunamente incorporadas al expediente del proceso arbitral.

### 7.2. Oficio

El 29 de abril de 2022, mediante auto número 11, se ordenó a Liberty Seguros S.A., remitir el "*informe técnico elaborado por el ajustador C.P CONSULTING SAS dentro de la reclamación de seguro de cumplimiento para particulares Póliza No. 2238830*" a más tardar el 6 de mayo de 2022.

El 2 de mayo de 2022 se remitió aviso de notificación personal a Liberty Seguros S.A. La aseguradora, no atendió lo ordenado por el Tribunal en la fecha dispuesta, por lo cual, mediante auto número 15, el Tribunal la requirió para que cumpliera con lo ordenado.

### 7.3. Dictamen Pericial

El 29 de abril de 2022, mediante auto número 11, se puso en conocimiento de EXIPLAST el dictamen pericial de parte presentado por PROCOMSA.

El 3 de mayo de 2022, el apoderado de EXIPLAST solicitó el interrogatorio del perito de parte. El Tribunal, decretó la prueba mediante auto número 12 de 13 de mayo de 2022.

En audiencia realizada el 23 de junio de 2022, se practicó el interrogatorio del perito LUIS ALBERTO ARIAS MARTINEZ sobre el dictamen pericial presentado por PROCOMSA.

### 7.4. Testimonios

A través de mensaje de datos de 12 de mayo de 2022, remitido al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la señora Claudia Liliana Perico, presentó excusa para comparecer a rendir testimonio, la cual sustentó en que, a su juicio, no estaba obligada a declarar por su calidad de ajustadora. Mediante auto número 14 de 13 de mayo de 2022, el Tribunal reiteró el deber de declarar de la testigo y fijó nueva fecha para la práctica de dicha prueba.

El 13 de mayo de 2022 el tribunal recibió los testimonios de los señores Paula Lucía Pinzón García, Leonardo Fabio Ocampo Veloza y Joan Arley Ortega Correa. Los testigos Paula Pinzón y Leonardo Ocampo remitieron documentos a los que habían hecho referencia en sus declaraciones, por lo cual el Tribunal, mediante auto número 17, los puso en conocimiento de las partes por el término de 3 días. Dicho término venció en silencio.

El 16 de mayo de 2022, se practicaron los testimonios de los señores Victor Manuel Gómez Ucrós, Luis Gabriel Arenas Guzmán y July Carolina Vela Cárdenas.

En dicha fecha, el apoderado de la parte convocante desistió del testimonio de los señores Angélica Carrero y Ronen Kalisher. Los desistimientos fueron aceptados por el Tribunal mediante los autos números 18 y 19.

En audiencia realizada el 24 de mayo de 2022, se recibieron las declaraciones de Darío Alejandro Santana Pineda y Luis Fernando Rodríguez Valdés.

El 31 de mayo de 2022, el apoderado de la parte convocante remitió memorial por medio del cual desistió de los testimonios de Luis Evelio García Loaiza y Uriya Zait.

Los desistimientos fueron aceptados mediante auto número 25 proferido en audiencia del 23 de junio de 2022, oportunidad en la cual se escuchó la declaración de la señora Claudia Liliana Perico Ramírez.

### 7.5. Interrogatorios y declaraciones de las partes

En audiencia realizada el 2 de agosto de 2022, el Tribunal recibió las declaraciones de los representantes legales de ambas partes y practicó el interrogatorio de parte del representante legal de EXIPLAST.

## 8. TERMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

Según lo establecido por el artículo 10 del decreto legislativo 491 de 2020, el término de duración del proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite que concluyó el 29 de abril de 2022.

Conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, a dicho termino deben adicionarse los días hábiles durante los cuales el presente proceso ha estado suspendido. El término del proceso estuvo suspendido por 72 días hábiles por solicitud conjunta de las partes así:

| **Número de suspensión** | **Auto** | **Fechas** | **Días suspendidos** |
|---|---|---|---|
| Primera Suspensión | Auto No. 24 de 24 de mayo de 2022 | Entre el 1 y el 22 de junio de 2022. | 15 hábiles |
| Segunda Suspensión | Auto No. 26 de 23 de junio de 2022 | Entre el 24 de junio y el 31 de julio de 2022 | 12 días hábiles |
| Tercera Suspensión | Auto No. 28 de 14 de julio de 2022 | Entre el 15 de julio y el 1 de agosto de 2022 | 11 días hábiles |
| Cuarta Suspensión | Auto No. 30 de 2 de agosto de 2022 | Entre el 3 de agosto y el 20 de septiembre de 2022 | 34 días hábiles |
| | | **TOTAL**: | **72 días hábiles** |

En consecuencia, el término del proceso vence el 14 de abril de 2023, por lo que el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

## II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### 1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Advierte el Tribunal que se han cumplido cabalmente los presupuestos procesales requeridos para proferir laudo en derecho. En efecto, las partes acreditaron su existencia y representación legal y han comparecido al proceso por medio de sus representantes legales y apoderados judiciales cuyos poderes y facultades fueron debidamente reconocidos.

No se observa que el pacto arbitral adolezca de vicio alguno que afecte su validez y versa sobre asuntos de libre disposición. Las pretensiones y excepciones puestas en conocimiento del Tribunal por las partes se encuentran enmarcadas dentro del alcance de la cláusula compromisoria.

El Tribunal fue instalado en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas decretadas, garantizó, en igualdad de condiciones, el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas tanto en la demanda principal subsanada como en su respectiva réplica.

En audiencias realizadas los días 18 de marzo de 2022, 2 de agosto de 2022 y 21 de septiembre de 2022, el Tribunal realizó controles de legalidad de la actuación procesal, en los términos de los artículos 42, numeral 12 y 132 del Código General del Proceso, sin que se hubiera encontrado irregularidad alguna dentro del trámite ni por el Tribunal ni por los apoderados de las partes.

De esta forma, se encuentran cumplidos todos los trámites del proceso arbitral y, en consecuencia, el tribunal se encuentra habilitado para resolver sobre el fondo de la controversia.

## 2. LA CONTROVERSIA A RESOLVER

El presente trámite arbitral, según lo planteado en la demanda y su contestación, gira en torno al Contrato Civil de Obra No. CCM- 017-13, suscrito el 09 de agosto de 2013, (en adelante el "Contrato"), entre **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S.** (en adelante **PROCOMSA o la Convocante**) y **EXIPLAST S.A.**, hoy **EXIPLAST S.A.S.** (en adelante **EXIPLAST** o la **Convocada**), según las siguientes pretensiones ya expresadas y que para efectos de orden, el Tribunal analizará una a una, previas algunas consideraciones generales que sirven de presupuesto dogmático y jurídico, para luego analizarlas, en concreto, con arreglo a las pruebas correspondientes.

### 2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

#### 1. LA BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y SU INCIDENCIA EN LA RELACIÓN NEGOCIAL

Sin perjuicio del análisis dogmático y probatorio que se hará en cada pretensión, el Tribunal encuentra necesario hacer un encuadre general que sirve de marco para el análisis de la problemática jurídica que ha motivado la convocatoria de este Tribunal arbitral y que permitirá – en un análisis que va de lo general a lo particular –, abordar posteriormente cada una de las pretensiones.

#### 1.1. Aspectos generales

La buena fe es un concepto que tiene diferentes significados en el Derecho Privado colombiano. El primero, conocido como la "buena fe subjetiva", regulada en el artículo 768 del Código Civil, disposición ubicada en las normas sobre posesión, y que según lo dispuesto en dicho artículo, se entiende como: "…la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. (…)". El segundo significado es

el de la "buena fe objetiva", asumida de forma general como el deber de conducta que implica obrar con lealtad y corrección[5].

En el Derecho privado colombiano, la buena fe objetiva está consagrada legalmente tanto en la etapa de negociación y celebración, como en la de ejecución del contrato. En estas etapas, la buena fe cumple una función "integradora" del contrato, es decir: generando para las partes una serie de obligaciones complementarias y también llenando sus posibles "lagunas"[6].

Los artículos que sustentan lo anterior son el 863 del Código de Comercio y el 1603 del Código Civil. Según el artículo 863 del Código de Comercio:

> *"Las partes deberán proceder de buena fe en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".*

Por su parte, el artículo 1603 del Código Civil establece:

> *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".*

En igual sentido, el artículo 871 del Código de Comercio establece la buena fe en la etapa de celebración y ejecución del contrato en los siguientes términos:

> *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".*

Sobre la buena fe en la etapa precontractual ha dicho la Corte Suprema:

> *"…el legislador ha recurrido a una cláusula general, con el fin de ofrecer al intérprete un criterio elástico de evaluación, (…) descargando en cada uno de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de varios deberes (seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud*

---

[5] ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", en *Vniversitas*, 53 (108), (2004), pp. 287 a 288. FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, v. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 389 a 390. CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT, "El deber de información contractual y sus límites", en *Revista de Derecho Privado*, 21 (dic. 2011), p. 2.

[6] En este sentido: HINESTROSA, ob. cit., p. 399.

*en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no estén ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar"*[7].

## 1.2. La buena fe en la etapa contractual

En cuanto a la buena fe en la etapa contractual, se ha dicho en la doctrina colombiana:

> *"(…) en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas"*[8].

También explicando el alcance de esta norma, lo cual también se puede predicar del artículo 871 del Código de Comercio, ha dicho el profesor ARTURO SOLARTE, que si bien las partes pueden determinar el contenido del contrato y por ello se obligan a lo que en ello se pacta o expresa (para utilizar la propia frase tanto del artículo 871 del Código de Comercio como del 1603 del Código Civil), no tienen la aptitud para contemplar todos los aspectos y detalles de la futura relación[9].

Así entonces, para determinar aquello a lo que los contratantes se obligaron, más allá de lo expresamente pactado, habrá que acudir a un proceso de interpretación del contrato, de calificación del mismo, esto es: el tipo de contrato celebrado – sea típico o atípico –[10], y de integración y por ello, la buena fe resulta complementaria del postulado de la normatividad de los actos jurídicos, que se consagra en el artículo 1602 del Código Civil[11]. En este punto, se ha sugerido que los elementos a tener en cuenta en el proceso de integración son:

> *"1. Lo expresamente pactado, esto es, las normas autónomas creadas por las partes en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada (regulación contractual autónoma); y*
>
> *2. Las consecuencias que se deriven de la naturaleza del contrato respectivo y de las obligaciones que de él surjan, o las que por la ley le pertenezcan (artículo 1603 del Código Civil), o, en materia mercantil, las que correspondan a la naturaleza del*

---

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de marzo de 1998, S – 233, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[8] ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", en *Vniversitas*, 53 (108), (2004), p. 290.

[9] SOLARTE RODRÍGUEZ, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", cit., p. 291.

[10] SOLARTE RODRÍGUEZ, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", cit., p. 294.

[11] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ; EDUARDO OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª ed., Temis, Bogotá, 2016, p. 322.

*respectivo contrato, o se deriven de la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 del Código de Comercio) (regulación contractual heterónoma)"*[12].

Dentro de tal proceso de integración, además de tener en cuenta las normas supletivas de las cuales puedan surgir elementos que así no hayan sido pactados por los contratantes, se entiende que le pertenecen por su naturaleza (por ejemplo, la obligación de garantizar al comprador por la presencia de vicios ocultos en la cosa objeto del contrato de venta) y las reglas del tráfico, manifestadas en costumbres (las cuales según lo dispone el artículo 3º del Código de Comercio tienen el mismo valor que la ley siempre y cuando los hechos que la componen sean públicos, uniformes y reiterados), juega un papel importante la buena fe, toda vez que "es fuente objetiva de integración contractual (…)", y por ende "…a los contratantes les serán exigibles ciertos deberes de conducta (y a la vez tendrán ciertos derechos) derivados de la necesidad de dar al negocio jurídico cumplida efectividad de conformidad con la finalidad perseguida por las partes (…)"[13].

Así entonces, al igual que en la etapa precontractual surgen unos *deberes secundarios de conducta*, derivados de la buena fe, también en la de ejecución ocurre lo mismo. El autor citado, los clasifica en deberes de conducta de finalidad "negativa", que tienen como objetivo impedir la producción de lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes, como también deberes de conducta de finalidad "positiva", destinados a complementar los deberes de prestación "…con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad…"[14].

Además de la función de "integración" a la que se refieren los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, la buena fe también cumple una función "correctora" o de "depuración" del contenido contractual[15] y como tal, justifica la "solidaridad" negocial, es decir: entender al contrato como un instrumento de colaboración que impone a los contratantes "(…) poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones (…)"[16], y también sustenta principios como el equilibrio, proporcionalidad y exclusión del daño, además de exigir un deber de coherencia en el comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato[17].

Ahora, en la misma línea de lo expuesto, al entender que el deber de información contractual se deriva de la buena fe, se ha señalado en la doctrina que *"…*son deberes naturales del contrato y que por virtud de la fuerza integradora de la buena fe se entienden incorporados a él los deberes de la obligación de información, de lealtad, de transparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación al pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de

---

[12] SOLARTE RODRÍGUEZ, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", cit., p. 297.

[13] SOLARTE RODRÍGUEZ, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", cit., p. 301. En el mismo sentido CHINCHILLA IMBETT, ob. cit., p. 3.

[14] SOLARTE RODRÍGUEZ, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", cit., p. 306.

[15] HINESTROSA, ob. cit., p. 399.

[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 11 de marzo de 1958, G.J., t. LXXXVII, p. 650.

[17] HINESTROSA, ob. cit., pp. 408 a 412.

cooperación, de solidaridad, de no contrariar los actos propios, etc. En fin, una forma de aplicar el principio de la buena fe a la relación contractual atendiendo a su función integradora, es afirmando la existencia de deberes contractuales que, aunque no han sido explicitados, se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico, como es el caso del deber de información contractual"[18].

Además de la función de "integración" a la que se refieren los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, la buena fe también cumple una función "correctora" o de "depuración" del contenido contractual[19] y como tal, justifica la "solidaridad" negocial, es decir: entender al contrato como un instrumento de colaboración que impone a los contratantes "(…) poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones (…)"[20], y también sustenta principios como el equilibrio, proporcionalidad y exclusión del daño, además de exigir un deber de coherencia en el comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato[21].

Ahora, en el mismo sentido de lo expuesto, al entender que el deber de información contractual se deriva de la buena fe, se ha señalado en la doctrina que: *"…*son deberes naturales del contrato y que por virtud de la fuerza integradora de la buena fe se entienden incorporados a él los deberes de la obligación de información, de lealtad, de transparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación al pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de cooperación, de solidaridad, de no contrariar los actos propios, etc. En fin, una forma de aplicar el principio de la buena fe a la relación contractual atendiendo a su función integradora, es afirmando la existencia de deberes contractuales que, aunque no han sido explicitados, se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico, como es el caso del deber de información contractual"[22].

En cuanto al concepto de "deber de información", el profesor CHINCHILLA señala que este consiste en: "…dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten dentro del período precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de la buena fe"[23].

---

[18] CHINCHILLA IMBETT, ob. cit., p. 3.

[19] HINESTROSA, ob. cit., p. 399.

[20] Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 11 de marzo de 1958, G.J., t. LXXXVII, p. 650.

[21] HINESTROSA, ob. cit., pp. 408 a 412.

[22] CHINCHILLA IMBETT, ob. cit., p. 3.

[23] CHINCHILLA IMBETT, ob. cit., pp. 3 a 4.

## 2. BUENA FE, PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y RESPETO POR LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES SUSCITADAS EN AL ESFERA CONTRACTUAL

### 2.1. Generalidades

Esclarecido a espacio en los acápites anteriores los rasgos y aspectos más salientes de la buena fe, en especial de la apellidada 'buena fe objetiva', de aquilatada trascendencia en la esfera del Derecho, sobre todo en los tiempos que corren, como igualmente se destacó previamente, importa aludir, *grosso modo*, a la valía y alcance que, en la actualidad, reviste el trinomio *buena fe*, *confianza legítima* y *expectativas razonables*, en particular en los predios de la relación contractual, en los que se anidan, interactúan y se correlacionan, como vívido testimonio de la trascendencia que le reconoce la ciencia jurídica a la palabra dada y empeñada por los contratantes, previa a la floración de la confianza depositada por ellos, en función de sus concretas expectativas, llamadas a ser protegidas y salvaguardadas, cuando sea procedente (juicio de mérito).

Al fin y al cabo, entre ellas hoy media una indiscutida comunión y, por ende, acerados vasos comunicantes, tanto que están enlazadas en función de un propósito común, a la par que superior: el advenimiento de la justicia negocial, esa que siendo binaria, reclama la recíproca satisfacción de los intereses de ambos cocontratantes, cuando devienen merecedores de tutela por parte del ordenamiento jurídico, claro está.

En consecuencia, si uno de los signos que caracterizan el denominado 'nuevo orden contractual' estriba en la reafirmación y en la revitalización del postulado de la buena fe, en general, más concretamente de su 'segunda vida', debe subrayarse lo mismo, *pari passu*, respecto a la confianza (legítima) y a las expectativas (razonables), en lo pertinente, hasta el punto que una y otra, conforme se bosquejará, fungen en la posmodernidad de fundamento medular -que no exclusivo- de la fuerza obligatoria y vinculante de los contratos, a la par que de institutos que, por su solera, han sido ubicados en un sitial privilegiado de la renovada cosmovisión contractual.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que las concebidas 'confianza' y 'expectativas' han sido objeto de especial atención por parte de la dogmática contemporánea, incluida la jurisprudencia nacional e internacional, tampoco es menos cierto que, recta y etiológicamente entendidas, en especial la primera de ellas (la confianza), a su manera, ya hacían presencia, justamente al hilo de la propia buena fe, como quiera que la *fides*, que la fe, en sí misma, tuvo una relevancia cardinal en sede del Derecho romano y del Derecho medieval, y moderno.

No en vano, como lo memoró el profesor JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, "Sólo podremos determinar el contenido y la forma de la buena o mala fe acudiendo previamente a la diversidad de aplicaciones que en el campo del Derecho ha encontrado la *fides*. Uno de sus aspectos -la fidelidad- parece ser el fundamento natural de la vida humana de relación, pues de ella deriva la confianza. Lo mismo podemos decir de la creencia del *vir bonus* que considera se halla obrando de acuerdo con las normas morales, jurídicas o meramente sociales. Por eso, nada

tiene de extraño que la *fides* haya sido elemento informador de los más diversos órdenes normativos humanos"[24].

Y también, conforme lo reveló en forma envolvente el profesor JEAN CARBONNIER, reconociendo antes que en esta materia "…la voluntad, sin embargo, no lo es todo", que el "…contrato es quizá, de manera bastante natural, una adhesión, un acto de fe, un acto de confianza y, por consiguiente, un acto global"[25].

Y a su turno, según lo manifestó en el Derecho patrio la Corte Suprema de Justicia en los albores de la presente centuria, *"…principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción al cual deben actuar las personas –sin distingo alguno– en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación", postulado que presupone "que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces" y que, desde otro ángulo, se identifica "con la confianza, legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que 'fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará"*[26]*,* y que, en tal virtud -se agrega-, cumplirá cabalmente con su deber de prestación.

Con todo, pese a que la expresión *fides* es comprensiva de diversas figuras e instituciones, *lato sensu*, no puede soslayarse que, en rigor, la relativa a la confianza legítima, aunada a las referente a la expectativas razonables, han sido objeto de profundo escrutinio durante la segunda parte del siglo XX y lo corrido del XXI, muy especialmente en el marco del Derecho público alemán y francés[27], en los que se ha elevado al *status* de principio jurídico, lo que no

---

[24] JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 22.

Análogamente, la autora SOPHIE GJIDARA, avala que "La confianza aparece como condición histórica del contrato…..". *L'endettement et le droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999, p. 49.

[25] JEAN CARBONNIER, *Derecho flexible*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 256.

De hecho, en las postrimerías del siglo XIX, fue EMMANUEL LEVY, considerado como el cultor del 'fideismo', quien indicó que lo que lo que genera el vínculo contractual, es la confianza que inspira en el acreedor la promesa del deudor*. Responsabilité et contrat*, F. Pichon Successeur, Paris, 1899, p. 28.

[26] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de agosto de 2001, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[27] "El principio de la confianza legítima o expectativa plausible", lo registra el autor argentino LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ, "halla su origen en el derecho germánico, exportado luego al derecho comunitario europeo y a diversos países de Europa e Iberoamérica, incluida la Argentina, hallando diversos pronunciamientos jurisprudenciales que lo receptan así como alguna doctrina que se dedica a su análisis". *El principio de confianza legítima*, 'Universidade da Coruna', 2013, p. 261. Cfr. SYLVIA CALMES, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, París, 2001, pp. 490 y s.s.

Confirma este aserto, el Dr. ANDRÉS FERNANDO MESA VALENCIA, de acuerdo con el cual "El principio de confianza legítima nace en el Derecho alemán de la posguerra. Conocido como *vertrauensschut*, bajo la noción de un tipo de protección frente a las expectativas legítimas de los administrados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de

ha impedido, empero, que en el Derecho privado, con análoga finalidad, se haya examinado con fruición y vivo interés, no sólo en el *civil law*, sino en el *common law*[28].

### 2.2. Interrelación entre buena fe, confianza legítima y expectativas razonables y su importancia en el ámbito contractual contemporáneo

En un todo de acuerdo con lo manifestado en precedencia, se tiene establecido, en línea de gran principio, la íntima relación existente entre los postulados de la buena fe, de un lado, y de la confianza legítima y las expectativas razonables, del otro, no sólo por la férrea conexión reinante con la *fides* propiamente dicha (fe) y su incidencia etimológica y jurídica, sino también porque ellos están indisolublemente ligados en la órbita negocial, *in concreto*, por lo que significa la precitada 'justicia contractual' en la contemporaneidad y por lo que entraña, desde una perspectiva cooperante y respetuosa de la dignidad (cooperación), la utilidad recíproco-contractual, vale decir la genuina satisfacción de ambos contratantes, y no la de uno de ellos, privativamente, sin importar el otro, en una visión acentuadamente individualista, refractaria a las coordenadas que en la hora de ahora informan la contratación privada en un Estado social y democrático de Derecho.

Al fin de cuentas, la tríada en referencia se entreteje y dialoga a partir del interés en que el negocio jurídico de contenido patrimonial, como arquetípico instrumento de la autonomía privada, asegure, en el plano teleológico, un mínimo comportamental y ético de los interesados en entablar una relación jurídica, con miras a que en la fase ejecutiva del contrato, se dé cumplida ejecución del mismo, en función de lo pretendido (finalidad jurídico-práctica ya mencionada) y, por contera, delineado -o reflejado- en la etapa precontractual, una y otra, de grandilocuente valía de cara al 'programa contractual' Inter partes, un medio o instrumento para el logro de un específico fin o conjunto de fines.

Expresado de otro modo, si el contrato en la posmodernidad puede entenderse como un acuerdo cuyo norte es la lícita satisfacción de intereses dignos de protección jurídica ('tutela satisfactiva' y 'axiológica'), se hace patente que para que se alcance dicho fin o propósito real -o de proyección y concreción práctica-, debe actuarse con arreglo a elevados estándares conductuales que, inscritos en la actuación razonable, trasciendan la mera individualidad, hundiendo sus raíces en la precitada cooperación, clave de bóveda del Derecho posmoderno, en el que la buena fe, la confianza legítima, y las expectativas razonables se enseñorean por doquier.

Bien ha destacado el profesor uruguayo, JUAN BENITEZ COARCI -de la mano de lo que señalará este Tribunal en apartes posteriores al referirse al propósito práctico del contrato-, y en plena concordancia con lo que ahora se examina en un contexto más omnicomprensivo, que "La relación negocial es una herramienta que permite cumplir una misión, pero no es una meta

---

Karlsruhe y la Corte Administrativa Federal desarrolló el tema. El origen se encuentra más concretamente en el conocido caso de 'la viuda de Berlín'". *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2013, p. 31.

[28] El profesor ARTHUR CORBIN, con motivo del estudio del tema titulado: "El propósito principal del Derecho contractual es la realización de expectativas razonables inducidas por promesas", manifiesta que, "La porción del campo del Derecho que se clasifica y describe como Derecho de los contratos trata de hacer realidad las expectativas razonables que han sido inducidas por la formulación de una promesa". *Corbin on contracts*, West Publishing Co. Saint Paul, 1952, p. 2.

final; sin un propósito no pasa de ser una declaración desprovista de funcionalidad. El ligamen obligacional se contrae con miras a una necesidad que se pretende atender…En pocas palabras, el contrato es un mero recipiente que debe ser llenado con una finalidad práctica; de lo contrario no tiene razón de ser, ni de subsistir…".

"La relación obligacional tiene una orientación teleológica que secunda un fin; estos explica que sin ese elemento, el vínculo se traduce en una regulación irracional despojada de fundamento. El contrato nunca constituye un fin en sí mismo; nace, por decirlo así, al servicio de un fin práctico, es decir, un instrumento del interés empírico. El programa obligacional se dirige a provocar una modificación en la situación del sujeto negocial de forma que la *lex privata* no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el resultado previsto por el fin contractual. Por ese motivo, la fuerza obligatoria parece más bien resultar de la función práctica del contrato"[29].

Y bien, a su vez, ha manifestado el profesor RUBÉN STIGLITZ, "…que la colaboración constituye un principio que, en nombre de cierta ética, se traduce para cada contratante en una conducta considerada y de respeto y auxilio en el interés de la contraparte y que facilite la ejecución de sus obligaciones"[30], visión ésta que, en su esencia, coincide con la de la profesora brasileña JUDITH MARTINS-COSTA, según la cual: "…el deber de colaboración está en el núcleo de la conducta debida, sirviendo para posibilitar, mensurar y calificar el cumplimiento. La colaboración posibilita el cumplimiento porque para que éste sea eficazmente alcanzado, es necesario que las partes actúen ambas, en vista del interés legítimo del *alter*. Las partes de una relación obligacional no son entidades solitarias y extrañas, consideradas en forma de átomo; por el contrario, entraron en contacto social jurídicamente calificado por grados, están entre sí relacionadas, razón por la cual la necesidad de colaboración intersubjetiva constituye, como afirmó MENEZES CORDEIRO, 'principio general de la disciplina obligacional'….", de lo que ella colige que, si "…en todo el orden jurídico la cooperación es presupuesto abstracto y general, en el Derecho de obligaciones, centrado en el deber de prestación como conducta humana debida, la cooperación es nuclear"[31].

---

[29] JUAN BENÍTEZ COARCI, *La revisión del contrato*, Temis, Bogotá, 2010, pp. 542 y 543, autor que agrega que, "…desde la preparación hasta la celebración del contrato, las partes saben que el cumplimiento útil de éste, depende de la satisfacción íntegra del interés del acreedor; interés que no se limita a la obtención de la cosa o disfrute del servicio, sino que se requiere un *plus*, que se traduce en la plena productividad de la prestación debida….La prestación, en cuanto objeto de la obligación, jamás se presenta como una entidad abstracta, sino que siempre se revela como medio que permite satisfacer fines e intereses que responden a razones prácticas. De esta forma surge con meridiana que el propósito principal del contrato es la realización de las expectativas razonables de las partes" (p. 544).

[30] RUBÉN STIGLITZ, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, T. I, Thomson Reuters y La Ley, Buenos Aires, 2015, p. XXIX.

[31] JUDITH MARTINS-COSTA, "La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones", en *Tratado de la buena fe en el derecho*, T.II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 110.

Es de resaltar, por su conexidad y autoridad, que en los comentarios oficiales que acompañan los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (versión 2016), se exprese que, "Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (Artículo 1.7) que inspira el derecho contractual….Este artículo expresa el deber de mutua cooperación entre las partes, en la medida en que dicho deber pueda ser razonablemente

En este orden de ideas, es pues paladino que estos tres postulados que, en asocio de otros de especial resonancia, con intensidad, gobiernan la relación jurídico-negocial en la actualidad, se enlazan armónica y sostenidamente, con el inequívoco objetivo de que las prestaciones radicadas en cabeza de cada uno de los celebrantes del contrato, *in actus*, se materialicen con estricto apego a una ejecución honorable, proba, leal, recta, diligente, honrada, correcta, pundonorosa, límpida, transparente, decente y respetuosa de las prerrogativas del otro, de los otros sujetos que en ella interactúan, o que influyen en el círculo de sus intereses.

Y que, confiadamente, en atención a lo anterior, manifestaron su asentimiento, sellando entonces el correspondiente contrato (consentimiento), con el total y comprensible convencimiento de que la confianza inculcada, de que su fe, de que sus expectativas legítimas y razonables, *ex post*, no serían conculcadas, desdibujadas o inobservadas, a raíz de una inejecución o incumplimiento de carácter antijurídico, manantial de una correlativa e inconcusa frustración contractual con virtualidad y, de ordinario, plena incidencia patrimonial.

De otra manera, razonablemente las partes no hubieran contratado, o lo hubieran hecho pero en circunstancias sustancialmente divergentes, alternativas éstas que, en lo suyo, avalan la pertinencia y fertilidad de estas elocuentes y enriquecidas figuras *iuris*, de inconcusa naturaleza tuitiva (‘paradigma protectorio’).

Es así entonces que, quien confía, quien tiene fe, quien tiene esperanza y correlativamente posee expectativas de proyección inmediata o futura, suele contratar, y el que no la tiene, y por el contrario desconfía, no contrata, siendo la abstención negocial el resultado secuencial, de suerte que la confianza, bien estructurada -y madurada-, tiene asignada una fuerza sin par.

Al fin de cuentas, como agudamente lo recreó el profesor KARL LARENZ en su obra ‘Derecho justo, “El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica”. Por ello, continúa el autor, “Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho –con independencia de cualquier mandamiento moral– tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho”[32].

No en vano, así de simple, así de llano, “Quien genera una expectativa en un tercero está precisado a responder a la confianza que le ha sido depositada”, como lo recordó con tino el profesor ATILIO ANÍBAL ALTERINI[33], o como lo puntualizó con diafanidad el profesor RICARDO L.

---

exigible para que las partes cumplan con sus obligaciones….cada una de las partes no solo debe abstenerse de obstaculizar el cumplimiento, sino también adoptar medidas para permitir que la otra parte cumpla con sus obligaciones”.

[32] KARL LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 90 y 9.

[33] ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Contratos. Teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 21.

En análogo sentido, la profesora MARIANA BERNAL FANDIÑO, reafirma que, “El principio de confianza aplicable al derecho de los contratos les impone a las partes, en general, el deber de honrar las expectativas que generen en el otro, en la medida en que sean fundadas. Presente en todas las etapas del contrato, desde la precontractual hasta la

LORENZETTI, al señalar que, "El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales". De ahí que "….el prestador [o deudor] debe cumplir sus obligaciones de buena fe, que en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte"[34].

Y ello es de ese tenor, precisamente, por cuanto en el ya aludido 'nuevo orden contractual', en el 'paradigma' negocial imperante, esa confianza motora representa un "…principio jurídico fundamental para entender el contrato", según lo testimonia el profesor GUIDO ALPA[35], a lo que se agrega que no es un principio vacío de contenido, sino pletórico en riqueza y utilidad, como lo proclama la *comunnis opinio*, y según se colige igualmente desde su misma dimensión etimológica, porque de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, confianza es: "Esperanza firme que se tiene en alguien o algo"….y "Ánimo, aliento, vigor para obrar".

Es que como bien lo ha enfatizado la Corte Constitucional patria, resulta "…*claro entonces que el comportamiento de los particulares en sus relaciones jurídicas, conforme a la Constitución se presume con observancia plena de la lealtad, probidad y recto proceder que además, con legítimo derecho espera cada uno que procedan los demás*"[36], esperanza ésta que, por sus connotaciones causales, no puede ser ni desatendida, ni tampoco desoída.

Al fin de cuentas, los contratos -y lo que ellos confesamente representan e implican en la *praxis* y en el tráfico jurídico-económico-, no son un mero, unipersonal y egoísta divertimento, una entretención vacía e irresponsable, un laberinto en el que, en forma unilateral, se sacrifica lo razonablemente esperado por uno de los extremos de la relación jurídico-negocial, un rey de burlas, una proclama ilusoria y fantasiosa, un ejercicio estéril, una quimera.

En fin, una farsa, una sorpresa o cruda celada, con fundamento en la cual todo está permitido, legitimado y autorizado, así naufraguen, no interesa, la confianza legítimamente depositada (*ex ante*), y las genuinas expectativas razonable y correlativamente suscitadas en cabeza de una parte, víctima de todo ello, y titular del 'pecado' de creer, de haber confiado y de haberse guiado, a manera de brújula contractual, por la fe, *a priori*, objetivamente inculcada en ella.

Por consiguiente, no es fortuito que la Corte Suprema de Justicia, haya señalado que, "*En íntima conexión con la buena fe,… tiene operancia y, por tanto, cabida, el proceder solidario que, como se acotó, con sólido fundamento, la Constitución exige de todos, cuya aplicación*

---

postcontractual, tiene como finalidad la realización de la justicia sustancial entre los contratantes". *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, p. 269.

[34] RICARDO LORENZETTI, *Tratado de los contratos*. *Parte general*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, p. 337.

[35] GUIDO ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 298.

Reafirma su condición de notable principio jurídico, a la vez que ético, el profesor JUAN CARLOS REZZONICO, al subrayar que, "Expresado con cierta generalidad, podemos decir que el de la confianza es un principio de derecho de gran contenido ético, con desenvolvimiento en el campo interindividual, de especial significación en las relaciones jurídicas patrimoniales, que impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo poscontractual". *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 376.

[36] Corte Constitucional, sentencia C-068 de 1 de diciembre de 1999, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co.

*amplía el campo de acción de ese fundamental principio, para convertirlo en "una exigencia ético-social, que es a la vez de respeto a la personalidad ajena y de colaboración con los demás" y que "impone, no simplemente una conducta negativa de respeto, sino una activa de colaboración con los demás, encaminada a promover su interés*"[37].

Ni tampoco lo es, a tono con todo lo reseñado, que la Sala Civil de la misma Corte Suprema, efectivamente, haya concluido que, "*El principio general de la buena fe está en indisociable conexión con la confianza legítima, legalidad y probidad de los ciudadanos, protege de cambios sorpresivos e inesperados que, aunque amparados en las reglas de derecho, contradigan las serias expectativas gestadas con la conducta anterior, en función de las cuales estructuran su programa de vida por la confianza inspirada en la seriedad, estabilidad, coherencia y plenitud del comportamiento futuro, tutelando su buena fe y convicción en la proyección de la situación anterior"*[38].

Otro tanto tiene lugar en el terreno doctrinal, y también en el arbitral, en los que no se ha dudado de refrendar tal conexidad, lo que no supone su fusión, o amalgama, conforme se esbozó.

Es así como el profesor, Don LUIS DÍEZ-PICAZO, es del parecer que "La buena fe tiene una estrecha relación con la confianza que se puede haber creado. Lo cual significa que el contratante que formula pretensiones con base en la buena fe tiene que haber tenido previamente confianza en que las cosas serían del modo que él las pretende después. Resulta claro que no se trata de una confianza de carácter espontáneo o subjetivo, que el sujeto pueda haberse creado por sí mismo, sino que tiene que ser una confianza objetiva y razonable, que al mismo tiempo, resulte conocida de la otra parte"[39].

Lo propio acontece en el Derecho colombiano con la opinión del profesor FERNANDO HINESTROSA, de acuerdo con la cual, "La buena fe es una regla 'relacional', cuyo contenido es objetivo y cuyo entendimiento va siempre en función de la tutela de la otra parte, o sea en garantía de la confianza legítima que en ella despertó quien debía proceder lealmente…."[40].

Y por último, en lo que concierne a pronunciamientos arbitrales, entre otros, *in extenso,* se ha puntualizado que, "Buena fe, de un lado, y confianza legítima, del otro, en asocio con las expectativas razonables, son pues institutos que están simbióticamente coligados, tanto que éstas, bien miradas las cosas, son el corolario o la aplicación de aquella (le buena fe), puesto que, en rigor, no deben aislarse y menos dotarlas, supuestamente, de una autonomía tal, que terminen navegando por océanos diversas, cuando su norte, desde un prisma teleológico, ciertamente es análogo, lo que justifica sus acerados vasos comunicantes y, en lo toral, su unidad de propósito funcional".

---

[37] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de junio de 2007, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[38] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de febrero de 2007, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[39] LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Vol. I, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 67.

[40] FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones*, II, Vol I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 398.

"No en vano, como se había anticipado, la expresión *fides*, que acompaña el término 'buena' (*bona*), medularmente denota 'confianza', y en otro plano 'fidelidad', rectamente entendida, razón por la cual, con la autoridad que lo caracteriza, el Profesor KARL LARENZ anota que, "*El principio de la 'buena fe' significa que cada uno debe guardar 'fidelidad' a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros vínculos jurídicos. Se trata, por lo tanto, de un módulo 'necesitado de concreción', que únicamente nos indica la dirección en que hemos de buscar la contestación a la cuestión de cuál sea la conducta exigible en determinadas circunstancias*", razonamientos éstos que le sirven de apoyo al Profesor alemán para concluir indicando que "*La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual….*"[41].

*"En compendio, buena fe, confianza legítima y razonable, y expectativas jurídicas, están estrechamente intercomunicadas, al mismo tiempo que entrelazadas, y se erigen, en sede contractual, en aquilatadas instituciones de la mayor trascendencia en la actualidad, precisamente por lo que significan e inciden en la relación negocial, y en especial para cada uno de los contratantes, en aras de que la misma se torne equilibrada, útil, solidaria, transparente, respetuosa de los derechos de uno y otro celebrante, libre de ilicitud, de abusos y de actos sorpresivos e incoherentes, en un término envolvente: en una relación 'justa' (justicia contractual), y por tanto enteramente opuesta a floración de situaciones que, in casu, conspiren contra la prístina teología del contrato celebrado (tipo contractual), con el alcance genuino de sus estipulaciones (hermenéutica negocial), y con el equilibrio prestacional, en lo pertinente, sólo para referir a algunas de ellas*".

"*De ahí la relevancia de auscultar el acuerdo negocial en función de la conducta inter-partes, y de fijar atentamente la mirada alrededor de los diversos comportamientos asumidos u omitidos por cada uno de los celebrantes durante las diferentes fases y momentos de la relación, para lo cual el juzgador deberá proceder ex abundante cautela, habida cuenta que la invocación de la buena fe, de la confianza legítima y de la protección de las expectativas jurídicas, todas de inconmensurable valor, se reitera, amerita todo el esmero valorativo y el buen cuidado en el caso, a fin de no quebrantar caros postulados como el atinente a la fidelidad contractual (pacta sunt servanda) y correlativamente a las limitaciones lícitas de origen convencional, el relativo a la seguridad jurídico-contractual, entre varios, los que obviamente tampoco son absolutos, puesto que conforme lo ha expuesto la jurisprudencia y la doctrina la buena fe es de 'doble vía', en razón de que cobija a ambos contratantes*"[42].

---

[41] KARL LARENZ, Derecho de obligaciones, T.I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p.142 y ss.

[42] Laudo arbitral pronunciado por el Tribunal arbitral que resolvió las controversias entre las sociedades Constructora JC S.A.S. e I2R S.A.S, y Cerro Matoso S.A, 4 de octubre de 2018, Cámara de Comercio de Bogotá.

En oportunidad previa, en sede arbitral, igualmente se expresó que "…*una de las facetas de mayor resonancia y fertilidad de la buena fe –en su vertiente objetiva– en la actualidad, reside en el respeto y en la correlativa protección equilibrada y justiciera del 'otro' (alter), específicamente del sujeto que, en función o atención de los ofrecimientos, comportamientos, conductas, actuaciones y actitudes de su cocontrante, confió plenamente en él, en su palabra, en su honorabilidad, en su corrección, y en su actuar, hasta el extremo de que en la praxis, dicha confianza se tornó decisiva en lo que a su aceptación volitiva se refiere, puesto que de otro modo no hubiera contratado, o lo hubiera hecho, si acaso, en condiciones enteramente disímiles. De ahí a que conscientemente se empleen los vocablos*

## 2.3. Primordiales rasgos de la confianza legítima y de las expectativas razonables en la esfera jurídica

Múltiples, en efecto, son los rasgos, atributos, o características que revisten el binomio *confianza legítima* y *expectativas razonables*, precisamente por su creciente e inocultable coloración e impacto en la escena jurídica nacional e internacional, más de lo que preliminarmente pareciera.

Sin embargo, en procura de la aconsejable concisión epistemológica, el Tribunal se referirá a algunos de tales rasgos, por de pronto a los más salientes y a los que, en su entender, guardan estrecha relación con el asunto *sub examine*, sin desconocer la pervivencia de otros más, de suerte que, procurará, hacerlo en forma sucinta.

En efecto:

a) *En primer lugar*, importa rememorar que ambas instituciones, por más que comulguen entre sí, y que estén inexorablemente coligadas, no son simétricas, en cuyo caso, pese a su correlación, son autónomas, así sea cierto, se reitera, que sus arquitecturas, *prima facie*, pareciera que se unificaran -o fundieran-, y que se subsumieran en la buena fe íntegramente, lectura maximalista -o dilatada- que conspiraría contra su auténtica individualidad y sustantividad, lo que no empece su cercanía o hermandad, se itera.

De hecho, según lo corrobora el profesor Pierre-Yves Gautier en relación con "la confianza, la lealtad y la coherencia", incluso, entre ellas "…hay familiaridades, pero no una identidad; hay lazos de parentesco" [43].

*'legítima' y 'racional', a fin de caracterizar la confianza en comento, que en su esencia denota fe en el otro, en el los demás (fides), fe que en tales circunstancias justifique la intervención del juzgador, con el propósito de proteger tal creencia, nacida en un ambiente de confianza (atmósfera pre negocial y negocial)….".*

*"(…) En este orden de ideas, es inconcuso que el Derecho no puede patrocinar ningún atentado contra las creencias y expectativas legítimas, obra de la inequívoca actuación ajena, que algún mérito e incidencia deben tener entonces en el campo jurídico, como en efecto la tuvieron a la sazón en la esfera o en el círculo de intereses del cocontratante, de ese otro que, de buena fe, confió sin sombra de mácula, sin dobleces, sin aprensiones, ni reticencias, proceder que amerita una respuesta tuitiva del ordenamiento, en cabeza del juzgador que tiene a su alcance una serie de poderes y potestades inhibitorias, evitacionales, hermenéuticas, correctivas, resarcitorias, etc., llamadas a frenar y, en lo pertinente, a reprobar aquella conducta que, de una u otra manera, pretende desconocer que sus actuaciones, justamente por su entidad y relevancia, no pasaron desapercibidas sino que incidieron e impactaron en ese 'otro', digno de tutela por parte de un Estado social de derecho en el que el egoísmo desenfrenado, la individualidad a ultranza, la insolidaridad, la falta de cooperación, la incoherencia, el ejercicio abusivo de los derechos propios y el quebrantamiento –o desconocimiento– de los ajenos, no tienen espacio, ni cabida".* Laudo arbitral fechado el 8 de junio de 2016 por el Tribunal de Arbitramento que solucionó las controversias entre Grantierra Energy Colombia LTD y Petrolífera Petroleum (Colombia) Limited, y Agencia Nacional de Hidrocarburos, Cámara de Comercio de Bogotá.

[43] PIERRE-YVES GAUTIER, "Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence", en *La confiance en droit privé de contrats*, Dalloz, Paris, 2008, p. 110.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, "…en relación a la seguridad y confianza jurídicas, ha puntualizado: *"El principio está en indisociable conexión con la seguridad jurídica, la legalidad y la buena fe, sin confundirse con éstas*[44]*".*

Lo realmente determinante, en últimas, es que al unísono la buena fe, la confianza legítima, y las expectativas razonables, están alineadas y laboran en conjunto, en íntima alianza, con el propósito de asegurar la justicia contractual, evitando que lo prometido, lo asegurado, lo acordado, lo inculcado a raíz de expresiones, conductas, manifestaciones o comportamientos constitutivos de apariencia y creencias razonables, no sea pretermitido, incumplido, o inobservado en perjuicio de otro, so pena de incurrir en responsabilidad negocial.

b) *En segundo lugar*, es menester subrayar que, una y otra institución, no son botín exclusivo de una determinada área del Derecho, ora del público, o del privado, exclusivamente, como si fueran monopolio de una de ellas, toda vez que, con solvencia y fluidez, se proyectan en ambos dominios, según da cuenta la jurisprudencia y la doctrina que, con potísima razón, reconocen que son patrimonio del Derecho, en general, y no de una disciplina en particular, refrendando pues su generalidad y transversalidad, de lo que se colige que, con natural ímpetu y fluidez, imperen en el Derecho privado, incluido el dinámico Derecho de los contratos (civiles, comerciales, y del consumo).

Acierta entonces el profesor ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ al evidenciar alrededor de la 'confianza legítima', que no es cierto que "…este último postulado corresponda tan solo a la función pública, sino que debe extenderse a los comportamientos de derecho privado. Cuandoquiera que alguien, a través de su conducta, lleva a que otras partes en un negocio jurídico entiendan que han de proceder de determinada manera, lo cual puede corresponder a manifestaciones tácitas de una específica voluntad, debe hacer honor a los resultados de dicha manifestación, para evitar que se traicionen la confianza o las expectativas legítimamente generadas"[45].

c) *En tercer lugar*, cumple afirmar que, pese a su amplio espesor, no tienen vocación, ni pretensión de mancillar o eclipsar caros y arraigados valores que forman parte de la tradición jurídica, uno de ellos de singular abolengo, en particular la anhelada seguridad jurídica, habida cuenta que no son antagónicos, como bien lo tiene decantado la ciencia jurídica, la que entiende que no son antinómicos.

Muy por el contrario, son compatibles y también complementarios, por cuanto el negocio jurídico, interpartes, se torna seguro en tanto en cuanto puede desplegar sus efectos en el ámbito prestacional, seguridad ésta que, adecuadamente concebida, ocupa un papel causal para nada despreciable, pues se entrecruza con el fin jurídico práctico ya abordado, de tanta significación en esta temática -y en esta *litis*-.

Según lo confirma el profesor MARCELO LÓPEZ MESA, "No es difícil concluir prontamente que el núcleo de fundamentación de esta doctrina se alinea con la garantía de seguridad jurídica, al punto de ser ésta una especie o necesaria derivación de aquélla. En el derecho francés, el primer fallo que acoge esta herramienta data del 24 de Marzo de 2006, fecha en que el Consejo

---

[44] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de Revisión de 25 de junio de 2009, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[45] ALVARO MENDOZA RAMÍREZ, *Obligaciones*, Temis, Bogotá, 2020, p. 414.

de Estado francés receptara precedentes comunitarios, dejando particularmente en claro que la confianza legítima está atada con una cadena de acero al principio de seguridad jurídica".

"Agudamente se ha expuesto que "las razones que justifican la adopción del principio de confianza legítima son idénticas en todos los ordenamientos que lo han asumido. Se trata de una exigencia de la más elemental seguridad jurídica, y, a su vez, derivación del Estado de Derecho. Todo ciudadano tiene derecho a prever y ordenar pro futuro su trayectoria vital; a que el Derecho le garantice un mínimo de estabilidad sobre la cual constituir un proyecto personal o profesional….".

"Los individuos tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitas bajo el derecho actual y de las que siguen determinadas consecuencias jurídicas también pueden ser consideradas lícitas en el futuro...Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima"[46].

Por su parte, reseña la Corte Suprema de Justicia que, "*La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad. Se protege, la convicción íntima del ciudadano en la estabilidad normativa y las actuaciones del Estado, sin llegar al extremo de la petrificación del ordenamiento jurídico, ni a su preservación indefinida por cuanto el derecho se construye diariamente, vive en su interpretación y aplicación por los jueces como garantes primarios de los derechos, libertades y garantías ciudadanas"*[47].

d) *En cuarto lugar*, importa tener en consideración que, aun cuando ellas no cuenten, *expressis verbis*, con el explícito reconocimiento normativo en buena parte de los ordenamientos jurídicos, *verbigratia* en Colombia, no por eso carecen, indefectiblemente, de relevancia, vinculatoriedad y, por tanto, de observancia plena, en atención a que, según lo ha expresado un sector autoral, ellos están ínsitos en dos postulados constitucionales e infraconstitucionales: en la buena fe, y en la seguridad jurídica, conforme a cada caso.

Al respecto, bien ha anotado la autora ADRIANA LARGO TABORDA, que "Hay que advertir que la protección de la confianza legítima tiene un evidente sustento en valores y principios de raigambre constitucional como son la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, pregonados desde el Preámbulo de la Constitución, así como el fin esencial del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y muy particularmente, en el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 Superior, por cuya virtud….".

"Por lo que atañe a la relación entre buena fe y el principio de confianza legítima, Valbuena Hernández, luego de hacer referencia al contenido del artículo 83 de la Constitución, señala que cuando dicha norma alude a los postulados de la buena fe, 'habrá de entenderse que uno de tales postulados es precisamente el principio de la protección de la confianza legítima,

---

[46] MARCELO LÓPEZ MESA, "De nuevo sobre la confianza legítima, como forma de declaración unilateral de voluntad", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, p. 6 y ss. Igualmente, en *Derecho de las obligaciones*, Editorial B de F, T.II, Buenos Aires, 2015, p. 764 y 765.

[47] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 25 de junio de 2009, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co. Sentencia en la que la Corte refiere a una providencia de la Corte Constitucional, en la que se precisa, de la mano del Tribunal Constitucional español, que *"…la seguridad jurídica, está estrechamente vinculada con la confianza legítima, sin confundirse con ésta, protegiendo 'la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes'…."* (Sentencia C-836 de 2001).

circunstancia que transmite, en nuestro sentir, el mismo rango constitucional que ostenta el de la buena fe….".

"Aunque el principio de confianza legítima no tiene una expresa consagración legal, su íntima relación con el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta le imprime un fundamento constitucional directo, y por ello su respeto es exigible en las relaciones suscitadas entre el Estado y sus asociados y en las relaciones entre las personas jurídicas individuales y estatutarias de carácter privado"[48].

Por lo demás, en el campo legislativo, elocuente es que el artículo 1067 del reciente Código Civil y Comercial argentino, con carácter general, disponga: "Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".

Otro tanto tiene lugar en punto a la principialística internacional, concretamente de cara a reconocidos instrumentos internacionales, tales como el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto GANDOLFI), el que en su artículo 6, prescribe: "Deber de corrección. 1. Cada una de las partes es libre para emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna por la no celebración del mismo, salvo que su comportamiento haya sido contrario a la buena fe…3. Si, en el curso de los tratos preliminares, las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, permitiendo ello prever la posible conclusión del mismo, la parte que haya hecho surgir en la otra una confianza razonable respecto de la conclusión del contrato, obra de modo contrario a la buena fe cuando interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado...".

Al hilo de la consideración anterior, el artículo II. 9:102 del Marco Común de Referencia Europeo, confirmando el especial significado que esta temática reviste en la órbita precontractual (tratos preliminares), estatuye que, "Si una de las partes realiza una declaración antes de la celebración del contrato y la otra parte entendió razonablemente que estaba destinada a formar parte de las cláusulas contractuales en caso de formalización del contrato, ésta tendrá la consideración de fuente de la obligación contractual".

e) *En quinto lugar*, dada la prosapia de ambos institutos, sobre todo el de la confianza en comento, ella ha adquirido un posicionamiento notable en lo que atañe a su obligatoriedad, a su fuerza vinculante y a la observancia de los contratos (*pacta sunt servanda*), puesto que se ha considerado que es uno de los fundamentos o pilares sobre los que dicha fuerza descansa en la contemporaneidad, tal y como otrora aconteció con la voluntad que, por decenios, elevada a 'dogma' (dogma de la autonomía de la voluntad privada, siglos XVIII y XIX), se estimó que era su único y real sustentáculo (visión netamente voluntarista).

Tal concepción arraigadamente individualista, se sabe, ha sido atenuada -o relativizada-, con el fin de darle también cabida a otros cimientos: el normativismo, el personalismo, la buena fe, la justicia contractual, la confianza legítima, la dimensión social y constitucional de los contratos, etc., lo que no quiere significar, de ninguna manera, abdicar de la voluntad o de la expresión volitiva, y menos entender que la confianza legítima, como un sector lo propone, la

---

[48] ADRIANA LARGO TABORDA, *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2012, p. 76 y 77.

ha sustituido de raíz, toda vez que aquella (*la voluntas*), tiene reservado un prominente escaño, realidad que no se opone a que la fundamentación en comento sea plural, y no exclusiva, que es cosa enteramente disímil.

Le asistió entonces la razón a Don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, al reconocer que la voluntad "…ha de seguir siendo estimada como el fundamento del negocio jurídico"[49], sin perjuicio de la convergencia de otros factores puntuales, como se ha anotado, entre varios la confianza y las expectativas legítimas, y le asiste razón, de la misma manera, al profesor GUSTAVO ORDOQUI C., al reconocer que en esta materia, "…sería un error presentar las propuestas enunciadas como antagónicas. Pensamos que se complementan entre sí". Por eso, "Consideramos acertado el pensamiento de ALPA, cuando sostiene que en definitiva, aplicando el método acumulativo el fundamento del vínculo obligacional está en el principio de la autonomía, el principio de la correlatividad y el principio de la confianza"[50].

Y tampoco entonces desacierta el profesor JUAN PABLO CÁRDENAS, al compendiar la esencia de las posturas en cita, al indicar "…en torno al fundamento del régimen contractual", que "En los análisis de derecho comparado….a menudo se ha señalado que el mismo se caracteriza por ser la unión de voluntades para producir efectos jurídicos. No obstante, existe también otra tendencia qué hace énfasis en que el régimen del contrato se funda en la confianza que hacen surgir en una parte los actos de la otra y el respeto a las expectativas que se generan. Estas dos orientaciones expresan bien las grandes ideas que actualmente inspiran el régimen del contrato: la voluntad de las partes y la protección a la confianza recíproca por medio del concepto de la buena fe"[51].

En suma, reconociendo la pluralidad en referencia, hay que convenir con el profesor JEAN CARBONNIER -en otro escrito suyo-, que igualmente "Existe… el principio de confianza, en el que se funda la fuerza obligatoria del contrato; es la confianza que uno de los contratantes tiene respecto del otro"[52].

f) *En sexto lugar*, en concordancia con lo ya explicitado, es de observar que la importancia e influjo de la confianza legítima y de las expectativas razonables, en concreto, atendido su carácter de arquetípicos conceptos jurídicos indeterminados -pero determinables- y, por tanto, de textura abierta, se ausculta, valida y pondera en el asunto individual, y no en la abstracción, como quiera que es necesario comprobar su vigencia y aplicación en el supuesto de hecho correspondiente, en función de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean el *casus* (valoración circunstanciada).

---

[49] FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1953, p. 34.

[50] GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, *Tratado de derecho de los contratos. Doctrina general del contrato*, T.I, AMF Editorial, IJ Editores y Ediciones Del Foro, Montevideo, 2015, pp. 198 y 397.

[51] JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, *Contratos*, Legis, Bogotá, 2021, p. 1.

En esta misma orientación, no dudó en aseverar el profesor FRANCESCO MESSINEO, que "La obligatoriedad del contrato, es decir, la sujeción a sus efectos surge, pues, del hecho de que las partes han aceptado libremente el contenido del mismo, aceptando así también la limitación de las respectivas voluntades que de él derivan, y surge, además, de la confianza suscitada por cada contratante en el otro con la promesa que le ha hecho". *Doctrina general del contrato*, E.J.E.A., T.I, Buenos Aires, 1952, p. 52.

[52] JEAN CARBONNIER, "Introduction", en *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Presses Universitaires de France, París, 1986, p. 34.

Por ello, en punto tocante con la confianza legítima -y reflejamente tratándose de la buena fe y de las expectativas-, ha reseñado válidamente la Corte Suprema de Justicia que este "…*principio aplica en cada situación concreta, se aprecia por el juzgador in casu, conforme al marco de circunstancias singular, considerando los distintos factores incidentes, la actuación de la autoridad, la confianza generada, las expectativas legítimas creadas, la buena fe de los particulares, sin existir un criterio absoluto, inflexible e inmediato. Es además, menester, ponderar los diferentes intereses eventualmente contrapuestos*"[53].

g) *Y en séptimo* y último lugar, *ex abundante cautela*, es aconsejable tener presente que la aplicabilidad y la vigencia de la confianza legítima y de las expectativas razonables, no son irrestrictas, absolutas y, en tal virtud, carentes de convenientes límites o fronteras, toda vez sí los conocen, no siendo pues de recibo su automática o mecánica aplicación, sino su razonable y prudencial prédica, so pena de su desnaturalización a ultranza, tal y como se constata en el próximo numeral, en el que se anticipa, se evidenciará que su viabilidad, consecuentemente, está condicionada a la verificación de precisas exigencias de carácter *sine qua non.*

De otro modo, su aplicación antes que bienhechora se traduciría en fuentes de injusticia contractual y, de paso, en quiebre de aquilatados postulados rectores que, con unidad de criterio, abogan por una prudencial, sensata y serena aproximación (razonabilidad).

### 2.4. Presupuestos esenciales de la confianza legítima y de las expectativas razonables. Breve referencia

En sintonía con lo ya indicado anteriormente, como corresponde, se tiene pues establecido que las instituciones *sub examine* deben reunir unos presupuestos o exigencias vertebrales, con el fin de que puedan ser tenidas en cuenta y, por esa vía, aplicadas correcta y cabalmente, como quiera que no toda confianza, y no toda expectativa, sólo por el hecho de serlo, o de existir, *per se*, puede ser enarbolada con fundamento atendible, a fin de a obtener la debida protección del ordenamiento, en particular de la administración de justicia, o de las demás autoridades. No es pues gratuito que en uno y otro caso, ellas se cualifiquen a través de diversas expresiones que, *ex professo*, convenientemente las adjetivan: confianza y expectativas *legítimas*; confianza *legítima* y expectativas *razonables*, etc.

Así las cosas, aun cuando son varios los presupuestos en mención, es frecuente que se demanden tres, los que por su carácter omnicomprensivo, tienen vocación de albergar otros que, un plano de mayor especificidad, puedan reclamarse.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha exteriorizado que, "*En cuanto a sus requisitos, presupone: a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto*"[54].

En cuanto a las dos primeras exigencias, ciertamente interrelacionadas, una y otra son plenamente de recibo, toda vez que no se pueden estimular creencias, impresiones o pareceres subjetivos que, al margen de la realidad y, por contera, de la objetividad, no posean la suficiente entidad y virtualidad jurídico-fáctica. De otra forma, se minarían los derechos del

[53] Corte Suprema de Justicia, sentencia de 25 de junio de 2009.

[54] Corte Suprema de Justicia, sentencia de 25 de junio de 2009.

otro contratante, también válidos y susceptibles de salvaguarda, al mismo tiempo que la supraindicada seguridad jurídica, el postulado de la fidelidad negocial, y la propia justicia contractual, en lo aplicables.

Se requiere, en tal virtud, que externamente se haya suscitado confianza y que, objetivamente, de lo ofrecido, de lo dialogado *a priori* (actos comunicativos), según fueren las circunstancias, afloraran concretas expectativas que, por sus connotaciones, razonablemente hayan influido en el futuro contratante, luego parte propiamente dicha, alejadas, como tales, de lo irreal, de lo irrazonable, de lo fantasioso, de lo inverosímil, de lo contraevidente, y de lo meramente especulativo.

Al fin y al cabo, lo ha sentenciado la Corte Constitucional,"…*no cualquier expectativa se encuentra jurídicamente protegida, pues la confianza debe ser legítima o justificada para que pueda ser amparada por vías judiciales. De manera que sólo se protegen aquellas 'circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles.' Por lo tanto, el principio de confianza legítima no salvaguarda aquellos comportamientos subjetivos, personales, dolosos o culposos, sino sólo opera frente a comportamientos justificados, razonables y genuinos*"[55].

En sentido similar, válidamente el autor español, JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS G., remarca que tales "…expectativas tampoco pueden identificarse con cualquier tipo de esperanzas que el adherente se forme respecto a las ventajas que el contrato suscrito vaya a proporcionarle sin base objetiva alguna, fruto exclusivo de su ingenuidad, optimismo, fantasía o de la falta de diligencia o de atención en la comprensión de unos términos contractuales claros y equitativos"[56].

Y finalmente, en lo que atañe a la tercera de las exigencias en comentario, es lógico que tenga cabida, por cuanto requerir *"una actuación de buena fe del sujeto",* está en estricta consonancia con la filosofía y la teleología que, en lo toral, informa a la confianza legítima y a las expectativas razonables, las cuales no se pueden invocar, con éxito, si no media auténtica *bona fides*, y si quien las alega las ha conculcado previa y paradójicamente, en una especie, *mutatis mutandis*, de alegación de su propia culpa -o responsabilidad-, y también de evidente contradicción argumental y, por tanto, de quiebre del cristalino deber de coherencia, hoy de tanto arraigo en el concierto jurídico, igualmente dimanante del áureo postulado de la buena fe.

No es entonces fortuito que el profesor FRANZ WIEACKER, en el dilatado campo del precitado postulado rector, recalcó que "…solamente la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica"[57], telón de fondo, por lo demás, de otras de sus fértiles e innúmeras aplicaciones, por

---

[55] Corte Constitucional, sentencia T-436/12.

[56] JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Marcial Pons, Madrid, p. 178.

[57] FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, p. 66, autor que en otro aparte de su célebre monografía, a manera de recapitulación final, observó que en sede contractual, en su verdadera esencia, ambos cocontratantes deben obrar en plena consonancia con este principio, que irradia a uno y a otro. De allí que, como lo enfatizó, sin distingos, "…el deudor ha de efectuar la prestación y el acreedor ha de exigirla conforme a la buena fe".

vía de ilustración de las instituciones comúnmente conocidas a través de las expresiones *tu quoque*, y *clen hands.*

Diáfanamente ha expresado la Corte Constitucional que "*Es claro entonces que el comportamiento de los particulares en sus relaciones jurídicas, conforme a la Constitución se presume con observancia plena de la lealtad, probidad y recto proceder que además, con legítimo derecho espera cada uno que procedan los demás*"[58].

## 3. BUENA FE, RELACIÓN OBLIGATORIA, SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR Y DEBER DE REALIZAR LA 'EXPECTATIVA CONCRETA' NACIDA DEL CONTRATO

### 3.1. Contenido y alcances generales de la relación obligacional

Íntimamente ligada con la buena fe, postulado que cada vez más adquiere mayor sonoridad en los terrenos del contrato y, en numerosos más, dada su reconocida transversalidad jurídico-ética, se reitera, así como con la confianza legítima y con las expectativas razonables y también con la finalidad jurídico práctica del acuerdo negocial, cumple efectuar unas breves anotaciones en torno a una temática basilar, igualmente inmersa en la relación obligatoria, en sentido lato, de particular incidencia en el asunto *sub judice*.

El Tribunal se refiere a la concerniente a la genuina 'satisfacción de los intereses de ambas partes', en particular del acreedor o acreedores y, por ende, al deber que recae en cabeza del deudor, consistente en la búsqueda responsable, amén que razonable, encaminada a la obtención de la expectativa que, en concreto, emerge del contrato bilateral -o la ley, según el caso- y que se anida en su núcleo básico, en su almendrón propiamente dicho, revelando, *ab initio*, la quintaesencia en materia de deberes negociales, sin perjuicio de la específica aplicación del consabido postulado de la buena fe en su dimensión creadora (función generatriz). Esa que, justamente, permite ensanchar el espectro obligacional primigenio, en virtud de lo plasmado en el artículo 1603 del Código Civil, en asocio con lo establecido por el artículo 871 del Código de Comercio, y de lo señalado por la jurisprudencia, sabedora que el plexo de deberes en cuestión no se agota con lo acordado preliminarmente por las partes (*numerus clausus*).

Y ello es del señalado tenor, en efecto, merced a la correlativa floración de 'deberes especiales de conducta', a su vez calificados, de secundarios, periféricos, colaterales, accesorios, auxiliares, instrumentales, entre otras denominaciones más, los que conforman, *in complexu*, una enriquecida y variopinta gama de débitos que ambos contratantes, en lo suyo, están llamados a observar, en procura de la referida y recíproca satisfacción de intereses dignos de tutela, nervio de la contratación contemporánea, con todo lo que ella implica, signada por el respeto y por la protección de sus derechos y prerrogativas.

[58] Corte Constitucional, sentencia C-068 de 1 de diciembre de 1999.

Manifestado en otras palabras, no sólo el deber de prestación céntrico que, en lo pertinente, dimana del negocio jurídico o de la ley, es el único que se sitúa en el radar obligacional (relación obligatoria), habida cuenta que conforme se expresa en otros apartes de esta providencia, el deudor no puede pretender limitarse a él, exclusivamente, como si nada más debiera considerar o le incumbiera, en la medida en que, a su lado, hay una serie de deberes que, no por no estar labrados o definidos *ex ante* por los celebrantes, dejan de tener cabida, incidencia y pertinencia jurídicas, merced a la buena fe y a la tarea de integración del contrato que le asiste al intérprete, comúnmente al juez.

Bien anota entonces el profesor español, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, que "Lo primario y decisivo, lo que da contenido y significado a la relación obligatoria y determina el carácter típico de la misma, es la prestación principal. Por consiguiente, lo que distingue la relación obligatoria de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Eso no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber. Existen, además, deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación, los cuales resultan de lo expresamente pactado, del resultado y en fin de la obligación, del principio de la buena fe y, finalmente, de las exigencias del tráfico. Son los llamados deberes de conducta"[59].

Y bien lo registra, de su lado, el profesor argentino, ALEJANDRO BORDA, que estos deberes "…pueden estar explícitamente incorporados a la relación contractual (por voluntad de las partes o por aplicación de la ley) o no. Y es importante destacar que, aun en el caso de que no estén incorporados al contrato, existen y que ellos permiten ampliar las reglas de conducta exigibles a las partes, más allá de la mera literalidad contractual"[60].

Al fin y al cabo, en la actualidad, *stricto sensu*, el concepto de *relación obligatoria* -obligacional, o contractual-, no se circunscribe, única y privativamente, a las obligaciones convencionales -o clásicas- (*obligationes*), sino igualmente a los deberes jurídicos, cabalmente entendidos, caracterizados por su acendrado carácter globalizador, a la par que por su abolengo y *status iuris*, no siendo pues de recibo someterlos a una especie de *capitis deminutio*, pretextando una jerarquía superior respecto de las 'obligaciones', así sea cierto que, en la materia, no reina uniformidad legislativa y terminológica, en atención a que el constituyente y el legislador, es la regla, suelen referirse a unas y a otros en el Derecho colombiano: obligaciones y deberes (Constitución política, Código Civil, Código de Comercio, etc.), al igual que en el Derecho comparado.

No en balde, como atinadamente lo expresó en su momento el profesor italiano MICHELE GIORGIANNI, "…cuando se dice que en virtud de la relación obligatoria, el deudor está obligado a un determinado comportamiento, no se describe, en realidad, la sustancia de la posición subordinada de la relación obligatoria, sino algo más genérico y, exactamente, el deber jurídico….El deber jurídico es siempre, por esto, deber de un comportamiento que puede ser positivo, esto es, deber de realizar un acto o una serie de actos, o bien negativo, esto es, deber de no actuar de un determinado modo….".

---

[59] ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral,* Civitas, Madrid, 2000, p. 156.

[60] ALEJANDRO BORDA, *Contratos*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 41.

"Diciendo, por ello que, en base en la relación obligatoria, el deudor está obligado a un determinado comportamiento, no se dice más que la obligación es un deber jurídico"[61].

Y dicho deber, para cerrar el círculo bidimensional obligatorio (débito y crédito), consecuente y correlativamente, es el anverso de un derecho que gravita alrededor del otro extremo de la relación negocial: el acreedor, en concreto el apellidado 'derecho de crédito', que es el que precisamente se lesiona o pretermite, bien en forma parcial o total, cuando se inejecuta lo pactado, cuando se socava el interés jurídico de tal acreedor, en sí mismo titular del consabido crédito, enlazado genética y funcionalmente, a su turno, con el débito que recae en el deudor.

No de otra forma, en realidad, se entiende la relación jurídico-obligacional, debidamente contextualizada, habida cuenta que como lo confirma el profesor alemán, DIETER MEDICUS, "Si el acreedor en fuerza de la relación obligacional puede exigir una prestación de su deudor, entonces corresponde, en sentido inverso, un deber del deudor. Para él aparece también con el mismo significado la expresión 'obligación', es decir, una persona 'obligada' a la prestación. Esto es como quien dice el revés del crédito y de la acción"[62].

Por ello, en tratándose de la 'relación obligacional', al aludir focalizadamente a los intereses del acreedor, por igual se está aludiendo y, por contera cobijando al deber del deudor de respetarlos y honrarlos, de hacer todo lo que razonablemente está a su alcance para lograr su satisfacción, pues no se trata de cumplir formalmente por cumplir (acto material), sino de hacerlo útilmente (acto justo), en consideración a los intereses y prerrogativas de los celebrantes del contrato, susceptibles de protección.

En este orden de ideas, tratándose del cumplimiento contractual (fase ejecutiva), no se podrá argumentar válidamente la ejecución prestacional, el cumplimiento de lo debido, con pleno olvido e inobservancia de ese tejido de deberes que encuentran en la buena fe su fuente o matriz, como sucede con deberes de singular linaje, entre otros, el de cooperación, el de información -según las circunstancias-, el de asesoría, el de coherencia, el de no contradicción, el de no sorprender y dañar a otro, el de renegociación, el de custodia, el de protección, el de guardar secreto y de confidencialidad, el de evitar, y el de mitigar el daño, entre numerosos más, en prueba de la anunciada plasticidad.

Por eso, cuando se hace mención a un deber, es porque, a su vez, se está reconociendo y haciendo eco de un derecho: el derecho a obtener cooperación, al de ser informado, asesorado, al de reclamar coherencia y no contradicciones, al de no ser sorprendido, vejado, dañado, etc.

Así las cosas, en cada asunto en particular en el que se afirme el cumplimiento, o incumplimiento de un negocio jurídico bilateral -o plurilateral-, convendrá examinar, con sumo interés y cautela, la existencia y los alcances del citado binomio (obligaciones y deberes, al

---

[61] MICHELE GIORGIANNI, *La obligación. La parte general de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 23 y 24.

En análogo sentido, el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, subraya que, "El significado de la palabra 'obligación' es, gramaticalmente, muy amplio. Todos los deberes (lo mismo los morales que los sociales y jurídicos) se pueden designar también como obligaciones. Estar sometido a un deber es ´estar obligado'.... Las obligaciones aquí comprendidas son una clase o modalidad de los deberes jurídicos. Todas las obligaciones son deberes jurídicos; no todos los deberes jurídicos son obligaciones". *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, Ceura, 1983, pp. 61 y ss.

[62] DIETER MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1995, p. 7.

que en otro ámbito se suman las 'cargas' o 'incumbencias'), con miras a evaluar si el deudor cumplió cabalmente el programa contractual acordado y preestablecido, es decir si honró su palabra jurídica y, si además, satisfizo la confianza inculcada en su cocontratante y a vez cumplió con sus expectativas razonables, a lo que se suman los citados deberes especiales de conducta objeto de atención, tarea a menudo dispendiosa, es cierto, pero medular, en razón de que el cumplimiento de un contrato, de la relación jurídico-obligacional, no es unidimensional, sino frecuentemente pluridimensional (*in globo*). En pocas palabras, si no se lesionó el derecho de crédito del acreedor.

### 3.2. La satisfacción de los intereses del acreedor en la órbita de la relación obligatoria. Tutela al interés contractual

En la esfera de la relación obligatoria, más concretamente en lo que a la relación contractual atañe, es decir en forma más perfilada y direccionada de cara al contrato propiamente dicho, en acápites previos se ha anticipado la importancia que, en los tiempos que corren y, desde una perspectiva esencialmente teleológica, reviste la satisfacción de los intereses de ambas partes contratantes, esos mismos que, de una u otra forma, *in casu*, motivan, incitan, explican y justifican la celebración de un determinado acuerdo de voluntades (tipo), máxime si se recuerda el valor reconocido a la cooperación leal de una y otra, en función de la cual dicha satisfacción, en línea de principio, podrá tener o no lugar.

Al fin de cuentas, el contrato, los contratos, en la realidad, en el mundo cotidiano del ser (*praxis*), conforme se delineó, persiguen puntuales e individuales finalidades -que no antagónicas o refractarias, bien comprendidas-, las que en cada asunto y ocasión, es decir en forma aterrizada, *in situ*, trascienden la mera abstracción, la teorización, la espiritualidad, la especulación y hasta lo metafísico (en un plano no filosófico), las cuales están correlacionadas con la satisfacción de plurales intereses de variada naturaleza, en la inteligencia de que no sean antijurídicos y, por consiguiente, susceptibles de tuición por parte del ordenamiento jurídico (constitución, leyes en sentido formal y material, tratados, costumbre, jurisprudencia, etc.), *verbigratia* cuando quebranten la normatividad vinculante, el orden público, las buenas costumbres, la buena fe, la confianza legítima, y demás postulados vertebrales de índole constitucional, entre otros.

Contratos celebrados sin fondo, sin un norte predeterminado, ayunos de un propósito específico o de una dirección concreta, de una razón de ser que, de alguna manera, justifique, explique y oriente su celebración, en principio, no están llamados a trascender jurídicamente, por ausencia de virtualidad, pertinencia, seriedad, utilidad y eficacia, entre otras motivaciones más.

Bien se tiene establecido que "El Derecho asume y da por sentado que los contratantes han querido declarar su voluntad con la idea de lograr un efecto práctico y un efecto jurídico, dado que nadie se obliga porque sí, sin una razón que lo justifique. Se trata de una regla dictada por la razón, porque en un acto serio como es el contrato, no es dable presumir que se haya querido insertar algo inútil"[63].

En pocas palabras, en lo terreno, en el tráfico jurídico, la relación contractual tiene suelo -y también subsuelo-, al mismo tiempo que hondas raíces en el insoslayable imperativo, humano

[63] JORGE RODRÍGUEZ RUSSO, "El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico", en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 31, Montevideo, 2011, p. 271.

por excelencia, *latissimo sensu*, de satisfacer numerosas necesidades (básicas o esenciales, e incluso suntuarias, no por ello, *per se*, ilegítimas o antijurídicas), requerimientos, exigencias y, en fin, intereses que, en línea de principio rector, exigen la presencia de otros actores llamados a satisfacerlos (círculo virtuoso), adquiriendo así el contrato la indiscutida calidad de aquilatado instrumento de naturaleza social, jurídica y económica. No sin fundamento atendible, milenariamente, se ha expresado con sabiduría que, "Todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres' (Digesto. 1,5, 2.)".

De ahí que, rectamente entendido, el contrato sea un insustituible medio -o vehículo- para la autorregulación de intereses (manifestación de la autonomía privada) y no un fin, al servicio de la comunidad, en general, y en particular de las partes individualmente consideradas (intereses privados, públicos o mixtos), una y otra impulsadas por un propósito práctico e incidente, el cual no debe ser ni eclipsado, ni erosionado, ni tampoco defraudado, so pena de indubitable frustración, desengaño y correlativa lesión de caros derechos y prerrogativas, susceptibles, inicialmente, de compresible salvaguarda jurídica y patrimonial, la que se traduce, lisa y llanamente, en una típica responsabilidad contractual radicada en cabeza del cocontratante, quien por su acción u omisión imputables, originó la mencionada frustración, de ordinario desencadenante de daños y perjuicios para el acreedor insatisfecho e incumplido[64].

En esta dirección, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de manifestar frente a la supraindicada autonomía negocial y parejamente en relación con la satisfacción de intereses que la cualifica e informa, que "*Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la las necesidades de las personas*"[65].

De la misma manera, la profesora chilena, LILIAN C. SAN MARTÍN, no duda en afirmar, en lo aplicable, que "…es claro que una de las exigencias de la buena fe es precisamente colaborar a fin de que ambas partes logren los objetivos que tuvieron en vista al tiempo de celebrar el contrato. Desde el punto de vista del deudor, esta imposición de cooperación se refiere al

---

[64] El vocablo 'frustración', de suyo polivalente, se emplea en forma extendida, con el objeto de cobijar diversas fenomenologías, una de ellas, en lo individual, enderezada a explicitar, en el campo de las emociones negativas, la perplejidad suscitada a raíz del incumplimiento ulterior de la prestación debida, en lo esencial, incluidos igualmente los deberes especiales de conducta, motivo por el cual no ha de asimilarse a la institución también conocida como 'frustración del fin', o de la 'finalidad del contrato', pese a compartir algunos elementos en común, la que posee rasgos propios y sustantivos que demanda su particularización.

Así, en términos también amplios, don LUIS DÍEZ-PICAZO refiere a la frustración en cita, haciendo alusión a la "…pérdida de sentido y razón de ser de la prestación. La prestación convenida o contemplada como contenido del contrato pierde su sentido y su razón cuando deja de ser útil", utilidad que habrá de establecerse en cada caso en particular, en función del contrato efectivamente celebrado y, claro está, de su naturaleza, contexto, alcance, circunstancias típicas, y de la confianza finalmente infundida en el acreedor, a partir de la sumatoria de todo ello, se agrega. *Prólogo* a la obra *La frustración del contrato* del autor VICENTE ESPERT SANZ, Tecnos, Madrid, 1968, p. 10.

[65] Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2003.

principio de la correcta y leal ejecución del contrato, *ex fide bona*, que nos viene dado desde el derecho romano. En consecuencia, se puede caracterizar como un criterio de conducta que se basa en la lealtad al vínculo contractual y en el empeño en cumplir la legítima expectativa de la otra parte: *empeño en desplegar toda la propia fuerza al servicio del interés de la contraparte en la medida requerida por la relación obligatoria de que se trata; empeño en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora de la prestación*….."[66] (se destaca).

En términos sucintos, *grosso modo*, la señalada narrativa ha dado pábulo a la protección institucional de los intereses legítimos del acreedor (titular del derecho de crédito), igualmente conocida como 'tutela al interés contractual', en muestra del valor asignado al postulado rector de la buena fe y a la regla -no absoluta- de la fidelidad o fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*), cuyo quebrantamiento, en consecuencia, preliminarmente tiene aparejadas relevantes secuelas, en la medida en que la insatisfacción prestacional no suele ser anodina, o carente de efectos en Derecho.

Sobre el particular, en forma clarificadora -y concluyente-, el profesor argentino AUGUSTO MORELLO, aludiendo al significado de 'la satisfacción del interés del acreedor', recuerda que "La mayoría de los autores concuerda en esta verdad ya anticipada por ENNECCERUS: el crédito tiende a la satisfacción de un interés privado del acreedor. Este fin es esencial pues si falta dicho interés no hay obligación; y ésta se extingue cuando el interés del acreedor queda satisfecho….".

"En anterior oportunidad dijimos que:

'De la utilidad y conveniencia que han de seguirse del resultado esperado por el acreedor mediante el comportamiento del deudor, idóneo y con sentido de realizarlo, se logrará la comprensión del vasto fenómeno de ejecución o frustración (inejecución del contrato). Y obviamente, a medida que se vaya desdibujando esa conducta del obligado en igual medida se irá debilitando el mantenimiento del interés del acreedor que fuera decisivo al tiempo en que las partes programaron el contrato y su tramo de cumplimiento'.

"….Cuando expresamos, pues, en amparo al contrato, que se conmueven o se alteran las bases del mismo, tenemos en mente los intereses que, respecto a cada negocio en particular, las partes han regulado, volcándolos como contenido de la relación contractual, decimos una gran verdad. Porque han disciplinado, recíprocamente, obligaciones enderezadas a que queden realizadas según un plan de cumplimiento expreso, implícito o que pueda integrarse a través de disposiciones subsidiarias o mediante interpretaciones integrativas, para desembocar en la satisfacción de esos mismos intereses. Son, pues, el contenido, de cada contrato y el resultado a alcanzar mediante la ejecución de las obligaciones establecidas, lo que constituye el objeto de la convergente actitud de enlace. Tampoco dejan de ser, concurrentemente, los motivos que cada parte ha llevado al plano de esa relación".

"El intento práctico, por consiguiente, de los contratantes es llevar a cabo o alcanzar a través de un comportamiento regulado un resultado congruente y satisfactivo de los intereses incorporados como contenido del negocio….".

---

[66] LILIAN C. SAN MARTÍN, "La necesidad de colaboración entre las partes de la obligación. Reflexiones a la luz del Código de Bello", en *La vigencia del código civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 351.

"Corresponde, pues, bajo el contexto de ese clima, procurar el resultado práctico del acuerdo negocial. Lo que interesa siempre es alcanzar el fin concreto sin sacrificar en perjuicio de una de las partes el interés contractual de la otra y sin romper desde luego el marco de la razonable justicia intrínseca que haría desaparecer la causa final del contrato concertado y ejecutado"[67].

### 3.3. El deber de realizar la expectativa concreta emergente del contrato o de la ley y su conexión con su fin jurídico-práctico

Expresado lo que antecede, conforme se anunció, a continuación importa referirse, sumariamente, al deber de prestación en sí mismo considerado, a ese que, sin ser el único débito a cargo del deudor en el marco de la relación obligatoria, según se señaló, reviste una importancia cardinal, tanto que, en puridad, se asocia con el objeto del contrato, con su ser originario -que no único-, esto es el denominado deber céntrico o nuclear, también identificado como 'deber de realizar la expectativa concreta', una elongación del principio de la buena fe, el que, por su plenitud, domina todo el panorama contractual, conforme se ha indicado.

De este deber -u 'obligación'-, y de su inescindible vinculación con los temas que se han desarrollado antes, muy especialmente con el cumplimiento negocial, con el fin jurídico-práctico del contrato, y con la confianza legítima y con las expectativas razonables, la dogmática, en buena hora, le ha brindado particular atención, en razón de que cumplir a cabalidad, en estrictez, implica más que una mera actividad material desconectada de otros componentes, uno de ellos crucial como se bosquejó: la cabal y oportuna satisfacción de los intereses del acreedor que, confiado, amén que esperanzado, es decir en desarrollo de un arquetípico acto de fe (*fides*), creyó en su cocontratante, puesto que de otra manera, ciertamente, no lo hubiera hecho.

Es por eso que, a conciencia, se realza la valía del citado 'deber de realizar la expectativa concreta' que dimana del contrato específicamente celebrado -o de la ley-, sin la cual no se explicaría su advenimiento en la *praxis,* en lo que al acreedor respecta, claro está.

Así, por vía de ejemplo, el profesor JORGE CUBIDES CAMACHO, escrutando la fase de ejecución de los contratos y en sintonía con la buena fe, pone descriptivamente de manifiesto, *in extenso*, que el 'deber de realizar la expectativa concreta', "se orienta a cumplir con el objeto del contrato. Estará a cargo de la parte obligada, en los contratos unilaterales, y será recíproco para las partes en los bilaterales o multilaterales. La causa o el motivo que cada parte tiene para la celebración del contrato -que mientras es interno no tiene relevancia en el derecho,

---

[67] AUGUSTO MORELLO, *Ineficacia y frustración del contrato*, Librería Editora Platense y Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 59 y ss.

En otra obra de autoría del mismo profesor AUGUSTO MORELLO, bajo el título: 'incumplimiento imputable. Lesión al interés contractual del acreedor', en armonía con lo ya puntualizado previamente, anotó que "…la inejecución o el incumplimiento en último extremo dejan insatisfecho, en todo o en parte (importante) el interés del acreedor, interés que es el que conecta todo el circuito de la responsabilidad y justifica el amparo judicial a través de la ejecución forzada"

"MOSCO enseña que 'el interés del acreedor no es otra cosa sino un aspecto particular del interés tutelado por el crédito…..'. Ese interés contractual….es el que viene a poner color a la relación entre su acreedor y su deudor, porque el deber del obligado sirve exclusivamente para la satisfacción del interés del acreedor y el comportamiento de éste, su conducta, y el resultado esperado de ella, se ponen a disposición del acreedor con esos fines". *Indemnización del daño contractual*, Librería Editora Platense y Abeledo Perrot, Buenos Aires,1974, pp. 83 y 84.

pero que exteriorizado se convierte en el objeto del acto contractual- debe marcar para las partes el norte de su actitud negocial. Atrás quedó ya la etapa previa o precontractual y por tanto las partes han recibido suficiente información sobre la expectativa que cada una tiene del negocio. Y han determinado su alcance, cuando fue necesario, conforme a los principios de interpretación mencionados"

"**El deber de realizar la expectativa concreta es sencillamente el de cumplir la prestación de forma idónea y precisa. Tal como ella, y su especial alcance, fueron planteados desde la etapa previa al contrato**. Habrá de ser un cumplimiento oportuno, diligente y **suficiente**, que es, sin más, el que razonablemente espera cada parte de la otra".

"JUAN PABLO CÁRDENAS sitúa en forma muy precisa la noción de expectativa concreta, así: 'La protección de la justicia del contrato implica necesariamente el respeto de las legítimas expectativas del contratante. Ello no es más que aplicación del principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por ello, cada parte debe obrar de manera que la otra pueda obtener el beneficio que esperaba por razón del contrato. Lo anterior necesariamente implica sancionar los comportamientos en los cuales una parte se aprovecha del texto del contrato para ir en contra de lo que podría ser el respeto de la confianza. Esta circunstancia puede incluso conducir a privar de efectos, estipulaciones contractuales que atentan contra la finalidad misma de los acuerdos que se celebran" ('*Los contratos en el derecho privado*', Universidad del Rosario y Legis, Bogotá, 2007, p. 706)".

"Importante guía es la sencilla pero amplia concepción de nuestra Corte sobre la buena fe en la realización de las expectativas de los contratantes: 'La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles […]. El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. **Obrar dentro de esos parámetros es prohijar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados**'…."

"**El deber de realizar la expectativa concreta adquiere mayores exigencias tratándose de obligaciones a cargo de profesionales, es decir, aquellas personas que desarrollan habitualmente una actividad especializada. Podrían señalarse exigencias de carácter general, aplicables a cualquier actividad profesional, como la preparación e idoneidad, el respeto y fidelidad a los intereses del cliente, la calidad y garantía del servicio o el producto que se ofrece, entre otros**, y también exigencias de carácter particular, que son las que dicen relación a una profesión o actividad en especial, generalmente reglamentadas por la ley, como la de los contadores, los comisionistas de bolsa, los médicos o los abogados, o la de las instituciones bancarias y de seguros…..".

"**En todos estos casos quienes celebran contratos con personas o empresas profesionales tienen como expectativa concreta no solo un cumplimiento básico de las prestaciones que forman el objeto de las obligaciones a cargo de estas: fundados en su carácter profesional, su actividad especializada y reglamentada, su avance tecnológico, sus peculiares desarrollos empresariales y la expectativa concreta de quienes contratan con profesionales, adquiere bordes de mayor perfección, sin que naturalmente se pierda el criterio de lo razonable. Las prestaciones deberán cumplirse entonces con el**

**lleno de las condiciones de calidad, cantidad, oportunidad, claridad y transparencia**"[68] (se destaca).

Es claro entonces, para culminar con este apartado, que en punto tocante con la contratación contemporánea, su momento cúspide no estriba únicamente en su formación, en el que otrora se hacía tanto énfasis para aseverar su justeza y equilibrio ('si es contractual es justo'), sino en su desenvolvimiento y ulterior ejecución respecto a los negocios jurídicos de duración.

Así las cosas, en la prenotada etapa será menester indagar, tratándose de establecer su cumplimiento o su incumplimiento, según las circunstancias, si el interés contractual ya mencionado se efectivizó y, por esa vía, si le fue útil y provechoso al acreedor el contrato celebrado, o si por el contrario no lo fue, en franco desobedecimiento del deber a cargo del deudor de realizar -o cumplir- la expectativa concreta que, a fe, y a la sazón, se erigió en el percutor de su asentimiento volitivo y, además, del consecuente reconocimiento económico efectuado al deudor (contraprestación, en los contratos onerosos).

Y para dicha indagación, no sobra refrendarlo, al hilo de lo indicado por la doctrina anteriormente traída a colación -de singular incidencia en esta *litis*-, será neurálgico tener en consideración no sólo el texto sino igualmente el contexto contractual, en aras de evaluar y ponderar las circunstancias que, objetivamente, rodearon y motivaron la celebración del contrato *sub judice*, entre otras, según ya se registró:

a) El carácter profesional del deudor, y correlativamente el de profano, en lo técnico-comercial del acreedor de la prestación o prestaciones debidas, según fuere el caso, b) el valor atribuido a las puntuales motivaciones jurídicas, técnicas, funcionales u operacionales, estéticas, artísticas, etc. de los bienes, productos o servicios ofrecidos, c) el tipo o la naturaleza del contrato concluido, d) la garantía o garantías conferidas; sus condiciones y alcances. Y, en fin, aquellas otras que, directa y razonablemente, incidieron en la aceptación de la oferta contractual, a partir de las cuales, legítimamente, se suscitó confianza, seguridad y certidumbre, y a la vez se cifró la esperanza, *rectius* la expectativa razonable de obtener, en el futuro, la cabal y tempestiva satisfacción de lo pretendido contractualmente por el acreedor, piedra de toque de la contraprestación por él recocida, confirmatoria de un interés jurídico-práctico que, *in concreto*, animó su celebración.

### 3.4. El resultado debido por el deudor y el resultado esperado por el acreedor

Un último aspecto que está íntimamente ligado con la temática en comento, por lo demás tangible expresión de la relación obligacional, y más específicamente de la relación contractual, concierne a la prestación debida a cargo del deudor, en general, traducida en un resultado, por su parte esperado por el acreedor, la cual está indisolublemente conectada con una de las tipologías de las obligaciones: las denominadas obligaciones de medios -o de actividad- y las obligaciones de resultado, de especial relevancia en este asunto litigioso, hecho que demanda del Tribunal unas reflexiones sumarias, precisamente por la comunión reinante, se reitera.

Planteado el anterior marco dogmático-jurídico general, se analizarán a continuación cada una de las pretensiones y se harán en ellas las consideraciones respectivas, sin perjuicio de las referencias y remisiones puntuales a los anteriores planteamientos.

---

[68] JORGE CUBIDES CAMACHO, "Los deberes de la buena fe contractual", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, T. IV, Vol. I, Universidad Javeriana y Temis, Bogotá, 2010, pp. 264 y 265.

### 2.2. PRIMERA PRETENSIÓN

Señala la primera pretensión:

> *"1. Que se declare la existencia del contrato civil de obra No. CCM-017-13, suscrito entre* ***PROCOMSA S.A.S*** *y* ***EXIPLAST S.A****, con el objeto y alcance de ejecutar los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de* ***Ecoplaza Centro Comercial****, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera, bajo la naturaleza de una obligación de resultado".*

### 2.2.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En relación con la primera pretensión, la Convocante señaló los siguientes hechos de la demanda que en compendio establecen:

(i) En los hechos 1 y 2 que **PROCOMSA** y **EXIPLAST**, suscribieron el 9 de agosto de 2013, el Contrato Civil de Obra No. CCM-017-13, cuyo objeto consisitió en la ejecución de "*los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución de la* ***CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE*** *22 mm* ***CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS*** *de Ecoplaza Centro*", ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera, indicando los elementos instalados y suministrados; y

(ii) En el hecho 6 que según lo previsto en la parte final de la Cláusula Vigésima Primera del Contrato se pactó que las obligaciones del Contratista "*son de resultado pues la satisfacción depende de la oportuna, adecuada y completa construcción de la parte del proyecto"* que es objeto del Contrato Civil de Obra.

En sus alegatos de conclusión, igualmente indicó frente a la existencia del Contrato que *"la misma quedó demostrada documentalmente y confesada tanto en la contestación de la demanda, como en el interrogatorio de parte que absolviera el representante legal de la demandada".* Respecto de las obligaciones de resultado pactadas en el Contrato manifestó *"en el interrogatorio de parte del representante legal de Exiplast, este indico que su compañía contaba con 48 años de experiencia, que las obligaciones que había asumido a favor de Procomsa eran de resultado, que se garantizó la hermeticidad y estabilidad del sistema y que la garantía ofrecida era de 10 años".*

### 2.2.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada descorrió el traslado de la demanda, y en relación con los hechos 1, 2 y 6, manifestó que eran ciertos, indicando que aceptan la primera pretensión y que no existe controversia sobre la existencia del Contrato Civil de Obra No. CCM-017-13 suscrito entre las partes.

### 2.2.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La primera pretensión comprende los siguientes aspectos: a) La decaratoria por parte del Tribunal de la existencia de un contrato civil de obra celebrado entre las partes, con el objeto y alcance de ejecutar los trabajos señalados en la misma y; b) Declarar que las obligaciones derivadas del objeto del contrato, eran de resultado.

Para resolver la primera pretensión, y los aspectos destacados en el párrafo anterior, el Tribunal considera necesario proceder con la labor de interpretar y calificar el contrato celebrado entre las partes, con el fin de concluir si este cumple o no con los requisitos para ser un contrato de "obra". De igual forma, determinar el contenido prestacional relacionado con el objeto del mismo, con el propósito de establecer si las obligaciones surgidas del contrato para la convocada, eran o no de resultado, lo cual incidirá en las consideraciones sobre las siguientes pretensiones.

#### 1. EL CONTRATO DE OBRA: ASPECTOS GENERALES

El Código Civil colombiano regula en el título XXVI el "Contrato de arrendamiento", cuya definición se encuentra contenida en el artículo 1973, la cual a su vez abarca las diferentes modalidades de este, como son el arrendamiento de cosas, de obra, o de servicios. La norma dispone: "El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado". Las normas sobre el "Contrato de obra" se encuentran a su vez en el capítulo VIII de dicho título, bajo la denominación "De los contratos para la confección de una obra material", que abarcan los artículos 2053 a 2062.

El mencionado artículo 1973 del Código Civil permite inferir un concepto de contrato de obra de la siguiente manera: es aquel en que una parte se compromete a ejecutar una obra material y la otra a pagar por ella un precio determinado. Los elementos esenciales del contrato son la ejecución de la obra y el precio[69]. Al no requerirse en la ley formalidad alguna para la manifestación de las voluntades de las partes, el contrato se perfecciona cuando estas se ponen de acuerdo en los elementos esenciales, solamente que los efectos de este quedan sometidos, bien sea a plazo, o a condición de que la obra se ejecute correctamente.

[69] RAMÓN MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, t. 1, 9ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2017, p. 123.

En este contrato prevalece la prestación de un servicio material por sobre aquellos servicios donde predomina la inteligencia sobre la mano de obra, caso en el cual el contrato se regirá por las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales (arts. 2063 a 2069). Igualmente, la independencia en la ejecución de la obra encargada va a permitir diferenciarlo del contrato de trabajo[70].

Es importante anotar que el contrato por medio del cual se encarga la elaboración de una obra, puede ser venta o arrendamiento, según las condiciones en que se pacte. Así, si el que encarga la obra pone además la materia con que el artífice ha de elaborarla, el contrato es de arrendamiento, caso contrario, es decir: si la materia principal, es además puesta por el artífice, el contrato es de venta, tal como lo señala el artículo 2053 del Código Civil.

El contrato de obra goza de las siguientes características conforme a las categorías de contratos:

- Bilateral

El contrato es bilateral, en la medida en que genera obligaciones recíprocas para ambas partes.

- Oneroso conmutativo

El contrato de obra está dispuesto para generar utilidades para ambas partes, las cuales se miran como equivalentes por ambas.

- Consensual

Las reglas que regulan el contrato de obra no exigen formalidad para su perfeccionamiento, independientemente de que las partes puedan exigir una forma específica para que se manifiesten sus voluntades.

- De ejecución sucesiva

El contrato de obra requiere el paso del tiempo para que sus obligaciones se vayan generando.

## 2. EL OBJETO DEL CONTRATO: LA OBRA Y EL PRECIO

El objeto del contrato está comprendido por la obra a realizar y el precio a pagar por ella.

### 2.1. La obra

El Código Civil no contiene un concepto sobre lo que debe entenderse por "obra". Ahora, para ello resulta ilustrativa el concepto acotado por el profesor DÍEZ - PICAZO, quien al referirse al mismo asunto desde la perspectiva del Derecho español, afirma que "(…) se puede entender por obra el resultado, material o intelectual, de una determinada actividad humana que, idealmente proyectada, debe después encontrar una clara concreción"[71].

Siguiendo lo establecido en la regla general contenida en el artículo 1518 del Código Civil, el profesor CÁRDENAS MEJÍA señala que la obra a realizar en sí misma puede ser un hecho o una cosa que debe elaborar el artífice. En cualquiera de los dos casos, el objeto debe estar

---

[70] CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, *De los Principales Contratos Civiles*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2008, p. 364.

[71] LUIS DÍEZ- PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, IV, Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 377.

determinado o ser determinable. Además, tratándose de una cosa que debe ser elaborada por el artífice, las partes deben acordar la calidad de esta, y a falta de precisión sobre ello, se entenderá que el objeto debe ser de una calidad mediana[72].

En cuanto a la posibilidad física del objeto, el autor citado agrega que además de la posibilidad física de realizar el objeto encomendado, si para las partes "…era claro el objeto de sus obligaciones es claro que el deudor debe obtener los medios para cumplir"[73].

### 2.2. El precio y su determinación

El precio puede ser determinado por las partes, o en caso de no hacerlo, el artículo 2054 del Código Civil establece que se presumirá haber convenido el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, o en caso contrario, por el que fijaren peritos. La determinación del precio puede dejarse igualmente en manos de un tercero (artículo 2055 del Código Civil). En este aspecto, las reglas del contrato de obra se alejan de la general sobre determinación del objeto de la obligación, y de alguna manera constituye una manifestación de los "contratos con precio abierto", permitiendo que no pacten el precio ni la forma de determinarlo, caso en el cual se entiende pactado el precio que ordinariamente se paga por cosas de la misma especie de obra.

El artículo 2056 del Código Civil permite que entre los factores de determinabilidad del precio las partes pacten que lo fijará un tercero, en cuyo aceptan el que este fijare. La norma prevé que el tercero fallezca antes o después de haberse iniciado la obra: si esto ocurre antes de haber iniciado la obra "será nulo el contrato" y si ocurriere después de ello, el precio lo fijará un perito. La norma se refiere imprecisamente a la "nulidad", pues más bien lo que ocurre es que se trata de una condición suspensiva fallida de los efectos del contrato.

## 3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las obligaciones de las partes son las siguientes:

### 3.1. Obligaciones de quien encarga la obra

#### a. Declarar si aprueba o no la obra. Efectos de la desaprobación

El que encarga, tiene la obligación de declarar si aprueba o no la obra. Por regla general se infiere que la aprobación deberá darse al finalizar la ejecución del encargo, pudiendo ser parcial, cuando se hubiere convenido que la obra se apruebe por partes, conforme al artículo 2058 del Código Civil. En caso de desaprobación, establece el artículo 2059 que la cuestión será decidida por peritos nombrados por las dos partes. Si se encontrare fundada la desaprobación, lo que procede son los derechos de que gozan los acreedores frente al incumplimiento de sus obligaciones por parte de los deudores conforme a la regla general del artículo 1546 del Código Civil, que aquí se traducen de la siguiente manera: el que encargó tendrá el derecho de escoger si la hace de nuevo o indemniza perjuicios por dicho incumplimiento.

Esta indemnización tiene carácter compensatorio, debiéndose, además, por parte del artífice, devolver los materiales si fuere físicamente posible, o en caso contrario, esta restitución podrá hacerse con otros de igual calidad o en dinero. El artículo 2056 igualmente regula esta

[72] JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, *Contratos, notas de clase*, Legis, Bogotá, 2021, p. 681.

[73] CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 681.

cuestión señalando que procede, según las reglas generales, una indemnización de perjuicios frente al incumplimiento de una de las partes, que en este caso es el artífice.

**b. Pagar el precio**

El que encarga la obra adquiere la obligación de pagar el precio. En caso de no cumplir con su obligación, del artículo 2056 del Código Civil se deduce que deberá indemnizar al artífice reembolsándole los costos, el valor del trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra, es decir: una especie de lucro cesante. El artículo 2057 del mismo Código también permite inferir las siguientes cuestiones:

El artífice tiene derecho a reclamar el precio cuando la obra fuere terminada y aprobada por quien la encargó, a menos – se agrega– que se hubiesen pactado pagos anticipados. Igualmente, la norma señala que el artífice tendrá derecho a reclamar el precio en los eventos en que la obra no ha sido reconocida y aprobada por parte de quien la encargó.

**3.2. Obligaciones del artífice**

**a. Ejecutar la obra**

La obligación del artífice consiste en realizar la obra encomendada según lo pactado en el contrato, "…la *lex artis* y con los usos de los negocios"[74], o como anota el profesor BONIVENTO: "…a falta de estipulación, de la mejor manera, de suerte que la obra sirva para un aprovechamiento normal sin defectos que impidan su uso o le reste utilidad"[75]. En este punto cabe preguntarse si la obligación del artífice es de medios o de resultado. Para ello, lo primero que habría que indagar es si ello fue convenido por las partes. En caso negativo, habría que establecer el interés perseguido por el acreedor y como lo ha señalado la jurisprudencia, revisar si con la conducta debida se satisface el resultado útil o la finalidad práctica que se espera lograr[76].

En general, en el contrato de obra debe considerarse tal obligación como de resultado[77], conllevando para el artífice una posible presunción de culpa por la inejecución, por lo que el que encargó solo debería alegar y demostrar el incumplimiento de tal obligación.

La clasificación de las obligaciones de medio y resultado fue propuesta en la doctrina francesa por DEMOGUE, conforme a la cual en las primeras el deudor solo compromete su actividad en la obtención de lo debido, empleando para ello su diligencia, pero sin que se pueda garantizar su realización y en caso de incumplimiento es al acreedor al que le corresponde probarlo mientras en las segundas el deudor asegura o garantiza la obtención de lo prometido, comprometiéndose tanto a poner los medios encaminados a ello, como a lograr el resultado

[74] DÍEZ-PICAZO, ob. cit. p. 386.

[75] JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 21ª ed., Librería ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2020, p. 590.

[76] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de noviembre de 2013, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[77] Así lo asumen también en la doctrina BONIVENTO FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 590 y CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 690 a 691.

respectivo, de forma que ante el incumplimiento solo le cabe como defensa la imposibilidad de ejecutar por caso fortuito o fuerza mayor correspondiendo la prueba al mismo deudor[78].

La jurisprudencia colombiana ha aceptado esta clasificación desde hace varios años. Así lo señaló la Corte en sentencia de 31 de mayo de 1938:

> *"La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretede (sic) el acreedor. El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que éste se alcance"*[79].

Así entonces, como consecuencia de dicha clasificación, se valora la conducta del obligado para poder inferir qué le era o no exigible[80].

No sobra destacar, que los criterios que se han fijado para determinar si se está ante una obligación de medio o de resultado, son: a) la voluntad de los contratantes, es decir lo que expresa o tácitamente hayan acordado; b) la naturaleza intrínseca de la actuación debida, donde también sea exigible según la buena fe y c) la equidad[81].

Esta clasificación es importante en punto de la prueba. En efecto, en materia de obligaciones contractuales, la regla general, sobre la base del artículo 1604 C.C., es que la culpa del deudor se presume por incumplimiento y al acreedor le basta probar la existencia de su obligación y

---

[78] RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général, I, Sources des Obligations*, t. V, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, pp. 536 a 544 (nº 1237). RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général, II, Effets des Obligations*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931, p. 644 (nº 599). En la doctrina nacional: JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, t. 1, 2ª ed., Universidad de los Andes – Legis, Bogotá, 2003, p. 358. JAVIER, TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2007, pp. 414 a 420.

[79] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de mayo de 1938, XLVI, p. 572. Ente otras sentencias que se han referido a esta clasificación véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de noviembre de 2013, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[80] Sobre este particular, bien ha dicho en la doctrina el profesor HINESTROSA: "En todos aquellos casos en que el acreedor no es satisfecho en todo o en parte, o considera que no lo ha sido adecuadamente, el problema fundamental consiste en juzgar la conducta del deudor a la luz de lo que le era exigible, de acuerdo con las estipulaciones del negocio, los deberes complementarios y, más genéricamente, los mandamientos legales, según la naturaleza de la prestación. De más está anotar que en los contratos que tienen por función proveer bienes, estos han de tener una calidad satisfactoria y servir para la finalidad perseguida por el adquirente o usuario, y que en aquellos cuya función es la prestación de servicios, el deudor ha de ejecutarlos con la pericia, el esmero y el cuidado adecuados al caso". FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. I. Concepto, estructura, vicisitudes,* 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 237 a 238.

[81] FRANCISCO JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1, (1991), p. 10.

afirmar su incumplimiento, siendo entonces el deudor el que tiene la carga de probar la existencia de una causa extraña. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Suprema:

> *"(…) Acontece que en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor, para por esa misma circunstancia connotar la existencia de la culpa contractual (…) En las obligaciones de medios, el trabajo de apreciación por parte del juzgador es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa (…)"*[82].

Así, en la obligación de resultado, al deudor se le presume la culpa por la no obtención del mismo y es a este a quien corresponde probar que la existencia del incumplimiento se debe a un caso fortuito, sin que sea posible que arguya como defensa el haber actuado diligentemente[83], pero si se trata de una obligación de medio, al acreedor le corresponde probar la culpa o negligencia del deudor[84], quien puede defenderse demostrando un actuar diligente[85].

Cabe citar las siguientes consideraciones de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en las que la alta Corporación se ha manifestado en pro de considerar a la obligación del artífice en el contrato de obra como de resultado:

> *"En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.*
>
> *En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el*

---

[82] Corte Suprema de Justicia, 31 de mayo de 1938, cit.

[83] SUESCÚN MELO, ob. cit., p. 359.

[84] ÉDGAR CORTÉS, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 179. BONIVENTO, ob. cit., p. 188.

[85] TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., p. 497. HINESTROSA, ob. cit., pp. 252 a 253.

*resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario.*

*Ahora bien, no se puede desconocer que el comportamiento del deudor, teniendo presente que la obligación es una relación de cooperación para la satisfacción de necesidades, siempre estará enderezado a la realización del interés del acreedor: v.gr., el médico siempre tendrá como finalidad de su actuación la curación del paciente y el ingeniero se trazará como propósito de su conducta contractual la adecuada y completa culminación y entrega de la obra encargada. Lo que ocurre es que en el primer caso, el médico no puede garantizar que el resultado esperado y querido se realice, pues no se encuentra totalmente a su alcance que ello ocurra (existen circunstancias físicas, anímicas, ambientales, etc., que pueden condicionar y determinar el resultado esperado),* ***mientras que en el contrato de obra, por regla general, para el deudor es factible lograr u obtener que el acreedor recibe efectivamente la obra encargada.*** *En la obligación de medio el deudor cumplirá su deber de conducta despegando la actividad o comportamiento esperado, aun cuando no se obtenga el resultado o fin práctico perseguido por el acreedor; por el contrario, si la obligación es de resultado, sólo habrá cumplimiento si el acreedor obtiene el logro o propósito concreto en el que fundó sus expectativas*"[86]. (Resaltado fuera de texto).

Ahora, al ser la obligación del artífice de resultado, si este no se obtiene, se acredita el incumplimiento de su parte, correspondiéndole en consecuencia probar que no lo pudo obtener por fuerza mayor[87].

### b. Entregar la obra ya confeccionada

Por regla general, el artífice debe entregar la cosa confeccionada dentro del tiempo pactado, pudiéndose entregar por partes, aunque aplicando las reglas generales del pago como modo de cumplimiento de las obligaciones, el artífice no podría obligar al acreedor a que le reciba por partes, aunque se insiste, a menos que en el contrato se hubiese pactado tal posibilidad.

### c. Obligación de información

Tal como indica el Profesor CÁRDENAS MEJÍA, para el artífice existe una obligación de información para con quien encargó la obra, tanto en el período precontractual, como durante la ejecución del contrato. "Del deber de buena fe surge para quien ejecuta la obra o presta el servicio la obligación de suministrar a la otra parte la información que sea necesaria para la

[86] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de noviembre de 2013, cit.

[87] CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 699.

ejecución del contrato. Así, por ejemplo, si durante la ejecución del contrato el que ha encargado la obra o el servicio debe tomar una decisión sobre la forma como debe ejecutarse el mismo, el contratista debe suministrarse la información necesaria para ello"[88].

Además, como bien precisa el autor citado, esta obligación de información en la ejecución del contrato puede referirse a las condiciones de cumplimiento de la prestación, como también comunicar cualquier hecho sobreviniente que pueda determinar o incidir en que la obra no deba ser ejecutada en la forma pactada inicialmente, además incluye todo aquello que una persona deba conocer por razón de su profesión u oficio y que el otro contratante no conoce y es necesario para la correcta ejecución del contrato, así como también advertir sobre los peligros y riesgos para las personas y cosas además de precauciones a tomar[89].

## 4. RÉGIMEN DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA

Si el artífice pone no solo la obra, sino también los materiales, como se indicó anteriormente, el contrato es de venta, pero además, sometida en sus efectos a una condición, y es que la obra se apruebe por quien la encargó, condición la cual tendría como efecto directo el suspender los otros derivados del contrato, entre ellos, la transmisión del riesgo del vendedor al comprador, tal como se deduce de las reglas generales, y también del artículo 2053 cuando establece que el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra, sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si aprueba o no.

En el otro caso, es decir: cuando el contrato fuere en estricto sentido, de obra, que es, se recuerda, cuando el artífice debe poner solo el servicio, sobre las materias que han sido puestas por el que encarga, los riesgos se regulan así:

a. La pérdida de la materia recae sobre su dueño, que es quien la encargó (artículo 2056 del Código Civil).

b. Por consiguiente, como lo señala la misma norma: la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra pertenece a este, y no responde el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por las personas que le sirven. Esto significa, que cuando la materia prima se perdiese fortuitamente, el riesgo lo asume el propietario, teniendo éste la carga de la prueba respecto de la culpa del artífice o sus dependientes.

c. A consecuencia de lo anterior, como también lo señala el artículo 2057 del Código Civil, si la cosa perece por un vicio de la materia suministrada por quien la encargó, éste debe pagar el precio al artífice, puesto que además corre con los riesgos. Ahora: esta obligación cesará, en los casos en que el artífice conocía o debiera conocer debido a su profesión u oficio, dichos riesgos, conforme lo establece el numeral 3º del artículo 2057 del Código Civil. Sobre este aspecto considera el profesor CÁRDENAS MEJÍA:

> *"(…) los riesgos por vicio de la materia son de cargo de quien la suministró. No obstante, el Código Civil señala que ello no ocurre cuando se trate de un vicio que el artífice debió*

[88] CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 704.

[89] CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., pp. 704 a 705.

*conocer o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno. De esta manera si el artífice conoció o debía conocer el vicio debía advertirlo a la otra parte, con el fin de que tomara la decisión correspondiente, lo que implica entonces que en tal caso quien encarga la obra asume el riesgo. Es apenas natural que la información debe contener los datos necesarios para que quien encarga la obra pueda conocer los riesgos que implican los defectos. En efecto, si no le suministra dicha información, no puede entenderse que se transfieren los riesgos"*[90]*.*

## 5. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Las causales de terminación del contrato son las siguientes:

a. Terminación de la obra

Como es natural entenderlo, el contrato se termina cuando el artífice haya terminado la obra, y quien la encarga la haya aprobado.

b. Desistimiento de quien la encarga

En el contrato para la confección de obra material se encuentra esta "particularidad", como la denomina el profesor chileno ARTURO ALESSANDRI: consiste en que quien encarga puede hacerla cesar, reembolsando al artífice los costos, y dándole lo que valga el trabajo, además de lo que hubiese podido ganar con la cosa elaborada[91].

c. Muerte del artífice. Efectos

De lo establecido por el artículo 2062 del Código Civil. se infiere que el contrato es *intuitu personae*, toda vez que la norma expresa que todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice.

En este caso, igualmente se señala, que si se hubiesen ejecutado trabajos o preparado materiales, que puedan ser útiles para la obra, el que la encargó será obligado a recibirlos y pagar su valor, lo que se calculará según corresponda.

No obstante, cuando quien muriese fuere el que encargó la obra, el contrato no se resuelve, según mandato expreso del artículo 2062 del Código Civil *in fine*.

## 6. REGLAS ESPECIALES DEL CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS

Dentro de las reglas para la confección de una obra, se incluye una modalidad particular, que es la "construcción de edificios". Según el Profesor GÓMEZ ESTRADA, dado que la norma no define que se entiende por "edificio", a la palabra hay que darle su sentido natural y obvio, conforme lo establece el artículo 28 del Código Civil, acudiendo al Diccionario de la Real

[90] CÁRDENAS MEJÍA, ob. cit., p. 689.

[91] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los contrato*s, versiones taquigráficas de la Cátedra de Derecho Civil con anotaciones de Onias León Gaete, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1936, p. 180.

Academia de la Lengua y así entenderlo como una obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como albergue y resguardo[92]. Igualmente, indica el autor citado, que esta modalidad abarca los contratos que tengan por objeto la remodelación, reconstrucción parcial de un edificio o cuando se trate de obras indispensables para la conservación de este como aquellas a las que se refieren los artículos 1985; 857 y 965 del Código Civil[93]. El contrato presenta las siguientes modalidades:

a. A precio único o alzado o global

Se trata del "precio único prefijado" al que se refiere el artículo 2060 del Código Civil que consiste en una suma fija y determinada, que será la que el dueño de la obra pagará por la ejecución total de esta[94]. En este caso, el artífice no puede pedir un aumento del precio a pretexto de haberse "encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones", como lo establece el artículo 2060 numeral 1º del Código Civil.

Cuando se trate de un contrato de obra por precio único, y circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, el artífice o empresario debe hacerse autorizar a ellos por el dueño, y ante su negativa, el tema se dirimirá judicialmente según dispone el artículo 2060 numeral 2º del Código Civil.

b. A precios unitarios: Administración delegada

Esto significa, como indica también el Profesor GÓMEZ ESTRADA que: "…no queda determinado el precio global de la construcción, sino apenas el de cada una de las partes más o menos homogéneas que componen aquella y en relación con una unidad de medida, como, por ejemplo, a tanto el metro cúbico de concreto, o el metro cuadrado de pintura, o el de pavimentos, o el de techumbre, etc"[95]. En este caso, el que encargó la obra no sabe realmente cuál será el precio final de la misma, el que se conocerá cuando la obra haya culminado. En el caso de la "administración delegada" o por "presupuesto", el artífice tiene derecho a un porcentaje sobre lo invertido en materiales y mano de obra.

## 7. RESPONSABILIDAD DEL CONSTRUCTOR

El numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil regula la responsabilidad del empresario constructor, al establecer que, si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio en la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario. Esto, a menos que los materiales hubiesen sido entregados por el dueño.

---

[92] GÓMEZ ESTRADA, ob. cit., p. 375.

[93] GÓMEZ ESTRADA, ob. cit., p. 376.

[94] GÓMEZ ESTRADA, ob. cit., p. 376.

[95] GÓMEZ ESTRADA, ob. cit., p. 376.

También debe tenerse en cuenta que el "recibo" que otorgue el dueño a la conclusión de la obra, solo significa que la aprueba, y no exime al artífice o empresario de la responsabilidad antes indicada.

Hechas las anteriores consideraciones normativas, doctrinales y jurisprudenciales, procede el Tribunal a revisar y valorar las pruebas aportadas al proceso relativas a esta pretensión. Así, el Tribunal encuentra y destaca primero que todo, el hecho 1º de la demanda, en la cual se afirma:

> ***"1.*** *La sociedad PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S, en adelante PROCOMSA, suscribió el 09 de agosto de 2013, con la sociedad EXIPLAST S.A., el contrato Civil de Obra No. CCM-017-13, con el objeto de ejecutar los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera, (…)"*[96].

En el hecho 2º se indica:

> *"2. Los elementos suministrados e instalados por EXIPLAST S.A en las fachadas del PROYECTO, se aprecian a continuación: (…)"*[97].

A su vez, en los hechos 3º y 4º se expresa:

> *"3. El valor total del Contrato se pactó en Precios Unitarios Fijos sin Formula de Reajuste por la suma de CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($183.639.387), IVA INCLUIDO"*[98].
>
> *"4. El Contrato se modificó mediante Otrosí No. 1 de fecha enero 9 de 2014, ampliando el valor total del mismo a la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE ($193.663.034), IVA INCLUIDO"*[99].

En la contestación a la demanda, la convocada obrando por medio de su apoderado, respondió afirmativamente a los hechos 1º, 3º y 4º, y aceptó como parcialmente cierto el hecho 2º haciendo la claridad que "EXIPLAST instalo la fachada en policarbonato, pero no el letrero con el símbolo y nombre de "ecoplaza" que se puede apreciar en la imagen"[100]. En este punto, y ateniéndose a lo que establecen los artículos 191y 194 del Código General del Proceso, tales afirmaciones tienen valor de CONFESIÓN y así las tendrá en cuenta el Tribunal.

---

[96] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA".

[97] *Ibidem.*

[98] *Ibidem.*

[99] *Ibidem.*

[100] Cuaderno principal 2. Archivo "07_Contestacion_Exiplast_20220218.pdf".

Adicionalmente, en interrogatorio de parte realizado al señor EDUARDO ENRIQUE ORTIZ ARANGO, representante legal de la EXIPLAST S.A., se le formularon unas preguntas por el apoderado de la Convocante relativas al objeto del contrato y a la naturaleza de las obligaciones asumidas por la Convocante, a las que respondió:

*"(…) DR. DÍAZ: [01:25:30] Gracias, doctor Jorge. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que Exiplast se obligó a realizar todas y cada una de las actividades requeridas para construir e instalar el sistema Danpalon… De 22 milímetros con conector policarbonato, incluido el suministro total de los materiales para el proyecto Ecoplaza.*

*SR. ORTIZ: [01:25:52] Sí, es cierto.*

*DR. DÍAZ: [01:25:55] Gracias, don Enrique. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que Exiplast reconoció y aceptó en el contrato celebrado de las obligaciones que asumía en el contrato eran de resultado.*

*SR. ORTIZ: [01:26:07] Eran de qué, perdón?*

*DR. DÍAZ: [01:26:09] De resultado.*

*SR. ORTIZ: [01:26:13] Qué significa de resultado? Me disculpa, no sé si es un término legal.*

*DR. DÍAZ: [01:26:18] Es un término legal, así es. Y pues si de pronto para mayor claridad, con mucho gusto puedo compartirle el aparte exacto del contrato, pues para que usted pueda dar su respuesta.*

*SR. ORTIZ: [01:26:31] Gracias.*

*DR. DÍAZ: [01:26:38] Este documento que le voy a compartir está en el libro de principales, demanda Procomsa, folio 238. Ahí están viendo el documento?*

*SR. ORTIZ: [01:26:56] Sí, señor, yo lo.*

*DRA. ZAPATA: [01:27:00] Estamos viendo la conexión a Cisco. Ahora sí.*

*DR. DÍAZ: [01:27:08] Aquí, en el último aparte de la cláusula de… Primera dice, ''Por lo tanto, 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 civil de obra". Entonces la pregunta que le hacía era, diga cómo es cierto, sí o no, que Exiplast reconoció y aceptó en el contrato suscrito que las obligaciones que asumía eran de dar resultado?*

*SR. ORTIZ: [01:27:34] Sí, es cierto"*[101]*.*

Este interrogatorio también será valorado por el Tribunal con carácter de confesión.

Entre las pruebas aportadas por el Convocante con la demanda se encuentra el CONTRATO CCM-017-13[102], celebrado entre PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA SAS como contratante y EXIPLAST S.A. como contratista, de fecha 9 de agosto de 2013, en el cual, previas algunas consideraciones, se encuentran las cláusulas, y especialmente la primera y la segunda, que se transcriben a continuación, en las cuales se especifica el objeto que tendría el contrato suscrito entre las partes, además de la cláusula tercera y vigésima tercera, en las cuales se pactó el precio del contrato:

[101] Cuaderno de pruebas, carpeta no. 13, transcripción de audiencia del 2 de agosto de 2022.

[102] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA".

PRIMERA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO CIVIL DE OBRA.- 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 de la CONSTRUCCION E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial, además, para el cabal desarrollo del objeto del presente CONTRATO CIVIL DE OBRA, 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 Civil de Obra, 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 Civil de Obra.

TERCERA: CANTIDADES Y PRECIO UNITARIO - EL CONTRATISTA declara que el valor unitario y las cantidades de obra incluidas en el presente contrato y sus anexos, se calcularon con base en los diseños iniciales los que le sirvieron para hacer el cálculo definitivo de cantidades suficientes para el desarrollo del presente Contrato Civil de Obra.

PARAGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA declara que los precios unitarios relacionados y contenidos en el anexo No. 4 (Cuadro de cantidades y valores unitarios), fueron fijados de común acuerdo por EL CONTRATISTA y EL CONTRATANTE en documento privado. Estos precios unitarios acordados son fijos e incluyen todos los

VIGÉSIMA TERCERA: MODALIDAD Y VALOR DEL CONTRATO CIVIL DE OBRA -La modalidad de este Contrato Civil de Obra es a Precios Unitarios Fijos sin Formula Fórmula de Reajuste, y sin ningún tipo de recargo o indexación tomando como base el listado que conforma el ANEXO No. 4 en el cual se establecieron los precios unitarios, que se incorpora al presente Contrato Civil de Obra, el cual contiene la descripción detallada de los ítems, Precios Unitarios Fijos y cantidades, con base en lo cual el valor total de este Contrato Civil de Obra, se estima aproximadamente en: CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($138´231.987.00) más un IVA del DIECISEIS por ciento (16%) por un valor de VEINTIDOS MILLONES CIENTO DIECISIETE MIL CIENTO DIECIOCHO PESOS M/CTE ($22´117.118.00), para un total de CIENTO SESENTA MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO CINCO PESOS M/CTE ($160´349.105.00) por el suministro del Sistema de Danpalon 3D LITE 22 mm con conector, filtro UV y soflite, 3 tonos de verde facturados por EXIPLAST S.A y un valor de DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE ($19´838.400.00) mas un IVA del DIECISEIS por ciento (16%) sobre un AIU del QUINCE por ciento (15%) por un valor de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTIDOS PESOS M/CTE ($476.122.00) para un total de VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE ($23´290.282.00) por la Instalación del Sistema de Danpalon 3D LITE 22 mm con filtro UV y soflite, 3 tonos de verde con conector facturados por ARQUIMETALICA ESTRUCTURAS Y ACABADOS LTDA, para un gran total de CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($183´639.387.00) Incluido IVA sobre el valor del suministro y el valor de la instalación. De todos modos EL CONTRATISTA, entiende y acepta que EL CONTRATANTE, se reserva el

derecho de obtener el suministro de los servicios, objeto del presente Contrato Civil de Obra, con el ó los proponentes, que a juicio del **CONTRATANTE**, sean necesarios para lograr el óptimo rendimiento de la obra, en caso de ser así **EL CONTRATISTA** asumirá el pago de estos. Las cantidades de obra son estimadas, por lo tanto, ellas pueden aumentar o disminuir durante la ejecución del Contrato Civil de Obra. Por tanto el valor final del presente Contrato Civil de Obra, dependerá del rendimiento del **CONTRATISTA** y desde ya entiende y acepta **EL CONTRATISTA** que el valor definitivo del presente Contrato Civil de Obra resultará de la multiplicación del precio unitario fijado por las cantidades de obra realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción del CONTRATANTE y la Interventoría.

El valor especificado fue ofrecido y calculado por **EL CONTRATISTA** teniendo en cuenta todas las características del proyecto relevantes para la ejecución de este Contrato Civil de Obra, las cuales, **EL CONTRATISTA** conoce en su integridad. Incluye todos los costos, materiales y gastos necesarios para la operación técnica, financiera, jurídica y administrativa de **EL CONTRATISTA** y para la ejecución de todas las obligaciones en virtud de este Contrato Civil de Obra; y mediante el valor pactado se entienden remuneradas todas las actividades descritas en el presente Contrato Civil de Obra y en los Términos de Referencia anexos. **EL CONTRATISTA** acepta que no habrá lugar a ningún tipo de reajuste, recargo o indexación de los valores unitarios ofertados.
Las cantidades de obra ejecutadas serán determinadas por **EL CONTRATANTE**, la Gerencia e Interventoría y **EL CONTRATISTA**, de lo cual dejarán constancia en actas de entrega parcial de obra que darán a conocer al **CONTRATISTA**.

**PARÁGRAFO PRIMERO:** PRECIOS FIJOS: Los precios de todos los ítems y actividades contempladas en este Contrato Civil de Obra se mantendrán fijos y sin ningún recargo, incremento ó indexación hasta la terminación total de los servicios ofrecidos por **EL CONTRATISTA**. Pero si podrán variar para futuras contrataciones.
**EL CONTRATISTA** manifiesta que los precios determinados en este Contrato Civil de Obra, incluyen todos los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución de las actividades.

**PARAGRAFO SEGUNDO:** FACTURACION: Los costos de Suministro del Material, serán facturados por EXIPLAST, y la instalación será facturada por ARQUIMETALICA ESTRUCTURAS Y ACABADOS LTDA, sin eximir la responsabilidad total del presente contrato a nombre del CONTRATISTA EXIPLAST S.A.

De las cláusulas transcritas se infiere con meridiana claridad, que el contrato celebrado entre las partes corresponde a un contrato civil de obra, toda vez que el objeto convenido se adecúa plenamente a lo consagrado en la ley y descrito por la doctrina, conforme ya se señaló ampliamente en párrafos anteriores.

A su vez, en la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA se especificaron las obligaciones del CONTRATISTA y en la VIGÉSIMA SEGUNDA, las del contratante, relacionadas con el desarrollo del objeto ya descrito, de lo cual no cabe duda alguna que el contenido prestacional asumido por las partes corresponde al de un contrato de obra, según la quedó explicado anteriormente en las consideraciones a esta pretensión:

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 Civil de Obra, 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 Civil de Obra 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 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. EL CONTRATISTA se responsabiliza y ofrece la garantía sobre todos los trabajos de instalación efectuados por su aliado comercial ARQUIMETALICA ESTRUCTURAS Y ACABADOS LTDA.

6. Ejecutar cualquier trabajo adicional o extra que se relacione con este Contrato Civil de Obra, previa aprobación del CONTRATANTE respecto del valor presupuestado y del plazo para su ejecución.

7. 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.

8. Facilitar la inspección por medio del CONTRATANTE de los depósitos y/o talleres de EL CONTRATISTA o sus proveedores.

9. Una vez terminadas a satisfacción las actividades objeto de este Contrato Civil de Obra, 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.

10. 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 Civil de Obra EL CONTRATISTA exonera de toda responsabilidad a EL CONTRATANTE.

11. 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.

12. Cumplir siempre con los requerimientos ambientales internos y que correspondan a los exigidos por la normatividad al respecto.

13. 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 Civil de Obra serán por cuenta de EL CONTRATISTA.

14. 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.

15. Presentar el Flujo de Inversión General de Obra y de Manejo del Anticipo, con sus controles mensuales y actualizaciones necesarias.

16. 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.

17. Presentar los Certificados de Calidad de la lámina y conectores a utilizar en la cubierta a instalar en el Proyecto.

18. La totalidad de la lámina debe ser protegida por ambos costados para evitar contaminación de polvo y otros elementos propios de la obra. Dicha protección debe ser retirada solo hasta el inicio de la instalación.

19. Presentar Cronograma de obra donde se incluirán las actividades del Commissioning de acuerdo a los lineamientos del proyecto LEED.

20. 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 Civil de Obra.

VIGÉSIMA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE -Adicionalmente a las obligaciones expresadas en otras cláusulas EL CONTRATANTE se compromete a:

1. Cumplir con los compromisos de pago en fecha y monto de acuerdo a lo pactado por las partes.

2. Entregar oportunamente al CONTRATISTA toda la información necesaria para el desarrollo del proyecto.

3. Préstamo de zona para la instalación de los equipos de movilización vertical y horizontal (a cargo del CONTRATISTA), área de almacenamiento de materiales y equipos.

4. Vigilancia perimetral en el sitio de trabajo de materiales y equipos sin responsabilidad por parte del CONTRATANTE.

5. Coordinación con las demás redes, tanto aéreas como subterráneas, que puedan interferir con el proceso de CONSTRUCCION E INSTALACION DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial

6. Suministro de área para instalación de oficinas (2 Contenedores).

7. Suministro de energía y agua.

8. Responder dudas e inquietudes oportunamente.

9. Suministro oportuno de planos.

VIGÉSIMA TERCERA: MODALIDAD Y VALOR DEL CONTRATO CIVIL DE OBRA

Por otra parte, es claro, según lo que se pactó en el párrafo final de la cláusula vigésima primera, 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 Civil de Obra"[103].

No cabe duda entonces para el Tribunal que tales obligaciones tienen la naturaleza de obligaciones de resultado, lo cual se concuerda no solamente con lo que sobre este particular ha sido explicado por la doctrina y asumido por la Jurisprudencia según se aludió en párrafos anteriores de estas consideraciones, sino también porque así fue pactado entre las partes de manera expresa, posibilidad que como se vió de igual forma, es una posibilidad totalmente viable y a ello habrá que atenerse, con mayor razón cuando la Convocada, en forma expresa, admitió en la contestación de la demanda que los mencionados hechos 1, 2, y 3, sobre los cuales se fundamentó esta primera pretensión, eran ciertos y que, por tanto, no existía controversia sobre la existencia del Contrato Civil de Obra No. CCM-017-13 suscrito entre las partes.

### 2.2.4. CONCLUSIÓN

Según lo planteado y probado en el presente acápite, encuentra el Tribunal acreditada la existencia del Contrato Civil de Obra No. CCM-017-13, suscrito entre PROCOMSA S.A.S y

[103] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA".

EXIPLAST S.A, con el objeto y alcance de ejecutar los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera, bajo la naturaleza de una obligación de resultado. En consecuencia, se concederá la primera pretensión y así se consignará en la parte resolutiva.

## 2.3. SEGUNDA PRETENSIÓN

Establece la segunda pretensión:

> *"2. Que se declare que EXIPLAST S.A incumplió con las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, con las relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera"*[104].

### 2.3.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

En relación con la segunda pretensión, la Convocante se refirió en los siguientes hechos de la demanda[105], indicando:

(i) En el hecho 6, las siguientes obligaciones del Contrato:

- Que la aprobación de las entregas parciales de las obras del proyecto por parte de la Contratante no liberará al Contratista de su responsabilidad respecto de la calidad, estabilidad y funcionalidad de tales obras, ni de la estabilidad, calidad y funcionalidad del resultado final. Casos frente a los cuales el Contratista conservará la facultad de solicitar correcciones o adiciones, aún después de que la entrega parcial haya tenido lugar. (**Parte final de la cláusula Décima Novena)**;

- Obligación del Contratista de *"demoler, deshacer y reacer a su costo, los trabajos que a juicio del Contratante, no cumpla con las normas, especificaciones, calidades y cualidades requeridas".* (**Numeral 7 de la Cláusula Vigésima Primera);**

[104] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA.

[105] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA.

- Obligación del Contratista de *"pagar los costos de indeminizaciones por daños imputables a su incumplimiento y a su cargo por deficiencia e inestabilidad e incongurencia de las obras ejecutadas"*. **(Numeral 16 de la Cláusula Vigésima Primera);**

- Que ni los límites mínimos de las polizas de seguros con las que debe contar el Contratista, ni los valores reales de los seguros, *"deberán de ninguna manera limitar o reducir la responsabilidad del Contratista y/o Proveedor o sus obligaciones, adicional todo lo deducible originado por las pólizas de seguros serán asumido en su totalidad por el Contratista".(***Parágrafo de la Cláusula Vigésima Quinta);**

- Que *"sin perjuicio de aplicación del cobro de las pólizas a que haya lugar si existe incumplimiento por parte del **CONTRATISTA**, **EL CONTRATANTE** podrá a su arbitrio con un tercero acordar el mismo objeto de los servicios ofrecidos y EL CONTRISTA estará obligado a asumir la diferencia que dicha situación genere. Este valor podrá ser descontado de las facuras pendientes de pago, así como los impuestos y gastos que por dicho trámite se generen".* (**Cláusula Trigésima Quinta).**

(ii) En el hecho 7 que en la presentación técnica la Convocada al presentar el producto Danpalon, ofreció una garantía de 10 años desde la fecha de su compra.

**ASISTENCIA TÉCNICA**

Nuestro Departamento de Asesoría Técnica le ofrece atención personalizada para el diseño y montaje de sus proyectos, con el respaldo en desarrollo y tecnología de EXIPLAST S.A.

EXIPLAST S.A.
*Creamos espacios confortables.*

**GARANTÍA**

Para Danpalon 4mm compacto, 10mm, 12mm, 16mm y 30 mm.

Los paneles están garantizados por su fabricante Dan Pal al usuario final por un periodo de 10 años a partir de la fecha de compra.
La trasmisión de luz, el color y las roturas son factores que inciden en la garantía del producto.

Para mayor información acerca de la garantía consulte **www.danpalon.com** o consulte a nuestro departamento técnico.

Se excluyen los daños ocasionados por sismos o terremotos, huracanes, tornados o impactos; por pararse o transitar sobre las cubiertas, por depositar objetos metálicos o de peso que excedan las condiciones de carga de las mismas.

(iii) En el hecho 8 que según lo previsto en la cláusula vigésima quinta, la Convocada tramitaría las garantías necesarias establecidas para garantizar las obligaciones establecidas en el Contrato, con asegurado y beneficiario **PROCOMSA**;

(iv) En el hecho 9 que según la obligación anterior, la Convocada contrató la Póliza No. 2238830 por intermedio de la compañía intermediaria de seguros **AON DE COLOMBIA**, ante la aseguradora **Liberty Seguros S.A.;**

(v) En el hecho 10 que el 2 de mayo de 2014 se suscribió entre las partes el acta de recibo final a satisfacción de las obras contratadas;

(vi) En el hecho 11 que *"después de la finalización del Contrato se empezaron a evidenciar daños (filtraciones, contaminación, perdida de color y desprendimiento del material), lo que dejaba entrever que el producto suministrado NO cumplía con las especificaciones técnicas de calidad prometidas, en la medida que las filtraciones habían hecho de la fachada una masa de manchas deteriorando la imagen de EL PROYECTO y generando riesgo de desprendimiento";*

(vii) En el hecho 12 que la situación descrita en el hecho anterior, fue reportada a la Convocada para que realizara las actividades de garantía requeridas. Por lo que fue realizada una visita el 27 de noviembre de 2014, la cual fue documentada el 22 de enero de 2015 y se establecieron compromisos;

(viii) En el hecho 13 que la Convocada realizó los trabajos de garantía ofrecidos, pero los problemas continuaron;

(ix) En el hecho 14 que ante la reclamación del mes de abril presentada por la Convocante, la Convocada realizó una visita el 2 de mayo de 2017, documentada el 5 de mayo del mismo año, donde se estableció, entre otros lo siguiente:

1. El sistema Danpalon® **3DLite** presenta contaminación en los alveolos debido al sello entre la UPD de aluminio y el panel de policarbonato, generando una perdida estética del producto. Esta patología no afecta la estabilidad del sistema, se puede subsanar retirando la UPD de aluminio la cinta del panel, lavando los alveolos y volviendo a sellar.
2. Los empates horizontales entre los paneles de policarbonato **3DLite** presentan dilataciones debido a que el sistema es de libre expansión. Las condiciones de la vía que pasa muy cerca genera mayor movimientos los cuales aumentan las dilataciones. Como el material no se debe confinar lo apropiado seria colocar un elemento fijo a uno de los extremos para que aunque se mueva; siempre permanezca la dilatación invisible.
3. De acuerdo a la inspección realizada no deben tener preocupación; ya que no hay elementos del sistema de fijaciones sueltos que generen riesgos a presente ni a futuro.

**Conclusiones y procedimiento a seguir:**

**De acuerdo a su solicitud EXIPLAST S.A.S,** en atención a nuestra excelente relación comercial, nos ponemos a su disposición para adelantar las correcciones necesarias de acuerdo al ítem 1 nombrado en el informe para que este material tenga la estética esperada, entendiendo que hay unos costos derivados de mantenimiento, en este reproceso que no serían imputables a nuestro contrato y por lo tanto se debe llegar a un acuerdo sobre los costos de mantenimiento(Lavado, inspección de sellos y fijaciones) .

(x) En el hecho 15 que con lo anterior *"se demuestran, no solo las oportunas solicitudes de garantía por parte de PROCOMSA, sino también, el reiterado incumplimiento por parte de EXIPLAST frente a su obligación de garantizar la calidad y estabilidad de la obra, así como la ineficacia de las acciones adelantadas supuestamente para corregir y evitar los futuros problemas";*

(xi) En los hechos 16 y 17 que en la Póliza No. 2238830, se estableció un amparo de estabilidad de la obra por un valor de $55.091.816, con una vigencia de tres años contados a partir de la suscripción del acta de entrega de la obra a satisfacción, a partir del día 02 de mayo de 2014;

(xii) En el hecho 18 que la Convocante presentó aviso de siniestro en abril de 2017 y reclamación de Seguro ante Liberty Seguros S.A en el mes de noviembre de 2018, "*indicando los siguientes problemas:*

*a. El sistema Danpalon tiene filtraciones de agua por la parte posterior de los paneles, al ser un material traslucido refleja manchas y perdida continua de color.*

*b. Los empates entre laminas presentan dilataciones lo cual permite en ingreso del agua.*

*c. Presenta problemas en las fijaciones entre paneles lo cual genera deficiente sujeción en las instalaciones";*

(xiii) En el hecho 19 que *"no obstante, y ante el riesgo inminente de desprendimiento de material, la última garantía otorgada por EXIPLAST, se llevó a cabo en el mes de diciembre de 2018, tal como se acredita con copia del Acta de Entrega de Obra que se aporta como prueba";*

(xiv) En el hecho 20 que en el mes de febrero de 2019 la aseguradora reconoció el siniestro en favor de la Convocante y pagó el valor de amparo de estabilidad de la obra, objeto de la Póliza contratada por un valor de $55.091.816.

En el memorial por medio del cual descorrió el traslado de las excepciones de mérito y se pronunció sobre la objeción al juramento estimatorio[106], la Convocante manifestó en relación con la contestación de los siguientes hechos:

1) Al hecho 6 que el numeral 7 de la cláusula Vigésima Primera del contrato no es nulo y que lo pactado no es potestad de la Convocada, sino una facultad del beneficiario de la obra frente la calidad de los trabajos contratados;

2) Al hecho 7 que si bien el producto *"ofrecido, contratado, vendido, suministrado e instalado directamente por la demandada contaba con la garantía de su fabricante, no por ello EXIPLAST se exime de cubrir con dicha garantía, tal como pretende*

[106] Cuaderno principal 2. Archivo "08_Traslado_contestacion_Procomsa_20220225.pdf".

*hacerlo ver el apoderado"*;

3) Al hecho 11 que el apoderado de la Convocada omite varias conclusiones del informe del ajustador y que la decoloración fue solo una de las deficiencias del producto;

4) A los hechos 12, 13 y 20 que si la Convocada hubiese cumplido con sus deberes de postventa, *"no habría salido avante la reclamación presentada por la demandante ante la aseguradora, no habría existido la necesidad de cambiar la fachada del proyecto y las partes no estarían inmersas en el presente litigio"*;

5) Al hecho 14 que la Convocada insiste en "*atribuir las reclamaciones a un "mantenimiento" que desde la cotización presentada habían calificado de "fácil y rápido" sin indicar con claridad los parámetros del mismo, cuando lo cierto es que del informe del ajustador aportado por la demandada se evidenció que el supuesto mantenimiento tendría un valor cercano al valor del contrato inicial, sin pasar por alto las conclusiones del dictamen pericial aportado por mi representada donde se señaló la imposibilidad técnica de realizar mantenimiento interno de los alveolos"*.;

6) Al hecho 15 en los términos de la respuesta a los hechos 13 y 14;

*7)* Al hecho 18 que en el informe del ajustador aportado por la Convocada se reseña que *"el 27 de abril de 2017 se remite la comunicación por incumplimiento a Aon Coloombia y a Exiplast, de igual manera, el asegurado informa que el costo de las reparaciones asciende a la suma de $408.589.000";*

8) Al hecho 19 que la Convocada omite algunas conclusiones del informe que sirvió para la favorabilidad de la reclamación; y

9) Al hecho 20 que *"debe recordarse que la demandada tenía la responsabilidad legal y contractual de mitigar la conflagración del riesgo evidenciado, sin perjuicio del reconocimiento económico del amparo de la póliza contratada*".

En el mismo memorial, se opuso a las excepciones de mérito propuestas por la Convocante.

En sus alegatos de conclusión[107] destacó:

[107] Cuaderno principal 3. Archivo "02_Alegatos_convocante_20220921.pdf".

(i) Que en el interrogatorio de Parte del Representante Legal de Exiplast había quedado probado que garantizaron la hermeticidad y estabilidad del sistema y la garantía ofrecida fue por 10 años;

(ii) Que el dictamen pericial de parte, estableció las afectaciones y deficiencias del sistema Danpalon instalado;

(iii) Que el informe de la firma ajustadora C.P Consulting, aportado por la Convocada, se señalan las conductas imputables al afianzado que dieron lugar a la falencia de los páneles de la fachada del CC Ecoplaza Mosquera;

(iv) Que en el testimonio de la Ingeniera Paula se indicó que la garantía ofrecida por EXIPLAST era de 10 años que cubria el sistema integral contratado, en el cual en el año 2017, EXIPLAST ya sugería el cambio del material. Que para la Convocante no *"eran previsibles las patologías pues se había pfrecido un sistema hermético y de 0 goteras y que si les hubiesen manifestado que para la realizar el mantenimiento era necesario desmontar la fachada no se hubiese comprado ese sistema";*

(v) Que en su testimonio el Ingeniero Leonardo Ocampo aclaró que *"quien propuso las ventajas del sistema fue Exiplast y que la característica de hermeticidad era que no debía entrar nada al interior de las láminas"* que "*el sistema se contaminó por defectos de la instalación y los materiales usados, que no existió un manual de manteamiento (sic) y que, por el contrario, un mantenimiento interno o alveolo por alveolo implicaba el desmonte de todo el sistema y aproximadamente 200 días de trabajo. Consideró que no se cumplieron con las características de 0 goteras, no filtraciones, ni fácil mantenimiento y que Procomsa tomó la decisión de cambiar la fachada por mala posventa, daños continuos, proyección de daños futuros, reputación del centro comercial y un mantenimiento inmanejable";*

(vi) Que en el testimonio del representante legal de Andercol, *"se evidenció que la prueba realizada sobre 2 trozos de láminas no era concluyente frente a un sistema de 900m2, que no le constaba si las láminas que le remitió Exiplast eran del centro comercial - que incluso se indicó en el documento estaba ubicado en Bogotá cuando lo cierto es que está ubicado en el municipio de Mosquera - y lo más importante, que era la única prueba que hasta la fecha habían realizado sobre policarbonato, lo cual le resto total validez y credibilidad al mismo".;*

(vii) Que en el testimonio del señor Luis Rodríguez se *"confirmó que el responsable de garantizar las ventajas diferenciales del sistema contratado era Exiplast y que el que fabricante no participaba en el diseño del sistema, ni en la instalación como tal".;*

(viii) Que en el testimonio de la señora Carolina Vela, se estableció entre otros, en relación con la limpieza de la fachada que esta realizaba con agua y jabón *"pero que desafortunadamente la apariencia de la fachada no cambiaba porque el mugre era interno, lo que conllevó a múltiples quejas de los arrendatarios del centro comercial, quedando muchas de ellas consignadas en las notas de comités de mercadeo que se realizaban"* y que *"Exiplast núnca hizo un mantenimiento integral a la fachada y que las actividades realizadas en el mes de diciembre de 2018 se enfocaron únicamente*

*a mitigar el desprendimiento de la fachada norte del centro comercial".*

Concluyendo que, según el acervo probatorio recaudado, quedó claro que la garantía de 10 años deriva de la obligación contractual *"ofrecida, asumida, confesada e incumplida que habilita plenamente la interposición de la presente demanda de responsabilidad civil contractual, donde se han demostrado múltiples y reiterados incumplimientos atribuibles al diseño, suministro e instalación del sistema de fachadas a cargo de Exiplast y a la ineficaz garantía e imposibilidad de mantenimiento ofrecido por las patologías presentadas del todo imprevisibles para Procomsa. Dicho lo anterior, basta con demostrar los elementos propios de la responsabilidad civil contractual, la inexistencia de hechos que configuren eximentes de responsabilidad para Exiplast y la garantía contractual de 10 años ofrecida, pactada, reconocida e incumplida para que el Honorable Tribunal pueda declarar el incumplimiento contractual de Exiplast (…)".*

### 2.3.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada en la contestación de la demanda[108] se opuso a la segunda pretensión manifestando que *"no es cierto que EXIPLAST S.A.S. incumpliera con las obligaciones establecidas en el contrato civil de obra No. CCM-017-13. El contrato fue entregado y recibido a satisfacción y se mantuvieron las garantías de calidad y estabilidad ofrecidas de forma oportuna y acorde con el producto adquirido"*; y frente a los hechos relacionados con esta pretensión indicó:

(i) Al hecho 6 que es cierto, estableciendo que el numeral 7 de la Cláusula Vigésima Primera, contiene "*una condición meramente potestativa a favor del contratante. La cual es nula en los términos del artículo 1535 de Código Civil. El cumplimiento de las especificaciones, calidades y cualidades requeridas para el proyecto debe ser objetivo y demostrable técnicamente, no puede obedecer solamente al juicio del contratante";*

(ii) Al hecho 7 que es cierto y precisa *"la garantía es otorgada por el fabricante de los paneles. Como se puede observar en la imagen que acompaña el hecho 7 de la demanda. Los términos de la garantía técnica se adjuntan al presente documento como prueba documental Número 8";*

(iii) A los hechos 8, 9 y 10 que son ciertos;

(iv) Al hecho 11 que no es cierto, manifestando que *"el producto suministrado era el mismo que había sido ofrecido y sus especificaciones técnicas correspondían con las contratadas. Después de la finalización del Contrato se presentaron desplazamientos (no desprendimientos de material), filtraciones y contaminación de los paneles, las cuales fueron corregidas por EXIPLAST oportunamente. No es*

[108] Cuaderno principal 2. Archivo "07_Contestacion_Exiplast_20220218.pdf.

*cierto que se presentó perdida de color como se demuestra con el análisis de colorimetría aportado con esta contestación como prueba documental número 6";*

(v) Al hecho 12 que es cierto y advierte que *"este hecho demuestra que EXIPLAST atendió la reclamación y cumplió con sus deberes posventa"*;

(vi) Al hecho 13 que es cierto que *"EXIPLAST realizó los trabajos de garantía ofrecidos. Con posterioridad se presentaron otras reclamaciones que igualmente fueron atendidas por EXIPLAST";*

(vii) Al hecho 14 que es cierto y resalta que *"tal como lo reconoce la demanda, EXIPLAST informó que las reclamaciones obedecían a la necesidad de mantenimiento de la fachada y que no hacían parte del contrato original";*

(viii) Al hecho 15 que es falso, por cuanto "*los hechos anteriores demuestran que PROCOMSA presentó dos solicitudes de garantía. Que fueron atendidas por EXIPLAST y que, en el segundo caso, existió una diferencia entre las partes sobre si las tareas de mantenimiento necesarias estaban, o no, incluidas dentro del contrato";*

(ix) A los hechos 16 y 17 que son ciertos;

(x) Al hecho 18 que no le consta por cuanto "el *aviso de siniestro no fue comunicado a EXIPLAST en la fecha indicada en la demanda (abril de 2017). EXIPLAST solo tuvo conocimiento del mismo mediante correo electrónico del 26 de noviembre de 2017 del Sr. Dennis Duran Barrera, Analista Definido - Indemnizaciones de Fianzas, de Liberty Seguros, en donde me manifiesta que el cliente PROCOMSA le envío una reclamación referida a la Póliza 223883".;*

(xi) Al hecho 19 que es falso *"que existía un riesgo inminente de desprendimiento de material, lo que existía era un desplazamiento del mismo. Pero, es verdad que EXIPLAST llevó a cabo el día 28 de diciembre de 2018 un trabajo de garantía. El cual no tuvo costo para PROCOMSA".;*

(xii) Al hecho 20 que es cierto y que "*es importante tener en cuenta que LIBERTY SEGUROS S.A. realizó el pago en base a la visita realizada por la firma ajustadora el día 10 de diciembre de 2018. Es decir, antes de que EXIPLAST ejecutará las últimas obras de garantía que se realizaron el día 28 de diciembre de 2018, como se menciona en el hecho anterior. Esto puede corroborarse en el Informe de CP Consulting, adjunto a esta contestación como prueba documental número 13".*

En el mismo escrito de contestación[109], formuló las siguientes excepciones:

[109] Cuaderno principal 2. Archivo "07_Contestacion_Exiplast_20220218.pdf.

1) *"EL ARTÍCULO 2060 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY 1480 DE 2011 NO SON APLICABLES A ESTE CASO"* toda vez que *"PROCOMSA no tiene la calidad de consumidor o comprador del inmueble necesaria para beneficiarse del término de 10 años de garantía que establecen las normas antes citadas. La garantía de 10 años que aplicaba era la otorgada por DANPAL como fabricante de los paneles de policarbonato instalados. Garantía que, como se mostró en el hecho 9 de esta contestación, fue analizada y negada porque los paneles presentaron el comportamiento y calidad ofrecidos al momento de celebrar el contrato"*;

2) *"IMPOSIBILIDAD DE CONTROVERTIR LAS PRUEBAS"* argumentando entre otros que *"no es posible que un perito visite la obra para corroborar o rebatir los hallazgos del dictamen pericial presentado por PROCOMSA, pues la fachada fue desmontada por decisión del demandante. Esto impide que EXIPLAST pueda oponer pruebas, lo cual atenta contra el derecho de contradicción tal como lo ha desarrollado la Honorable Corte Constitucional"* y solicitando "dictamen pericial aportado por PROCOMSA no sea aceptado como prueba, toda vez que es imposible ejercer adecuadamente el derecho de contradicción frente al mismo";

3) *"SOBRE LA GARANTÍA Y LA ESTABILIDAD DE LA OBRA"* considerando entre otros que *"hoy no es posible declarar el incumplimiento de un contrato que fue expresamente aceptado a satisfacción por los representantes de PROCOMSA y del interventor. La garantía de 10 años ofrecida por el proveedor de los paneles de policarbonato fue debidamente procesada y negada con fundamento en un concepto técnico. Actualmente no es posible ofrecer ningún tipo de mantenimiento o corrección sobre una obra que ya no existe, pues fue desmontada por decisión unilateral de PROCOMSA".*

En sus alegatos frente a esta pretensión concluyó que según las pruebas practicadas en el proceso, se instaló un producto según las instrucciones del fabricante y los especialistas en la materia. Que EXIPLAST atendió las garantías, realizó las obras entre el 2015 y 2018 y que las garantías que negó, lo hizo justificado en pruebas de colorimetría que no fueron en su momento cuestionadas por PROCOMSA. Que las pruebas no demuestran que la nueva fachada fuera necesaria y que la misma estaba funcionando de acuerdo con las expectativas que tenía PROCOMSA como constructores.

### 2.3.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Tal como señala la parte Convocante en la pretensión respectiva, pide que el Tribunal declare el incumplimiento de las obligaciones por parte de EXIPLAST y en particular la relacionada con la garantía de calidad y estabilidad de la obra.

Para el análisis pertinente, el Tribunal considera necesario referirse, en primer lugar, al propósito práctico perseguido por las partes del contrato, toda vez que esto incide tanto en el contenido prestacional derivado del mismo, aspecto al que se aludirá en un segundo punto,

sin perjuicio de lo ya explicado en las consideraciones a la pretensión primera donde se refirió a las obligaciones que para las partes surgen del contrato, tomando para ello no solamente lo que fue pactado entre ellas, sino también a lo que se deriva de la buena fe y la confianza legítima, tal como fue expuesto en las consideraciones generales, para posteriormente aludir de forma especial a la garantía de calidad y estabilidad de la obra, y así proceder a referirse al incumplimiento contractual, temas todos estos relacionados con lo expresado por el Convocante en la pretensión segunda de la demanda.

## 1. CONTRATO Y PROPÓSITO PRÁCTICO

En el Derecho moderno, se ha entendido al contrato como un acuerdo de voluntades que genera obligaciones para las partes, concepto que resulta de la confluencia histórica de elementos provenientes del Derecho canónico, el voluntarismo jurídico de la escolástica tardía y la práctica mercantil, además de la Escuela del Derecho Natural racionalista, concretamente con los aportes de DOMAT y POTHIER todo lo cual desembocaría en la fórmula adoptada por la versión original del artículo 1101 del Código Civil francés, que asumía al contrato como una especie de convención por la cual una o más personas se obligan para con otra u otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa[110]. Esta concepción igualmente, es la que subyace en las codificaciones europeas y latinoamericanas expedidas desde el siglo XIX[111]. Además de ésta, también en la tradición europeo continental, por influjo de SAVIGNY, el contrato ha sido concebido como el acuerdo de voluntades encaminado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas[112]. Esta concepción se encuentra consagrada de forma explícita en el Código Civil italiano y en otros que en él se han inspirado, tal como el Código de Comercio de Colombia de 1971[113].

El contrato entendido de esa manera tiene por objeto una obligación, que tradicionalmente ha sido asumida como el vínculo entre el deudor y el acreedor, según el cual el primero debe realizar una conducta o prestación de dar, hacer o no hacer, a favor del segundo[114]. De la

---

[110] HERNÁN CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, Abeledo Perrot - Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 6 y 7. LUIS DÍEZ - PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 136 a 137. PIETRO RESCIGNO, "I contratti in generale", en *Diritto Civile, vol. III, Obbligazioni, II, Il contratto in generale*, diretto da Nicoló Lipari e Pietro Rescigno coordinato da Andrea Zoppini, Giuffrè, Milano, 2009, p. 4.

[111] Sobre la influencia francesa en la concepción del artículo 1438 del Código Civil chileno, véase CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 10 a 12.

[112] CORRAL TALCIANI destaca que a diferencia de la concepción francesa influenciada por DOMAT y POTHIER, donde el contrato se encamina a crear obligaciones, en la definición influenciada por SAVIGNY se trata de regular una relación jurídica entre las partes. CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., p. 8.

[113] Sobre la influencia de esta concepción en la dogmática alemana y los códigos civiles de Italia (artículo 1321), y Perú (artículo 1351), véase igualmente CORRAL TALCIANI, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit., pp. 8 y 9.

[114] En ella, el objeto está constituido por el deber de prestación que consiste en un acto positivo o negativo que incluye el entregar un bien, atribuir o transferir un derecho real, desplegar una conducta a favor del acreedor o abstenerse de hacerlo, que es la manera como generalmente lo entiende la doctrina contemporánea. Es una definición común y así es asumida por la generalidad de los autores en Chile y Colombia. Cfr. Entre otros: RENÉ

obligación surgen los conceptos crédito, que comprende el poder del acreedor, aunque cabe agregar que dicho vínculo también incluye cargas y deberes a cargo de este y deuda, entendida como prestación, es decir: comportamiento o conducta que el deudor debe desplegar a favor del primero[115]. Es también frecuente encontrar que los autores asumen que tal conducta constituye la prestación, que viene a ser a su vez el objeto de la obligación[116].

En este orden, el cumplimiento de la obligación es entendido como la ejecución de la prestación debida, conforme a lo que las partes hubieran pactado (si se tratare de una obligación de origen contractual), o bien la ley o el juez lo estableciere[117]. A su turno el incumplimiento y las correlativas acciones de las que dispone el acreedor corresponde a la situación en la que el deudor inobserva la conducta o prestación que debe desplegar a favor del primero, o la retarda o cumple imperfectamente[118].

Ahora, el contrato puede ser entendido de una forma que busca superar la concepción que lo ve como un acuerdo que produce efectos jurídicos, derechos y obligaciones para quienes en él participan, calificándolo en consecuencia como un instrumento que busca regular la conducta de las partes orientado a la satisfacción de intereses de las mismas[119]. A su turno, esta concepción, seguramente bajo el entendido de que el contrato es una especie del "negocio jurídico", se apoya en la definición en la doctrina española que dio FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO de negocio jurídico, según la cual este es:

> *"(…) la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos"*[120].

---

ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, tomo 1, 5ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 36. FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, I, Concepto, estructura, vicisitudes*, I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 55. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 7ª ed., Temis, Bogotá, 2001, p. 20.

[115] LUIS DÍEZ – PICAZO, "El contenido de la relación obligatoria", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XVII, f. 2, (1964), pp. 352 y 361. LUIS DIEZ – PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 64 y 113. En esta perspectiva, el acreedor tiene un derecho subjetivo cuyo objeto consiste en la obtención de la prestación debida por el deudor. DÍEZ - PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, cit., p. 116.

[116] Cfr. ABELIUK MANASEVICH, ob. cit., p. 40. HINESTROSA, ob. cit., pp. 108 a 109.

[117] En el artículo 1626 C.C., el pago está definido como la prestación de lo que se debe. ABELIUK MANASEVICH, ob. cit., p. 622. OSPINA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 316.

[118] En el Código Civil colombiano, los autores derivan estas situaciones del artículo 1613. ABELIUK MANASEVICH, ob. cit., p. 793. OSPINA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 95.

[119] ÁLVARO RODRÍGO VIDAL OLIVARES, "La construcción de la regla contractual en el Derecho Civil de los contratos", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, (2000), pp. 209 a 210. Igualmente: CLAUDIA MEJIAS ALONZO, "El incumplimiento contractual y sus modalidades", en Alejandro Guzmán Brito (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2007*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 465. CLAUDIA MEJIAS ALONZO, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 94 a 101.

[120] CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., nº 33, p. 34.

Esta ha sido calificada por el profesor ANTONIO MANUEL MORALES MORENO como una "concepción realista" de contrato, por centrarse en el "propósito práctico", con la cual se busca redefinir el problema de las cualidades de la cosa[121]. El negocio jurídico, entendido como un medio de satisfacción de intereses de las partes, concretado en el resultado que ellas buscan, que puede ser la función o utilidad que debe prestar el objeto del mismo la cual a su turno se incorpora a la "regla contractual", puede quedar sin satisfacción por causas que en ocasiones son imputables a la conducta de los contratantes y en otras que no resultan imputables a ellos, de manera que esta insatisfacción del interés negocial es la base sobre la que se propone construir (entender y organizar) un sistema unificado de remedios[122]. Así, precisa el autor, el interés del acreedor se satisface no solo cuando la otra parte incumple su deber de prestación (su obligación, en sentido clásico), sino también cuando existen otras razones que producen dicha insatisfacción, como el caso del error o una errónea presuposición del estado de las cosas al contratar[123].

Esta concepción asume que, si el deudor garantiza un resultado, la vinculación que entre las partes genera el contrato incluye no solo obligaciones, entendidas nuevamente como prestaciones o deberes de comportamiento exigibles, sino también ciertas presuposiciones relativas a hechos, situaciones o estados de la realidad, cuyo riesgo de existencia o inexistencia es asumido por el deudor[124]. Por ello, la relación obligatoria no es entendida solamente como la prestación o deber de conducta a realizar a favor del otro, sino como el cauce para la satisfacción de los intereses del acreedor[125].

Además, la fuerza vinculante del contrato trae como consecuencias el que opera incluso en casos de imposibilidad inicial total del objeto, y el no tener necesariamente en cuenta la culpabilidad del deudor puesto que el incumplimiento se refiere a la falta de ejecución de las exigencias contractuales que producen insatisfacción del acreedor. En definitiva, dice MORALES MORENO, este enfoque permite entender a la responsabilidad contractual no como

---

[121] ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, "El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro. (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, f. III, (1983), pp. 1529 a 1530.

[122] MORALES MORENO, "El 'propósito práctico'…", cit., p. 1530. En la doctrina chilena se manifiesta en este sentido VIDAL OLIVARES, cuando anota que el contrato "…representa para el acreedor una garantía de satisfacción de su interés contractual, quien contrata precisamente en consideración a esa satisfacción". ÁLVARO RODRIGO VIDAL OLIVARES, "El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 3, (2006), p. 439.

[123] MORALES MORENO, "El 'propósito práctico'…", cit., pp. 1533, 1535 y 1537.

[124] ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, "Evolución del concepto de obligación en el derecho español" en Antonio Manuel Morales Moreno, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 20.

[125] MORALES MORENO, "Evolución del concepto de obligación en el derecho español", cit., p. 21. En esta perspectiva, en la doctrina chilena, MEJÍAS ALONZO, quien sigue en esto a MORALES MORENO, afirma que la prestación no sólo incluye la ejecución de la actividad preestablecida en la obligación, sino también se le puede exigir toda aquella actividad que sea necesaria para alcanzar el resultado en ella previsto. CLAUDIA MEJIAS ALONZO, *EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO EN EL CÓDIGO CIVIL*, Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 102. Señala la autora que el deudor ejecuta la prestación, no sólo cuando da, hace o no lo convenido sino cuando la conducta desplegada coincide con el objeto idealmente trazado al celebrar el contrato. MEJÍAS ALONZO, ob. cit., p. 102.

un juicio de reproche de la conducta culpable del deudor, sino como un instrumento jurídico de reparto de riesgos entre las partes[126].

En la jurisprudencia colombiana se ha acogido esta noción realista de contrato al atender a la finalidad o propósito de las partes al contratar, al definir los efectos del incumplimiento y a partir de ello, calificarlo como esencial y así mismo graduar el sistema de acciones del acreedor. Particularmente, puede destacarse un fallo de la Corte Suprema de 2009[127], en el que se indicó que el incumplimiento que da lugar a la facultad de resolver el contrato, debe cumplir ciertos requisitos para ser calificado como "resolutorio", pues, como se afirmó en las consideraciones, "(…) 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". La Corte procedió a señalar que el incumplimiento tiene la consecuencia de insatisfacer el interés del acreedor, debiéndose distinguir entre incumplimiento total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.) y por tanto se puede calificar como "esencial" por insatisfacción del interés contractual para lo cual deben valorarse las circunstancias concretas pertinentes para de esa forma mirar la insatisfacción de tal interés del acreedor. Así dijo la Corte en alguno de sus apartes:

> *"Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del "programa obligacional" previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.*
>
> *En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato"[128].*

De esta forma, precisó la Corte que el cumplimiento tardío puede ser considerado como esencial y, como tal, cabe el ejercicio de la acción resolutoria si es que, con posterioridad a

---

[126] MORALES MORENO, "Evolución del concepto de obligación en el derecho español" cit., pp. 19 a 20. Igualmente ya lo había sugerido así en: MORALES MORENO, "El 'propósito práctico'…", cit., pp. 1541 a 1546.

[127] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Ref.: 41001-3103-004-1996-09616-01.

[128] *Ibidem.*

una cierta oportunidad, el cumplimiento se vuelve inútil al acreedor, si su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado o genera frustración del fin práctico perseguido por las partes en el contrato.

Ahora bien, el propósito práctico perseguido por las partes, quedó claramente consignado en el acápite titulado "Consideraciones" incluido en el Contrato Civil de Obra No. CCM-017-13 suscrito por ellas el día 9 de agosto de 2013, consistente en la construcción e instalación por parte de EXIPLAST de un "SISTEMA DANPALON 3D LITE 22mm CON FILTRO UV Y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial, el cual debía cumplir con la totalidad de las especificaciones impartidas. Las consideraciones 1, 2, 4 y 5 establecen[129]:

CONSIDERACIONES

1. Que actualmente la empresa **PROCOMSA SAS.** adelanta la construcción del proyecto **ECOPLAZA CENTRO COMERCIAL - MOSQUERA,** en el Lote ubicado en la Carrera 3 No. 15ª-57 en el municipio de Mosquera (Cundinamarca).

2. Que PROCOMSA SAS., en su calidad de constructor, requiere de la realización de ciertas actividades dentro del desarrollo de la construcción, en este caso para el capitulo de CONSTRUCCION E INSTALACION DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial.

4. Que para todos los efectos serán de obligatorio cumplimiento para EL **CONTRATISTA** la totalidad de las especificaciones impartidas, para la CONSTRUCCION E INSTALACION DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de Ecoplaza Centro Comercial, las cuales hacen parte integral del presente Contrato Civil de Obra.

5. Que **EL CONTRATISTA** prestará los servicios de construcción a **EL CONTRATANTE,** con sujeción a los parámetros indicados en este Contrato Civil de Obra, que se regirá por las siguientes condiciones básicas:

Entre las obligaciones de las partes, la Convocante alega como especialmente incumplida la "garantía de calidad y estabilidad", sobre la cual procede el Tribunal a pronunciarse.

## 2. LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA

En los fundamentos de Derecho de la demanda reformada e integrada, el Convocante alude al artículo 2060 del Código Civil, para manifestar que si bien dicha norma se refiere a la

[129] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA".

construcción de edificios, la garantía decenal consagrada en el mismo "(…) se hace extensiva a todos los que se encargan de la construcción en todo o en parte de un edificio a cualquier título, independientemente de la forma de pago del precio". A su vez, refuerza su argumento citando el artículo 8º de la Ley 1480 de 2011, para aludir al concepto de garantía legal consagrado en el mismo.

En su respuesta contenida en la contestación de la demanda, el Convocado señala que tales disposiciones no son aplicables al caso objeto de controversia, argumentando las siguientes razones: a) Procomsa no es el sujeto calificado para pretender lo dispuesto en dichas normas, pues según el convocado, el artículo 2060 del Código Civil se refiere a "Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado (…)" de forma tal que EXPIPLAST no habría tenido tal calidad, puesto que solo se encargó de la elaboración de la fachada, mas no de la construcción del edificio. Además, Procomsa no tiene la calidad de consumidor, a efectos de aplicarle la disposición contenida en el artículo 8º de la Ley 1480 de 2011.

En relación con lo anterior, el Tribunal considera:

Sobre la denominada "garantía decenal" que regula el numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil, se ha dicho en la doctrina que no basta que el empresario, entiéndase el artífice, haga entrega del edificio, sino que queda "latente" dentro de los diez años siguiente a tal entrega, la responsabilidad por perecimiento o amenaza de ruina ya sea por defectos en la construcción o por vicio del suelo o en los materiales empleados en la obra que han debido prever tanto el empresario como también aquellas personas empleadas por él[130], responsabilidad de la cual no queda eximido aquél por el hecho de quien haya encargado la obra la hubiese recibido una vez se encontrare concluida, tal como lo dispone el numeral 4º de la mencionada disposición normativa, toda vez que "…si el acreedor acepta la prestación, debe entenderse que él lo hace frente a aquello que puede verificar, pero que su consentimiento no puede cobijar circunstancias que no puede apreciar, por lo que podría reclamar el incumplimiento"[131].

Además de ello, cabe agregar que dicha garantía es perfectamente compatible con la "cláusula especial de estabilidad de obra" que las partes hayan acordado en el contrato. Así se ha dicho en la doctrina sobre este particular:

> *"Del mismo modo, cuando las partes establecen en el contrato una cláusula especial de garantía de estabilidad de la obra, generalmente por un período corto, de uno o dos años, no quiere significar que cese la obligación que la ley civil le impone al empresario. La convención de garantía tiene un efecto directo: concederle al dueño de la obra la posibilidad de accionar con fundamento en la garantía que ofrezca el empresario si la obra no reúne las condiciones generales del contrato. Es, ciertamente, una obligación convencional.*
>
> *Y la obligación convencional señalada no puede modificar la que legalmente corresponde al empresario de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2060. No se*

[130] BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 21ª ed., Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2020, p. 597.

[131] CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO, *Contratos. Notas de clase*, Legis, Bogotá, 2021, p. 716.

> *deben por tanto confundir. La contractual tiende a la estabilidad de la obra, con un concepto general, participa, apenas, de las condiciones advertidas por defecto en la construcción o en los materiales, que degenere un perecimiento de la obra o en una amenaza. Claro está, que si en un momento dado se pueden armonizar, no podrá el dueño exigir el cumplimiento de ambas obligaciones; deberá decidirse por escoger entre la convencional o la legal"*[132].

La razón de ser de esta garantía es doble: a) en primer lugar, se trata de un "desestimulo", como lo califica el profesor GÓMEZ ESTRADA, a todo intento del constructor en economizar gastos en la construcción, utilizando materiales de mala calidad o mano de obra deficiente, para de esa manera obtener un lucro a menor costo y b) dada la obligación de resultado que asume el constructor en la elaboración de la obra, la construcción no debe adolecer de deficiencias que atenten contra su estabilidad, solidez y firmeza[133].

Ahora, tratándose de riesgos originados en defectos de la construcción o de los materiales, la norma consagra una presunción de culpa sobre el constructor, de forma que es a este a quien corresponde probar lo pertinente para desvirtuarla y así liberarse de responsabilidad[134], lo cual – se agrega –, es coherente con la obligación de resultado que asume el artífice de la obra según ya quedó explicado anteriormente.

Además de todo lo anterior, se ha considerado igualmente que hay un motivo de interés público consistente en razones de seguridad general, en la regla consagrada en el numeral 3º del artículo 2060 C.C., de forma tal que no está permitido a las partes pactar en contra de esta garantía, es decir: una cláusula de exoneración de responsabilidad del constructor o artífice, pues de hacerlo se incurriría en nulidad absoluta de tal cláusula, todo en los términos de los artículos 15, 16, 1518 y 1741 CC[135].

Ahora bien, en cuanto a la titularidad por pasiva de la acción correspondiente, el Tribunal considera - en un todo de acuerdo con lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia-, que el llamado a responder frente al acreedor es el artífice de la obra, independientemente de que este haya realizado la construcción con los materiales adquiridos a un tercero[136].

Por otra parte, y en relación con la aplicación o no de la garantía legal para los bienes inmuebles consagrada en el artículo 8º de la Ley 1480 de 2011 a que alude el convocante, el Tribunal no procederá a hacer mayores comentarios, toda vez que como bien señala el Convocado, esta disposición no aplica al caso objeto de controversia, puesto que la relación establecida entre Procomsa y Exiplast, no puede ser calificada como de "consumo", teniendo para ello en cuenta lo establecido en los artículos 2º y 5º núm. 3 de dicha Ley, normas que

---

[132] BONIVENTO FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 597.

[133] GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR, *De los principales contratos civiles*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 2008, p. 381.

[134] GÓMEZ ESTRADA, ob. cit., p. 381.

[135] GÓMEZ ESTRADA, ob. cit., p. 381. La Corte Suprema de Justicia también ha asumido que se trata de una regulación que ampara intereses generales. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de julio de 2019, SC2847-2019.

[136] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 5 de 2009, rad. n°. C-0800131030061993-08770-01 y Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 26 de julio de 2019, cit.

delimitan el campo de aplicación de dicho estatuto. De todas formas, resulta innecesario basar la pretensión en esta norma, toda vez que la misma encuentra fundamento en lo establecido en el artículo 2060 del Código Civil, al que ya se hizo alusión, sumado al hecho de que las propias partes, en forma oportuna, a la par que legítima, como ya se señaló, contractualmente le dieron cabida a la garantía –ofrecida, y aceptada-, en desarrollo de la autonomía privada o negocial, se reitera.

## 3. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

De todo lo anterior surge que el incumplimiento se entiende en esta perspectiva no solamente como la inejecución de las prestaciones derivadas del contrato, sino como la insatisfacción de los intereses del acreedor, y abarca supuestos como la no ejecución, la ejecución moratoria o la ejecución defectuosa, razón por la cual es concebido como concepto amplio, y que produce la responsabilidad del deudor sea que la falta de cumplimiento se pueda imputar o no a su conducta, que se puede encauzar por un sistema unificado de "remedios" ante cualquiera de dichas eventualidades. Por eso, señala la doctrina, se reemplaza la idea de incumplimiento de obligaciones contractuales, por la del incumplimiento del contrato entendido a su turno como cualquier desviación del programa contractual integrado por el programa inicial e ideal de prestación convenido por las partes e integrado por la ley [137], al modo de lo que sucede en el *Common Law* por no obtención del resultado prometido, frente al modelo desmembrado orientado a dar satisfacción a los intereses del acreedor, propio de los países de la tradición europeo continental[138].

Cabe agregar que los remedios, según esta perspectiva, son las vías o mecanismos de los que goza el acreedor para satisfacer su interés, o, como precisa MORALES MORENO, "…trasladar el riesgo de su insatisfacción al deudor"[139]. En este sentido, también VIDAL OLIVARES refiriéndose al sistema de "remedios" por incumplimiento en la Convención sobre compraventa internacional, señala que la responsabilidad objetiva y estricta que prevé escasas posibilidades de exoneración, se presenta como un mecanismo de reparto de riesgos, donde el deudor garantiza la satisfacción de intereses del acreedor y la asunción de los daños derivados del incumplimiento, de manera que produciéndose éste, el acreedor pasa a gozar de remedios, entendidos como derechos de los que dispone el acreedor para la realización de sus intereses[140].

---

[137] Cfr., entre otros: ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 30.

[138] KONRAD ZWEIGERT; HEIN KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Third Edition translated by Tony Weir, Oxford, New York, 1998, p. 503. Se distingue si se trata de *condition* que se refieren a términos esenciales del contrato cuya inobservancia da lugar a resolución o *warranty* que generan indemnización. ZWEIGERT; KÖTZ, ob. cit., p. 505. G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 11th edition, Thomson Sweet & Maxwell, London, 2003 (Reprinted 2005), pp. 225 a 241.

[139] MORALES MORENO, "Evolución del concepto de obligación en el derecho español" cit., p. 22.

[140] VIDAL OLIVARES, "El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional", cit., pp. 450 y 452.

Sin duda, el sistema descrito, como bien lo precisan los autores que lo sostienen, encaja con el que han adoptado los instrumentos que integran el moderno Derecho de contratos caracterizado en general por adoptar una noción unificada de incumplimiento, un sistema articulado de remedios que prescinde de la culpa como requisito de su procedencia[141], tal como sucede con la Convención sobre compraventa internacional[142] y que a partir de ella ha sido incorporado a los Principios de UNIDROIT[143], los PECL[144] y más recientemente el DCFR[145], Igualmente en España, el concepto de incumplimiento del artículo 1188 y los remedios del

---

[141] MORALES MORENO, "Evolución del concepto de obligación en el Derecho español", cit., pp. 29 a 33. ANTONI VAQUER ALOY, "Incumplimiento del contrato y remedios", en Sergio Cámara Lapuente (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 525 a 531. REINHARD ZIMMERMANN, "Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo", en Reinhard Zimmermann, *Estudios de Derecho Privado europeo*, traducción de Antoni Vaquer Aloy, Civitas, Madrid, 2000, pp. 122 a 126.

[142] La Convención, sin hacer alusión a un concepto específico de incumplimiento, tanto en el artículo 25 que recoge el concepto de incumplimiento esencial, como en las normas específicas que abarcan los remedios por incumplimiento, permiten entrever que los supuestos que lo constituyen son tanto la no ejecución de las obligaciones, como la falta de entrega de parte del vendedor (artículo 45 y siguientes) o de pago del precio de parte del comprador (artículo 61 y siguientes), el cumplimiento tardío y defectuoso, manifestado en las reglas sobre falta de conformidad jurídica o material establecidas en el artículo 35 y siguientes, a las que aludiremos en el último capítulo dedicado a los regímenes especiales de compraventa comercial, de consumo e internacional. También como veremos, la Convención, a partir de los supuestos descritos, consagra un sistema articulado y unitario de remedios manifestado en un plazo suplementario para cumplir (artículos 47 y 63); ejecución forzosa de la prestación o sustitución en caso de incumplimiento esencial (artículos 46 y 62); rebaja de precio en caso de falta de conformidad (artículo 50); resolución del contrato en caso de incumplimiento esencial (artículo 25) e indemnización de perjuicios contractuales, independientemente de que se acuda a cualquiera de los remedios mencionados (artículos 45, 1, b y 61, 1, b).

[143] Los Principios de UNIDROIT si contienen una definición de incumplimiento en el artículo 7.1.1 según el cual: "El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o tardío". En cuanto al sistema articulado de remedios, al modo de la Convención, se establecen los siguientes: resolución en caso de incumplimiento esencial: artículo 7.3.1; plazo suplementario para cumplir: artículo 7.1.5; ejecución forzosa de las obligaciones dinerarias: artículo 7.2.1 y no dinerarias: artículo 7.2.2; reparación y reemplazo: artículo 7.2.3; derecho a suspender el cumplimiento: artículo 7.1.3 e indemnización de perjuicios: artículo 7.4.1.

[144] En el artículo 1.301 (4) los PECL establecen como definición: "Incumplimiento significa cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato". En la doctrina se ha precisado que el sistema de remedios establecido en los PECL, también está inspirado en la Convención sobre compraventa. Cfr. LUIS DÍEZ - PICAZO; ENCARNA ROCA TRIAS; ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 317 y 321. Tales remedios son: plazo adicional de cumplimiento (artículo 8.106); Derecho al cumplimiento de obligaciones dinerarias (artículo 9.101) y no dinerarias (artículo 9.102); derecho a suspender el cumplimiento (artículo 9.201); resolución en caso de incumplimiento esencial (artículo 9.301); reducción del precio (artículo 9.401) e indemnización de perjuicios (artículo 9.501 y siguientes).

[145] Definición de incumplimiento: I. 1: 108 plazo adicional de cumplimiento: III. 3:103 (1); Derecho al cumplimiento de obligaciones dinerarias III. 3:301 y no dinerarias: III. 3:302; derecho a suspender el cumplimiento III. 3:401; resolución en caso de incumplimiento esencial III. 3:502; reducción del precio III. 3:601 e indemnización de perjuicios III. 3:701.

artículo 1190 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 se inspira en el modelo descrito[146].

En el Derecho colombiano es posible arribar a una noción objetiva de incumplimiento que permita articular el conjunto de mecanismos otorgados por el legislador al acreedor lesionado[147]. La primera de las normas sobre las que se apoya esta propuesta es el artículo 1626 C.C., que contiene la definición de pago como "…la prestación de lo que se debe", el que debe hacerse al "tenor de la obligación", es decir conforme al principio de la identidad del pago, sin que el acreedor pueda ser obligado a recibir una cosa diferente a la debida ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor que aquella, tal como lo preceptúa el artículo 1627 C.C., entendiendo que el significado de dicha estipulación no puede ser otro que el asumir que la prestación debe ejecutarse en los mismos términos en que fue convenida para de esta forma satisfacer el interés del acreedor[148].

A partir de esto, el incumplimiento es entendido como el no pago o la no realización de la prestación debida o conducta que permita al acreedor obtener la satisfacción del interés, con lo cual afirma una noción objetiva que denota cualquier desviación del programa de prestación, que permite adoptar como modalidades, el no cumplimiento, el cumplimiento defectuoso y el tardío, clasificación que además admite el Código Civil, cuando en el artículo 1613 C.C., se establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante a causa de dichos eventos[149]. Cabe agregar, que esta noción objetiva de incumplimiento -que no es constitutiva, *per se*, de responsabilidad propiamente objetiva, pese a su denominación,

---

[146] "Artículo 1188: Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten. Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque". "Artículo 1190. En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos". COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Boletín de Información, Gobierno de España – Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, p. 32. Sobre el particular ha precisado ya la doctrina que tal concepto de incumplimiento de la Propuesta se caracteriza por ser una noción amplia y unitaria; por ser un concepto neutro independiente de la imputación de la conducta al deudor y que implica la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato, al considerar que el deudor incumple tanto si no ejecuta las obligaciones como si no se logra el resultado fáctico de ciertos estados de la realidad incorporados al contrato o garantizados por el deudor al acreedor. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, "Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo", en Klaus Jochen Albiez Dohrmann (dir.); María Luisa Palazón Garrido (coord.); María del Mar Méndez Serrano (coord..), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 344 a 364.

[147] MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, cit., p. 113.

[148] MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, cit., p. 116.

[149] MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, cit., p. 117. Adviértase que dicha tipología de incumplimiento también está contenida en el artículo 1614 C.C. col., norma que no se encuentra en el Código chileno, que establece: "Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su complimiento".

no tiene en cuenta la culpa o dolo del deudor como requisito de procedencia de los remedios respectivos, salvo para el caso de la indemnización de perjuicios[150].

Hechas las anteriores consideraciones doctrinales, el Tribunal procederá a analizar las pruebas allegadas al proceso, con el fin de analizar si se presentó o no incumplimiento por parte de la Convocada. Si bien es cierto, el Convocante solicita que se declare que el Convocado incumplió "sus obligaciones contractuales", lo cierto es que él mismo especifica que especialmente se trata de la obligación de garantía de calidad y estabilidad de la obra. Ello, pues la entrega e instalación de la obra encargada si se realizó, tal como consta en el "Acta de recibo final de obra" de 2 de mayo de 2014.

- **Informe de la firma ajustadora CP CONSULTING**

Tal como se narra en el hecho nº 20 de la demanda principal, la firma C.P. CONSULTING S.A.S., fue designada por Liberty Seguros S.A., para el reconocimiento del siniestro a favor de PROCOMSA y el pago del valor del amparo de estabilidad de la obra objeto de la póliza de seguro contratada por EXIPLAST S.A. correspondiente a $55.091.816.

La firma ajustadora presentó un informe ante la aseguradora relacionado con las obras ejecutadas por EXIPLAST S.A. en el Centro Comercial Ecoplaza, con fecha 15 de febrero de 2019, suscrito por la Gerente General de dicha firma, Sra. Claudia Liliana Perico Ramírez[151], donde se indica que efectivamente la fachada elaborada e instalada por EXIPLAST S.A. presentó derioro estético, inestabilidad por escurrimiento de los elementos de alumninio que separa los paneles, defectos estos que constituyen en si mismos un incumplimiento de la garantía de calidad y estabilidad pactada, además que generaron la insatisfacción de PROCOMSA al no obtenerse por ello el propósito práctico perseguido con el contrato de obra ya aludido.

En dicho informe se concluyó:

> *"En atención a los elementos de juicio obtenidos durante el proceso de ajuste, consideramos que existen elementos de juicio que permiten predicar que si hay una responsabilidad por parte del afianzado Exiplast S.A.S., en el deterioro que ha presentado la fachada instalada y entregada en el Centro Comercial Ecoplaza ubicado en el municipio de Mosquera (Cundinamarca).*
>
> *Valga precisar que los aspectos sobre los que el asegurado enfocó inicialmente su requerimiento se enmarcan en las siguientes patologías:*
>
> *i. Deterioro estético en la apariencia de los paneles de policarbonato.*

[150] MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, cit., p. 119.

[151] Cuaderno de pruebas, carpeta no. 2, documento # 13.

*ii. Inestabilidad de la fachada por escurrimiento de los paneles.*
*iii. Aumento de dilatación en los elementos de aluminio que separa los paneles.*

*Respecto a la primera patología, las pruebas de colorimetría llevadas a cabo durante el año 2017 son claras en precisar que el deterioro se ha dado bajo las condiciones y características propias de la garantía otorgada por el fabricante, por tanto, no hay lugar a que se reitere un requerimiento por este aspecto, más aún cuando la cobertura otorgada por Liberty finalizó el 02 de mayo de 2017.*

*Sin embargo, no se puede pasar por alto la suciedad que presentan los paneles, debido al ingreso de agua, polvo y residuo contaminantes de la combustión de los automotores que circulan cerca del centro comercial, falencias que si tienen su origen en una conducta imputable al contratista.*

*En cuanto a las segunda y tercera patología previamente indicadas, es claro que han permitido la aparición de la suciedad al interior de los paneles, aunado a que se han venido presentando paulatinamente desde antes de la terminación de la cobertura otorgada por Liberty en mayo de 2017, por tanto, a excepción del deterioro en el tono de los paneles, las demás falencias presentadas si son de recibo dentro del requerimiento del asegurado.*

*Es pertinente resaltar que, dentro de las conductas imputables al afianzado, que dieron lugar a las falencias en los paneles de la fachada del C.C. Ecoplaza Mosquera, se tienen:*

- *La deficiencia en el confinamiento de los paneles.*
- *La falta de consolidación de los paneles en un solo sistema, lo que permitió la aparición de dilataciones exageradas y escurrimiento de láminas.*
- *Lo que derivó en que los paneles no actuaran de forma conjunta - sistema -, al haber aparecido espacios por medio de los cuales ingresó el agua y la suciedad de la polución.*
- *Deficiencias en la instalación de elementos de soporte.*
- *La ausencia de brindar información clara, precisa y detallada al asegurado, acerca del cuidado y mantenimiento de la fachada, lo que llevó al asegurado a concluir que la fachada no exigía cuidados especiales para su mantenimiento".*

Al analizar esta prueba, encuentra el Tribunal que se encuentra acreditado el incumplimiento de parte de la Convocada, de las obligaciones contractuales, en especial en lo que hace relación a la calidad y estabilidad de la obra. Aún más, tal como se deriva de su obligación de actuar de buena fe, que tal como se indicó en las consideraciones preliminares se encuentra implícita en todo acuerdo contractual -todo sin perjuicio del reconocimiento que de la misma ha realizado expresamente la Constitución Política, el Código Civil y el Código de Comercio, a

la vez que la propia jurisprudencia nacional-, se advierte que hubo un incumplimiento del deber de información relativo al cuidado y mantenimiento de la fachada.

- **Interrogatorio del señor Eduardo Enrique Ortiz Arango**

El día 2 de agosto de 2022, se practicó en Audiencia el interrogatorio del Señor Eduardo Enrique Ortiz Arango[152], en el que se hizo referencia a las falencias presentadas en la fachada instalada por EXIPLAST en desarrollo del contrato de obra celebrado con PROCOMSA.

> *"DR. DÍAZ: [01:27:37] Gracias,* ***don Enrique. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que Exiplast se obligó a garantizar la hermeticidad y estabilidad del sistema de fachadas en policarbonato contratado para el proyecto de Ecoplaza****.*
>
> *SR. ORTIZ: [01:27:56]* ***Sí, es cierto. El sistema tiene esa connotación, si, la hermeticidad del proyecto por el sistema de conectores siempre funcionó****.*
>
> *DR. DÍAZ: [01:28:24] Gracias, don Enrique. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que Liberty Seguros reconoció a favor de Procomsa el amparo de estabilidad pactada en el contrato CCM017 - 2013.*
>
> *SR. ORTIZ: [01:28:30] Sí es cierto, como también es cierto que, si no estoy mal, en ese mismo informe no se consideraba la necesidad del cambio en la fachada.*
>
> *DR. DÍAZ: [01:28:40] Gracias, don Enrique. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que, dentro de las razones del reconocimiento del amparo de estabilidad, se tuvo la deficiencia del congelamiento de los paneles de eficiencia en la instalación de elementos de soporte, entre otras conductas imputables a Exiplast y para lo, para lo propio, voy a compartirle también documento aportado por ustedes mismos que se encuentra en el cuaderno de pruebas, pruebas, contestación, demanda; el documento se llama Informe CP Consulting y el folio es el 22. Ahí están viendo la pantalla?*
>
> *SR. ORTIZ: [01:29:39] Si, ya.*
>
> *DR. DÍAZ: [01:29:41] Gracias. Este documento aportado por ustedes es el informe de CP Consulting, el ajustador técnico. Y pues donde se indica, la pregunta que le estaba*

[152] Cuaderno de pruebas, carpeta # 13.

*formulando, don Enrique, es, diga cómo es cierto, sí o no, que entre las razones del reconocimiento eran para establecer que tuvo la eficiencia del confinamiento de los paneles, la deficiencia en el funcionamiento de los paneles, deficiencia en la instalación de los elementos de soporte, entre otras conductas.*

*SR. ORTIZ: [01:30:16] Sí, ahí hubo fallas que fueron corregidas y que, como parte del desarrollo de una actividad, nosotros como contratistas, pues se nos presentan retos en las obras y, pues entramos a corregirlos.*

*DR. DÍAZ: [01:30:34] Gracias, don Enrique.* ***Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que Exiplast ofreció como ventaja diferencial del sistema de fachadas en policarbonato contratado, abro comillas, un mantenimiento fácil y rápido.***

*SR. ORTIZ: [01:30:49] Sí. Eso. Sí, correcto, sí.*

*DR. DÍAZ: [01:30:53] Gracias, don Enrique. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que la firma buscadora de Liberty Seguros indicó en el documento que le estoy poniendo de presente que el valor del mantenimiento del sistema de fachadas para el año 2019 ascendía a la suma aproximada de 150 millones de pesos. Y le pongo aquí de presente la cotización que ellos que ellos presentan.*

*SR. ORTIZ: [01:31:22] La pregunta es si ellos la presentaron? Sí.*

***DR. DÍAZ: [01:31:25] Diga cómo es cierto, sí o no, que la firma ajustadora indicó que el valor del mantenimiento ascendía a la suma aproximada de 150 millones de pesos.***

*SR. ORTIZ: [01:31:34**] Sí. O sea, lo cierto es que efectivamente ellos presentaron esa cotización, correcto.***

*DR. DÍAZ: [01:31:41] Gracias, don Enrique.* ***Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que el sistema de fachadas de policarbonato contratado tiene una garantía de 10 años.***

*SR. ORTIZ: [01:31:58]* ***Cierto***

*SR. ORTIZ: [01:32:00] Gracias, don Enrique. Don Enrique, podría indicarnos si de este presupuesto de reparación, si bien en el informe justador que ustedes mismos presentan, no se precisa sobre la necesidad de modificar la fachada, sí nos hablan de dos ítems bastante particulares y que difieren de la respuesta técnica que usted nos*

*daba hace un momento. Y es que para hacer el mantenimiento se requiere el desmonte de los paneles por 933 metros cuadrados y una limpieza del panel, limpieza de alveolos de 105 mil metros lineales. Podría usted indicarnos desde la experiencia que han tenido, esto cómo se puede entender a nivel técnico?*

*SR. ORTIZ: [01:33:01] Claro, con gusto. Y qué bueno que me hace esa pregunta. El tema, el tema de la limpieza de los alveolos ciertamente si uno se pone a pensar en 105 mil metros lineales, pues eso no, no tendría, digamos, como, no se podría hacer, es muy difícil. Los alveolos como tal, cuando tienen una situación de contaminación no llegan a una profundidad de la totalidad del panel. Entonces, para ponerlo como un ejemplo, un panel completo de esta fachada podía tener, que se yo, 10 metros de largo. Limpiar el alveolo no significa limpiar los 10 metros completos del panel, significa limpiar el pedazo, en este caso, la parte inferior, la parte inferior del panel es la que llega a tener cierto nivel de contaminación, no en todos casos es el mismo, en algunos casos, algunos centímetros y por eso se puede limpiar el alveolo.*

*En algunas imágenes que se mostraron en estas audiencias se veían los paneles desmontados y con unas cintas retiradas en donde no se veía contaminación y en otros en donde se veía alguna contaminación, pero en ningún caso habría que, digamos, introducir algún elemento a todo lo largo de los alveolos que es, creería yo la cuenta que saca quien presenta esto y que demuestra de alguna manera, pues que eso no, pues que no hay como un conocimiento exacto del tema y por ende también dicho eso, pues retirar los paneles no se hace necesario, se necesita el espacio suficiente para poder introducir el elemento que permite la limpieza del alveolo, que repito, no hay una contaminación de todo el, de toda, digamos, la longitud del panel.*

***DR. DÍAZ: [01:30:53] Gracias, don Enrique. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que la firma buscadora de Liberty Seguros indicó en el documento que le estoy poniendo de presente que el valor del mantenimiento del sistema de fachadas para el año 2019 ascendía a la suma aproximada de 150 millones de pesos. Y le pongo aquí de presente la cotización que ellos que ellos presentan**.*

*SR. ORTIZ: [01:31:22]* ***La pregunta es si ellos la presentaron? Sí****.*

*DR. DÍAZ: [01:31:25] Diga cómo es cierto, sí o no, que la firma ajustadora indicó que el valor del mantenimiento ascendía a la suma aproximada de 150 millones de pesos.*

*SR. ORTIZ: [01:31:34] Sí. O sea, lo cierto es que efectivamente ellos presentaron esa cotización, correcto.*

*DR. DÍAZ: [01:31:41]* ***Gracias, don Enrique. Don Enrique, diga cómo es cierto, sí o no, que el sistema de fachadas de policarbonato contratado tiene una garantía de 10 años.***

*SR. ORTIZ: [01:31:58]* ***Cierto***

*SR. ORTIZ: [01:32:00] Gracias, don Enrique. Don Enrique, podría indicarnos si de este presupuesto de reparación, si bien en el informe justador que ustedes mismos presentan, no se precisa sobre la necesidad de modificar la fachada, sí nos hablan de dos ítems bastante particulares y que difieren de la respuesta técnica que usted nos daba hace un momento. Y es que para hacer el mantenimiento se requiere el desmonte de los paneles por 933 metros cuadrados y una limpieza del panel, limpieza de alveolos de 105 mil metros lineales. Podría usted indicarnos desde la experiencia que han tenido, esto cómo se puede entender a nivel técnico?*

*SR. ORTIZ: [01:33:01] Claro, con gusto. Y qué bueno que me hace esa pregunta. El tema, el tema de la limpieza de los alveolos ciertamente si uno se pone a pensar en 105 mil metros lineales, pues eso no, no tendría, digamos, como, no se podría hacer, es muy difícil. Los alveolos como tal, cuando tienen una situación de contaminación no llegan a una profundidad de la totalidad del panel. Entonces, para ponerlo como un ejemplo, un panel completo de esta fachada podía tener, que se yo, 10 metros de largo. Limpiar el alveolo no significa limpiar los 10 metros completos del panel, significa limpiar el pedazo, en este caso, la parte inferior, la parte inferior del panel es la que llega a tener cierto nivel de contaminación, no en todos casos es el mismo, en algunos casos, algunos centímetros y por eso se puede limpiar el alveolo.*

*En algunas imágenes que se mostraron en estas audiencias se veían los paneles desmontados y con unas cintas retiradas en donde no se veía contaminación y en otros en donde se veía alguna contaminación, pero en ningún caso habría que, digamos, introducir algún elemento a todo lo largo de los alveolos que es, creería yo la cuenta que saca quien presenta esto y que demuestra de alguna manera, pues que eso no, pues que no hay como un conocimiento exacto del tema y por ende también dicho eso, pues retirar los paneles no se hace necesario, se necesita el espacio suficiente para poder introducir el elemento que permite la limpieza del alveolo, que repito, no hay una contaminación de todo el, de toda, digamos, la longitud del panel".*

- **Dictamen pericial de parte**

La parte Convocante aportó dictamen elaborado por el Sr. LUIS ALBERTO ARIAS MARTÍNEZ con el escrito de demanda subsanada e integrada, que se encuentra en el Cuaderno Principal

No. 1. En dicho dictamen, el perito señaló que la instalación del sistema Danpalon, en virtud de lo contratado, no fue correcto, como también deficiencias de diseño, así como incumplimiento en las garantías y mantenimiento a lo que se había comprometido EXIPLAST. Así respondió a las preguntas respectivas[153]:

2.3 ¿Fue correcta la instalación del sistema Danpalon realizada por EXIPLAST S.A.?

RESPUESTA/ NO, la instalación presentó deficiencia inicialmente al no estar enmarcada en una estructura metálica rígida que impidiera el desplazamiento de los paneles de policarbonato en cualquier dirección, particularmente en la vertical donde el efecto de la gravedad llevó a que los paneles de policarbonato no se mantuvieran rígidamente adosados unos a otros, dado que la ausencia de una estructura metálica rígida que debía impedir el desplazamiento en dirección horizontal y vertical no se dio, con el agravante que la ausencia de rigidez en la parte inferior llevó a que el efecto de la gravedad desplazara las paneles generando espacios (luces) entre los extremos de los paneles, facilitando que el polvo y las micropartículas ingresaran por las cintas en su parte inferior o por las cintas no selladas en la parte superior.

De igual manera, los paneles en policarbonato del sistema Danpalon continuan desplazándose y presentando dilataciones en algunos sitios. (Ver registro fotográfico anexo No 13).

Por otra parte, la instalación del sistema presenta deficiencias al haberse modificado el conector de policarbonato por el metálico.

2.5. ¿Quedaron bien instalados los empates de aluminio que unen los paneles de policarbonato?

RESPUESTA/No quedaron bien instalados. Las cintas de los extremos superior e inferior de los paneles se encuentran despegadas y presentan alto grado de deterioro, perdiendo su adherencia con el policarbonato multicelda, igualmente, ocurre con la silicona.

2.6 ¿Indique si el diseño del sistema Danpalon tuvo alguna incidencia en la funcionalidad del mismo para el proyecto?

RESPUESTA/ SI, por cuanto los paneles de policarbonato se desplazaron de manera vertical, debido a la falta de elementos que garantizaran la estabilidad de los paneles de policarbonato ya que no contaba con un marco metálico rígido que evitara su desplazamiento.

[153] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA.pdf", pp. 42 y ss.

3.1. ¿Cuáles son las características de la garantía ofrecida por el fabricante "Danpal"por un periodo de 10 años a partir de la fecha de compra?

RESPUESTA/ Para Danpalon 4 mm compacto, 10 mm, 12 mm, 16 mm y 30 mm los paneles están garantizados por su fabricante DanPal al usuario final por un periodo de 10 años a partir de la fecha de compra.

3.2. ¿La garantía unión "cero goteras" ofrecida por EXIPLAST se cumplió?

RESPUESTA/ No se cumplió la garantía de unión cero goteras ofrecida por EXIPLAST de acuerdo con la propuesta del 05 de agosto de 2013 documento integrante del contrato celebrado el 09 de agosto de 2013 por cuanto se encontraron en la unión de los paneles humedades y deterioros de las cintas del borde superior e inferior, además, se observó humedad al interior de los paneles de policarbonato.

Las conclusiones generales a las que se llegó en dicho dictamen fueron:

**CONCLUSIONES**

El sistema Danpalon instalado presenta las siguientes afectaciones y deficiencias:

1. Desplazamiento vertical de los paneles de policarbonato reflejándose dilataciones entre estas en el sentido vertical.

2. Se cambió la especificación del conector del sistema de policarbonato por aluminio afectando el comportamiento del sistema de conector del panel de policarbonato.

3. La contaminación y condensación interna en las multiceldas de los paneles de policarbonato degradan externamente los tonos de los colores de los paneles reflejándose y visualizándose una fachada sucia, deteriorada y envejecida.

4. Por la configuración y tamaño de las multiceldas, prácticamente se imposibilita el mantenimiento garantizado el retiro de la contaminación y polvo de tal manera que queden totalmente limpias, asimismo, que para realizar dichas actividades necesariamente se requiere desmontar los paneles de policarbonato, poniendo en riesgo el producto, afectando la circulación y el aspecto estético del centro comercial.

5. Se presentan deficiencias de diseño técnico y constructivo del sistema ofrecido por EXIPLAST por cuanto no se lograron los resultados ofrecidos.

Para concluir, la recomendación es el cambio de las fachadas por panel de policarbonato termosellado o por otro tipo de material como podría ser vidrio.

- **Testimonio de la señora Paula Lucía Pinzón García**

En audiencia efectuada el 13 de mayo de 2022 rindió testimonio la señora Paula Lucía Pinzón García, quien al momento de la celebración del contrato entre las partes trabajaba para PROCOMSA. En dicho testimonio se aludió a las negociaciones previas a la celebración del contrato adelantadas con EXIPLAST y los motivos que llevaron a PROCOMSA a celebrar el contrato con la Convocada, al igual que las deficiencias que empezó a presentar la fachada objeto del mismo:

> *"DR. DÍAZ: [00:06:58] Señora Paula le voy a hacer unas preguntas respecto al contrato que el doctor Jorge muy amablemente le puso de presente. Entonces quisiera empezar con la siguiente. Conoce usted el contrato CCN01713 suscrito entre Procomsa y Exiplast relacionado con la construcción e instalación de un sistema de policarbonato para las fachadas del centro comercial Ecoplaza?*
>
> *SRA. PINZÓN: [00:07:26] Sí, lo conozco.*
>
> *DR. DÍAZ: [00:07:28] Por qué lo conoce?*
>
> *SRA. PINZÓN: [00:07:31] Porque en esa fecha yo trabajaba para Procomsa y mi cargo era básicamente trabajar para el propietario del proyecto y lo que hacía era toda la parte de control de programación y control de presupuesto cuando me refiero al control de programación del proyecto, básicamente es todos los pasos previos a la contratación, luego la contratación y la ejecución de los proyectos y al final la liquidación de los proyectos participaba en todos esos procesos.*
>
> *SRA. PINZÓN: [00:08:12] Gracias señora Paula podría usted indicarnos si conoce desde que fecha Procomsa y Exiplast empezaron a tener comunicaciones para acordar la contratación de dichas actividades para el Centro Comercial Ecoplaza?*
>
> *SRA. PINZÓN: [00:08:30] Sí en junio del 2013 pues, empezaron a tener relaciones con Plaza, porque nosotros en ese momento pues estábamos en la construcción del proyecto y definiendo los acabados.* ***Entonces pues Exiplast lo que estamos. Ya teníamos un diseño arquitectónico de la fachada y básicamente en ese momento nos encontramos en el proceso de la definición del producto que le íbamos a colocar en la fachada*** (se destaca, así como se hará seguidamente)***.***
>
> *Entonces Exiplast se acercó pues al proyecto a ofrecernos sus productos y nos ofreció el sistema de policarbonato entonces nosotros queríamos en ese momento pues un producto que fuera* ***vistoso, que fuera de colores vivos y que fuera lindo para la***

***fachada****. La fachada es una fachada grande y tenía varios materiales entre esos unos ventanales de vidrio, otra parte una imitación concreta y había una fachada que era la fachada de los cinemas, a la que le queríamos colocar un material vistoso. Entonces ellos nos ofrecieron, nos empezaron a ofrecer productos de policarbonato.*

*Entonces nosotros empezamos a revisar y a buscar en el mercado y entonces miramos la competencia, miramos a Arcos, que también son proveedores de ese producto, miramos a Exiplast que nos ofreció un producto que es este producto que se instaló, que es el Tree Line, que era de* ***colores*** *vivos* ***y nos mostró pues en esos momentos unos proyectos que ellos habían realizado en Europa. Y sí que había que habían puesto en Europa de ese producto.***

***Y entonces específicamente ese proyecto que nos mostraron tenía el mismo producto, con el mismo color y la misma condición de colores entonces pues nos gustó y ellos nos pidieron en ese momento los planos arquitectónicos del proyecto****. Entonces los planos arquitectónicos del proyecto, pues era el sitio básicamente lo que nosotros les entregamos era la fachada y el sitio pues para que nos dibujaran su producto.*

***Ellos empezaron más o menos en junio a pasarnos varias propuestas de diseño estético del producto y de la fachada*** *entonces hubo un todo, un cruce de correos entre junio del 2013 y agosto, que fue la fecha en que pues ya se definió el producto y hubo una pues serie de cruce de correos entre la doctora Andrea Sogamoso, que era la ingeniera civil que apoyaba y asistía a Exiplast y la doctora Luisa Fernanda ellas empezaron con … que era mi compañero el arquitecto, pues que yo que también trabajaba para el propietario y era mi compañero y allí pues se empezó a definir.*

*Entonces ellos nos pasaron pues la fachada y allí entonces nosotros pues teníamos un grupo de arquitectos que era la firma contratada contexto urbano y además teníamos una arquitecta inhouse que a medida que íbamos definiendo productos íbamos actualizando los planos arquitectónicos. Entonces ellos nos pasaron la propuesta, nosotros a través de Mariana y el contexto la metimos dentro de nuestros planos o la implantamos en nuestros planos arquitectónicos y allí de esa forma fuimos escogiendo hasta que el propietario definió,* ***empezamos a remirar presupuestos, costos y el propietario definió pues que ese era el producto.***

*Entonces ya este producto tenía pues unos requerimientos estructurales por el para poder sostener el producto. Y entonces ellos básicamente nos dijeron mire, nosotros necesitamos que la superficie o la estructura metálica donde vamos a instalar nuestro producto tenga unos requerimientos. Y nosotros pues también teníamos un ingeniero estructural y teníamos diseñada una estructura metálica para sostener cualquier producto que fuéramos a instalar, ya fuera el policarbonato, el vidrio o lo que hubiéramos escogido o el porcelanato, entonces simplemente adecuamos la estructura*

*metálica a la pues a los requerimientos que nos dio de su producto. Y así fue como después de despiezar y después de ofrecer en esa fecha, más o menos en agosto, al principio de agosto,* ***nos pasaron la nos cuantificar, nos pasaron la propuesta definitiva, esa la aceptamos, la negociamos y con eso pues se realizó el contrato****.*

***A mi me gustaría mostrarles, no se respetuosamente les pido el favor si me dejan mostrar cuál fue la foto del proyecto de los proyectos en Europa que nos presentaron para que nosotros pudiéramos dicho oiga si al material se puede o se las presento al final***

*(…)*

*SRA. PINZÓN: [00:15:20]* ***Entonces claro, ellos nos presentan esta foto de este edificio.*** *Yo no me acuerdo si era en Europa, no la pues no la muestran en una de tantas reuniones y entonces pues aquí se ve el material, el mismo material que nos pusieron acá con las dilataciones, aquí tienen, pues tiene ventanas y todo en nuestro proyecto cuando tenía ventanas.* ***Entonces este pues con esto nos muestran esta foto y nosotros decimos oiga, así está bien linda y pues esta fue una pues esta foto ya le puso en España, pues esto fue lo que nos indujo a decir que sí a este material entonces ahora dejo como de presentar.***

*(…)*

*SRA. PINZÓN: [00:17:09] Perfecto. Bueno, entonces aquí entonces que quiere decir pues que nosotros, definimos, firmamos el contrato, evaluamos cantidades y ya pues se empezó a desarrollar les dimos un anticipo y más sobre eso fue en agosto y más o menos en octubre, pues mientras que el material llegó a Israel porque este era un material que venía de Israel, era de la fábrica Ampal entonces ya eh, pues es otra, otra de las cosas que el contrato se realizó solo y únicamente con Exiplast porque nosotros estábamos contratando un sistema de fachada.*

***Entonces al contratar un sistema de fachada requeríamos que el contratante pues nos suministrara no solamente el producto sino nos instalar el producto para que al final la garantía fuera del sistema completo****. Eso pues será pues una cosa muy importante.*

*DR. DÍAZ: [00:18:12]* ***Señora Paula teniendo en cuenta su extensa respuesta, podría indicarnos en ese sentido quién fue el encargado de proponer o recomendar las características de los paneles método de ensamblaje de conexión de instalación fue Procomosa o fue Exiplast como tal****?*

*SRA. PINZÓN: [00:18:34]* ***Exiplast porque obviamente pues nosotros no somos expertos en el tema. Y entonces precisamente para eso contratamos una firma***

***que tuviera experiencia y que fuera experta entonces fue Exiplast que nos mostró el ejemplo y simplemente le dijo nosotros le adaptamos ese ejemplo a su fachada y eso fue lo que contratamos, un sistema, un sistema instalado y puesto en sitio.***

*DR. DÍAZ: [00:19:00] Señora Paula podría usted indicarnos las características generales del Centro Comercial Ecoplaza que tiene su propietario y son activos de renta del propietario tiene conocimiento al respecto?*

*SRA. PINZÓN: [00:19:18] Bueno, es el centro comercial. Fue construido en el 2013 por unos inversionistas pues son varios socios básicamente, eso es un activo de renta. Un activo de inversión entonces pues se contrató a una gerencia obra para la construcción. Y después de construido simplemente pues tiene varios locales tenemos cinco salas de cine Royal Film tenemos una sala de 4000 metros que es éxito. Tenemos una zona de Pepe Ganga, tenemos a Ktronix que es el almacén.*

*(…)*

*DR. DÍAZ: Como les comenté al inicio, yo estuve en todo el proceso. No solamente la contratación, sino de la ejecución y de la entrega del recibo después de todas las reclamaciones, pues estuve al frente más o menos yo liquidé, o sea, yo estuve trabajando para Procomsa estaba sin vincularlo cosa hasta inicios del 2015, porque durante el 2013 estuve en la construcción, en el 2014 en la liquidación y en la entrega, pues de todos los contratos y ya pues en el 2015 pasé a trabajar a otra empresa empresarial y básicamente porque conozco los datos, resulta que efectivamente, en mayo del 2014 yo participé en el recibo del proyecto más o menos en enero del 2014.*

*Pues cuando ya estaban ellos rematando y alzando todo un evento es que en la fachada principal cuando ya nos iban a entregar, notamos que el panel se estaba como escurriendo. Entonces, en enero del 2014 Exiplast entonces le dijimos oiga, venga, que esto aquí está como inseguro imagínese esto en la fachada principal, cualquier peatón, que tal que eso se caiga. Entonces por favor revisen entonces Exiplast nos pasó una propuesta y nos dijo mire señora, aquí vamos, aquí esta fachada tenía un marco, un marco perimetral.*

*Le vamos a quitar el marco y en la parte inferior del marco la vamos a poner un perfil tubular que va a evitar para que usted tenga pues mayor seguridad y eso no se le vaya a desprender a ningún panel ni a su único panel entonces le pusieron ese perfil perimetral desde perfil inferior.* ***Recibimos a satisfacción en mayo del 2014 la fachada estaba linda, con sus colores vivos y resulta que en noviembre del 2014 nosotros empezamos a ver que yo todavía estaba trabajando para Procomsa, que se habían en las juntas de dilatación entre paneles verticales, o sea, se estaban abriendo esas juntas, o sea, había un movimiento y fuera de eso se empezaron a contaminar los alveolos.***

*Entonces llamamos a Exiplast y le dijimos señores, miren lo que está pasando aquí, que hacemos entonces ellos vinieron y dijeron sí señora, aquí hay movimientos de paneles, hay dilataciones, hay contaminación de los alveolos nosotros seguro respondieron en enero 2015. Nosotros les vamos a mirar todos sus defectos en pues con nuestra promesa de valor les vamos a responder y les vamos a dar garantía y vamos a hacer el mantenimiento.*

*Entonces ellos se subieron a la fachada en las noches porque esta era la entrada al centro comercial y en la noche pues no se permitía poner andamios ni descolgar gente era el día. Entonces en las noches se programó y se subieron hicieron su mantenimiento hicieron pues hicieron todas esas correcciones y la fachada quedó bien. Eso fue en enero del 2015 está más o menos en el primer trimestre se hizo el trabajo, se programó. Pues resulta que en noviembre de 2017 como en abril del 2017, volvió o sea, la fachada se iba deteriorando poco a poco y se iba deteriorando y deteriorando.*

***Y entonces lo llamamos y le dijimos oiga, venga aquí no, nunca pues no nos habían dado el manual de mantenimiento, no nos habían informado entonces los llamamos y les preguntamos oiga, como limpiamos esto y nos dijeron miren, suban una persona y con un trapo húmedo límpiala y échele jabón y con un trapo húmedo limpie la superficialmente como se limpia cualquier fachada, sea de ladrillo, sea de vidrio****.*

*Entonces pues nosotros acatamos, pero resulta que eso no, no se limpiaba entonces se empezó a deteriorar y deteriorar y a contaminar más esos alveolos entonces ya en abril del 2017 los llamamos y les dijimos* ***oiga, vengan, esto aquí sigue mal y entonces en mayo del 2005 me pasaron por escrito y me dijeron vea señora, sí, señora, usted tiene razón, eso se ha contaminado. Eso es dilatación, es en abierto. Pero eso ya no lo cubre nuestra garantía****. Con mucho gusto. Nosotros hay que retirar esos paneles, hay que revisar las sillas, los sellos porque como esos al violar tiene unos huequitos.*

*Entonces hay que revisar esos sellos que están debajo de las juntas de dilatación y hay que limpiar eso y entonces a nosotros ya nos pareció como así que hay que bajar los paneles en un centro comercial que tiene dos entradas principales o sea, no es imposible. Entonces eso ya no nos pareció entonces ahí empezamos pues a hablar con ellos y ellos dijeron que ellos no respondían por ese mantenimiento y entonces nosotros ahí seguimos, no pero como así entonces ellos dijeron no, venga.*

***Pues al principio nosotros pensamos que el tema era como una decoloración porque el color se había como perdido****. Entonces Exiplast nos dijo en el 2017 pues hagamos una cosa, nos reunimos con ellos, dijeron bajemos un panel y miremos a ver*

*qué es lo que pasa y efectivamente, bajamos el panel y efectivamente lo que encontramos. Y entonces también empezamos a hacer pruebas de color que busquemos no saber si es que se decoloro un laboratorio oficial buscamos el laboratorio oficial para esas pruebas. En Colombia no lo había, buscamos en las universidades no lo había, pero al final Exiplast encontró un laboratorio que se llamaba … y dijimos listo, bajemos esa prueba y miremos y la mandamos a ese laboratorio.*

*Y entonces bajamos el pedazo de fachada. Yo había, nosotros teníamos guardado un pedazo de fachada sin poner una nueva y entonces efectivamente, cuando la bajamos la comparamos y eso fue lo que mandamos al laboratorio y ya la que estaba puesta, pues obviamente contra la nueva se veía deteriorada al final de todo eso, pues nos dimos cuenta de que este material es de policarbonato, es transparente y que lo que le daba el color a la fachada eran unas laminillas que tenía por dentro.*

*Quiénes son los alveolos eso tenía unos alveolos, unas laminillas de color verde el policarbonato era transparente se veía más opaco la parte afuera de la fachada, porque efectivamente, cuando contratamos a nosotros nos dijeron que había que ponerle una película, o un softline que hacía que la fachada se viera mate y por dentro se veía brillante. Entonces, básicamente Exiplast pues ya mandó hacer la prueba, se mandaron a hacer las pruebas de laboratorio esos señores dijeron que pues eso no se había decolorado.*

*Pero entonces lo que ya empezamos a cumplir era que lo que pasaba era que como los alveolos se habían contaminado y se les había metido polvo y agua, entonces el material que era transparente pues ya no se veía, ya no se transparentaba el color que debería salir a la superficie entonces ya empezamos a ver que esto era un tema no de coloración, sino de contaminación.*

*Entonces vienen cartas, vienen con Exiplast ellos vienen, nos dice y hubo un correo, un correo en que Exiplast me dice mire Paula aquí ya vimos que esto no se decoloró pero nosotros vemos que podría haber una solución es que por qué no cogemos y aprovechamos el aluminio que está del sistema bajamos esos paneles y cambiamos el panel por uno nuevo entonces, cómo así que nosotros que compramos un producto para una durabilidad de diez años en el año 2017, me está mandando correo y me están diciendo y me están viniendo a la oficina porque nos reuníamos y me dicen oiga, venga, una posibilidad es que cambiamos el policarbonato, que cambiemos los paneles, que cojamos el mismo sistema de aluminio y le cambiamos el policarbonato, que porque ahora nos han salido uno más, unos más vistosos y lo mismo vuelven y me lo dicen.*

***Entonces nosotros en el desespero porque todos los clientes nos decían oiga, pero mire esa fachada de un centro comercial nuevo y una fachada pues terriblemente que parece de 20 años, vieja, horrible entonces en el 2018 nosotros***

***Daniel Espinosa me dice Oiga, vaya, pregúnteles a ellos a ver si esa fachada se puede voltear, voltear era que por el revés estaba más vistosa y no se veía, pues no se veía tan contaminada y por ende por fuera sí se veía así entonces voltear, entonces yo los me reunimos, nos reunimos con ellos allá y le dijimos oiga, se puede voltear ellos dijeron oiga eso técnicamente sólo se puede voltear, porque primero que todo es la película softline que es la que la que protege los rayos UV está por fuera y entonces usted la voltea, pues obviamente se la va a poner, se le ve, pero adicionalmente se iban a ver la ranura del standing.***

*Sí, o sea, la unión entre un panel y otro se iba a ver y entonces no, pues no iba a estar bien. Y segundo, que todo, todo ese material apenas yo lo bajara, pues todos los huecos que pues, o sea toda la forma de anclaje se iba a ver y entonces iba a ver por el revés, entonces eso no se podía voltear y vuelve en el 2018 y me dice sabe qué aquí tenemos otro producto nuevo. Entonces venga porque una opción que nosotros vemos es que compren ese producto y cambiamos el panel de policarbonato.*

***Entonces ahí si nosotros ya dijimos como así que yo contrato un producto para diez años y en tres años, en el año entregado en el 2014 y en el año 2017, en el 2018 me están diciendo cambie y me compre otro material, cámbielo dentro de seis y bueno, esto ya no tiene solución no y fuera de eso el mantenimiento y para bajar, para hacer el mantenimiento que me estaban proponiendo, pues hay que bajar la fachada****.*

*Entonces eso no es lo usual cuando uno compra una fachada o sea que tal es en ese edificio de oficina es un edificio recubierto en vidrio y yo para hacer el mantenimiento tengo que bajar todo el sistema de vidrio y descubrir todas las oficinas para poder limpiar. No podía ser entonces simplemente ahí nosotros tomamos la decisión de verificar que eso no funcionaba y reclamamos a la compañía de seguros. Y entonces mandamos dos a comprar en el 2018, en noviembre del 2018 reclamamos a la compañía de seguros y en febrero de 2019 la compañía de seguros después de mandar un ajustador haberlos entrevistado a nosotros, haberlos entrevistado a ellos.*

*Entonces ahí en ese momento ya la compañía de seguros, pues nos paga la póliza, nos paga la reclamación y nos paga la póliza de estabilidad entonces sin embargo, pues ya nosotros con esa póliza estabilidad ya vimos los clientes, todos los inquilinos empiezan a quejarse, oiga, pero otra vez es a ese centro comercial que tiene cuatro años. Como esta fachada está así, esto no es bueno para la imagen de la compañía entonces pues nosotros tomamos la decisión y empezamos a verificar el mercado, a ver qué producto podemos poner. Y entonces volvimos y cotizamos con la competencia de Exiplast que es Arcos, una de las competencias que también son expertos en el tema.*

***Y entonces yo les dije sabe qué eso no sirve si usted va a reemplazar esa fachada, tiene que bajar todo, es aluminio, ya no le sirve, hay que bajar todo. Y después tomamos la decisión de que es un activo muy importante para nosotros y no se podía ver mal y teníamos que tener a nuestros inquilinos contentos y entonces lo que hacemos es simplemente cambiar la fachada empecemos una licitación y cambiamos la fachada por vidrio***.

*Pero en ese entretanto lo que nosotros hacemos es decir bueno, pues contratemos un perito para que verifique no solamente el estado de la fachada antes de bajarla, sino cuando la bajamos y verifique qué es lo que pasa y que rinda un informe. Y efectivamente, en el momento que contratamos a las personas a la firma que nos instaló el vidrio, entonces lo que hicimos es primero bajamos el aviso, el aviso estaba sostenido a eso tenía un aviso, pues también ahí les aviso, estaba sostenido de detrás de la estructura metálica que había, que también sostenía el policarbonato. Bajamos ese aviso y nos fijamos, trabajamos elemento por elemento, inventamos elemento por elemento, con fotografías, con videos y ya con eso, pues dejamos todas las pruebas de todo lo que había antes, de lo que había en la construcción y cambiamos nuestra fachada y así, bien, pues ese, esa es como la historia de lo que pasó entonces ya después de cambiar la fachada, pues nos decidimos a demandar y por eso estamos aquí eso es.*

*(…)*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:49:34] Dentro de lo que usted mencionó nos contó que Exiplast fue quien presentó las diferentes opciones, les presentó diferentes opciones de color, quien determinó cuáles eran los colores y los acabados finales que iban a tener esos paneles?*

*SRA. PINZÓN: [00:49:51] Al final, cuando nos presentan y nos dicen mira, los dos tenemos rojo, amarillo, nos presentaba una carta y nos muestran el edificio de esmalte de color verde nosotros determinamos el color.*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:50:04] Y los acabados que de acuerdo con el contrato menciona que es el 20 milímetro filtro un, Sofline?*

*SRA. PINZÓN: [00:50:13]* ***Porque el plazo como experto en su producto nos recomienda ese producto nosotros habíamos visto la competencia y la competencia tenía policarbonato normales y comunes y corrientes. Pero ese cliente era único. O sea, la competencia no tenía ese producto entonces Exiplast como experto nos recomiendan ese producto.***

*DR. RODRÍGUEZ: [00:50:41] Único en qué sentido?*

*SRA. PINZÓN: [00:50:43] Pues que no tenía o sea los otros policarbonatos del mercado tienen el color incorporado en el policarbonato y eso es lo que hacía este es un producto que tiene que es transparente. El policarbonato es transparente y el color se lo da a unas laminillas que están dentro del producto dentro de las celdas del producto.*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:51:10] Como le comentaba la descripción que quedó en el contrato dice que era… como usted bien menciona los filtros B y C Light Usted sabe a qué se refiere esa expresión soft light?*

*SRA. PINZÓN: [00:51:21]* ***Sí señor es la protección UV que tiene cualquier fachada para los rayos de pues del sol hay unos colores o sea, lo que nos explicaban en ese momento es que hay unos colores que se deterioran más con los rayos solares y que es verde. O sea que el verde era un color bueno porque no, pues se era con eso y la otra. Y la otra cosa es también que se escogió el verde, porque como nuestro proyecto se llama Eco Plaza, nuestro centro comercial se llama Eco Plaza, entonces era pues ecológico, entonces nosotros teníamos muros verdes y entonces también pues nos gustó el color verde.***

***Además, nosotros tenemos un certificado en lead en el centro comercial, tiene un certificado que es construido con todos los ahorros de energía tenemos la medalla Gold de este certificado ambiental y entonces por eso pues también nos fuimos por el verde****. Y el soft light es eso nosotros sí éramos conscientes de que la fachada se iba a ver de color mate por el acabado de solar y ellos no lo recomendaban nos dijeron hay que ponerles acabado, porque si no le ponemos ese acabado, con la protección de los rayos solares se les puede deteriorar.*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:52:36]* ***Eso quiere decir que el escoger el acabado mate fue por el tema de la protección solar****?*

*SRA. PINZÓN: [00:52:42]* ***Claro, fue recomendado por ellos y pues si bien el experto del producto le dice póngale, se ha acabado soft light es más, creo que eso hasta valía más. Entonces nosotros se lo pusimos pues porque queríamos que nuestro producto perdurar en el tiempo****.*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:52:56] Usted recuerda si al momento de la entrega la cara interna, es decir, la cara queda vacía en la estructura y la cara externa que va hacia el exterior tenían una coloración similar o no?*

*SRA. PINZÓN: [00:53:08] No, la cara interna se veía pues como no tenía soft line se veía más brillante y la cara externa se veía de color mate.*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:53:20] Ya habíamos mencionado que en ciertos momentos ustedes contemplan la posibilidad de girar el panel efectivamente, no se puede al final. Pero en ese momento ustedes consideraban que la colocación que tenía por la parte interna era adecuada y ese era el acabado que ustedes querían?*

*SRA. PINZÓN: [00:53:36]* ***Nosotros veíamos que por dentro no se veía tan contaminado como por fuera entonces al no verse tan contaminado por fuera nosotros en el desespero de todos los clientes allá diciéndonos oiga, que los inquilinos allá diciéndonos oiga, que es esa fachada tan horrible entonces nosotros dijimos no, pues volteamos, le pregunté a ver si se puede voltear y efectivamente, pues nosotros no tomamos esa determinación, porque precisamente nosotros no somos los expertos, los expertos son Exiplast*** *entonces los llamamos y les dijimos en búsqueda de soluciones que nosotros, o sea, que nos resultaran onerosas dijimos venga, será que lo podemos voltear ellos nos dijeron que no se podía voltear.*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:54:17] Entendido dentro de la fachada se fijaron unos letreros, como usted ya lo mencionó, el nombre de Eco Plaza con un logo, un símbolo. Esa estructura de esos letreros que parece tener una pintura en la parte de abajo y encima unas letras en relieve usted sabe si están contemplados dentro de los diseños que habían sido hablados con Exiplast?*

*SRA. PINZÓN: [00:54:45] Claro se sabía que había hay unos correos donde Exiplast hizo su diseño en los primeros correos y ellos dejaban el espacio para el aviso nosotros todavía no sabemos. Obviamente se sabe que la fachada principal de un centro comercial, pues tiene que estar el aviso y tal vez de pronto una fotografía en alguno de los procesos de junio donde nos presentan la fachada con un espacio blanco para el aviso.*

*Nosotros todavía no teníamos definido cuál era el aviso, pero lo que teníamos claro era que el aviso era un aviso grande y que nosotros íbamos a sostener el aviso de la estructura metálica precisamente había diseñado, o sea que uno tiene una fachada, cierto y resulta que la fachada es una piel que uno le pone al edificio cierto entonces esa piel necesita una estructura metálica de soporte.*

*Entonces cuando nos presentan el producto, nosotros les preguntamos bueno, cuáles son los requisitos de su producto cuánto piensa su producto, qué pasa hacemos todas unas evaluaciones estructurales, por ejemplo de la carga de viento, porque una fachada va a recibir carga de viento entonces y consideramos dentro del diseño de*

*nuestra estructura metálica el peso del aviso así como consideramos el peso del material de policarbonato, que adicionalmente, pues es un material liviano, consideramos el peso del aviso y anclamos el aviso o sea ese aviso se ancló a la estructura metálica a ninguna parte del sistema de policarbonato se ancló a la estructura metálica y si se sabía que había un aviso.*

*DR. RODRÍGUEZ: [00:56:24] Para anclar este aviso, los paneles de policarbonato tuvieron que ser perforados?*

*SRA. PINZÓN: [00:56:30] Si, claro entonces el procedimiento fue que nosotros les entregamos la estructura metálica los señores de Exiplast vinieron, revisaron la estructura, dijeron si estamos de acuerdo con esa estructura para instalar nuestro producto y entonces ellos vinieron y entonces instalaron unos muros. Estos paneles van, son paneles verticales y bancada 60 y ellos necesitaban un apoyo, pues, como un aluminio que al final resultó siendo los conectores y esos los instalaron, los anclaron en la estructura metálica y después colgaron el policarbonato, el panel de policarbonato y después entonces entraron los señores del aviso y lo que hicieron fue en andamios hicieron unas perforaciones en determinados sitios del pues en un solo sitio, porque obviamente el aviso no está en toda la fachada.*

*La fachada tiene 900 metros más o menos. Yo no recuerdo las alturas de las letras, eran como de un metro, como de dos metros, algo así. Y el en una, en un extremo del pues de toda la fachada y lo que se dice se hacen unas se identifica por detrás, donde queda la estructura metálica y los señores del aviso hacen unas perforaciones y anclan esas e le anclan al aviso uno a unos soportes y esos soportes son los que pues como unas varillas que se meten y se anclan a la estructura por detrás*

*Entonces simplemente lo único que se le hizo al policarbonato fue abrirle unos huecos. La otra es que le pusieron uno como una calcomanía blanca detrás de cada letra al árbol nuestro logo es un árbol y hay unas letras. Entonces, como para efectos visuales que no sea que no se fuera a tergiversar, le puse una calcomanía blanca y como molde le pegaron la calcomanía con la ley, con la forma de las letras y la forma del árbol y después le atravesaron unos huecos y con esos huecos le metieron los soportes y se lo anclaron a la estructura metálica de atrás que estaba diseñada para soportar el aviso y para soportar el policarbonato.*

*(…)*

*DR. RODRÍGUEZ: [01:24:12] Gracias. Dentro de lo que usted nos contó, de los documentos que están en el expediente, hay una constancia de que Procomsa hizo unas reparaciones para los temas que usted mencionaba de escurrimiento y*

*desprendimientos en 2014, en la fachada principal digamos, y la otra en 2018, esas correcciones solucionaron el problema de los desprendimientos?*

*SRA. PINZÓN: [01:24:40] En el 2014 antes del recibo hubo un escurrimiento y ahí no se veían las fallas. Ahí lo único que me preocupaba a mí era. Era que sí. Un escurrimiento. O sea, y ni siquiera me habían entregado, pues había que ponerle una solución. Entonces Exiplast acudió y dijo sí, señora, venga le revisamos e hicieron todo el estudio técnico, nos pasaron una propuesta y nos dijeron sabe qué, señora quitemos ese ángulo inferior y bajo ese ángulo inferior le ponemos un perfil y ese perfil ellos me mandaron un detalle que también lo tengo por aquí y ese detalle le dieron el nombre de perfil para Asentamiento Panel calibre 16.*

*Entonces ese perfil, nos dijeron mire, para evitar ese tema le vamos a poner ese perfil. Nos presentaron la propuesta y pues a nosotros nos pareció lógica y dijimos listo, hagan, ustedes son los expertos, hagan lo que tengan que hacer, pero yo no quiero que el día de mañana un panel de esos se vaya a caer sobre un peatón o sobre un carro en toda la entrada principal del centro comercial y lo hicieron. Hicieron la intervención inicial cuando yo llegué segura que eso estaba bien y que estéticamente la fachada se veía bien firmamos en mayo del 2014 el acta de recibo*

***Y después, al final del 2014, empezamos a ver que la fachada estaba contaminada, que se deterioraba, que había movimientos. Entonces lo llamamos otra vez y en ese momento Exiplast vino y dijo sí señora, hay contaminación, hay** desplazamiento de los paneles**, hay dilataciones le vamos a hacer este trabajo por garantía**. Le vamos a hacer ese trabajo por garantía, que también lo tengo como en mis apuntes aquí básicamente dijeron lo siguiente me mandaron una carta el 22 de enero del 2015 y me dijeron se hará la respectiva revisión.*

*Esto es sacado de la carta de ellos de enero del 22, que eso está ya aportado allá el a la demanda Se hará la respectiva revisión para así poder programar los trabajos por garantía a las patologías que son producto del sistema. Los inconvenientes que presenta el sistema obedecen exclusivamente a desplazamientos generados por el proceso de contracción y dilatación que generan cambios bruscos de temperatura. Ellos en ese momento dijeron que era por la temperatura y que nos obligaba a tomar medidas adicionales de control con aditivos y accesorios que garanticen la renovación del material y a su vez, que se controle el desplazamiento de partes para cumplir con su promesa de calidad y como reflejo solido de compromiso Exiplast asumirá los costos de los materiales y maniobra para corregir y evitar los futuros problemas.* ***Las patologías como alineación y mover paneles para ajustar UPE en aluminio, descontaminar y limpiar. Cambio a los internos en paneles y ajustar remates o paneles***

*Son las actividades que se realizarán como garantía entonces allí pues claro, yo ocho meses después de la entrega y que firmamos el acta. Recibo le digo al contratista y el contratista dice si señora, venga para acá, eso es garantía. Obviamente en ese momento la fachada no estaba tan deteriorada como para decirme que tenía que bajar el panel y quitar los alveolos.*

*Entonces ellos hicieron unos ajustes, miraron la dilatación, les arreglaron el tema y pues nosotros quedamos conformes porque pues todavía no estaba, no se veía el deterioro estético y de color y todo eso no se veía, no se veía la contaminación. Entonces pues nosotros quedamos satisfechos, dijimos listo aceptamos.*

*DR. RODRÍGUEZ: [01:28:14] Discúlpeme que la interrumpa, pero para precisar esas reparaciones que hicieron en 2015 sobre la fachada principal y la que se hizo en 2018 sobre la fachada pequeña o norte sí corrigieron el tema de esos desplazamientos en los paneles o no?*

*SRA. PINZÓN: [01:28:31] En el 2015 sí se corrigió el tema y luego entonces en el 2017 la fachada está peor.*

*DR. RODRÍGUEZ: [01:28:41] Por desplazamientos de la fachada.*

*SRA. PINZÓN: [01:28:44] Por contaminación completamente contaminada. Entonces ahí en el 2017 está todo entonces volvemos y lo llamamos y los señores.*

*DR. RODRÍGIEZ: [01:28:53] Los felicitan pero en ese momento ustedes ven otra vez desplazamientos o no los ven?*

*SRA. PINZÓN: [01:28:58] Sí vemos que se están dilatando entonces en el 2017 volvemos y los llamamos y ellos ya me dicen ahí no, o sea, ya estaba muy contaminada. Entonces ella me dice nada, no señora, venga esto no, usted tiene que bajar eso, venga, busquemos solución yo al principio pensaba que era el color, entonces por eso dijimos que el color. Pero entonces ya después cuando bajamos el panel, investigamos y ya vimos que no era el color, sino que simplemente todo el nombre estaba tapando el color que debería transparentarse al policarbonato por la parte exterior.*

***Entonces dijimos no, esto aquí no, esto aquí no, entonces es en el 2017 cuando ya Exiplast me dice oiga venga pues conservemos esos aluminios y venga, cómpreme otro producto que aquí se lo tengo entonces ahí ya empezamos a mirar todo eso, entonces ya y entonces ya nosotros ya hacemos como se nos rebosa la copa, porque como así que, que tres años y entonces ya tengo que***

***cambiar el policarbonato, el panel y tres años más un mantenimiento, entonces mis soluciones es un mantenimiento que tengo que bajar el material no entonces ya en el 2018 vemos que esa fachada lateral***.

*Presenta como un riesgo de caída y entonces ahí sí ya por eso acudimos a la compañía de seguros. Y efectivamente, en el 2018 Exiplast viene y arregla el riesgo de caída de la fachada lateral, pero las demás patologías como él lo nombran no se arreglan porque dice que la única solución es mantenimiento.*

*DR. RODRÍGUEZ: [01:30:23] El riesgo de desprendimiento en algún momento se hizo efectivo en algún momento se desprendió un elemento de la fachada.*

*SRA. PINZÓN: [01:30:30] Pues sí había la fachada tenía los ángulos de bordes, estaban torcidos, o sea, estaban como salidos por ahí hay fotos. Nosotros aportamos esas fotos. En este momento no tengo esa foto, pero se decía que los ángulos de borde estaban caídos y se veían o sea, en el borde inferior se veía la PD del del que pues que remataba ese panel del borde inferior se veía que se estaba saliendo.*

*Entonces ahí ya nosotros nos asustamos y dijimos ahí esa es una calle pequeña y pasan unos cables eléctricos y no donde está esta fachada se nos caiga y atraviese los cables eléctricos que son de alta tensión y se caiga sobre un peatón lo electrocuta entonces nosotros ya nos asustamos y la compañía de seguros cuando mandó el ajustador y vio semejante tema ahí mismo requirió a Exiplast, inmediatamente un 24 un 25 de diciembre que usted sabe que no hay nadie trabajando.*

*Nos pidió el permiso para arreglar eso y pues obviamente se los dimos porque pues estábamos preocupados con el tema, pero las demás patologías no las corrigió repito, la solución y alternativas que daban ellos a las demás patologías era a dar mantenimiento, pague, lo baje la fachada, vuelva la básicamente a rehacer o venga con nosotros a los dominios y cambiamos el panel por uno nuevo que yo le vendo.*

*DR. RODRÍGUEZ: [01:31:57] Perdón le preciso Pero efectivamente quiere decir que nunca hubo un desprendimiento efectivo había riesgo?*

*SRA. PINZÓN: [01:32:05] Había riesgo en la fachada lateral de la caída pero en la foto se ve que el ángulo, que el ángulo está suelto y que se podría caer, pero que si hubiera caído algo al suelo no, pero a punto de caerse sí.*

*DR. RODRÍGUEZ: [01:32:21] Después de esa corrección que hizo Exiplast ustedes informaron a la aseguradora que eso se había corregido?*

*SRA. PINZÓN: [01:32:29] Yo no me acuerdo de pronto en ese momento, el ajustador vino en este momento no me acuerdo de eso como ya estábamos en conversaciones con el Ajustador y el ajustador yo no me acuerdo si el ajustador cuantas visitas hizo y si el ajustador vino una visita y vio que eso estaba así y lo mandó a arreglar no me acuerdo de eso en este momento no recuerdo me tocaría buscar entre mis correos, en este momento no recuerdo entre mis correos.*

*DR. RODRÍGUEZ: [01:33:00] La orden de corrección vino del ajustador?*

*SRA. PINZÓN: [01:33:05] Sí, porque yo le mandé carta, yo le mandé carta a la compañía de seguros y le dije mire, eso se me va a caer. Y yo creo que la orden vino del ajustador porque yo viene en el yo estoy revisando pues todos los documentos del expediente y me parece que si hubo cruce de correos sin embargo nosotros también le dijimos a Exiplast pues como todo el tiempo estamos hablando con ellos que eso estaba yo creo que yo le mande copia carta a Exiplast con copia al ajustador, pero me tocaría revisar entre mis correos exactamente como fue el tema.*

*(…)*

*DR. JARAMILLO: [01:33:59] Gracias, presidente. Si, algunas muy concretas. Aprovechando la comparecencia de la ingeniera, ingeniera si es tan amable de precisar del Tribunal en relación con el tema del aviso al cual se ha hecho alusión en varias oportunidades, el aviso, en consecuencia, entendemos, se fijó con antelación al establecimiento ya del material efectivamente importado en los tiempos el aviso es antes después concomitante por favor?*

*SRA. PINZÓN: [01:34:32] O sea, el diseño del aviso.*

*DR. JARAMILLO: Existía ya estaba dicho.*

*SRA. PINZÓN: [01:34:37] Pero antes había un espacio para el aviso. La instalación del aviso se hizo posterior a que se había instalado la fachada de policarbonato. O sea si se hizo posterior y posterior o sea se instala primero en el policarbonato y después se lee. Los señores del aviso colocan como una calcomanía de color blanco sobre el policarbonato, indicando la posición donde van a ir luego las láminas del aviso, las láminas que conforman el aviso y entonces, cuando ya colocan esa calcomanía ellos, viene y con una especie de taladro, me imagino yo, abren unos huecos al policarbonato, atraviesan unos parales viene el aviso como el aviso no está pegado, el aviso está suspendido, no es pegado a la fachada.*

*El aviso no tocaba la fachada, simplemente hay unos huecos atraviesan el anclaje que está unido al aviso y con esas varillas a través de las varillas y atrás y por detrás sueldan esas varillas o atornillan las varillas a la estructura metálica. Entonces se instaló posteriormente doctor.*

*DR. JARAMILLO: [01:35:56] Y se examinó la incidencia del aviso en la fachada, el peso, la colocación se tuvo en cuenta esa variable o en principio el peso del aviso no era lo suficientemente significativo para poner en riesgo algo más del exterior, de la parte externa o interno?*

*SRA. PINZÓN: [01:36:14] Desde el inicio nosotros tenemos un diseñado estructural el medio cuanto más desde el inicio se le dice al ingeniero nosotros vamos a colocar este policarbonato y este aviso y nosotros ya pues teníamos más o menos claro que el aviso iba a ser en lámina, que iba a ser grande entonces le decimos cuánto es la carga de ese aviso y le decimos cuánto la carga de ese policarbonato y el ingeniero nos diseña la fachada para recibir estructuralmente, para recibir el peso del aviso y del policarbonato.*

*Esos diseños no solamente son diseños estructurales, no solamente se hacen para fachadas, no solamente se hacen para la carga del material de por sí y la carga el aviso, sino también se hacen contra cargas de viento porque ustedes entenderán que el viento también es una fachada. Es importante.*

*DR. JARAMILLO: [01:37:11] O sea en síntesis, si se tomó en consideración.*

*SRA. PINZÓN: [01:37:14] Sí señor, sí lo tomamos en consideración.*

*DR. JARAMILLO: [01:37:16] Muy bien, gracias. Ingeniera también queríamos indagar alrededor del tema que también ha sido objeto de referencia actualmente en la demanda y en la contestación sobre la garantía. Inclusive en la demanda. ¿Usted conoció la demanda ingeniera?*

*SRA. PINZÓN: [01:37:34] Si señor, claro.*

*DR. JARAMILLO: [01:37:35] Correcto. En la demanda, expresamente a la altura del folio nueve, numeral séptimo se señala que en la presentación técnica de Exiplast que se aporta como prueba en la cual se presentó el producto tampalon le voy a pedir el favor que nos explique un poco esa otra pregunta cuál es el producto de tampalon o el sistema, como también se le menciona dice que en la garantía se ofreció una duración de la misma de diez años desde la fecha textualmente dice de su compra en la*

*presentación técnica usted recuerda esa presentación técnica cómo se hizo pues quisiera recrear un poco el alcance de esa presentación de un lado y la precisión de la extensión temporal de los diez años?*

*SRA. PINZÓN: [01:38:20] Cuando nosotros hacemos un contrato en todos los documentos contractuales que hacen parte del contrato, las cotizaciones, las cartas de garantía, las pólizas de estabilidad, no solamente el contratante, sino los productos que se están instalando entonces obviamente, pues un centro comercial que en ese momento le voy a decir centro comercial donde se están haciendo una inversión de 80 mil millones de pesos, pues obviamente uno pone unos productos que duren cierto, y entonces son soporte del contrato, todos los documentos, la cotización, la garantía, las pólizas de estabilidad.*

*Entonces obvio, el primer documento y el primer requisito que se requiere para elaborar el contrato es esa cotización con esas garantías efectivamente nosotros tenemos una cotización del agosto cinco, creo que es agosto cinco donde se establecen todas esas condiciones y nos dan la carta los productos que nos van a instalar y en esa carta dice que diez años y obviamente cada vez que yo veía el deterioro en el transcurso del contrato, veíamos el deterioro y decíamos aquí que está pasando*

*Pues obviamente conocíamos y estudiábamos esos documentos y veíamos que nos habían ofrecido diez años, pues por eso yo soy tan insistente que como así que a los tres años me estaba pidiendo que cambiara el producto, que cambiara, que hay que reemplazar el panel me habían dado una garantía de diez años.*

*DR. JARAMILLO: [01:39:50]* ***Y esa garantía en termino suyo no lo estamos haciendo una referencia jurídica desde su perspectiva, que cubría esa garantía hasta donde llegaba la estabilidad, la parte estructural la calidad, aún lo estético****.*

*SRA. PINZÓN: [01:40:07]* ***Pues los diez años quizás yo compré un material.***

*DR. JARAMILLO: [01:40:11] Qué comprendía hasta donde iba, no solamente no el tiempo, ya sabemos que es diez años, pero la garantía, la tipología, el alcance para qué era la garantía que cubría?*

*SRA. PINZÓN: [01:40:21]* ***La garantía de diez años es que si el panel, por ejemplo, yo coloco el panel y el panel se fisura o se rompe por efecto del mismo panel, pues eso me lo tienen que cambiar el panel, se le añaden los alveolos o toda esa estructura que tiene internamente o sea que si ese panel se afecta en su estructura, pues me lo deben cambiar porque me dijeron que eso duraba diez años, que el panel, por ejemplo en su color se afecte ellos decían ahí en la entidad***

***que habían unos puntos de color, unos de estas de color, que eso afecte para una fachada también me lo tienen que cambiar porque yo era diez años entonces yo garantizaba que estructuralmente el producto en su estabilidad y en su parte estética me lo garantizaron***

*DR. JARAMILLO: [01:41:14]* ***Alude usted ingeniera y lo ha hecho en varias oportunidades también al tema de la coloración y al deterioro del color. Paulatinamente, en algún momento se les manifestó a ustedes en esa propuesta o en desarrollo de la misma que el color podría cambiar, que el color podría alterarse, que lo que aconteció en síntesis, podía suceder****?*

*SRA. PINZÓN: [01:41:37]* ***No que al final nosotros concluimos que no había o sea aquel que pues si el panel es transparente como va a cambiar el color si el panel es transparente, lo que le da el color al panel son unas laminillas que están adentro del panel, que son de varios colores verdes, de varios tonos de verde y entonces pues no sé, no dijo que eso se iba a extender y que se iba a decolorar, ni tampoco se nos dijo que eso nos iba a contaminar y que al contaminarse esas laminillas nos iba a haber, no se iba a ver el color.***

*DR. JARAMILLO: [01:42:09]* ***También se ha referido en la demanda y refiere también usted en varias de sus manifestaciones, aparte a la coloración del tema de la contaminación no sé si equiparable también a la polución en general, y si hace una afirmación en alguno de estos documentos sobre algunas características de Mosquera, lo que tiene que ver de la contaminación particularmente es cierto que en Mosquera hay una contaminación diferente y en la zona específicamente del centro comercial o la ordinaria de Cundinamarca o la ordinaria general****?*

*SRA. PINZÓN: [01:42:44] Pues yo veo que la o sea la ordinaria, generalmente una fachada por ejemplo, en este edificio donde nosotros tenemos nuestra oficina, que es en la 9211, es una fachada de vidrio y la fachada hago parte del consejo de administración de este edificio y en representación del pues del propietario de mi jefe y la fachada le hacen un mantenimiento de limpieza cada año y efectivamente, pues en toda Bogotá y en Mosquera y en todas partes, pues la fachada se contamina por el polvo, la lluvia y pues hay que hacer la limpieza.*

*Esa limpieza es una limpieza superficial que es simplemente, por ejemplo, una fachada de vidrio, es encaramado una persona para que con agua y jabón en la fachada descuelgan o arman andamios y lavan la fachada entonces pues la contaminación vemos que era la misma contaminación de Bogotá, o sea no lo veo pues, así que por ejemplo nosotros estamos contra la 11, pues eso es una calle transitada contra él nos queda también es una calle transitada, por ejemplo en zonas industriales, que esto no es una zona industrial, en una zona industrial las fachadas, yo tengo bodegas, tenemos*

*unas bodegas donde se contamina pues más rápido el material, pero superficialmente, no interiormente.*

***Aquí lo que yo considero que falló es que a ese material nunca se le debió haber, nunca se pudo haber contaminado y nunca se le debió haber metido la mugre por dentro de la estructura interna al material y ahí fue donde falló****. Aquí sí, simplemente el material se ensucia por fuera. Pues yo simplemente como dijera en algún momento con un trapo mojado pasen un trapo mojado, limpiela y con jabón.*

***Pero aquí el problema es que el material por dentro se le metió mugre y eso no debió haber sucedido el material no tenía bien sellado y al no venir bien sellado no lo sellaron bien o el sistema no estaba bien diseñado no sé, se le metió la mugre y ahí fue donde falló el tema****.*

*DR. JARAMILLO: [01:44:46] Hay dos tipos de contaminación la externa y la interna, y es la interna la que ustedes, de una u otra forma, han echado de menos o han puesto de manifiesto que es la que en efecto, pues fue como causa precisamente de lo que sucedió.*

*SRA. PINZÓN: [01:45:00] Sí, doctor así es.*

*DR. JARAMILLO: [01:45:02] La interna. Muy bien, sin perjuicio de la contaminación externa. Ingeniero Esto también aludió. Y la demanda se refiere al sistema tampalon es lo mismo que hemos venido hablando del policarbonato es algo diferente porque se alude de manera concreta al mismo y gracias?*

*SRA. PINZÓN: [01:45:21] Exiplast era representante pues lo que nosotros entendimos era que era ser representante y distribuía un producto de una fábrica israelí que se llamaba … entonces pues ese fue el producto que nos instalaron. Ellos dijeron nosotros aquí somos representantes de firma Pal y nosotros distribuimos ese producto y lo instalamos aquí en Colombia. Y entonces pues era israelí entonces el producto básicamente y la garantía, la carta de garantía de los diez años es de Ampal*

*DR. JARAMILLO: [01:45:55] Gracias y finalmente creímos haberlo escuchado. Pero por favor si es así no lo corrobora* ***Exiplast es la primera vez que la instalaba ese tipo de fachada con este material y con el sistema Tampalon en Colombia en Cundinamarca. Tenía una experiencia previa sabe usted si posteriormente continúo instalando este tipo de material?***

*SRA. PINZÓN: [01:46:22] Nosotros o sea, nosotros cuando conocimos a Exiplast o sea, aquí había los proveedores que vimos que instalaban esas fachadas y que hacían ese producto era Arcos que era una firma, tengo entendido Nacional, pues que tenía que fabricaba los productos aquí y estaba Exiplast que pues era representante de los productos israelí.* ***Entonces nosotros pues sabíamos que Exiplast instalaba cubiertas en policarbonato y con los productos y eran expertos en eso y ellos pues nos manifestaron que ellos tenían esos productos de fachada y nos mostraron todos los ejemplos y las fotos por ejemplo, esos productos que me mostraron de España*** *y entonces pues nosotros sabíamos que ellos representaban a esa firma y que pues entendíamos que eran expertos en el tema y que hacían instalaciones de esos policarbonatos*

*DR. JARAMILLO: Pero en Colombia.*

*SRA. PINZÓN: En este momento yo no me recuerdo, yo no recuerdo, en este momento si ellos nos hubieran mostrado por ejemplo que se hubiera instalado en Colombia, no me acuerdo, o sea no me acuerdo de eso.*

*DR. JARAMILLO: [01:47:33] Fue como el modelo español que tuvieron como referente, pues.*

*SRA. PINZÓN: [01:47:36] Claro,* ***porque como era el mismo producto doctor además era inminente, no lo digo, no, pues esto está divino aquí el arquitecto Steven Geller se enamoró de ese producto y después solo quería poner policarbonato en todas partes****.*

*DR. JARAMILLO: [01:47:53] Ingeniera muchísimas gracias, gracias, señor presidente.*

*DR. OVIEDO: [01:47:56] Gracias, doctor Jaramillo. Doctora Margot, antes de cederle la palabra a los apoderados para una nueva ronda de preguntas que tal como establece el Código General del Proceso en el artículo 221, numeral cuatro, con ánimo de aclaración y refutación, yo quiero hacerle un par de preguntas que tienen que ver con lo siguiente.* ***La primera, doña Paula esa decoloración y esa contaminación que usted aquí explicó, era previsible que sucediera*** *y me explico por qué, porque usted en su narración dijo que entonces se instalaron los paneles y le entendí mal me corrige entonces que eran transparentes y que había una laminillas adentro es cierto, pero entonces en su experiencia le quisiera preguntar era previsible que al no ser el panel del color que ustedes querían, sino el color en la laminillas, eso se decolorara con la lluvia, el viento, el aire, etcétera y que pronto se filtrara el agua?*

*SRA. PINZÓN: [01:49:08]* ***No, para nosotros no era previsible, porque precisamente la oferta que ellos nos pasaron, ellos decían que este era un sistema hermético de cero boteros, y al ser un sistema hermético, pues supuestamente no debería pasar el agua ni se debería contaminar porque el sistema era hermético y cero goteras eso lo decía en la cotización, que también es prueba de la demanda no era previsible, nunca nos imaginamos nosotros nos hubiéramos imaginado que eso iba a pasar o no lo hubieran advertido, no lo hubiéramos colocado****.*

*DR. OVIEDO: [01:49:42]* ***Entonces podríamos entender nosotros que hubo una obligación de parte de Exiplast a que esos paneles fueran herméticos y que no se le iba a filtrar el agua, ni contaminación, ni nada?***

***SRA. PINZÓN: [01:49:54] Sí, señor, en la cotización, en la cotización soporte el contrato dice que el material es cero botellas****.*

*DR. OVIEDO: [01:50:02] Ok perfecto y la otra pregunta que yo le quiero hacer tiene que ver con lo siguiente ese daño al que usted se refirió varias veces se presentó a lo largo de toda la fachada o solo donde estaba el aviso?*

*SRA. PINZÓN: [01:50:15] A lo largo de toda la fachada en partes alejadas al aviso, ese daño no se presentó en solo el aviso, en toda la fachada. En toda la fachada"*[154]*.*

- **Testimonio de Leonardo Fabio Ocampo Veloza**

El día 13 de mayo de 2022 se recibió en audiencia el Testimonio del señor Leonardo Fabio Ocampo Veloza. En este testimonio también se da cuenta de las falencias que empezó a presentar la obra realizada por el CONVOCADO con posterioridad a la entrega de la obra[155].

"*DR. DÍAZ: [00:36:20] Ingeniero, nos estaba usted empezando a ilustrar, ya nos explicó cuáles son las características del centro comercial, nos explicó la estructura metálica a la cual se adosaba el sistema de policarbonato y ya nos pudo ampliar un poquito los conceptos que más adelante seguiremos analizando. Quería preguntarle, volviendo a la respuesta sobre el alcance del contrato. Qué contrató Procomsa a Exiplast? Contrato elementos independientes, es decir, la lámina de policarbonato, la cinta, las UPD o contrató un sistema integral? ¿Cuáles eran las características que Exiplast ofreció a Procomsa frente a este sistema?*

[154] Cuaderno de Pruebas. Carpeta 9. Archivo "134053 PAULA LUCIA PINZON GARCIA 2022 05 13.docx"

[155] Cuaderno de pruebas, carpeta # 13.

*SR. OCAMPO: [00:37:15] Se contrató un sistema integral, o sea, el conjunto, todo el sistema se contrató de las dos fachadas, porque el centro comercial tiene dos fachadas, uno sobre una calle principal y uno sobre una calle secundaria, que es una calle pequeña, que fuera hermético, que no tuviese filtraciones, que fuera fácil de limpiar, que fuera fácil mantenimiento* ***y que fuera muy vistoso, muy agradable a la vista, porque ese fue uno de los puntos importantes que el doctor Steven quería, era que fuera muy vistoso y que fuera muy llamativo, muy ecológico, porque el centro comercial se llama Eco Plaza y debía ser con esa línea de arquitectura. Ese fue el sistema que se le contrató a Exiplast, un sistema hermético y duradero.***

*DR. DÍAZ: [00:38:14] Desde su expertise técnica que se considera por un sistema hermético, cuáles son esas condiciones especiales que debe tener un sistema hermético y sobre todo para una fachada que está expuesta a todas las condiciones de intemperie?*

*SR. OCAMPO: [00:38:30]* ***Hermético y funcionalmente para nosotros, si bien nos parece agradable la parte visual, nos interesa más que funcione bien y Exiplast ofreció la hermeticidad*** *es que no tengamos nosotros de afuera hacia adentro del exterior hacia el interior, ningún tipo de contaminación, o sea, por polución o protegernos del viento, protegernos de la lluvia que no ingresará nada al interior del edificio.* ***Eso es lo que yo considero hermético que evite que ingrese un factor externo****.*

*DR. DÍAZ: [00:39:15] Usted nos habla de la hermeticidad frente al proyecto como tal, es decir, que no ingrese agua como nos decía al interior del centro comercial, pero podría indicarnos si era predecible que el sistema permitiera el ingreso de agua, partículas contaminantes al interior de las láminas de policarbonato? Es decir, si estaba expuesto a la intemperie, obviamente si llueve qué pudiera ingresar y contaminarse al interior, no superficialmente?*

*DR. DÍAZ: [00:39:53] Como les comenté ahorita, nosotros justo después de que se entregó la obra, o sea como está en esta diapositiva, aquí está el centro comercial, la fachada así quedó entregada por Exiplast. A los pocos meses empezamos a darnos cuenta que los paneles empezaron a descolgarse, nosotros lo vimos como un riesgo de caída o de un accidente, lo vimos por ese lado, no estéticamente. Simplemente notamos que empezaron a deslizarse un panel con el otro sin imaginarnos qué podía conllevar. Nosotros sí nos dimos cuenta que al desplazarse los paneles empezaban a generar una separación, entonces, las UPD empezaron a separarse y se tomó la decisión de poner este elemento metálico en la parte inferior, que es un tubular para evitar el asentamiento de la fachada.*

*Es una fachada que mide casi 60 metros y lo componen 200 paneles. La fricción es un elemento importante dentro de esta fachada para mantenerla junta, entonces, para*

*evitar esos temas se revisó el tema y Exiplast a cargo de ellos, dijo, yo no tengo ningún problema, no sé si aquí se alcance a ver, al finalizar acá donde está el señor parado, esta ese tubular que evitó que los paneles siguieran desplazándose. Se puso el tubular y existió un movimiento en los paneles, en ese momento vimos que el tema se solucionó estructuralmente, dijimos cumplió su función.*

*Años después nos dimos cuenta que al haber ese movimiento hubo una separación entre el panel y la UPD, aparte de que faltó la cinta y eso nos dimos cuenta después en el año 2017 como en enero, febrero si mal no estoy, que fue cuando yo fui con Diego Botella a revisar la contaminación,* ***nos dimos cuenta que empezaron a perder la hermeticidad los paneles como tal, si bien el agua no se entraba por cantidades alarmantes, al separar estas UPD o la columna se separó el panel de arriba y el panel de abajo por ahí ingresaba agua, pero también se separó entre el panel de policarbonato y la UPD hubo una distancia y por ahí también permitía el ingreso de contaminantes, entonces, perdió la hermeticidad si en algún momento la tuvo****.*

*DR. DÍAZ: [00:42:55] La pregunta iba enfocada es cuándo Procomsa contrata este tipo de sistema, lo contrata conociendo que podía llegarse a ver contaminado en su interior o dentro de esa garantía de hermeticidad, no contemplaba dicho evento.*

*SR. OCAMPO: [00:43:18] No, señor,* ***no se contemplaba ni se visualizaba dicho evento. Nosotros nunca nos imaginamos que pudiera contaminarse el panel por dentro, de hecho, cuando se compró decían que era hermético. Hermético, es que no le iba a entrar nada, eso fue lo que lo que nosotros teníamos en la cabeza siempre de ser hermético****.*

*DR. DÍAZ: [00:43:39] Usted nos hizo una breve explicación del diseño arquitectónico estructural, pero quería preguntar específicamente, quién diseñó?* ***Quién recomendó? Quién fue el encargado de proponer las características de los paneles, el método de ensamblaje, de instalación, de lo que iba a ser como tal, ese sistema de policarbonato que terminó adosándose e instalándose en la estructura metálica que usted ya nos enseñó****?*

*SR. OCAMPO: [00:44:13]* ***Ese diseño lo propuso Exiplast****, nosotros teníamos el espacio. Un espacio porque es una fachada, es un centro comercial y un centro comercial, es visual, es comercial y teníamos un espacio, permítanme ya les muestro; es este recuadro que se tenía contemplado para poner algo, entonces, el diseñador que era el arquitecto Herrán de Contexto Urbano, tenía pensado poner algo ahí, no sabía qué todavía porque estaba él en su proceso de creación.*

*Exiplast tuvo una propuesta que se le acercó a Steven, él tuvo el acercamiento por medio de Steven Heller, que en paz descanse, el arquitecto y ellos dos empezaron a hablar, Steven Heller y Luisa.* ***Ella le dijo mire, nosotros tenemos una fachada muy linda, verde como usted la quiere, en un sitio en Europa y le mostró su diseño de fachada y a Steven le gusto y dijo a Luisa listo****, pero nosotros tenemos aquí unas condiciones y Luisa le dijo que ella le iba a hacer unas propuestas para ver si le parecían. Ella le entregó a Steven las propuestas, Steven dijo me parece ésta y se la pasó a Contexto Urbano y Contexto Urbano la incorporó dentro de su arquitectura y dijo que se veía bien esta fachada, trabajémosla.*

***Entonces, empezaron unos procesos, unas negociaciones y unos acercamientos entre los dos y Exiplast proponía, mire esto se puede poner así y se puede hacer de esta forma y al final el cliente dijo, me gusta****, me parece chévere, procedamos. Eso fue lo que yo recuerdo del diseño, como fluyó el diseño de la fachada en este punto.*

*DR. DÍAZ: [00:46:24] Nos manifestaba usted que para esa época trabajaba para Ribón Perry, podría indicarnos quién es Ribón Perry? Qué función tenía en el proyecto?*

*SR. OCAMPO: [I00:46:37] Ribón Perry es una empresa de arquitectos e ingenieros. Es muy famoso en el sector de la construcción. Él estuvo liderando la construcción del centro comercial Gran Estación uno y dos, él estuvo vinculado a ese centro comercial. También trabajó en hacer el diseño y la ejecución de la Presidencia de Davivienda en el año 2005 2006 y yo tuve la fortuna de trabajar allá en ese proyecto, son reconocidos. Después yo hice la planta de Fresenius Medical Care, que es una empresa alemana donde hacen insumos para la diálisis, están las máquinas y Fresenius es a nivel latinoamericano, hay pocas plantas acá en Sudamérica y Fresenius distribuye para toda Sudamérica y esos proyectos los hizo la empresa Ribón Perry.*

*DR. DÍAZ: [00:47:46] Y de cara al contrato celebrado entre Procomsa y Exiplast, qué función cumplía Ribón Perry en el mismo?*

*SR. OCAMPO: [00:47:56] Ribón Perry hacía la gerencia y la interventoría, Procomsa era nuestro cliente, nosotros trabajábamos para el beneficio de ese cliente. Ellos tenían las ideas de o los que les gustaba, ellos eran quienes aprobaban al final ellos, pero nosotros hacíamos todo el trabajo técnico y administrativo. Estaba la ingeniera Paula y el arquitecto Steven en representación de Procomsa y, si bien la última palabra la tenían ellos, nosotros teníamos unos comités donde cada ocho días nos reuníamos la gerencia, interventoría, el dueño del proyecto que era representación de Steven y Paula, nosotros y los contratistas; y de esas reuniones sacábamos las conclusiones y el buen proceder de la obra. Ese era más o menos como el esquema que se usaba en esa época.*

*DR. DÍAZ: [00:49:03]* ***Cuando se recibe la obra contratada Exiplast tanto por parte de Procomsa como por parte la interventoría, existía alguna duda respecto a las características propias de la hermeticidad del sistema contratado frente a su estabilidad e integridad****?*

*SR. OCAMPO: [00:49:28]* ***No, no, señor, nunca. Cuando ya se dio el recibo, estaba así como les estoy mostrando a ustedes, estaba perfecta, estaba muy bien, fue con el tiempo que nos dimos cuenta que estaban pasando cosas****, y no fue al mucho tiempo, se instaló tal vez en agosto, septiembre, por ahí en octubre o noviembre y ya en diciembre se empezaron a descolgar los paneles.* ***No sabíamos, la verdad que esto iba a repercutir en que se contaminara y que se deteriorara la fachada, no lo esperábamos, veíamos que era más un problema de estabilidad que se corrigió a los dos meses.***

*DR. DÍAZ: [00:50:12] Usted en alguna de sus respuestas nos indicó que el centro comercial se aperturó en diciembre del 2013, pero encontramos que la obra se entrega en mayo del 2014. Podría indicarnos qué actividades se realizaron por qué se extendió la instalación o terminación de dichas obras, si ya estaba aperturado el centro comercial?*

*SR. OCAMPO: [00:50:38] Claro, pero se abrió el centro comercial y habían actividades que faltaban por rematar, por ejemplo, en la fachada en diciembre empezamos a darnos cuenta de que los paneles empezaron a tener un comportamiento diferente y tocó arreglarlos, si no estoy mal en enero o en febrero, eso fue inmediatamente porque todavía los contratistas estaban activos, no se les había liquidado, estábamos en proceso de sacar a los contratistas liquidando los contratos y pasa esto. Como estaba fresco el tema, entonces, en febrero de una vez se arregló; se esperó un tiempo a ver si servía el arreglo y por eso fue que no se liquidó hasta mayo hasta que ya se dijo listo, ese ángulo funciona y el perfil está perfecto, se recibe porque ya no se veía en el panorama que fueran a pasar más cosas.*

*DR. DÍAZ: [00:51:41] Podría aclararnos, enero y febrero de qué año?*

*SR. OCAMPO: 2014.*

*DR. DÍAZ: Y cuál fue ese requerimiento que se le hizo a Exiplast de lo que nos indicaba el ángulo, o sea que se hizo entre esos meses del 2014 hasta la fecha de entrega? Y quién lo hizo? Y a costo de quién se efectuó dicha actividad?*

*SR. OCAMPO: [00:52:05] El contrato fue en agosto más o menos, las obras empezaron como en septiembre, octubre que fue cuando llegó el material, tal vez hasta noviembre algo. En diciembre se abrió el centro comercial a las puertas, ahí nos dimos cuenta, más o menos en diciembre, que ya estaba pasando algo; no llevaba ni dos meses de instalado el panel y empezó a verse un escurrimiento en la parte inferior, eso fue lo que nos llamó la atención, porque él tenía un ángulo muy pequeñito y se veía que había una deflexión, una barriga en la parte media de la fachada, acá se veía un desdoblamiento y se veían los paneles que se movían.*

*En enero o febrero fue cuando se puso este freno, este perfil tubular en la parte inferior, eso fue en enero o febrero del 2014, en donde se puso a lo largo de toda la fachada en la parte inferior y se revistió con este marquito de remate para tapar el tubular de freno. Esto tocó hacerlo en la noche, porque en el centro comercial se trabajaba de día, entonces, la actividad no duró dos días, como se podría haber durado normalmente, sino que se extendió más. Después de eso se terminaría en febrero y se esperó a ver si el arreglo había servido y en mayo ya se tomó la decisión, como no había ninguna perturbación adicional se tomó la decisión de liquidar el contrato en mayo de 2014.*

*DR. DÍAZ: [00:54:08] Es decir, que esos arreglos, los que nos acaba de reseñar, fueron a cargo y costo de Exiplast?*

*SR. OCAMPO: [00:54:15] Claro, sí, señor, porque si bien la obra está al 90% o ya el 95%, el producto no estaba conforme con lo que se había comprado y teníamos el miedo que pudiera generar algún accidente. Eso fue a cargo de Exiplast, sí señor, a nosotros no nos costó.*

*DR. DÍAZ: [00:54:38]* ***Ingeniero, sabe usted o le consta si después de liquidado el contrato se presentaron reclamaciones por parte de Procomsa hacia Exiplast por las características o por la estabilidad del sistema contratado****?*

*SR. OCAMPO: [00:54:56]* ***Si señor. De hecho, en las UPD empezaron a haber desplazamientos. Unos desplazamientos pequeños, pero los hubo y fueron a hacer la visita y revisar qué es lo que estaba pasando y Exiplast dijo que hacía parte de su garantía, dijo sí, esto hace parte de nuestra garantía, nosotros lo limpiamos, esto puede ser por los factores climáticos del trópico. Lo recuerdo porque me pareció curioso que lo llamaran trópico, pero así lo llamaron, que eran los factores del trópico y que ellos iban a correr con esa garantía de la limpieza y los ajustes que se necesitarán en esa época.***

*DR. DÍAZ: [00:55:49] Ingeniero, eso en qué fecha fue?*

*SR. OCAMPO: [00:55:51] Eso fue como en noviembre del 2014. El acta se terminó en mayo y en noviembre, o sea, cinco o seis meses después, empezaron a verse las separaciones entre las UPD, empezaron a verse y ahí en noviembre fue Exiplast. En el 2015, para enero tal vez, fue que dieron la respuesta diciendo lo que yo le estoy contando.*

*DR. DÍAZ: [00:56:28] Cuál fue la respuesta que dio Exiplast a esa reclamación y si hubo reclamaciones posteriores que usted conozca?*

*SR. OCAMPO: [00:56:38] Sí, señor.*

*DR. DÍAZ: [00:56:40] Las reclamaciones de ahí en adelante, que a usted le conste? Qué usted conozca en las que haya participado?*

*SR. OCAMPO: [00:56:46]* ***Siempre hubo y en el 2017 que son las fotos que yo les mostré ahorita yo las tomé con Diego Botia que él trabajaba en Exiplast. En ese momento ya el discurso ya no fue el mismo, nos dijeron eso no lo cubre nuestro contrato, eso ya no hace parte de la garantía, eso es un tema que nosotros les cotizamos y que tenemos que revisar porque ya no lo cubre. Después del proceso que yo les cuento que nos subimos y revisamos, ya cambio todo el panorama, ya no fue de la misma forma****.*

*DR. JARAMILLO: [00:57:33] Excúseme para no perder el hilo; cuál fue el argumento para decir no está cubierto, hasta aquí ya no vamos nosotros, esa es otra responsabilidad?*

*SR. OCAMPO: [00:57:44] Ellos decían, si vieron en el video, la vía que pasa enfrente está tal vez a unos 20 metros o 25 metros, ellos decían que era por el movimiento que tenía la vía con relación a la fachada. Dijeron, mire ese movimiento, yo no puedo hacer nada porque la vía es la que mueve la fachada por lo que está desajustándose y se está contaminando. Ese fue uno de los argumentos que tuvieron ellos.*

*DR. JARAMILLO: [00:58:14] Perdone ingeniero, pero podríamos profundizar un poco más en el movimiento de la vía, qué generaba en la fachada, qué efecto? Por qué decían no vamos con ustedes en este momento, no cubrimos?*

*SR. OCAMPO: [00:58:27] Porque la vía generaba vibraciones que hacían que los paneles tuvieran una perturbación y se movieran, pero nosotros en ese momento revisamos con Diego y fue algo que no nos pareció justo porque al lado, si ustedes se dan cuenta, hay una fachada de vidrio y esa fachada nunca tuvo ningún inconveniente.*

*De hecho, en este momento esta fachada que se cambió es de vidrio y no tiene ningún inconveniente y la vía como ustedes se pueden dar cuenta, la vía está a unos 25 metros. Ese fue el argumento principal de ellos que era la perturbación de la vía que afectaba el movimiento en la fachada que se movía.*

*DR. JARAMILLO: [00:59:20] Y eso explicaría también el cambio de coloración, o no tiene nada que ver con el cambio del color? Por parte de Exiplast.*

*SR. OCAMPO: [00:59:33]* ***Ahí nos dimos cuenta que se estaba ingresando el agua es agua literal, es una columna de agua en un alveolo de tal vez 20 o 25 centímetros, que era porque la cinta se había movido y por ahí ingresaba el agua y por los cambios térmicos de condensación generaba ese refrescamiento ahí al interior de cada una de las celdas.***

*DR. JARAMILLO: [01:00:01] Y hubo otras razones para que dijeran que ya no podían cubrir estos asuntos con el tema de la garantía aparte de la vibración fundamentalmente, como mencionó? Usted dijo que eran varias, recuerda otra razón?*

*SR. OCAMPO: [01:00:13] Las que le comenté era por la vibración y por el clima.*

*DR. JARAMILLO: [01:00:21] Gracias, presidente.*

*DR. DÍAZ: [01:00:27] Frente a estas reclamaciones del 2017 donde Exiplast les responde lo que usted nos acaba de comunicar. Exiplast hizo algún cambio, algún mantenimiento, alguna reparación o únicamente la del 2014 - 2015 que nos refirió en respuesta anterior?*

*SR. OCAMPO: [01:00:59]* ***Cronológicamente. Hasta ese momento no había hecho ninguna reparación. En el 2018 si hizo una reparación y permítame les muestro, está es la fachada de la vía pequeña, y se ve como los paneles se mueven entre sí y vemos como las UPD se soltaron de los paneles y hay paneles en riesgo de caída. Esa reparación la hizo en diciembre del 2018****.*

*DR. DÍAZ: [01:01:44] Es decir que entre el 2015 al 2018, Exiplast no hizo ningún tipo de mantenimiento o reparación?*

*SR. OCAMPO: [01:01:55] No, no señor. No hubo.*

*DR. DÍAZ: [01:02:00] Ingeniero, sabe usted si en algún momento Exiplast indicó o presentó un manual de mantenimiento a cargo de Procomsa o a cargo del propietario del proyecto como tal, su periodicidad, características de su mantenimiento o si hubo omisión en ese sentido?*

*SR. OCAMPO: [01:02:21] No, señor. Como entrega formal de un manual de mantenimiento, no señor, nunca hubo. Hubo una carta donde ellos nos decían, mire, el problema que usted tiene es contaminación, pero la solución es desmontar la fachada, bajar todos los paneles y hacerle limpieza a alveolo por alveolo. En esta foto y es limpiar esta celda y después limpiar esta celda y después limpiar esta celda, en toda la fachada. Nos dijeron que esa sería la única opción que no estamos viviendo para ese producto que usted tiene ahí montado.*

*DR. DÍAZ: [01:03:04] Ingeniero, quisiera ponerle de presente un documento que es la propuesta o la oferta final de Exiplast".*

- **Testimonio de Luis Fernando Rodríguez Valdés**

En audiencia del 24 de mayo de 2022 se recibió el testimonio de Luis Fernando Rodriguez Valdés[156]. En dicho testimonio se indicó por parte del Sr. Rodríguez, las falencias que presentaron los paneles instalados por EXIPLAST, referidas a los desplazamientos que presentaron los paneles y reconociendo que era suya la responsabilidad de garantizar todas las ventajas y características técnicas de la obra:

*"DR. DÍAZ: [01:39:22] Don Luis, es decir que Procomsa como adquirente de este tipo de sistemas debía esperar que se desplazarán las láminas, que se contaminaran las láminas cuando en la propuesta comercial se hablaba que era un sistema hermético integral, cero goteras, cero filtraciones.*

*SR. L. RODRÍGUEZ: [01:39:44] Digamos que Procomsa no debe esperar eso, no debe esperar eso, de esperar eso es la estabilidad de su fachada, debe esperar el que el que todo funcione bien como se le suministró, pero que haya la eventualidad es parte de lo que pueda suceder, como te digo, en muchos otros proyectos de fachadas que acá en Colombia de Danpal nos llama para decir que les pintaron con grafiti, que la lámina se desplazó o falló por algún lado y se corrige, con esto no quiero decir que Procomsa quisiera que eso estuviera siempre bien, pero claramente sí debe tener un seguimiento y ahí es donde debemos entrar a revisar cómo fue ese desempeñó durante los años que no sé cuántos fueron, que estuvo instalada.*

[156] Cuaderno de pruebas, carpeta # 11.

*"DR. DÍAZ: [02:02:43] O sea, ya como se le mostró, señor, en el contrato quedó aprobada e incorporada la propuesta del… como ventajas diferenciales del sistema contratado estaban cero goteras, evitar filtraciones, un sistema hermético, ¿el responsable de garantizar todas estas ventajas y todos estas características técnicas de este sistema era Exiplast?*

*SR. L. RODRÍGUEZ: [02:03:13] Sí.*

*DR. DÍAZ: [02:03:14] Okey, perfecto.*

*SR. L. RODRÍGUEZ: [02:03:16] Sí, estaba contractualmente, creo, estaba escrito".*

- **Testimonio del señor Luis Gabriel Arenas Guzmán**

En audiencia del 16 de mayo de 2022 se recibió el testimonio del señor Luis Gabriel Arenas Guzmán, arquitecto de profesión, quien según manifestó ha tenido relaciones profesionales con EXIPLAST y también hizo parte de la gerencia de obra e interventoría de obra durante el proceso de construcción. En su testimonio, el Sr. Arenas se refirió al contenido y alcance de la garantía a la que se comprometió EXIPLAST en favor de PROCOMSA, al igual que la contaminación y desprendimiento de algunas de las láminas que componían la fachada, después de instaladas[157].

*"DR. DÍAZ: [00:08:27]* ***Qué características ofreció Exiplast frente a ese producto en cuanto a su hermeticidad, su tema de soportar temas climáticos, lluvias, cuánto tiempo de garantía ofrecieron, que usted sepa o conozca****?*

*SR. ARENAS: [00:08:47]* ***Sí, en la ficha técnica del producto de Danpalon y lo que nos ofrecieron en su momento, digamos que lo que más llamó la atención era la garantía de 10 años que nos presentaban del producto. Al ser un producto de multi celdas o alveolar, digamos que una de las bondades que tenía el producto era su durabilidad, su resistencia, y lo que más nos interesaba en este caso, es***

[157] Cuaderno de pruebas, carpeta # 10.

***que decían muy claro, cero goteras, entonces era un producto que nunca iba a tener ese inconveniente de filtración de agua***.

*DR. DÍAZ: [00:09:27] Quisiera poner de presidente arquitecto, un documento que fue aportado a la demanda que entendemos es como el manual de especificaciones, de las especificaciones que en su momento las presentó a Procomsa, está incorporado en el cuaderno de pruebas. Carpeta, pruebas, traslado, contestación; es un documento en PDF que se llama: especificaciones Exiplast. Me voy a permitir compartir. Por favor, me confirma si lo está viendo arquitecto?*

*SR. ARENAS: [00:10:10] Sí señor, lo estoy viendo.*

*DR. DÍAZ: [00:10:12] Voy a hacerle una pasada muy rápida al documento con las especificaciones …. en ese momento lo recibió, para saber si usted se refiere a este documento que nos estaba diciendo donde aparecía. Es este el documento, lo reconoce?*

*SR. ARENAS: [00:10:38] Sí, así es.*

*DR. DÍAZ: [00:10:39]* ***Usted nos indicaba que se había ofrecido una garantía de 10 años, pero quisiera confirmar con usted, esa garantía quién la ofrecía, a cargo de quién estaba? Sobre qué recaía dicha garantía? Si solamente sobre las láminas o sobre todo el sistema? Tiene este conocimiento al respecto****?*

*SR. ARENAS: [00:11:08]* ***No, pues nosotros en ese momento, así el producto fuera adquirido por Exiplast o un tercero, el contrato se hizo directamente con Exiplast y el responsable de la garantía era Exiplast***.

*DR. DÍAZ: [00:11:20]* ***Y la garantía para Procomsa, y en este caso para la interventoría que asesoraba Procomsa, recaía solamente sobre el material o sobre el sistema integral y su funcionalidad****?*

*SR. ARENAS: [00:11:31]* ***No, nosotros contratamos un sistema, nosotros no contratamos piezas individuales, digamos que todo venía funcional e integralmente***.

*DR. DÍAZ: [00:11:40] Gracias, arquitecto. Dentro de lo que usted señalaba de la garantía o de las bondades de este producto donde indicó Exiplast de cero goteras,*

*podría ampliarnos dicha información, qué es cero goteras? Qué implica que no entren goteras, qué es una gotera?*

*SR. ARENAS: [00:12:06] Bueno, digamos que en el material alveolar y como lo ha ofrecido Exiplast en muchos productos y otras empresas que suministran el mismo producto, el policarbonato se divide en sólidos y alveolares. El alveolar es un elemento en policarbonato que tiene celdas internas, al tener esas celdas internas, digamos que genera unas bondades también climáticas, en cuanto a unas condiciones térmicas diferentes a un elemento sólido, pero esas celdas a su vez tienen un inconveniente, y es que al generarse cortes pueden generar residuos dentro de esos alvéolos o contaminación de los alvéolos, ya sea por agua o por partículas. Entonces, digamos que éramos conscientes de ese sistema, pero a la vez, y lo dice la ficha, así como nos lo entregaban, ellos tenían un sistema de sello por medio de una cinta y unos elementos conectores o terminales, los cuales iban a evitar esos inconvenientes de ingreso de partículas o de tema de condensación o ingreso de agua en caso tal, por tener elementos que van a estar siempre en la intemperie.*

*DR. DÍAZ: [00:13:25]* ***Es decir que, para el momento en que definitivamente se contrata a Exiplast, Procomsa y la interventoría tienen total certeza que a este producto no le entraba el agua, era totalmente hermético y eso fue lo que llegó a contratar o le entendí mal?***

*SR. ARENAS: [00:13:48]* ***Claro, en otros proyectos hemos tenido un inconveniente, precisamente ese sistema alveolar siempre ha tenido esa falencia que es la contaminación interna de los alvéolos. En las negociaciones sí hablamos mucho de este tema, como lo dice la ficha y el producto como tal, como lo han evidenciado bajo su comercialización, ese era como su eslogan, y la bondad del producto es esa, que al ser alveolar y la protección que ellos tenían para evitar esos inconvenientes ese era como su punto más fuerte para poderlo adquirir****".*

*(…)*

*"DR. DÍAZ: [00:14:49] Gracias señor presidente. Arquitecto, podría usted indicarnos si durante la ejecución del contrato se presentaron algunos inconvenientes que nos pueda referir?*

*SR. ARENAS: [00:15:02] Sí, como todo contrato, nuestra labor también fue hacer un acompañamiento día a día de lo que se iba ejecutando. La elaboración del contrato surgió sin ningún inconveniente durante todo el proceso de instalación, ellos tenían una fecha específica para entrega, ya que teníamos nosotros la fecha muy cercana de la apertura, la apertura o la inauguración fue hacia diciembre de 2013, nosotros tuvimos como un mes antes un inconveniente, de una verificación que hicimos sobre el material,*

*porque el contratista ya lo había terminado, ya estábamos en ese proceso de recibo y liquidación, pero tuvimos un inconveniente de desprendimiento de las láminas, en el cual, evidenciamos que sí se estaban descolgando unos centímetros, algunos elementos durante toda la fachada principal.*

*DR. DÍAZ: [00:15:57] Y cuál fue la respuesta o actividades que inició Exiplast al respecto, o no hubo algún….?*

*SR. ARENAS: [00:16:09] Sí, claro, nosotros en ese momento digamos que fue el tema más crítico el desprendimiento de los elementos. Pero, digamos que antes de la inauguración empezamos a notar también una contaminación de los elementos en policarbonato. Entonces, en su momento se aprovechó para hacerle reclamación directa al contratista o a la empresa sobre esas manchas que estaba generando y sobre los desprendimientos; ellos a su vez, contestaron los correos electrónicos y la respuesta fue que inmediatamente iban a hacer los correctivos, esos correctivos, pues indicaban algunas modificaciones estructurales para evitar el desprendimiento o el movimiento de las piezas, y algún tipo de mantenimiento o verificación de la contaminación de los paneles".*

*(…)*

*"DR. DÍAZ: [00:34:09] Podría usted hacernos el favor de aclararnos o ilustrarnos un poco más coloquialmente, a qué se refiere con contaminación? Por lo que nos acaba de decir de las láminas de policarbonato, qué es eso, es que se están contaminando?*

*SR. ARENAS: [00:34:31] Bueno, como les comenté, este producto es multicel, quiere decir que entre la capa externa y la capa interna tiene una serie de celdas, estas celdas, si yo dejase el producto a la intemperie durante todo el tiempo, digamos que vamos a tener inconvenientes de ingreso de partículas, polución o cualquier tipo de partículas que estén en el ambiente y la humedad, que es uno de los inconvenientes grandes que tienen este tipo de elementos. Qué es lo que se hace para evitar esa humedad? Siempre ese producto se vende con las celdas en vacío o un termo sellado, o en este caso, digamos que un sello mediante algunos procesos o materiales como cintas o cualquier tipo de sellos neutros, que no tengan ningún tipo de disolventes o que puedan afectar el material de policarbonato.*

*La contaminación se da precisamente por eso, cualquier ingreso de partículas que ingresen por esos alvéolos se van a heredar las celdas, esto por ser un policarbonato, digamos que la estática que genera es muy grande por el mismo material, digamos que con el paso del tiempo, con el calor y los rayos del sol, cargan este elemento y se vuelve casi un imán hacia esas partículas que estamos hablando; eso por el lado de la contaminación de partículas, y evitar por completo el ingreso de agua, un ingreso de agua y empozamientos de agua dentro esta misma celda, se genera la descomposición*

*del agua, y lo que conlleva el agua en descomposición, que son hongos y algún tipo de moho o elementos que pueden ir entrando sobre los alvéolos e irlos contaminando por completo.*

*DR. DÍAZ: [00:36:25]* ***Teniendo en cuenta su respuesta y desde su experiencia técnica, considera usted que con el paso de los días, Exiplast cumplió con la garantía de hermeticidad de este sistema ofrecido, lo que significa que la gotera, no sé****?*

*SR. ARENAS: [00:36:45]* ***No, sí es claro que no lo logró, y más cuando nosotros recibimos una garantía de 10 años en todos los folletos y presentaciones que se han mostrado en las múltiples fachadas que había hecho con el producto. Y son fachadas que, según ellos, llevaban años y se veían en perfectas condiciones, aquí estamos hablando de que no duró más de dos meses el producto instalado, ya generó ese tipo de contaminaciones****".*

*(…)*

*"DR. JARAMILLO: [00:41:08]* ***Entonces una pregunta muy a tono con lo que está señalando. Gracias, arquitecto. Y si es así, de acuerdo pues con su relato, se instalaron siguiendo la guía correspondiente, qué pudo técnicamente haber fallado? En consecuencia, porque si estaban las cintas y se produjo ulteriormente la contaminación, eso puede obedecer a un mal manejo, a una mala instalación, a una mala calidad de la cinta o a una convergencia de circunstancias y situaciones posteriores****?*

*SR. ARENAS: [00:41:40]* ***Pues en este caso sí hubo contaminación y como estaba el producto después de instalado, sí fue, definitivamente falló el tema de la cinta. Digamos que para nuestro criterio, en el momento de las visitas que realizamos…. Como le venía diciendo, en ese momento la contaminación que se generó sí evidenciaba una falencia de esa cinta. Bajo nuestro criterio, como les comentaba, ese sello debe haber sido completo para evitar el ingreso del alvéolo****. Por qué lo aceptamos? Porque hacía parte del contrato dentro de la ficha técnica, y así lo estaba ofreciendo el producto, y confiando en la experiencia y el nombre de Exiplast que hemos estado a cargo de muchos proyectos, y personalmente, lo hemos estado y no han tenido ningún inconveniente, eso nos da mucha tranquilidad en el producto que estaban instalando.*

*DR. JARAMILLO: [00:43:56]* ***Arquitecto, dispénseme, una última pregunta ligada con la anterior respuesta suya; hay que entender que esa cinta tenía como propósito lograr la hermeticidad? Esa es la finalidad, que el producto fuera***

***hermético y que en ese orden de cosas, no hubiera filtraciones, goteras, contaminaciones? La cinta persigue ello? Y esa, utilizada de acuerdo con la guía.***

*SR. ARENAS**: [00:44:20] Sí señor, así es. Eso era lo que esperábamos nosotros, que esa cinta evitara por completo el ingreso de ese tipo de partículas que suelen presentarse en todos los sistemas alveolares**.*

*DR. JARAMILLO: [00:44:32] Gracias. La doctora Margot, también ….*

*DR. OVIEDO: [00:44:39] Por favor.*

*DRA. PERDOMO: [00:44:40] Muchas gracias, señor presidente. Tengo una duda específica con respecto a ese tema en particular. Entiendo yo, por favor me corrige, de lo que ha planteado es que el compromiso de Exiplast era garantizar precisamente ese problema que se podía presentar con el sistema alveolar de las fachadas en policarbonato. Entonces entiendo yo, y según lo que usted ha explicado, que la forma de hacerlo era garantizar la hermeticidad de ese sistema, eso es lo correcto?*

*SR. ARENAS: [00:45:11] Así es.*

*DRA. PERDOMO: [00:45:12] Bueno, entonces ahora mi pregunta es: la única forma de garantizar la hermeticidad de ese sistema solar, era a través de la instalación de esas cintas o tocaba seguir algún procedimiento adicional para garantizar esa hermeticidad?*

*SR. ARENAS: [00:45:29] No, así lo estipulan ellos, mediante los manuales y las fichas técnicas, que es el único elemento que se debe instalar para evitar ese ingreso de partículas, pues adicional a la cinta. Si usted se puede dar cuenta, ellos tienen un elemento en U, que es el que entra a presión y digamos que eso es como un segundo factor de protección para evitar ese tipo de contaminación de los alvéolos".*

*(…)*

*"DR. DÍAZ: [01:01:22] Arquitecto, le voy a poner ahora de presente un nuevo documento que es la propuesta o la oferta final antes de la suscripción del contrato, de fecha 5 de agosto del 2013. Está incorporado en la carpeta principal, documento de demanda Procomsa, folio 222. Y en el mismo, indicaba Exiplast mantenimiento fácil y rápido. Podría usted indicarnos, en ese entonces qué se entendía por mantenimiento fácil y rápido? Y si desde su experiencia general como arquitecto, cómo sería el posible*

*mantenimiento de esa contaminación interna que usted nos ha señalado de los elementos que componen el sistema?*

*SR. ARENAS: [01:02:22] Sí, esa fue una de las partes que más nos llamó la atención a nosotros en cuanto al mantenimiento. Digamos que en la mayoría de proyectos comerciales, es uno de los grandes factores que uno debe coincidir para la elaboración o el escoger ese tipo de productos, y es la contaminación de la fachada siempre se va a dar, uno siempre lo que busca es esa facilidad, y digamos, en el menor tiempo posible de mantenimientos para el producto. Al tener esa garantía 10 años, a nosotros se nos ofreció que esa limpieza netamente era sobre las partículas que se puedan adherir al elemento como tal de la fachada, y esa limpieza, la facilidad era limpiarla solo con agua y con algunos elementos de tela, lo que se iba a generar en ese momento, más allá de esa limpieza, no debería haber ningún tipo de ingreso o de otra actividad a nosotros para realizar.*

*DR. DÍAZ: [01:03:21] Qué pena, pero como no somos expertos en la materia, cuando usted dice: las partículas que se adhieren a la superficie, es decir, usted nos está hablando de dónde se limpiaba? Suciedad superficial?*

*SR. ARENAS: [01:03:36] Superficial, es que es un elemento sellado, así como se nos vendió un elemento sellado, es como limpiar un vidrio, qué pena hago el símil, pero sucede lo mismo que el vidrio, el vidrio es un elemento sólido, cuando se ensucia yo solo lo limpio con agua y jabón, de pronto en este caso requiere de algunos productos, pero a nosotros sí se nos hizo claridad que este tipo de elementos era solo limpieza con agua.*

*DR. DÍAZ: [01:04:02]* ***Arquitecto, dentro de su experiencia general técnica como arquitecto, cómo hacerle mantenimiento al interior de las láminas, cómo hacer ese mantenimiento? Es posible hacerlo****?*

*SR. ARENAS: [01:04:17]* ***No, es imposible. Imagínese, es un elemento que tiene infinidad de celdas. Elementos, primero, por el tamaño de cada una de las celdas. Segundo, porque es un producto que está completamente sellado, digamos que esa cinta es permanente y así se genera para la garantía de ellos, está cerrado con los elementos. Y para poder hacerle ese tipo de mantenimiento que usted sugiere, debería desmontar cada uno de los paneles, desarmarlo, desbaratarlo y lo complicado que sería uno a uno generar ese tipo de mantenimiento, eso no lo ofrecieron en ningún momento, ni en ningún tipo de policarbonato celular se da, así se sobreentiende****.*

*DR. DÍAZ: [01:05:03]* ***Y qué implicaría en la hipótesis, arquitecto, que fuese posible realizar ese mantenimiento, qué implicaciones puede llegar a tener desmontarlo, limpiar uno a uno y volver a instalar a nivel técnico****?*

*SR. ARENAS: [01:05:18]* ***El deterioro de los paneles. Ese tipo de panel no es para monte y desmonte, sino es un elemento que debe estar fijo, y la garantía así lo dice****. Digamos que en el momento de la manipulación o cualquier momento de afectación hacia el mismo producto, ya la garantía no es viable.*

*DR. DÍAZ: [01:05:39] Arquitecto, teniendo en cuenta todas sus respuestas, podría usted indicarnos quién era entonces el encargado de proponer, recomendar las características de los paneles, su método de ensamblaje, conexión e instalación, fue Procomsa o fue Exiplast?*

*SR. ARENAS: [01:05:59] Fue Exiplast. Digamos que en este caso Procomsa no tiene ninguna injerencia en su producto porque la oferta del producto lo está generando Exiplast. Las bondades y los beneficios del producto mediante, acompañados de una ficha técnica y proceso de instalación, lo genera directamente el contratista.*

*DR. DÍAZ: [01:06:18] Arquitecto, qué revisiones previas hace el contratante y el interventor del contratista a la que se le está encomendando dichas actividades, qué los lleva a tomar la decisión de contratar a Exiplast y no a otra empresa?*

*SR. ARENAS: [01:06:37] Pues estamos hablando de Exiplast, digamos que es la empresa más grande en Colombia, la más común para ese tipo de envolventes y de cubiertas, eso nos dio tranquilidad de precisamente la marca".*

- **Testimonio de Carolina Vela**

El día 16 de mayo de 2022 se recibió en audiencia el testimonio de la señora JULY CAROLINA VELA CÁRDENAS. En este testimonio también se hizo relación a las falencias que presentó la fachada y las reclamaciones hechas por la administración del Centro Comercial Ecoplaza, al igual que la falta de mantenimiento de la misma y de información sobre el procedimiento que debía llevarse a cabo para tal fin, por parte de EXIPLAST en favor de PROCOMSA. De igual manera, se relata la insatisfacción de los arrendatarios de los locales del Centro Comercial que se produjo a causa de las deficiencias presentadas en la fachada.

*"R. DÍAZ: [00:12:06] Señora Carolina, usted como administradora ha tenido conocimiento, si se han presentado reclamaciones o ha existido diferencias entre Procomsa como propietario del centro comercial y el contratista que instaló esta fachada? Sabe usted o tiene conocimiento de algo que haya pasado?*

*SRA. VELA: [00:12:30] Al interior de la administración desde mi inicio como administradora he tenido conocimientos que la fachada siempre se presentaron reclamaciones por parte de los ingenieros que son los encargados de manejar la parte técnica y tengo conocimiento que siempre han tenido reclamaciones sobre la fachada.* ***Esa reclamaciones básicamente que se hicieron, es porque se desprendían los paneles en ese momento cuando ingresé; con el tiempo la fachada se tornó sucia, como si estuviera oscura, como sucia, por lo que tengo conocimiento de que se siguió haciendo las respectivas reclamaciones a la empresa que la instaló****.*

*DR. DÍAZ: [00:13:15] Ustedes como administradores o Procomsa como propietario han hecho algún tipo de mantenimiento a la fachada como tal? O tiene conocimiento si se ha intervenido o por quien se ha intervenido?*

*SRA. VELA: [00:13:33****] Como le contaba recién ingresé la fachada ya presentaba algunos obviamente inconvenientes, no les hicimos mantenimiento directamente porque el proveedor, que en este caso es Exiplast, ellos no nos dieron ningún plan de trabajo para hacerle mantenimiento****. Lo único que sí hicimos como administración fue que en el momento de que se viera la fachada sucia pensamos que era suciedad, la limpiamos, obviamente, como se debe limpiar una fachada o como un vidrio con agua y jabón, pero resulta que esas partes negras o eso que se veía, era interno, eso fue lo único que hizo la administración, pero Procomsa como tal, no hizo ningún mantenimiento. Los mantenimientos que hicieron en la fachada, que sí venían, digamos durante estos años que vinieron, fue Exiplast, ellos venían, subían, miraban con los ingenieros toda la parte técnica, siempre con los ingenieros, yo no la manejo".*

*(…)*

*"DR. DÍAZ: [00:16:07] Señora Carolina, sabe usted, más allá de todo este tema que nos relata, si se presentó en algún momento algún desprendimiento total de alguna de las láminas o hubo algún riesgo de que se cayeran? O si se le cayó a algún visitante u ocupante del centro comercial?*

*SRA. VELA: [00:16:35] El riesgo sí estuvo porque las láminas se estaban desprendido, no se cayeron. En el 2017 más o menos, fue cuando se desprendió más visiblemente una de las láminas. Los ingenieros hicieron su solicitud a la empresa y ellos vinieron en el 2018, me acuerdo tanto que en diciembre que nos cerraron toda la fachada y obviamente, el tema de las ventas y demás nos incomodo bastante y la arreglaron, pero siempre los mantenimientos y eso los hizo Exiplast, en ese desprendimiento un*

*poco más fuerte que los demás, casi que se cayera, pero no se cayó, no causo ningún accidente, afortunadamente.*

*DR. DÍAZ: [00:17:21] Señora Carolina, sabe usted si Exiplast le hizo un mantenimiento o una limpieza a esa mugre o contaminación que usted nos dijo se encontraba al interior de las láminas?*

*SRA. VELA: [00:17:39]* ***No, ellos el único mantenimiento que hicieron fue cuando se desprendieron unas láminas, pero al interior no, además, es un poco difícil hacerlo porque son muy pequeños los orificios de ese policarbonato. Ellos nunca hicieron un mantenimiento a esas láminas****".*

*En relación con la insatisfacción que el tema producía en los arrendatarios del Centro Comercia, la sra. Vela manifestó:*

*DR. DÍAZ: [00:14:33] Señora Carolina, cómo ha sido la relación entre los arrendatarios o tenedores de los locales comerciales frente a la fachada?* ***Ha tenido algún tipo de reclamación, alguna queja o inclusive los mismos visitantes que usted nos pueda relatar?***

*SRA. VELA: [00:14:55]* ***Claro que sí. Nosotros, como les comentaba inicialmente, tenemos grandes marcas. Grandes marcas es los Éxitos, K-Tronix, el Smart Fit. Realmente el deterioro de la fachada era demasiado visible, se veía súper sucia, por ejemplo, los comités de mercadeo nos decían como un centro comercial nuevo, porque realmente nosotros somos nuevos en el mercado tiene esa fachada con esas condiciones, porque la verdad era bastante visible la suciedad de la fachada, entonces, sí recibimos bastantes quejas y hasta de los mismos clientes que me conocen, yo siempre llevo bastante tiempo y me conocen y nos decían lo mismo, el aspecto de la fachada como imagen para el centro comercial y obviamente para el municipio, porque nosotros acá somos una gran superficie, era bastante difícil. Lamentablemente la fachada sí se deterioró en muy poquito tiempo y estaba dañando totalmente la imagen de nosotros y obviamente la imagen de los arrendatarios, porque recordemos que nosotros trabajamos en conjunto****".*

### 2.3.4. CONCLUSIÓN

Según lo planteado y probado en el presente acápite, encuentra el Tribunal que se ha acreditado con suficiencia la presencia de fallas relevantes de diversa naturaleza en la obra desarrollada por EXIPLAST S.A.S., en virtud del Contrato Civil de Obra No. CCM-017-13 que

derivó en una insatisfacción por parte de PROCOMSA en relación con el propósito práctico para el cual se celebró dicho acuerdo, y también respecto de las expectativas razonablemente suscitadas en cabeza de la misma Convocante y, por ende, se encuentra acreditado el incumplimiento de la garantía de calidad y estabilidad de obra a la que se comprometió el convocado, por lo que no properan las excepciones de mérito *"EL ARTÍCULO 2060 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY 1480 DE 2011 NO SON APLICABLES A ESTE CASO"* y *"SOBRE LA GARANTÍA Y LA ESTABILIDAD DE LA OBRA"*.

Dicha insatisfacción, importa adicionalmente destacarlo el Tribunal, no se considera entonces irrelevante, caprichosa, o irrazonable, toda vez que, bien entendida, está estrictamente conectada con la etiología y también con lo teleología del contrato de obra celebrado entre las partes, en concreto con su génesis y con su ulterior desenvolvimiento.

En efecto, de conformidad con lo consignado en el párrafo final de la citada cláusula vigésima primera, se estipuló 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 Civil de Obra" (se destaca), expresiones que, en lo pertinente, denotan que la satisfacción en referencia estaba condicionada a la verificación ulterior de específicas cualidades, fundamentales para entender cumplida la mencionada finalidad jurídico-práctica del contrato otrora celebrado entre la Convocante y la Convocada, y, de esa manera, satisfechos los intereses del acreedor, quien de buena fe, depositó su confianza en su deudor (Exiplast S.A), un profesional en el ramo, lo que explica que, en su momento, expresó su asentimiento que, de otro modo, no se hubiera materializado (confianza legítima).

Oportunidad, adecuación, y completitud, ciertamente, son las condiciones extrínsecas, llamadas a informar y calificar el alcance de la prestación a cargo de la Convocada, que como se ha explicitado en diferentes oportunidades, indiscutidamente era de 'resultado', con todo lo que ello entrañaba -y entraña-.

Así, sólo por vía de ejemplo, aludir a la adecuación, en particular a la "…adecuada….construcción de parte del proyecto….", de ordinario envuelve una serie de exigencias, actuaciones o débitos plurales a cargo del deudor respectivo (Exiplast S.A), con miras a lograr el resultado -prometido o asegurado-, cimiento de la decisión de contratar adoptada por la Convocante, se itera.

Al fin y al cabo, con arreglo al Diccionario de la Real Academia Española, *adecuado* es "Apropiado para alguien o algo. Adecuado a las normas. Adecuado para ella". Y *ajustado*, a su turno, es "*Ajustado y conforme a las condiciones o a las necesidades de alguien* o de algo. *Apropiado para ti*. Apropiado a su edad" (se destaca).

Una de tales exigencias o actuaciones, neurálgica para el contratante, estribó en el referido color o coloración, comoquiera que esa fue una de las motivaciones centrales que indujeron a la Convocante a contratar los servicios técnico-profesionales ofrecidos por la Convocada, motivaciones que, como lo expresó a espacio el Tribunal, se erigieron en la realidad negocial y que, por ende, se constituyeron en el aludido fin jurídico-práctico del consabido contrato de obra, detonante, además, de la confianza legítima y de las expectativas razonablemente suscitadas en cabeza de la Convocante, igualmente merecedoras de salvaguarda o protección por el ordenamiento.

Coloración ésta, que a juicio del Tribunal, por consiguiente, no se traduce en una exigencia huérfana de valía, o carente de toda relevancia o de razonabilidad, puesto que tratándose de un Centro Comercial, o un establecimiento que tiene como cometido estar abierto para el público, en forma masiva y sostenida, ella no luce subjetiva, o si se prefiere caprichosa o arbitraria, tanto más cuanto que el mismo nombre del centro en cuestión, de plano, revela el compromiso, la identidad y la importancia asignada por la Convocante a lo 'ecológico' y, por esa vía a lo estético y al significado que suele atribuírsele al color verde: '**ECO**PLAZA', aspecto éste que, en suma, no luce ni trivial, ni menos ayuno de valor jurídico para un potencial contratante que, en reconocimiento a la *fides*, expresó su voluntad de contratar, movido previamente por la confianza de que, luego, no sería defraudado, confianza que, como se indicó detenidamente en las consideraciones generales de este laudo, hoy deviene medular en la esfera jurídica, en general, y en la contractual, en particular.

Y ello fue así, además, por cuanto según lo relatado en el hecho décimo de la demanda, en asocio de lo narrado en el proceso, en la presentación técnica respectiva, la Convocada al recrear el producto Danpalon, ofreció una garantía de 10 años desde la fecha de su compra, a la que ya aludió el Tribunal, de acuerdo con la cual, literalmente se expresó: "GARANTIA….La transmisión de luz, **el color** y las roturas **son factores que inciden en la garantía del producto**" (se destaca).

Otro tanto acontece, en lo aplicable, en relación con lo expresado por la propia Convocante en la visita de que da cuenta la demanda en el hecho 14, realizada a la Convocada el 2 de mayo de 2017, en el sentido de que "El sistema Danpalon 3DLite presenta contaminación en los alveolos debido al sello entre la UPD de aluminio y el panel…., **generando una pérdida estética del producto**….", motivo por el cual, en conclusión, "De acuerdo a su solicitud EXIPLAST S.A.S, en atención a nuestra excelente relación comercial, nos ponemos a su disposición para adelantar las **correcciones necesarias**….para que este material tenga **la estética esperada**….".

Igual sucede con lo consignado en las conclusiones del concepto técnico realizado por C.P. CONSULTING S.A.S, de acuerdo con el cual:

> ***"La contaminación y condensación interna en las multiceldas de los paneles de policarbonato degradan externamente los tonos de los colores de los paneles reflejándose y visualizándose una fachada sucia, deteriorada y envejecida.***
>
> ***Por la configuración y tamaño de las multiceldas, prácticamente se imposibilita el mantenimiento garantizado el retiro de la contaminación y polvo de tal manera que queden totalmente limpias, asimismo, que para realizar dichas actividades necesariamente se requiere desmontar los paneles de policarbonato, poniendo en riesgo el producto, afectando la circulación y el aspecto estético del centro comercial."*** (se destaca).

En este orden de ideas, tal y como probatoriamente se constató en precedencia, no puede desconocerse que, a tono con las obligaciones de resultado asumidas por la Convocada, la satisfacción de los intereses de la Convocante, dependía de la "…oportuna, adecuada y

completa construcción" de lo contratado (cláusula vigésima primera), satisfacción que envolvía, entre otros elementos, todo lo referente a la coloración del producto contratado -y a su razonable preservación esencial-, de lo que se colige, en tal virtud, que no resulta inconsecuente, ilícita, antijurídica, abusiva o irrazonable, la obligación impuesta a la Convocada en el numeral 7 de la Cláusula Vigésima Primera del contrato de obra, plenamente aceptada por ella, lo recalca el Tribunal, a cuyo tenor: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA….El CONTRATISTA se compromete a:….7. 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 requeridos**" (se destaca).

Y no lo es, efectivamente, dado que, bien entendida, en su conjunto (art. 1622 del C.C.), dicha obligación consignada en el precitado numeral séptimo, no parece contrariar, ni lesionar *a priori* el contenido del último apartado de la cláusula vigésima primera en comento, en el que se manifestó que, "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 Civil de Obra" (se destaca y reitera).

Muy por el contrario, ella es una consecuencia derivada de la inejecución prestacional por parte del deudor, de lo que se desprende, razonablemente aplicada, que no tiene porqué concluirse, en forma inexorable, que tal estipulación es nula, como se afirmó en la contestación de la demanda, por ser "*una condición meramente potestativa a favor del contratante. La cual es nula en los términos del artículo 1535 de Código Civil. El cumplimiento de las especificaciones, calidades y cualidades requeridas para el proyecto debe ser objetivo y demostrable técnicamente, no puede obedecer solamente al juicio del contratante"*, juicio éste que, como se indicó, no está desprovisto de todo fundamento, o es reflejo de una subjetividad manifiesta.

Por lo tanto, en estrictez, más allá de otras consideraciones y reflexiones orientadas a confirmar la inviabilidad de lo planteado, no puede aludirse en este asunto a una arquetípica condición potestativa pura, por cuanto no se evidencia que se haya estipulado que la Convocada cumpliría -o actuaría en una determinada forma- si quisiera; si se le antojare, si le placiera; en últimas, *si voluero*, *si volueris*, como a la sazón se ponía de manifiesto en sede del Derecho romano, de lo que se sigue entonces, según se esbozó, que no es procedente la declaratoria de ninguna nulidad que afecte la relación contractual, en su conjunto, o en parte (nulidad parcial).

En esta última dirección, como lo memora el profesor francés Jean Gaudement, "La condición meramente potestativa de parte del deudor, anula la obligación, pues conduce a dejar que el deudor se obligue, si lo quiere, lo que equivale a no obligarse"[158].

En sentido similar, los profesores Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal, y Roberto López Cabana, refrendan que en este tipo de condiciones potestativas, "…el hecho condicionante depende sólo de la voluntad del deudor: te pago $ 3.000 si quiero; la ley le quita eficacia, por cuanto no es serio obligarse de tal forma que cumplir o no con la obligación queda librado al

[158] EUGENE GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1974, p. 453.

capricho o arbitrio del deudor"[159], capricho, se expresa de nuevo, que no se constata en el *sub lite.*

Lo mismo sucede tratándose de la temática atinente a la contaminación del material respectivo, a los desplazamientos ulteriores que se originaron en la fachada, al mantenimiento requerido y a sus implicaciones, entre otras disfunciones más, según quedó igualmente acreditado con fundamento en las pruebas referidas con antelación, a las que se remite de nuevo el Tribunal, indicativas de incumplimiento contractual.

En consecuencia, se concederá la segunda pretensión y se declarará que no prosperan las excepciones de mérito *"EL ARTÍCULO 2060 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY 1480 DE 2011 NO SON APLICABLES A ESTE CASO"* y *"SOBRE LA GARANTÍA Y LA ESTABILIDAD DE LA OBRA"* y así se consignará en la parte resolutiva de este laudo.

## 2.4. TERCERA PRETENSIÓN

En la tercera pretensión se solicita:

> *"3. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare* ***CONTRACTUALMENTE*** *responsable a* ***EXIPLAST S.A*** *por los daños materiales causados a* ***PROCOMSA SAS****, identificada con Nit. 900.465.934-4, producto del incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, con las relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de* ***Ecoplaza Centro Comercial****, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera"*[160]*.*

### 2.4.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Respecto de la tercera pretensión, la Convocante se refirió en los hechos descritos en el numeral que 2.2.1. que antecede. En sus alegatos de conclusión[161] desarrolló los elementos de responsabilidad del caso objeto de análisis en el presente trámite, concluyendo:

---

[159] ATILIO ANÍBAL ALTERINI, OSCAR JOSÉ AMEAL y ROBERTO LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, T.II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 38.

[160] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA.pdf", pp. 42 y ss.

[161] Cuaderno principal 3. Archivo "02_Alegatos_convocante_20220921.pdf".

(i) Que la existencia del Contrato quedó demostrada documentalmente y confesada en la contestación de la demanda y en el interrogatorio del representante legal de la Convocada;

(ii) Que el daño sufrido por la Convocante "*se resume en el monto asumido por la necesidad justificada y valida del cambio del sistema de fachada y los intereses de mora generados, cambio que derivó de la ineficaz posventa, el desplazamiento, desconfinamiento y contaminación del sistema de fachada atribuibles a la mala instalación de Exiplast, la mala apariencia por el deterioro de dicho sistema y la imposibilidad técnica de realizar un mantenimiento integral efectivo"*;

(iii) Que la conducta culposa y presunta de la Convocada "*se resume en la mala asesoría para la escogencia del diseño de fachada, el incumplimiento en las características y calidades del sistema ofrecido, tales como su estabilidad, hermeticidad, entre otros, los defectos en la instalación del mismo y las erradas o deficientes garantías ofrecidas*";

(iv) Que conforme a lo anterior, resulta evidente el nexo de causalidad entre *"el daño generado y el actuar de Exiplast, quien, a su vez, se reitera, se obligó a garantizar el resultado de las ventajas diferenciales del sistema de fachada contratado por el termino de 10 años como más adelante se precisa"*.

### 2.4.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

Respecto de la tercera pretensión, la Convocada solicitó que se niegue en razón a que la Convocada "*no causo ningún daño material, ni de otro tipo a PROCOMSA SAS. Tampoco incumplió con las obligaciones establecidas en el contrato civil de obra No. CCM-017-13".* Se refirió a los hechos descritos en el numeral que 2.2.2. que antecede, así como en los alegatos de conclusión.

### 2.4.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como se puede advertir, la tercera pretensión formulada por el convocante, consiste en que se declare contractualmente responsable a la convocada, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, que son las planteadas en la pretensión segunda. A ello, hará alusión el Tribunal en las siguientes consideraciones. Además, el Tribunal considera necesario referirse a la carga de mitigar el daño que corresponde al acreedor y además a la operación de reemplazo, tema que, como se verá, incide en la situación fáctica objeto de la disputa.

## 1. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Como bien se señala en la doctrina, el cumplimiento es el efecto propio de las obligaciones. Tal fuerza normativa del contrato está expresamente reconocida en el artículo 1602 del Código Civil, al señalar que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes…".

Ahora, en caso de incumplimiento, como ya se señaló en las consideraciones a la pretensión segunda, tanto el Código Civil como el Código de Comercio (artículos 1546 y 1870 respectivamente) consagran los medios de tutela del interés del acreedor, como son: la ejecución forzosa, la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, la cual, como lo ha señalado tanto la doctrina como lo ha corroborado la jurisprudencia puede ser incoada ya sea de forma complementaria con las acciones de ejecución forzosa o la resolutoria, o bien de forma directa[162]. Así lo ha señalado el profesor JORGE CUBIDES:

"La indemnización de perjuicios puede pedirse por el acreedor "desde un principio", es decir sin necesidad de pedir previamente la ejecución de la prestación original. No solamente lo establece así el varias veces citado artículo 428 del estatuto procesal; también el 1615 del Código Civil que impone la indemnización de perjuicios "desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si a obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención"[163].

En cuanto a los requisitos para que proceda tal indemnización, ha dicho también la doctrina que estos son: a) Existencia de un factor de atribución de responsabilidad; b) La mora del deudor; c) El daño o perjuicio[164], además de d) la relación o nexo causal entre el incumplimiento y el daño[165]. A ellos se referirá a continuación el Tribunal.

a) Existencia de un factor de atribución de responsabilidad

De manera concreta, este factor consiste en que el incumplimiento sea imputable al deudor, a título de dolo o culpa, según la clasificación y conceptos asumidos por el Código Civil en el artículo 63.

La culpa, consiste en la "…imprudencia, la negligencia, la falta de cuidado, siempre desprovista de aquel elemento intencional"[166].

Cabe agregar que en materia contractual existe una presunción de culpa conforme al artículo 1604 del Código Civil, la cual se exonera probando por parte del deudor que el incumplimiento

---

[162] Cfr. CUBIDES CAMACHO, JORGE, *Obligaciones*, 8ª ed., Pontificia Universidad Javeriana – Ibáñez, Bogotá, 2017, p. 295. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de noviembre de 1977 y sentencia de 18 de noviembre de 1999.

[163] CUBIDES CAMACHO, ob. cit., p. 295.

[164] Cfr. CUBIDES CAMACHO, ob. cit., p. 297 y ss. BONIVENTO JIMÉNEZ, JOSÉ ARMANDO, *Obligaciones*, Legis, Bogotá, 2017, p. 284 y ss.

[165] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de marzo de 1996, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[166] BONIVENTO JIMÉNEZ, ob. cit., p. 285.

se debe a caso fortuito o fuerza mayor, o bien en el evento en que hubiese mediado un pacto de exoneración de responsabilidad. Así lo ha señalado la Corte Suprema en sentencia de casación de 7 de junio de 1951:

"Las obligaciones se contraen para cumplirse. Hay una presunción de culpa en quien no las satisface en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esta presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin su culpa y antes de estar constituído en mora (artículo 1604 C.C.). Pero como la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (artículo 63 y primer inciso del 1604 C.C.), resulta que al deudor, para exonerarse de la responsabilidad, no le basta probar el caso fortuito sino también que empleó la diligencia o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación"[167].

b) La mora del deudor

Tal como prescriben los artículos 1610 y 1615 del Código Civil, la constitución en mora del deudor es un requisito para que proceda la indemnización de perjuicios. Cabe recordar que el artículo 1608 del Código Civil establece cuando el deudor está en mora:

1. 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.
2. 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.
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

c) El daño

El tercer requisito para que proceda la indemnización de perjuicios a causa del incumplimiento, es que este haya generado un daño, por el cuan se entende "…el detrimento o menoscabo que se causa a un derecho del que una persona – natural o jurídica – es titular, …"[168].

El Código Civil establece en el artículo 1613 que la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento comprende el daño emergente y el lucro cesante. A su vez, el artículo 1614 del mismo Código define cada una de estas categorías así:

"Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

En el mismo sentido indicado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: "…el daño, de manera general, está constituido por todo menoscabo, detrimento o deterioro que se produzca

[167] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de junio de 1951, G.J., LXIX, p. 688.

[168] BONIVENTO JIMÉNEZ, ob. cit., p. 313.

en intereses lícitos de la víctima, vinculados con elementos pertenecientes a su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su órbita espiritual o afectiva (…)"[169] y en cuanto al daño emergente ha precisado que:

"(…) ordinariamente está representado en un menor valor de los activos patrimoniales -por destrucción, deterioro, menoscabo o inutilización de los bienes que lo conforman-, o en la realización de erogaciones o gastos con ocasión del hecho ilícito.

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia nacional que "*[e]l daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad*" (Cas. Civ., sentencia del 29 de septiembre de 1978, citada en el fallo del 28 de junio de 2000, expediente No. 5348, en el que se reiteró ese mismo criterio; se subraya)"[170].

Y en cuanto al concepto "lucro cesante" el Alto Tribunal ha señalado que este se refiere a:

"(…) la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (*lucrum cessans*), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro"[171].

En cuanto a la estimación de los daños a ser indemnizados, si bien estos pueden ser acordados por las partes por medio de una cláusula penal, a falta de ello o de estimación legal, es el juez quien debe hacerlo, teniendo claro que la carga probatoria de los mismos corresponde al acreedor que los reclama, según lo que se deriva del del artículo 1757 del Código Civil y del artículo 167 del Código General del Proceso.

d) La relación de causalidad

El cuarto de los requisitos consiste en la relación de causalidad o nexo (causa a efecto) entre el incumplimiento del deudor y el daño producido. Al decir de la Corte Suprema:

> *"(…) consecuencia de lo expuesto es que en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño"*[172].

---

[169] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[170] *Ibidem.*

[171] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de septiembre de 2010, disponible en: http://www.cortesuprema.gov.co.

[172] Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de marzo de 1996, cit.

## 2. LA BUENA FE Y SU INCIDENCIA EN EL CAMPO DE LOS DEBERES DE EVITAR Y ESPECIALMENTE DE MITIGAR EL DAÑO CONTRACTUAL

### 2.1. Generalidades. Evolución y estado de la responsabilidad civil, y sus funciones en la contemporaneidad

En la órbita del Derecho de daños en la contemporaneidad, cada vez más extendida, a diferencia de lo que, por varias centurias, imperó en los planos legislativo, jurisprudencial y doctrinal –ciertamente con algunas excepciones–, el daño, el nocimiento, la lesión o el perjuicio, *stricto sensu*, se tradujeron en el epicentro, en el núcleo de la llamada responsabilidad civil, tanto que, lapidariamente, aun en sede pretoriana, se expresó que el daño era –o es– su columna vertebral, su genuina manifestación genética y funcional, su *ratio* y que, por ello, así de rotundo, así de llano: sin daño, en sí mismo considerado, 'no hay responsabilidad civil'.

De ahí que, de tiempo atrás, el daño o el perjuicio, entre otras expresiones y calificaciones más, adquiriera el rol de elemento fundante –o cardinal– de dicha responsabilidad, el corazón del sistema indemnizatorio o resarcitorio, sin perjuicio, claro está, de la convergencia de otros elementos: la culpa (en asocio de factores de atribución como el dolo, cuando ellos se exigen en el plano subjetivo), y la relación de causalidad, en su esencia histórico-jurídica.

Desde esta perspectiva, con énfasis en el consabido 'daño', buena parte de la dogmática ha definido -o conceptualizado- la responsabilidad civil, y lo ha hecho, en forma clásica o tradicional, expresando que "…una persona es civilmente responsable cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde del mismo", tal y como otrora lo entendieron los profesores MAZEAUD y CHABAS[173].

En esta misma línea, sin perjuicio de numerosas aproximaciones doctrinales más, el profesor español JAIME SANTOS BRIZ, refrenda que "Elemento esencial que a diferencia de la culpa ha de concurrir en todo caso para que derive responsabilidad civil, es el de la existencia de un daño, ya que para que proceda el resarcimiento es ineludible la producción de un menoscabo en la esfera jurídica del perjudicado, para lo cual no es suficiente el incumplimiento de un contrato ni tampoco la mera producción o comisión de un acto ilícito. Es decir, no puede hablarse de responsabilidad contractual ni extracontractual si no se ha causado un daño a alguien"[174].

En este orden de ideas, el daño, de ordinario, se entendía -o entiende para algunos aún- circunscrito a los dominios de la responsabilidad civil no como un efecto, secuela, o corolario de su materialización en el campo ontológico, sino como el detonante de efectos en Derecho (virtualidad jurídica), llamados a paliar sus resultados adversos y perturbadores y, por contera lesivos de intereses dignos de tutela o salvaguarda por parte del ordenamiento.

---

[173] HENRY, LEÓN y JEAN MAZEAUD, y FRANCOIS CHABAS, *Derecho civil. Obligaciones*, Zavalía Editores, Buenos Aires, 1997, T.I, p. 154.

[174] JAIME SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, T. I, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, p. 143.

Conforme claramente lo expresó a la sazón el profesor de la Universidad de Perugia, ADRIANO DE CUPIS, la materia en comento "…queda enteramente reservada al daño, en cuanto no efecto jurídico, sino más bien en tanto es causa de efectos jurídicos, o sea en cuanto a hecho jurídico. Apareciendo como hecho jurídico, el daño no pierde su propia esencia física; pero a ésta, se añade la jurídica. Dos elementos contribuyen ahora a integrar su estructura:"

"Uno –El elemento material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico (hecho considerado tanto en creación, en su actuación –aspecto dinámico- como en su substancia –aspecto estático– ".

"Dos –El elemento formal, que proviene de la norma jurídica".

"El efecto jurídico causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño… La reacción del derecho, de hecho, estando encaminada a reprimir el daño, se realiza solamente en cuanto aparece allí el daño en sí; cierto, que es necesario que este daño derive de un hecho humano, pero lo decisivo, para que actúe la reacción jurídica, es su existencia concreta"[175].

En términos análogos, en lo más esencial, el profesor chileno, ENRIQUE BARROS BOURIE, es de la opinión de que "Metafóricamente puede decirse que al comienzo de la responsabilidad está el daño… En sede civil, la sola negligencia no es fuente de responsabilidad….El objeto de la responsabilidad civil no es expresar un juicio de reproche, sino corregir el efecto adverso que el hecho del demandado haya causado a la víctima. Su ámbito precisamente es el de la justicia correctiva, que pretende restablecer, en la relación entre el demandado y la víctima, el orden que ha sido alterado por el daño…".

"…mientras puede haber responsabilidad sin culpa, no puede haberla sin un daño que sea causalmente atribuible al demandado. En definitiva, el daño es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil"[176].

No obstante todo lo anterior, hoy por hoy la responsabilidad civil, o si se prefiere el Derecho de daños, sin renunciar, o abdicar del daño como uno de los eslabones del efecto dañoso en sentido lato (*in potentia*, o *in actus*) y, por esa vía, de reconocerle un papel trascedente a la dimensión resarcitoria -o reparatriz-, tiene una espectro sustancialmente mayor a juicio de un sector cada vez más numeroso, no sólo del Derecho privado, sino del Derecho público, en general (constitucional, administrativo, penal, humanitario, etc.). No es fortuito pues que el daño sea transversal en la ciencia jurídica, y no sólo predicable de un área suya.

Y ello es así, justamente, con miras a que el daño, más que una *realitas*, un hecho ya materializado y consumado, sea una referencia (daño referencial), que permita, convergentemente, referir tanto a estadios previos a él (en lo puramente material -o físico-), como a estadios ulteriores: pre-daño, y post-daño, respectivamente, de suerte que la 'prevención', de un lado, y 'mitigación' o aminoración, del otro, tengan efectiva cabida.

Expresado en otros términos, en la actualidad, se evidencia con mayor frecuencia por parte de la ley, la jurisprudencia y la doctrina una apertura a arropar dentro del dilatada esfera de la responsabilidad civil realidades anteriores y posteriores al daño material, dotándolas de

---

[175] ADRIANO DE CUPIS. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 82 y 83.

[176] ENRIQUE BARROS BOURIE. *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 215.

pertinencia jurídica, entre otras razones por la importancia creciente que adquiere la protección de la persona y sus legítimos intereses y prerrogativas en el Derecho, en general, incluido el Derecho civil y comercial, los que no pueden renunciar a salvaguardar, con decisión y determinación, los derechos de la comunidad, de la civilidad, de las personas y su correlativa dignidad.

Por eso, ensanchar las funciones de la responsabilidad civil, en aras de que no sólo se reduzcan a la reparación del daño, cuando este irrumpe, flagela y lesiona, cada día se hace más visible o notorio, atribuyéndole a la misma, igualmente, funciones de carácter preventivo y evitacional, y sancionatorio, cuando estas últimas resulten de recibo o aplicables.

De ahí que, desde este ángulo de reflexión, conviene aludir a una teleología plural de la responsabilidad civil, o del Derecho de daños, y no a una finalidad singular, única y excluyente: la reparación, el resarcimiento, la indemnización o la compensación de los daños o perjuicios, sin que por ello se desconozca la existencia de una lectura más limitativa, como la referida, objeto de respeto académico (visión minimalista o reductiva de cara al daño y sólo al daño).

En este orden de ideas, ni la prevención en cualquiera de sus modalidades, ni la sanción, en lo suyo, son refractarias a la institución en comentario, sino parte inescindible y lógica del llamado fenómeno dañoso en su auténtico alcance, es decir *ex ante*, y *ex post*, con miras a darle cobijo a la prevención en cita, y a su sanción, según el caso, generándose una cosmovisión acorde con los derechos de aquellos sujetos que, en diversos momentos, merecen ser protegidos y escotados por el Derecho, sus destinatarios naturales, como en otro aparte se subrayó.

De esta manera, la ciencia jurídica, por excelencia tuitiva y garantista, en primer término arroparía a quienes no han sufrido un daño, en procura de que no se materialice y consecuentemente los lesione (concepción anticipatoria y preventiva), y en segundo término a quienes, sin perjuicio de dicho *desideratum*, muy a su pesar, finalmente se hizo tangible y, por ende, incidente en los campos extra-patrimonial, o patrimonial, entre otros (concepción posterior y resarcitoria), lo que no impide, sin embargo, que luego de su aparición y cognoscibilidad, pueda -y deba- ser mitigado por el lesionado, en lo procedente con un carácter general, es decir como una coordenada globalizante y admitida en sede de la moderna responsabilidad civil, interesada en que los efectos dañosos no avancen, en la medida de las posibilidades, por supuesto, en un todo de acuerdo con pautas y criterios como el de la razonabilidad, tan influyente en esta esfera.

En el ‘antes’ (prevención), y en el ‘después’ (mitigación y reparación), en suma, estriba este nuevo y enriquecido radio de acción de la responsabilidad civil, o del Derecho de daños, el que no se desvirtúa o desnaturaliza por el hecho de preocuparse por aquellos que no han experimentado los efectos reflejos y lacerantes que, a menudo, generan los daños, en muestra de una actitud no sólo coherente con los caros intereses de la comunidad expuesta a ellos, sino íntima y estrechamente ligada con su dignidad, se reitera, generándose, en tal virtud, un definido y sustantivo derecho de la persona a no ser dañado, a no ser abusado; en una expresión, a no ser víctima, para lo cual arbitrar los mecanismos enderezados a evitar el daño, los daños, es plausible, en línea de principio rector.

Otro tanto tiene lugar en relación con la señalada mitigación, o aminoramiento del daño (cualitativo y cuantitativo), comoquiera que si por obra de las circunstancias, en últimas el acreedor resulta lesionado -o damnificado-, que lo sea pero ojalá en forma más atenuada y controlada.

Por consiguiente, en la hora de ahora, emergentes de la ley, de la buena fe, de la razonabilidad, entre otros institutos de singular valencia, afloran los denominados deberes jurídicos de evitar el daño, y en su defecto, conforme a cada caso, de mitigarlo, o de atenuar o aminorar sus consecuencias personalísimas o económicas, deberes que han adquirido sonoridad y entidad en el Derecho comparado y nacional, sin perjuicio del reconocimiento a la dimensión preventiva que, en Derecho colombiano, había ya realizado la codificación civil en punto tocante con el daño contingente, estructurado y desarrollado tempranamente por el artículo 2359 del Código Civil[177] -el cual aún no ha sido lo suficientemente escrutado y examinado-, entre otras supuestos más, incluidas las disciplinas constitucional, administrativa, procesal, etc.

De hecho, en algunos regímenes jurídicos propios y en lo estrictamente individual, *verbigratia* en el contrato de seguro, ya existía el reconocimiento *legis* del deber de aminorar las secuelas emergentes del siniestro, concretamente de evitar su extensión y su propagación. Así sucede, entre otros ejemplos normativos, con el contenido del artículo 1074 del Código de Comercio, a cuyo tenor: "Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas", deber -u obligación- que, en todo caso, en el ordenamiento nacional, no regía con un carácter transversal (*in globo*) frente a otros supuestos negociales como en la presente centuria lo reconoció expresamente la Corte Suprema de Justicia, a partir de la observancia y aplicación del postulado de la buena fe, según se expresará en líneas posteriores.

En consecuencia, para un sector legislativo, pretoriano, y autoral, no es extraño hablar en los tiempos que corren de una auténtica y redefinida responsabilidad sin daño, a lo que se suma que, si después de su advenimiento potencial, de todas maneras éste se patentiza, inicialmente será imperativo mitigarlo, para evitar que siga ampliando sus fronteras y efectos disvaliosos, en claro desmedro del deudor.

De allí que la función preventiva y la reparatoria de la responsabilidad, como mínimo -pues existen otras-, puedan pacifica y complementariamente cohabitar, sin perjuicio de la sancionatoria, en lo pertinente, lo que rectamente entendido ha supuesto, por lo demás en forma conveniente, amplificar los confines de la responsabilidad en cuestión y, de esa forma, definirla de nuevo (ejercicio de redefinición y de clarificación funcional), conforme a las exigencias cambiantes del tráfico y a la misma realidad epistemológica, jurídica y técnica de la figura *sub examine.*

En esta dirección, según bien lo confirmó el profesor italiano PIETRO PERLINGIERI -en la presente centuria-, "…la responsabilidad civil no puede tener una única función, pero sí una pluralidad de funciones (preventiva, compensatoria, sancionatoria, punitiva), las cuales pueden coexistir entre sí", de lo que se colige, continúa el autor, que "...cuando se intenta individualizar rígidamente cuál es la función de la responsabilidad civil, se corre el riesgo de afrontar el tema en forma errada"[178].

---

[177] Art. 2359, C.C. "Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción".

[178] PIETRO PERLINGIERI, "Le funzioni della responsabilità civile", en *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Universitá degli Studi di Siena, 2007, p. 119.

A su turno, la profesora MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, explícitamente manifestó que, "Hasta tiempos recientes, se ha descuidado la prevención del daño....El Derecho de daños es de preservación y no únicamente de reparación....La regla según la cual 'el que daña injustamente repara' posee inequívoca vigencia, pero es prioritaria la de no dañar....Es inexplicable que el Derecho de daños haya conferido tanta atención a la reparación y tan poca a la prevención de los perjuicios injustos....[179]".

A su vez, en el terreno legislativo internacional, más recientemente el Código Civil y Comercial argentino del año 2014, en su artículo 1708 acoge esta tripartición funcional, el que es del siguiente -y elocuente- tenor: "*Funciones de la responsabilidad*. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva".

### 2.2. El deber de mitigar, atenuar o aminorar el daño contractual. Sucinto examen legal, jurisprudencial, doctrinal, e internacional

Precisado lo que antecede, y una vez más a tono con la buena fe contractual, importa detenerse brevemente en una de las anunciadas caracterizaciones de la responsabilidad civil en la posmodernidad, en concreto la atinente a la mitigación o atenuación del daño -o de los daños-, de insoslayable significado en la órbita conductual del acreedor, a la par que en materia de la entidad y *quantum* de los daños contractuales por los que deberá responder el deudor a raíz de la infracción de un deber jurídico predeterminado, a menudo, por no haber satisfecho, en debida forma y medida, las necesidades e intereses de aquél en función de la confianza legítima inculcada y del fin jurídico-práctico que animó a contratar al titular del derecho de crédito, cuando ellos resulten dignos de protección (juicio de mérito).

Efectivamente, dicho deber de mitigar el daño, de evitar su propagación y extensión, en sintonía con la buena fe, hunde sus raíces en el loable interés de proteger los derechos del mismo deudor, no por ser tal, vale decir por estar ligado y direccionado a su acreedor, llamado a perjudicarse más, por cuanto la inacción de éste, su inercia, su desidia, entre otras hipótesis, no pueden acarrearle perjuicios adicionales, o dilatar la dimensión cuantitativa del daño, todo de la mano, igualmente, de la razonabilidad y de la equidad.

No sería de buena fe, ni tampoco razonable y equitativo, en tal orden de cosas, si se le permitiera al acreedor, sólo por ostentar esta calidad o *status* jurídico-contractual, presenciar cómo se expande o fluye el daño, en una actitud cómoda y desconsiderada y, en veces, rayana en la indolencia -y en otras hasta en el propio cinismo comportamental-, obvio cuando esté a su alcance evitar que, irrefrenablemente, siga su curso el daño, en inequívoco perjuicio del deudor que tiene el legítimo derecho a que no se amplifique más, en lo razonablemente posible.

De ahí que para la salvaguarda efectiva de tal derecho del deudor (dimensión activa), consecuentemente se establezca un deber en cabeza del acreedor (dimensión pasiva): el

[179] MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 239 y 240.

procurar mitigar el daño ya acaecido, correlatividad que, *ex novo*, confirma la reciprocidad y la rotación -o circulación- de derechos y deberes a cargo de las partes en una relación contractual, de tal forma que, sin desmedro de su intrínseca condición jurídica, es enteramente compresible que un acreedor determinado sea también deudor, en lo pertinente, respecto a su cocontratante. Tanto más, cuanto, que esta realidad negocial se anida y, a su vez se explica con arreglo a la citada buena fe, y muy especialmente con base en el supraindicado deber de colaboración o cooperación, de indiscutido abolengo en la actualidad, e incidencia en esta decisión, conforme se señaló a espacio, y nuevamente se señalará.

En esta misma y específica orientación, la autora española GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, observa que, "…la cooperación no constituye sólo un deber sino un auténtico principio existente en el momento actual en el ámbito de la contratación internacional, del que, a su vez, se derivan un conjunto de deberes en atención a la función normativa que cumple, propia de los principios jurídicos y, en especial, de los principios generales. En este sentido, el principio de cooperación cumple igualmente la función normativa, permitiendo deducir deberes adicionales, en caso de que no se encuentren previstos por las partes en el contrato o, si no están contemplados en el ordenamiento que les resulte aplicable. Así, cabe citar, a título de ejemplo, el *duty to mitigate*, que consiste en el deber de comportamiento leal y honesto que deriva de la obligación de cumplimiento del contrato, que comprende también la obligación de mitigar el daño que sobrevendría en caso de inejecución del contrato. Se trata de un deber ampliamente aceptado por la jurisprudencia inglesa, así como en otros sistemas jurídicos…"[180].

En pocas palabras, gracias a los avances y a la evolución registrada en la responsabilidad civil, en especial la contractual -en franca rehumanización-, hoy en día se tiene admitido que el acreedor de la indemnización, en aras de ejercer íntegra, extensiva y prudencialmente su derecho de crédito, debe observar una conducta proba, *a fuer* que diligente, honorable y leal con su deudor, con miras a que el daño no se dilate más, en perjuicio suyo.

Suficiente con el daño ya irrogado, para que 'doblemente' tal deudor deba asumir más pérdidas (gravosidad progresiva), si éstas pueden evitarse, atenuarse o reducirse, merced a la adopción de medidas razonables, oportunas y diligentes de parte del mencionado acreedor, quien no tiene el privilegio, *mutatis mutandis*, de 'cruzarse de brazos', de esperar, desde su confortable sitial, a que su deudor se empobrezca más, acercándose a su ruina, en algunos casos.

Actitud tan pasiva y desinteresada, no es pues edificante, ni virtuosa, ni de envidiar, y menos de incentivar o estimular. En cambio, de raíz, es antijurídica, y merecedora de frontal reproche jurídico-social, además por quebrantar los cimientos de la cooperación, de la solidaridad, del respeto por lo ajeno, por el otro u otros y nuevamente de la aquilatada buena fe.

No en vano, el profesor uruguayo JUAN BENÍTEZ CAORSI, al hilo de lo manifestado por el autor FUENTES GUIÑEZ, gráficamente registra que, "El deber de evitar o mitigar el daño se explica coloquialmente diciendo que la víctima no debe quedarse sentada y no hacer nada para minimizar las pérdidas que fluyen de un mal, sino muy por el contrario, debe hacer todo lo necesario para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiera cumplido o el ilícito no se hubiera producido…. Actualmente se requiere del damnificado una

[180] GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, "El principio de cooperación en la contratación", en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Pamplona, Civitas y Thomson Reuteurs, 2009, pp. 423 y ss.

participación activa, dirigida a atenuar las consecuencias dañosas provocadas por el hecho ilícito"[181].

Y lo propio, más lozanamente, expuso el profesor salmantino EUGENIO LLAMAS POMBO, al concluir que "Del principio general de actuación con arreglo a la buena fe…., deriva directamente el deber o carga de la víctima de mitigar los daños y de impedir que éstos se agraven (*duty of planitiff to minimise domage*). Y ello funciona tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual respecto del acreedor frustrado, quien viene obligado a adoptar las medidas necesarias para reducir la pérdida resultante del incumplimiento y, de no hacerlo, verá reducida la indemnización de los daños y perjuicios. La buna fe, en efecto, impone que el perjudicado no pueda exigir la reparación por los daños que hubiera podido eliminar con operaciones o tratamientos que entren dentro de los límites razonables, o medidas que no entrañen para el perjudicado sacrificios desproporcionados o que no le coloquen ante nuevos riesgos"[182].

Y también lo hizo en su oportunidad, en el Derecho colombiano –sólo por vía ejemplificativa–, el profesor JORGE SUESCÚN MELO, al recordar que, "Es sin duda necesario -desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico- establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la causación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se deprenden del incumplimiento del deudor le serán íntegramente reparadas….".

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

"En síntesis…, según….el principio de ejecución de buena fe de los contratos [se] obliga a la parte que ha sufrido un demérito patrimonial como consecuencia del incumplimiento de su cocontratante, a actuar con celeridad, buen juicio y previsibilidad para aminorar tanto como le sea posible sus propios daños o para impedir su propagación, extensión o permanencia. Es ese comportamiento providente el que legitima al damnificado para obtener la reparación de los perjuicios"[183].

Por lo tanto, se entiende entonces que esta nueva mirada y concepción, de suyo más envolvente, recta y rehumanizante de la responsabilidad civil o del Derecho de daños, tenga carta de ciudadanía en la actualidad en el Derecho comparado y en el Derecho patrio, incluso en el ámbito jurisprudencial, motivo por el cual no es de extrañar que en el nuevo milenio haya sido abrazada por la jurisprudencia colombiana, en más de una ocasión, en prueba de sus bienhechora y justiciera justificación y alcances, a lo que se agrega, por su importancia, el

---

[181] JUAN BENÍTEZ CAORSI, "La obligación de minimizar el daño", en *Legislación, Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 1, Montevideo, La Ley Uruguay, 2008, pp. 7 y 8.

[182] EUGENIO LLAMAS POMBO, *Manual de derecho civil. Derecho de daños*, Vol. VII, La Ley y Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 198.

[183] JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, T.I, 2ª ed., Universidad de los Andes y Legis, Bogotá, 2003, p. 206 y ss.

carácter general con el que lo ha hecho, precisamente en atención al principio basilar de la buena fe.

Así, la Corte Suprema de Justicia, diáfanamente corroboró en este siglo que:

> "*...resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido". "Siendo ello así, ningún desafuero se aprecia en la interpretación que el Tribunal hizo del artículo 1033 del Código de Comercio, pues ciertamente el ejercicio "negligente" –en el sentido de tardío– que ese juzgador atribuyó a la actora respecto de los derechos consagrados en ese precepto, bien podía dar lugar a inferir que la propia demandante había contribuido en la producción o agravación del daño cuya reparación ella persiguió en este asunto y, de esta manera, a aplicar el artículo 2357 del Código Civil, reduciendo la indemnización que se impuso a la demandada Distribuidora Petrofert Limitada, o a estimar, desde otra óptica, relacionada con la anterior pero diversa de ella, que la aquí demandante no se encontraba legitimada para reclamar la totalidad del perjuicio que padeció si estuvo en la posibilidad de adoptar medidas razonables para aminorar o reducir las consecuencias dañosas del hecho ilícito que le endilgó a las demandadas"*[184].

Y pocos años después, la Corte Suprema también reiteró que:

> "*Sobre el particular, puntualícese que el deber de mitigación o atenuación, connatural al principio de reparación integral, propende porque la víctima tome las medidas que estén a su alcance para evitar que las consecuencias del daño aumenten o no se detengan; esto es, el lesionado tiene la carga de adoptar los correctivos razonables y proporcionadas que reduzcan las pérdidas, o impidan su agravación, ya que no hacerlo puede acarrearle la disminución de la indemnización reclamada*"[185].

De igual forma, en sentencia del 15 de febrero de 2021, la Sala Civil de la Corte Suprema, de nuevo reafirmó su parecer sobre el particular, haciendo, para ello, un ilustrativo -y evolutivo- recorrido por la jurisprudencia de la misma, la que por su completitud, *in extenso,* a continuación se reproduce -naturalmente en lo aplicable a este asunto-, en la que no sólo refiere al deber de mitigar el daño, sino también, ello es medular, al de evitarlo (adopción "…de *medidas tendientes a evitar su consumación"*).

> "***2.3. Deber de mitigación del daño propio***

[184] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de diciembre de 2010.

[185] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de marzo de 2018.

*"….2.3.1. La buena fe, en su vertiente objetiva, ordena a los sujetos de la relación obligatoria que desplieguen un comportamiento acorde con los estándares exigibles a cualquier persona puesta en las mismas circunstancias, que se expresa por medio de deberes secundarios de conducta, también conocidos como obligaciones accesorias o colaterales. Significa que este principio ético «actúa como regla de conducta, que origina la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine 'buena fe-lealtad'», que tiene las siguientes características:"*

*"a) Se trata de un deber de conducta impuesta al sujeto, con un contenido eminentemente ético. b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo. e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico, o sea un prototipo de conducta social media. f) El stantard jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto".*

*"2.3.2. En punto al débito indemnizatorio, se ha considerado que la víctima actúa acorde con la buena fe cuando evita una posición pasiva de cara al daño sufrido y, en su lugar, adopta todas las medidas tendientes a evitar su consumación o agravación. En un giro diferente, el acreedor debe «adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió»".*

*"Tal deber ha recibido la denominación «mitigación» o «atenuación del daño», y encuentra reconocimiento expreso en los artículos 7722 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y 7.4.8. (1) de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales".*

*"En Colombia su aplicación se ha consentido por vía jurisprudencial, justamente, en unos primeros pronunciamientos, la Corte fijó como subregla que el quantum indemnizatorio debe disminuirse en los eventos en que la víctima haya creado un escenario favorable a la ocurrencia del daño o su propagación: «[el] demandante con sus omisiones creó un escenario altamente propicio para la generación del resultado que afectó su patrimonio, es decir generó un evidente estado de riesgo que vino a ser agravado por la conducta omisiva de la demandada, habrá de reducirse la condena en contra de la parte demandada» (SC, 3 ag. 2004, exp. n.° 7447; en el mismo sentido SC, 6 ab. 2001, exp. n.° 6690)".*

*"Años más tarde habló expresamente de la carga de mitigación o atenuación, en los siguientes términos:"*

*"En el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo... El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las*

*personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan - sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia..."*

*"En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido".*

*"Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como "una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que descono[ce] al otro [e] ignor[a] su particular situación, o sus legítimos intereses, o que est[á] dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido" (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda (SC, 16 dic. 2010, rad. n.° 1989-00042-01)".*

*"Tesis reiterada en época cercana:"*

*"Puntualícese que el deber de mitigación o atenuación, connatural al principio de reparación integral, propende porque la víctima tome las medidas que estén a su alcance para evitar que las consecuencias del daño aumenten o no se detengan; esto es, el lesionado tiene la carga de adoptar los correctivos razonables y proporcionadas que reduzcan las pérdidas, o impidan su agravación, ya que no hacerlo puede acarrearle la disminución de la indemnización reclamada (SC512, 5 mar. 2018, rad. n.° 2005- 00156-01)".*

*"2.3.3. Aplicadas estas consideraciones a una eventual sentencia sustitutiva, el colofón al cual se arribaría es que el demandante, en lugar de tomar medidas para evitar los perjuicios por lucro cesante futuro, actuó con dejadez e incidió negativamente en su extensión".*

Finalmente, en los terrenos de los ilustrativos instrumentos internacionales y de la principialística misma, igualmente se constata análoga -y arraigada- tendencia, de lo que se colige que no es una aproximación aislada, ayuna de acogimiento y solidez.

En esta dirección, la afamada Convención de Viena del año 1980, relativa a la compraventa internacional de mercaderías, por lo demás incorporada al Derecho interno colombiano -con todo lo que ello supone-, en su artículo 77, expresa que "La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento".

A su vez, los reputados Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, en su artículo 7.4.8 ('Atenuación del daño'), disponen: "1. La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido

reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. 2. La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonable efectuado en un intento por reducir el daño".

Y a su turno, el artículo 109 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, titulado: 'Mitigación de los perjuicios', prescribe: "(1) La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor no adopta las medidas que, de acuerdo con la buena fe, son razonables para mitigar el perjuicio. La reducción corresponde a la cuantía en que hubiere podido mitigarse. (2) El acreedor tiene derecho a la indemnización de lo que haya invertido en las medidas de mitigación, aun cuando éstas hayan sido infructuosas" (se destaca).

**2.3. Medidas encaminadas a la mitigación o atenuación del daño y sus primordiales efectos. Especial mención a la medida u operación de remplazo adoptada por el acreedor**

En un todo de acuerdo con lo ya analizado, y a fin de culminar el presente apartado, resulta de sumo interés examinar más en detalle, justamente por la importancia que este tema reviste en la decisión que ocupa la atención del Tribunal, una de las medidas que, *en la praxis*, a más de utilizada con fruición y frecuencia, cumple cabalmente con la filosofía y con la teleología que inspira la figura del deber de mitigar el daño en cabeza del acreedor.

La determinación de las medidas razonables para mitigar el daño es una cuestión de hecho que dependerá tanto de los usos, como de las prácticas establecidas entre las partes y la conducta de lo que haría o hubiese hecho en una situación similar una persona de la misma posición y similares circunstancias a la que debe tomar tales medidas.

Este Panel Arbitral se refiere, en efecto, a la denominada operación de remplazo, una de las medidas más socorridas por parte de los acreedores, con miras a evitar que el *quantum* del daño (*quantum respondetur*), sufra alguna mengua, asegurando, de esa manera, una adecuada indemnización del daño experimentado, tanto en beneficio del titular del crédito, pero igualmente del deudor, operación ésta que, por su significado, adopta unilateralmente el acreedor (*motu proprio*), sin que sea necesario esperar una directriz ajena, o una orden o determinación de la autoridad competente, por vía de ejemplo un juez.

Al respecto, con claridad meridiana, anticipadamente el profesor español ANTONIO MANUEL MORALES, ilustra que "Las medidas concretas de mitigación del daño, que resulten razonables en cada caso, pueden ser muy variadas….Sin embargo, la operación de reemplazo es una medida paliativa típica en la mitigación del daño, aunque no sea la única posible… La operación de reemplazo es, sin duda, un derecho del acreedor, en caso de incumplimiento del contrato; una medida de autotutela, y una vía de satisfacción del interés del acreedor que facilita la liquidación y prueba del daño. Pero también un medio típico y razonable para mitigar los efectos dañosos del incumplimiento. Su ejecución, en los casos en los que resulta razonable, es una carga del acreedor… La operación de remplazo consiste, propiamente, en la celebración de un nuevo contrato, similar al incumplido, a través del cual el acreedor pueda satisfacer directa o indirectamente su interés".

La profesora ANA SOLER PRESAS, destaca que la celebración de una operación de reemplazo o "negocio de cobertura de mercado" es la conducta mitigadora por excelencia[186]. La autora define el negocio de cobertura o reemplazo como:

[186] SOLER PRESAS, ANA, "Artículo 77", en Luis Díez – Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 625. VIDAL

> *"…aquel celebrado por el acreedor que resuelve el contrato original con el fin de satisfacer su interés de cumplimiento, esto es, de obtener una prestación sustituta de la inicialmente pactada. Es un negocio celebrado en exclusivo interés del acreedor de la indemnización pero a costa del deudor incumplidor…"*[187].

En el Derecho colombiano, la denominada "operación de reemplazo" se encuentra regulada en la Ley 518 de 1999, aprobatoria de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual perfectamente puede ser aplicable por analogía a contratos nacionales, tomando como base para ello el artículo 8º de la Lay 153 de 1887, postura que además encuentra recibo en la doctrina nacional[188].

Como bien explica el profesor JAIME ALCALDE SILVA, la operación de reemplazo presenta dos características, que son: a) El propósito práctico con el cual se concluye el nuevo contrato, pues "La causa que motiva su celebración debe ser necesariamente el deseo de cubrirse del incumplimiento. El negocio de cobertura tiene así una funcion clara y exclusiva: tapa el incumplimiento el deudor y resguarda el interés del acreedor. Ella sirve para discriminar entre aquellas situaciones en que el acreedor celebra un negocio con una finalidad relacionada de manera directa o indirecta con el incumplimiento y el supuesto en que el nuevo contrato guarda una correspondencia más o menos exacta con el incumplido en funcion sustitutiva"[189]; y b) La prestación sustitutiva se obtiene de un tercero, y que tal como explica el autor: "En la operación de reemplazo, la prestación es ejecutada por un tercero con el que el acreedor contrata para ese fin, puesto que éste no es quien debe proveerla según el contrato incumplido. Este segundo contrato se celebra así en interés del propio acreedor, y nunca a nombre y por cuenta del deudor. Hay por consiguiente dos contratos: uno incumplido, concluido entre el primer

---

OLIVARES, ÁLVARO, "El cálculo de la indemnización del daño y la operación de reemplazo en la compraventa internacional", en Alejandro Guzmán Brito, (ed.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Ediciones universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2008, p. 390. VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, "La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento", en Alejandro Guzmán Brito (ed.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2007*, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 444. El autor señala que: "En este caso, la cuantía de la indemnización queda fijada por la diferencia entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo, si perjuicio de los otros daños indemnizables conforme al artículo 74 CV". También en el sentido de asumir a la operación de reemplazo como una conducta mitigadora: MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 182. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *Claves de la modernización del Derecho de contratos*, Ibáñez – Centro de Estudios de Derecho Comparado, Bogotá, 2016, pp. 103 a 104. CONTARDO GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO, *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 437.

[187] SOLER PRESAS, ANA, "Artículo 75" "Artículo 76", en Luis Díez – Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 613.

[188] CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO, *Contratos. Notas de clase*, Legis, Bogotá, 2021, p. 48. También en sentido de aplicar dicha ley por analogía a otros contratos en el derecho nacional, se pronunció un laudo arbitral. Cfr. Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal arbitral Socios Online S.A.S. contra GNP Grupo Nacional de Proyectos S.A.S., 21 de diciembre de 2021.

[189] ALCALDE SILVA, JAIME, *Incumplimiento y reemplazo, bases para una teoría general de la operación de reemplazo en derecho español*, Universidad de Valencia, Valencia, 2013, p. 178.

deudor y el acreedor insatisfecho; y otro de cobertura, celebrado entre ese acreedor y un tercero que se compromete a ejecutar la prestacion incumplida del primero"[190].

Tal operación de reemplazo puede ser llevada a cabo tanto por el vendedor (venta de reemplazo) como por el comprador (compra de reemplazo), según lo dispone el artículo 75 de la Convención, norma conforme a la cual si se resuelve el contrato y cualquiera de los dos la efectúa en un plazo razonable después de la resolución, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74[191]. Ahora bien, a la indemnización integral por parte del perjudicado, se puede acceder en el Derecho nacional, por virtud del artículo 16 de la Ley 446, conforme al cual dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de los daños atenderá los principios de reparación integral y equidad.

Las razones que pueden llevar a cualquiera de los dos contratantes a celebrar una operación de reemplazo son variadas. Entre ellas, se encuentra evitar que los bienes se deterioren, como por ejemplo si el comprador incumpliere la obligación de recepción, en eventos en que para el vendedor resulte costoso matenerlas ante una negativa injustificada del comprador de recibirlas, o para el comprador, cuando el vendedor no hubiere entregado las mercancías, y estas se necesitaren para adelantar un proceso de producción que no puede interrumpirse, no incumplir contratos celebrados con terceros, etc. Se asume que el artículo 77 puede obligar a ejecutar una operación de reemplazo, si esta sirve para evitar la pérdida derivada del incumplimiento y la intención del acreedor no es resolver el contrato. Igualmente, indica como conducta mitigadora la operación de reemplazo si con ello la pérdida resulta menor a la calculada[192].

En varios casos se ha admitido que la venta o compra de reemplazo es una conducta mitigadora. Así, en un fallo a propósito de un contrato de venta de zapatos en los que el vendedor declaró resuelto el contrato y vendió los zapatos a minoristas ante el incumplimiento del comprador en el pago del precio y el otorgamiento de garantías solicitadas[193].

También ha sido considerada una conducta mitigadora el contratar con un tercero la entrega de bienes que no fueron entregados a tiempo al comprador. A propósito de un contrato celebrado entre una empresa canadiense (vendedora) y una empresa de los Estados Unidos

---

[190] ALCALDE SILVA, ob. cit., p. 179.

[191] "Si el comprador obtiene mercaderías de reemplazo, o el vendedor encuentra otro adquirente (lo que la convención denomina una compraventa compensatoria) en un plazo suficientemente breve, se dispone de un elemento objetivo para evaluar el perjuicio eventualmente sufrido. El art. 75 fija el monto de los daños y perjuicios en la diferencia de precio entre el del contrato y el de reemplazo; por lo tanto sólo habrá lugar a daños y perjuicios por parte del deudor, en relación con el valor de las mercaderías en la medida de una diferencia desfavorable". AUDIT, BERNARD, *La compraventa internacional de mercaderías*, traducción de Ricardo de Zavalía, Zavalía, Editor, Buenos Aires, 1994, p. 203.

[192] SCHWENZER, INGEBORG, "Article 77", en Ingeborg Schwenzer (ed.), *SCHLECHTRIEM & SCHWENZER Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 1108.

[193] OLG Düsseldorf; 17 U 146/93, 14 de enero de 1994, clout nº 130, disponible en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html.

(compradora) para la producción y entrega de moldes para la fabricación de partes de automóviles, en el que el vendedor se retrasó en la producción, ante lo que el comprador debió encargar a otro productor la fabricación de los moldes a fin de entregar a los compradores finales las piezas en el tiempo debido. El comprador reclamó y obtuvo los costos extras ocasionados por el cambio de productor, además de los daños por incumplimiento de la garantía puesto que algunos de los moldes no eran conformes a las especificaciones contractuales[194].

Hechas las anteriores consideraciones, procede el Tribunal a analizar las pruebas, con el fin de establecer cual fue el daño producido por el incumplimiento contractual de parte del Convocado, como también las razones que llevaron al Convocante a que decidiera reemplazar la fachada, en virtud de una conducta mitigadora del incumplimiento contractual por parte del primero, y también evitacional respecto de daños ulteriores de índole patrimonial.

### 2.4. El daño causado y la responsabilidad de EXIPLAST

Según el concepto brindado por C.P. CONSULTING S.A.S., quien fuera designada por Liberty Seguros S.A., para el reconocimiento del siniestro a favor de PROCOMSA, de fecha 15 de febrero de 2019, se prueba la existencia de los siguientes daños de responsabilidad de EXIPLAST S.A.:

> ***"16. CONCEPTO TÉCNICO***
>
> *De acuerdo con la información obtenida en la visita de inspección a la obra, así como, lo manifestado y documentado por el asegurado y el afianzado, en la fachada del Centro Comercial Ecoplaza del Mosquera (Cundinamarca), se presentan los siguientes problemas:*
>
> 1. *Suciedad en la parte interna de los paneles, por presencia de partículas de polvo y agua.*
> 2. *Separación entre paneles en la zona de junta con elemento de aluminio.*
> 3. *Descenso de paneles en la fachada norte y desprendimiento de elementos de borde que amenazan con caída.*
>
> *Para cada uno de los puntos se tiene lo siguiente:*

- ***Para el punto 1: una vez revisadas las fichas técnicas, las especificaciones del sistema, no se encuentra que éste indique que el panel por si solo es totalmente hermético. Al revisarlo, en la visita técnica y en la reunión del 07 de diciembre de 2018 en las oficinas del asegurado, se observó una malla en los bordes inferior y superior del panel que permite el ingreso de partículas y de agua.***

[194] *Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc., Ontario Court, General Division*, 16 de diciembre de 1998, Canadá, disponible en: http://www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg. En apelación: *Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc.*, *Ontario Court of Appeal*, 26 de enero de 2000, Canadá, disponible en http://www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg.También en otro caso se admitió que el comprador debe realizar una compra de reemplazo si es razonablemente posible, *Bundesgericht*, Suiza, 17 de diciembre de 2009, disponible en: http://www.iicl.law.pace.edu/cisg/cisg.

***De esta forma, frente a las condiciones de la estructura general de la edificación, la cual se caracteriza por contar en su exterior con paneles equivalentes en las fachadas internas del centro comercial, se identifica que los paneles instalados no son capaces de tener hermeticidad frente a partículas de polvo tan finas como los son las de CO2 (Dióxido de Carbono), residuo contaminante resultante de la combustión de los vehículos que transitan frente a la fachada que queda sobre la carrera 3 del municipio de Mosquera, siendo dicha calle la vía principal de entrada y salida desde el municipio de Funza hacia la ciudad de Funza.***

*Se debe aclarar que los paneles internos son brillantes, y los externos de la fachada objeto de la reclamación son mate, tonalidades que no están en discusión.*

*Como lo indicó la arquitecta de parte del afianzado en la visita técnica, el conjunto total de paneles unidos si son herméticos,* ***más los paneles individuales no, sin embargo, el asegurado contrató un sistema integral****. (…)*

- ***Para el punto 2:*** *de primera mano se descartó que las vibraciones generadas por el tráfico pesado vehicular sean causa eficiente de las fallas, como intentó sustentarlo el afianzado durante la visita, ya que cómo se le explicó en la visita técnica, es casi imposible que este efecto se presente porque no existe tráfico pesado, ni se desarrolla velocidad (no circulan automotores con más de 5 toneladas por eje, y la velocidad frente al centro comercial no supera los 20 km/h) suficiente que transfiera el daño al pavimento, y, por ende no se genera una vibración excesiva.*

  ***En la zona se presentan temperaturas de punto de rocío, en las mañana y noches de cerca de 2 C° y en horas de la tarde de cerca de 28 C°, presentando así una diferencia de temperaturas del orden de 25 a 26 C****°.*

  *En la visita técnica se detectó que al sistema de fijación le hacen falta varios anclajes, 1 o 2 por sistema, y el sistema de presión de los paneles en algunas partes está presentando fallas, al perder la fuerza de rozamiento que hace que los paneles estén unidos****. De todas formas, el sistema presenta un descenso del orden de 2 cm es decir 20 mm, que es 19 veces mayor a la dilatación del borde en aluminio de un panel.***

- ***Para el punto 3:*** *se tiene que en la fachada norte, donde ya se desprendió o descendió una lámina de borde, se identificó que en la parte posterior de la fachada, la lámina de borde no confina el sistema, es decir, el elemento de borde que encierra el sistema se encuentra colgando, sujetándose de los paneles, lo cual significa que las piezas de confinamiento bajaron por causa del descenso de los paneles, debido a la pérdida de sujeción en el elemento que debería estar presionando los paneles.* ***En resumen, el sistema está trabajando de forma contraria a la correcta.***

  *En esta zona –fachada norte- el paso de vehículos es menor, por lo que no hay vibración, y, se presenta un aparente problema de asentamiento en las columnas de fachada por fisuras de media luna en las placas de entrepiso, para este movimiento del edificio se esperaría una respuesta diferente de la fachada, ya que se comprometería su sistema de fijación como tal y no la unión por presión de los paneles, siendo esto último lo que se evidenció durante la visita de inspección.*

  ***En tal orden de ideas, en el sistema ejecutado y entregado por el afianzado, se presenta una falla en los elementos de sujeción de paneles por presión, como***

***también en el elemento de borde que se sujeta al panel, motivos por el que en la actualidad existe amenaza de caída en la fachada norte, sumado a que en la fachada oriental ya se presentan pequeños movimientos****.*

*El afianzado debe garantizar estos ajustes, porque son su responsabilidad directa, la cual se extiende al sistema de fijación del conjunto y no solo a los paneles.* ***Por otro lado, frente a la suciedad de cada panel, es muy probable que el sistema presenta esta falla frente a ambientes muy agresivos para partículas de polvo y de partículas de dióxido de carbono, al igual que el ingreso de agua****"*[195]*.*

Daños corroborados con el dictamen pericial de parte que obra en el expediente, en que se indicó:

*"El sistema Danpalon instalado presenta las siguientes afectaciones y deficiencias:*

1. ***Desplazamiento vertical de los paneles de policarbonato reflejándose dilataciones entre estas en el sentido vertical.***

2. ***Se cambió la especificación del conector del sistema de policarbonato por aluminio afectando el comportamiento del sistema de conector del panel de policarbonato.***

3. ***La contaminación y condensación interna en las multiceldas de los paneles de policarbonato degradan externamente los tonos de los colores de los paneles reflejándose y visualizándose una fachada sucia, deteriorada y envejecida.***

4. ***Por la configuración y tamaño de las multiceldas, prácticamente se imposibilita el mantenimiento garantizado el retiro de la contaminación y polvo de tal manera que queden totalmente limpias, asimismo, que para realizar dichas actividades necesariamente se requiere desmontar los paneles de policarbonato, poniendo en riesgo el producto, afectando la circulación y el aspecto estético del centro comercial.***

5. *Se presentan deficiencias de diseño técnico y constructivo del sistema ofrecido por EXIPLAST por cuanto no se lograron los resultados ofrecidos.*

*Para concluir, la recomendación es el cambio de las fachadas por panel de policarbonato termosellado o por otro tipo de material como podría ser vidrio"*[196]

---

[195] "Cuaderno de Pruebas. Carpeta "08_LibertySeguros_aporta_Informe_20220519".

[196] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA.pdf", pp. 42 y ss.

## 2.5. Necesidad del cambio de la fachada

En este mismo dictamen, se indicó que no existían medidas correctivas técnicas viables que permitieran reparar los daños, por lo que sugirió *"el cambio total de los paneles por unos que garanticen la impermeabilidad, que impida el ingreso de polvo y micropartículas, asimismo, evite el moho, contaminación y condensación"*[197]. Situación que se acredita con las siguientes testimoniales:

En el testimonio rendido ante el Tribunal en audiencia del 13 de mayo de 2022, el Sr. LEONARDO FABIO OCAMPO VELOZA manifestó:

> *"DR. DÍAZ: Podría usted indicarnos si conoce o sabe cuáles fueron las razones o motivos que llevaron a Procomsa a tomar la decisión de cambiar la fachada del Centro Comercial?*
>
> *SR. OCAMPO: [01:13:02] Sí, señor. Creo que los he relatado acá durante esta hora y media que llevo ya en la reunión.* ***Uno fue la mala post venta que se tuvo porque tuvimos un mal servicio para atender nuestras reclamaciones****. Dos, fue por los daños que tuvimos continuamente, si bien recibimos la fachada en mayo, antes de recibirla ya teníamos un aviso en noviembre, fue los continuos daños y la proyección de daños que venían a futuro.*
>
> ***La otra es, si ustedes se dan cuenta en la foto que yo les mostré antes del desmonte, la apariencia cambia muchísimo, este es el antes y este es el después. Entonces, la apariencia es importante para la fachada del centro comercial****, y la 4.ª sería la dificultad del mantenimiento, el mantenimiento se vuelve inmanejable y la última es que la cara del centro comercial es la reputación que tiene el centro comercial en el sector y al verse envejecido se ve afectada. Creo que esas son las causas primordiales, de pronto habrán más, pero que yo conozca serían esas"*[198] (se destaca).

Por su parte, la Sra. JULY CAROLINA VELA, en testimonio rendido en audiencia el 16 de mayo de 2022 manifestó al respecto:

---

[197] *Ibidem.*

[198] Cuaderno de Pruebas. Carpeta 9. Archivo "134053 LEONARDO FABIO OCAMPO VELOZA 2022 05 13.docx"

*"DR. DÍAZ:[00:21:12] Señora Carolina, sabe usted qué motivó a Procomsa como propietario del centro comercial a cambiar esta fachada? Y si sabe cuándo se cambió? ¿Y por qué tipo de fachada se cambió?*

*SRA. VELA: [00:21:29**] La razón es un poco, disculpen el atrevimiento de la palabra, obvia, la fachada de nosotros estaba como les decía, totalmente deteriorada, parecía vieja, sucia, no la pudimos limpiar entonces en vista de esto, en los comités de mercadeo de las personas que opinaban la empresa decidió cambiarla por la imagen del centro comercial**. Eso se hizo en el 2020, más o menos en junio empezaron a hacer el cambio y se cambió por una fachada de vidrio"* (se destaca).

*(…)*

*"DR. DÍAZ: [00:22:16] Sabe usted si las dos fachadas se cambiaron?*

*SRA. VELA: [00:22:20] Sí, las dos fachadas se cambiaron.*

*DR. DÍAZ: [00:22:23] Por qué elemento se cambió?*

*SRA. VELA: [00:22:26] Como le decía la principal, la que me acaba de mostrar en la foto se cambió por vidrio y la otra se cambió por aluminio, creo que es el material; disculpe, no me sé el material técnico, es una fachada gris, pero no tengo el material técnico cual sea"*[199].

Adicionalmente, en testimonio de la Ing. PAULA LUCIA PINZÓN GARCÍA, rendido en audiencia de 13 de mayo de 2022, al que ya se hizo alusión anteriormente al analizar las pruebas relacionadas con la pretensión segunda, en apartado que vale la pena volver a traer a colación, manifestó, que a propósito de los defectos presentados en la fachada del Centro Comercial, se vieron en la necesidad de cambiarla:

*"(…) Entonces vienen cartas, vienen con Exiplast ellos vienen, nos dice y hubo un correo, un correo en que Exiplast me dice mire Paula aquí ya vimos que esto no se decoloró pero nosotros vemos que podría haber una solución es que por qué no cogemos y aprovechamos el aluminio que está del sistema bajamos esos paneles y cambiamos el panel por uno nuevo entonces, cómo así que nosotros que compramos un producto para una durabilidad de diez años en el año 2017, me está mandando*

[199] Cuaderno de Pruebas. Carpeta 9. Archivo "13453 JULY CAROLINA VELA CARDENAS 2022 05 16.docx".

*correo y me están diciendo y me están viniendo a la oficina porque nos reuníamos y me dicen oiga, venga, una posibilidad es que cambiamos el policarbonato, que cambiemos los paneles, que cojamos el mismo sistema de aluminio y le cambiamos el policarbonato, que porque ahora nos han salido uno más, unos más vistosos y lo mismo vuelven y me lo dicen.*

*Entonces nosotros en el desespero porque todos los clientes nos decían oiga, pero mire esa fachada de un centro comercial nuevo y una fachada pues terriblemente que parece de 20 años, vieja, horrible entonces en el 2018 nosotros Daniel Espinosa me dice Oiga, vaya, pregúnteles a ellos a ver si esa fachada se puede voltear, voltear era que por el revés estaba más vistosa y no se veía, pues no se veía tan contaminada y por ende por fuera sí se veía así entonces voltear, entonces yo los me reunimos, nos reunimos con ellos allá y le dijimos oiga, se puede voltear ellos dijeron oiga eso técnicamente sólo se puede voltear, porque primero que todo es la película softline que es la que la que protege los rayos UV está por fuera y entonces usted la voltea, pues obviamente se la va a poner, se le ve, pero adicionalmente se iban a ver la ranura del standing.*

*Sí, o sea, la unión entre un panel y otro se iba a ver y entonces no, pues no iba a estar bien. Y segundo, que todo, todo ese material apenas yo lo bajara, pues todos los huecos que pues, o sea toda la forma de anclaje se iba a ver y entonces iba a ver por el revés, entonces eso no se podía voltear y vuelve en el 2018 y me dice sabe qué aquí tenemos otro producto nuevo. Entonces venga porque una opción que nosotros vemos es que compren ese producto y cambiamos el panel de policarbonato.*

*Entonces ahí si nosotros ya dijimos como así que yo contrato un producto para diez años y en tres años, en el año entregado en el 2014 y en el año 2017, en el 2018 me están diciendo cambie y me compre otro material, cámbielo dentro de seis y bueno, esto ya no tiene solución no y fuera de eso el mantenimiento y para bajar, para hacer el mantenimiento que me estaban proponiendo, pues hay que bajar la fachada.*

*Entonces eso no es lo usual cuando uno compra una fachada o sea que tal es en ese edificio de oficina es un edificio recubierto en vidrio y yo para hacer el mantenimiento tengo que bajar todo el sistema de vidrio y descubrir todas las oficinas para poder limpiar. No podía ser entonces simplemente ahí nosotros tomamos la decisión de verificar que eso no funcionaba y reclamamos a la compañía de seguros. Y entonces mandamos dos a comprar en el 2018, en noviembre del 2018 reclamamos a la compañía de seguros y en febrero de 2019 la compañía de seguros después de mandar un ajustador haberlos entrevistado a nosotros, haberlos entrevistado a ellos.*

*Entonces ahí en ese momento ya la compañía de seguros, pues nos paga la póliza, nos paga la reclamación y nos paga la póliza de estabilidad entonces sin embargo, pues ya nosotros con esa póliza estabilidad ya vimos los clientes, todos los inquilinos empiezan a quejarse, oiga, pero otra vez es a ese centro comercial que tiene cuatro años. Como esta fachada está así, esto no es bueno para la imagen de la compañía entonces pues nosotros tomamos la decisión y empezamos a verificar el mercado, a ver qué producto podemos poner. Y entonces volvimos y cotizamos con la competencia*

*de Exiplast que es Arcos, una de las competencias que también son expertos en el tema.*

*Y entonces yo les dije sabe qué eso no sirve si usted va a reemplazar esa fachada, tiene que bajar todo, es aluminio, ya no le sirve, hay que bajar todo. Y después tomamos la decisión de que es un activo muy importante para nosotros y no se podía ver mal y teníamos que tener a nuestros inquilinos contentos y entonces lo que hacemos es simplemente cambiar la fachada empecemos una licitación y cambiamos la fachada por vidrio.*

*Pero en ese entretanto lo que nosotros hacemos es decir bueno, pues contratemos un perito para que verifique no solamente el estado de la fachada antes de bajarla, sino cuando la bajamos y verifique qué es lo que pasa y que rinda un informe. Y efectivamente, en el momento que contratamos a las personas a la firma que nos instaló el vidrio, entonces lo que hicimos es primero bajamos el aviso, el aviso estaba sostenido a eso tenía un aviso, pues también ahí les aviso, estaba sostenido de detrás de la estructura metálica que había, que también sostenía el policarbonato. Bajamos ese aviso y nos fijamos, trabajamos elemento por elemento, inventamos elemento por elemento, con fotografías, con videos y ya con eso, pues dejamos todas las pruebas de todo lo que había antes, de lo que había en la construcción y cambiamos nuestra fachada y así, bien, pues ese, esa es como la historia de lo que pasó entonces ya después de cambiar la fachada, pues nos decidimos a demandar y por eso estamos aquí eso es*[200].

Por último, es de observar que en el asunto que detiene la atención del Tribunal, no se observa una actitud manifiestamente abusiva, antijurídica o irrazonable de la Convocante por el hecho de haber llevado a cabo la operación de remplazo en mención, entendida ella como una medida o procedimiento lícito del acreedor, reflejo del deber de cooperación frente al deudor (la Convocada), al mismo tiempo que aplicación inequívoca de la buena fe contractual, conforme se reseñó con anticipación, y de la solidaridad negocial, en esencia.

Por consiguiente, se trata de una actuación que, enmarcada en la precitada buena fe, entre otros postulados más de especial raigambre, según se delineó, propendió por evitar la extensión y la propagación del daño irrogado a la Convocada por el incumplimiento de la obligación de resultado radicada en cabeza de la Convocada, según se indicó, impidiendo, de ese modo, que dicho daño avanzara progresivamente, tanto en perjuicio del acreedor como del mismo deudor.

Expresado en otros términos, adoptar las medidas encaminadas a la referida mitigación, persigue un doble objetivo, rectamente examinada esta institución. De un lado, evitar que el afectado -o el lesionado- se exponga a unos perjuicios mayores, con clara incidencia jurídico-patrimonial y, del otro lado, que el agente del daño (deudor) se perjudique más, por la eventual amplificación del mismo, en clara muestra de que los efectos bienhechores de mitigarlo, son de doble vía (bifrontes).

[200] Cuaderno de Pruebas. Carpeta 9. Archivo “134053 PAULA LUCIA PINZON GARCIA 2022 05 13.docx”.

De ahí que, en puridad, como ya se anticipó, no es forzoso que el acreedor cuente con el asentimiento del deudor para adoptar válidamente las medidas enderezadas a la descrita mitigación, pues es probable que dicha autorización, o no se dé extrajudicialmente, o de darse, podría ser tan inoportuna y tardía, que se torne inútil, o por lo menos de poca utilidad remedial.

Ello explica que, si se procede de buena fe, a la vez que en forma razonable, vale decir de manera sensata, adecuada, balanceada, equilibrada, moderada, en una sola expresión, con buen sentido común, como procedería una persona razonable puesta en la misma situación fáctica, no hay porque impedir, obstaculizar o cuestionar que se actúe en dicha dirección, siempre y cuando, claro está, se haga con observancia del principio rector y supremo en comentario, y de la equidad, entre otros más.

En tales condiciones, es entendible que, como en el presente caso sucedió, se hubiera procedido unilateral e individualmente, proceder que, de conformidad con las circunstancias especiales que lo rodearon, y que quedaron acreditadas probatoriamente con antelación, no puede equipararse a un mero o puro capricho, a una arbitrariedad, y a un paladino abuso de la Convocante, sino a una medida que, ante todo, perseguía evitar un mal mayor para ella y también para la Convocada y, sobre todo, que permitiera operar el centro comercial en forma regular y ordinaria, sin los inconvenientes, limitaciones y vicisitudes derivadas de la problemática concerniente a la fachada, para nada adjetiva, o trivial, según se explicitó por parte del Tribunal.

Pretender lo contrario, esto es contar en todos y cada uno de supuestos con la previa aquiescencia del agente del daño -o del incumplidor-, haría nugatoria, o prácticamente inviable, la figura de la operación de remplazo, como medida aceptada por la ley, la jurisprudencia y la doctrina de cara al deber de mitigar el daño, a condición de que se torne razonable, se expresa nuevamente, juicio éste que, por el *modus operandi* inherente al deber de mitigación en comento, entre otros, se efectúa en el asunto en particular (subsunción fáctica *ex post*), teniendo en cuenta todas las circunstancias de tiempo, modo, y lugar correspondientes (juicio de razonabilidad).

Razonabilidad ésta que, por todo lo indicado, en opinión de este Tribunal, no se echa de menos en el *sublite*, con mayor razón cuando el remedio o remedios sugeridos por la Convocada, en principio, no tenían la virtualidad de superar, de plano, las diversas dificultades ya aludidas, no sólo por cuanto suponían cambiar el sistema existente por otro igual -o muy próximo-, ofrecido por la Convocada (Comunicación del 6 de julio de 2018 dirigida por Danpal a la Convocante, la que obra en el expediente, entre varias), sino porque dicha sustitución no era gratuita, sino que implicaba una importante erogación para la Convocada, la que en tales condiciones, finalmente, optó por adoptar tal medida, así su costo inicialmente fuera mayor, simetría que en todas las hipótesis no es posible lograr matemáticamente (absolutez), puesto que es necesario considerar cada asunto individual, no sólo en tiempo presente, sino en perspectiva de futuro (juicio de oportunidad y de temporalidad).

De hecho, de acuerdo con lo que se encuentra establecido en el campo probatorio en esta causa judicial, no existe prueba de que el reemplazo en cuestión, realmente, no hubiera solucionado la supraindicada problemática. Por el contrario, obran pruebas en sentido opuesto, las que no puede entonces soslayar este Panel Arbitral. Incluso, el reemplazo de de los paneles que conforman la fachada como una solución a los problemas que esta presentaban, fue un asunto que además lo advirtió DANPAL, mediante comunicación de junio

6 de 2018 remitida por la Directora Técnica Nacional, arq. LUISA FERNANDA AVENDAÑO MAZ al Centro Comercial Ecoplaza y la Ing. Paula Pinzón, en la puntualmente señala que:

> *"Después de realzar visita para verificar estado de la Fachada en 3Dlite del Centro Comercial Ecoplaza (…) Como recomendación veo más factible lo siguiente:*
>
> - *Retirar el panel existente.*
> - *Hacer los ajustes necesarios a los conectores de aluminio existentes.*
> - *Colocar nuevo panel y nuevos remates perimetrales"*[201].

De igual manera, sobre el particular, la Señora Paula Lucía Pinzón García, manifestó *in extenso* que:

> *"Entonces vienen cartas, vienen con Exiplast ellos vienen, nos dice y hubo un correo, un correo en que Exiplast me dice mire Paula* ***aquí ya vimos que esto no se decoloró pero nosotros vemos que podría haber una solución es que por qué no cogemos y aprovechamos el aluminio que está del sistema bajamos esos paneles y cambiamos el panel por uno nuevo entonces, cómo así que nosotros que compramos un producto para una durabilidad de diez años en el año 2017, me está mandando correo y me están diciendo y me están viniendo a la oficina porque nos reuníamos y me dicen oiga, venga, una posibilidad es que cambiamos el policarbonato, que cambiemos los paneles, que cojamos el mismo sistema de aluminio y le cambiamos el policarbonato, que porque ahora nos han salido uno más, unos más vistosos y lo mismo vuelven y me lo dicen.***
>
> ***Entonces nosotros en el desespero porque todos los clientes nos decían oiga, pero mire esa fachada de un centro comercial nuevo y una fachada pues terriblemente que parece de 20 años, vieja, horrible entonces en el 2018 nosotros Daniel Espinosa me dice Oiga, vaya, pregúnteles a ellos a ver si esa fachada se puede voltear****, voltear era que por el revés estaba más vistosa y no se veía, pues no se veía tan contaminada y por ende por fuera sí se veía así entonces voltear, entonces yo los me reunimos, nos reunimos con ellos allá y le dijimos oiga, se puede voltear ellos dijeron oiga eso técnicamente sólo se puede voltear, porque primero que todo es la película softline que es la que la que protege los rayos UV está por fuera y entonces usted la voltea, pues obviamente se la va a poner, se le ve, pero adicionalmente se iban a ver la ranura del standing….*
>
> ***Entonces ahí si nosotros ya dijimos como así que yo contrato un producto para diez años y en tres años, en el año entregado en el 2014 y en el año 2017, en el 2018 me están diciendo cambie y me compre otro material, cámbielo dentro de seis y bueno, esto ya no tiene solución no y fuera de eso el mantenimiento y para bajar, para hacer el mantenimiento que me estaban proponiendo, pues hay que bajar la fachada****.*

[201] Carpeta no. 2, Pruebas, 0.4. Documentos aportados testigo Paula Pinzón.

***Entonces eso no es lo usual cuando uno compra una fachada o sea que tal es en ese edificio de oficina es un edificio recubierto en vidrio y yo para hacer el mantenimiento tengo que bajar todo el sistema de vidrio y descubrir todas las oficinas para poder limpiar****. No podía ser entonces simplemente ahí nosotros tomamos la decisión de verificar que eso no funcionaba y reclamamos a la compañía de seguros. Y entonces mandamos dos a comprar en el 2018, en noviembre del 2018 reclamamos a la compañía de seguros y en febrero de 2019 la compañía de seguros después de mandar un ajustador haberlos entrevistado a nosotros, haberlos entrevistado a ellos.*

*Entonces ahí en ese momento ya la compañía de seguros, pues nos paga la póliza, nos paga la reclamación y nos paga la póliza de estabilidad entonces sin embargo, pues ya nosotros con esa póliza estabilidad ya vimos los clientes,* ***todos los inquilinos empiezan a quejarse, oiga, pero otra vez es a ese centro comercial que tiene cuatro años. Como esta fachada está así, esto no es bueno para la imagen de la compañía entonces pues nosotros tomamos la decisión y empezamos a verificar el mercado, a ver qué producto podemos poner****. Y entonces volvimos y cotizamos con la competencia de Exiplast que es Arcos, una de las competencias que también son expertos en el tema.*

***Y entonces yo les dije sabe qué eso no sirve si usted va a reemplazar esa fachada, tiene que bajar todo, es aluminio, ya no le sirve, hay que bajar todo. Y después tomamos la decisión de que es un activo muy importante para nosotros y no se podía ver mal y teníamos que tener a nuestros inquilinos contentos y entonces lo que hacemos es simplemente cambiar la fachada empecemos una licitación y cambiamos la fachada por vidrio****.*

***Pero en ese entretanto lo que nosotros hacemos es decir bueno, pues contratemos un perito para que verifique no solamente el estado de la fachada antes de bajarla, sino cuando la bajamos y verifique qué es lo que pasa y que rinda un informe****. Y efectivamente, en el momento que contratamos a las personas a la firma que nos instaló el vidrio, entonces lo que hicimos es primero bajamos el aviso, el aviso estaba sostenido a eso tenía un aviso, pues también ahí les aviso, estaba sostenido de detrás de la estructura metálica que había, que también sostenía el policarbonato.* ***Bajamos ese aviso y nos fijamos, trabajamos elemento por elemento, inventamos elemento por elemento, con fotografías, con videos y ya con eso, pues dejamos todas las pruebas de todo lo que había antes, de lo que había en la construcción y cambiamos nuestra fachada y así, bien, pues ese, esa es como la historia de lo que pasó entonces ya después de cambiar la fachada, pues nos decidimos a demandar y por eso estamos aquí eso es****…..*

***Entonces nosotros teníamos problemas estéticos en las dos fachadas, o sea, teníamos problemas de desplazamiento de juntas y de contaminación en las dos fachadas, pero resulta que la fachada lateral sin riesgo de caída precisamente por eso o sea, se nos colmó la copa y dijimos no, no, un momentico riesgo de caída hay que decírselo a la compañía de seguros y por eso llamamos a la compañía de seguros****. Y entonces en ese momento, como fue noviembre del 2018*

*Exiplast vino, pues la compañía de seguros lo requirió Exiplast vino y con urgencia el 24 de diciembre, 25 fechas nos dijo por favor déjenos, será que eso está en riesgo de caída déjenos pues mirar y hacer el mantenimiento…..*

*SRA. PINZÓN: [00:45:01]* ***Esos daños estéticos entonces eran básicamente que el material se había contaminado por dentro con polvo y con agua y entonces al contaminarse ese material por dentro pues entonces según Exiplast para poderlo limpiar. Lo que había era que bajar y desbaratar toda la fachada entonces pues era algo como imposible, porque pues es unos huequitos, o sea esos alveolos o no huequitos de medio centímetro por medio centímetro****.*

***Y entonces y todo eso porque se había generado pues se había generado porque había como un escurrimiento de ese panel y entonces lo que hacía era que eso se abriera mucho más. Entonces pues si yo bajaba, si se hacía, si hacíamos el mantenimiento como yo, decían que era listo venga, yo vengo abajo toda la fachada, una fachada que nos costó 180 millones de pesos bajar eso yo estuve revisando y bajar eso valía un montón de dinero, entonces valía casi igual o más valía como el 80% lo que me había costado la fachada. Entonces, pues eso no era lógico si a mí me hubieran dicho desde el principio que para limpiar esa fachada y mantenerla cada año y medio tenía que bajar la fachada para poderla limpiar, pues sino no hubiéramos comprado ese producto nunca, nunca, entonces en eso consistían los daños estéticos desprendimiento, contaminación y descubrimiento.***

*DR. DÍAZ: [00:47:20]* ***Podría usted aclararnos si ese daño estético es daño técnico también que en lo estético me suena como algo superficial. Que puede llegar a arreglarse. Entonces podría desde su. Expertis técnica como ingeniera si es un daño técnico, un daño estético. Cuál es la diferencia?***

*SRA. PINZÓN: [00:47:45]* ***Eso es un daño técnico. Porque básicamente al contaminarse el material, el material se dañó por dentro y es imposible limpiarlo eso es un daño técnico. Eso es un daño técnico y que nos afecta para la reputación del centro comercial porque cómo así que yo tengo un centro comercial nuevo y se me va a ver o sea, un centro comercial que apenas tiene cuatro años hoy tiene cinco años y se me va a ver como una fachada, como un centro comercial de con una antigüedad 20 años, no, eso es un daño técnico, reputacional, estético, de todo o sea, es un daño total.***

*DR. DÍAZ: [00:48:27]* ***Gracias ingeniera Paula para finalizar ingeniera Paula, podría usted indicarnos si Exiplast en algún momento, inclusive en esa fecha, diciembre de 2018. En ese mantenimiento realizó ese lavado completo e hizo el mantenimiento completo de las fachadas****?*

*SRA. PINZÓN: [00:48:45]* ***No, el solamente se limitó a ir a la fachada lateral que estaba a punto de caerse, que se le abrieron los ángulos, que el límite de los ángulos, o sea, eso tiene un marco a volver a ajustar ese marco y a arreglar esa fachada, pero a la fachada de 900 metros principal de centro comercial****."*

Por último, el señor DANIEL RICARDO ESPINOSA CUELLAR, en su declaración de parte, a este mismo respecto resaltó**:**

> *"**En este recuento, pues empezamos a tener las serias falencias de pérdida de color, el aluminio totalmente oxidado**; les explicó, el aluminio es el empate entre la punta de un policarbonato y el siguiente policarbonato en el sentido vertical y se empezaron a escurrir las, los paneles. **Esto realmente fue un tema de 2 años largos, al punto que ya ellos desesperados de ver las quejas y quejas válidas, porque respondían y miraban, me mandaron una propuesta de que porque no miraba de esos paneles a otros a escasos 3 años de instalado**.*
>
> ***Un producto que se compró, un sistema que se compró para 10 años y no alcanzó a completar 3 años y el proveedor empieza a decir, sabe que, porque no miramos a este otro que tiene un mejor colorido, que tiene unas opciones. Y le dije mire, antes de hacer una cosa de ese estilo, pues agotemos todas las posibilidades porque esto cuesta mucho y pensé amortizarlo en 10 años, ahorita resulta que a los 3 años ustedes por escrito me están diciendo que busquemos otras alternativas**. Yo les dije, porque yo obviamente estaba pendiente de este asunto. Curiosamente, por el anverso, o sea, por la parte no visible al público, era más brillante, entonces les dije, por qué no intentamos voltear la fachada y recuperamos color y creo que es una manera de evitar incurrir en unos gastos adicionales a esta altura.*
>
> *Y me dijeron que no, que no se podía por varias razones; primero porque la parte brillante curiosamente no tenía recubrimiento UV, lo vine a descubrir en ese momento, pero pues nunca me dijeron que ese costado no tenía UV y nunca pensamos desde que se hizo el negocio que había necesidad de girarlo. **Segundo, los empates en sentido vertical implicaban unas perforaciones entre los paneles y eso iba a ser visible**, **el resumen es que esa alternativa que fue idea mía no funcionaba**. **Entonces, ahí ya teníamos un inconveniente que era, se estaba escurriendo los paneles, la coloración se estaba perdiendo y el sistema como tal no estaba funcionando con los aluminios oxidados**.*

***Y, pues para nosotros la presentación como de cualquier Centro Comercial y más aún este, es que nuestra filosofía de negocio es construir y arrendar, nosotros tenemos un compromiso vitalicio con nuestros arrendatarios****…. **Entonces, ese compromiso con los arrendatarios nos hacía aún más gravosa la situación**, porque de otra manera se escritura y uno se desentiende y ya, como ustedes han visto en la prensa últimamente los inconvenientes de diversos edificios…Aquí toca responderle ante los arrendatarios con los inconvenientes, lo que hacía mucho más compleja la situación, que era atender no solo los clientes.*

***En las encuestas nos decía, la fachada está terrible, los copropietarios que decían miren el centro social, ustedes se esmeran, pero mire como está y al final ya llegó al punto en que nos decían se va a caer, miren los paneles como se están escurriendo, ahí va a haber un accidente. Esto era tan evidente que, por ejemplo, los paneles recibían agua cuando llovía y se acumulaba en la parte inferior a lo largo de toda la fachada, acumulamiento de agua de fácilmente 20, 30, hasta 50 centímetros de agua que contribuía a agregarle peso a una fachada que no tenía por qué tener un peso, ustedes saben lo que pesa el agua, también el hecho de absorber el polvo se veía terrible.***

***Entonces, desde la óptica de lo que nosotros esperábamos, desentendernos por 10 años con este sistema que nos vendieron, resultó ser una pesadilla a la altura de los 3 años. Ellos decían que el descoloramiento era normal y que a los 10 años, pues ya debía tener un deterioro previsto. Buscamos en Colombia quién nos podía hacer este análisis de color, de colorimetría y por recomendación de Exiplast hay una firma de Medellín al que se le mandaron 2 paneles. Afortunadamente, nosotros tuvimos la precaución de guardar un panel testigo que estaba guardado en un cuarto sin luz, un archivo y el de la fachada, se le mandaron los 2…..***

*Entonces, para finalizar la respuesta, doctor Leonardo, eso es lo que nos falló, nos falló el color, nos falló la oxidación del aluminio, nos falló la unidad del sistema que se empezó a escurrir y la acumulación de polvo en la parte estética.* ***Entonces, desde todo punto de vista fue un desastre el planteamiento de cambiarlo tan, en forma tan prematura y si para 10 años, me va a tocar hacer mantenimiento cada tres años y cuesta 150 millones de pesos, habría que agregarle 500 millones de pesos a lo largo de 10 años para tener esto a punto****. Y ya dije no, esto es un siniestro, que nos paguen la póliza*

*y migremos a un producto re comprobado como es el vidrio a un costo de muchísimo más alto"*[202]*.*

Por lo anterior, de conformidad con el incumplimiento probado en la pretensión anterior, y la acreditación de los elementos de la responsabilidad contractual, el Tribunal encuentra plenamente probada la responsabilidad de EXIPLAST S.A por los daños materiales causados a PROCOMSA SAS por los perjuicios materiales causados a **PROCOMSA SAS**, identificada con Nit. 900.465.934-4, producto del incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, con las relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS.

### 2.4.4. CONCLUSIÓN

Según lo planteado y probado en el presente acápite, encuentra el Tribunal acreditada la responsabilidad contractual por incumplimiento del Contrato Civil de Obra No. CCM-017-13, a cargo de EXIPLAST S.A.S., (al haberse acreditado el incumplimiento de la garantía de calidad y estabilidad de la obra y el daño producido como consecuencia de ello), en favor de PROCOMSA S.A.S., quien además al realizar el cambio de fachada, realizó, razonablemente, una operación de reemplazo en virtud de una conducta mitigadora del daño en virtud de su actuar de buena fe, operación permitida en los términos ya expresados anteriormente. En consecuencia, se concederá la tercera pretensión y así se consignará en la parte resolutiva.

## 2.5. CUARTA PRETENSIÓN

Establece la cuarta pretensión:

*"4. Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad civil* ***CONTRACTUAL*** *y a título de* ***INDEMINIZACIÓN DE PERJUICIOS****, se ordene a* ***EXIPLAST S.A*** *a reconocer y pagar a favor de* ***PROCOMSA SAS****, identificada con Nit. 900.465.934-4, los siguientes conceptos:*

*o* ***Por Daño Emergente****: La suma de* ***TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE ($368.294.821)****, correspondiente al saldo del costo dictaminado e indexado para el reemplazo de la fachada de EL PROYECTO, conforme a lo indicado en el*

[202] Cuaderno de Pruebas. Carpeta "13_Transcripción_audiencia_02Agosto2022_20220810". Archivo "134053 DANIEL RICARDO ESPINOSA CUELLAR 2022 08 02.docx".

*dictamen pericial que se aporta como prueba $423.386.637,4, después de descontar el valor reconocido por la aseguradora por el amparo de estabilidad de $55.091.816.*

*$423.386.637,4 - $55.091.816 =* ***$368.294.821***

*o* ***Intereses de Mora****: Por los intereses de mora sobre la suma de* ***TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE ($368.294.821),*** *correspondiente al saldo del costo dictaminado e indexado para el reemplazo de la fachada de* ***EL PROYECTO****, conforme a lo indicado en el dictamen pericial que se aporta como prueba $423.386.637,4, después de descontar el valor reconocido por la aseguradora por el amparo de estabilidad de $55.091.816, liquidados desde el 8 de diciembre de 2020 (fecha de terminación del contrato de obra 75-20 celebrado entre la demandante y A-VENTUS SAS.*

***En subsidio de la pretensión anterior****:*

*o* ***Intereses de Mora sobre la condena impuesta****: Un interés de mora a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera sobre la suma de la condena que se fije en caso Sub – Judice, desde la fecha de ejecutoria del fallo y hasta la fecha efectiva del pago por parte de la demandada"*[203]*.*

### 2.5.1. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Respecto de la cuarta pretensión, la Convocante se refirió en los siguientes hechos[204], manifestando:

(i) En el hecho 22 que según el dictamen pericial técnico a cargo del Ingeniero Civil señor Luis Alberto Arias Martinez, contestó dentro de las preguntas formuladas:

> 5.1. ¿Cuáles son las medidas correctivas necesarias para mitigar o reparar los daños que presenta el sistema Danpalon?
>
> RESPUESTA/ No existen medidas correctivas técnicas viables que permitan reparar los daños.
>
> Por lo anterior, se sugiere el cambio total de los paneles por unos que garanticen la impermeabilidad, que impida el ingreso de polvo y micropartículas, asimismo, evite el moho, contaminación y condensación.

[203] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA".

[204] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA".

.2. ¿Puede ser reparado el sistema Danpalon suministrado e instalado, de ser positiva la respuesta, indique el tipo de reparación requerida y el costo de la misma?

RESPUESTA/ No es posible la reparación del sistema por las razones antes expuestas.

Para la estimación y cuantificación del cambio de fachada en policarbonato, se debe tener en cuenta que el costo de la fachada instalada correspondió a la suma de $188.574.822 de acuerdo al acta de recibo final de obra de fecha 2 de mayo de 2014, el citado valor del contrato indexado a este año, a la TRM del dólar del día de hoy (por ser un material importado) corresponde a la suma de $386.386.637 más el costo de desmonte y retiro de material de la fachada que se estima en la suma de $37.000.000 para un valor total de $423.386.637.4

Valor TRM agosto 5 de 2013 $1,891.67

Valor contrato $ 188.574.822 pesos

Valor del contrato en dólares USD 99.687

Valor TRM a julio de 2021 es de $ 3,876,oo

Valor de la fachada fecha dictamen julio de 2021 $386.386,637.4

Valor de retiro y disposición de fachada actual $37.,000,000.oo

Valor total del reemplazo $423,386,637.4

Por otra parte, el costo de retirar la fachada de policarbonato instalada e instalar una nueva fachada similar en policarbonato con otro proveedor cuesta alrededor de $426.287.736 según oferta COT.010-20 del 8 de junio de 2020 de la empresa DA Soluciones.

(ii) En el hecho 24 que "*teniendo en cuenta la estimación realizada por parte del perito respecto al valor total e indexado del reemplazo $423.386.637,4, así como el valor reconocido bajo el amparo de estabilidad por parte de la aseguradora de $55.091.816, el saldo pendiente del valor estimado del reemplazo asciende a la suma de $368.294.821, siendo ésta la pretensión que espera PROCOMSA sea reconocida y pagada por parte de EXIPLAST"*.

En los alegatos de conclusión estableció que la pretensión de indemnización reclamada *"se funda en el dictamen pericial allegado, la cotización de un sistema similar al contratado que no fue refutado por Exiplast, la cotización del mantenimiento fijado por la firma ajustadora CP Consulting, el monto del contrato sufragado para el cambio o sustitución del sistema contratado a Exiplast por uno en vidrio, los respectivos comprobantes de egreso y soportes de pago allegados y el testimonio del representante legal de A-Ventus donde declaró haber recibido a entera satisfacción el precio acordado"* y que el daño sufrido por la Convocante, "*se resume en el monto asumido por la necesidad de cambio del sistema de fachada y los intereses de mora generados, cambio derivado del desplazamiento, desconfinamiento y contaminación del sistema de fachada contratado con Exiplast, la mala apariencia por el deterioro de dicho sistema, y la imposibilidad técnica de realizar un mantenimiento integral efectivo"*, el cual "*solo pretende la suma de $368.294,821 más los intereses de mora causados, los cuales resultan del valor arrojado en el dictamen pericial descontando el valor ya reconocido por parte de la aseguradora Liberty, es decir, ni siquiera se pretende el reconocimiento del valor total asumido por el cambio del sistema de fachada principal a vidrio que ascendió a la suma aproximada de $700.000.000 y la cual, tampoco contempla el valor asumido por el reemplazo de la fachada*

*norte que se hizo inclusive con otro proveedor y otro material como lo aclaró la Sra. Vela en su testimonio"*[205]*.*

### 2.5.2. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada en la contestación de la demanda[206] se opuso a la cuarta pretensión solicitando que se negara, toda vez que no aceptaba la responsabilidad civil contractual, considerando que no hay lugar a la indemnización de perjuicios por parte de EXIPLAST en favor de PROCOMSA. Que la suma de $368.294.821 no tiene fundamento, tal como lo explicó el capítulo *"sobre el juramento estimatorio"* de su contestación y solicitó que se niegue el decreto de intereses se mora.

En relación con el hecho 22 manifestó que no le consta y que "*EXIPLAST no participo de la práctica de dicho dictamen y solo ha tenido conocimiento del mismo por el traslado de la demanda que aquí se contesta"*.

Al hecho 24 respondió que no es un hecho y que "*es una explicación de la forma como PROCOMSA determina la cuantía".*

En la objeción al juramento estimatorio señaló que el dictamen pericial tiene varios errores, destacando los siguientes: 1) Que "*el perito realizó una indexación del valor del contrato que fue pactado en pesos, para llevarlo a su valor en dólares al momento de rendir el dictamen. Esta actualización del precio no tuvo en cuenta que solo una parte del valor final del contrato corresponde al costo en dólares de los materiales importados*"; 2) Que "*no tuvo en cuenta el costo de la mano de obra local, de los materiales de origen nacional ni del margen de utilidad del contratista, sumas que son establecidas en pesos y que no tienen por qué ser convertidas a dólares"*; 3) Que *"tampoco tiene sentido que el demandante indique que se solicita el valor total de los arreglos, cuando hoy no es posible reparar la obra pues la misma fue modificada por una de condiciones y características diferentes. El deber de garantizar la estabilidad de la obra no implica responsabilidad por la adquisición de productos diferentes y con unas prestaciones superiores a los adquiridos inicialmente*". Concluyendo que la suma "*está sobrevalorada y no es razonable. Motivo por el cual solicitamos al Honorable Tribunal que considere la posibilidad de imponer las sanciones contenidas en el artículo 206 del Código General del Proceso"*.

En sus alegatos de conclusión reiteró lo manifestado en la objeción al juramento estimatorio, indicando "*adicionalmente, aunque las pretensiones son muy superiores al valor total del contrato, el valor pagado por la aseguradora fue de 55 millones y se pagó sin que la aseguradora tuviera conocimiento de que ya se habían hecho algunas de las reparaciones a los hallazgos que había encontrado la firma ajustadora".*

[205] Cuaderno principal 3. Archivo "02_Alegatos_convocante_20220921.pdf.

[206] Cuaderno principal 2. Archivo "07_Contestacion_Exiplast_20220218.pdf.

### 2.5.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como ya se señaló en las consideraciones a la pretensión tercera, los artículos 1613, 1614 y 1615 del Código Civil establecen en relación con la indemnización de perjuicios:

> *"ARTICULO 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*
>
> *Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.*
>
> *ARTICULO 1614. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*
>
> *ARTICULO 1615. 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.*
>
> *ARTICULO 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".*

Para fundamentar su pretensión, la convocante presentó *"DICTAMEN PERICIAL SOLICITADO POR PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S.- PROCOMSA S.A.S."* elaborado por el perito ingeniero civil LUIS ALBERTO ARIAS MARTINEZ.

El dictamen de parte explica en la respuesta a la pregunta 5.1. que no existen medidas correctivas técnicas viables que permitan reparar los daños que presentó el sistema Danpalon, sugiriendo en consecuencia, *"el cambio total de los paneles por unos que garanticen la impermeabilidad, que impida el ingreso de polvo y micropartículas, asimismo, evite el moho, la contaminación y condensación"*[207].

> 5.1. ¿Cuáles son las medidas correctivas necesarias para mitigar o reparar los daños que presenta el sistema Danpalon?
>
> RESPUESTA/ No existen medidas correctivas técnicas viables que permitan reparar los daños.
>
> Por lo anterior, se sugiere el cambio total de los paneles por unos que garanticen la impermeabilidad, que impida el ingreso de polvo y micropartículas, asimismo, evite el moho, contaminación y condensación.

[207] Cuaderno Principal 1. Archivo "01_DEMANDA PROCOMSA.pdf", pp. 42 y ss.

En la respuesta a la pregunta 5.2, se reiteró que el sistema Danpalon suministrado e instalado no era posible repararlo y se estableció su valor indexado en $423.386.637.

> 5.2. ¿Puede ser reparado el sistema Danpalon suministrado e instalado, de ser positiva la respuesta, indique el tipo de reparación requerida y el costo de la misma?
>
> RESPUESTA/ No es posible la reparación del sistema por las razones antes expuestas.
>
> Para la estimación y cuantificación del cambio de fachada en policarbonato, se debe tener en cuenta que el costo de la fachada instalada correspondió a la suma de $188.574.822 de acuerdo al acta de recibo final de obra de fecha 2 de mayo de 2014, el citado valor del contrato indexado a este año, a la TRM del dólar del día de hoy (por ser un material importado) corresponde a la suma de $386.386.637 más el costo de desmonte y retiro de material de la fachada que se estima en la suma de $37.000.000 para un valor total de $423.386.637.4
>
> Valor TRM agosto 5 de 2013 $1,891.67
>
> Valor contrato $ 188.574.822 pesos
>
> Valor del contrato en dólares USD 99.687
>
> Valor TRM a julio de 2021 es de $ 3,876,oo
>
> Valor de la fachada fecha dictamen julio de 2021 $386.386,637.4
>
> Valor de retiro y disposición de fachada actual $37.,000,000.oo
>
> Valor total del reemplazo $423,386,637.4
>
> Por otra parte, el costo de retirar la fachada de policarbonato instalada e instalar una nueva fachada similar en policarbonato con otro proveedor cuesta alrededor de $426.287.736 según oferta COT.010-20 del 8 de junio de 2020 de la empresa DA Soluciones.

En la pretensión cuarta, la convocante solicitó que sobre dicha suma se descuente "*el valor reconocido por la aseguradora por el amparo de estabilidad de $55.091.816, liquidados desde el 8 de diciembre de 2020 (fecha de terminación del contrato de obra 75-20 celebrado entre la demandante y A-VENTUS SAS",* valor que fue pagado 100% por Liberty Seguros S.A. según prueba obrante en el expediente[208], en virtud del seguro de cumplimiento para particulares Póliza Nº. 2238830.

Frente al dictamen pericial aportado, la convocada en la objeción al juramento estimatorio enlistó varios defectos, entre los cuales destacó: 1) Que el perito indexó el valor del contrato que se pactó en pesos, para llevarlo a dólares al momento de rendir el dictamen. Sin tener en cuenta que solo una parte del valor final del contrato corresponde al costo en dólares de los materiales importados; 2) Que no tuvo en cuenta el costo de la mano de obra local, de los materiales de origen nacional, ni el margen de utilidad del contratista, sumas establecidas en

[208] Cuaderno 02_PRUEBAS, carpeta 008_archivo PDF *"Respuesta oficio Tribunal Arbitral"* del expediente virtual.

pesos y que no tenían por qué ser convertidas a dólares; 3) Que no tiene sentido que el demandante indique que se solicita el valor total de los arreglos, cuando no es posible reparar la obra, pues fue modificada por una de condiciones y características diferentes y que el deber de garantizar la obra no implica responsabilidad por adquisición de productos diferentes y con mayor valor al adquirido inicialmente; así mismo, solicitó "*la comparecencia del ingeniero civil LUIS ALBERTO ARIAS MARTÍNEZ, a fin de poder interrogarlo, en su calidad de perito, acerca de su idoneidad, imparcialidad y sobre el contenido del dictamen*[209]*"* en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso, según el traslado que le fuera corrido mediante auto 11 del 29 de abril de 2022, interrogatorio que fue practicado el 23 de junio de 2022.

Al respecto ha de establecer el Tribunal que la convocada, si bien manifestó su desacuerdo frente al dictamen pericial de la convocante, y practicó el interrogatorio al perito, no lo logró contradecirlo, ya fuera aportando otro dictamen o allegando alguna prueba que técnicamente lo desvirtuara, o estableciendo la falta de idoneidad o imparcialidad del perito, todas posibilidades que le permitía la ley, razón por la cual no prospera la excepción de mérito *"IMPOSIBILIDAD DE CONTROVERTIR LAS PRUEBAS"*. Por lo que es evidente, a juicio de este panel, la ausencia por parte de la convocada de la confrontación de la información brindada en el dictamen examinado.

Así las cosas, concluye el Tribunal que la pérdida causada, hace parte del incumplimiento atribuible a **EXIPLAST S.A.** de las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS de **Ecoplaza Centro Comercial**, ubicado en la Carrera 3 Nº. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera, de lo que nace la obligación de reparar el bien económico al que tendría derecho.

Por lo anterior, para este panel arbitral se encuentra debidamente probada la fundamentación para determinar en favor de la convocante, el reconocimiento del daño emergente a cargo de la Convocada por el valor indexado de **$368.294.821**. Suma que resulta después de descontar al valor inndexado del reemplazo de la fachada de *"EL PROYECTO"* equivalente a $423.386.637,4, la suma de $55.091.816 que le fuera reconocido a la convocante por amparo de estabilidad de la obra, por Liberty Seguros S.A. según la póliza Nº. 2238830.

Sin embargo, frente a la solicitud de la convocante del reconocimiento de intereses moratorios respecto de la suma indexada de $368.294.821, el Tribunal no la encuentra procedente, toda vez que la indexación y el reconocimiento de los intereses moratorios, entre otros factores, frecuentemente tienen el mismo origen que es la devaluación de la moneda y no podría condenarse a la convocada al doble pago por la misma causa. Situación que ha sido señalada por la jurisprudencia[210]:

---

[209] Cuaderno 02_PRINCIPAL_02, archivo PDF 23 del expediente virtual.

[210] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Rad. 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214). Sentencia del 14 de abril de 2010.

> *"También ha considerado la Sección que siempre que se trate de intereses puros dicho concepto no resulta incompatible con la actualización monetaria, por tener causas diferentes; y, contrario sensu, serán incompatibles cuando los intereses comerciales corrientes o de mora lleven ínsito el factor de corrección monetaria o de indexación por la desvalorización o devaluación de la moneda ante el fenómeno inflacionario, tal y como así lo explicó la Sala en Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 12.719".*

En cuanto a los intereses moratorios reclamados "*desde la fecha de ejecutoria del fallo y hasta la fecha efectiva del pago por parte de la demandada"*, así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia y de esa manera se acoge lo solicitado en la pretensión cuarta subsidiaria de la demanda.

### 2.5.4. CONCLUSIÓN

En consecuencia, se concederá parcialmente la cuarta pretensión, en cuanto que: (i) Se ordenará a **EXIPLAST S.A.** reconocer y pagar a favor de **PROCOMSA S.A.S.**, por concepto de daño emergente, la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE ($368.294.821)**; (ii) Se decretará que no prospera la pretensión de solicitud de intereses de mora sobre la condena, desde el 8 de diciembre de 2020 (fecha de terminación del contrato de obra 75-20); (iii) Prosperará la pretensión subsidiaria denominada "***Intereses de Mora sobre la condena impuesta"*** y en consecuencia sobre la condena, se causarán intereses de mora a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera desde la fecha de ejecutoria del presente laudo y hasta la fecha efectiva del pago por parte de **EXIPLAST S.A.**; (iv) Se negará la prosperidad de la excepción de mérito ***"IMPOSIBILIDAD DE CONTROVERTIR LAS PRUEBAS";*** y así se consiganará en la parte resolutiva.

## 2.6. QUINTA PRETENSIÓN

La Convocante solicitó en la quinta pretensión:

> *"5. Que se condene en costas y gastos procesales a la demandada **EXIPLAST S.A**".*

Esta pretensión será resuelta en el acápite "COSTAS".

## 2. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

Dispone el artículo 280 del Código General del Proceso: …*"El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas".*

El Tribunal considera que durante el presente trámite el comportamiento de las partes y de sus apoderados se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada y su disposición para atender de la mejor manera los requerimientos del Tribunal para el adecuado desarrollo del proceso. Por lo que no se deducirán indicios en contra de ninguna de ellas.

## 3. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso señala:

> *"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.*
>
> *(…)*
>
> *"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%)la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de ladiferencia.*
>
> *(…)*
>
> *"También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas".*

En virtud de lo anterior, son dos eventos en los que el juramento estimatorio genera la aplicación de sanciones pecuniarias en contra de la parte que lo ha formulado:

1. Cuando "*la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada", caso en el cual "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*"; y

2. Cuando "*se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios*", caso en el cual la sanción "*equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas*".

En consecuencia, el Tribunal encuentra que la estimación efectuada por la Convocante quedó demostrada en el proceso, por lo que no se da ninguno de los presupuestos que daría lugar a la aplicación de la sanción prevista en la norma.

## 4. COSTAS

Concluida la evaluación de las Pretensiones de la demanda procede el Tribunal a ocuparse del tema relacionado con las costas del Proceso, a cuyo efecto pone de presente que la Convocante solicitó la correspondiente condena en costas y agencias en derecho por parte de la Convocada en la quinta pretensión.

Dado lo anterior, se pone de presente que según el resultado del presente trámite, la Convocada fue vencida en el proceso, por lo que el Tribunal concederá la pretensión quinta y en consecuencia, será condenada en costas, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso:

> *" ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. 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. (…)".*

En el presente proceso el Tribunal decretó por concepto de gastos y honorarios la suma de **$42.000.000** antes de IVA de los árbitros, la secretaria, y de los gastos de administración del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en los siguientes términos:

| Concepto | Monto |
|---|---|
| **Honorarios para cada árbitro** | $ 10.228.833 |
| **Honorarios para los tres árbitros** | $ 30.686.500 |
| **Honorarios para la secretaria** | $ 5.114.417 |
| **Gastos de funcionamiento y administración del Centro** | $ 5.114.417 |
| **Otros Gastos** | $ 1.084.666 |
| **TOTAL (*Debe adicionarse el IVA según corresponda*)** | $42.000.000 |

Dentro del término de ley, cada parte pagó el porcentaje a su cargo.

Así las cosas, se condenará a **EXIPLAST S.A.** a pagar a favor de **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S - PROCOMSA S.A.S.** por concepto de costas la suma $21.000.000 que corresponde al porcentaje a cargo de la parte Convocada, efectivamente asumido por ellos.

En relación con las agencias en derecho, dispone el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso:

> ***"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.*** *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*
>
> (…)
>
> *4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas".*

Por lo anterior, el Tribunal, atendiendo los criterios establecidos al efecto en el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso, fija por este concepto, la suma de $22.730.741 sin IVA, equivalente al 5% de la cuantía de las pretensiones de la demanda, encontrándose dicha suma acorde a los rangos establecidos por el artículo 5 del ACUERDO No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En consecuencia, la liquidación de costas y agencias en derecho a cargo de **EXIPLAST S.A.** corresponde a la suma $43.730.741 de que deberá pagar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo y así se dispondrá en la parte resolutiva.

## III. PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas en este laudo, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias surgidas entre **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S - PROCOMSA S.A.S.**, como parte convocante, y **EXPILAST S.A.S.,** como parte convocada, en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO.- DECLARAR** que **NO PROSPERAN** las excepciones formuladas por la Convocada, las que expresamente denominó: *"El artículo 2060 del Código Civil y la Ley 1480 de 2011 no son aplicables a este caso",* "*Imposibilidad de controvertir las pruebas"*, *"Sobre la garantía de estabilidad de la obra"*, por las razones esgrimidas en la parte motiva de este laudo.

**SEGUNDO.- DECLARAR** la existencia del contrato civil de obra No. CCM-017-13, suscrito entre **PROCOMSA S.A.S** y **EXIPLAST S.A**, con el objeto y alcance de ejecutar los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución de la **CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS** de **ECOPLAZA CENTRO COMERCIAL**, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera, bajo la naturaleza de una obligación de resultado.

**TERCERO.- DECLARAR** que **EXIPLAST S.A** incumplió con las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, con las relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la **CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS** de **ECOPLAZA CENTRO COMERCIAL**, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera.

**CUARTO.- DECLARAR** que **EXIPLAST S.A.** es contractualmente responsable por los daños materiales causados a **PROCOMSA SAS**, identificada con Nit. 900.465.934-4, producto del incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en contrato civil de obra No. CCM-017-13, especialmente, con las relacionadas con la garantía de calidad y estabilidad de la **CONSTRUCCIÓN E INSTALACIÓN DE SISTEMA DANPALON 3D LITE 22 mm CON FILTRO UV y SOFLITE, 3 TONOS DE VERDE CON CONECTOR EN POLICARBONATO PARA FACHADAS** de **ECOPLAZA CENTRO COMERCIAL**, ubicado en la Carrera 3 No. 15 A – 57 del Municipio de Mosquera.

**QUINTO.- DECLARAR** la **PROSPERIDAD PARCIAL** de la pretensión cuarta y en consecuencia, ordenar a **EXIPLAST S.A.** a reconocer y pagar a favor de **PROCOMSA S.A.S.**, por concepto de daño emergente, la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS M/CTE ($368.294.821)**, respecto de la cual se causarán intereses de mora a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera desde la fecha de ejecutoria del presente laudo y hasta la fecha efectiva del pago por parte de **EXIPLAST S.A.** No prospera la solicitud de intereses de mora sobre la condena, desde el 8 de diciembre de 2020 (fecha de terminación del contrato de obra 75-20), por las consideraciones previas de esta providencia y en su lugar, prospera la pretensión subsidiaria denominada "intereses de mora sobre la condena impuesta", igualmente de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

**SEXTO.- CONDENAR** a **EXIPLAST S.A.** a pagar a favor de **PROCOMSA S.A.S.** la suma de **$43.730.741** por concepto de costas y agencias en derecho, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

**SÉPTIMO.- ORDENAR** el pago de la Contribución Especial Arbitral a cargo de los árbitros y la secretaria, para lo cual el presidente hará las deducciones y pago, y librará las comunicaciones respectivas.

**OCTAVO.- DECLARAR** causado el saldo de los honorarios de los árbitros y de la secretaria más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación, por lo que se ordena realizar el pago de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

**NOVENO.- ORDENAR** que se rinda por el presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y que se proceda a la devolución a la partes, de las sumas no utilizadas de esta partida si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

**DÉCIMO.- ORDENAR** que, en la oportunidad de ley, se archive este expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**DÉCIMO PRIMERO.- ORDENAR** que, por secretaría, se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

**DÉCIMO SEGUNDO.- ORDENAR** que, en los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, se haga entrega por Secretaría del expediente completo del trámite arbitral, incluyendo el original del Laudo Arbitral, para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El anterior Laudo se notifica en audiencia y se suscribe con firmas escaneadas de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.

**JORGE ERNESTO OVIEDO ALBÁN**
*Árbitro Presidente*

**MARGOTH PERDOMO RODRÍGUEZ**
*Árbitro*

**CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**
*Árbitro*

**ADRIANA MARIA ZAPATA VARGAS**
*Secretaria*