

**RV: 2020-00182 PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES SA CONTRA PROINVERSIONES ZFB SAS**

Pedro Luis Ospina Sanchez <pedroluisospina@outlook.com>

Mar 23/11/2021 4:06 PM

Para: delapava@fdplegal.com <delapava@fdplegal.com>; cfreire@fdplegal.com <cfreire@fdplegal.com>; a.molina@fdplegal.com <a.molina@fdplegal.com>; pvelandia@zonafrancabogota.com <pvelandia@zonafrancabogota.com>

CC: Juzgado 05 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Con el mayor gusto estamos reenviando memorial a través del cual dentro del término legal **CONTESTAMOS LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y PROPUSIMOS LAS RESPECTIVAS EXCEPCIONES.**

Cualquier aclaración con el mayor gusto.

Cordialmente,

**PEDRO LUIS OSPINA SÁNCHEZ**  
**APODERADO**  
**PROPISOS S.A.**  
**MÓVIL 310-2143315**

---

**De:** Pedro Luis Ospina Sanchez

**Enviado el:** viernes, 19 de noviembre de 2021 8:39 a. m.

**Para:** ccto05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

**CC:** German Rey <german.rey@propisos.com> <german.rey@propisos.com>; Giovani Torres (giovani.torres@propisos.com) <giovani.torres@propisos.com>; cristhian.molano@propisos.com; delapava@fdplegal.co; cfreire@fdplegal.co; contabilidad@propisos.com; alberto.aschner@aschner.com.co; info@fdplegal.co; info@grupozfb.com; Carla Maria Rey Bengoa <cmrey@zonafrancabogota.com>; jarango@zonafrancabogota.com; gmosquera@zonafrancabogota.com; mvasquez@grupozfb.com; Luis Fernando Mercado (lmercado@zonafrancabogota.com) <lmercado@zonafrancabogota.com>; Daissy Paredes Benavidez (dparedes@grupozfb.com) <dparedes@grupozfb.com>

**Asunto:** RV: 2020-00182 PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES SA CONTRA PROINVERSIONES ZFB SAS

**Importancia:** Alta

[AUDIO PRIMERA REUNION DE PROPISOS SA Y PROINVERSIONES ZFB SA.m4a](#)

[AUDIO SEGUNDA REUNION DE PROPISOS SA CONTRA PROINVERSIONES ZFB SAS - OFRECIMIENTO.m4a](#)

**Doctora**

**NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA**

**HONORABLE JUEZA QUINTA (5º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**

**E.**

**S.**

**D.**

**REF.-. VERBAL POR RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL No. 2020-00182**

**DEMANDANTE PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES S. A.**

**DEMANDADA PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**

Cordial y respetuosamente se dirige ante su señoría, **PEDRO LUIS OSPINA SÁNCHEZ**, actuando en calidad de apoderado judicial reconocido, para dentro de la oportunidad procesal para el efecto, allegarle memorial contentivo de **53 FOLIOS Y DOS CD'S**, a través del cual procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN** propuesta por la sociedad comercial demandada **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.** y **PROPONER LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO O DE FONDO DE RIGOR.**

**En caso de que no puedan abrir los CD'S contentivos de dos (2) REUNIONES REALIZADAS ENTRE LAS PARTES, con todo respeto les ruego el favor me sea informado por este medio, para con el mayor gusto proceder a enviarlos en forma física.**

De la Honorable Jueza de la República de Colombia, con todo mi respeto y cordialidad,

**PEDRO LUIS OSPINA SÁNCHEZ**

**c.c. 79.148.652 expedida en Bogotá**

**T.P. 151.378 del C.S. de la J.**

**pedroluisospina@outlook.com**

**notificacionesjudicialesdefenderasegurados@outlook.com**

**MÓVIL 310-2143315**





Doctora

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

HONORABLE JUEZA QUINTA (5º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.

E. S. D.

REF.- VERBAL POR RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL No. 2020-00182

DEMANDANTE PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES S. A.

DEMANDADA PROINVERSIONES ZFB S.A.S.

Cordial y respetuosamente se dirige ante la Honorable Presidencia del Despacho, PEDRO LUIS OSPINA SÁNCHEZ, mayor de edad, residenciado y domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía 79.148.652 expedida en Bogotá, ABOGADO EN EJERCICIO, dignatario de la Tarjeta Profesional 151.378 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial reconocido, para dentro de la oportunidad procesal para el efecto, proceder a CONTESTAR LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN propuesta por la sociedad comercial demandada PROINVERSIONES ZFB S.A.S. y PROPONER LAS EXCEPCIONES CORRESPONDIENTES; labor que cumplo en los siguientes términos:

CAPITULO PRIMERO.

A LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS

Respecto a la pretensión *"1.1. Que se declare que durante la etapa precontractual PROINVERSIONES ZFB S.A.S. suministró a PROPISOS S.A. todos los documentos necesarios, tales como planos, diseños, especificaciones y demás información técnica necesaria para que este analizara y con base en ellos estructurase su propuesta técnica y económica."*

Nos oponemos en forma contundente y vehemente a la prosperidad de la pretensión antes transcrita, toda vez que las circunstancias fáctico contractuales evidencian que no es cierto que la sociedad demandada y ahora en demanda de mutua petición, haya efectuado entrega completa de las denominadas memoria de cálculo, a fin que la contratista y demandante pudiera tener acercamiento de orden técnico a los diseños o modulación efectuada por una firma externa; pues en realidad lo que se entregó al contratista fueron los planos y las especificaciones generales del proyecto, sin que a los mismos se hayan acompañado las denominadas memorias de cálculo. No se avizora, ni en la hora presente, que la sociedad demandada y demandante en reconvencción haya puesto a disposición de la discusión extrajudicial y a la judicial, el documento referido, el cual debe contener la descripción detallada los procedimientos, estructuras y dimensiones de cada elemento constructivo. No competía al contratista, vistas las condiciones de la contratación, en la cual el contratista, pese a su conocimiento específico y experiencia, no intervino en el diseño ni en la elaboración de la memoria de cálculo, es obvio que debió confiar en que el contratante, conocido el objeto y la causa de la obra a ejecutar, debió reparar en las condiciones del diseño, con el fin de evitar traumatismos posteriores en el desarrollo de la obra contratada; cosa distinta hubiera sido si en el marco de las prestaciones y deberes contractuales la contratista se hubiera comprometido a elaborar y diseñar el proyecto, caso en el cual nada o muy poco tendría para excusar ante fallas constructivas. Desde esa

primera aproximación, luce desafortunado que la ahora demandante en reconvencción suplique de la justicia una declaración en sentido de haber dado cumplimiento estricto y desde la etapa precontractual, de los deberes y prestaciones que resultaban necesarias para el buen suceso de la obra. Resulta incuestionable, y así quedará evidenciado el discurrir demostrativo, que la ausencia de las memorias de cálculo, resultaban determinantes para el éxito de la obra encargada al contratista, y que el hecho de no requerir las mismas antes de formular la propuesta económica y técnica, pese al carácter profesional del contratista, no implica incuria o desdén alguno del cual pueda derivarse consecuencias de orden patrimonial para el contratante o para el mismo contratista. Se insiste, esos deberes de transparencia y confianza previos al ajuste de las voluntades, correspondía por entero al contratante y no al contratista. Al sustraer el contratante de las reglas precontractuales y contractuales temas o asuntos que resultaban trascendentales, como eran el tipo y suministro del concreto y el diseño o modulación, claramente se delimitó el ámbito de libre discusión entre las partes del futuro contrato, por lo que siendo esos precisos aspectos del resorte del contratante, no puede ahora echar sobre el contratista las consecuencias derivadas, precisamente, de la calidad imprecisa del concreto suministrado y del diseño del piso que debía fundirse, y a lo cual se concretó el objeto del acuerdo de voluntades.

**No obstante la ausencia de las memorias de cálculo, el contratista ab initio, puso en conocimiento del contratante las dificultades que podía suponer la modulación o diseño realizado por un tercero, siendo objeto de conocimiento dicha cuestión por parte de la sociedad contratante, su respuesta contractual y profesional fue nula; de ahí que las consecuencias patrimoniales que a la postre supuso para el propio contratante sea producto de su propio accionar negligente y nada vinculado al profesionalismo que debía exhibir.**

Aunque mi mandante no niega que tuvo acceso a algunos documentos en postrimerías de la celebración del acuerdo de voluntades, por las especiales condiciones en que se dio la relación, no podía tener control o discusión sobre el diseño del piso industrial, ni sobre el tipo de concreto que debían emplearse para una mejor ejecución de la obra encargada al contratista; siendo aspectos enteramente ligados a la decisión unilateral de la sociedad contratante.

No resulta cierto, como se insinúa en la pretensión, que la elaboración de la propuesta económica que luego se presentó a la contratante, haya estado precedida de la entrega de la totalidad de los elementos técnicos y documentales relacionados con el diseño de la obra, antes, por el contrario, la propuesta fue elaborada con la firme convicción que la modulación o diseño se encontraba en las condiciones técnicas esperadas y supuestas para la ejecución de la obra encargada al contratista

Como se demostrará, el diseño de los paños, efectuada por un tercero contratado por la firma **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, no hizo parte de las labores encomendadas al contratista ni era parte integrante de la propuesta económica, ni del objeto mismo del contrato de obra; dado que el mismo se contrajo a la **fundición o instalada de las losas de concreto respectivas, de acuerdo al diseño o modulación suministrada por el propio contratante, y del cual no era autor la sociedad contratista.**

La redacción de la pretensión puede llevar a pensar que, la sociedad contratante en verdad entregó la totalidad de los documentos técnicos para el desarrollo de la obra, que la contratista conoció plenamente las condiciones de diseño, así como sus falencias, y que, pese a ello, consintió en ajustar el contrato y ejecutar la obra; aspectos que no resultan ciertos a la luz de la verdad fáctica; menos puede insinuarse que la elaboración de la propuesta técnica y económica por parte de la sociedad contratista, haya tenido como sustento, la totalidad de los documentos técnicos que señala la demandante en reconvencción, más aún cuando la sociedad **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, tiene como uno de sus objetos principales La sociedad tendrá capacidad legal para llevar a cabo las siguientes actividades principales: "**1. El diseño y desarrollo de toda clase obras civiles, eléctricas, hidráulicas.**

2. La prestación de servicios de arquitectura y de ingeniería civil., tal como se desprende de su objeto social registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá; lo que hace presumir su conocimiento específico y técnico en el área que explota, especialmente en el diseño del piso industrial; luego el conocimiento previo que debió tener, como profesional que es, respecto del diseño y sus posibles fallas, no era extraño a su actividad ni a la diligencia que debió prestar al momento de la contratación con la firma que elaboró los diseños y su aprobación.

Resulta incuestionable que, en la ejecución traumática de la obra, fueron factores determinantes el diseño y la calidad del concreto, aspectos que eran completamente ajenos a las prestaciones y obligaciones convencionalmente establecidas, incluso a los deberes que debía cumplir el contratista, al no ser aspectos de libre discusión entre las partes de la convención y ligadas a la presente discusión litigiosa, y que tales contenidos técnicos no fueron puestos en conocimiento del contratista en la etapa de tratativas precontractuales ni al momento de celebrarse la convención; pues solo fueron advertidos por el contratista en la etapa temprana de la ejecución de la obra, dando como respuesta inmediata y profesional, la puesta en conocimiento de la sociedad contratante, a fin que se adoptaran por parte de ésta, de quien dependían tales aspectos, las acciones efectivas pertinentes para evitar la parálisis o el insuceso contractual. Póngase énfasis en que las fisuras en algunas de las losas fundidas por la sociedad contratista, emergieron pasados 7 días desde su fundida, tiempo que, técnicamente es el que demanda el proceso de contracción del concreto, bien en su etapa plástica o de fraguado, teniendo en cuenta que el fundido se produjo los días **MIÉRCOLES 11, JUEVES 12 Y MARTES 17 DE OCTUBRE DE 2017** y el reporte de las fisuras por parte del contratista se hizo el **18** del mismo mes y año; luego no existe una respuesta tardía del ejecutor de la obra, a los problemas evidenciados en las losas fundidas.

Finalmente ha de recordarse que en las denominadas "**CONDICIONES ESPECIALES**" insertas dentro de la modulación contractual, se consagró que **EL CONTRATISTA** debía tener en cuenta dentro de la oferta, "**los trabajos preparatorios**", sin que en tal definición o concepto se encuentre la elaboración o participación en los diseños de las losas o su constatación previa al inicio de la obra; pues hacen referencia es a labores de preparado del piso, alistamiento del mismo, colocación de modulares etc. Tampoco resulta equivalente con el deber que se reclama incumplido por parte de la sociedad contratista, la de "**realizar ensayos de muretes, morteros y demás pruebas requeridas por la DIRECCION DE CONSTRUCCIONES y hacer entrega de los resultados ...**", pues ese deber anterior al inicio de las obras estaba condicionado a ciertos elementos constructivos y siempre que fuera requerido por la dirección de Construcciones de la sociedad contratante, requerimiento que no sucedió en el presente caso.

ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS

Como procurador judicial de la sociedad demandada en reconvención, me opongo a la prosperidad de la pretensión denominada en la demanda de reconvención como "**1.2. Que se declare que durante la etapa precontractual y al momento de suscribir el Contrato, incluso durante la parte inicial del mismo, PROPISOS S.A. se abstuvo de formular observaciones o solicitudes de ajuste o aclaración a los documentos técnicos que le habían sido entregados por PROINVERSIONES ZFB S.A.S., tales como planos, diseños y especificaciones técnicas.**", habida consideración que no resulta cierto que la sociedad contratista y vinculada por la demanda de mutua petición, no ha reaccionado de manera oportuna y profesional ante la evidencia de los errores en el diseño y en la calidad del concreto suministrado para el desarrollo del objeto contratado, pues al plenario militan pruebas

documentales relacionadas con las manifestaciones oportunas realizadas por el contratista en punto al diseño o modulado y su influencia en la aparición de fisuras en las losas recién fundidas, así como de la calidad del concreto; razón de ello es que la contratante suspendió, por un acto unilateral, el suministro del concreto hasta tanto no se adelantaran las averiguaciones y se hicieran los análisis técnicos correspondientes; mismos que, pese a provenir de las mismas personas o firmas encargadas de su elaboración, tanto para el diseño o modulado de las losas, como del suministro del concreto, dejaron en evidencia que las dimensiones de las losas no era el adecuado, coincidiendo en uno de los ítems referidos por el contratista como causa de las fisuras presentadas, y que para ese tipo de diseño, inadecuado al cual más, pues no cumplía con los estándares internacionales de diseño de pisos industriales, no resultaba apropiado el tipo de concreto suministrado y aplicado en obra, pues requería de refuerzo, siendo insuficiente el concreto simple que contrató y suministró la propia sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**

La trazabilidad de las comunicaciones, fluidas al cual más, entre las partes involucradas en el contorno contractual, ponen de relieve las advertencias del contratista acerca de la deficiencia en el diseño de las losas y en la calidad del concreto suministrado, razón de ello, se insiste, es la conducta de la contratante de suspender el suministro de concreto y la ejecución de la obra, hasta tanto no se adelantaran las averiguaciones del caso, y llamar en garantía, en el marco de este proceso, a la sociedad **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.**, sociedad ésta que adelantó, por encargo exclusivo de **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, el diseño o modulado de las losas que, posteriormente, se encargó a la firma **PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES S.A.S.**, su fundido. Las advertencias y observaciones relacionadas con los aspectos puntuales que se han descrito como causas de la fisuración de las losas, fue el resultado de la diligencia profesional del contratista, antes que de una conducta de la contratante.

Respecto de la pretensión consistente en **“1.3. Que se declare que PROINVERSIONES ZFB S.A.S. y PROPISOS S.A. suscribieron el Contrato de Obra No.125-17.”**, no nos oponemos, pues precisamente, constituye el sustrato de las reclamaciones recíprocas de las partes del presente litigio. Además, que constituye un suceso advertido y aceptado por los pares contractuales y litigiosos.

En cuanto a la pretensión enderezada a **“1.4. Que se declare que PROPISOS S.A. incumplió el Contrato de Obra No. 125-17, por los siguientes motivos:**

- (i) **Incumplimiento en la calidad de la ejecución de actividades y procedimientos constructivos a su cargo, que constituyen la causa eficiente del fisuramiento de las losas.**
- (ii) **Incumplimiento de sus deberes como profesional en el marco de un contrato de obra, al no advertir oportunamente las posibles optimizaciones del diseño o hacer sugerencias para la mejora del concreto a utilizar.**
- (iii) **Incumplimiento del cronograma de actividades, al no tener a tiempo las actividades precedentes y no tener el personal contractual que permitiera ejecutar oportunamente las obligaciones a su cargo.**
- (iv) **Incumplimiento del plazo del Contrato, por haber dejado de ejecutar el mismo sin justificación y haber decidido unilateralmente no continuar ejecutándolo, aún cuando restaba más de un mes del plazo originalmente pactado.”**

Por ser la cuestión jurídica trascendental y sobre al cual gira la reclamación inicial como la demanda de mutua petición, habrá de refutarse desde ahora que la sociedad contratista haya causado o contribuido, por acción u

omisión, los sucesos que la sociedad contratante atribuye como constitutivos de incumplimiento contractual; antes, por el contrario, en franca respuesta a los cuestionamientos realizados, hay que decir que los eventos que dieron al traste con la ejecución del objeto contractual corresponden a actitudes y desidias de la propia contratante, quien en el marco de sus deberes, obligaciones y prestaciones, no adoptó ni advirtió las falencias en el diseño que ella misma contrató con la firma externa al contrato **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.**, quien adelantó por cuenta y riesgo de **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, quien pese a su condición de profesional en el diseño y construcción de obras civiles, según lo advierte su objeto social, no advirtió las falencias en los diseños de las losas, ni entregó de manera anticipada al contratista las memorias de cálculo, de donde pudiera derivar éste falencias que pudieran repercutir a futuro en la etapa constructiva del piso industrial. Situación similar ocurre con la calidad y el suministro del concreto, pues además que esa precisa cuestión no estaba bajo el manejo del contratista sino del contratante, éste no tomó las precauciones para determinar la calidad del concreto ni la periodicidad del suministro.

Resulta claro que las conductas y omisiones de la sociedad contratante, resultaron determinantes y causa de los inconvenientes a la hora de la ejecución constructiva encargada al contratista, pues en los albores de la ejecución se advirtió por el propio contratista la fisuración de algunas losas fundidas, lo que llevó a que se pusiera en conocimiento de la contratante la situación para que adoptara las medidas necesarias y técnicamente dirigidas a establecer las causas y proponer los correctivos del caso; asuntos que no se dieron en este caso; lo que llevó a que la contratista, en una conducta totalmente plegada a la razonabilidad y a la ética profesional, a retirarse del proyecto, en términos jurídicos y técnicos. La respuesta de la contratista ante la desidia profesional del contratante es razonable, proporcional y en procura de mitigar mayores impactos tanto en el patrimonio del contratante como del contratista, con la vista puesta siempre en el buen suceso de la obra encargada. Ante la parálisis de la obra, mientras se determinaban las causas de las fisuras en algunas de las losas fundidas por la sociedad contratista, las cuales eran atribuibles a defectos en el diseño de las losas y a la calidad del concreto suministrado, antes que al aspecto constructivo propio y a cargo de la sociedad que agencio en el presente litigio, y siendo que tales asuntos eran por entero ajenos a las prestaciones a cargo de la contratista, no podía permanecer indefinidamente ligada a un contrato que le estaba generando perjuicios, mismos que con el pasar de los días erosionaban cada vez más el equilibrio contractual. Así, entonces, las razones expuestas como constitutivas de incumplimiento atribuibles a la sociedad contratista, no resultan afortunados, pues, puntualmente, como ya se advirtió en líneas anteriores, el deber de verificación profesional de los diseños solo era posible si la contratante hubiera suministrado las memorias de cálculo realizadas, por su encargo, a la firma **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.**, por lo que mal haría en reclamarse el incumplimiento de un deber a una parte, cuando la otra no ha suministrado los documentos de referencia para que tal deber se verificara. A pesar que se trataba de cuestiones determinadas en los alrededores del contrato, incluso con antelación al otorgamiento de la voluntad y a la suscripción del documento que la recoge, al pretérito contratante le incumbía el deber de entregar la totalidad de información y documentos necesarios para el buen suceso de la función o actividad que se confiaría al contratista, por lo que, al ser primera en el tiempo, y de la cual dependía la verificación de una cierta conducta del futuro contratista, no puede aquel reclamar de éste el incumplimiento de un deber que dependía por entero de su conducta. Ocultar u omitir información o documentos, pese al profesionalismo que pueda reclamarse del candidato a contratista, ex profeso y por descuido, implica que se haga nugatoria la reclamación por el cumplimiento de un cierto deber precontractual, si antes no se ha demostrado por parte de quien reclama los efectos, que cumplió los deberes a su cargo o se avino a cumplirlos; cuestión que no se encuentra demostrada por parte de la sociedad contratante; antes, por el contrario, lo que se encuentra determinado es que el contratista advirtió las falencias en los diseños de las losas y en la calidad del concreto

suministrado, como casusa de las fisuras que aparecieron de manera temprana en las losas fundidas, sin que las mismas fueran previamente advertidas por la sociedad contratante y puestas en conocimiento del contratista; labor que, contraria a la conducta pasiva de la contratante, asumió la sociedad contratista, pues debe recordarse que fue quien puso en conocimiento de la contratante lo sucedido con las losas y las causas de tales eventos. Tanta razón y eco halló la contratante de lo dicho por la contratista, que decidió de manera unilateral suspender el suministro del concreto hasta tanto no se analizara la situación, tanto la relacionada con el concreto como con el diseño de las losas; sin que tal decisión fuera acompañada o avalada conjuntamente por la sociedad contratista.

Las fallas en las losas, conforme se verifica, no son el resultado de errores en el proceso propiamente constructivo encargado a la sociedad contratista, sino el resultado de las fallas en el diseño encargado bajo cuenta y riesgo de la sociedad contratante y a la calidad del concreto, igualmente encargado y suministrado por la contratante, aspectos en los cuales no tuvo injerencia la contratista, por así haber quedado estipulados en el contrato de obra confeccionado. La falta de verificación del cronograma de obra proyectado ab initio y el plazo de ejecución, si bien se constatan de los acontecimientos, no fueron consecuencia de la conducta activa o pasiva del contratista, sino del previo e injustificado incumplimiento de los deberes y obligaciones de la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, quien, se recuerda, no realizó un control técnico o un seguimiento a la confección de los diseños de las losas, por lo que no pudo, por su desidia, advertir las fallas en tal diseño, con impacto en la etapa constructiva, ni realizó la entrega de las memorias de cálculo al contratista, lo que lo hizo suponer, bajo principio de confianza, que el diseño o modulación de las losas a fundir, se encontraba acorde con los lineamientos técnicos exigidos a nivel nacional e internacional para ese tipo de obra; situación que solo se evidenció al momento del procedimiento constructivo a cargo del contratista. Significativo aporte a la no verificación del cronograma de actividades y del plazo de ejecución de la obra, fue el hecho por la calidad del concreto que, puesta en conocimiento del contratante, éste procedió a suspender el suministro, por lo que, al no tratarse de una decisión consultada y consentida por el contratista, terminó por paralizar la ejecución de la obra, sin que en tal acontecer estuviera involucrada una decisión o conducta del contratista.

A manera de conclusión, la queja por las faltas en el deber precontractual, en ejecución del contrato, en el cronograma de actividades y en el plazo de ejecución, no son cuestiones que de manera genuina hayan sido desencadenadas por el actuar u omisión del contratista, todo lo contrario, se trata de consecuencias con asiento en el comportamiento pre y contractual de la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, por lo que en justeza contractual, debe asumir las consecuencias patrimoniales, tanto las propias como las del contratista.

En punto a la pretensión consistente en **"1.5. Que se declare que el incumplimiento de PROPISOS S.A. no es atribuible a circunstancias que sean imputables a PROINVERSIONES ZFB S.A.S., pues la causa eficiente del incumplimiento de PROPISOS S.A. es imputable a dicha empresa exclusivamente."**, servido de los mismos argumentos que en forma preliminar se expusieron para oponernos a la anterior pretensión declarativa, manifestamos que nos oponemos a la declaratoria judicial de la misma, pues la falta de culminación de las obras encargadas al contratista, en el tiempo estipulado, no fue consecuencia del actuar malicioso del contratista, sino que se debió, en esencia, al comportamiento inconsulto, previo y contractualmente culposo del contratante, sociedad que por sus inobservancias profesionales desde la etapa precontractual y continuadas durante la ejecución de la obra, llevó a la parálisis de las labores estipuladas en el acuerdo, sin que tal circunstancia hayan intervenido conducta reprochable al contratista. Reitérese que las causas de los problemas presentados en obra fueron la calidad del concreto suministrado y los defectos en el diseño de las losas o modulación, aspectos que por anterior eran del resorte de la sociedad contratante y no de la contratista, pues esos especiales aspectos fueron sustraídos del objeto del contrato y de las prestaciones a cargo del contratista. Como se tuvo oportunidad

de indicarlo, el deber y las obligaciones de suministro del concreto, en las condiciones y calidades técnicamente recomendadas para el desarrollo de la obra civil, así como la contratación de los diseños del enlosado, eran de cargo de la sociedad contratante, sin que en ello tuviera injerencia el contratista, y siendo que esos dos aspectos puntuales fungen como punta del fracaso contractual, a la par que eran asuntos que, desde la óptica de la ejecución de las obligaciones contractuales, resultaban anteriores en el tiempo a las prestaciones que debía dispensar el contratista, al incumplirse las primeras, no puede reclamarse con algún grado de éxito, un incumplimiento de las propias del contratista, cuando están eran posteriores y condicionadas a la verificación de las del contratante. Precisamente, aspectos como el denominado **STAND BY DE PERSONAL DISPONIBLE EN OBRA**, es consecuencia de la falta de verificación de los deberes y obligaciones dimensionadas en el contrato de obra a cargo de la sociedad contratante; cuestión similar se presenta con el material dejado en obra al retiro del contratista, retiro forzado por la situación de parálisis atribuible al contratante, lo mismo que los denominados gastos durante la ejecución parcial de la obra y el corte de obra dejado de pagar por la sociedad contratante; todos aspectos ligados al incumplimiento injustificado de **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, como actor contractual único y determinante en la ruptura de la relación negocial.

Respecto de la pretensión subsidiaria a la anterior, en donde se reclama pronunciamiento de fondo judicial acerca de *“Que se declare que de haber existido actos u omisiones de PROINVERSIONES ZFB S.A.S. durante la ejecución del Contrato, estos no fueron determinantes en los incumplimientos de PROPISOS S.A. ni afectaron gravemente la ejecución de actividades a cargo de dicha empresa, pues se trató de circunstancias sin la entidad suficiente como para ser consideradas la causa eficiente de los diferentes incumplimientos de PROPISOS S.A. mencionados en la pretensión 1.4.”*, pronto se advierte su desventura y, por lo tanto, la oposición férrea a que salga adelante al finalizar la instancia, debido a que los incumplimientos en los deberes y obligaciones a cargo de la sociedad contratante, que lo eran primero en el tiempo, de acuerdo a lo expresamente estipulado en el **CONTRATO DE OBRA No. 125 - 17**, y a los antecedentes a la misma, aspectos que operaban a manera de condición para el cumplimiento de las prestaciones propias del contratista, por lo que su infracción por el contratante determinaban la imposibilidad de cumplir con las prestaciones a cargo del contratista, todo de cara al acto constructivo; pues si el diseño encargado a terceros por cuenta del contratante y la calidad del concreto suministrado por éste, no se avenían a las estipulaciones y calidades técnicas necesarias para el buen suceso de la obra, mal podría atribuirse la falla al proceso constructivo como tal, dado que la labor del contratista era el vaciado y conformación de las losas, de acuerdo a los diseños y al concreto dispuesto por el contratante. De esa manera las cosas, la infracción en los deberes y obligaciones, antecedentes y condicionantes para el despunte y cumplimiento de las obligaciones propias asignadas contractualmente a la sociedad contratista, resultaba sumamente lesivas para el futuro de la obra, pues suspender el suministro del concreto durante un periodo de tiempo largo, teniendo en cuenta el plazo pactado para el desarrollo de las actividades, prevalido de argumentos insostenibles desde la perspectiva técnica, dado que las fisuras que aparecieron en algunas de las losas fundidas, etiológicamente no eran el resultado del proceso o actividad constructiva propia del contratista, sino de desazones en el diseño encargado de las losas y a la calidad del concreto suministrado. Las causas que llevaron a la parálisis de la obra y su ejecución parcial, resultan atribuibles enteramente al contratante, circunstancias que no son de poca monta, sino que constituyen la razón determinante para que el contratista no hubiera podido continuar con la ejecución de la obra encargada. A manera de colofón de este segmento argumentativo, se tiene que las causas de la parálisis de la obra son atribuibles, única y exclusivamente al contratante, y las mismas no lucen inicuas sino determinantes para que se hubiera malogrado el objeto contractual.

A propósito de la pretensión dirigida a **"1.7. Que se declare que la finalización del Contrato se dio por decisión unilateral e injustificada de PROPISOS S.A. y que ello impidió terminar la construcción de las losas del Contrato de Obra No. 125-17 en el plazo pactado."**, valga recordar que ante la comunicación del contratista adiada el **29 DE NOVIEMBRE DE 2017**, en la cual puso en conocimiento de la sociedad contratante la causación de perjuicios por la inactividad en obra, pese a la disposición de personal, materiales, gastos de ejecución y falta de pago del primer corte, razón justificativas de la deserción del contratista, la contratante dio su anuencia para la finalización material y jurídica del contrato, de lo cual da cuenta la comunicación de fecha **19 DE ENERO DE 2018**, respuesta que aunque tardía, representa la voluntad del contratante para poner fin, en forma retroactiva del contrato celebrado, pues así se desprende de dicha comunicación al indicarse expresamente que **"En atención a su comunicación del pasado 29 de noviembre, por medio de la presente acogemos su decisión de terminar el Contrato del asunto, ..."**, lo que sin lugar a dudas representa la anuencia de la sociedad contratante para poner fin a la relación contractual; solo que se dejaron comentarios y razones para la solución económica del contrato; por manera que, la decisión de terminar el contrato de obra ajustado, si bien tuvo la iniciativa del contratista, prevalida por la mitigación de los efectos, fue posteriormente acompañada por la sociedad contratante, lo que deja ver que la decisión del contratista tuvo toda la justificación técnica, contractual y legal.

**Sirvan los anteriores argumentos para poner de manifiesto nuestra oposición a que la aspiración de la sociedad demandante en reconvencción, sea acogida por la judicatura.**

En cuanto a la pretensión encaminada a **"1.8. Que se declare que PROINVERSIONES ZFB S.A. actuó de buena fe durante la ejecución del Contrato, entre otras, buscando soluciones para evitar el fisuramiento de las losas y atendiendo las recomendaciones de diferentes especialistas, incluso las del propio PROPISOS S.A."**, nos oponemos a que en la sentencia de fondo que cierre la instancia y se avale la petición de quien propuso la demanda de reconvencción. Lo anterior si a cuenta se tiene que el actuar de la sociedad contratante, de quien dependía el diseño de las losas y el suministro del concreto, identificados como las causas determinantes de la fractura contractual, no estuvo plegada a los deberes de lealtad, corrección y buena fe, pues pese a su conocimiento técnico y a la posición de privilegio, no advirtió las fallas en los diseños contratados, ni entregó al contratista las memorias de cálculo de tales diseños, ni verificó la calidad del concreto que era necesario para el buen suceso del proceso constructivo, conductas sumamente graves que determinaban el holocausto del proyecto; situaciones que fueron conocidas por la contratante o que podían ser conocidas con el empleo de la diligencia profesional que le era endilgable, ponen en entredicho la conducta de buena fe que ahora se abriga la sociedad demandante en reconvencción. Dígase, en adición, que la buena fe que se reclama o espera de una parte del contrato, en quien confluyen deberes y obligaciones que debían cumplirse de manera antecedente, no es la ordinaria, común o simple, sino la calificada; por manera que, no es suficiente con colocar algún interés en la solución de los asuntos ligados al contrato, sino que era necesario esperar una respuesta profesional e idónea a los problemas que afrontaba para entonces el contrato de obra. Precisamente esas conductas profesionales, oportunas y eficaces, se echan de menos en el actuar de la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.**, pues ante la evidencia de los acontecimientos en obra, se dedicó a lanzar infundadamente, culpas al contratista y al proceso constructivo a cargo de éste, sin reparar o aceptar que, las fallas en las losas, provenía de una mala disposición de la modulación, ajeno a las actividades encargadas al contratista, y a la calidad del concreto suministrado por la propia contratante, pues a difícil que es para los seres humanos, aceptar nuestras propias culpas y nos dedicamos por evadir nuestra propia responsabilidad a buscar culpables donde no los hay, pues el único culpable fue uno.

**Póngase de relieve que el procurador judicial de la sociedad demandante en reconvencción, acepta que se atendieron las recomendaciones de los expertos y de PROPISOS, a fin de conjurar las causas del fisuramiento de las losas, lo que deja ver que la sociedad contratista sí advirtió las causas de lo ocurrido, tanto así que la**

contratante se avino a los ajustes correspondientes; solo que ese actuar ya no era suficiente por cuanto los perjuicios al contratista ya eran insostenibles para entonces. Las soluciones encontradas desde lo técnico para las fisuras que se presentaron en algunas de las losas, que no en todo el trazado que el contratista alcanzó a fundir, consistieron en el cambio del concreto y en ajuste del modulado de las losas, precisamente los aspectos denunciados por el contratista como causas de las fisuras; lo cual da la razón a la posición y decisión del contratista.

En punto a la pretensión dirigida a **"1.9. Que se declare que la decisión de PROINVERSIONES ZFB S.A.S. de contratar a otra compañía para reparar y terminar de ejecutar las obras que PROPISOS S.A. no había ejecutado y que finalmente no ejecutó ni reparó como le correspondía de conformidad con lo pactado en el contrato, estaba plenamente justificada en la terminación unilateral realizada por parte de PROPISOS S.A., el abandono de la obra por parte de esta última, las deficiencias de ejecución de las losas y, además, estaba amparada en lo pactado en el Contrato y/o en el deber de PROINVERSIONES ZFB S.A.S. de mitigar sus propios daños."**, es importante reseñar que el contenido de la misma era suficiente como hecho de la demanda y no como pretensión, pues era suficiente con su constatación o descarte fáctico, antes que requerir de un pronunciamiento judicial; sin embargo, habrá de indicarse como oposición a la prosperidad de la misma, que la contratación de un tercero para terminar la ejecución de la obra truncada, no tiene como causa o nexo causal una conducta contraria a las disposiciones legales o contractuales por parte del contratista, sino a la incuria de la sociedad contratante, quien, por los acontecimientos ya suficientemente dichos y documentados, no adoptó en forma oportuna los correctivos para evitar la debacle contractual. Se insiste en el hecho que las fisuras que aparecieron en algunas de las losas fundidas, no es el resultado de una mala praxis constructiva, sino de la calidad del concreto suministrado y del diseño o modulación de las losas, actividades por entero ajenas a los deberes y obligaciones del contratista. La continuación de la ejecución de la obra, por cuenta de un tercero, estuvo precedida de los ajustes técnicos en el concreto y en el diseño de las losas, cuestión advertidas desde antes por el contratista como causas de las fisuras, y ante las respuestas tardías del contratante en conjurarias, provocó la deserción del contratista, conducta que resulta justa y proporcional, pues se procuró mitigar un mayor impacto a las finanzas del contrato y al patrimonio de las partes involucradas en la relación contractual. La contratación de un tercero es la respuesta a la causa o fines de la obra, antes que a una consecuencia de un presunto incumplimiento o responsabilidad de la sociedad contratista **PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES S.A.** Ahora bien, las reparaciones de las losas fisuradas, pese a que se hubiera pactado en la convención la obligación a cargo del contratista, no podían ser asumidas por el contratista, debido a que las fisuras no eran la consecuencia de un proceso constructivo defectuoso, sino a causas que se encontraban fuera de las prestaciones del contratista y con asiento en las propias del contratante; de ahí que, la rebeldía de la sociedad contratista a efectuar, a su costo, las reparaciones de las losas fisuradas, resultara justificada; además que la sociedad contratante no se avino a contribuir con el esclarecimiento de las verdades causas de los daños, pese al requerimiento y a las recomendaciones vertidas por los expertos y por la propia contratista. No existe en este asunto prueba de carácter técnico o científico que determine como la causa de las fisuras que aparecieron en algunas de las losas fundidas por el contratista, específicamente que hayan sido

producto de una mala práctica constructiva; pues el dicho de las dovelas desalineadas, cortes tardíos o prácticas inadecuadas a la hora del fundido de las losas, se quedaron solo en eso, en supuestos carentes de demostración. Si bien se presentan algunos registros fotográficos en los cuales se muestra la instalación de dovelas, tildada de defectuosas por la contratante, la verdad es que no se aprecia que, en la losa o losas del registro, se presenten fisuras, lo que lleva a concluir que, de aceptarse, en gracia de discusión, la desalineación o indebida disposición de los elementos de transferencia de cargas (dovelas), que aparecen en las fotos aportadas con el escrito de demanda de reconvención, esa circunstancia no es la causa de la aparición de las fisuras, pues no se aprecian fisuras en esa o esas losas; por manera que la contratación de una sociedad para la culminación de la obra y los costos asumidos por el contratante, no es el resultado del incumplimiento del primigenio contratista, sino de la necesidad de cumplir con el fin o causa de la obra en sí misma considerada. Si la sociedad contratante hubiere advertido los defectos de diseño de losas y de la calidad requerida del concreto empleado, o hubiera adoptado los correctivos tempranos a las circunstancias puestas en su conocimiento por el contratista, el devenir contractual no se hubiera frustrado.

Respecto de la pretensión encaminada a **"1.10. Que se declare que PROINVERSIONES ZFB S.A.S. entregó el valor de anticipo pactado, y que PROPISOS S.A. incumplió la obligación de amortizar el anticipo gastado y de devolver el valor no causado, y que, por ende, dicha compañía tiene la obligación de devolver a PROINVERSIONES ZFB S.A.S. esos dineros entregados de más, con los intereses corrientes que sobre dicho valor se pruebe."**, la resistencia a un pronunciamiento judicial que acoja la súplica, se hace evidente, por lo menos de manera integral, pues la primera parte de la proposición es cierta, no así lo relacionado con la falta de amortización injustificada del anticipo entregado y la obligación de la contratista y demandada en reconvención para devolver in integrum, el monto entregado por concepto de anticipo al contratista. En efecto, con ocasión a la suscripción del **CONTRATO DE OBRA No. 125 - 17** entre las sociedades **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.** y **PROPISOS S.A.**, la primera hizo entrega de la suma de **\$148.917.524.00** a título de anticipo, habiéndose pactado la devolución a través del mecanismo de la amortización, lo cual sucedería con cada acta parcial de obra ejecutada, en el porcentaje del **30%** correspondía a amortización de anticipo, según lo pactado en el contrato; pero debido a los inconvenientes presentados en la etapa de ejecución contractual, cuya atribución resulta suficientemente analizada, teóricamente solo se amortizó el porcentaje correspondiente al **CORTE OBRA No. 1**, facturado en la suma de **\$88.744.648.00**; por lo que a la terminación del contrato el contratista debía, inicialmente, devolver los dineros no amortizados del anticipo; sin embargo, esa devolución no se produjo por circunstancias atribuibles exclusivamente a la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, quien no se avino a poner fin concertado a la liquidación del contrato, y ante los evidentes perjuicios ocasionados a la contratista, la retención de los excedentes por concepto de anticipo, resulta contractual y legalmente justa; por lo menos hasta cuando la sociedad contratante facilite el tema de la liquidación del contrato, previo el reconocimiento de las indemnizaciones reclamada por el contratista. De esa manera las cosas, mientras no se produzca la **LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA No. 125 - 17**, no será posible determinar los conceptos a favor y en contra de las partes, no pudiéndose, mientras tanto, reclamarse el reembolso o devolución de dineros entregados a título de anticipo, o endilgarse el carácter de deudor de la sociedad contratista **PROPISOS S.A.**

Ahora bien, como resulta evidente que la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, se constituyó en deudora de la contratista **PROPISOS S.A.**, por los conceptos de **CORTE DE OBRA, INVENTARIO EN OBRA, GASTOS DE EJECUCIÓN PARCIAL, STAND BY DE PERSONAL Y EXPECTATIVAS ECONÓMICAS FRUSTRADAS**, lo que arroja una cifra en favor del contratista por **\$221.377.172.38**; de ahí que no sea viable devolver el anticipo no amortizado en obra, ni el reconocimiento de los intereses remuneratorios que pretende la contratante, dado que operó el fenómeno

extintivo de las obligaciones denominada **COMPENSACIÓN**, regulado en el **Artículo 1714 y siguientes del Código Civil**, lo que opera de pleno derecho, según lo determina el **Artículo 1715** de la obra en cita.

Ahora, como la amortización no fue posible financiera y contractualmente por las conductas asumidas por la contratante, la no devolución del anticipo a través de esa precisa fórmula, quedaba justificada; por lo menos mientras no se produzca el balance final del contrato. Baste recordar que el acto de liquidación del contrato es asunto que importa a lo económico, jurídico y técnico, pues supone “(...) un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también –en ocasiones– la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.”<sup>1</sup>

La cita jurisprudencial anterior, aunque propia de la discusión del contrato Estatal, no dista demasiado de los contornos privados, por lo que puede servir para ambientar la discusión, sin que la sola especialidad suponga su huida.

Pese a que en el **CONTRATO DE OBRA No. 125 – 17** no se incluyó una cláusula relacionada con la forma y tiempo de liquidación bilateral del contrato, lo cierto es que la parte demandante en reconvención y contratante, reclama de forma insistente la liquidación del convenio, lo cual deja en pie la legalidad de la conducta del contratista de retener el excedente del anticipo, hasta tanto no se reconozcan los perjuicios ocasionados por la ruptura contractual y se determinen el contenido obligaciones que corresponda a cada una de las partes.

En punto a la reclamación por el reconocimiento de intereses de plazo o remuneratorios respecto al valor del anticipo entregado y no amortizado, amortización que como se recordara no se surtió de manera integral por las desavenencias entre las partes del contrato de obra y a la demostrada responsabilidad del contratante en el quiebre de la relación, pese a que técnica y jurídicamente el anticipo constituye un préstamo del contratante al contratista, por las especiales condiciones en que se entrega y por su finalidad, cual es apalancar las actividades de instalación o implantación de la obra, no están llamados a producir réditos en favor del contratante que entrega los recursos, ello, además, pese a la condición de sociedades comerciales de las dos implicadas en el presente asunto contractual. En contraposición a lo dicho, las partes a través del convenio no regularon ese aspecto en particular, ni durante la ejecución, ni al finalizar la misma, ni menos para cuando se produjera la ruptura anticipada del contrato. Si la entrega tardía o incompleta del anticipo pactado no supone para el contratista la

<sup>1</sup> C. E. Secc. III. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá. 20 de octubre de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777)

percepción de **INTERESES REMUNERATORIOS O DE MORA**, por la connotación y finalidad que esos dineros tienen en la realidad contractual, menos puede resultar que su falta de amortización total o parcial, máxime cuando la misma es atribuible a una conducta culposa del contratante, determine el derecho del contratante para reclamar y obtener el pago de intereses remuneratorios. Se insiste, la sociedad contratista no es a este momento deudora de una suma dineraria, ni se encuentra en mora de cumplir, por lo que el reclamo por intereses resulta improcedente. Nótese que la entrega del dinero a manera de anticipo, no es constitutiva de una actividad desligada del objeto y finalidad contractual, ni es constitutiva de una actividad rentística o especulativa por parte de la contratante, razones de más para sostener la improcedencia de los intereses en la modalidad de remuneratorios, pues la entrega del dinero al contratista no se hace en el marco de una relación de crédito o financiación propiamente dicha, o de la cual se espere un rédito civil por la entrega del dinero. En los casos de contratos de obra de status privado, no existe una operación con propósito de obtener rendimiento sobre un capital; no resultando en esa forma aplicable la disposición del inciso primero del **Artículo 384 del Código de Comercio**.

En gracia de discusión podría pensarse que los intereses remuneratorios corresponden a una categoría de perjuicios patrimoniales, no obstante, su reconocimiento sólo tendría ventura siempre que se demuestre por quien entregó el dinero a título de anticipo, que el contratista que los recibió le generó un perjuicio cierto y determinado, de lo contrario, la sola petición por intereses remuneratorios en los casos como el que se analiza, resulta improcedente; si esta se finca en la mera y escueta entrega del dinero al contratista, sin consideración a la finalidad o propósito que dicha entrega tienen en el marco del contrato de obra, principalmente.

Respecto a la pretensión relacionada con **“1.11. Que se declare que, producto de los incumplimientos antes referidos, PROPISOS S.A. tiene que pagar a PROINVERSIONES ZFB S.A.S. la sanción pactada en la cláusula penal del Contrato.”**, este procurador judicial vocero de los intereses de la parte demandada en reconvención, refuta la posibilidad de que mediante providencia judicial se declare su prosperidad, habida cuenta que el sustrato que habilita el reconocimiento de la cláusula penal estipulada en la convención que sirve de hontanar a la presente discusión judicial, es el incumplimiento culposo de la parte frente a la cual se reclama el reconocimiento. Ahora, según se vio en precedencia, si el cobro de los intereses responde al criterio de perjuicio, no es posible adelantar o reclamar la efectividad de la cláusula penal, pues no es posible, a la luz del **Artículo 1600 del Código Civil**, reclamar simultáneamente la cláusula penal y la indemnización de perjuicios.

Aunque la sola existencia del pacto expreso, supondría relevarme el análisis, recábese en que *“(…) siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada “moderación”, razón por la que se insiste en que si las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio. (…) perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, dice con autoridad Luis Díez Picazo, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio” (Cas. Civil, sentencia 23 de junio de 2000, Exp.No.4823).*<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Expediente 68001 3103 001 2001 00389 01.

Igualmente, no resulta viable la reclamación, cuando la redacción de la cláusula en el entramado contractual, no deja ver que se trata de la denominada cláusula penal moratoria en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes. En la denominada carátula del **CONTRATO DE OBRA 125 -17**, no se encuentra inserta una determinada cláusula de apremio, misma que solo aparece en el documento denominado "**CLAUSULADO GENERAL**", en donde se indica que por concepto de cláusula penal se pacta el **15%** del valor del contrato; sin embargo, la efectividad de la misma no resulta afortunada, pues, de un aparte, el incumplimiento es primero y atribuible a la sociedad contratante y segundo por cuanto no resulta viable el cobro de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, en forma simultánea.

En punto a la pretensión referida a **"1.12. Que se declare que PROPISOS S.A. debe pagar, reembolsar y/o reintegrar a PROINVERSIONES ZFB S.A.S. las sumas de dinero que se derivan de los siguientes conceptos y a las cuales PROINVERSIONES ZFB S.A.S. tiene derecho:**

- (i) **Los costos por concepto de reparaciones de las fisuras y las obras ejecutadas de forma deficiente.**
- (ii) **Los mayores costos en los que debió incurrir PROINVERSIONES ZFB S.A.S. para contratar la terminación de los trabajos faltantes que PROPISOS SA no ejecutó.**
- (iii) **La devolución del anticipo no amortizado ni gastado en la obra por parte de PROPISOS S.A."**

Como se advierte, se trata de una pretensión compuesta por varias declaraciones, todas orientadas a que se disponga la obligación de la sociedad demandada en reconvencción de reconocer a favor de la contratante los conceptos de costos de reparación de las losas fisuradas, los mayores valores incurridos para terminar la obra y la devolución del anticipo no amortizado; aspectos que se enmarcan en los perjuicios derivados del incumplimiento contractual de la contratista; sin embargo, no estando demostrado tal incumplimiento, resulta nugatoria la pretensión por perjuicios; ello con todo y lo que supone que el germen de la parálisis del proyecto y su prematura deserción, son enteramente atribuibles a la sociedad contratante, antes que a la contratista. Sobre ese preciso aspecto se han dedicado varias páginas de éste oposición a las pretensiones, por lo que resulta suficiente a este propósito.

Finalmente, en cuanto a la pretensión dirigida a **"1.13. Que, conforme a lo anterior, se liquide el Contrato y se declare que PROINVERSIONES ZFB S.A.S. no adeuda nada a PROPISOS S.A. y, por el contrario, es PROPISOS S.A. quien adeuda dinero a PROINVERSIONES ZFB S.A.S. por los conceptos señalados en las pretensiones anteriores."**, pronto debe advertirse su infortunio, por lo menos en cuanto hace a la condición de deudora que se le quiere endilgar a la sociedad contratista, pues, contrario a lo postulado por el apoderado judicial, es la sociedad contratante la que adeuda a la contratista los siguientes conceptos y montos:

**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS**

|   |                         |
|---|-------------------------|
| <b>CORTE DE OBRA 1.</b>                     | <b>\$88.744.648,73</b>  |
| <b>INVENTARIO EN OBRA</b>                   | <b>\$63.917.190,73</b>  |
| <b>GASTOS DE EJECUCION PARCIAL</b>          | <b>\$62.039.611,60</b>  |
| <b>STAND BY DE PERSONAL</b>                 | <b>\$79.985.706,30</b>  |
| <b>*3EXPECTATIVAS ECONOMICAS FRUSTRADAS</b> | <b>\$75.607.539,025</b> |

\* Aunque se haya determinado en el documento denominado **ANEXO TECNICO**, inserto en dictamen elaborado por la firma especializada **LOPEZ VILLAMARIN**, como porcentaje de cálculo de lo que se denominó **UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR**, el **14%** sobre la obra dejada de ejecutar, en verdad corresponde al **13%**, de acuerdo a lo estipulado en la propuesta económica y a lo consignado en el módulo de **DISCRIMINACION DEL PRECIO**, en la carátula del **CONTRATO DE OBRA No. 125 - 17**.

|       |                   |
|-------|-------------------|
| TOTAL | \$ 370.294.969,38 |
|-------|-------------------|

Efectuadas las operaciones financieras correspondientes, reconociendo la entrega del anticipo por la suma de \$148.917.524,00, este valor deberá compensarse con las sumas adeudadas a la contratista, las cuales ascienden a \$ 370.294.969,38, arrojando una diferencia positiva en favor del contratista por \$221.377.172,38; de ahí otra de las razones por las cuales no es viable devolver el anticipo no amortizado en obra, ni el reconocimiento de los intereses remuneratorios que pretende la contratante. De esta manera las cosas, es la sociedad contratante y demandante en reconvención quien tiene la condición de solvens y no al contrario.

En cuanto respecta al clamor por la liquidación judicial del contrato, tal tópico, aunque parezca extraño a este tipo de litigios, es perfectamente viable, si en la base existe disposición contractual que determine la liquidación del contrato; por lo que habiéndose estipulado tal asunto en el CONTRATO DE OBRA No. 125 - 2017, tal como da cuenta la CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA, lo que en principio habilitaría la labor judicial, pese a que no puede asimilarse lo acontecido en el contrato privado, con el escenario de la contratación pública, en donde ha sido prolija la jurisprudencia al destacar que, en materia de contratos privados, no es viable ni exigible la liquidación judicial del contrato, en tanto *"En reiteradas oportunidades, esta Sección se ha pronunciado sobre la no exigibilidad de liquidación en los contratos de derecho privado que carecen de pacto al respecto..."*, terminado por destacar que *"Por tanto, es claro que, en los contratos de derecho privado que no contengan pacto para liquidarlos, el término de caducidad del contrato no se sujeta a las reglas establecidas en el artículo 136, numeral 10, literales c) y d), puesto que no son negocios jurídicos que requieran liquidación."*<sup>4</sup> (subrayado y resaltado ajeno al texto)

Haciendo abstracción de lo dicho por la jurisprudencia, hipotéticamente podría solicitarse y obtener la liquidación judicial del contrato de obra privado, siempre que se cumplan los siguientes ítems:

- 1) Que exista pacto escrito al respecto;
- 2) Que en el pacto se haya incluido los factores y términos de la liquidación;
- 3) Que no se hubiere adoptado la liquidación unilateral o bilateral y
- 4) Que se encuentre vencido el plazo consagrado para tal fin.

#### ASOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS

Oteado el documento marco de la relación contractual (Obra No. 125 - 17), se advierte la presencia de una estipulación semejante, que habilita reclamar judicialmente la liquidación del contrato privado, por lo que será el marco de la decisión judicial, el que determine el balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, dando nacimiento a los derechos y obligaciones reclamados mutuamente por las partes de la relación contractual.

#### CAPITULO SEGUNDO.

<sup>4</sup> C. E. secc. III. Sentencia 43838 de 2020. C. P. María Adriana Marín. Radicación 630012331000200700003-02 (43838)

#### A LA PRETENSIONES DE CONDENA

Anteladamente debemos manifestar que nos oponemos de manera vehemente a la imposición judicial de las condenas reclamadas por la sociedad demandante en reconvención, al existir argumentos sustentados del incumplimiento antecedente y grave atribuible en forma exclusiva a la propia actora en mutua petición, pues concretamente con su actuar poco profesional y desidioso, concretado en la falta de entrega de las memorias de cálculo del diseño o modulado de las losas, no realizar los ajustes propios de la modulación, no suministrar el concreto de las calidades técnicas sugeridas por el diseñador y suspender de forma inconsulta las labores constructivas, determinó la decisión del contratista de no continuar con la ejecución del tramo de obra restante; resultando en una respuesta contractual y legalmente justificada y proporcional.

Dicho lo anterior, que luciría suficiente para inhabilitar la aspiración de la demandante en reconvención, me permito a continuación pronunciarme puntualmente frente a cada uno de los conceptos y montos reclamados, así:

Nos oponemos a que se dé crédito a la condena solicitada en contra de la sociedad que agencio *"Por concepto de título de devolución de las sumas no amortizadas del anticipo la suma de SESENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRESMIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$61.463.269)"*, suma que resultaría de restar a los \$148.917.524 efectivamente entregados por la sociedad contratante a título de anticipo al contratista, la suma correspondiente al CORTE DE OBRA No. 1, depurada de acuerdo a los criterios personales e inconsultos de la sociedad contratante, en tanto la demandante en reconvención es deudora de la contratista PROPISOS S. A. en la suma de \$370.294.969,38; por lo que operada la compensación, arrojaría un saldo a favor de la demandante inicial, en una suma de \$221.377.172,38, valor que a la fecha no ha sido pagado por al deudora y contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S.

En cuanto respecta a la condena *"Por concepto de los correspondientes intereses financieros del anticipo no amortizado, dejados de percibir y calculados desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de radicación de la demanda de reconvención, mediante el IBR + 3,5% por la suma de TRECE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVEMIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$13.299.230)."* , baste con recordar que la entrega de anticipo, por tener una finalidad específica, vinculada al objeto del contrato, no constituye una operación concreta de mutuo comercial, ni a una operación de crédito propiamente dicha, por lo que no es posible reclamar sobre el anticipo entregado y no amortizado por el contratista, rendimientos financieros sobre el capital entregado. Ahora, en gracia de discusión, de haberse generado los intereses remuneratorios solicitados y siendo obligada la sociedad contratista al reconocimiento de los mismos, quedarían inmersos en la operación de compensación.

En referencia a la condena *"Por concepto de la devolución de los gastos incurridos por la reparación de las losas por un valor de TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHOMIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.208.518 M/CTE) incluido IVA."*, hay que advertir que se trata de una suma derivada, presuntamente, de una actividad adelantada para reparar los daños experimentados por algunas de las losas, no obstante, esa sería una consecuencia de la propia incuria de la sociedad contratante, por incumplimiento en sus deberes y obligaciones. Ahora, resulta desproporcionado que se cobre unas sumas de dinero sin que se encuentren los sustentos documentales necesarios, dado que en el "ALCANCE" del contrato celebrado con la sociedad MASTERPLAC S.A.S., tan solo se indica la reparación de 19 LOSAS, sin que se especifique la labor a emprender, el tipo de materiales a emplear, el costo de los mismo y de mano de obra. Lo anterior sin tener en cuenta que el criterio del Ingeniero ASCHNER, respecto de la reparación de las fisuras en las losas, solo consistía en la realización de cortes a distintas dimensiones, lo que contradice las labores y costos trasladado a título de perjuicio.

Respeto de la condena *“Por concepto del sobrecosto y/o diferencia contractual por mano de obra para PROINVERSIONES por la suma de NUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.534.447).”*, nos oponemos a la imposición de la condena solicitada, pues de haberse incurrido en sobrecostos para la terminación de la obra, los mismos son producto de la falta de diligencia de la propia reclamante. De haber empleado todo su profesionalismo la parte contratante, no se habrían generado sobrecostos, pues la obra se habría terminado en el plazo estipulado, si no hubiera mediado la suspensión en el suministro del concreto y el posterior retiro de la sociedad contratista, obligada por las circunstancias atribuibles a su par contractual.

En cuanto a la solicitud de condena en contra de la sociedad **PROPISOS S.A.**, *“Por concepto de cláusula penal generado por incumplimiento del Contrato por parte de PROPISOS la suma de CIENTO CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS DIECINUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$114.439.319).”*, la misma no tiene vocación de prosperidad, de un lado, porque el incumplimiento contractual del cual se derivaría la activación de la cláusula penal, no es atribuible a la sociedad contratista, sino a la propia reclamante, y en segundo lugar, por cuanto de pedirse la indemnización de perjuicios, como en efecto se hace en este apartado, resultaría incompatible con la cláusula penal, máxime cuando en la redacción no se advierte que se trate de la simple moratoria. En este punto, la jurisprudencia tiene dicho que *“Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil. Se denomina “Cláusula penal” al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorio, para el evento de incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo. recibiendo en el primer caso el nombre de “Cláusula penal compensatoria” y en el segundo . Cláusula penal moratoria”; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.”*<sup>5</sup>

Esa incompatibilidad en el cobro de la cláusula penal, se encuentra dispuesta en el **Artículo 1600 del Código Civil**, según la cual *“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”*, en concordancia con lo destacado por el **Artículo 867 del Código de Comercio**.

A lo antes dicho adiciónese que la situación que habilitaría el cobro de la cláusula penal, según el especial criterio del apoderado judicial, sería el incumplimiento de las obligaciones que tomó a cargo la sociedad contratista y no el simple retardo culposo, aspectos que, aunque no están demostrados como atribuibles al contratista, impedirían la activación de la cláusula contractual de apremio.

Por último, en cuanto a las condenas por intereses y costas, siendo las mismas producto de la culminación del debate jurídico y la imposición de obligaciones a cargo de la sociedad contratista, aspecto que en realidad vemos bastante difícil, no será viable su imposición, debido a que, como reiteradamente se ha dicho, el incumplimiento provino de la sociedad contratante; por lo que deberá asumir las consecuencias patrimoniales propias y las generadas para el contratista. Como al final se verá, el triunfo de las pretensiones acompañará al demandante inicial, por lo que las condenas al reconocimiento y pago de intereses sobre las sumas impuestas, así como las costas y agencias en derecho, serán en favor de quien promovió delantadamente el litigio, esto es, en favor de la sociedad **PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES S. A. PROPISOS**.

<sup>5</sup> C.S.J. Cas. Civil. Sentencia SC3047 —2018. Radicacionme25899 —31 —03 —002 —2013 —00162 —01.

### CAPITULO TERCERO.

#### 3. A LOS HECHOS DE LA MUTUA PETICIÓN

##### 3.1. RELACIONADOS CON LA ETAPA PRECONTRACTUAL.

- 3.1.1. Al hecho primero de este segmento fáctico, habrá de aceptarse en su integridad, pues corresponde a la fecha y circunstancias que ambientaron la celebración del **CONTRATO DE OBRA 125 - 17**; solo que habrá de destacarse que la experiencia en el mercado de la ejecución de pisos industriales, no resultaba una mera suposición sino una verdad, por ser éste el objeto social y principal actividad comercial de la sociedad contratista.
- 3.1.2. Resulta cierto el hecho en cuanto a la presentación de la oferta, de su contenido técnico y económico, así como el valor de la propuesta.
- 3.1.3. No resulta del todo cierto. En cuanto al contenido de la oferta, conforme se destacó antes, es cierto, pero no lo es del todo en cuanto al alcance de los compromisos adquiridos por el ofertante, debido a que la elaboración de los diseños de la estructura a desarrollar, no fue objeto de las prestaciones a cargo del contratista, sino de las obligaciones de la sociedad contratante, lo mismo que el concreto y sus condiciones adecuadas conforme al contenido del diseño elaborado bajo cuenta y riesgo de la propia contratante. Los factores relacionados con la condición presupuestal de inicio de obra, los días de ejecución de las obras, los valores agregados, las garantías y lo relacionado con el deber del contratista a la entrega de la obra, todas circunstancias transcritas del contenido del **CONTRATO DE OBRA 125 - 17** y del documento anexo que contiene las **CLÁUSULAS**, resultan ciertas. No obstante, hay que advertir que la mayoría de ellas no pudieron ser cumplidas, por la salida forzada y justificada del contratista, ante las graves anomalías que impedían el avance de las obras, circunstancias atribuibles única y exclusivamente a la sociedad contratante. Ya se ha reiterado suficientemente que el sustrato del incumplimiento por cuenta de la sociedad contratante se encuentra en la falta a los deberes precontractuales y contractuales de entregar las memorias de cálculo, verificar la calidad del concreto y la periodicidad del suministrado, la falta de decisiones oportunas ante la aparición de las fisuras, el acatamiento tardío de las sugerencias profesionales dadas por el equipo experto de la sociedad contratista y de terceros, y por último, pero no menos importante, el silencio lesivo de los derechos del contratista y que atentaban contra la finalidad de la obra.
- 3.1.4. Es cierto. La oferta presentada por la sociedad contratista fue aceptada por la contratante, en los términos redactados, solo que la calidad y suministro del concreto, así como los diseños, no hacían parte de los deberes u obligaciones del contratista, por lo que la contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.** asumía los riesgos por esos dos precisos aspectos del contrato. **DERECHO DE SEGUROS**

##### 3.2. RELACIONADOS CON LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN EL CONTRATO 125 -17.

- 3.2.1. Es cierto. De esa forma fue presentado el documento y en esas condiciones se suscribió por la sociedad contratista **PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES S. A.**
- 3.2.2. Es cierto, de acuerdo con el contenido literal de las convenciones del **CONTRATO DE OBRA 125 - 17.**
- 3.2.3. Es cierto, y corresponde a transcripción literal del contrato suscrito.
- 3.2.4. Es cierto, y corresponde a una transcripción literal del contenido del acuerdo de voluntades. No obstante, hay que poner de manifiesto que los retrasos y la ejecución parcial de la obra encomendada al contratista,

fueron provocados por la conducta negligente de la sociedad contratante, por lo que habrá de asumir su propio riesgo y su propio perjuicio. La redacción de la cláusula no se encuentra orientada hacia la creación de un daño objetivo o a la consagración de un perjuicio automático, para los casos en que se produzca, lisa y llanamente, un retraso en el cronograma de ejecución de la obra; pues todo estaba condicionado a que, en el devenir contractual, las partes, tanto contratante como contratista, ejecutaran sus prestaciones en la forma y tiempo convenidos; asunto que no sucedió en este caso, pues por faltas atribuibles única y exclusivamente a la contratante, el objeto del contrato se truncó, sin que en ese infortunio contractual haya intervenido la contratista, a través de acción u omisión. Luego de lo dicho, se aceptará el hecho, por tratarse de una transcripción *litera contractus*, sin antes advertir que no fue acuerdo de las partes establecer circunstancias automáticas en cuanto al daño y la indemnización.

- 3.2.5. Es cierto, así se desprende de lo pactado en el **CONTRATO 125 - 17**. El valor total del contrato fue por la suma de **\$749.595.464,00**, valor que correspondía al sub total del precio **\$658.927.096,00**, adicionando el componente de Administración, Imprevistos y Utilidades del **13% (A.I.U)**.
- 3.2.6. Es cierto. Constituye una transcripción literal del contenido del acuerdo de voluntades.
- 3.2.7. Es cierto. Consiste en una transcripción literal del contenido del contrato. Pese a ello, debe decirse que de su contenido no se puede extractar que haya sido responsabilidad del contratista el suministro del concreto, pues tal asunto su expresamente sustraído del rol del contratista y asumido por el contratante, y no puede, para efectos de este proceso, asimilarse que en la categoría de "materiales" se encuentre el concreto, en las calidades y cantidades requeridas para la ejecución de la obra.
- 3.2.8. Es cierto. Lo descrito corresponde al contenido literal del contrato; debiéndose advertir que de manera oportuna la sociedad contratista tomó la póliza respectiva, prueba de ello es la **POLIZA DE SEGUROS DE CUMPLIMIENTO ENTIDADES PARTICULARES No. NE 100078232**, expedida por la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S. A.**, en la cual se establecen los amparos, valores asegurados y vigencias, de acuerdo a lo pactado en el contrato de obra.
- 3.2.9. Es cierto. Así aparece consignado en el módulo correspondiente de la carátula del **CONTRATO DE OBRA 125 - 17**, solo que se transcribieron de manera parcial los documentos enlistados; sin embargo, del mismo no hacen parte las denominadas Memorias de Cálculo que el diseñador debió entregar a la sociedad que encargó el diseño de las losas, que resultaba ser un documento importante de cara a determinar ex ante, las posibles fallas que podían tener suceso si se adelantaba el fundido en las condiciones de diseño elaboradas, a expensas de la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**
- ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS
- 3.2.10. No es cierto. La sociedad contratista **PROPISOS S. A.**, no contaba con la información ni con los documentos completos, a fin de realizar un análisis técnico respecto de los posibles riesgos que pudiera afrontar el desarrollo de la obra, por lo que mal pudo haber podido prever las incidencias que una falla en el diseño de las losas, encargado a un tercero ajeno al contratista y sin su participación, por lo que mal se hace en esta ocasión el señalar alguna falta de precaución o diligencia por parte de la sociedad contratista, pues no estaba a su alcance prever la aparición de fisuras en algunas o todas las losas fundidas a costa de la contratista. Jamás la sociedad contratante y demandante en reconvención entregó la totalidad de la información requerida para adelantar las pruebas y análisis técnicos del caso, por lo que no cabe un juicio de reproche a la contratista por las situaciones presentadas en la obra. Adiciónese que, de acuerdo a los documentos técnicos arrojados al dossier, la circunstancia del diseño, la falta de las Memorias de Cálculo y la calidad del concreto suministrado, fueron factores determinantes de la aparición de las fisuras en

algunas de las losas fundidas, deberes o prestaciones que estaba a cargo del contratante, tal como se precia de la carátula del contrato y de las cláusulas del mismo.

3.2.11. No es cierto. La sociedad contratista **PROPISOS S. A.**, evidenció y puso en conocimiento de la sociedad contratante los inconvenientes de fundir o continuar la función, por la calidad del concreto suministrado por indicaciones de la contratante, la frecuencia del suministro, así como por la incidencia que tenía en el desarrollo constructivo el diseño de las losas, circunstancias que, como se ha venido destacando, no estaba a cargo de la sociedad contratista, pues bajo cuenta y riesgo de la contratante, se adelantaron los diseño y el suministro del concreto. Apenas el contratista advirtió la aparición de fallas, las puso en conocimiento de la sociedad contratista, misma que en comienzo se rehusó a tenerlas en cuenta y realizar los análisis correspondientes para verificar la situación, que solo atendió pasado un tiempo demasiado laxo, cuando ya la situación para el contratista resultaba insostenible. No existen razones para pensar que una conducta o una mala práctica constructiva atribuible al contratista, haya tenido incidencia en las causas de la aparición de las fisuras, ni menos, en el posterior desenlace del contrato. Se lanzan señalamientos al contratista por la mala alineación de las dovelas, de un posible corte tardío de las losas y de otras circunstancias, sin que se cuente con la información, los conceptos técnicos o los dictámenes periciales que, de manera contundente, reclamen la etiología de los daños en las losas, al procedimiento constructivo desarrollado y a cargo del contratista **PROYECTOS DE PISOS INDUSTRIALES S. A. PROPISOS S. A.**

3.2.12. Es cierto. Corresponde a una transcripción del contenido del contrato. Peso a ello, debe destacarse que las circunstancias técnicas relacionadas con la calidad, disposición y condiciones del piso sobre el cual se desarrollaría posteriormente la obra, no son aspectos de cargo del contratista, pues se debieron tener en cuenta al momento de elaborar del diseño del enlosado, siendo que corresponde estrictamente al análisis técnico del elemento denominando subrasante o terreno natural sobre el cual se apoya la estructura de concreto, del cual, obviamente, resultan unas consecuencias importantes en el posterior proceso constructivo a cargo del contratista, si su planicidad, uniformidad, resistencia, reacción, y demás condiciones, no se resultan verificadas. En este caso se advirtió desde el inicio por el contratista que la irregularidad de la subrasante impedía la instalación o colocación adecuada de las dovelas, consideradas en su conjunto, y especialmente de las barras de transmisión de esfuerzos, asuntos que no fueron considerados ni atendidos en la forma debida ni por el contratante ni por el diseñador, quien solo atinó a decir que esas imperfecciones presentadas en la subrasante, no eran significativas ni determinarían la causa de posibles fisuras; no obstante, en el proceso constructivo se evidenciaron fisuras en losas instaladas sobre superficie irregular. El contratista, en despliegue de su labor profesional y contractual, tuvo en cuenta los factores climáticos del lugar donde se adelantaría la obra, precisamente por ello, adquirió carpas y otros elementos protectores para evitar el fraguado temprano del concreto aplicado, en procura de prevenir la aparición de fisuras en dicha etapa de contracción del concreto o en la de contracción plástica. De la misma forma tomó en cuenta todas las consideraciones y metodologías para efectos de adelantar los cortes de las juntas dentro de los tiempos correctos (ventana de corte), además que utilizó todos los elementos constructivos adecuados para prevenir cualquier afectación reducir el volumen de agua en el concreto suministrado, de una relación de 0.5 a 0.4, precisamente para evitar la aparición de fisuras en la etapa plástica del concreto, o la aparición de otras patologías superficiales de

las losas. Se olvida que el contratista igualmente recomendó a la sociedad contratante, como refuerzo del concreto suministrado, fibras micro sintéticas, para evitar la aparición de fisuras tempranas, todo en razón a la modulación inapropiada de las losas. No se ha tenido en cuenta que existieron fallas en la logística de suministro del concreto, la cual estaba enteramente a cargo de la contratante, pues no se tuvo el suministro periódico requerido, por lo que esa inconsistencia pudo afectar el fraquado uniforme de las losas fundidas, favoreciendo la aparición de las fisuras que se observan en algunas de las placas.

Las recomendaciones efectuadas de manera temprana por la sociedad contratista, fueron desatendidas por la sociedad contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S., por lo que, a la hora de ahora, determinado que las causas de las fisuras y de inyección de la obra, atribuibles a PROINVERSIONES ZFB S.A.S., no puede socorrer en su favor o beneficio su incuria o culpa.

- 3.2.13. Es parcialmente cierto. La redacción y su transcripción corresponden al contenido del documento en el cual se vertió la voluntad de las partes, pero el alcance que tácitamente quiera darle el apoderado de la sociedad demandante en reconvención, no se ajusta a lo realmente pactado, pues *“reparar o reemplazar gratuitamente los defectos de fabricación de la obra”*, debe analizarse desde el punto de vista de las obligaciones o prestaciones realmente asumidas por la sociedad contratista, dado que las fallas o fisuras de algunas de las placas, no tiene como causa inmediata o remota, la actividad constructiva de cargo del contratista, sino que tienen su hontanar en la inobservancia de los deberes y prerrogativas asignadas contractualmente a la sociedad contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S., resultando del todo ajena la sociedad contratista de tales acontecimientos.
- 3.2.14. Es cierto. Corresponde a una cita textual del documento ajustado entre las partes. No obstante, las consecuencias y señalamientos que de manera subrepticia se pretenden derivar en contra de la sociedad contratista, resultan en un despropósito jurídico y contractual, debido a que el contratista no quedaba vinculado a los efectos de la disposición contractual en cita, dado que las fisuras de algunas de las losas fundidas y las implicaciones que ello supuso para la suerte del contrato, no tienen fuente en el proceso constructivo encargado al contratista; debiéndose reparar en que expresamente la disposición hace referencia a la obligación del contratista de *“reparar los productos defectuosos de la obra cuando los mismos provengan de un error de fabricación, de construcción, de montaje o de cualquier otra actividad encargada al CONTRATISTA ...”* (resaltado ajeno al texto), lo que supone el nacimiento de la obligación de reparación del contratista, condicionada a que los defectos hayan ocurrido durante el procedimiento constructivo; y como en este caso, suficiente ha resultado, las causas de los daños en las losas y su incidencia en la ruptura contractual, no encuentran explicación en el proceso constructivo a cargo del contratista, sino en el incumplimiento de los deberes y obligaciones dispensadas contractualmente a la sociedad contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S.
- 3.2.15. Es cierto. De acuerdo a la redacción del documento suscrito por las partes; pero, el alcance que pretende dar el apoderado judicial de la sociedad contratante y demandante en reconvención, resulta alejado de toda consideración fáctica y contractual. En efecto, se estipuló como causal de terminación del contrato por parte del contratante, la suspensión de las actividades por parte del contratista, siempre que la misma no estuviera justificada, situación que no es la sucedida en el presente entramado contractual, debido a que la suspensión de las actividades fue provocada por una decisión unilateral de la sociedad contratante, pues como se recordará, ante la aparición de las fisuras y las razones expuestas por la sociedad contratista, la contratante procedió a suspender el suministro del concreto, por lo que paralizaba por

entero las actividades programadas por el contratista. Ahora, si la suspensión provino de la contratista, no se trató de un acto unilateral ni injustificado, pues tenía toda la razón en no continuar realizando el vaciado, cuando el concreto no cumplía con las condiciones técnicas adecuadas para el tipo de piso industrial ni para la modulación. En este asunto contractual, no se produjo la terminación unilateral, inconsulta e injustificada del contrato de obra por parte de la sociedad contratista, o que haya provocado la decisión de terminar el contrato por parte de la contratante, pues la decisión de poner fin al acuerdo de voluntades, si bien se dio por iniciativa de la contratista, ante las situaciones adversas, pronto resultó acompañada por la contratante; así se puede apreciar de la trazabilidad de las comunicaciones entre las partes (**COMUNICACIÓN DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2017 PROPISOS Y DE 19 DE ENERO DE 2018 PROINVERSIONES ZFB**). Así las cosas, no existe una decisión por parte de la sociedad contratante, tendiente a dar por terminado el contrato de obra, y menos que tal decisión haya sido adoptada con sustento en el incumplimiento de las obligaciones propias de la sociedad contratista; lo que inhabilitaría cualquier reclamación por perjuicios derivada de la ruptura contractual, en favor de la sociedad contratante.

- 3.2.16. Es cierto. Así se pactó en la convención; cosa distinta es su efectividad en el caso que nos confronta, por lo menos en favor de la demandante en reconvencción. Ya se ha advertido que dicha sanción contractual no resulta viable en el presente asunto, por lo menos no en perjuicio de la sociedad **PROPISOS S. A.**, en razón a que está demostrado que el incumplimiento contractual provino de la sociedad **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, por inobservancia en el tipo de mezcla requerida y su suministro, así como por no atender los requerimientos del diseño del piso, y de otra parte por cuanto se está adelantando el cobro de perjuicios derivados de una presunta falla contractual atribuible a la sociedad contratista, aspecto que, conforme a aceros principios legales, no resulta compatible con el cobro de la cláusula penal, máxime cuando de la disposición contractual no se aprecia la voluntad de ajustar una cláusula penal de raigambre moratorio, sino simplemente compensatorio.

### 3.3. RELACIONADOS CON LA ENTREGA DEL ANTICIPO A PROPISOS.

- 3.3.1. Es cierto. Así se desprende del contenido del contrato ajustado entre las partes involucradas en este litigio, además, corresponde a la suma efectivamente entregada por la sociedad contratante al contratista, el título al cual fue entregada y el porcentaje que representaba frente al valor total del contrato.
- 3.3.2. No es cierto. Durante la ejecución parcial de la obra, el contratista amortizó el porcentaje que contractualmente se estipuló como amortización, tal como se puede apreciar en el documento denominado **CORTE DE OBRA 1**, el cual no ha sido desconocido por la sociedad contratante. La amortización total del anticipo no fue posible gracias a la parálisis de la obra y a la posterior terminación del contrato, situaciones provocadas por las desatenciones en los deberes y prestaciones propias de la demandante en reconvencción; a lo cual ya se ha dedicado suficiente espacio en este escrito.
- 3.3.3. No es un hecho. Constituye una circunstancia ligada a una labor propia o unilateral de la demandante en reconvencción, la cual no consulta la verdadera dimensión económica del **CORTE DE OBRA 1** elaborado por la contratista. Se propone que el verdadero alcance económico de la factura parcial no ascendía a **\$88.744.648.00**, de acuerdo a los ítems ejecutados, sino a **\$87.454.239.00**, cuya diferencia encontró, seguramente en el porcentaje de **A.I.U.** pactado en el contrato, frente el incluido en el **ACTA DE OBRA 1**, pero más allá de la supuesta imprecisión a la hora de establecer los valores facturados por el primer corte de obra, lo cierto es que la metodología y el plan de inversión del anticipo se cumplió cabal y fielmente, solo que, ante las circunstancias anómalas atribuibles a la sociedad contratante, no se pudo material y técnicamente continuar con el plan de amortización del anticipo entregado. Si a causa del incumplimiento de los deberes y prestaciones a cargo de la contratante no se hubiera suspendido el suministro de concreto

a la obra, y posteriormente, ante las tardanzas injustificadas en adoptar las decisiones que requería el proyecto constructivo, obligó al contratista a manifestar su deseo de retirarse del contrato, asunto que posteriormente fue acompañado por la propia contratante. La falta de devolución del anticipo no amortizado mediante la ejecución de obra, que no pudo suceder en su integridad por factores y decisiones ajenas enteramente a la sociedad contratista **PROPISOS S.A.**, se tuvo como compensación por los graves perjuicios patrimoniales causados para el contratista ante la ruptura del contrato. Esa conducta del contratista estaba plenamente justificada contractual, legalmente, incluso desde el punto de vista de la equidad contractual.

- 3.3.4. Nos atenemos a lo que resulte finalmente en la liquidación del contrato. No obstante, se destaca que la propia contratante acepta, por boca de su apoderado judicial, la ejecución parcial y cumplida del contratista, así como los ítems ejecutados, existiendo discrepancia, seguramente, en el porcentaje del componente contractual **A.I.U.**
- 3.3.5. Es cierto parcialmente. El corte de obra que avala la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, sus cantidades y valores facturados por la sociedad contratista, coinciden, solo que en cuanto al valor, como se anticipó, se pudo haber ajustado el porcentaje pactado por **A.I.U.**; cosa distinta es que se tenga por cierto el derecho que reclama la sociedad demandante en reconvencción, respecto del pago de los valores asumidos por reparación de las losas fisuradas, lo que ascendería a **\$33.208.518.00**, pues en ese puntual aspecto no resulta cierto que deba descontarse el valor de las losas como si el contratista no las hubiera realizado, además que el concepto reclamado por el contratante es por concepto de reparación de losas mas no de reelaboración. A lo anterior adiciónese que la generación de los costos de reparación de losas, es consecuencia de la inobservancia de los deberes y prestaciones que, de acuerdo al contrato celebrado, tenía la sociedad contratante; es el resultado de su actuar negligente y descuidado, por lo se convierte en autovictimario o causante de su propio daño.
- 3.3.6. No es cierto. La sociedad contratista no está en la obligación o deber contractual o legal de devolver o reembolsar suma alguna por concepto de anticipo entregado y no amortizado, dado que se compensó con los perjuicios cuantiosos ocasionados a la contratista por los actos desleales al contrato por parte del contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**

#### 3.4. HECHOS RELACIONADOS CON LA CALIDAD DE LAS LOSAS EJECUTADAS POR PROPIOS

- 3.4.1. Es parcialmente cierto. Existieron demoras en el inicio de las labores del contratista, pero las mismas no fueron a causa de desidia, descuido o mora de éste, sino a situaciones de ajuste propios del contrato y de la obra. Es cierto igualmente el recorrido por la obra y la fecha en que se realizó; sin embargo, en dicha oportunidad ni en anteriores, la contratante advirtió al contratista de las implicaciones o condiciones del diseño y del tipo de concreto que suministraría para la ejecución de la obra. Desde entonces lo que se evidencia es una conducta silente y gravemente culposa del contratante, que al final repercutió en los daños a las losas.
- 3.4.2. No es cierto. El contratista desde el inicio tuvo dispuesto en el lugar de la obra el personal necesario y los materiales requeridos, contrario es que la sociedad contratante no haya suministrado oportunamente el concreto para iniciar las labores de fundido. Ese tema fue una constante durante el tiempo que duró la ejecución parcial de la obra, pues hubo días en que no se fundió por ausencia de concreto, obligación que estaba a cargo única y exclusivamente de la sociedad contratante, lo que ponía al contratista en condiciones de condicionamiento para el adelantar su labor. Cuando no se suministraba concreto, se hacía con intervalos muy largos, de hasta dos horas y media, lo cual afectó enormemente la calidad del fundido,

ante los fraguados no uniformes. Lo anterior sin tener en cuenta que la calidad de la mezcla suministrada no era la recomendada por el diseñador del piso industrial, ni la ideal para el tipo de piso requerido por el constructor, el cual se trataba de un patio de maniobras.

- 3.4.3. No es cierto. La falta de suministro del concreto se debió a causas atribuibles al constructor y contratante, antes que al contratista, pues desde el comienzo éste tuvo en obra los materiales necesarios para el cumplimiento de sus actividades, observando en todo momento los lineamientos técnicos desarrollados en el diseño, en todo aquello que dependía del contratista.
- 3.4.4. No es cierto. La falta de suministro de concreto se debió, antes que a demoras en la instalación de elementos por cuenta del contratista, al descuido de la contratante en solicitar a la concretera el despacho correspondiente.
- 3.4.5. Es cierto parcialmente. Lo es en cuanto a la fecha en la cual la sociedad contratante y constructora liberó la actividad y programar el suministro de concreto, lo cual efectivamente sucedió el **10 DE OCTUBRE DE 2017**, concreto que fue puesto en obra el día siguiente. Se insiste en que la falta de suministro de concreto en los días previos al primer despacho, no se debió a la falta de alistamiento por parte del contratista o a la ausencia e insuficiencia de materiales para el cumplimiento de la labor constructiva, especialmente de dovelas corrugadas de 1° de **0.5 Mts**, elemento que propiamente debe denominarse barra de transmisión de cargas, pues el término dovela se emplea para significar el conjunto de estructura, generalmente metálico, que se emplea para realzar la junta de las losas. El incumplimiento inicial en el cronograma de obra no es atribuible al contratista, y menos por falta de materiales que debió disponer en obra.
- 3.4.6. Es cierto. Sin embargo, debe precisarse que el concreto suministrado por la contratante, que se describe como **MR -39**, era simple y no reforzado, como lo había recomendado el diseñador del piso, aspecto que reiteró durante su visita realizada en días posteriores a la aparición de las fisuras que afectaban algunas de las losas fundidas por el contratista, lo cual dejó plasmado en su concepto enviado el **25 DE OCTUBRE DE 2017**. De todas maneras, nos atenemos a lo que resulte demostrado con los documentos aportados por las partes, en lo que hace a este hecho.
- 3.4.7. No es cierto. Si bien se evidenciaron fisuras en las losas fundidas, las mismas no tenían el patrón que destaca el apoderado de la parte demandante en reconvención. Las fisuras no eran paralelas a la junta, por lo que, desde el punto de vista de la patología de los pisos industriales, su aparición no es consistente con una mala praxis constructiva atribuible a la sociedad contratista, ni menos a la mala alineación o instalación de las dovelas, como insistentemente lo señala la parte demandante en reconvención. [Esas patologías de las losas son consistentes con la aplicación de un concreto inadecuado para el tipo de modulación, incluso con la misma irregularidad de la subrasante, aspectos que estaban fuera de alcance y de responsabilidad del contratista.](#)
- 3.4.8. No es cierto. La aparición de las fisuras, que constituye en nudo gordiano de la discusión judicial y de los perjuicios reclamados mutuamente, no fueron ocasionados por un corte tardío de las losas ni a una indebida instalación de las dovelas, específicamente de las barras lisas, por cuanto ese tipo de patología en pisos industriales se debe a la desatención del concreto recomendado por el diseñador y a la sobredimensión de la modulación, incluso, puede deberse a quiebres en la logística de suministro del concreto. Debe recordarse que en esos y en otros días, los vehículos transportadores del concreto no hacían su arribo dentro de los tiempos deseados, sino con intervalos superiores a las dos horas y media, lo que afectaba seriamente el proceso constructivo, la uniformidad en el fraguado y facilitaba la aparición de lo cual debía ser de las denominadas juntas no inducidas o fisuras. El corte de las losas no se realizó

por fuera de la venta respectiva, pues se tomaron por cuenta del contratista todas las variables para que el corte se produjera de manera oportuna; es así, que el contratista tuvo en cuenta factores como hora de fundido, temperatura, composición y comportamiento de la mezcla suministrada etc. La fisura que se detalla en el registro fotográfico, no es consistente con una maniobra de corte tardío, atribuible al contratista; puesto que se debe a factores como la mezcla, la modulación y la ruptura en la logística de suministro del concreto. Tampoco la presencia de juntas no inducidas, es el resultado de una indebida alineación de las barras de trasmisión de esfuerzos o del conjunto de la dovela, por cuanto la patología evidenciada tiene connotaciones diversas a las detalladas por los expertos. Ahora, si existiere una alineación de las barras instaladas, este aspecto pudo deberse al alistamiento indebido del suelo, asunto que el contratista puso de manifiesto al diseñador en ocasiones anteriores al inicio del fundido.

- 3.4.9. No es cierto. En todo momento la sociedad contratista estuvo atenta, con el personal y los materiales para la ejecución de los trabajos, solo que el suministro de concreto, que ya venía con inconvenientes, no se verificó por causas ajenas al contratista.
- 3.4.10. Es cierto. Lo anterior demuestra la disposición del contratista y el cumplimiento del cronograma de obra planteado desde el inicio de la obra.
- 3.4.11. Es cierto. Lo descrito en el hecho demuestra que las causas de la fisuración no corresponden con la actividad constructiva, sino con el tipo de concreto suministrado y a la modulación sobredimensionada, aspectos que se encontraban por fuera de los deberes y responsabilidades del contratista. La presencia de ese tipo especial de fisuras en las losas, no es consistente con una mala disposición o alineación de las dovelas, sino a los dos factores antes mencionados.
- 3.4.12. Es cierto. Si embargo, debe aclararse que el concreto que se continuaba suministrando bajo riesgo y pedido de la sociedad contratante, era simple y no reforzado, en contravención de la recomendación dada por el propio diseñador.
- 3.4.13. Es cierta la aparición de las fisuras y de las microfisuras, no obstante, éstas últimas no corresponden a patologías de la losa, que puedan ser atribuibles al proceso constructivo, pues pueden deberse a factores ambientales o a la composición de la mezcla. Las fisuras propiamente dichas, evidenciadas en la superficie de la losa, tampoco son consistentes con una mala práctica constructiva, tanto por su ubicación y extensión.
- 3.4.14. Es cierto. Pero es importante destacar que la decisión de suspender el suministro del concreto, y con ello el desarrollo de las labores a cargo del contratista, fue de la sociedad contratante, además que la razón esgrimida fue la identificación de las causas de las fisuras; es decir, hasta entonces, no era posible, como tampoco ahora, atribuir la causa de las juntas no inducidas, a la labor constructiva. No puede perderse de vista que en esa misma fecha el contratista **PROPISOS S.A.**, dejó expresas sus razones para considerar que las causas de las fisuras eran la modulación y la calidad del concreto ordenado por la contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.** y suministrado por la empresa **CEMEX**, al paso que recomendaba el empleo de concreto reforzado para prevenir las patologías presentadas; incluso se sugirió por el contratista la ejecución de un tramo de prueba con un concreto reforzado suministrado por otra concretera, para ratificar sus razones acerca de las causas de aparición de fisuras, recomendación que no fue tenida en cuenta por la sociedad contratante, de forma inmediata. Respecto a la suspensión del suministro de concreto bajo condición de que la contratista asumiera la reparación de las losas averiadas, no resulta del todo cierta, pues desde el comienzo la contratista esgrimió sus argumentos técnicos para concluir que

las fisuras no eran producto de un desatinado proceso constructivo, sino de causas ajenas a la actividad del contratista, además que no atendía necesario y económicamente viable realizar la demolición de las losas.

- 3.4.15. Es cierto. Esas fueron las consideraciones del constructor.
- 3.4.16. Es cierto. Corresponde al contenido de la comunicación de fecha **18 DE OCTUBRE DE 2017**, misma en la cual se detallan las causas de las fisuras, circunstancias que le habían sido advertidas al constructor desde el inicio de las obras, sin que fueran atendidas con prontitud; incluso, como se desprende del fragmento transcrito, la sociedad contratista sugirió la instalación de refuerzos y el ajuste en la modulación.
- 3.4.17. Es cierto. Lo indicado en el hecho encuentra razón en que el día **17 DE OCTUBRE DE 2017** se adelantó la **FUNDIDA No. 3**, por lo que, ante los eventos sucedidos en las anteriores fundidas (**Nos. 1 y 2**), se esperó a la reacción de las losas fundidas, por lo que, ante la aparición de nuevas fisuras, la constructora decidió parar la obra.
- 3.4.18. Es cierto. De la visita del ingeniero **ALBERTO ASCHNER** se desprendió el concepto que posteriormente emitió, en el cual deja claro que se sugirió la instalación de concreto reforzado para prevenir la aparición de fisuras en las losas, debido a la modulación realizada. Durante la visita del ingeniero Aschner estuvo presente personal técnico y directivo de la sociedad contratista.
- 3.4.19. Es cierto. Sin embargo, no se comparte en su integridad las observaciones del Ingeniero **ALBERTO ASCHNER**, por lo menos en cuanto al procedimiento constructivo a cargo de la sociedad contratista; se detalla que el propio ingeniero Aschner recomendó esperar un periodo de maduración de **3 A 4 SEMANAS** y el empleo de tráfico pesado para verificar el desplazamiento, recomendando, igualmente, que las fisuras superficiales no justificaban ninguna acción específica de reparación.
- 3.4.20. Es cierto. Tanto así que en contratista tuvo en cuenta, no solo esa variable climática, sino todos los factores que pudieran directa o indirectamente afectar la integridad de las losas, razón de ello es la instalación de barreras de viento y la colocación de carpas para mitigar el impacto del sol. No puede decirse que el factor climático haya sido causa o concausa de la aparición de fisuras en las losas fundidas y que ese puntual aspecto haya sido desatendido por el contratista.
- 3.4.21. No es cierto. El factor climático resultaba importante en el proceso de contracción del concreto tanto en su estado plástico como en el fraguado, influía en la velocidad de secado y en la aparición de fisuras en la superficie de la losa; por lo que la precaución por parte del contratista fue en todo momento atendida, tanto así que tomó todas las medidas técnicas posibles para conjurar los daños a las losas, cuya fuente pudiera ser el factor climático propio de la zona de desarrollo de la obra para la época en que se adelantó la labor de fundido; cosa distinta es que la provisión y periodicidad del concreto a cargo de la sociedad contratante, no haya sido el deseado. Además, las fisuras o patologías propias del clima (frio o calor) no desencadenan el tipo de fisura presentada en algunas de las losas fundidas.
- 3.4.22. Es parcialmente cierto. El informe del Ingeniero **ALBERTO ASCHNER** fue rendido en la forma y fecha que se indican en el hecho; sin embargo, en el mismo no se atribuye la causa de las fisuras solo a una posible falla en el proceso constructivo, específicamente a la instalación inadecuada de las dovelas, sino también al tipo de concreto suministrado para la obra que resultaba distinto al recomendado conforme al diseño, el cual debería ser reforzado con fibra microsintética para mejorar la absorción de los esfuerzos del concreto instalado. Aunque respetable la opinión técnica del Ingeniero Aschner, esta no es compartida

por entero por la sociedad contratista, debido a que descarta la modulación como causa de la aparición de las fisuras, al haber estado involucrado en el diseño del piso.

- 3.4.23. No es cierto. El contenido del oficio de fecha **24 DE OCTUBRE DE 2017**, suscrito por el Ingeniero Residente de **PROPISOS**, no contiene una aceptación acerca de que las causas de las fisuras aparecidas en algunas de las losas fundidas, haya sido una falla en el proceso constructivo, lo que allí se atendió fueron otras recomendaciones dadas por el diseñador que en nada incidía en la conformación o función de las losas. No corresponde a un memorando de aceptación de responsabilidad por los daños de las losas, como hábil y deslealmente lo pretende derivar el apoderado judicial de la sociedad demandante en reconvención. El apoderado transcribe de manera tendenciosa y descontextualizada el documento suscrito por el Ingeniero Residente, pues se trató de maximizar las precauciones para evitar a futuro afectaciones en el proceso constructivo, antes que declarar que las causas de las fisuras tuvieran que ver con la conducta o labor del contratista.
- 3.4.24. Es parcialmente cierto. El verdadero sentido del documento de fecha **24 DE OCTUBRE DE 2017**, emitido por la firma contratista, era reconocer la aparición de fisuras en algunas de las losas, pero no que las causas de las mismas estuvieran relacionadas con la indebida alineación o instalación de las dovelas, o que se debieran a fallas en el proceso o actividad constructiva a cargo de la contratista, pues lo que se sugería era atender las recomendaciones del Ingeniero Aschner respecto a que resultaba imperioso cambiar el concreto a las características recomendadas en el diseño.
- 3.4.25. Es parcialmente cierto. Para los días **21 Y 23 DE OCTUBRE DE 2017** se efectuaron los **FUNDIDOS Nos. 4 Y 5**, en cumplimiento del cronograma de obra, no así el día **22 DE OCTUBRE** pues era **DOMINGO**, y conforme a lo pactado en el contrato y sus cláusulas, los días **DOMINGOS Y FESTIVOS** no se procedía a realizar dicha labor por parte de **PROPISOS S.A.**; por lo que no resulta del todo cierto que en el tramo del **21 AL 23** la sociedad contratista haya suministrado concreto, pues dicha labor solo se adelantó durante los días **21 Y 23**. Lo que resulta cierto es que el contratista adoptó todas las recomendaciones dadas por el diseñador, en lo que a su labor competía. Es cierto que las causas de las fisuras en las losas era tema que se continuaba evaluando, lo que deja en claro que el proceso constructivo no era la causa de los daños, pues pese a que se adoptaron todas las recomendaciones dadas por el diseñador, las fisuras continuaron apareciendo, dejando como única explicación, la calidad del concreto suministrado, el cual no era compatible con la recomendación en el diseño.
- 3.4.26. Es cierto. La aparición de nuevas fisuras o juntas no inducidas, con proyección sobre la superficie de la losa, lo que determinaba que las causas de las anteriores fisuraciones y de las presentadas en estas nuevas losas, no tenían como causa, un defecto en el proceso constructivo, sino más bien factores asociados al concreto suministrado y a la modulación de las losas, aspecto que no fue corregido por el diseñador ni por el constructor.
- 3.4.27. No es cierto. La aparición temprana de fisuras en la superficie de la losa fundida, desde el punto de vista técnico y de las patologías de los pisos industriales, no es coincidente con fallas en el proceso constructivo, pues pueden deberse a factores ajenos a dicho proceso, como por ejemplo a la indebida o sobredimensionada modulación y a la aplicación de concreto de especificaciones distintas a la recomendación dada por el diseñador.
- 3.4.28. No es cierto. No existen pruebas técnicas que demuestren que las fisuras presentadas en las losas, sean compatibles con una mala práctica constructiva desplegada por el contratista, ni que esa haya sido la

causa que señaló el Ingeniero **ASCHNER** y la concretera **CEMEX**; criterios u opiniones que aunque respetables, no consultan la realidad de lo sucedido, a la par que se encuentran prevalidas de un interés directo de sus autores, al estar comprometidos en el proceso, dado que el primero fue quien realizó el diseño, conforme lo solicitó el constructor, y el segundo fue quien suministró el concreto para la obra, teniendo en consideración las especificaciones dadas por la firma constructora; por manera que se hace evidente su interés en el caso, lo que demerita la fuerza demostrativa de sus consignaciones u opiniones. En este caso, además de los criterios sostenidos por cada una de las partes y de las opiniones dadas por agentes que intervinieron en el proceso, no existe un estudio o dictamen pericial que determine la o las causas de la aparición de las fisuras o, por lo menos, que determine que la causa de las mismas es atribuible, con grado de exclusividad, al proceso constructivo adelantado por la firma contratista y demandada en reconvencción.

- 3.4.29. Es cierto. La decisión de suspender la ejecución de la obra, lo que incidió determinadamente en el cronograma trazado para la obra, fue adoptada de manera unilateral por la firma contratante. La redacción del hecho permite evidenciar que hasta entonces no eran conocidas o determinadas las causas de las fisuras, por lo que tampoco podía endilgarse su etiología a la actividad constructiva. Es cierta la programación de reunión entre los componentes técnicos de las partes y de la concretera designada por el constructor para el suministro de la mezcla.
- 3.4.30. Es parcialmente cierto. La reunión y su finalidad, pero no lo es en cuanto las decisiones de la firma constructora en determinar las causas de las fisuras y adoptar las correcciones en cuanto al tipo de concreto, resultaron tardía e inadecuadas.
- 3.4.31. Es cierto. No obstante, la orden de suspensión de la obra fue adoptada por el constructor, sin la anuencia del contratista, lo que impidió la ejecución durante los días **24 A 28**, pues el día **29 DE OCTUBRE** fue **domingo**, y durante los días **30 DE OCTUBRE A 4 DE NOVIEMBRE DE 2017**, se reportó ausencia de suministro de concreto, habida consideración que la firma constructora estaba esperando confirmación de la concretera **ARGOS** para realizar un tramo de prueba, asunto que solo se dio hasta el **MARTES 14 DE NOVIEMBRE DE 2017**. Durante todo el tiempo que duró la suspensión de la obra a la espera de los trámites del constructor con la nueva concretera, la firma contratista tuvo disponible en obra personal, herramientas, materiales y equipos.
- 3.4.32. Es cierto. La comunicación es producto de los reiterados llamados a ajustar dos aspectos puntuales, a saber, la modulación y el tipo de mezcla, aspectos a los cuales se le atribuye la aparición de las fisuras.
- 3.4.33. Es cierto. Demuestra que las quejas del contratista se encaminaban a poner de manifiesto que las causas probables de la aparición de fisuras en algunas de las losas fundidas, lo que requería una intervención oportuna de parte del constructor y la adopción de las recomendaciones dadas por el contratista, en particular por cuanto ante los ajustes al proceso constructivo, los daños continuaron apareciendo, por lo menos hasta el momento en que se produjo el cambio de mezcla.
- 3.4.34. Es cierto. La constructora por iniciativa del contratista solicitó a la sociedad **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.**, en calidad de diseñador y **CEMEX COLOMBIA S. A.**, como encargada del suministro del concreto, a fin que se pronunciaran respecto a las posibles causas de las fisuras presentadas en algunas de las losas o paños.
- 3.4.35. Es cierto. Los apartes de los documentos transcritos, corresponden a los elaborados y suscritos por las firmas mencionadas, solo que la firma contratista no reconoce que se trate de opiniones técnicas vertidas

por terceros ajenos al proceso, pues se trata del propio diseñador y de quien suministró el concreto, por lo que sus opiniones están claramente afectadas por intereses, además que, las opiniones no constan los parámetros internacionales en cuanto al análisis de patologías que afectan la elaboración de pisos industriales. Se trata de simples opiniones y no de auténticos dictámenes periciales. Destáquese de la opinión dada por la firma diseñadora, que la modulación propuesta era superior a los estándares internacionales y que, por ese aspecto, era requerido un tipo de concreto reforzado, mismo que no coincidía con el instalado en obra. La firma concretera atina a defender la calidad del concreto, el cual se encontraba acorde con lo solicitado directamente por la firma constructora **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**

- 3.4.36. Es parcialmente cierto. Los fines, fecha y partes de la reunión, la cual fue promovida con el propósito de corroborar que la calidad el concreto era una de las causas determinantes de las fisuras aparecidas en algunos de los paños fundidos por el contratista. Déjese en claro que, pese al profesionalismo y experiencia exhibida por el contratista **PROPISOS**, la suspensión de las labores no fue inducida ni solicitada por éste, sino que provino de la decisión unilateral del constructor **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**
- 3.4.37. Es parcialmente cierto. La reunión no se programó con el objeto de establecer responsabilidades por los daños en las losas, ni se estableció como condición para suspender la obra, pues solo buscaba ajustes en el tipo de concreto suministrado, debido a que la firma contratista tenía y tiene detectada la causa o una de las causas de las fisuras de los paños, el tipo de concreto suministrado. Resultaba inocua la oposición del contratista a la suspensión de las obras, pues la misma había sido adoptada de facto por el constructor, y por consistir en la suspensión del suministro del concreto, materia que consta en más del 90% de la labor en obra, no era posible continuar con el vaciado a cargo del contratista, pese a que en todo momento mantuvo la disposición a continuar con los trabajos, con todo y lo que lo le representaba en materia de personal y logística. Ni la decisión de suspender la obra, ni la existencia de un plazo adicional, fueron motivaciones expresadas por la firma contratista, por lo que no determinaron, por parte de éste, la suspensión de la obra ni justificaba la misma.
- 3.4.38. No es cierto. Si bien los conceptos de uno y otro de los expertos, atribuyeron las posibles causas de las fisuras, al proceso constructivo, no es menos que el Ingeniero **ALBERTO ASCHNER** señaló como causa la calidad el concreto suministrado, el cual no se avenía a las recomendaciones dadas en el diseño, a la vez que la concretera mencionó como probable causa la modulación. Obviamente que los conceptos se encuentran desprovistos de imparcialidad, pues fueron elaborados por intervinientes e interesados en las resultados de este juicio, particularmente la firma diseñadora, quien fue llamada en garantía por el constructor y demandante en reconvención. Las patologías presentadas en las losas averiadas, no son consistentes con un indebido proceso constructivo, particularmente de movimientos inadecuados del concreto fresco y la disposición de las justas. Esas patologías son propias del concreto, especialmente cuando, conocido en modulado exagerado, no se solicitó y suministro el concreto requerido.
- 3.4.39. No es cierto. El comportamiento o patrón de las fisuras no es consistente con un defecto constructivo a cargo de **PROPISOS**, pues las mismas tienen como causas la modulación y la calidad del concreto, pues requiriéndose y recomendándose un concreto reforzado, el constructor, quien conocía con anterioridad las condiciones del diseño y las sugerencias dadas en el mismo, en cuanto al tipo de concreto, cuestión que fue exprofesamente omitida por el constructor, por razones de orden económico, pues aplicar el concreto requerido por el diseñador, implicaba mayores costos, saliendo cierto el adagio popular que **"LAS ECONOMÍAS MÍNIMAS, PRODUCEN GRANDES PÉRDIDAS"**.
- 3.4.40. No es cierto. Los argumentos del contratista y demandante inicial fueron serios, documentados y sustentados en criterios técnicos internacionales, por lo que se arribó, de forma contundente, que las

causas de las fisuras en los paños, no estaban ligadas al proceso constructivo desplegado por el contratista, sino a factores ajenos a su actividad, como era la modulación que excedía los estándares de diseño para el tipo de piso requerido y el tipo de concreto suministrado, conclusiones que se mantendrá hasta el final del litigio, pues consultan la realidad técnica de la obra. La consulta y referencia a algunos documentos técnicos internacionales se ofrecía necesaria a fin de sustentar la posición de la firma contratista; por lo que con apoyo en esos criterios internacionales, aplicados al caso en concreto, se arribó a la conclusión de que las causas de las fisuras estaban por fuera del proceso constructivo.

- 3.4.41. No es cierto. Se trata de un mero criterio profesional, además elaborado con toda la intención de esquivar la responsabilidad que le competía al diseñador, además que los señalamientos al proceso constructivo como hontanar de las fisuras, resulta apresurado y carente de soporte técnico científico; máxime cuando existía una realidad inocultable, cual era la incidencia de la modulación en los daños.
- 3.4.42. Es parcialmente cierto. La sociedad contratista **PROPISOS** no acordó con el constructor la búsqueda de otra concretera, sino que sugirió ese evento, como una fórmula para corroborar que las fisuras eran el resultado de la calidad del concreto suministrado por **CEMEX COLOMBIA S.A.**; lo que además suponía que hasta entonces no se hubiera encontrado la causa o causas de las fisuras y menos que las mismas sean atribuibles al proceso constructivo adelantado por la firma contratista.
- 3.4.43. Es parcialmente cierto. En cuanto a la solicitud por cuenta del constructor a la concretera **ARGOS S.A.**, es cierto, pero el tramo de prueba solo se programó y ejecutó el día **MARTES 14 DE NOVIEMBRE DE 2017**, a partir de ese día y hasta el **4 DE DICIEMBRE DE 2017**, no se adelantaron trabajos de fundición, a causa de la falta de suministro de concreto por parte del constructor, pues durante todo ese tiempo se dedicó a adelantar contactos para tal fin, sin que mientras tanto haya adoptado medidas para evitar la parálisis de la obra y la deserción del contratista, ante lo insostenible de la situación. Se insiste, durante todo ese segmento temporal el contratista tuvo personal, herramientas material y quipos para ejecutar la obra, pero por culpa atribuible a la sociedad contratante, no se pudo ejecutar no un solo tramo de obra. El tiempo empleado por la firma contratante para solucionar el tema del suministro del concreto, afectó en grado sumo y determinante la continuidad de la obra y del vínculo contractual entre las partes.
- 3.4.44. Es parcialmente cierto. La inactividad en obra no se produjo por una decisión del contratista, sino por la falta de decisiones y soluciones por parte de la sociedad constructora, quien desde el **LUNES 31 DE OCTUBRE DE 2017** se propuso adelantar contactos con la sociedad concretera **ARGOS S. A.**, con el fin de alcanzar un acuerdo sobre el suministro del concreto requerido, sin que, hasta el final de la presencia del contratista en obra, se haya comunicado decisión alguna; demora culposa que hirieron en grado sumo la continuidad de la obra y del contratista.
- 3.4.45. Es parcialmente cierto. Lo es en cuanto a la fecha del comunicado, la identificación del mismo, la parte remitente y el destinatario, pero no lo es en cuanto a que se pudo haber continuado con el desarrollo de la obra en el tiempo que quedaba o que fuera posible una prórroga del plazo, cuando la posición de la sociedad contratista estaba mal trecha, a consecuencia de la mora en la adopción de decisiones por parte de la constructora. Continuar con la ejecución de la obra después de una parálisis tan larga, representaba para el contratista la asunción de consecuencias que le resultaban tremendamente onerosas, lo que al final representaba un mayor perjuicio que se trasladaría a la sociedad contratante, por efecto de su incumplimiento contractual. Lo que sí resulta destacable es que las pruebas del concreto suministrado por

la nueva sociedad concretera, resultaron positivos, lo que al final hallaba la razón al contratista en sus reclamos por la calidad del concreto y su incidencia en la aparición de fisuras en las losas fundidas.

- 3.4.46. Es parcialmente cierto. La sociedad contratista tuvo que adoptar la medida de anunciar su retiro de la obra, ante lo insostenible de la situación, provocada por la mora excesiva e injustificada del constructor en reactivar el suministro del concreto, en las condiciones y especificaciones sugeridas por el diseñador, y aunque para cuando el contratista comunicó su deseo de poner fin al contrato, quedaba algún margen de tiempo, resultaba insuficiente para culminar con el cronograma trazado. La terminación del contrato, lejos de ser caprichosa o arbitraria por parte del contratista, tuvo serios soportes de equidad y justicia contractual, además de procurar mitigar los impactos tanto para el contratista mismo como para el contratante. La manifestación del contratista, puesta en conocimiento del constructor el **29 DE NOVIEMBRE DE 2017**, solo fue consentida por la firma constructora el **19 DE ENERO DE 2018**, de manera tardía, como todas sus decisiones y pronunciamientos en lo que a aquélla respecta; lo que deja ver una conducta negligente y culposa de parte de la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, durante todo el iter contractual., con serios impactos en la situación patrimonial del contratista y en la obra misma.

3.5. HECHOS RELACIONADOS CON LA TERMINACIÓN UNILATERAL "ARBITRARIA" DEL CONTRATO POR PARTE DE PROPISOS.

- 3.5.1. Es parcialmente cierto. Lo es en cuanto a la fecha y contenido de la comunicación, pero el propósito no fue dar por terminado unilateralmente el contrato, solo se trató, conforme lo informa el referido, de un preaviso de terminación, mismo que posteriormente fue acogido por la sociedad contratante, según se aprecia del **PÁRRAFO PRIMERO** de la misiva del **19 DE ENERO DE 2018**. Es cierto que para cuando se produjo la comunicación de preaviso, las pruebas con el nuevo concreto habían dado resultados satisfactorios, lo que corroboraba la posición del contratista respecto de las causas de las fisuras aparecidas en algunas de las losas fundidas; pero lastimosamente ya era demasiado tarde, en razón a los cuantiosos perjuicios que para entonces, permanecer en obra, representaba para el contratista. Pese a que en las condiciones contractuales no se estipuló la ruptura del contrato por decisión unilateral del contratista, sino del contratante, la situación y las circunstancias propias del desarrollo de la obra, impedían que el contratista permaneciera vinculado hasta el final del plazo, pues ello haría más gravosa su situación. La decisión del contratista al final no fue solitaria, pues de la respuesta dada al preaviso por parte de la sociedad contratante, se colige su anuencia para que el vínculo contractual tuviese fin. Se recalca que para cuando ya era tardía la respuesta de la sociedad contratante en el cambio de las condiciones del concreto suministrado, las pruebas adelantadas por la nueva concretera resultaban exitosas, con lo cual se ratificaba que la causa o una de las causas determinantes de la aparición de las fisuras que provocaron la parálisis de la obra y la ruptura contractual, era el tipo de concreto suministrado, debito contractual que correspondía por entero a la sociedad constructora y no al contratista, pues debe recordarse que ese preciso aspecto fue sustraído en las convenciones contractuales de las prestaciones a cargo del contratista, para ser asumido directamente por el constructor.
- 3.5.2. No es cierto. El azar enfrentado por la obra fue consecuencia del actuar negligente, descuidado y moroso del propio constructor, quien tenía a cargo el suministro del concreto y los diseños, y al no realizar el suministro en los tiempos y condiciones sugeridos por el diseñador, llevó a que se incumpliera de manera previa con los pactos, imposibilitando que el contratista cumpliera con las prestaciones a su cargo, mismas que, se insisten, eran posteriores en el tiempo de ejecución contractual y estaban enteramente condicionadas a la verificación de las propias del contratante. Es tan sencillo como que la suspensión prolongada del suministro del concreto a cargo de la sociedad contratante, impedía material y contractualmente al contratista cumplir con lo de su cargo. La decisión del contratista, avalada por el

contratante, constituyó, antes que una circunstancia de agravación de los riesgos asociados a la obra, una mitigación razonable de los mismos, pues tómesese en consideración que de haber permanecido en obra el contratista, los perjuicios ocasionados y reclamados contra el constructor serían considerablemente mayores. De todas maneras, la obra, durante los trechos en que se suspendió por decisión unilateral del contratante el suministro del sustrato fundamental para la ejecución material de la prestación a cargo del contratista, no podía tener continuidad; sin embargo, durante un largo periodo el contratista tuvo dispuesto en el sitio de la obra, maquinaria, herramienta, materiales y personal, siempre confiado en que el contratante solucionara de manera expedita los inconvenientes ligados a sus deberes como parte y profesional de la construcción.

- 3.5.3. Es parcialmente cierto. Existió material dejado en obra al retiro del contratista, retiro que no fue voluntario sino forzado por la situación generada por el contratante, material que fue inventariado y asumido por la sociedad contratante, confirmación de ello es que durante las conversaciones y acercamientos prejudiciales para encontrar salidas negociadas a los perjuicios reclamados por el contratista, se referenciaron los materiales dejados en obra, solo que se hicieron reparos por el contratante en algunos ítems.
- 3.5.4. Es cierto. De este hecho se relleva que la sociedad contratante "acogió" la decisión de la firma contratista de terminar el contrato, con lo cual dio su anuencia para tal fin, solo que manifestó que haría valer las garantías otorgadas, asunto que no adelantó. Igualmente es cierto el contenido de la misiva de fecha 19 DE ENERO DE 2018, en los demás aspectos que se transcriben en el hecho, solo que se trata de la posición adoptada por la sociedad contratista, frente a los reclamos de la contratista
- 3.5.5. No es cierto. En primer lugar, no existió incumplimiento de las obligaciones y prestaciones pactadas en el contrato por parte de la sociedad contratista, sino por parte de la contratante, y en segundo lugar la contratación de otra empresa para finalizar con el objeto del contrato, no es consecuencia de un presunto incumplimiento del contratista, sino de la desidia y culpa del contratante. Si se hubiera atendido de manera oportuna los clamores y sugerencias por parte del contratista, en cuanto al cambio de la mezcla y de la concretera, no se habrían presentado los inconvenientes que al final afectaron la obra y el contrato ajustado entre las partes de esta discusión judicial. La contratación de la empresa **MASTERPLAC S.A.S.**, para la ejecución de unas labores de reparación de losas, tiene como nexo de causalidad la incuria contractual de la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**
- 3.5.6. No le consta a mi representada ni a este apoderado judicial, por constituir una circunstancia ajena a su intervención. Sin embargo, se aprecia que la sociedad **MASTERPLAC S.A.S.** efectivamente sugirió y obtuvo modificaciones en el modulado de las losas, precisamente una de las condiciones reclamadas por la contratista **PROPISOS S. A.** y desatendida por la constructora **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, además, el hecho de haberse mantenido el concreto **MR -39**, que corresponde solo al mismo módulo de rotura, el cual corresponde a la resistencia máxima o límite determinada en el ensayo de flexión, medido en kilogramos sobre centímetro cuadrado ( $\text{kg}/\text{Cm}^2$ ), lo que no significa que se hayan efectuado los ajustes en cuanto a las recomendaciones del diseñador, y de haberse realizado los ajustes, precisamente en el suministro de concreto reforzado, las razones que tuvo el contratista desde el inicio de la obra, resultaba afortunadas y justificativas de cara a lo sucedido con la obra y el contrato. De otro lado, el contenido del hecho permite establecer que efectivamente el constructor **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, realizó los ajustes de modulación reclamada por el contratista como causa del fisuramiento en las losas, al encontrarse sobredimensionado; pues se aprecia que se realizaron cortes a dimensiones distintas a las inicialmente recomendadas por el diseñador, o lo que la sociedad constructora denomina como *"ajustes para prevenir la aparición de nuevas fisuras"*. Lo destacado en el presente hecho pone en evidencia que los reclamos, consideraciones y

recomendaciones del contratista, particularmente en cuanto a las causas de la aparición de fisuras estructurales, eran fundadas, pues siempre consideró que la modulación y el tipo de concreto suministrado, no resultaban compatibles a fin de evitar la aparición de fisuras en las losas de concreto.

### 3.6. HECHOS RELACIONADOS CON LA LIQUIDACION DEL CONTRATO POR PARTE DE PROINVERSIONES ZFB S.A.S. A PROPIOSOS.

- 3.6.1. Es cierto. Solo que la sociedad contratista no se avino a la solicitud de liquidación bilateral del contrato celebrado, en razón a que la sociedad contratante procuraba el finiquito del contrato, con el reconocimiento y pago de unos conceptos y sumas que el contratista consideró y sigue considerando injustificados, en razón a que el incumplimiento contractual se produjo de manera antelada e injustificada por cuenta de la sociedad constructora, y a que consideró el contratista que debe reconocérsele los conceptos de **STAND BY DE PERSONAL, CORTE DE OBRA, MATERIAL DEJADOS EN OBRA, GASTOS DURANTE LA EJECUCIÓN PARCIAL Y EXPECTATIVA ECONÓMICA FRUSTRADA**. Debe recordarse que con ese propósito se realizaron dos reuniones con los equipos asesores de ambas partes, sin que al final se obtuviera la liquidación bilateral del contrato y el reconocimiento de las prestaciones reclamadas por la sociedad contratista; luego a pesar de la voluntad del contratista, la liquidación bilateral del contrato no fue posible, ni el reconocimiento de los conceptos y valores reclamados por la sociedad contratista **PROPIOSOS S. A.**, lo que implicó llevar el debate al estrado judicial.
- 3.6.2. Es parcialmente cierto. Respecto de las reuniones sostenidas con el propósito de poner fin al contrato de manera consensuada, eso es cierto, lo que no resulta cierto es que el fin no se haya conseguido por falta de voluntad de la sociedad contratista **PROPIOSOS S. A.**, pues sus directivos estuvieron prestos a una liquidación bilateral del contrato, solo que al no reconocérsele al contratista las prestaciones que en el marco del contrato y de la ley cree tener, no fue posible alcanzar un acuerdo definitivo. La posición de **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, no permitió avanzar en el camino de la liquidación del contrato, debido a que reclama como perjuicios a cargo del contratista, el pago de unos conceptos y valores que son producto del incumplimiento de la contratante, antes que de una responsabilidad del contratista. Es más, en las reuniones que se mencionan en el hecho, se aceptaron en favor del contratista conceptos como el **STAND BY DE PERSONAL**, solo que la constructora consideró que solo sería de **30 DÍAS** y no de **51** como lo solicitaba el contratista, **EL CORTE DE OBRA** solo contaba con la discusión acerca del porcentaje del **A.I.U.**, que debía ser del **13%** y no del **14%**, del material dejado en obra se reconocía en su mayoría, no obstante algunos ajustes en cuanto a facturas y soportes, respecto de los gastos durante la ejecución, solo se reclamó por los soportes y en cuanto a la expectativa económica frustrada, solo se reconocería el relacionado con la utilidad, que según lo pactado en el contrato era del **4%**; no obstante, al final, no se pudo concretar el acuerdo, por la conducta asumida por la sociedad contratante, al sobrecosto incurrido en la contratación de una nueva firma que los ejecutara y el rendimiento sobre la anticipo no amortizado.

### 3.7. HECHOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACION DE LA SOCIEDAD MASTERPLACA S. A.S.

- 3.7.1. No es cierto. La contratación de la sociedad mencionada en el hecho, no es derivada de un incumplimiento o responsabilidad de la firma contratista **PROPIOSOS S. A.**, sino de la incuria de la contratante, quien pese a las advertencias sobre la calidad del concreto suministrado y la indebida modulación, no tomó de manera oportuna y profesional los correctivos necesarios para conjurar la aparición de dilataciones no inducidas en las placas; por lo que los daños y sus reparaciones no eran atribuibles a un presunto incumplimiento o responsabilidad del contratista, por lo que no era viable que asumiera el costo o la labor de reparación que exigía la firma constructora. Luego si tuvo que vincular una empresa para realizar las labores de reparación, y asumir unos costos adicionales, los mismos no resultaba atribuibles a conducta alguna de

parte del contratista, sino que resultaba propios de la asunción de la responsabilidad en que incurrió **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**

- 3.7.2. No me consta. Es una Situación contractual en la cual no intervino la sociedad demandada en reconvención; sin embargo, habrá de decirse que existe contradicción entre el objeto y el alcance del contrato ajustado, de acuerdo con lo que aparece consignado en la carátula del mismo, pues en el primero se consigna la **CONSTRUCCION DE DIECINUEVE (19) LOSAS DE CONCRETO** y en el segundo se destaca la **REPARACION**, sin que ambos conceptos encuentren coincidencia o similitud. Una cosa es construir y otra muy distinta reparar. Pese a las discusiones que se han dado a lo largo del presente escrito, que atinan a poner de presente el incumplimiento y la responsabilidad en lo sucedido, tanto en los daños de las losas como en la relación contractual, en cabeza de la sociedad contratante, lo cierto es que las fisuras presentadas en las losas no requerían la demolición, sino simples labores de reparación, tal como lo recomendó en su vista y concepto el Ingeniero **ALBERTO ASCHNER** al destacar que *"No estamos de acuerdo en la propuesta de demolición por que le va hacer más daño a la losa al seccionar la misma y sin refuerzo y sin transferencia de cargas con seguridad la serviciabilidad de la losa se verá disminuida"*. Si pese al concepto del experto diseñador, no era necesario demoler y construir las losas, los costos y sobrecostos incurrido por la firma constructora, resultan injustificados, además que encuentran nexo de casualidad con el incumplimiento de **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**
- 3.7.3. Nos atenemos al tenor del documento suscrito. Se reitera que el alcance del mismo hace referencia a reparación, concepto que resulta contradictorio con el consignado en el objeto del contrato que era construir. Pero más allá de dicha contradicción, lo cierto es que por expresa recomendación del propio diseñador de las losas, aquéllas debían ser sanadas a través de proceso reparatorio, sin que fuese necesario y recomendable la demolición, por los problemas estructurales que podría representar a futuro el servicio de las losas. Además, no se efectuaron las pruebas de tráfico para determinar la resistencia de las losas fisuradas, con el propósito de evitar su demolición.
- 3.7.4. Nos atenemos al tenor del contrato celebrado; sin embargo, se reiteran los argumentos de costos y de ausencia de necesidad de demoler las losas, además que no se conoce con precisión los aspectos tomados en cuenta por las partes del acuerdo de voluntades, sobre las labores puntuales a realizar y el costo de las mismas. Se dice lo anterior por cuanto en los dos primeros ítems se habla de reparación de los **PAÑOS TIPO 1**, numerados como **1, 2, 6, 7, 9 y 10** y en los siguientes se destaca la reparación de los **PAÑOS TIPO 2**, identificados como **5, 8 y 3 y 4**, para un total de paños reparados de **14** y no de **19**, como lo indica el alcance del contrato.
- 3.7.5. Nos atenemos al tenor del documento suscrito; no sin antes advertir que los valores pactados como reparación de las losas, resulta exagerado, si a bien se tiene que se trató de reparaciones y no de construcciones, de acuerdo con lo consignado en el alcance del contrato de obra suscrito entre **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.** como contratante y **MASTERPLAC S.A.S.** como contratista.
- 3.7.6. No es cierto. La contratación adicional y los supuestos sobrecostos en la ejecución de la reparación de los paños y la terminación de la obra inicialmente encomendada al contratista **PROPISOS S. A.**, no se encuentran plenamente justificados, además que su generación no es consecuencia de una falta contractual del inicial contratista y de su responsabilidad. Si la sociedad demandante en reconvención hubiera cumplido con sus deberes y obligaciones como contratante, puntualmente en cuanto a la calidad y suministro del concreto que las especificaciones requerían, de acuerdo a la modulación realizada por el

diseñador, así como acatadas las recomendaciones del contratista y hubiera tomado oportunamente las decisiones que el proyecto requería, no se habría visto abocado a nuevas contrataciones y costos.

### 3.8. HECHOS RELACIONADOS CON EL MAYOR COSTO DE LA OBRA POR EL ABANDONO DE PROPIOSOS.

- 3.8.1. Es cierto. Así de consignó en el acuerdo de voluntades suscrito entre las partes.
- 3.8.2. No es cierto. No se trató de un abandono de la obra por parte de la sociedad contratista, pues la decisión de preavisar la terminación del contrato estuvo debidamente justificada, en virtud de los incumplimientos antecedentes y a la falta de decisiones de la compañía contratante, quien, pese a conocer el tipo de modulación diseñada y las características del concreto que debía suministrarse para llevar a buen puerto la obra, no puso en obra la mezcla recomendada, ni a la presentación de las fisuras y ante las recomendaciones del contratista, no adoptó en forma oportuna y profesional las decisiones necesarias, a la par que decidió unilateralmente suspender el suministro del concreto, paralizando la actividad propia y el objeto del contrato celebrado entre PROINVERSIONES ZFB S.A.S. y PROPIOS S.A.
- 3.8.3. No es cierto. La decisión de terminar el contrato no fue por simple rebeldía del contratista, sino provocada por la actitud omisiva de la sociedad contratante, en aspectos que ya están suficientemente dichos en precedencia, por lo que de haber incurrido en sobrecostos para terminar la obra, esa circunstancia no es atribuible a incumplimiento o responsabilidad del contratista inicial, sino que es producto de la propia conducta de la contratante. Ahora, no se entiende cómo se pretende cobrar una suma de \$9.534.447.00 por concepto de sobre costo en la mano de obra, si en la suma de \$33.208.518, por concepto de gastos de reparación de las losas, estaba incluido el factor de mano de obra; todo de acuerdo al contrato celebrado y a la propuesta económica presentada previamente por el contratista. De acuerdo al módulo de "VALOR DEL CONTRATO", se advierte que en mismo se estableció bajo la modalidad de precios unitarios sin fórmula de reajuste, por lo que, en la propuesta económica llevada al contrato, se encontraba incluidos los equipos y herramientas, los materiales, el transporte, la mano de obra y el análisis de precios; por manera que debió tenerse en cuenta e incluirlo en el denominado Análisis de Precios Unitarios (APU). Desde esa perspectiva no resulta razonable que la demandante en reconvencción, de una parte, pretenda el cobro de una suma determinada como costo del contrato adicional ajustado para la reparación y terminación de las obras y por la otra, unos sobrecostos por mano de obra incurridos, mismos que se encuentran dentro del precio del contrato ajustado con la sociedad MASTERPLAC S. A.S. DE SEGUROS nuestro entender, constituye un cobro doble lo relacionado con sobrecostos de mano de obra, debido a que se encuentra absorbido dentro del precio unitario y en el valor total el contrato.

## CAPITULO CUARTO.

### 4. PROPOSICIÓN DE EXCEPCIONES DE MERITO

#### 4.1. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Conforme a las convenciones ajustadas en el **CONTRATO DE OBRA 125 - 17**, se dejó expreso que la sociedad contratante asumía las prestaciones de suministro del concreto, conforme a las especificaciones técnicas entregadas por el diseñador del piso, así como la elaboración del diseñador correspondiente, obligaciones que resultaba primeras en el tiempo, por lo que solo ante su verificación habilitaba las propias del contratista. Siendo que el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las partes del contrato, sucedían en momentos distintos y que las prestaciones del contratante predeterminaban a las propias del contratista, no cumplidas las del contratante, el contratista no podía ejecutar materialmente la de su cargo. Se tiene que la provisión del concreto resultaba en una obligación del contratante que debía suceder anteladamente para que despuntaran las del contratista, pues siendo el suministro del concreto trascendental, la suspensión o la falta de suministro determinaba la imposibilidad del contratista para ejecutar las prestaciones a su cargo. Similar situación ocurre con la obligación de la sociedad contratante en cuanto a la elaboración de los diseños de las losas, pues errores en el mismo determinaban que la prestación a cargo del contratista no pudiera verificarse en la forma convenida en las condiciones esperadas.

***“De la excepción de contrato no cumplido -non adimpleti contractus- y su aplicación en el derecho contractual colombiano***

*En los sistemas jurídicos de la actualidad ha cobrado renovada importancia la aplicación de los principios constitucionales, a la par de los principios jurídicos propios de cada materia, los cuales rara vez son cosa distinta a la concreción de los primeros con las particularidades propias que impone el campo competencial de las diferentes áreas del derecho.*

*Este es el caso de la excepción de contrato no cumplido o “non adimpleti contractus”, con la cual se hace referencia a que en los contratos bilaterales no se estará en mora de cumplir lo pactado mientras la contraparte no lo haya cumplido en la forma y el tiempo establecidos en los términos contractuales o la ley. Este principio de lógica incontestable es concretado en el art. 1609 del código civil que al respecto establece: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y el tiempo debidos.”*

*El contenido de esta cláusula refleja los más elementales parámetros de equidad, simetría y buena fe que deben ser entendidos como elementos connaturales a las obligaciones contractuales bilaterales<sup>[12]</sup>, prescribiendo lo que es el producto de un análisis basado en la justicia material de las relaciones contractuales: si una de las partes de una relación bilateral no está en posición de cumplir las obligaciones contractuales, cómo puede exigirle a la otra el cumplimiento de la prestación debida? La idea de esta figura es brindar una posibilidad de resolución de diferencias originadas en contratos en donde se ha presentado un abandono recíproco de las prestaciones a cargo de las partes contratantes, evitando que las mismas queden en un estado de indefinición permanente. En este sentido ha manifestado la Corte Suprema “es necesario asimismo hacer ver que por obra de aquella circunstancia [, el mutuo incumplimiento,] no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio y sometida en consecuencia “...a la indefinida expectativa de que -en algún tiempo- pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por iniciativa exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común, o de que la acción implacable del tiempo le da vigencia definitiva a través de la prescripción... (G. J. Tomo CXLVIII, pág. 246).”<sup>[13]</sup>*

*Por esta razón, la intención de atribuir efectos jurídicos al mutuo incumplimiento en los contratos bilaterales resulta acorde con el eficiente tráfico de los negocios jurídicos y la dinámica negocial de las*

relaciones privadas, que es contraria a indefiniciones que generen zozobra y que pongan en suspenso la aplicación del principio de seguridad jurídica en estos casos; sin embargo, esto no significa, como ha apuntado la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia<sup>141</sup>, que cualquier incumplimiento recíproco pueda tomarse como motivo de terminación del contrato. Para que este efecto se presente será necesario que los actos realizados por ambas partes demuestren de forma inequívoca –sea expresa o tácitamente– el total desinterés por el cumplimiento de las obligaciones contractuales; o sea, que “se precisa, para que pueda consumarse de esta forma la disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de ‘desistencia’ que constituye su sustancia (...)”<sup>141</sup>.

Sobre esta figura manifestó esta corporación:

“En efecto, la figura de la “Exceptio non adimpleti contractus” es connatural a ellos [los contratos de seguro,] en virtud de lo consagrado por el artículo 1609 del Código Civil, según el cual, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con su parte. Lo anterior, con el fin de impedir “...que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento, mientras ella misma no cumpla o no esté dispuesta a cumplir las obligaciones que le incumben”<sup>146</sup>. Igualmente, la figura de la condición resolutoria tácita, supone que cuando una de las partes no se aviene a cumplir la prestación debida en forma satisfactoria, la otra puede renunciar a realizar la suya y pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato con la respectiva indemnización de perjuicios, en virtud de la condición resolutoria implícita en todo contrato bilateral (C.C., art. 1546). Tal institución también ha sido recogida por la legislación comercial en estos términos: “... en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación con indemnización de los perjuicios moratorios” (C.Co., art. 870). Las anteriores circunstancias justifican de manera general, la terminación de un contrato de esta naturaleza.”<sup>141</sup> –subrayado y negrilla ausente en texto original-”<sup>146</sup>

Resultaba claro que el establecimiento contractual y el cumplimiento primero en el tiempo de las obligaciones a cargo de la sociedad contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S., determinaban y subordinaban el cumplimiento de las propias del contratista, especialmente la ejecución material de los trabajos a que se contraía el objeto y alcance del contrato.

Son, en particular cuatro eventos que evidencian la aplicación de la excepción:

1. La consagración en el CONTRATO DE OBRA 125 – 17, como obligaciones del contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S., en cuanto a la calidad y suministro del concreto.
2. El establecimiento contractual de la obligación del contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S., en cuanto a la contratación y aprobación de los diseños de las losas.

<sup>146</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-537/09

3. El suministro durante la etapa precontractual de la información técnica necesaria para adelantar la obra por parte del contratista, así como los documentos necesarios para el buen suceso de las obras, especialmente de las Memorias de Cálculo.
4. El suministro continuo e ininterrumpido del concreto durante la ejecución de la obra.
5. Acatar los requerimientos y recomendaciones del diseñador de las losas
6. Tomar en forma oportuna las decisiones que impidieran la parálisis de la obra.

Para el caso que se analiza, el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad contratante, debían suceder de manera anticipada a las del contratista, además que suponían una suerte que tenían suceso primero en el tiempo, de acuerdo a la naturaleza del contrato celebrado, además que suponían una condición para que las del contratista pudieran aflorar, por lo menos en cuanto refiere a la ejecución material de la prestación comprometida. Así, mientras el contratante mantuviera el suministro del concreto en el sitio de la obra, la actividad del contratista podía desarrollarse; por el contrario, la suspensión o traumatismo en el suministro de la materia que representaba el 90% de la posibilidad de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, suponía de forma inmediata la imposibilidad para el contratista de continuar con el cumplimiento de su prestación principal; pero eso no es todo, la continuidad en el suministro del concreto no era la única condición para la actividad del contratista, sino que era menester que el concreto suministrado tuviera las condiciones o especificaciones requeridas por el diseñador de las losas, por cuanto una calidad distinta o menor a la requerida, producía que la calidad en el producto a cargo del contratista se viera afectada, como en efecto sucedió en el presente caso. No puede desconocerse que el diseño de las losas fue labor y responsabilidad exclusiva de la sociedad contratante, por lo que las fallas en el mismo, trasladables a la calidad de los paños fundidos, no era atribuible al contratista, más aún cuando la contratante conocía de las implicaciones técnicas que suponía la aplicación de un concreto como el que al final proporcionó, sobre una modulación por fuera de las dimensiones aceptadas internacionalmente. Agréguese que la contratante conocía previamente las especificaciones técnicas dadas por el diseñador, incluida el tipo de concreto que debía aplicarse para una óptima conformación de la losa, procurando la aparición de fisuras o daños en las losas, recomendaciones que fueron desatendidas, debido a que el concreto suministrado de condiciones de **MÓDULO DE ROTURA MR-39**, que en principio podía suplir las necesidades de la obra, era requerido en forma reforzada, conforme al criterio técnico del diseñador, por lo que al no haberse procedido en esa forma, y siendo de cargo exclusivo de la contratante la puesta en obra del concreto, la aparición de fisuras, con causa en las calidades del concreto y por desatenciones de los diseños contratados, no podían alcanzar al contratista bajo ningún punto de vista lógico y menos legal. Otros aspectos que determinaban el cumplimiento de las obligaciones del contratista era el suministro periódico e ininterrumpido del concreto en el lugar de la obra, asunto que en muchos momentos de la ejecución parcial no se verificó, pues los vehículos de transporte del concreto, lo hacían en intervalos muy amplios, a veces de dos horas y media, pese a los efectos que en el proceso de fundición de las losas tenía ese puntual aspecto. Si el vaciado de **7 M<sup>3</sup> DE CONCRETO** que transporta un vehículo, tarda entre **15 Y 20 MINUTOS**, el intervalo de tiempo de espera mayor a dos horas, impedía un fraguado uniforme, incluso la formación de las denominadas juntas frías, lo que aunado al factor climático que aceleraba el proceso de secado del concreto, creando defectos estructurales y estéticos en las placas fundidas en esa forma. Nótese que el incumplimiento en las obligaciones antecedentes por parte de la sociedad contratante, no solo impedían material y jurídicamente las propias del contratista, sino que las demoras y defectos en su verificación, implicaban que el objeto contractual no pudiera tener suceso en la forma y tiempos acordados.

Finalmente, la falta de adopción de correctivos y decisiones oportunas como efectivas por parte de la contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, como era **SU DEBER SER Y RECTO COMO PROFESIONAL PROCEDER**, especialmente las relacionadas con los ajustes en la modulación de las losas y el suministro del concreto de las condiciones técnicas

recomendadas, pese a las evidencias acerca de que las fisuras aparecidas en algunas de las losas fundidas por el contratista, tenían como causa el tipo de concreto que la contratante estaba suministrando, y ante la advertencia de tal aspecto por el contratista, no se tomaron las medidas correctivas y oportunas, antes, por el contrario, la conducta de la sociedad contratante fue suspender inconsultamente el suministro del concreto a la obra, con lo cual ponía a la sociedad contratista fuera de posibilidad de continuar ejecutando sus obligación material y contractual; tanto así que la demora en los ajustes y en la logística del suministro del concreto, supusieron un largo periodo de inactividad del contratista, pese a tener en el sitio de la obra **PERSONAL, HERRAMIENTAS Y EQUIPOS**, lo que al final, y ante la demora excesiva como injustificada y porfiada por cuenta de la contratante en la solución del suministro de la mezcla, empujó a la contratista a retirarse de la obra, previo a comunicar a la contratante las razones de la decisión, mismas que no tenían otra diana que la conducta contractualmente negligente y desconsiderada de **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**,

Tomados en cuenta los aspectos denunciados con anterioridad, fácil resulta concluir que la conducta contractual de la sociedad demandante en reconvención **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, inhibían la postulación procesal de la declaratoria de responsabilidad contractual del contratista **PROPISOS S. A.**, cuando era evidente que las obligaciones de cargo de la contratante sucedían primero en el tiempo y generaban dependencia o condición para que las propias del contratista pudieran tener suceso; además, el incumplimiento antecedente y recurrente de las obligaciones del contratante, finalmente llevaron a que se hiciera insostenible la situación del contratista en la obra, en tanto la suspensión injustificada del suministro del concreto, durante un periodo excesivo, supuso la parálisis de la obra misma y de la posibilidad material y contractual de que el contratista pudiera cumplir con sus obligaciones. Lo anterior aunado a que, necesitándose la adopción de ajustes técnicos inmediatos para la continuidad de la obra, la sociedad contratante no las tomó, dado que ante las advertencias y sugerencias del propio contratista en el cambio de la calidad del concreto suministrado y de la modificación de la modulación de las losas, la respuesta fue detener el avance de la obra.

Por manera que, no avistándose el cumplimiento oportuno y completo de las obligaciones a cargo de la sociedad constructora, no podía habilitarse en la reclamación de incumplimiento de su contraparte, ni de los perjuicios que le hubieran podido general, más aún cuando las obligaciones del contratante lo eran cronológica y técnicamente primero en el tiempo, así como condicionantes del despunte de las propias del contratista.

#### 4.2. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD PROINVERSIONES ZFB S.A.S.

Contrario a lo indicado en los hechos y pretensiones de la demanda de reconvención, el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el marco del **CONTRATO 125 - 17**, provino única y exclusivamente del contratante, por razón que ya se hacen conocidas, como el suministro de concreto bajo condiciones contrarias a las especificaciones técnicas dadas por el diseñador de las losas, interrupciones sistemáticas en la logística de suministro del concreto, suspensión unilateral del suministro del concreto, inobservancia de las especificaciones en cuanto a la modulación de las losas, falta de corrección oportuna de los inconvenientes presentados en obra.

Por ser la cuestión jurídica trascendental y sobre la cual gira la reclamación inicial como la demanda de mutua petición, habrá de refutarse desde ahora que la sociedad contratista haya causado o contribuido, por acción u omisión, los sucesos que la sociedad contratante atribuye como constitutivos de incumplimiento contractual. Antes, por el contrario, en franca respuesta a los cuestionamientos realizados, hay que decir que los eventos que dieron al traste con la ejecución del objeto contractual corresponden a actitudes y desidias de la propia contratante, quien en el marco de sus deberes, obligaciones y prestaciones, no adoptó ni advirtió las falencias en el diseño que ella misma contrató con la firma externa al contrato **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S**, quien adelantó por cuenta y riesgo de **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, quien pese a su condición de profesional en el diseño y construcción de obras civiles, según lo advierte su objeto social, no advirtió las falencias en los diseños de las

losas, ni entregó de manera anticipada al contratista las **MEMORIAS DE CÁLCULO**, de donde pudiera derivar éstas falencias que pudieran repercutir a futuro en la etapa constructiva del piso industrial; situación similar ocurre con la calidad y el suministro del concreto, pues además que esa precisa cuestión no estaba bajo el manejo del contratista sino del contratante, éste no tomó las precauciones para determinar la calidad del concreto ni la periodicidad del suministro.

Resulta claro que las conductas y omisiones de la sociedad contratante, resultaron determinantes y causa de los inconvenientes a la hora de la ejecución constructiva encargada al contratista, pues en los albores de la ejecución se advirtió por el propio contratista la fisuración de algunas losas fundidas, lo que llevó a que se pusiera en conocimiento de la contratante la situación para que adoptara las medidas necesarias y técnicamente dirigidas a establecer las causas y proponer los correctivos del caso; asuntos que no se dieron en este caso; lo que llevó a que la contratista, en una conducta totalmente plegada a la razonabilidad y a la ética profesional, a retirarse del proyecto, en términos jurídicos y técnicos. La respuesta de la contratista ante la desidia profesional del contratante es razonable, proporcional y en procura de mitigar mayores impactos tanto en el patrimonio del contratante como del contratista, con la vista puesta siempre en el buen suceso de la obra encargada. Ante la parálisis de la obra, mientras se determinaban las causas de las fisuras en algunas de las losas fundidas por la sociedad contratista, las cuales eran atribuibles a defectos en el diseño de las losas y a la calidad del concreto suministrado, antes que al aspecto constructivo propio y a cargo de la sociedad que agencio en el presente litigio, y siendo que tales asuntos eran por entero ajenos a las prestaciones a cargo de la contratista, no podía permanecer indefinidamente ligada a un contrato que le estaba generando perjuicios, mismos que con el pasar de los días erosionaban cada vez más el equilibrio contractual. Así, entonces, las razones expuestas como constitutivas de incumplimiento atribuibles a la sociedad contratista, no resultan afortunados, pues, puntualmente, como ya se advirtió en líneas anteriores, el deber de verificación profesional de los diseños solo era posible si la contratante hubiera suministrado las memorias de cálculo realizadas, por su encargo, a la firma **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.**, por lo que mal haría en reclamarse el incumplimiento de un deber a una parte, cuando la otra no ha suministrado los documentos de referencia para que tal deber se verificara. A pesar que se trataba de cuestiones determinadas en los alrededores del contrato, incluso con antelación al otorgamiento de la voluntad y a la suscripción del documento que la recoge, al pretérito contratante le incumbía el deber de entregar la totalidad de información y documentos necesarios para el buen suceso de la función o actividad que se confiaría al contratista, por lo que, al ser primera en el tiempo, y de la cual dependía la verificación de una cierta conducta del futuro contratista, no puede aquél reclamar de éste el incumplimiento de un deber que dependía por entero de su conducta. Ocultar u omitir información o documentos, pese al profesionalismo que pueda reclamarse del candidato a contratista, ex profeso y por descuido, implica que se haga nugatoria la reclamación por el cumplimiento de un cierto deber precontractual, si antes no se ha demostrado por parte de quien reclama los efectos, que cumplió los deberes a su cargo o se avino a cumplirlos; cuestión que no se encuentra demostrada por parte de la sociedad contratante; antes, por el contrario, lo que se encuentra determinado es que el contratista advirtió las falencias en los diseños de las losas y en la calidad del concreto suministrado, como casusa de las fisuras que aparecieron de manera temprana en las losas fundidas, sin que las mismas fueran previamente advertidas por la sociedad contratante y puestas en conocimiento del contratista; labor que, contraria a la conducta pasiva de la contratante, asumió la sociedad contratista, pues debe recordarse que fue quien puso en conocimiento de la contratante lo sucedido con las losas y las causas de tales eventos. Tanta razón y eco halló la contratante de lo dicho por la contratista, que decidió de manera unilateral suspender el suministro del concreto hasta tanto no se analizara la situación, tanto la relacionada con el concreto como con el diseño de las losas; sin que tal decisión fuera acompañada o avalada conjuntamente por la sociedad contratista.

Las fallas en las losas, conforme se verifica, no son el resultado de errores en el proceso propiamente constructivo encargado a la sociedad contratista, sino el resultado de las fallas en el diseño encargado bajo cuenta y riesgo

de la sociedad contratante y a la calidad del concreto, igualmente encargado y suministrado por la contratante, aspectos en los cuales no tuvo injerencia la contratista, por así haber quedado estipulados en el contrato de obra confeccionado. La falta de verificación del cronograma de obra proyectado ab initio y el plazo de ejecución, si bien se constatan de los acontecimientos, no fueron consecuencia de la conducta activa o pasiva del contratista, sino del previo e injustificado incumplimiento de los deberes y obligaciones de la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, quien, se recuerda, no realizó un control técnico o un seguimiento a la confección de los diseños de las losas, por lo que no pudo, por su desidia, advertir las fallas en tal diseño, con impacto en la etapa constructiva, ni realizó la entrega de las memorias de cálculo al contratista, lo que lo hizo suponer, bajo **PRINCIPIO DE CONFIANZA**, que el diseño o modulación de las losas a fundir, se encontraba acorde con los lineamientos técnicos exigidos a nivel nacional e internacional para ese tipo de obra; situación que solo se evidenció al momento del procedimiento constructivo a cargo del contratista. Significativo aporte a la no verificación del cronograma de actividades y del plazo de ejecución de la obra, fue el hecho por la calidad del concreto que, puesta en conocimiento del contratante, éste procedió a suspender el suministro, por lo que, al tratarse de una decisión consultada y consentida por el contratista, terminó por paralizar la ejecución de la obra, sin que en tal acontecer estuviera involucrada una decisión o conducta del contratista.

Siendo la responsabilidad civil contractual o concreta, aquella que nace de la infracción a las condiciones pactadas en un acuerdo de voluntades, por lo que en comienzo dichos efectos solo pueden alcanzar a las partes de la convención, bajo aplicación del aforismo romano *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*. Como en esta latitud no existe norma expresa que indique u obligue la aplicación del principio antes mencionado, por lo que deberá darse juicio a lo consagrado en el **Artículo 1602 del Código Civil**, en razón al cual, *el contrato es ley para las partes*; denotando la norma que los efectos de su cumplimiento o infracción, solo alcanzan a quienes extendieron su consentimiento. Acompañan, como sustentos legales de la responsabilidad contractual, las disposiciones de los **Artículos 1603, 1604, 1610, 1613, 1618, 1621, 1622 y 1624 del Código Civil, 871 del Código de Comercio**, plexo normativo que disciplina la responsabilidad que ahora nos ocupa. En particular el **Artículo 1604** establece una presunción de responsabilidad contractual en cabeza del deudor, cuando indica que *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*; presunción legal que no ha sido, hasta ahora, debatida a lo largo del trámite judicial por la parte denunciada como incumplida, por lo que tanto el incumplimiento como su atribución, no son ya materia de la controversia, al haber quedado claramente establecidos.

Lo brevemente dicho, permite averiguar por los distintos elementos que componen la estructura de la responsabilidad concreta o contractual, empezando por el sustrato esencial, cual es la existencia del contrato, así mismo si tal acuerdo de voluntades ligó a las partes aquí litigantes, para seguir con la indagación respecto a su infracción o cumplimiento, culminando con la demostración del nexo causal entre la culpa contractual y el daño padecido por la parte que lo alega.

Tal como lo indica la doctrina más aceptada en materia de responsabilidad contractual, con **SAVATER** a la cabeza, lo que detona esta especial responsabilidad es la denominada *“falta contractual”*, es decir que presupone la existencia de una ligazón jurídica entre las partes que se reclaman, que se haya producido un incumplimiento de alguna de las obligaciones generales o específicas consagradas ora en la ley, ora en la convención; por último que dicho incumplimiento se traduzca en un daño o perjuicio para una de las partes de la convención.

A su turno el tratadista **CHRISTIAN LARROUMET**<sup>7</sup>, destaca que la inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual, puede desencadenar dos tipos de responsabilidad, una contractual, si los efectos del incumplimiento solo alcanzan a las partes del contrato, ora extracontractual si el incumplimiento impacta el patrimonio del tercero o le causa un perjuicio; sin que el fundamento de ambas deje de ser el incumplimiento de la obligación contractual; pensamiento que el autor concreta cuando expone: *"Pero si la inejecución de una obligación contractual, cuando es imputable al deudor, dio origen a un perjuicio sufrido por un tercero, nada puede prohibir que se admita la responsabilidad extracontractual del deudor para con el tercero, si la inejecución de la obligación constituye al mismo tiempo un hecho generador de responsabilidad contractual"*

No existe discusión en cuanto a la existencia y validez del acuerdo de voluntades ajustado, el cual se sintetizó en el **CONTRATO 125 - 17**, como que en el mismo sus extremos contractuales son las sociedades involucradas en este discusión judicial, así como que tanto en la etapa precontractual como contractual se produjeron infracciones a los deberes y obligaciones de las partes, que consecuencia de ello se produjo una falta contractual, que la misma solo es atribuible a la sociedad contratista y demandante en reconvención, que producto de esa falta contractual se ocasionaron perjuicios para la parte contratista y que existe nexo de causalidad entre la falta contractual atribuible a la contratante y los perjuicios padecidos por la contratista.

**Contrario a lo postulado por la parte demandante en reconvención, existió incumplimiento serio y determinante de las obligaciones y deberes por parte de la sociedad contratante PROINVERSIONES ZFB S.A.S., tanto en la etapa precontractual como en la de ejecución del contrato, desatenciones graves que se tradujeron en la calidad de la obra ejecutada y en la posterior imposibilidad para el contratista se continuara con la ejecución del objeto contractual, debido principalmente a los siguientes factores:**

1. A que se consagró en el **CONTRATO DE OBRA 125 - 17**, como obligaciones del contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, la calidad y suministro del concreto.
2. Que era obligación del contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, la contratación y aprobación de los diseños de las losas.
3. Que el suministro durante la etapa precontractual de la información técnica necesaria para adelantar la obra por parte del contratista, así como los documentos necesarios para el buen suceso de las obras, especialmente de las Memorias de Cálculo.
4. Que el suministro continuo e ininterrumpido del concreto durante la ejecución de la obra.
5. No acatar los requerimientos y recomendaciones del diseñador de las losas
6. No tomar en forma oportuna las decisiones que impidieran la parálisis de la obra.
7. Suspender el suministro en forma inconsulta y unilateral.
8. No suministrar el concreto respetando la logística respectiva - entregas a destiempo y en intervalos demasiado amplios.

<sup>7</sup> Larroumet, Christian: *Teoría general del contrato*. Bogotá: Temis. 1993. Pág. 200

9. No efectuar los contactos y negociaciones oportunas para el cambio de la empresa de suministro del concreto.
10. No adelantar en forma oportuna las pruebas necesarias del concreto.

#### 4.3. CONFIANZA PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUALMENTE RAZONABLE.

En un concepto que pareciera en comienzo asimilable al de **EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE BUENA FE**, en los términos de los **Artículos 1603 del Código Civil y 371 del Código de Comercio**, se viene abriendo paso en los debates sobre el cumplimiento de las obligaciones surgidas de las relaciones contractuales, el de **CONFIANZA RAZONABLE**, el cual actúa como un factor a tener en cuenta, tanto para analizar el alcance y cumplimiento de las obligaciones de las partes, sino como justificador de los perjuicios ocasionados a la parte que se ampara bajo el mismo.

Frente a este especial aspecto, la doctrina tiene dicho que *"La tutela de la confianza razonable encontraría su fundamento, entonces, más que en la obligación del emisor de la declaración de la voluntad de actuar leal y correctamente, en el hecho de que su actuación ha generado expectativas razonables en su destinatario que deben ser tuteladas, porque existió una apariencia que determinó el surgimiento de una confianza digna de protección. Tal protección se traducirá en una indemnización de daños (en el retiro injustificado de los tratos previos), en la subsistencia del acto o contrato (si se conciben el error provocado y el dolo como dispositivos de distribución del riesgo de la información defectuosa) o en la configuración de una disconformidad contractual (integrando la publicidad engañosa en el contrato). Concurren así las tres funciones de la razonabilidad a las que aludimos precedentemente, pues esta sirve como un modelo de conducta exigible al declarante y constituye un estándar de responsabilidad para el mismo tratándose de la indemnización por ruptura injustificada de las tratativas preliminares y de la subsistencia del contrato por error o dolo, además de permitir conservar el equilibrio entre los intereses en conflicto en ambos supuestos y en la hipótesis de la integración publicitaria."*<sup>8</sup>

Como viene de verse, ese principio de tutela de la confianza razonable, que incide no solo en aspectos morales o subjetivos, sino que impacta de manera concreta aspectos patrimoniales, contractuales y económicos, además de aplicarse tanto a la etapa precontractual como contractual del suceso de voluntades.

Puestos al servicio del caso que ahora se analiza, se tiene que la sociedad contratista **PROPIOS S. A.**, desde el comienzo le asistía una confianza razonable en que la pretérita contratante había encomendado el diseño de las losas a una sociedad competente, que en su elaboración se había tenido en cuenta la función y el propósito de las losas, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un patio de maniobras, que el contratante de aquellos diseños había valorado y aceptado los mismos como ajustados a las necesidades requeridas, que había recibido y corroborado los documentos y soportes técnicos del diseño; por lo que al trabarse la **ETAPA PRECONTRACTUAL** que posteriormente se transformó en el **CONTRATO DE OBRA 125 - 17**, debió trasladar esa misma información y documentos al pretérito contratista, con el fin que fueran discutidos en cuanto a su viabilidad técnica y adelantar los ajustes correspondientes, a fin de procurar que en la etapa de ejecución contractual se presentaran inconvenientes asociados con los diseños o modulación de las losas. Claramente la conducta de la

---

<sup>8</sup> *López Díaz Patricia Verónica. La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el iter contractual: una aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas. Revista de Derecho Privado. June 2019.*

sociedad **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, creó razonadamente en el contratista la confianza suficiente para adelantar el objeto y el alcance contractual, prevalido de la información completa y correcta que el contratante entregó en la etapa precontractual. El contratista creyó en que el diseño encargado a la firma especializada, se encontraba acorde con las necesidades y requerimientos perseguidos por el constructor. Igualmente, el contratista posterior creyó en que el suministro del concreto a cargo de la firma constructora, sería de las condiciones y especificaciones técnicas que el diseño recomendaba. Los dos aspectos antes mencionados, sucedidos durante la etapa embrionaria del contrato, supusieron el surgimiento para el pretérito contratista en que la manifestación de voluntad de su par contractual se encontraba ajustada a los criterios técnicos que resultaba después trascendentales para el buen suceso de las prestaciones a cargo del contratista.

**Pero no solo en la etapa precontractual se generó la confianza razonable del posterior contratista, pues en la etapa de ejecución parcial del contrato, se ratificó la misma, debido a que la firma contratista creyó en que el suministro del concreto, estaría acorde con las especificaciones y recomendaciones del diseñador, por lo que procedió a la ejecución de la obra, prevalido de la tranquilidad que suponía que los insumos a cargo de la contratante eran los ideales, más aún cuando sobre tal aspecto no tenía injerencia y decisión alguna el contratista.**

Por lo someramente dicho, la sociedad contratista obró precedida de la confianza razonable que por parte del contratante se habían verificado todas y cada una de las especificaciones técnicas y recomendaciones del diseñador de las losas **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.**, especialmente en cuanto a la modulación y su incidencia en la calidad del concreto que habría de suministrarse para el fundido de los paños, y que la sociedad contratante mantendría esos criterios durante la etapa de ejecución del contrato; asuntos que como se vio, no fueron verificados por la sociedad contratante, por lo que no puede atribuirse incumplimiento o responsabilidad a la contratista por los defectos presentados en algunas de las losas, y, por el contrario, encontrarse el contratista arropado por el principio de confianza razonable, puede habilitarse en su reclamo por incumplimiento de su contrario contractual, así como en la reclamación de los perjuicios que le fueron ocasionados por la ruptura culpable de la relación; pues como se recordará, el principio antes citado, no solo tiene profundas implicaciones en el ámbito subjetivo, sino el objetivo, es decir, en el campo de los patrimonial, más aún cuando a causa de su desconocimiento se ocasionan detrimentos económicos para una de las partes, particularmente en quien confió en que la información dada por su contrario contractual era acorde, fidedigna y completa, y que en la etapa contractual se cumplirían las prestaciones acorde con los antecedentes entendidos y aceptados.

#### 4.4. AUSENCIA DE PRUEBA DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE PROPISOS S.A.

No obstante lo desarrollado en las excepciones anteriores, se deja dicho que no existe conducta o comportamiento alguno de parte de la sociedad contratista **PROPISOS S. A.** que haya ido en contravención de los acuerdos pactados en el **CONTRATO 125 - 17**, no existe prueba idónea y oportunamente allegada al proceso, que demuestre que los daños en las losas fundidas haya tenido como causa determinante una falla en el proceso constructivo, concretamente que las fisuras hayan afluído como consecuencia de una mala disposición de las juntas o de sus componentes, pues el concepto dado por el Ingeniero **ALBERTO ASCHNER** no es conclusivo en ese punto, además que se trata del criterio u opinión de quien diseñó el piso, cuyo aspecto está siendo reclamado como una de las causas de la fisuración aparecida en algunas de las losas fundidas por la contratista **PROPISOS S. A.** La patología propia experimentada por las losas, desde la perspectiva de la técnica de los pisos industriales, no son consistentes con el proceso constructivo, sino compatibles con la calidad inadecuada del concreto y de la modulación contraria a los estándares internacionales. No existe en este caso prueba científica técnica idónea que determine que la causa única, determinante y exclusiva de la aparición de las fisuras en las losas, se haya debido a un mal proceso constructivo imputable a la sociedad contratista; antes, por el contrario, lo que aflora de las pruebas hasta el momento recaudadas es que la contratista aplicó los estándares internacionales para la

fundición de las losas, tomando todas las precauciones para que el proceso constructivo tuviera los resultados perseguidos por el constructor; sin embargo, tal propósito no se pudo alcanzar de manera óptima, por cuanto la calidad del concreto que se suministró y la modulación sobredimensionada de las losas, impidió definitivamente que el fin se alcanzara, incluso provocando que el contratista tuviera que retirarse de la obra, previa información al contratante, ante la parálisis imprevista y sostenida de la misma, por factores que solo tienen explicaciones en la conducta contraria al contrato, por parte del constructor **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**

#### 4.5. INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR PROINVERSIONES ZFB S.A.S.

De haberse producido alguna afectación al patrimonio de la sociedad demandante en reconvención, los mismos tuvieron lugar por la culpa de la propia reclamante, pues la contratación de la firma **MASTERPLAC S.A.S.**, para reparar algunas losas y fabricar otras, según se dice en el objeto y alcance del contrato ajustado con dicha firma, así como los presuntos sobrecostos incurrido por mano de obra, mismos que ya hacen parte del concepto del contrato, no pueden ser consecuencia de un incumplimiento del contratista. El valor de reparación de las losas, si bien se encuentra soportado el concepto y el valor en un contrato celebrado con el tercero **MASTERPLAC S.A.S.**, no existe evidencia de su pago efectivo, pues al proceso no se allegaron los soportes contables que así lo acrediten. Tampoco resulta razonable que se pretenda constituir en deudor a la sociedad demandada en reconvención, estando pendiente la liquidación del contrato. Similar situación ocurre con los conceptos estimados por diferencia contractual por mano de obra.

No existe demostración de la existencia del daño, de su condición de cierto y personal para la sociedad demandante en reconvención, y mientras ello sea así, no resulta viable la reclamación por perjuicios.

#### 4.6. INEXIGIBILIDAD DE INTERESES REMUNERATORIOS POR ANTICIPO NO AMORTIZADO

La resistencia a un pronunciamiento judicial que acoja la súplica, se hace evidente, por lo menos de manera integral, pues la primera parte de la proposición es cierta, no así lo relacionado con la falta de amortización injustificada del anticipo entregado y la obligación de la contratista y demandada en reconvención para devolver in integrum, el monto entregado por concepto de anticipo al contratista. En efecto, con ocasión a la suscripción del **CONTRATO DE OBRA NO. 125 - 17** entre las sociedades **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.** y **PROPISOS S.A.**, la primera hizo entrega de la suma de **\$148.917.524.00** a título de anticipo, habiéndose pactado la devolución a través del mecanismo de la amortización, lo cual sucedería con cada acta parcial de obra ejecutada, en el porcentaje del 30% correspondiente a amortización de anticipo, según lo pactado en el contrato; pero debido a los inconvenientes presentados en la etapa de ejecución contractual, cuya atribución resulta suficientemente analizada, teóricamente solo se amortizó el porcentaje correspondiente al **CORTE OBRA No. 1**, facturado en la suma de **\$88.744.648.00**; por lo que a la terminación del contrato el contratista debía, inicialmente, devolver los dineros no amortizados del anticipo; sin embargo, esa devolución no se produjo por circunstancias atribuibles exclusivamente a la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, quien no se avino a poner fin concertado a la liquidación del contrato, y ante los evidentes perjuicios ocasionados a la contratista, la retención de los excedentes por concepto de anticipo, resulta contractual y legalmente justa; por lo menos hasta cuando la sociedad contratante facilite el tema de la liquidación del contrato, previo el reconocimiento de las indemnizaciones reclamadas por el contratista. De esa manera las cosas, mientras no se produzca la **LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA No. 125 - 17**, no será posible determinar los conceptos a favor y en contra de las partes, no pudiéndose, mientras tanto, reclamarse el reembolso o devolución de dineros entregados a título de anticipo, o endilgarse el carácter de deudor de la sociedad contratista **PROPISOS S.A.**

Ahora bien, como resulta evidente que la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, se constituyó en deudora de la contratista **PROPISOS S.A.**, por los conceptos de **CORTE DE OBRA, INVENTARIO EN OBRA, GASTOS DE**

**EJECUCIÓN PARCIAL, STAND BY DE PERSONAL Y EXPECTATIVAS ECONÓMICAS FRUSTRADAS**, lo que arroja una cifra en favor del contratista por **\$221.377.172.38**; de ahí que no sea viable devolver el anticipo no amortizado en obra, ni el reconocimiento de los intereses remuneratorios que pretende la contratante, dado que operó el fenómeno extintivo de las obligaciones denominada **COMPENSACIÓN**, regulado en el **Artículo 1714 y siguientes del Código Civil**, lo que opera de pleno derecho, según lo determina el **Artículo 1715** de la obra en cita.

Ahora, como la amortización no fue posible financiera y contractualmente por las conductas asumidas por la contratante, la no devolución del anticipo a través de esa precisa fórmula, quedaba justificada; por lo menos mientras no se produzca el balance final del contrato. Baste recordar que el acto de liquidación del contrato es asunto que importa a lo económico, jurídico y técnico, pues supone *"(...) un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finalizar una relación jurídica contractual."*<sup>9</sup>

La cita jurisprudencial anterior, aunque propia de la discusión del contrato Estatal, no dista demasiado de los contornos privados, por lo que puede servir para ambientar la discusión, sin que la sola especialidad suponga su huida.

Pese a que en el **CONTRATO DE OBRA NO. 125 - 17** no se incluyó una cláusula relacionada con la forma y tiempo de liquidación bilateral del contrato, lo cierto es que la parte demandante en reconvención y contratante, reclama de forma insistente la liquidación del convenio, lo cual deja en pie la legalidad de la conducta del contratista de retener el excedente del anticipo, hasta tanto no se reconozcan los perjuicios ocasionados por la ruptura contractual y se determinen el contenido obligaciones que corresponda a cada una de las partes.

En punto a la reclamación por el reconocimiento de intereses de plazo o remuneratorios respecto al valor del anticipo entregado y no amortizado, amortización que como se recordará no se surtió de manera integral por las desavenencias entre las partes del contrato de obra y a la demostrada responsabilidad del contratante en el quiebre de la relación, pese a que técnica y jurídicamente el anticipo constituye un préstamo del contratante al contratista, por las especiales condiciones en que se entrega y por su finalidad, cual es apalancar las actividades de instalación o implantación de la obra, no están llamados a producir réditos en favor del contratante que entrega los recursos, ello, además, pese a la condición de sociedades comerciales de las dos implicadas en el presente

<sup>9</sup> C. E. Secc. III. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá. 20 de octubre de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777)

asunto contractual. En contraposición a lo dicho, las partes a través del convenio no regularon ese aspecto en particular, ni durante la ejecución, ni al finalizar la misma, ni menos para cuando se produjera la ruptura anticipada del contrato. Si la entrega tardía o incompleta del anticipo pactado no supone para el contratista la percepción de intereses remuneratorios o de morra, por la connotación y finalidad que esos dineros tienen en la realidad contractual, menos puede resultar que su falta de amortización total o parcial, máxime cuando la misma es atribuible a una conducta culposa del contratante, determine el derecho del contratante para reclamar y obtener el pago de intereses remuneratorios. Se insiste, la sociedad contratista no es a este momento deudora de una suma dineraria, ni se encuentra en mora de cumplir, por lo que el reclamo por intereses resulta improcedente. Nótese que la entrega del dinero a manera de anticipo, no es constitutiva de una actividad desligada del objeto y finalidad contractual, ni es constitutiva de una actividad rentística o especulativa por parte de la contratante, razones de más para sostener la improcedencia de los intereses en la modalidad de remuneratorios, pues la entrega del dinero al contratista no se hace en el marco de una relación de crédito o financiación propiamente dicha, o de la cual se espere un rédito civil por la entrega del dinero. En los casos de contratos de obra de status privado, no existe una operación con propósito de obtener rendimiento sobre un capital; no resultando en esa forma aplicable la disposición del inciso primero del **Artículo 884 del Código de Comercio**.

Los intereses remuneratorios solicitados a no resulta procedente y menos bajo la fórmula de cálculo propuesta, por las siguientes circunstancias:

- a) Se trata de obligaciones o prestaciones en discusión.
- b) No se ha liquidado el **CONTRATO DE OBRA 125 - 17**.
- c) No se trató de una relación préstamo de dinero cualquiera, sino de la entrega de un anticipo con fines determinados.
- d) No se trató de una operación de mercado monetario.
- e) La sociedad demandante en reconvención no ostenta la calidad de entidad financiera.
- f) No se trata de una operación financiera entre una entidad habilitada y una empresa.
- g) No resulta aplicable la tasa o el referente denominado IBR (Interés Bancario de Referencia)
- h) En ninguno de los apartados contractuales se pactó el reconocimiento de intereses como rendimiento financiero sobre sumas adeudadas.
- i) Contractualmente no se pactó una tasa estimada en el IBR + 3.5% **RECURSOS**
- j) La tasa de interés solicitada supera el interés de usura.
- k) El contrato de obra no es un negocio mercantil que por su naturaleza genere intereses, en los términos del **Artículo 884 del Código de Comercio**.

#### 4.7. INEXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL EN FAVOR DE PROINVERSIONES ZFB S.A.S.

El procurador judicial vocero de los intereses de la parte demandante en reconvención reclama la efectividad de la cláusula penal por incumplimiento; sin reparar en que en el asunto que se analiza no existe incumplimiento por parte de la sociedad contratista, sino más bien de la propia solicitante. Ahora, si el cobro de los intereses

responde al criterio de perjuicio, reclamar la efectividad de la cláusula penal, a la luz del **Artículo 1600 del Código Civil**, resulta improcedente por simultaneidad que implica la cláusula penal y la indemnización de perjuicios.

Aunque la sola existencia del pacto expreso, supondría relevarme el análisis, recábase en que *"(...) siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada "moderación", razón por la que se insiste en que si las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio. (...) perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, dice con autoridad Luis Díez Picazo, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio"* (Cas. Civil, sentencia 23 de junio de 2000, Exp.No.4823)."<sup>10</sup>

Igualmente, no resulta viable la reclamación, cuando la redacción de la cláusula en el entramado contractual, no deja ver que se trata de la denominada cláusula penal moratoria en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes. En la denominada carátula del contrato de obra 125 -17, no se encuentra inserta una determinada cláusula de apremio, misma que solo aparece en el documento denominado **"CLAUSLADO GENERAL"**, en donde se indica que por concepto de cláusula penal se pacta el 15% del valor del contrato; sin embargo, la efectividad de la misma no resulta afortunada, pues, de un aparte, el incumplimiento es primero y atribuible a la sociedad contratante y segundo por cuanto no resulta viable el cobro de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, en forma simultánea.

#### **4.7. COMPENSACIÓN**

En el caso hipotético como remoto de hallarse incumplimiento contractual imputable a la sociedad contratista, debe darse aplicación al fenómeno extintivo de las obligaciones denominado compensación, regulado en los **Artículos 1714 y siguientes del Código Civil**, pues la sociedad demandante en reconvencción se encuentra constituida en deudora recíproca, por los conceptos reclamados y sustentados en la demanda principal. En efecto, con ocasión a la suscripción del contrato de obra No. 125 – 17 entre las sociedades **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.** y **PROPISOS S.A.**, la primera hizo entrega de la suma de **\$148.917.524** a título de anticipo, habiéndose pactado la devolución a través del mecanismo de la amortización, lo cual sucedería con cada acta parcial de obra ejecutada, en el porcentaje del 30% correspondía a amortización de anticipo, según lo pactado en el contrato; pero debido a los inconvenientes presentados en la etapa de ejecución contractual, cuya atribución resulta suficientemente analizada, teóricamente solo se amortizó el porcentaje correspondiente al **CORTE OBRA No. 1**, facturado en la suma de **\$88.744.648.00**; por lo que a la terminación del contrato el contratista debía, inicialmente, devolver los dineros no amortizados del anticipo; sin embargo, esa devolución no se produjo por circunstancias atribuibles exclusivamente a la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, quien no se avino a poner fin concertado a la liquidación del contrato, y ante los evidentes perjuicios ocasionados a la contratista, la retención de los excedentes por concepto de anticipo, resulta contractual y legalmente justa; por lo menos hasta cuando la sociedad contratante facilite el tema de la liquidación del contrato, previo el reconocimiento de las

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Expediente 68001 3103 001 2001 00389 01.

indemnizaciones reclamada por el contratista. De esa manera las cosas, mientras no se produzca la liquidación bilateral del contrato de obra No. 125 – 17, no será posible determinar los conceptos a favor y en contra de las partes, no pudiéndose, mientras tanto, reclamarse el reembolso o devolución de dineros entregados a título de anticipo, o endilgarse el carácter de deudor de la sociedad contratista **PROPISOS S.A.**

Como resulta evidente que la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, se constituyó en deudora de la contratista **PROPISOS S.A.**, por los conceptos de **CORTE DE OBRA, INVENTARIO EN OBRA, GASTOS DE EJECUCIÓN PARCIAL, STAND BY DE PERSONAL Y EXPECTATIVAS ECONÓMICAS FRUSTRADAS**, lo que arroja una cifra en favor del contratista por **\$221.377.172.38**; de ahí que no sea viable devolver el anticipo no amortizado en obra, ni el reconocimiento de los intereses remuneratorios que pretende la contratante, dado que operó el fenómeno extintivo de las obligaciones denominada compensación, regulado en el **Artículo 1714 y siguientes del Código Civil**, lo que opera de pleno derecho, según lo determina el **Artículo 1715** de la obra en cita.

#### 4.8. EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE BUENA FE.

De conformidad con lo establecido en los **Artículos 1603 del Código Civil y 371 del Código de Comercio**, la conducta de las partes ligadas por un contrato debe ser de buena fe, así como la ejecución de las obligaciones a su cargo.

Destacadas las obligaciones y compromisos de la sociedad contratista **PROPISOS S. A.**, así como las de la constructora **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, y de acuerdo a las conductas asumidas durante la ejecución del contrato de obra, se parecía en la primera un comportamiento acorde a lo pactado, pues en todo momento mantuvo los equipos, personal y materiales en obra, al igual que realizó de manera pronta y profesional las actividades propias del proceso constructivo a su cargo; sin que exista prueba que indique una contravención en grado sumo de los acuerdos, prestaciones y obligaciones por parte de la sociedad contratista; contrario a lo sucedido con la sociedad contratante, la contratista no desatendió sus deberes ni sus obligaciones, el infortunio que tuvo la obra parcialmente ejecutada como la ruptura de la relación contractual, estuvo precedida y justificada en una conducta de la contratante, quien no entregó la información ni los documentos suficientes para el desarrollo o ejecución de la obra, ni se avino al suministro del concreto en las calidades exigidas por el diseño de las losas, ni tomó en cuenta el tamaño de las mismas, el cual, por sus dimensiones desproporcionadas, requerían de un tratamiento técnico y de suministro de un concreto específico, el cual no fue entregado por la contratante al contratista.

Durante el tiempo que duró la ejecución parcial de la obra, el contratista ejecutó las labores, de acuerdo a lo estipulado en el contrato 125 – 17, observando en todo momento la buena fe que le era predicable como profesional en la construcción de pisos industriales, conducta que no se puede predicar de su par contractual.

#### 4.9. GENÉRICA

##### ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS

En aplicación de lo dispuesto en el **Artículo 282 del Código General del Proceso**, ruego a su señoría declarar en favor de la sociedad demandada en reconvencción, cualquier hecho que pueda constituir excepción frente a las pretensiones esgrimidas en la demanda de mutua petición.

#### CAPITULO CINCO.

##### OBJECION AL JURAMENTO ESTIMATORIO

##### 5.1. CONCEPTOS Y MONTOS DE LA ESTIMACION

- ***"A título de devolución de las sumas no amortizadas del anticipo por la suma de SESENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$61.463.269)"***

- *“Así mismo deberá cancelarse los correspondientes intereses financieros del anticipo no amortizado, dejados de percibir y calculados desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de radicación de la demanda de reconvencción, mediante el IBR + 3,5% por la suma de TRECE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$13.299.230).”*
- *“Se deberá efectuar la devolución de los gastos incurridos por la reparación de las losas. (...) por la suma de TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.208.518 M/CTE) incluido IVA.”*
- *“(...) diferencia contractual por mano de obra (...) por la suma de NUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.534.447).”*
- *“Por concepto de cláusula penal generado por incumplimiento del Contrato por parte de PROPISOS la suma de CIENTO CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS DIECINUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$114.439.319).”*

#### CONSIDERACIONES GENERALES

El JURAMENTO ESTIMATORIO tiene su antecedente en el derecho romano, en donde se consagraba un iusiurandum in litem, ya fuera por razones de equidad o por necesidad, siempre referida al actor. Así, *“Por razón de equidad, aquel juramento se defería a aquel que había sufrido un daño y exigía la reparación, a fin de hacer una estimación jurada del daño. Podía suceder que empezara una acción arbitraria o de buena fe la cual aspirase a una restitución o a una exhibición; que la persona contra la cual se resolvía tal acción denegase la restitución o exhibición dolosamente si fuese puesta en el caso de no poderla efectuar; que la cosa por restituir o exhibir fuese de valor incierto. Por razón de la necesidad, en la acción de estricto derecho y de buena fe cuando el objeto del litigio no existiera por mora o culpa del obligado, el Juez no pudiendo hacer la estima, la fiaba al juramento del actor”<sup>11</sup>*

Debe decirse, igualmente, que el juramento estimatorio está concebido como una modalidad probatoria orientada a un fin específico, cual es servir de sustento demostrativa, de parte provisional y condicionado, de los perjuicios que se dice reclamar el demandante, antes que la prueba del daño mismo. Es decir, su alcance se encuentra en la dimensión cuantitativa de los perjuicios irrogados al actor, antes que suponer la demostración del daño como la alteración o modificaciones material de un estado o situación del demandante, provocado por la conducta del demandado; por manera que, de probar el daño se trata, el juramento estimatorio no es el medio de prueba adecuado o pertinente. En la norma adjetiva en vigor, el juramento estimatorio como medio de prueba, se encuentra definido en la siguiente forma: *“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.”*

En la oportunidad dispensada por la Corte Constitucional<sup>12</sup> para efectuar el análisis de constitucionalidad de la norma que consagra el juramento estimatorio, se destacó que *“el Código General del Proceso reconoce, incorpora y desarrolla el principio constitucional de la buena fe. Este principio y su valor correlativo: la probidad, son uno de los pilares de este sistema legal. De ahí que sus manifestaciones contrarias, la mala fe y la temeridad, sean combatidas y sancionadas en múltiples normas. (...) Por las mismas razones se permite que la parte estime de*

<sup>11</sup> LESSONA Carlos, LA PRUEBA EN DERECHO CIVIL. Tomo II. INSTITUYO EDITORIAL REUS, Madrid 1983. Pág. 475.

<sup>12</sup> Sentencia C-157 de 2013.

*manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía”*

El recientemente fallecido profesor **AZULA CAMACHO**<sup>13</sup>, define el juramento estimatorio como aquel que *“Tiene ocurrencia cuando la ley faculta a una parte estimar en dinero el derecho que reclama de otra. Su denominación obedece a que la parte determina o establece el quantum o la cantidad en concreto que considera le adeuda su contraparte. Tiene ocurrencia en los casos expresamente consagrados por el ordenamiento positivo y para cuantificar perjuicios, cuando éstos no estén determinados en el documento contentivo de la obligación.”*

En este mismo sentido, el profesor **PARRA QUIJANO**<sup>14</sup>, destaca que el juramento estimatorio como medio de prueba, ocurre *“... cuando a una parte se le permite que estime en una suma de dinero la pretensión, o en general, los perjuicios a que tiene derecho.”*

Aclarados y precisados los anteriores conceptos, es importante señalar que la naturaleza del juramento estimatorio, a más de ser un requisito de la formalidad de la demanda, constituye un medio de prueba del perjuicio, así lo ha expresado el Alto Tribunal Constitucional<sup>15</sup> al indicar que *“Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía”.*

El doctor **VILLAMIL PORTILLA**<sup>16</sup>, destaca acerca del juramento estimatorio que el mismo *“debe pensarse como una propuesta probatoria, es decir, el demandante debe ajustar el juramento a lo que verdaderamente podría probar en el proceso, o sea que se trata de alguna manera de una especie de promesa de lo demostrable en el juicio, aunque el juramento per se es la prueba, a menos que esté seguido de la objeción. Podría pensarse que el demandante está en mejor posición, si con el juramento estimatorio acompaña las pruebas que demuestran el valor de los perjuicios recibidos, por ejemplo, documentos o un dictamen pericial, que de entrada fundamenta la reclamación.”.* Adiciónese, que figura regulado en el CGP, sección tercera: *“régimen probatorio”.*

A su turno el profesor **LÓPEZ BLANCO**<sup>17</sup> se ha referido al mismo instituto probatorio, indicando que *“No es menester allegar o solicitar pruebas para fundamentar el juramento estimatorio, porque la aseveración de su monto es la prueba, (...). Recuérdese que de lo que se trata es de dejar sentado por este medio de prueba las cantidades por las que se puede concretar una condena, porque en principio el medio de prueba de esas sumas es precisamente el juramento y bien sabido es que la prueba no se prueba.”*

<sup>13</sup> AZULA CAMACHO Jaime. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. EDITORIAL TEMIS S. A. Bogotá 1998. Pág. 1769.

<sup>14</sup> PARRA QUIJANO Jairo. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. XV. EDICION. LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL. Bogotá 2006. Pág. 715.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2013.

<sup>16</sup> INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Congreso colombiano de derecho procesal. El juramento estimatorio en el Código General del Proceso, VILLAMIL PORTILLA, Edgardo, Bogotá DC, 2014, p. 129.

<sup>17</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Ob. cit., p.511.

De tal manera que, el juramento estimatorio cumple básicamente cuatro funciones, la primera en cuanto es requisito formal de la demanda, la segunda en cuanto sirve para establecer la cuantía y competencia, la tercera en cuanto es una prueba por juramento de la cuantía de los perjuicios ocasionados y que son materia de las pretensiones de la demanda y la cuarta en cuanto sirve de baremo para establecer las sanciones a la parte demandante por exceso en la estimación misma; así mismo el juramento tiene unos requisitos o formalidades que debe cumplir, cuales son la discriminación, es decir el detalle en los conceptos que componen la estimación, debe ser fundamentado y razonable, es decir, que no sea producto de la imaginación del estimante, que sea verosímil y acorde con el daño padecido por el demandante. Además, para la viabilidad del juramento estimatorio no es preciso que se soporte en pruebas, por lo que la ausencia de las mismas o su insuficiencia, no imponen la objeción, ni mucho menos la indamisión de la demanda, pues el soporte o acervo probatorio no es requisito del juramento estimatorio, pruebas que puede ofrecer el demandante en caso que se proponga objeción al juramento.

### LAS RAZONES DE LA OBJECIÓN

Frente el primer concepto y cuantía, la misma no resulta razonable en su dimensión, por cuanto no se trata de un debito a favor de la sociedad demandante en reconvención, sino de una simple operación financiera entre el valor del anticipo entregado en virtud del contrato de obra celebrado con la contratista **PROPISOS S. A.**, suma que, si bien no fue enteramente amortizada conforme al plan establecido de manera contractual, no es un concepto que la contratista deba devolver a la contratante, pues tal suma se compensó por ministerio legis, con los valores que la sociedad contratante adeuda al contratista por concepto de **STAND BY DE PERSONAL, CORTE DE OBRA, MATERIAL DEJADO EN OBRA, GASTOS DURANTE LA EJECUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO Y GANANCIAS O EXPECTATIVAS FRUSTRADAS**. No se trata de un perjuicio efectivamente ocasionado por la contratista a la demandante en reconvención, por lo que no puede ser materia de juramento; puesto que de serlo, el concepto y la cuantía no corresponden a indemnizaciones que estén a cargo de la demandada y en favor de la demandante en reconvención. Se objeta de manera razonada, tanto el concepto como la cuantía del rubro, en tanto se pone en duda su existencia como perjuicio padecido por la estimante.

Respecto del segundo de los conceptos estimados, correspondiente al pago de intereses financieros sobre la suma correspondiente a saldo de anticipo no amortizado, se refuta la misma por las siguientes razones:

- a) Se trata de obligaciones o prestaciones en discusión.
- b) No se ha liquidado el contrato de obra 125 – 17.
- c) No se trató de una relación préstamo de dinero cualquiera, sino de la entrega de un anticipo con fines determinados.
- d) No se trató de una operación de mercado monetario.
- e) La sociedad demandante en reconvención no ostenta la calidad de entidad financiera.
- f) No se trata de una operación financiera entre una entidad habilitada y una empresa.
- g) No resulta aplicable la tasa o el referente denominado **IBR** (Interés Bancario de Referencia)
- h) En ninguno de los apartados contractuales se pactó el reconocimiento de intereses como rendimiento financiero sobre sumas adeudas.
- i) Contractualmente no se pactó una tasa estimada en el **IBR + 3.5%**
- j) La tasa de interés solicitada supera el interés de usura.

- k) El contrato de obra no es un negocio mercantil que por su naturaleza genere intereses, en los términos del **Artículo 884 del Código de Comercio**.

En cuanto hace al concepto estimado correspondiente al valor de reparación de las losas, lo objetamos igualmente, por cuanto, si bien se encuentra soportado el concepto y el valor en un contrato celebrado con el tercero **MASTERPLAC S.A.S.**, no existe evidencia de su pago efectivo, pues al proceso no se allegaron los soportes contables que así lo acrediten. Tampoco resulta razonable que se pretenda constituir en deudor a la sociedad demandada en reconvenición, estando pendiente la liquidación del contrato. Similar situación ocurre con los conceptos estimados por diferencia contractual por mano de obra.

En cuanto respecta a la cláusula penal, la misma no es posible, a la luz del **Artículo 1600 del Código Civil**, reclamar simultáneamente la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, además que en las pretensiones se reclama el pago de perjuicios generados a la sociedad contratante **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, a consecuencia de un presunto incumplimiento contractual de la sociedad contratista **PROPISOS S. A.**, asunto que no ha sido reconocido ni declarado mediante decisión judicial en firme.

#### CAPITULO SEXTO.

#### PRUEBAS ADICIONALES.

Adicional a las deprecadas con el libelo genitor de la demanda como en el momento de descorrer el traslado de las excepciones propuestas por el extremo pasivo, con todo respeto y cordialidad ruego a la Honorable Presidencia del Despacho, el favor de tener en cuenta y decretar las siguientes:

#### 6.1. DOCUMENTOS APORTADOS.

En los términos de los **Artículos 164, 165, 167, 173, 243, 244, 245, 260 y 370 del Código General del Proceso**, me permito aportar, **DOS (2) CD'S** que contienen el **REGISTRO DE AUDIO DE LAS REUNIONES DE ACERCAMIENTO ENTRE LAS PARTES**, a fin de alcanzar un acuerdo económico que impidiera llevar el asunto a litigio, en cuyo registro, al **MINUTO 53 Y 15" DEL CD DE LA SEGUNDA REUNIÓN**, se destaca el ofrecimiento económico por la suma de **\$ 42.388.929.00**, realizado por el equipo económico y jurídico asesor, legado autorizado por la sociedad **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, saltando de bulto sin el más mínimo asomo de duda al respecto que, si dicha sociedad realizó tal ofrecimiento económico a mi prohijada, es porque sus directivos y asesores de toda índole saben en su conciencia que la sociedad **PROPISOS S.A.** no tuvo la más mínima responsabilidad en lo acontecido en los problemas del diseño de las losas y del suministro del concreto, pues si existiese alguna responsabilidad dicha sociedad no hubiese hecho ofrecimiento económico alguno, sino por el contrario hubiese demandado sin dilación alguna a **PROPISOS S.A.** y no hubiese esperado a que fuese demandada para presentar la **DEMANDA DE MUTUA PETICIÓN**.

La grabación se realizó desde el dispositivo celular del asistente autorizado de la sociedad **PROPISOS S. A.**

#### 6.2. ANUNCIO DICTAMEN PERICIAL.

En los términos de los **Artículos 226 y 227 del Código General del Proceso**, me permito anunciar dictamen pericial cuyo objeto será la **evaluación de las patologías presentadas en algunas de las losas fundidas por la sociedad demandada en reconvencción PROPISOS S. A., las causas o concausas de las mismas, la forma técnica adecuada de reparación, los materiales necesarios, el costo de los mismos y por mano de obra, así como las consecuencias a corto y largo plazo sobre las losas, tanto de las fisuras presentadas como de la forma de reparación empleada**; para lo cual ruego a su señoría conceder un término no inferior a 20 días para su confección y aporte. Tenga en cuenta que la solicitud se hace en término legal y a que en el término concedido para el traslado de la demanda de reconvencción no era suficiente para la elaboración del dictamen pericial.

### 6.3. RATIFICACION PRUEBAS APORTADAS Y PEDIDAS EN OPORTUNIDADES ANTERIORES.

Me permito reiterar, como pruebas de los hechos de las excepciones de mérito propuestas contra las pretensiones de la demanda de reconvencción, las aportadas y solicitadas con la demanda principal y el escrito de réplica frente a las excepciones propuestas por la sociedad **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, en cuanto hace al interrogatorio de parte, los documentos, dictámenes periciales y/o conceptos técnicos y declaraciones de terceros.

### 6.4. AJUSTE PETICION DE PRUEBA

Debido a que, en la demanda principal de este asunto judicial, se solicitó dentro de las declaraciones de terceros la del Ingeniero **ALBERTO ASCHNER**, en calidad de Gerente de la sociedad **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.** y a que en oportunidad la demandante en reconvencción **PROINVERSIONES ZFB S.A.S.**, llamó en garantía a la sociedad **ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.**, llamamiento que fue admitido mediante auto de fecha **19 DE OCTUBRE DE 2021**, con todo respeto y cordialidad ruego ajustar el decreto de la **PRUEBA DE DECLARACIÓN DE TERCERO A DECLARACIÓN DE PARTE.**

De la Honorable Jueza de la República de Colombia, con todo mi respeto y cordialidad,

  
ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS  
**PEDRO LUIS OSPINA SÁNCHEZ**  
c.c. 79.148.652 expedida en Bogotá

T.P. 151.378 del C.S. de la J.

pedroluisospina@outlook.com

notificacionesjudicialesdefenderasegurados@outlook.com

MÓVIL 310-2143315