

Magistrado Ponente: Carlos Mauricio García Barajas

Número de Radicación: 13001-31-03-003-2017-00216-02

Decisión: Modifica numeral 3° de la sentencia

Fecha de la Decisión: 2 de septiembre de 2020.

Clase y/o subclase de proceso: VERBAL/RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

REPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL/ Naturaleza jurídica

ESTIMACIÓN DE LOS PERJUICIOS/ Juramento estimatorio

FUENTE FORMAL/ Artículos 191 y 193 del C. G. del P., artículo 968 del C. de Cio., artículo 211 del C. G. del P

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4902-2019 del trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) y CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA, SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390- 01(18080)

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado (s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C SALA CIVIL –
FAMILIA.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS.

Cartagena de Indias D. T. y C., dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020)

(Proyecto discutido y aprobado en sesión no presencial de fecha 1 de septiembre de 2020)

ASUNTO

Acorde a lo normado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, procede la Sala a proferir por escrito la sentencia que tiene por objeto resolver la apelación propuesta por la **parte demandada** dentro del proceso de la referencia.

LA DEMANDA

E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S. demandó a **BSV BETON S.A.S.** para que, con su citación y audiencia, se le declare civilmente responsable de los daños y perjuicios causados con ocasión de la ejecución defectuosa de los contratos de compraventa referidos en la demanda, así como por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales asumidas teniendo en cuenta que la calidad del producto ofrecido no cumplió las especificaciones técnicas contratadas. Como consecuencia de ello, que se condene a la demandada al pago de una suma total de \$598.644.977 que corresponde a los conceptos discriminados en el petitum, debidamente indexada.

Como hechos relevantes se indicaron los siguientes:

1. Dentro del marco del contrato de concesión No. 008 del 22 de agosto de 2007 celebrado entre el INCO y AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S., y del contrato de obra No. 21 de abril 13 de 2015 ajustado entre AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S. y CONSTRUCTORA EMMA LTDA, se suscribió el subcontrato No. 002-03 el día 20 de abril de 2015 entre la sociedad CONSTRUCTORA EMMA LTDA y **E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.**, para la construcción de obras civiles (muros de contención, puente vehicular y filtro en las abscisas señaladas) en el municipio de Turbaco, trayecto 1 Cartagena – Turbaco – Arjona del Proyecto ruta del caribe
2. Para llevar a cabo el objeto contractual anterior, entre los días **26 de junio y 26 de agosto de 2015** la demandante celebró múltiples contratos de compraventa con la sociedad **BSV BETON S.A.S.** para la provisión de concreto de **tipo 280 kg/cm²**

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

(4000PSI), según consta en las diferentes facturas que se relacionan y anexan a la demanda.

3. Expuso el demandante que el producto requerido y entregado por **BSV BETON S.A.S.** no cumplió con la resistencia requerida y contratada, siendo entonces éste de baja calidad. Esto se comprobó con ensayos realizados por la interventoría y el concesionario, y con resultados de ensayos realizados por terceros expertos en la materia (EDUARDO LINNAS COGOLLO INGENIERIA S.A.S. y LABORATORIOS CONTECON URBAR), habiendo estado presente la demandada en el tercero de los ensayos realizados a través de su coordinadora de calidad.

4. En vista de lo anterior y las numerosas inconsistencias en el concreto de la demandada, se le requirió para que reconociera y pagara los daños causados por la mala calidad del producto vendido, a lo que solo respondió que el concreto cumplía con sus políticas de control de calidad.

5. En atención a que la entidad demandante tenía a su cargo el cumplimiento de unas obligaciones devenidas del contrato No. 021-2015 junto con su otrosí 01, y dada la situación descrita en los numerales anteriores, debió demoler y reconstruir las obras civiles incluidas en el hecho 12 de la demanda¹, en lo cual debió invertir la suma de \$598.644.977. Lo anterior para mitigar y cumplir las obligaciones que había adquirido en el negocio jurídico mencionado, generándose un detrimento en su contra.

POSICIÓN DEL DEMANDADO

BSV BETON S.A.S. contestó la demanda². Admitió los hechos 4° y 5° (parcialmente) sobre la existencia de los contratos de compraventa celebrados por las partes, pero agregó que entregó el concreto con las características exigidas por el contratante, lo cual quedó demostrado con ensayos realizados por su laboratorio, y negó haber sido negligente porque siempre estuvo atento a los requerimientos de la demandante.

Si bien admitió como cierta la existencia de estudios que muestran que el concreto suministrado no cumplía con las exigencias del contratante, aquello no significa que esto sea su responsabilidad dado que se deben tener en cuenta diversos factores como (i) que fueron tres empresas diferentes las que suministraron el concreto; (ii) los laboratorios contratados para realizar los estudios a fin de determinar la resistencia del concreto no fueron idóneos, puesto que estos no cumplieron con los parámetros para este tipo de pruebas; (iii) en las pruebas se usaron núcleos de pulgadas que no correspondían al tipo de prueba a realizar y no se tuvieron en cuenta las recomendaciones dadas para el transporte de las muestras.

Agregó que los resultados de los ensayos por ellos realizados no concuerdan con los realizados por la demandante, y que no hay prueba de que el concreto que falló fuera el suministrado por la demandada cuando, reitera, otras dos concreteras también entregaban de ese material en la obra.

1 Box couverts abscisas K89+760; Box couverts abscisas K89+885; Muro contención K89+890, y obras de mitigación de pilotes abscisas K90+500.

2 Visible a folios 408 a 435, c. principal 3.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

Se opuso a las pretensiones de la demanda, objetó el juramento estimatorio y propuso las siguientes excepciones: (i) inexistencia de responsabilidad del demandado, (ii) falta de idoneidad de los estudios de laboratorio realizados por parte del contratista, (iii) culpa exclusiva del contratante que rompe el nexo de causalidad, (iv) inexistencia y/o sobrestimación de los perjuicios reclamados, (v) cumplimiento del principio de buena fe en la ejecución del contrato; (vi) cumplimiento de las obligaciones contractuales, (vii) genérica e innominada.

RÉPLICA A LAS EXCEPCIONES

La parte demandante solicitó no dar trámite a la objeción al juramento estimatorio por no haberse precisado el motivo de ésta, solicitud que fue acogida por la *a quo* en auto que no fue objeto de recurso.

Frente a las excepciones destacó, con soporte en distintas manifestaciones, que en este tipo de obras nunca existe duda sobre la procedencia del concreto, máxime que las pruebas realizadas por el concesionario se hacen *in situ* al momento del descargue del camión – lo que descarta además inadecuada manipulación del demandante -, y que en ningún momento durante el desarrollo de los estudios se adujo por la demandada que el concreto no fuera de ellos.

Respecto a las otras concreteras (CGC ASSA y CGC RUTA CARIBE), indicó que las fechas de suministro de los concretos fueron posteriores al 26 de agosto de 2015.

En lo relacionado con las glosas que se hacen a los estudios de terceros, el error reconocido por la firma CONTECON no afectó los resultados finales como ella misma lo señala, y no se presentó en todas las pruebas realizadas. En el otro estudio no se reportaron anomalías en los cilindros con ocasión de su transporte.

Por último y frente a la estimación de los perjuicios, señala que los reclamados están sustentados en documentos como lo son actas de obra, certificación de constructora EMMA, factura de pago (folios 349 a 354 de la demanda), actas de obra soportadas en valores unitarios que pueden ser consultados en la página web del INVIAS. Para el caso concreto hubo necesidad de demoler y reconstruir obras, “... por lo que para la estimación de su reconstrucción basta con acudir a los valores unitarios estipulados para establecer el costo de la misma. Cabe destacar que los valores de demolición y reconstrucción fueron avalados por CONSTRUCTORA EMMA los cuales ya se fueron cancelados a mi poderdante” (folio 465).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del **12 de abril de 2019** el Juzgado declaró no probadas las excepciones de fondo presentadas y en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda declarando civilmente responsable a la sociedad **BSV BETON S.A.S.** de los perjuicios causados a la sociedad demandante.

Como sustento de aquella decisión la juzgadora de instancia consideró probado el contrato de compraventa entre las partes en litigio gracias a las facturas de venta y las

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

órdenes de despacho, documentos allegados al proceso y visibles a folios 123 a 147 del cuaderno principal. De igual manera, resaltó que aquel hecho fue admitido como cierto en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte realizado al representante legal de la parte demandada.

La responsabilidad civil en cabeza de la parte demandada la encontró acreditada en las declaraciones de los representantes legales de CONSTRUCTORA EMMA LTDA y AUTOPISTAS DEL SOL; también en las versiones de ELKIN MEJÍA, JAIDER MARTÍNEZ y CONERLIO HUGARDIZA; asimismo, los resultados arrojados por los ensayos efectuados al concreto por los laboratorios especializados llevaron a probar finalmente que la resistencia del concreto no era la esperada, esto es, 4000PSI.

Se expresó igualmente que, de las pruebas practicadas y aportadas al proceso, el demandado no demostró que haya cumplido cabalmente con las obligaciones contraídas en el contrato de compraventa, como tampoco acreditó la causa extraña como eximente de su responsabilidad civil contractual. En consecuencia, con fundamento en los documentos obrantes a folios 323 y 324, lo manifestado por la parte demandante y los testigos, se acreditó la producción de un perjuicio al tener que demoler las estructuras fundidas con el concreto de mala calidad suministrado por la parte demandada y, posteriormente, a cargo de la actora construir nuevamente con materiales acordes a las necesidades y requisitos del contrato principal entre **E&E INGENIEROS Y CONTRUCCIONES** y CONSTRUCTORA EMMA LTDA.

Por lo anterior accedió a las pretensiones de condena por la cuantía señalada en la demanda.

APELACIÓN

Contra la anterior providencia proferida en audiencia, la parte demandada presentó recurso de apelación y en forma breve expuso de manera oral los reparos en contra de la sentencia, que fueron complementados con escrito radicado el 23 de abril de 2019.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha **17 de junio de 2020** se adecuó el trámite de la apelación a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020. En tal virtud, en esa misma providencia se otorgó término a la parte demandada para sustentar su recurso.

En término la apelante sustentó su inconformidad señalando que:

1. Naturaleza jurídica del convenio: Se acreditó la existencia de un contrato de suministro, no uno de compraventa. Mal hizo la *a quo* al declarar la existencia de daños y perjuicios con base en un contrato que no existió. Afirma que de las declaraciones de las partes y de los testigos se infiere que ellos no hablaron de comprador y de vendedor sino de cliente, proveedor y compras reiteradas, quedando así probada la contraprestación periódica que es el elemento esencial y diferencial del suministro.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

2. No se acreditó por ningún medio que el concreto sobre el cual se hicieron los ensayos era el concreto de la demandada. No existe trazabilidad en la información; las muestras no eran tomadas por los analistas; los estudios asumen que el concreto era de **BSV BETON S.A.S.** pero no hay cómo probarlo. Las muestras no se tomaron en presencia de la demandada y había otra concretera sobre la cual también se tomaron muestras, sin que se pueda determinar que efectivamente el concreto que falló fue el de la apelante.

3. Sobre los perjuicios: A juicio del recurrente no se probaron, luego se fijaron de manera arbitraria. Solo se aportó un acta de liquidación, pero no las pruebas. El acta evidencia el recibido de la obra y pudo ser prefabricada a los intereses de la demandante.

Frente a la anterior sustentación la parte no recurrente sostuvo que el segundo reparo no debe ser objeto de pronunciamiento porque solo se introdujo en escrito presentado con posterioridad a la audiencia donde se profirió sentencia, esto es, de manera extemporánea. Por ello sólo replica los dos reparos restantes de la siguiente manera:

1. Sobre la naturaleza del contrato, indica que la prueba documental (facturas, recibos de consignación, recibos de remisiones de despacho) demuestra la existencia de la relación de compraventa con sus elementos esenciales (cosa y precio). El reparo se basa en el uso de una expresión lingüística asociada a la entrega de cosas compradas de manera reiterada, de la cual no se puede hacer una interpretación caprichosa ni cambiar el derecho como viene formulado. Agregó que al fijarse el litigio se estableció la existencia del negocio jurídico de compraventa, sin objeción, por lo que sobre él no puede haber debate probatorio.

2. Frente al tema de los perjuicios, indicó que su valor fue estimado bajo juramento frente al cual no prosperó objeción alguna ni se aportaron pruebas para controvertirlo, y se soportó además en el formato acta de pago a contratista, documento idóneo conforme a la costumbre en construcción de obra civil.

CONSIDERACIONES

1. Esta Sala es competente para pronunciarse sobre la apelación propuesta contra la sentencia de primera instancia, y a ello se procede al encontrarse reunidos los presupuestos procesales para proferir decisión de fondo y no otearse alguna irregularidad que genere la nulidad de lo actuado.

A ello se procede de conformidad a lo previsto en el artículo 328 del C. G. del P., ciñendo la competencia de la Sala a los reparos planteados por la parte apelante.

Se precisa de una vez que todos los argumentos de la sustentación guardan relación con los reparos concretos en la forma como fueron planteados por escrito el 23 de abril de 2019, memorial presentado de manera oportuna de cara al contenido del inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 de la misma obra, si se atiende que la sentencia se profirió el viernes 12 de abril de 2019, y del 13 al 21 de abril de 2019 no corrieron términos por vacancia judicial de semana santa.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

2. Sobre la naturaleza jurídica del convenio ajustado por las partes, base de la responsabilidad reclamada.

Como base fundamental para que prospere la acción de responsabilidad civil contractual es necesario demostrar la fuente de esta, es decir, la existencia de aquel negocio jurídico que obliga a las partes para que, con posterioridad, se pueda demostrar su inexecución, ejecución imperfecta o tardía.

En el caso concreto la demanda planteó la existencia de **múltiples contratos de compraventa** donde la demandada se obligó a entregar a la demandante, concreto de tipo 280 kg/cm² (4000PSI), contratos celebrados entre los días 4 abril de 2015 y 25 de junio de la misma anualidad sin novedad, y para los días 26 de junio de 2015 a 26 agosto de ese mismo año.

Cuando la parte demandada atendió el traslado de la demanda admitió como cierto el hecho cuarto y parcialmente cierto el hecho quinto del libelo, es decir, aceptó la existencia de los diferentes contratos de compraventa en la forma como se expuso el hecho, y la calificación jurídica que se dio al negocio. Ninguna glosa se hizo sobre el punto, y de las excepciones de mérito propuestas ninguna tuvo por objeto controvertir la naturaleza del contrato celebrado entre las partes o el régimen jurídico que les era aplicable.

Consecuente con lo anterior, cuando se evacuó el interrogatorio de parte al señor CAMILO MANTILLA DUEÑAS en su calidad de representante legal de la sociedad demandada, al preguntarle el juzgado sobre el vínculo contractual sostenido entre las dos sociedades aquel manifestó que era la compraventa de concreto, similar sentido en el que se pronunció el representante legal de la parte actora.

Junto a las anteriores confesiones (Art. 191 y 193 del C. G. del P.) se tiene que cuando en el proceso se surtió la etapa de fijación del litigio ambas partes le manifestaron a la *a quo* que aceptaban la existencia del contrato de compraventa de concreto con las características aludidas en el *petitum*, hecho que quedó fijado como tal, al soportarse además en la abundante prueba documental que se aportó con el libelo.

Lo anterior sería suficiente para despachar en forma desfavorable el reparo en estudio y atender, además, un caro principio que debe ser observado por todos los intervinientes dentro del proceso judicial desde su inicio hasta su finalización, cual es el de la lealtad procesal, y así evitar que un aspecto pacífico para la defensa resulte ser, luego de conocerse la sentencia de primera instancia adversa a sus aspiraciones, bastión suficiente para modificar lo decidido.

No puede pensarse que la parte accionada tan solo descubrió que no había contrato de compraventa sino suministro luego de escuchar las declaraciones de las partes y de los testigos dentro de la audiencia de instrucción y juzgamiento, pues más allá de que ellas hayan empleado expresiones como "suministro de concreto", lo cierto es que tal exposición fue hecha desde la misma demanda y en su momento ningún reparo mereció.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

Ahora bien, se agrega en todo caso que conforme al artículo 968 del C. de Cio., el suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios. Un negocio de esa naturaleza “*prevé el mantenimiento de relaciones extendidas en el tiempo*”, pues dentro de sus notas características está “... la duración y la previsión futura, dado que, como lo expone el profesor Joaquín Garrigues, «*la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumpla su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo: la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada*»³⁴ (se subraya).

Nótese entonces que el *suministro* no se estructura porque las partes o los testigos en sus intervenciones utilicen esa expresión, o por la mera celebración continua de contratos de compraventa como parece entenderlo la apelante. El suministro requiere que el suministrador o proveedor adquiriera la obligación de garantizar por determinado tiempo la continuidad en la entrega de bienes o servicios, aspecto sobre el cual nada dice la apelante, ni las pruebas que obran en el expediente. Al contrario, el testigo FABIO BLANCO VARGAS, quien dijo ser socio de la demandada, sostuvo que la entrega del concreto dependía de la llamada que hacía la demandante indicando las especificaciones requeridas, pedidos que se hacían en la medida que lo necesitaban sin “... haber algo predeterminado, solamente se hacía la solicitud en el momento”.

En suma, no luce desacertado que acogiendo la postura procesal inicial de las partes la sentencia de primera instancia haya realizado el examen de la responsabilidad demandada de cara a los contratos de compraventa que se denunciaron como incumplidos, por lo que este reparo no tiene acogida.

3. Sobre la prueba de la falla del concreto y, en especial, que el concreto sobre el cual se hicieron los ensayos, era de la demandada.

3.1 En su escrito de reparos la apelante criticó la valoración probatoria de la sentencia apelada de acuerdo con los elementos aportados, al señalar que los testigos no fueron idóneos al existir intereses entre sí. Se agregó frente a los estudios técnicos aportados, que si aquellos hubiesen sido revisados por un profesional idóneo se habría demostrado que los resultados obtenidos eran imposibles. Al momento de sustentar la alzada se insistió en que había otra concretera sobre la cual también se tomaron muestras, y que las pruebas no permiten determinar que efectivamente el concreto que falló fue el de la apelante.

Si bien es cierto el testigo ÁLVARO ENRIQUE ESCOBAR MONTALVO arguyó que era accionista de la sociedad **E&E INGENIEROS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, así como también el testigo EFRAÍN FERNANDO AMIN BAJAIRE manifestó a la *a quo* ser el representante legal de CONSTRUCTORA EMMA LTDA y socio de la concesión “Ruta Caribe” – Autopistas del sol; y que, además, se encuentra corroborado que todas estas

³ GARRIGUES, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Revista de Derecho Mercantil. Madrid 1963. Pág. 414.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4902-2019 del trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

sociedades o personas jurídicas fueron partícipes del contrato de obra No. 021 de 2015 y el subcontrato 002-03 los cuales tenían como objeto la construcción de determinadas obras ubicadas en el municipio de Turbacos, lo cierto es que tales condiciones *per se* no generan una falta de imparcialidad de los testigos cuando sus dichos, confrontados en términos generales con las demás pruebas practicadas en el proceso, permiten casi que encontrar unanimidad frente al objeto a probar.

Téngase en cuenta además que la parte demandada no tachó de sospecha los testimonios de estas personas aludiendo así cualquiera de las circunstancias que se consagran en el artículo 211 del C. G. del P., sin que se encuentre en esta instancia razón alguna valedera para desestimar la credibilidad e imparcialidad de estas pruebas.

3.2 Ahora bien. Parece claro de acuerdo con las versiones de los testigos, la forma cómo ocurrieron los hechos relacionados con la toma de muestras para los ensayos realizados por la Concesionaria AUTOPISTAS DEL SOL S.A., la práctica de los ensayos posteriores, y que las pruebas efectivamente se realizaron sobre obras civiles construidas con el concreto entregado por la sociedad demandada.

En efecto, es pacífico que los primeros ensayos se realizaron en el laboratorio de AUTOPISTAS DEL SOL S.A., a donde al decir del encargado los cilindros llegaban del terreno debidamente rotulados, y él alimentaba la información en las planillas donde figuran los resultados de las pruebas, aportados por ambas partes al expediente. Agregó este testigo que las muestras se tomaban directamente desde el camión mixer, en lo que coincidió con la declaración del Ingeniero residente de la concesión⁷ quien informó que era quien tenía a cargo recibir cada camión mixer que llegaba, por lo que puede afirmar que las obras que debieron reconstruirse o reforzarse fueron realizadas con el concreto de **BETON**. Explicó este testigo que al momento de descargar cada mixer el auxiliar del laboratorio toma una carretilla de concreto y llena las muestras, se toman seis muestras de cada mixer y se llevan al laboratorio marcadas con la fecha de fundido, qué elemento se fundió, la planta que despachó y la resistencia que debe dar. Además, se llena un formato y el inspector deja constancia de cada concretera que suministra el concreto y en el laboratorio el encargado llena el formato.

En sentido similar el Ingeniero Cornelio Manuel Ugardiza Diaz, director de proyectos de la constructora EMMA, señaló que aun cuando los pilotes se construyeran con material de distintas empresas, cada pilote tiene referenciada su concretera, mientras que el representante legal de esa misma compañía, que se recuerda era la contratante dentro del subcontrato No. 002-03 el día 20 de abril de 2015 (sociedad CONSTRUCTORA EMMA LTDA y **E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.**), es decir, quien debía recibir las obras a la acá demandante y entregarlas a la concesión AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S., señaló que las muestras analizadas por el laboratorio de la concesión eran tomadas en el sitio tan pronto llegaba el camión mixer con el concreto, por lo que es claro su origen.

5 Folio 103 a 116 del cuaderno número 1.
6 Jaider Martínez Pérez (Laboratorista de la concesión)
7 Elkin Mejía Rodríguez (ingeniero residente)

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

Ante esa información recaudada válidamente en el proceso, debe concluirse que tienen fuerza de convicción los registros de muestras de concreto elaborados por los encargados del laboratorio de la concesión Autopistas del Sol S.A., quienes fueron los primeros en tomar muestras y en detectar las fallas del concreto, con clara identificación del origen de las muestras tomadas, su fecha de fundición, la planta encargada de la entrega del concreto y los tramos u obras que se realizaron con ese mismo material.

De lo anterior se sigue que no le bastaba a la demandada para desvirtuar esa información poner de presente que existieron otras concreteras, sino que por el contrario su esfuerzo probatorio debió dirigirse a desvirtuar el contenido de las declaraciones citadas y de las actas diligenciadas en el laboratorio con base en la información de los rótulos de las cilindros de prueba, demostrando que los viajes de concreto que entregó a la demandante no fueron descargados en las zonas específicas que se señalaron en la demanda, sino en otras diferentes.

Además, se observa que la ingeniera Mayra Alejandra Marín Bello, empleada de la demandada como Coordinadora de Calidad, indicó que se hizo un acompañamiento en todas las pruebas que se realizaron hasta último momento, afirmación en la que coincide con el Ingeniero Residente Elkin Mejía Rodríguez en cuanto afirmó que ella estuvo en todos los ensayos de CONTECON, desde la extracción de los núcleos, sin que se evidencie del material probatorio que en esas oportunidades se haya dudado del origen de las muestras como ahora se hace.

En consecuencia y contrario a lo que sostiene el recurrente, sí encuentra probado la Sala en el expediente que el concreto sobre el que se hicieron los ensayos fue el entregado por la demandada, origen claro desde las primeras muestras. Los restantes estudios se hicieron con fundamento en esa información inicial suministrada por la concesión, sin que pueda desatenderse esa situación por el simple hecho de haber existido otras concreteras en la obra o porque no exista un documento firmado por BSV BETON o algún funcionario idóneo, que indique o acepte dónde se descargó el contenido de concreto de cada mixer, como su apoderada lo sugirió al interrogar a los declarantes.

3.3 Sobre la afirmación que sostiene que si los estudios técnicos aportados por la demandante hubieran sido revisados por un profesional idóneo se habría demostrado que los resultados obtenidos eran imposibles, lo cierto es que la demandada los conoció desde antes del inicio del proceso, y tuvo la oportunidad de aportar prueba técnica al contestar la demanda, o anunciar su aporte y solicitar término para ello, pero no lo hizo.

Luego, no se pueden criticar tales estudios técnicos de cara a pruebas técnicas que no existen en el expediente.

3.4 Como quiera que ni en los reparos ni en la sustentación la apelante insistió en las falencias que identificó frente a las pruebas elaboradas por EDUARDO LLINAS COGOLLO INGENIERIA S.A.S. (Ensayo no destructivo de resistencia a compresión del concreto por medio de esclerómetros⁸ y Resistencia a la compresión de muestras

⁸ No haberse acreditado la calibración del esclerómetro.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
 Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
 Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
 Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

cilíndricas núcleos de concreto - ASTM C42⁹) y LABORATORIOS CONTECON URBAR S.A.S. (Resistencia a la compresión de núcleos extraídos¹⁰), se entiende la Sala eximida de su análisis de conformidad a lo establecido en los artículos 321 y 328 del C. G. del P.

3.5. En suma, este segundo reparo tampoco tiene acogida en esta instancia.

4. La estimación de los perjuicios.

Resta por pronunciarse sobre el monto de los perjuicios establecidos en la sentencia apelada, frente a lo cual se sostiene por la demandada que no se acreditaron y que se hizo una fijación arbitraria.

Para resolver el tema se parte por resaltar que, en la demanda a título de reparación se solicitó la suma de \$598.644.977 debidamente indexados, valor que la demandante justificó bajo juramento estimatorio, de la siguiente manera:

Box K89+890 (reconstrucción)	\$ 42.001.400,00
Box K89+780 (reconstrucción)	\$ 45.068.100,00
Muro K89+890 (reconstrucción)	\$ 153.593.293,00
Pilotes K90+500 (obras de mitigación)	\$ 348.702.184,00
Estudio estructural	\$ 9.280.000,00
Total	\$ 598.644.977,00

Cada uno de los anteriores rubros se discriminó así:

Box K89+890 (reconstrucción)	\$ 42.001.400,00
Formato acta de pago contratista	Folio 353
Fecha	20/10/2016
Box K89+780 (reconstrucción)	\$ 45.068.100,00
Formato acta de pago contratista	Folio 352
Fecha	20/10/2016
Muro K89+890 K90+000 (reconstrucción)	\$ 153.593.293,00
Formato acta de pago contratista	Folio 351
Fecha	20/10/2016
Pilotes K90+500 (obras de mitigación)	\$ 348.702.184,00
Formato acta de pago contratista	Folio 350
Fecha	20/10/2016

Cada formato acta de pago contratista indica los servicios y materiales usados, la cantidad, el valor unitario y valor total. Su valor unitario, se indicó, podía consultarse en la página web del INVIAS, y responde al valor pactado en los contratos por parte de la concesión.

⁹ Transporte inadecuado de los núcleos.

¹⁰ Error en la programación de la máquina reconocido en oficio de fecha 8 de octubre de 2015, folio 289, que solo afectó a 18 de los 69 núcleos de la última prueba pero que, se afirmó, no afectaba el resultado final.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

A lo anterior se agregó certificación del representante legal de CONSTRUCTORA EMMA LTDA que señala que fue la acá demandante quien realizó las obras de demolición y posterior reconstrucción, así como las obras de mitigación, trabajos que finalmente fueron recibidas por el concesionario Autopista del sol (folio 349).

Pues bien, llama la atención a la Sala que, al replicar el escrito de excepciones en lo relacionado con la estimación de los perjuicios, el apoderado de la parte demandante indicó que para el caso concreto hubo necesidad de demoler y reconstruir obras, *“... por lo que para la estimación de su reconstrucción basta con acudir a los valores unitarios estipulados para establecer el costo de la misma. Cabe destacar que los valores de demolición y reconstrucción fueron avalados por CONSTRUCTORA EMMA los cuales ya se fueron cancelados a mi poderdante” - se subraya -* (folio 465).

Lo anterior a voces del artículo 193 del C. G. del P., podría constituir una confesión por apoderado judicial donde se admite que el valor que acá se reclama como perjuicio ocasionado por la parte demandada (lo que invirtió la demandante en demolición y reconstrucción de obras, y en trabajos de mitigación donde no fue posible demoler), ya le fue pagado a la demandante por la CONSTRUCTORA EMMA. Sin embargo, puesto en contexto con los demás medios de prueba que obran en el expediente, analizados en forma individual y en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica y la experiencia, lo que indica es que las obras inicialmente contratadas, una vez realizadas las adecuaciones pertinentes, fueron recibidas por la concesionaria quien, en tal virtud, reanudó los pagos a CONSTRUCTORA EMMA, entidad que a su vez pudo continuar los pagos a su subcontratista acá demandante, concluyendo entonces la solución de las obras inicialmente incluidas en el contrato, pero no las que tuvieron por objeto la demolición, reconstrucción y mitigación a que se refiere la demanda y que son objeto de reclamación.

En similar dirección apunta la declaración del representante legal de la citada CONSTRUCTORA EMMA, quien tras señalar que luego de identificarse las fallas en el concretó la concesión retuvo unos pagos, y a su vez la CONSTRUCTORA EMMA hizo lo propio con la acá demandante, pero una vez hecha la reconstrucción EMMA liberó los recursos para el pago.

Además, de las declaraciones de CORNELIO MANUEL UGARDIZA DIAZ (director de proyectos de constructora EMMA) y ÁLVARO ENRIQUE ESCOBAR MONTALVO (socio de la demandante, residente y encargado de hacer los pedidos), se extrae que los gastos (cuantificados en el valor pretendido en la demanda) fueron asumidos por la sociedad demandante, a través de ÁLVARO ESCOBAR que era el otro socio, padre de testigo y además representante legal. Si bien se indica que una parte fue suministrada por EMMA, tal operación se explica de la siguiente manera: ARGOS fue la concretera que se utilizó en los trabajos de reconstrucción, y en forma de ayuda la constructora EMMA diligenció un crédito con ellos para la entrega del concreto, valor que finalmente le fue descontado a **E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.** al momento de hacer el pago total del acta.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

Se concluye entonces que los dineros que se reclaman fueron asumidos por la demandante, y de allí la justificación de reclamar su devolución a través de esta acción judicial.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la prueba de la existencia del perjuicio y su monto se tiene lo siguiente.

Al pronunciarse sobre los hechos de la demanda, la accionada no negó ni controvertió la existencia de la demolición y necesaria reconstrucción y trabajos de mitigación descritos en el libelo, y en las actas adosadas como prueba. Frente a tales hechos solo señaló que se trató de una decisión de la demandante que, según como aparece probado, en últimas fue exigencia de la concesión vial para recibir la construcción.

Como excepción planteó la defensa que en la demanda se desconocía el tope indemnizatorio máximo fijado por la jurisprudencia para la fijación de estos perjuicios, por lo que no era viable su reconocimiento so pena de atentar contra los principios de igualdad y proporcionalidad. Con todo, no sustentó tal afirmación.

Es claro que tratándose de indemnización de perjuicios su monto debe responder al principio de reparación integral, sin que pueda sostenerse que para el caso de daños como los acá reclamados exista algún baremo fijado por la jurisprudencia que deba ser atendido. La medida de la reparación la dará en cada caso concreto la prueba del daño que aparezca acreditado en el expediente.

Los perjuicios los acreditó la demandante no solo con el juramento estimatorio, frente al cual se advierte que no fue objetado en debida forma porque la aspiración que en ese sentido se introdujo por la demandada fue rechazada por la falladora de primera instancia, decisión que no mereció reproche alguno. Además de ese medio de prueba, que hace fe del monto del perjuicio, se aportaron unas actas de obra denominadas pago a contratista, que fueron ampliamente explicadas en el desarrollo del debate probatorio tanto sobre su contenido como el origen de los precios allí señalados.

Así, por ejemplo, HUGO KERGUELEN GARCÍA, representante legal de la concesión que participó como testigo en primera instancia, explicó cómo tocó en unos casos demoler la obra y volverla a hacer, y en otros casos donde ello no fue posible, por los tiempos de la obra que hacían apremiante el cumplimiento, se debió rediseñar nuevamente la construcción, como ocurrió con el muro que estaba en una resistencia de 2000psi al que tocó hacerle un refuerzo con muro de “*tierra armada*” para que se pudiera cumplir sin ningún riesgo todo el desarrollo vial.

Tanto la demolición, reconstrucción y uso de tierra armada a que se refiere el testigo, aparecen relacionadas en las actas aportadas como medio de prueba.

Sobre los trabajos de tierra armada también declaró el ingeniero UGARDIZA DIAZ, quien explicó que fue una solución al problema para lograr contener una tierra en el talud y minimizar el costo de las reparaciones, labor que se hizo “*para lograr contener el muro*”.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

Ese mismo testigo, director de proyectos de la constructora EMMA y quien aparece suscribiendo las actas bajo examen, explicó que ellas son formatos que se usan en la obra para las cantidades que se ejecutan mes a mes, cantidades que salen de las medidas del residente de campo, y los precios son los “...preestablecidos en el contrato, que es el precio que se le paga directamente a E&E, solamente lo que se llenan son cantidades”.

ALVARO ENRIQUE ESCOBAR MONTALVO sobre este punto señaló que los \$598.000.000 aproximadamente que se discrimina en las actas obedecen no solo al concreto usado, sino que incluye el acero, la mano de obra, las herramientas mayores y menores, el pago de los trabajadores.

Es claro entonces para la Sala que los perjuicios reclamados en la demanda tienen su origen en forma directa en el cumplimiento defectuoso de los contratos base del proceso, y se traducen en los dineros que tuvo que invertir la demandante para demoler las obras civiles afectadas por la calidad del concreto y volverlas a construir, así como hacer obras de mitigación a los pilotes que no se demolieron. La realización de esas obras brota de las declaraciones de los testigos referidos, y aparece resumida en las actas de pago a contratista, por lo que no puede admitirse la afirmación en el sentido de que no existe prueba del perjuicio reclamado.

Sobre su monto o cuantía, como ya se anunció, obra con todo su valor el juramento estimatorio establecido en la demanda, que no fue desvirtuado por la defensa.

De su contenido no puede concluirse, además, que sea notoriamente injusto o ilegal, ni obran razones para sospechar que exista fraude o colusión o cualquier otra situación similar. Por el contrario, evidencia la Sala que en general se utilizaron 217.81 m³ de concreto y 19.008,86 Kg de acero de refuerzo, valores que no parecen desbordar los que inicialmente aparecen en el presupuesto de obra en los contratos marco dentro del cual se dio la compra de concreto.

Además, el contrato de obra a todo riesgo celebrado entre AUTOPISTA DEL SOL S.A. y CONSTRUCTORA EMMA LTDA., fue bajo la modalidad de precio global a todo costo (cláusula segunda y quinta). Bajo esta modalidad, “...el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales (...) en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra”¹¹. Esta remuneración comprende, por tanto, todos los costos de materiales y trabajos para la ejecución de aquella y la utilidad del contratista¹², que aparece en el rubro AIU (administración, imprevistos y utilidad).

11 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA, SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

12 “El contrato pactado a precio alzado o a precio global fijo supone que las partes tienen perfectamente determinadas las cantidades de obra a ejecutar y, por lo mismo, el precio del contrato también se halla totalmente determinado, de modo que éste (el precio) está constituido por una suma global fija que abarca no sólo los costos totales del proyecto técnico (materiales, mano de obra, equipos, etc.) sino también las utilidades o remuneración del constructor y los costos indirectos (A.I.U.). Este sistema se utiliza, por lo general, en obras que no demandan gran complejidad, donde se hace posible realizar un estudio ponderado, completo y preciso de lo que se pretende ejecutar”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A”. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación 760012331000199603577-01.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

El subcontrato 002-03 al contrato 021-2015 celebrado entre EMMA LTDA y **E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.**, en materia de valor del contrato se refiere al precio unitario consignado en la propuesta presentada por el subcontratista, y de acuerdo con el anexo 1 corresponde a los precios señalados inicialmente por la concesionaria.

Así, por ejemplo, en tema de valor del concreto usado, si bien se evidencia que en las facturas de venta de la demandada a la demandante el valor del metro cúbico de concreto ascendía a \$310.334 + IVA (concreto PSI-4000 ¾ NORMAL), se entiende que en las actas de obra tal unidad se coloque a \$880.000 el metro cúbico, porque ese valor incluye todos los costos directos e indirectos de la ejecución de la construcción, como la mano de obra y el uso de equipos, sin incluir la utilidad o remuneración que pretendía lograr el contratista.

En suma, el perjuicio reclamado sí fue probado tanto en su existencia como en su monto o cuantía, sin que ésta, establecida por la vía del juramento estimatorio, aparezca desvirtuada por la parte demandada, luzca notoriamente injusta o ilegal o se aprecien razones para sospechar una colusión o fraude.

Solamente se modificará la condena impuesta en primera instancia para descontar el valor reconocido por concepto de cálculos estructurales, por la siguiente razón:

La prueba de la realización de esos estudios estructurales obra a folio 355, donde reposa factura 201 de fecha 20 de junio de 2016 expedida por PAYE INGENIERIA S.A.S., por servicio de revisión estructural del muro de contención sector la isabelita del 1 al 5, y revisión estructural del muro de contención sector la montaña del 7 al 12, por un valor total de \$9.280.000. Con todo, advierte la Sala que el documento no aparece con constancia de pago, y además quien figura como cliente NO es la acá demandante, sino la sociedad CONSTRUCTORA EMMA LTDA., que no es quien acá demanda.

En suma, no se trata de un perjuicio personal de la demandante, luego debe ser excluido de los daños reconocidos en la sentencia apelada.

5. Deviene de lo expuesto que la sentencia apelada será modificada para señalar que el valor de la condena asciende a \$589.364.977=. En lo demás la sentencia será confirmada.

La condena en costas en esta instancia correrá por cuenta de la sociedad demandada en un 90%, ante la prosperidad parcial de la alzada. Como agencias en derecho de segunda instancia se incluirá el valor equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA SALA CIVIL – FAMILIA-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferida el **12 de abril de 2019** por el **Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad**, numeral que quedará de la siguiente manera:

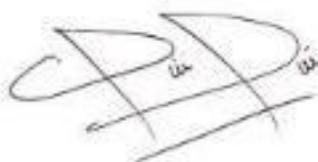
“**TERCERO: CONDENAR** a la demandada al pago de la suma de **QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$589.364.977)**, por concepto de daño emergente”.

En lo demás, se **CONFIRMA** la sentencia materia de apelación.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la sociedad demandada en un 90%, por lo anotado. Como agencias en derecho de segunda instancia se señala el valor equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: En firme la decisión remítase la actuación al Juez de primera instancia para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS
Magistrado Sustanciador¹³



MARCOS ROMAN GUIO FONSECA
Magistrado



JOHN FREDDY SAZA PINEDA
Magistrado

Firmado Por:

¹³ La firma electrónica del Magistrado Sustanciador, contenida en este documento, puede ser validada en el link <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica/validarDocumento>. La firma de los restantes Magistrados de la Sala se incluye escaneada, en los términos y para los efectos previstos en el artículo 11 del Decreto 491 de 20 de marzo de 2020. Igualmente, el contenido de esta providencia y el estado en el cual aparece notificada, pueden ser consultados en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunalsuperior-de-cartagena-sala-civil>.

Proceso: VERBAL / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante (s): E&E INGENIEROS Y ARQUITECTOS S.A.S.
Demandado(s): BSV BETON S.A.S.
Rad. No.: 13001-31-03-003-2017-00216-02

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA CIUDAD
DE CARTAGENA-BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7d2c03fb37ccb3af62ca1354808ae0fbedd1017caaa9d5800023aecc57cb4c18

Documento generado en 02/09/2020 06:01:04 a.m.