

Laudo Arbitral

Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.

v.

Banco de la República

Julio 31 de 2003

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el Laudo que resuelve las diferencias planteadas entre Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. (en adelante el contratista) y el Banco de la República (en adelante el banco), el cual se pronuncia en derecho y que es proferido por el árbitro único elegido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes

1. La sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., a través de su apoderado especial, solicitó la convocatoria de este Tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y demandó el 27 de septiembre de 2001 al Banco de la República, con fundamento en la cláusula décima sexta del contrato de obra N° 05119700, suscrito el 21 de noviembre de 1997, que consagra la cláusula compromisoria, que a la letra dice:

“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un árbitro designado por la Cámara de Comercio de Santa Fe (sic) de Bogotá, D.C. que se sujetará a lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989, modificado por la Ley 23 de 1991 de acuerdo con las siguientes reglas: a) La organización interna del arbitramento se regirá por las normas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Santa Fe (sic) de Bogotá, D.C.; b) El laudo será en derecho; c) El árbitro tendrá su sede en Santa Fe (sic) de Bogotá, D.C. en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad”.

2. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia del 9 de octubre de 2002, inadmitió la demanda por considerar que existía una indebida acumulación de pretensiones; porque se dijo que se demandaba a Banco de la República S.A., en tanto que el contrato fue suscrito por Banco de la República; y porque en el hecho 1° de la demanda se señaló como fecha del contrato el 21 de noviembre de 1977, cuando en realidad el contrato que se acompañó a la demanda es del 21 de noviembre de 1997. Los defectos anotados fueron subsanados por la convocante mediante escrito radicado el 19 de octubre de 2001 y, por lo tanto, el Centro de Arbitraje, admitió la solicitud de convocatoria por providencia del 23 de noviembre de 2001 y corrió traslado a la parte demandada. El Banco de la República, contestó la demanda el 21 de enero de 2002, propuso excepciones de mérito y presentó demanda de reconvenición.

3. Mediante providencia del 8 de febrero de 2002, el Centro admitió la demanda de reconvenición formulada por el Banco de la República y corrió traslado a la parte reconvenida. La sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., contestó la demanda de reconvenición el día 26 de febrero de 2002, proponiendo excepciones de mérito. Por su parte, el Banco de la República, mediante escrito radicado el 5 de marzo de 2002 radicó un memorial por medio del cual se pronunció sobre las excepciones de mérito propuestas por la sociedad reconvenida.

4. El 16 de abril de 2002, previa citación, se dio inicio a la audiencia de conciliación, ante el doctor Alfredo Revelo Trujillo, conciliador designado por el Centro de Arbitraje; a petición de las partes, se decretó la suspensión de tal audiencia la cual fue reanudada el 20 de mayo siguiente, fecha en la cual se decretó una nueva suspensión y, finalmente, el 4 de junio siguiente, se declaró fallida por la clara imposibilidad de llegar a un acuerdo y, en consecuencia, se dispuso continuar el trámite arbitral.

5. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo realizado el día 11 de junio de 2002, designó como árbitro al doctor Carlos Darío Camargo De La Hoz, quien expresó su aceptación

por escrito remitido el 14 de junio de 2002.

6. Mediante escrito de fecha 2 de julio de 2002, el Banco de la República reformó la demanda de reconvencción añadiendo algunas pretensiones subsidiarias. Dicha reforma fue admitida por el Centro de Arbitraje, mediante providencia del 3 de julio de 2002.

7. La sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., dio respuesta a la demanda de reconvencción mediante escrito radicado el 9 de julio de 2002 en el cual propuso una nueva excepción de merito, respecto de la cual se pronunció el Banco de la República mediante escrito de fecha 18 de julio de 2002.

8. El 19 de julio de 2002, la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda. reformó la demanda principal en cuanto reformó la pretensión segunda, adicionó el hecho décimo cuarto y reformó la cuantía de la demanda. La reforma fue admitida por el Centro de Arbitraje, mediante providencia del 22 de julio de 2002.

9. El Banco de la República dio respuesta a la reforma de la demanda de reconvencción mediante escrito radicado el 31 de julio de 2002.

10. El Tribunal de Arbitramento se instaló el 22 de agosto de 2002; (Acta N° 1) fue designado como secretario el doctor Rodrigo Arteaga de Brigard, quien estando presente manifestó su aceptación. El tribunal fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sede Norte, situada en la Calle 72 N° 7-82 piso 8 y como sede de la secretaría la oficina del doctor Rodrigo Arteaga de Brigard ubicada en la carrera 15 N° 75-24 de Bogotá.

11. Durante la audiencia de instalación el árbitro fijó las sumas de honorarios de los miembros del tribunal, de acuerdo con el reglamento del centro, así como la partida de gastos de funcionamiento y administración y de protocolización registro y otros. El Banco de la República, en la oportunidad legal, consignó lo que a ella correspondía y, posteriormente, y teniendo en cuenta que la parte convocante no sufragó la parte correspondiente, el Banco de la República completó el pago.

12. Depositados a órdenes del tribunal, los honorarios y gastos, mediante auto del 17 de septiembre de 2002, se convocó a las partes para la primera audiencia de trámite.

13. El 3 de octubre de 2002, se dio inicio a la primera audiencia de trámite, que consta en el Acta N° 2 del proceso. En dicha audiencia se reconoció personería al apoderado sustituto de la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda. (auto N° 3); se leyó la cláusula compromisoria contenida en la cláusula décima sexta del contrato de obra 05119700, y las pretensiones planteadas por las partes en sus respectivas demandas y reformas; a continuación el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las partes a su decisión (auto N° 4). El apoderado de la parte convocante solicitó adicionar la providencia en cuanto, según lo dicho por él, se deben examinar no solo las pretensiones de las partes sino las excepciones propuestas por ellas; tal petición fue negada por el tribunal mediante auto N° 5, razón por la cual el mismo apoderado solicitó al tribunal reponer lo resuelto, no obstante lo cual, el tribunal reafirmó lo resuelto mediante auto N° 6. Investido de competencia, el tribunal decretó las pruebas oportunamente pedidas por los apoderados de las partes y las que de oficio estimó conducentes y señaló fechas para la práctica de las mismas (auto N° 7). El apoderado de la parte convocada solicitó adicionar la providencia por no haberse decretado algunas pruebas solicitadas por él; el apoderado de la convocante presentó recurso de reposición contra tal providencia y dejó algunas constancias, corrido el traslado del recurso a la parte convocada el tribunal decretó la suspensión de la audiencia.

14. El día 7 de noviembre de 2002 el tribunal reanudó la primera audiencia de trámite (Acta N° 3) resolviendo la solicitud de adición y el recurso de reposición interpuestos y en virtud de ello, mediante auto N° 8 se adicionó el auto de pruebas y se reformó en cuanto a las fechas para la práctica de algunas de las pruebas. En seguida el tribunal resolvió, en forma negativa, la solicitud de corrección de errores aritméticos formulada por la parte convocante, con relación al auto N° 1 del tribunal, mediante el cual se decretaron los honorarios de los miembros del tribunal y gastos de administración y de protocolización registro y otros (auto N° 9), finalmente, en esta audiencia se ordenó expedir una certificación sobre el pago de los honorarios del árbitro y el secretario y de los gastos de administración y de protocolización registro y otros, hecho por el Banco de la República, por cuenta de

Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., de acuerdo con lo solicitado por el Banco de la República (auto N° 10).

15. El tribunal practicó las pruebas decretadas durante las siguientes 17 audiencias (Actas 4 a 20). Agotada la instrucción en la última audiencia (Acta N° 21), el tribunal oyó a las partes en sus alegaciones finales.

16. El término del proceso arbitral, empezó a contarse una vez surtida la primera audiencia de trámite, esto es el 7 de noviembre de 2002, por lo cual el término arbitral vencía el 7 de mayo de 2003. No obstante, los representantes legales de las partes, en sendos escritos, solicitaron la ampliación del término del tribunal en 4 meses, contados a partir de la fecha de terminación del término inicial, por lo cual el término del proceso arbitral vence el próximo 7 de septiembre de 2003.

17. El tribunal encuentra cumplidos los presupuestos procesales y no advierte causal alguna de nulidad, por lo cual procede a dictar el fallo en derecho, previo el estudio de las pretensiones de las partes.

CAPÍTULO SEGUNDO

Demandas y sus respuestas

A. Las pretensiones de la demanda principal

La parte convocante, Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., en su escrito de demanda (fls. 1 a 25 del cdno. ppal.) solicitó se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

“**PRIMERA.** Declarar que el Banco de la República, en su calidad de contratante, incumplió sus obligaciones contractuales y es responsable de los perjuicios que le ha ocasionado a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.”.

“**SEGUNDA.** Como consecuencia de lo anterior, condenar al Banco de la República a pagarle a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., una suma no inferior a diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000) m/cte., por concepto de perjuicios, que incluye el daño material y el lucro cesante, como también los daños morales”.

“**TERCERA.** Condenar al Banco de la República, a pagar el reajuste de ítems de la obra contratada por el cambio o postergación de la misma, por su culpa, para el año subsiguiente, más el pago de los intereses de mora comerciales a la tasa más alta del mercado, discurridos desde el 30 de agosto de 2000 hasta que se efectúe su pago total, todo ello junto con la indexación monetaria previamente calculada”.

“**CUARTA.** Condenar al Banco de la República, al pago de las costas y gastos del proceso, incluyéndose las agencias en derecho que estimo en el 20% de la suma total demandada”.

Además, al reformar la demanda (fls. 188 a 190 del cdno. ppal.) reformó la pretensión segunda que en consecuencia quedó así:

“**SEGUNDA.** Condenar al Banco de la República a pagarle a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., una suma no inferior a un mil seiscientos cuarentidos millones quinientos siete mil doscientos veintinueve pesos (\$1.642.507.229) m./ cte., por concepto de perjuicios, en la modalidad de daño emergente, sin tener en cuenta allí el lucro cesante que será calculado pericialmente y los daños morales que sabrán estimar los señores árbitros”.

B. Los hechos de la demanda principal

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones del convocante, de acuerdo con la demanda, son los siguientes:

1. “Con fecha 21 de noviembre de 1977, (léase 1997 según lo expresado por el apoderado de la convocante al subsanar la demanda, anota el tribunal) mi mandante, la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., como contratista, celebró con el Banco de la República, como contratante, el contrato de obra N° 05119700, para los trabajos generales de adecuación y ampliación del edificio de la sucursal de dicho banco, ubicado en la ciudad de Cartagena”.

2. “En el mencionado contrato se estipuló, que las cantidades de obra contratadas y sus correspondientes precios fijos unitarios, para determinar el valor de la obra, eran los relacionados en la propuesta del contratista de septiembre 9 de 1997 y sus anexos, cuyo precio total definitivo sería la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutada por el precio fijo unitario; resultando un valor total o precio final de la obra por la suma de tres mil setecientos setenta y un millones seiscientos veinte (\$3.771.690.620,00) pesos m./cte., más los impuestos a que hubiera lugar”.
3. “El banco pagaría a mi cliente, Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., por intermedio de la sucursal de Cartagena, así: a) El 50% a título de anticipo, del valor total estimado de los trabajos, sin incluir los impuestos; y b) El 50% restante, de acuerdo con el rendimiento de los trabajos, previa suscripción de cada acta de entrega parcial de obra, a cuyo abono se haría una retención en garantía, equivalente al diez por ciento (10%) del respectivo pago de entrega parcial de obra *“más una amortización del anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la buena cuenta”*, que entregaría el banco al recibir a satisfacción la totalidad de los trabajos y una vez suscrita el acta de recibo y liquidación final, acompañada de la cuenta de cobro correspondiente, con la garantía de calidad y estabilidad de la obra”.
4. “Mi cliente, Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. se obligó a entregar la obra “dentro de los trescientos sesenta y cinco (365) días calendario siguientes, contados a partir del acta de iniciación correspondiente”; esto es, a partir del 27 de noviembre de 1997 y hasta el 27 de noviembre de 1998, cuyo plazo sería modificado por las partes, de común acuerdo, si los trabajos no pudieran realizarse normalmente debido a fuerza mayor o caso fortuito; causales estas que debían ser alegadas por mi cliente (el contratista)”.
5. “Como elementos integrantes del contrato estaban los siguientes: La Carta de invitación a proponer del Banco de la República DEF-25325 del 19 de agosto de 1997 y sus anexos; la propuesta del contratista del 9 de septiembre de 1997 y sus anexos; la comunicación de aprobación DEF-33004 del 21 de octubre de 1997; y el Régimen General de Contratación del Banco de la República”.
6. “El Banco de la República, como era su obligación contractual, suministró todos los planos arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos y de aire acondicionado, etc., además las cantidades de obra a edificar en cada uno de los capítulos en que se dividía la construcción, y que sirvieron de base para la licitación y posterior construcción, formando todo ello parte integral del contrato, tal como se indicó en el punto anterior; planos los cuales, mediante oficio N° DEF-33966 del 30 de octubre de 1997, el Banco de la República los entregó a mi poderdante, y más tarde, el 19 de noviembre del mismo año, también le envió a mi cliente 37 disquetes comprimidos de computador, conteniendo los archivos en AutoCad de los 142 planos de todo el proyecto a construir; en conclusión, el Banco de la República determino en forma especial y exclusiva el diseño, cuantía mensura calidad y cabida, de todo lo a construir en su también específico y determinado lote de terreno”.
7. “Una vez se le adjudicó el contrato a mi cliente, Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., su representante legal, arquitecto Pedro Rafael Tono Lemaitre, entusiasmado solicitó permiso verbal al Banco de la República en Cartagena para ingresar al terreno en donde se construiría la obra, con el fin de constatar las dimensiones del mismo, por cuanto existían en él sospechas personales de que los planos no coincidían con el tamaño y forma del lote; pero inexplicable, como imprudentemente, tal solicitud fue denegada también verbalmente, aduciendo el banco motivos de seguridad, y además, que era necesario esperar la firma del contrato para poder examinar el terreno. Inexplicable, por cuanto ya había sido adjudicado el contrato, y que peligro podía existir en que entrase a las dependencias del banco quien en breve allí dentro permanecería por la menos un año, e imprudente, por cuanto tal absurda negativa del contratante, no permitió descubrir a tiempo el garrafal e increíble error de el Banco de la República en todos, absolutamente todos sus planos arquitectónicos”.
8. “Después de firmado el contrato, mi cliente recibió e FAX N° 5657 del 27 de noviembre de 1997, donde lo autorizaban a entrar al terreno los días 29 y 30 del mismo mes y año para realizar los trabajos en horario específico, y es entonces cuando —ya tardíamente por los efectos automáticos del tiempo de construcción de solo un (1) año— constata su sospecha; esto es, comprobó lo siguiente:
“A) Que los planos estaban totalmente equivocados o errados, porque las medidas del proyecto en ellos dibujado no correspondían con las dimensiones reales del lote de terreno donde se realizaría la obra adjudicada y contratada.

Es decir, que el proyecto arquitectónico suministrado por el Banco de la República, era lo suficientemente más grande que el terreno donde debía hacerse la obra contratada, para que varias columnas quedaran localizadas dentro de la casa vecina, inmediatamente adyacente, identificada con la nomenclatura urbana N° 3117 de la Calle de las Damas; por lo que esta entidad, unilateralmente, tomó la decisión de modificar los planos arquitectónicos y estructurales y por ende todos los demás que tuviesen relación, tales como eléctricos, hidráulicos, sanitarios, etc., creando gran caos, dilatando la entrega de la obra y por ende causando daños y perjuicios.

“B) Que los garajes diseñados para la guarda de los camiones blindados de transporte de valores a utilizar por el Banco de la República, correspondían a dimensiones demasiado pequeñas para el tamaño de tales fortalezas rodantes, por lo que esta entidad, unilateralmente, tomó la determinación de hacer modificar los planos arquitectónicos y estructurales, en razón a la indispensable variación que de la distancia entre las columnas debía hacerse para dar cabida al ancho y alto de dichos vehículos; tales cambios también crearon gran caos, por cuanto hubo de variarse los planos arquitectónicos en general, lo que causó gran complicación, atrasando la entrega de la obra y como obvia consecuencia generó daños y perjuicios.

“C) Que el espacio destinado para las dos (2) plantas eléctricas de emergencia incluidas en el contrato, y ubicado en la planta baja de la obra a construir era insuficiente, por lo que el Banco de la República, unilateralmente, decidió instalarlas en el tercer piso de la edificación a erigirse; así tuvo que modificarse tanto arquitectónica como estructuralmente toda, absolutamente toda la obra, con nada más y nada menos que adicionarle una losa o piso de concreto donde antes no la había, también añadiéndole columnas reforzadas o reforzando todas las cimentaciones de las preexistentes columnas, para que resistiera el peso y la vibración de esos equipos, con el consiguiente incremento de las cantidades y calidades de obra, aunado a los costos de ingeniería de revisión de cálculo estructural y diseño de resistencias y materiales para superar este otro garrafal error de diseño del contratante, lo cual, por supuesto, dilató en exceso la construcción y causó severos daños y perjuicios al contratista, quien inocentemente pensó, que por tratarse de entidad tan seria como el Banco de la República, le reajustarían hacia arriba y en forma rápida y justa el pago de las adiciones y cambios, y las pérdidas económicas sufridas por los efectos de la devaluación y demás fenómenos económicos.

“D) Que posteriormente, y por si lo anterior es poco, mi cliente descubrió y constató, que las memorias, cálculos y planos estructurales —independientemente de el (sic) error en cuanto al tamaño de la edificación por su supradimensión respecto de la infradimensión del lote de terreno— también estaban equivocados, ya que presentaban errores graves, comprobados por un dictamen de varios ingenieros expertos en la materia, quienes conceptuaron que el edificio a construir, si se levantaba basado en los cálculos estructurales aportados por el Banco de la República antes mencionados, corría serios riesgos de agrietamientos o fisuras por asentamientos diferenciales, que ponían en peligro la estabilidad de la edificación con altísimas probabilidades de desplome; de todo lo cual mi poderdante informó inmediatamente al Banco de la República”.

9. “El Banco de la República, ante tal evidencia y después de convencerse de la veracidad de todos los graves errores de su parte y no imputables a mi cliente (el contratista Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.), procedió a realizar modificaciones sustanciales al proyecto arquitectónico inicial objeto del contrato ya adjudicado y firmado, para ajustarlo al tamaño del terreno. Igualmente tuvo que subcontratar para hacer nuevos cálculos y planos estructurales, lo cual condujo a que la ejecución del contrato con mi cliente sufriera considerable retraso, ya que se trataba de otra obra enteramente distinta no contemplada en el contrato inicial y, por contera se constituía en una sustancial modificación unilateral al objeto inicial pactado en el contrato y lo peor, a que por efectos de la inflación y demás factores económicos, en especial el encarecimiento de los materiales de construcción, fenómenos sobrevinientes desde finales de 1998 hasta el presente, su costo se elevara por más de un ciento por ciento (100%) de lo contratado inicialmente.

10. “Ante el total incumplimiento del Banco de la República en entregar los planos y cálculos del terreno acordes con la realidad del predio más las otras modificaciones y adiciones arriba expuestas, el plazo inicialmente pactado del contrato que era de un año venció el 27 de noviembre de 1998, sin que mi apadrinada, la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., como era apenas lógico, terminara la obra; por ello inmediatamente el Banco de la República amplió los plazos del contrato; primero a 30 de mayo de 1999 y después a 30 de septiembre del mismo año, en franca confesión a su propio incumplimiento, pero tanta “amplitud” resultó “estrecha”, cuando

consecuencialmente con su reconocimiento al ampliar el plazo de entrega, no lo complementó con el justo y necesario reajuste económico, dados los nuevos precios de la construcción de esos períodos posteriores a los por las partes inicialmente previstos”.

11. “Habiendo reconocido concluyentemente con su conducta su error, el Banco de la República injustamente se negó a cambiar las condiciones económicas del contrato, a pesar de las varias solicitudes que le hizo mi cliente en tal sentido, ya que al tratarse de una obra diferente a la propuesta y al ejecutarse en tiempo posterior, se rompía el equilibrio económico del contrato; pues, para ese cronológico posterior entonces, los valores de los diferentes ítems de la construcción se habían incrementado en un 100% y mi cliente había recibido un anticipo del 50% del valor total anterior con precios que a la sazón ya estaban desactualizados por el incremento de la inflación en los materiales de construcción e insumos de la obra, resultando injusto y desequilibrado que después de haber trabajado durante todo el año 1998 y gran parte de 1999 con precios del año 1997 (fecha de la adjudicación y firma de contrato), no se le hubiera retribuido porcentualmente o reconocido por el Banco de la República el incremento de los costos en el quantum real indicado; motivo por el cual, como es obvio, a mi cliente se le acabó el anticipo y su dinero propio, y no le fue posible terminar la obra dentro de los nuevos plazos, ocasionándole el Banco de la República graves perjuicios, entre estos, el más elemental, el incremento de los ítems de la obra contratada el dos mil ciento treinta y seis millones quinientos setenta mil novecientos treinta y tres (\$2.136.570.933) pesos m/cte. El Banco de la República admitió su culpa cuando generosamente duplicó el término inicial para la entrega de la obra, pero por razones fácilmente deducibles, como lo es que ningún funcionario quería resultar responsable de tamaño error interno del Banco de la República, como lo fue entregar al contratista el errado diseño con sobredimensión de todos los planos es que llegaron hasta ampliar los plazos, pero no a reconocer los incrementos o mayores valores que tal aplazamiento en la obra generó para el contratista, porque allí si se establecerían, en nombre propio a altos funcionarios, responsables de todo orden al interior del Banco de la República, por ello la única salida era arrojar al abismo al buen contratista”.

12. “Por lo anterior, debilitado económicamente a más no poder, mi cliente, afín de evitar una confrontación arbitral, convino con el Banco de la República en liquidar la obra y hacer los reajustes a los precios que además de tardíos, eran insuficientes; empero, el banco por las razones de responsabilidad personal burocrática y quizá disciplinaria antes expuestas, optó por hacer oídos sordos y no pagarle nada, arrastrando a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. a una total situación de insolvencia económica, en la que por culpa del Banco de la República, aún permanece, y que de paso le ha imposibilitado atender sus obligaciones económicas, razón única por la cual las propias personas que mi cliente subcontrató para esta obra, muchas muy humildes y más débiles económicamente que él, le han instaurado innumerable cantidad de procesos de ejecución, a más de la banca comercial, la cual también lo tiene bajo ejecución judicial, llevando a mi cliente a la verdadera ruina económica, al punto de cerrar oficinas y buscar trabajo fuera del país, en la persona de su gerente Pedro Rafael Tono Lemaitre, quien hoy es asalariado en Panamá. Un verdadero naufragio causado por la falta de equidad del Banco de la República frente a su contratista ahíto de razones. En tal banco nadie asumió responsabilidad ante tan enojoso asunto, pues si admitían el reajuste al Contratista, alguien internamente sería responsable; mejor era, como dije, de mala fe hacer oídos sordos y dejarlo en la ruina, así, como si nada pasara, personalmente nadie asumiría ante el gerente general esa gravísima responsabilidad”.

13. “La sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., a raíz de tales hechos ha quedado destruida comercialmente, pues perdió toda credibilidad en el mercado con sus clientes y proveedores, y lo que es peor aún, en el sector de la construcción, todo por culpa del Banco de la República, pues no ha podido presentarse a nuevas licitaciones o hacer otras construcciones, lo que le ha ocasionado su destrucción como empresa irrogándole graves perjuicios económicos”.

Posteriormente al reformar la demanda , la parte convocante incluyó el siguiente hecho décimo cuarto:

14. “La sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía Ltda., teniendo en cuenta los trabajos realizados del contrato y los anticipos recibidos, elaboró en forma permenorizada los costos directos e indirectos de la obra, así como sus diferentes ítems debidamente señalados, por cantidad, valor unitario, valor parcial, cantidad ejecutada, etc., y reajustes a partir de septiembre de 1999 hasta el 10 de julio de 2002, lo que arroja una liquidación total que se reclama por reajustes de \$1.642.507.229, como se puede apreciar en los cuadros que se anexan al presente

memorial”.

C. La contestación de la demanda y excepciones

En el escrito de contestación de la demanda el apoderado especial de la parte convocada se opuso a todas las pretensiones de la convocante y respondió así a los hechos:

Aceptó como ciertos, haciendo algunas precisiones los hechos 1 y 5; manifestó que eran parcialmente ciertos los marcados como 2, 3 y 4; sobre los hechos 6, 8 y 11, manifestó que en parte eran ciertos y en parte los negó; en cuanto a los hechos 7 y 14, manifestó que en parte no le constan y en parte no son ciertos; negó los hechos 9 y 10; finalmente, en cuanto a los hechos 12 y 13, manifestó que estos son afirmaciones o conclusiones del demandante e hizo algunas precisiones.

Además, en su escrito de contestación las excepciones de mérito, que a continuación se transcriben:

1. “Cumplimiento total del contrato por parte del banco”

“Es necesario indicar, en primer lugar, que en todo contrato de cierta magnitud, como el que nos ocupa, hay una serie de negociaciones, conversaciones y gestiones que deben cumplirse antes de su celebración, cuya finalidad es definir con precisión el objeto mismo, así como el alcance de las obligaciones y los derechos de las partes.

“Dentro de esta etapa se ubica, en el caso concreto, la información que el banco, como entidad interesada en la realización de la obra, debía suministrar al futuro contratista, incluyendo las cantidades de obra estimada y los planos y descripción general del proyecto.

“Dado lo anterior, no puede considerarse que cualquier error o diferencia de dicha información en esa etapa constituye un incumplimiento del contrato, pues la entrega de la misma no puede ser calificada como una “obligación contractual” por la simple razón de que el contrato aún no se ha celebrado, sino una actividad o gestión que debía ser cumplida por el banco en forma previa a la celebración del contrato.

“Ello no significa que esa conducta no genere ningún efecto. De hecho, el Contratista podía haber desistido de celebrar el contrato, o una vez celebrado, podía haber solicitado que se modificaran en uno u otro sentido, de tal manera que se reconociera el efecto económico que pudo haber generado el error o la diferencia en la información generada, o haber solicitado la terminación inmediata del mismo.

“No obstante, en el caso que nos ocupa, la sociedad demandante no solo celebró el contrato con base en la información entregada sino que, una vez conocido el error o la diferencia existente en los planos, comenzó la ejecución del mismo y acordó con el banco múltiples y sucesivas modificaciones al contrato en las cuales se varió, entre otros aspectos, el valor y el plazo del contrato.

“Ello demuestra que el error que pudo existir en los planos entregados por el banco antes de la firma del contrato, fue conocido por el contratista antes de iniciar su ejecución, y que el mismo acordó con el Banco las medidas requeridas para superar los efectos (inclusive económicos) que dicha equivocación pudiera generar, razón por la cual dicha diferencia no puede calificarse retrospectivamente como un “incumplimiento” del Banco a sus obligaciones contractuales.

“Una vez superado este escollo, e iniciada la obra, el Banco continuó dando cumplimiento estricto a todas sus obligaciones contractuales, en los términos del documento del 21 de noviembre de 1997 y sus otros-íes, tal como se demostrará en este proceso.

“Es importante aclarar que si bien el banco dejó de pagar al contratista las sumas que corresponden a este por concepto de la última etapa de la obra realizada y la retención en garantía practicada, ello no constituye un incumplimiento del contrato por parte del banco, dado que tales sumas fueron compensadas con el valor de la multa a cargo del contratista, debido al incumplimiento del mismo, de acuerdo con lo pactado expresamente en la cláusula penal del contrato.

“Dado lo anterior, es forzoso reconocer que el Banco dio cumplimiento total de sus obligaciones contractuales y

que, en tales condiciones, al no existir el incumplimiento que aduce el Contratista, no puede ser el responsable de los perjuicios que este alega haber sufrido”.

2. “Falta de nexo causal”

“De acuerdo con los hechos de la demanda, expuestos por el apoderado judicial de la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., los daños que supuestamente sufrió la sociedad obedecieron a tres factores, según él fundamentales, a saber:

“1. La diferencia presentada entre las medidas de los planos arquitectónicos y las medidas reales del lote de terreno en el cual se desarrolló el proyecto.

“2. Las supuestas fallas en los cálculos estructurales entregados por el Banco de la República.

“3. Las modificaciones que se efectuaron al proyecto.

“Los hechos que alega la sociedad demandante, en caso de que fueran ciertos, no constituyen en ningún caso la causa del daño que aquella alega haber sufrido.

“En efecto, los planos arquitectónicos fueron modificados por el Banco de la República una vez conocida la existencia de la diferencia de medidas anotada y fueron entregados al demandante con la mayor brevedad posible, hecho que generó la suspensión de la obra de ampliación por un término que no superó 47 días. Por lo anterior, no es cierto que tal diferencia haya causado el retraso (sic) en la entrega de la obra dentro del término establecido en el contrato, ya que el mismo contratante estableció una duración de 9 meses para ejecutar dicha obra y en el contrato se pactó un término de 12 meses.

“En cuanto al cambio contractual, como lo advertimos en la contestación del hecho octavo, literal D, se realizó por iniciativa de la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., quien propuso que no se efectuara la cimentación con placa flotante, sino con pilotes fundidos. Es de aclarar que el edificio se podía construir con una u otra cimentación. Sin embargo, para evitar eventuales riesgos de fisuras y o inclinaciones mínimas, el banco accedió a cambiar de cimentación por la propuesta por el contratista.

“En cuanto a las modificaciones que se presentaron tanto en la adecuación como en la ampliación del edificio, es del caso mencionar que todas ellas se realizaron de común acuerdo entre las partes y con los reajustes y pagos de los mayores valores que implicaban la correspondiente modificación.

“De lo anterior, podemos concluir que los hechos que el demandante invoca como generadores de los perjuicios que dice haber sufrido, no constituyen ni pueden constituir la causa de tales daños, razón por la cual no existe responsabilidad civil en cabeza del Banco de la República ni, por ende, la obligación de repararlos.”

3. “Ausencia de culpa por parte del Banco de la República”

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1604 del Código Civil: *“El deudor no es responsable sino por culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”*.

“En cuanto a la culpa en cada una de sus graduaciones, tenemos que el artículo 63 ibídem lo define así: *“La ley distingue tres especies de culpa y descuido:*

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa es materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

“A este respecto, vale la pena mencionar que, desde la misma invitación a proponer que el banco formuló al demandante, la cual hace parte del contrato de obra suscrito, se previó la posibilidad de la existencia de diferencias en las medidas de los planos, correspondiendo al contratista el deber de revisar dichos planos y tomar o proponer todas las medidas necesarias para permitir la realización de la obra contratada.

“El banco contrato la elaboración de dichos planos con un profesional que consideraba idóneo y experto en este tipo de labores, por estimar que ello garantizaba una mejor calidad en los planos de la podía (*que*) obtenerse si las mismas fueran realizadas por sus propios empleados.

“No obstante, una vez detectadas las diferencias de medidas existentes entre los planos entregados por el Banco de la República y el lote de terreno sobre el cual se construiría el edificio, el banco procedió inmediatamente a realizar las modificaciones y adecuaciones correspondientes, para que la constructora continuara con la ejecución de la obra.

“Igualmente, frente a la sugerencia que hizo la sociedad constructora para modificar la cimentación del edificio, procedió a efectuar los correspondientes planos estructurales que entregó a la sociedad constructora.

“Así entonces, no podemos decir que exista una conducta culposa por parte del Banco, pues este actuó con la misma diligencia con que hubiera actuado otra entidad de la misma clase puesta en sus mismas circunstancias externas”.

4. “Culpa exclusiva de la sociedad demandante”

“Es importante recordar, en primer lugar, que en el campo de la responsabilidad civil contractual, especialmente cuando se trata de obligaciones de resultado, ejemplo típico de las cuales son las que asume el constructor en el contrato de obra, la culpa del deudor se presume del simple incumplimiento, es decir, de la inejecución de la obligación en el tiempo y forma debidos.

“Como se demostrará en este proceso, no existe duda que el contratista incumplió con sus obligaciones y, en particular, con aquella esencial de entregar la obra terminada dentro del plazo y con las condiciones estipuladas.

“No obstante, para efectos de esta contestación, y en particular de la excepción que aquí se plantea, resulta conveniente mencionar algunos hechos que permitirán concluir que la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía Ltda. actuó culposamente cuando ejecutó el contrato de obra.

“En efecto, vale la pena recordar en la cláusula sexta del contrato se estipuló lo siguiente: *“Además de las obligaciones contenidas en otras partes de este contrato y en la ley, EL CONTRATISTA se obliga en su propio nombre, por su cuenta y riesgo y bajo su absoluta responsabilidad profesional, técnica y directiva, a efectuar hasta su terminación completa, las obras de este contrato, administrando y dirigiendo la ejecución de las obras sin que EL BANCO adquiera responsabilidad alguna por dichos actos y contratos. En desarrollo de lo anterior, EL CONTRATISTA deberá cumplir con las siguientes obligaciones especiales: a) Durante la realización de los trabajos, efectuar un control semanal del desarrollo de los mismos en el cual se pueda apreciar el estado de los trabajos de modo que permita establecer si estos serán terminados dentro del plazo señalado en este contrato; b) Suministrar oportunamente todos los materiales y elementos necesarios, lo mismo que las herramientas o equipos que se requieran para la ejecución de los trabajos; c) Contratar en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad el personal que requiere para la ejecución de los trabajos aquí contratados y pagar por su cuenta los conceptos laborales que se causen a favor de este personal, en todo de acuerdo con lo previsto en la ley. El manejo de dicho personal también es de su cuenta; d) Repetir a su costo, los trabajos mal ejecutados o aquellos en los cuales no haya utilizado los materiales especificados, a juicio de EL BANCO; e) Vigilar y resguardar el trabajo que haya ejecutado total o parcialmente; f) Celebrar a nombre propio y bajo su responsabilidad los subcontratos que sean necesarios para la ejecución normal de este contrato y g) Adoptar todas las medidas de seguridad tendiente a evitar cualquier tipo de accidentes”.*

“Así mismo, mediante comunicación del 9 de septiembre de 1997, la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía Ltda., como proponente, entregó al Banco de la República la oferta para participar en la licitación para la adecuación y ampliación del edificio de la sucursal del banco en la ciudad de Cartagena, en la cual indicó al banco lo siguiente:

“Otro aspecto que se conoce bien es que no se debe entorpecer la parte operativa del Banco, por lo tanto se es consciente que antes de dar inicio a las obras se debe planear y programar de una forma exacta y segura las actividades que así lo ameriten.

“También se es consciente del grado de dificultad de ciertas actividades, como por ejemplo, la demolición de la Bóveda de Moneda y construcción de la nueva bóveda de movimiento diario, para lo cual se cuenta el personal idóneo y conocedor de la problemática y con los equipos necesarios para desarrollar dicha labor.

“Otra cosa que también conocemos es la intención del banco de que las obras se ejecuten en los plazos que se estipulen, con las especificaciones de materiales, procedimientos y mano de obra de primera calidad, que cumplan todas las normas y requisitos que se han estipulado en los pliegos de condiciones y en la audiencia aclaratoria.

“Los profesionales que se proponen son de mucha experiencia y de una excelente calidad, habiendo algunos de ellos participado en el proceso de estudios y diseño del proyecto”.

“Es de aclarar que una de las actividades que generó el retraso en la entrega de la obra fue la demolición de las bóvedas, debido a la incompetencia e incapacidad de los empleados seleccionados por el mismo constructor desde el comienzo, lo cual constituye una culpa del contratista, ya que no tuvo aquella diligencia y cuidado que los hombres (en este caso, las empresas constructoras) emplean ordinariamente en sus negocios propios. Como evidencia de lo afirmado, basta ver la comunicación del 20 de enero de 1998, la sociedad constructora le comunica a la interventoría lo siguiente: *“En razón a que hemos estado todo el día personal óptimo para la demolición de las bóvedas del banco (los anteriores los despedimos por su bajo rendimiento), solicitamos muy atentamente acepten la hora en que pasamos la lista del mismo, el cual empezará a laborar a partir de mañana a las 8:00 a.m.”*.

“Igualmente, hay que resaltar que los profesionales que propuso el demandante para ejecutar el contrato, no fueron los mismos que estuvieron al frente de la obra.

“En parte, el retraso e incumplimiento del cronograma para el desarrollo del proyecto se presentó por cuanto los profesionales contratados para verificar las etapas y cumplimiento de cada una de las obras a desarrollar no tenían experiencia para una obra como la contratada por el Banco de la República, adicionalmente se detectaron fallas administrativas de la obra, mala calidad en la ejecución de la obra, lo que generó la repetición de algunos trabajos por cuenta del contratista, el incumplimiento de los subcontratistas, especialmente los que dispuso para la realización de los sistemas: eléctrico y de aire acondicionado y ventilación mecánica, huelga en los trabajadores por no pago oportuno de sus salarios, incumplimiento en el pago de los proveedores cuando el banco ya había realizado el pago total de tales suministros.

“Finalmente, es del caso advertir que, pese a los repetidos requerimientos de la interventoría, la sociedad constructora nunca entregó las hojas de vida de los nuevos profesionales que contrato para la ejecución del contrato.

“De otra parte los sub-contratistas elegidos y vinculados al proyecto por Rafael Tono Lemaitre & Cía Ltda. no tuvieron tampoco la capacidad para ejecutar las labores encomendadas a ellos en los tiempos señalados, toda vez que dejaron de entregar algunas obras y equipos, o que los elementos entregados carecían de las condiciones técnicas requeridas, o bien que los equipos entregados resultaron posteriormente embargados, todo lo cual se puede demostrar con la revisión de los expedientes del proceso ordinario que adelanta la demandante contra la Sociedad Seguros Confianza en el Juzgado 9 Civil del Circuito de Bogotá y de los incidentes de desembargo que se adelantaron en los juzgados 2º y 6º civiles del Circuito de Cartagena dentro de los procesos ejecutivos.

“Naturalmente, como entre el Banco de la República y los subcontratistas no ha existido vínculo contractual alguno, el incumplimiento de estos frente al contratista, en cuanto a las labores encomendadas para la obra o el suministro de equipos para la misma, implicaba, de suyo, un incumplimiento del contratista para con el banco, que

no puede disculparse por el contratista aduciendo que se trata de actos cumplidos por un tercero, pues, o bien dichos subcontratistas no fueron escogidos acertadamente por la demandante, o esta no celebró en forma adecuada los subcontratos, o no les pagó oportunamente las sumas acordadas con ellos o, el fin, la contratista no ejecutó en forma idónea o no controló la ejecución de los contratos suscritos con tales personas.

“De todo lo anterior resulta claro que el fracaso del contrato al cual se refiere este proceso obedeció exclusivamente a la culpa del contratista en su ejecución, razón por la cual cualquier efecto patrimonial que de ello pudiera derivarse, incluyendo, entre otros, los perjuicios que el contratista hubiera sufrido, debe entenderse causado únicamente por la propia conducta culposa del contratista y, por ende, no deben ser indemnizados por el banco”.

5. “Concurrencia de voluntades para la modificación al contrato de obra”

“Cada vez que se requería una modificación a la obra de adecuación y ampliación del edificio de la Sucursal de Cartagena, el Banco de la República consultaba al contratista quien, si a ello hubiere lugar, cotizaba el mayor valor de la obra que ello representaba y procedía a ejecutar la correspondiente modificación, previo pago, por parte del banco, del costo de esa obra, tal como consta en los otrosíes que se suscribieron por las partes mientras se ejecutaba la obra.

“Así, entonces, el demandante no puede manifestar que el banco impuso unilateralmente cambios en la obra, o que haya ajustado en la misma forma el plazo de entrega de los trabajos o el valor de los mismos, pues de los documentos aportados con esta contestación y por la misma conducta de la sociedad demandante, se establece todo lo contrario, es decir que tales modificaciones fueron hechas por las partes en forma conjunta.

“No puede, por lo tanto, pretender actualmente la sociedad demandante, luego de que suscribió tales documentos y realizó actos positivos de ejecución del contrato en la forma acordada con el banco (aunque en forma incompleta e imperfecta), que ciertos ajustes propuestos por el banco (y en algunas ocasiones por la misma Demandante) y aceptadas finalmente por las dos partes, le ocasionaran perjuicios o sobre costos que no le fueron reconocidas (sic) en su momento y que solo ahora tiene la oportunidad de reclamar.

“Como manifestación de aceptación, las partes suscribieron los siguientes otrosíes:

“Por el otrosí número 5119701 del 25 de febrero de 1998 se adicionó el valor del contrato por adiciones y mayores cantidades de obra.

“Por el otrosí número 5119702 del 10 de julio de 1998 se incrementó el valor del contrato y por consiguiente se modificó el valor de las pólizas y el valor de la cláusula penal.

“Por el otrosí número 5119703 del 22 de octubre de 1998 se incrementó el valor del contrato y por consiguiente se modificó el valor de las pólizas y el valor de la cláusula penal.

“Por el otrosí número 5119704 del 18 de diciembre de 1998 se prorrogó el término del contrato hasta el 27 de mayo de 1999 y por consiguiente se modificó la vigencia de las pólizas.

“Por el otrosí número 5119705 del 26 de enero de 1999 se modificaron la cláusula tercera para incorporar unos ajustes por actualización de precios, trabajos adicionales y modificación de cantidades de obra y por consiguiente se modificó la cláusula de pólizas y la cláusula penal.

“Por el otrosí número 5119706 del 27 de mayo de 1999 se modificó el valor del contrato y por consiguiente se modificó la cláusula de pólizas y la cláusula penal.

“Por el otrosí número 5119707 del 11 de junio de 1999 se modificó la cláusula de pagos, se prorrogó el plazo del mismo hasta el 30 de septiembre de 1999 y se modificó la cláusula de pólizas.

“Por el otrosí número 5119708 se incrementó el valor del contrato, se precisó la forma como se pagaría dicho incremento, se modificó la cláusula de pólizas y la cláusula penal”.

6. “Compensación”

“Simultáneamente con la contestación de la demanda se presenta una demanda de reconvención, pretendiendo que se declare que la sociedad demandante es responsable de los perjuicios ocasionados al Banco de la República por el incumplimiento del contrato por parte de ella.

“Por lo anterior, en su debida oportunidad, solicito se ordene la compensación de las sumas a favor y a cargo de cada parte, si a ello hubiere lugar”.

6. “Genérica”

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 306 Código de Procedimiento Civil, solicito se declaren oficiosamente las excepciones que se encuentren probadas durante el trámite del proceso”.

D. Las pretensiones de la demanda de reconvención

Como ha quedado dicho, la parte demandada propuso demanda de reconvención, la cual obra a folios 93 a 103 del cuaderno principal. En ella se solicita que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

“**PRIMERA.** Se DECLARE que la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. es civilmente responsable de los perjuicios causados al Banco de la República por el incumplimiento del contrato N° 5119700 suscrito el 21 de noviembre de 1997 entre el Banco de la República y la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., cuyo objeto era el suministro de materiales y mano de obra para los trabajos generales de adecuación y ampliación del edificio de la sucursal del Banco de la República en Cartagena”.

“**SEGUNDA.** Como consecuencia de la anterior declaración, se CONDENE a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., a pagar al Banco de la República el valor de los perjuicios que le ocasionó con dicho incumplimiento, en la cuantía que se establezca dentro del proceso”.

“**TERCERA.** Se CONDENE a la sociedad demandada al pago de la suma de trescientos cincuenta y ocho millones sesenta y ocho mil setecientos cuarenta y cuatro pesos m/te. (\$358.068.744), que corresponde al resultado de descontar, del valor de la cláusula penal pactada en el contrato (cláusula décima), equivalente a novecientos quince millones quinientos setenta y un mil pesos m/te (\$915.571.000), las sumas que el banco adeudaba al demandado por concepto de la última entrega de obra efectuada y las cantidades retenidas en garantía por el banco”.

“**CUARTA.** Se CONDENE a la sociedad demandada al pago de los intereses de mora causados sobre la suma señalada en el numeral anterior, a la tasa que indique el tribunal, desde la fecha de presentación de la demanda hasta el momento en el que se produzca su pago efectivo”.

“**QUINTA.** Se CONDENE a Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda. a pagar intereses de mora, a la tasa que señale el tribunal, sobre las (sic) suma indicada en el numeral segundo anterior, desde el vencimiento del plazo que establezca el tribunal para su pago hasta cuando dicho pago efectivamente se produzca”.

Además, al reformar la demanda de reconvención (fls. 165 y 166 del cdno. ppal.) adicionó las siguientes pretensiones subsidiarias:

“En el evento de que el Tribunal de Arbitramento llegare a considerar la improcedencia de acumular la pretensión segunda principal y la pretensión tercera principal (aun cuando el banco considera que son acumulables), solicito que, en subsidio de las pretensiones principales segunda, tercera, cuarta y quinta, se efectúen las siguientes condenas:

“**SEGUNDA.** Como consecuencia de la anterior declaración (pretensión primera principal), se condene a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., a pagar al Banco de la República el valor de los perjuicios que le ocasionó con dicho incumplimiento, en la cuantía que se establezca dentro del proceso, deducidos los valores que el banco adeudaba al demandado en reconvención, por concepto de la última entrega de obra efectuada y de las cantidades retenidas en garantía por el banco”.

“**TERCERA.** Se condene a Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda. a pagar intereses de mora, a la tasa que señale el tribunal, sobre la suma indicada en el numeral anterior, desde el vencimiento del plazo que establezca el tribunal para su pago hasta cuando dicho pago efectivamente se produzca”.

E. Los hechos de la demanda de reconvención

Los hechos en que se fundamenta la demanda de reconvención, son los siguientes:

“1. El 21 de noviembre de 1997 se celebró el contrato N° 05119700 entre el Banco de la República y la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., cuyo objeto era el suministro de materiales y mano de obra para los trabajos generales de adecuación y ampliación de la sede de la sucursal del Banco de la República en Cartagena, D.T., por el sistema de precios unitarios fijos, sin lugar a reajustes de ningún tipo, de acuerdo con la propuesta de septiembre 9 de 1997 y sus anexos, documentos que hacen parte integral de este contrato.

“2. Mediante los otrosíes números 05119701, 05119702, 05119703, 05119704, 05119705, 05119706, 05119707 y 05119708, las partes acordaron modificar la cláusula tercera del contrato, en el sentido de incrementar su valor por concepto de trabajos adicionales y mayores cantidades de obra, aumentar el valor de las pólizas de seguro correspondientes y de la cláusula penal pactada en el contrato, así como prorrogar en forma sucesiva el plazo inicialmente previsto para la entrega de los trabajos.

“3. En la cláusula primera del otrosí N° 05119708, que era el vigente a la fecha de terminación del contrato, se estipuló que: *“En consecuencia, el nuevo valor estimado del contrato asciende a la suma de cuatro mil seiscientos ocho millones setecientos setenta y seis mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$4.608.776.419) moneda corriente, incluido el IVA. El valor final de los trabajos será el resultante de aplicar los precios unitarios fijos aprobados por las cantidades de obra realmente ejecutadas”.*

“4. En la cláusula primera del otrosí N° 05119707, se acordó *“modificar la cláusula Quinta (5ª) del contrato original, dejando vigentes sus párrafos, en el sentido de prorrogar el término del mismo hasta el treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), para la entrega de la totalidad de las obras objeto del contrato. PAR.—EL CONTRATISTA se compromete a entregar las obras del nuevo edificio, y de los pisos 2º y 3º del antiguo edificio, el día 30 de junio del presente año, de acuerdo con comunicación de EL CONTRATISTA de mayo 25 de 1999, la cual forma parte integral del contrato”.*

“5. En la cláusula sexta del mencionado contrato, el contratista contrajo, entre otras, las siguientes obligaciones: *“(…) EL CONTRATISTA deberá cumplir con las siguientes obligaciones especiales: a) Durante la realización de los trabajos, efectuar un control semanal del desarrollo de los mismos en el cual se pueda apreciar el estado de los trabajos de modo que permita establecer si estos serán terminados dentro del plazo señalado en este contrato; b) Suministrar oportunamente todos los materiales y elementos necesarios, lo mismo que las herramientas o equipos que se requieran para la ejecución de los trabajos; c) Contratar en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad el personal que requiere para la ejecución de los trabajos aquí contratados y pagar por su cuenta los conceptos laborales que se causen a favor de este personal, en todo de acuerdo con lo previsto en la ley. El manejo de dicho personal también es de su cuenta; d) Repetir a su costo, los trabajos mal ejecutados o aquellos en los cuales no haya utilizado los materiales especificados, a juicio de EL BANCO; e) Vigilar y resguardar el trabajo que haya ejecutado total o parcialmente; f) Celebrar a nombre propio y bajo su responsabilidad los subcontratos que sean necesarios para la ejecución normal de este contrato y g) Adoptar todas las medidas de seguridad tendiente a evitar cualquier tipo de accidentes...”.*

“6. La sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía Ltda., incumplió con las obligaciones contenidas en el contrato mencionado y sus otrosíes, como quiera que no entregó al Banco de la República la totalidad de las obras contratadas dentro del plazo establecido para su realización y que algunas de las obras entregadas y de los equipos instalados por el contratista no cumplieron con las especificaciones contractuales requeridas, tal y como consta el acta de estado de los trabajos a octubre 1º de 1999, suscrita por el señor Rafael Tono Lemaitre, representante legal de Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., el representante legal de la interventoría, el Banco de la República y un representante de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, así como en el acta de inspección judicial y en el dictamen pericial rendido dentro del trámite de la prueba anticipada adelantada por el banco, con citación de la parte

demandada, ante el Juzgado 8° Civil del Circuito de Cartagena, documentos que apporto como pruebas con la contestación de la demanda presentada ante este Centro de Arbitraje y Conciliación por Rafael Tono Lemaitre y Cía Ltda.

“7. Así mismo, en el documento denominado “*resumen total de las cantidades de obra ejecutada - liquidación final del contrato*” (octubre de 1999) firmado por el contratista y remitido al banco con la comunicación del 29 de noviembre de 1999, se relaciona el detalle de las obras contratadas y de las realmente ejecutadas, documento del cual se puede deducir, igualmente, las obras dejadas de entregar.

“8. Dado lo anterior, el incumplimiento de la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., ha generado al Banco de la República perjuicios materiales que se estiman en una cuantía superior a los \$1.400.000, que se discriminan, entre otros, así:

“La suma de \$379.964.284, correspondiente al anticipo pagado por el Banco de la República y no amortizado por la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., de acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato de obra.

“La suma de \$505.160.883, correspondiente a los sobrecostos que se generaron para terminar la adecuación y ampliación del edificio de la sucursal de Cartagena, debido al incumplimiento del contrato aludido por la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda.

“La suma de \$178.376.923, correspondiente a los equipos que no cumplieron las especificaciones contractuales.

“La suma correspondiente a los honorarios que tuvo que pagar el Banco de la República a la sociedad interventora, para la ejecución de las obras que tuvieron que ejecutarse para terminar la obra.

“La suma correspondiente a los honorarios que tuvo que pagar el Banco de la República con la empresa de vigilancia.

“Los honorarios que el Banco de la República tuvo que pagar a un abogado externo para atender los incidentes de embargo de algunos equipos entregados para la obra.

“La pérdida de poder adquisitivo de las sumas indicadas anteriormente, desde que se pagaron por el Banco o se dejaron de recibir por el mismo, según el caso.

“9. Dentro del proceso ejecutivo singular que inició Antonio Spath y Cía. Ltda. contra Elecsa S.A., el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena decretó, mediante auto del 14 de abril de 1999, el embargo y secuestro de la planta eléctrica a gas GTA 28 de 500KW, 1800 RPM, con el generador de serie No. 6988774578, equipos que habían sido transferidos y entregados al Banco de la República por Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. en virtud del contrato N° 05119700.

“10. El día 3 de junio de 1999 se realizó la diligencia de secuestro de los mencionados elementos en las dependencias del Banco de la República en esta ciudad, la cual se llevó a cabo por parte de la Inspección de Policía Comuna N° 1, comisionada para el efecto por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, D.T.

“El Banco de la República se opuso a la práctica de la medida cautelar y, por intermedio de apoderado judicial, tramitó el incidente de embargo respectivo. Practicadas las pruebas, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, D.T. resolvió el incidente mediante auto del 19 de julio de 2001, declarando al Banco de la República como poseedor material de los bienes embargados y secuestrados, razón por la cual ordenó el levantamiento de dicha medida cautelar.

“No obstante la parte ejecutante interpuso contra dicha providencia el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, recursos que hasta la fecha no han sido resueltos, estando el Banco, por lo tanto, desprovisto de la libre disponibilidad sobre dichos elementos en la actualidad.

“11. De otra parte, en la cláusula décima del contrato se pacto la siguiente cláusula penal: “*EL CONTRATISTA, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que adquiere mediante este contrato, se sujeta a pagar a EL*

BANCO, a título de pena, la suma de setecientos cincuenta y cinco millones de pesos (\$755.000.000) moneda corriente, en caso de no ejecutar total o parcialmente tales obligaciones. Es entendido que por el pago de la pena no se extingue la obligación principal. EL BANCO podrá cobrar ejecutivamente la parte insoluta, sin necesidad de requerimiento judicial para constituirlo en mora”.

“12. Dicha cláusula se modificó con el otro sí N° 05119708, el cual se dispuso, en su numeral cuarto: *“Modificar la cláusula décima del contrato original, en el sentido de incrementar la pena allí establecida a la suma de novecientos quince millones quinientos setenta y un mil pesos (\$915.571.000) moneda corriente”*.

“13. En la cláusula décima del contrato se pactó la acumulabilidad de la pena con el pago de la obligación principal, por lo cual es claro que la pena se puede acumular con la indemnización de perjuicios compensatorios, pues esta constituye simplemente una forma de cumplir la obligación principal, tal como lo establece el artículo 1610, numeral 3°, del Código Civil y lo señaló la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de noviembre de 1997, con ponencia del Doctor Ricardo Uribe Holguín, así:

“De lo hasta aquí expuesto conclúyese que el deudor cumple el contrato, antes de constituirse en mora, ejecutando el objeto debido tal y como fue pactado, y que después de constituido en mora, cumple el contrato, pagando el acreedor la indemnización de perjuicios, con o sin ejecución del objeto como fue pactado, según el caso, tal y como ahora se verá”.

“En la medida en que el contratista incumplió parcialmente con sus obligaciones, debe pagar al Banco de la República la totalidad de la pena establecida en la cláusula décima del contrato, pues así lo pactaron expresamente las partes en dicha cláusula, además de la indemnización de los perjuicios ocasionados, que corresponde al cumplimiento de la obligación principal en forma compensatoria o por equivalente.

“14. El Banco de la República acordó en la cláusula cuarta la forma de pago del contrato, de la siguiente manera:

“EL BANCO pagará a EL CONTRATISTA el precio de este contrato, así: a) Un primer pago, a título de anticipo, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor total estimado de los trabajos, sin incluir impuestos, previa legalización del contrato y presentación de la cuenta de cobro acompañada de las pólizas de seguro exigidas en el numeral 1) de la cláusula novena (9ª) de este contrato; b) Buenas cuentas por el restante cincuenta por ciento (50%) del total estimado de los trabajos, de acuerdo con el rendimiento de los mismos, previa suscripción de las actas o constancias de obra respectivas. Estas buenas cuentas serán afectadas con una retención en garantía equivalente al diez por ciento (10%) del respectivo avance de obra, certificado en las actas o constancias de obra respectivas, más una amortización del anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la buena cuenta y c) Las sumas descontadas por EL BANCO y correspondientes a la retención en garantía, a la entrega de la totalidad de los trabajos a entera satisfacción de EL BANCO, una vez se suscriba el acta de recibo y liquidación final de los mismos, se presente la cuenta de cobro correspondiente, acompañada de la garantía de calidad y estabilidad de obra exigida en el numeral 2º de la cláusula novena (9ª) de este contrato...”.

“15. Mediante el otrosí 05119707 (numeral primero) se modificó el literal b) de la cláusula cuarta del contrato original *“(…)en el sentido de pagar en abonos parciales o buenas cuentas, hasta el cuarenta y cinco por ciento (45%) del valor de los trabajos, y el cinco por ciento (5%) restante, como retención en garantía, a la entrega y liquidación final de los mismos”*. Una regla análoga contempla el otrosí 05119708.

“16. El banco pagó el anticipo pactado y el valor de las buenas cuentas correspondientes a las cantidades de obra formalmente entregadas por el contratista, de acuerdo con las actas 1 a 13.

“17. El banco dejó (sic) de pagar al contratista el valor de la última etapa de los trabajos efectuados por el mismo (que correspondería al acta N° 14) por un monto de \$175.823.688. Así mismo, las sumas retenidas en garantía al contratista, según lo estipulado en el contrato, ascendieron a \$381.678.568, para un total de \$557.502.256. Sin embargo, al aplicar el mecanismo de compensación previsto en la cláusula décima del contrato, dichas obligaciones se extendieron y el saldo de la cláusula penal que adeuda el contratista asciende a la suma de \$358.068.744.

“18. El Banco de la República, antes de tener conocimiento sobre la demanda que le instauró Rafael Tono

Lemaitre y Cía. Ltda. ante este Centro de Arbitraje, presentó una demanda ejecutiva contra dicha sociedad ante los jueces civiles de Cartagena, la cual no ha sido admitida aun”.

Por otra parte, la demandante en reconvención, al reformar su demanda, sustituyó los hechos 9, 10 y 18 por los siguientes:

“9. Algunos equipos y elementos entregados por Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. al Banco de la República (UPS, planta eléctrica a gas y equipos de aire acondicionado) fueron embargados y secuestrados en los procesos ejecutivos adelantados por Inyman Ltda. contra Elecsa S.A., Antonio Spath y Cía. Ltda. contra Elecsa S.A. y Serviconsultec Ltda. contra Federico Falquez, en los Juzgados Sexto Civil del Circuito, Segundo Civil del Circuito y Sexto Civil del Circuito, respectivamente, todos de Cartagena.

“10. Las medidas cautelares señaladas en el hecho anterior fueron levantadas, luego de la oposición formulada por el Banco de la República mediante apoderado judicial en los respectivos procesos.

“11. El Banco de la República, antes de tener conocimiento sobre la demanda que le instauró Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda. ante este Centro de Arbitraje y Conciliación, presentó una demanda ejecutiva contra dicha sociedad ante los jueces civiles de Cartagena, la cual le fue rechazada por consideraciones jurídicas que el banco no comparte”.

F. La contestación de la demanda de reconvención y excepciones

En el escrito de contestación de la demanda de reconvención así como el de respuesta a la reforma de esa demanda el apoderado especial de la parte convocante se opuso a todas las pretensiones de la convocada y respondió así a los hechos:

Sobre el hecho 1 manifestó que era cierto pero incompleto; sobre los hechos 2, 3, 4, 5, 15, 16 y 17 manifestó que no eran ciertos en la forma en que se presentan; sobre los numerados como 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14 y 18 señaló que no eran ciertos; finalmente sobre los marcados como 9 y 10 los aceptó como ciertos e hizo algunas precisiones.

Además, en sus escritos de contestación propuso la excepción de mérito que tituló como “**Inexistencia de todo derecho**”, que desarrolla en los siguientes términos:

“Señores juzgadores, en interés de la brevedad procesal, tengan como fundamentos de esta excepción los argumentos presentados en los hechos de la demanda principal contenidos en el capítulo cuarto de la misma, así como el análisis y fundamento de derechos efectuados en su ídem capítulo sexto.

“Por lo antes expuesto, la presente excepción está llamada a prosperar”.

Esta excepción fue igualmente reproducida al contestar la reforma de la demanda de reconvención.

CAPÍTULO TERCERO

Pruebas practicadas

En la primera audiencia de trámite el tribunal decretó las pruebas a instancia de las partes y las que de oficio consideró necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Igualmente, oportunamente decretó las pruebas solicitadas por la parte convocada con su escrito de objeciones al dictamen pericial rendido por los señores Mónica Jaramillo Corredor y Aurelio Mora Posada, el análisis de ellas y el valor probatorio que el tribunal les asigna se desarrolla en la parte de consideraciones de este laudo.

CAPÍTULO CUARTO

Alegaciones de las partes

En la audiencia celebrada el veintidós (22) de mayo de dos mil tres (2003) los apoderados de las partes presentaron al tribunal, verbalmente y por escrito sus respectivos alegatos de conclusión.

El tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dichos alegatos y el resultado de este estudio se encuentra reflejado en las conclusiones a las cuales el mismo tribunal llegó en relación con los puntos objeto de este proceso, y que en este laudo más adelante se dejan consignadas.

CAPÍTULO QUINTO

Los dictámenes periciales, sus aclaraciones y objeciones

La parte convocante solicitó la practica de dos dictámenes periciales. Uno, relativo a la modificación de los planos de la obra objeto del contrato base de esta acción, el cual fue decretado por el tribunal en la primera audiencia de trámite. El experticio fue rendido oportunamente por los ingenieros Guillermo Bernal Corredor y Alberto Cristancho Varela; la parte convocada solicitó la aclaración y adición del dictamen solicitud que fue atendida por el tribunal y, en consecuencia se ordenó a los señores peritos absolver las inquietudes planteadas por la parte. Recibida la respuesta de los ingenieros, se corrió traslado a las partes que no formularon objeciones por lo cual se encuentran firmes y tienen plena fuerza probatoria según las consideraciones que más adelante hará el tribunal.

El segundo peritazgo solicitado por la parte convocante tenía por objeto: “...(a) determinar los sobrecostos de los ítems de la obra o construcción a partir del momento en que el banco incumplió con su obligación, al suministrar planos y cálculos de la obra errados, que se ejecutaron durante 1998 y 1999, con precios del año 1997, cuando fue adjudicada la obra y (b) Igualmente determinen la indexación de tales costos y (c) el costo de oportunidad del dinero, que bien pudo emplearlo la sociedad demandante en otras obras lucrativas, en vez de destinarlo a cubrir los sobrecostos de la obra.

La parte convocada, al contestar la demanda principal y proponer la demanda de reconvenición, solicitó que los mismos peritos conceptuaran sobre los siguientes puntos: “... (a) determinación de los valores contratados, los valores efectivamente ejecutados, las sumas pagadas y retenidas, los anticipos amortizados y no amortizados y los descuentos realizados, entre otros, en virtud de la ejecución del contrato que nos ocupa así como (b) el valor de los perjuicios sufridos por el banco con el incumplimiento del contrato que nos ocupa, por parte de la sociedad convocante, para lo cual deberá tenerse en cuenta y analizarse todos los documentos pertinentes, tales como contratos, otrosíes, (sic) actas de entrega, constancias de pagos, etc.”.

El tribunal al decretar la prueba, en la primera audiencia de trámite, designó como peritos a la señora economista Mónica Jaramillo Corredor y al señor administrador de empresas Aurelio Mora Posada. Los peritos presentaron su dictamen oportunamente y dentro del término de traslado la convocada solicitó su aclaración y complementación e igualmente lo objetó por error grave. Una vez tramitada la solicitud de aclaración y complementación, la convocada ratificó y amplió su objeción; como pruebas adjuntó algunos documentos y solicitó la práctica del testimonio del señor Orlando Peña Rodríguez, en su calidad de representante legal de la sociedad Costco Ingeniería Ltda., así como un nuevo dictamen pericial. El tribunal decretó las pruebas solicitadas y nombró como peritos a los doctores Luis María Guijo Roa y Rafael Aranguren López, quienes rindieron su experticio dentro del término señalado por el tribunal. La parte convocada también solicitó la aclaración y complementación del nuevo dictamen petición que fue atendida por el tribunal y que oportunamente fue respondida por los peritos.

La objeción del dictamen, presentada por la parte convocada durante el traslado del mismo, se refiere a la determinación del valor de los sobrecostos supuestamente sufridos por el contratista y demás cantidades a su favor (numerales 2.5.1 a 2.5.9 y 3.2 del dictamen) y sustenta en los siguientes consideraciones:

“Me permito objetar el dictamen pericial, en cuanto a la determinación de los sobrecostos a favor del contratista, las sumas a su favor resultantes de la liquidación del contrato, la indexación de dichas sumas y la determinación del costo de oportunidad sobre las mismas, por las siguientes razones, que constituyen, todas ellas, errores graves en los que incurrieron los peritos:

“2.1. Para establecer los sobrecostos (sin indexar), los peritos tomaron como fechas de referencia, el 29 de noviembre de 1998 (fecha de vencimiento del plazo inicial del contrato) y el 30 de septiembre de 1999 (vencimiento final del contrato).

“En efecto, la metodología utilizada por los expertos consistió en determinar el mayor valor de los materiales y de

los gastos de administración del contratista, causados desde el 29 de noviembre de 1998 hasta la finalización del término de ejecución del contrato (30 de septiembre de 1999), es decir, por el período de diez (10) meses comprendido entre esas fechas.

“Sin embargo, es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que la vigencia de los precios unitarios fijos ofrecidos por la constructora en su propuesta y aceptados por el banco, se extendía, por lo menos, hasta comienzos del año 1999, tal como se puede deducir del análisis de la invitación a proponer efectuada por el Banco, de la oferta formulada por el contratista y sus anexos, así como el contenido del interrogatorio de parte contestado por el señor Rafael Tono Lemaitre, todos los cuales obran en el expediente.

“En efecto, en los documentos anteriores se advierte que la propuesta que la firma convocante formulara debía tener una vigencia de 120 días, lo cual significa que el Banco de la República podía tomarse ese mismo tiempo para decidir y comunicar al proponente si aceptaba o no su oferta. Así mismo, en la propuesta presentada por Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., se señala que el plazo de ejecución de la obra, hasta su entrega definitiva, era de 365 días calendario, es decir, un año. Dado lo anterior, el oferente, al formular su propuesta, debía calcular que los precios unitarios cotizados por él no tendrían ningún tipo de reajuste o incremento, por lo menos, dentro del período comprendido en los 16 meses siguientes a la fecha de presentación de su propuesta, pues ese sería el término que, en conjunto, podía tomar la aceptación de la respectiva oferta, la celebración del contrato, la iniciación del mismo y su ejecución.

“En efecto, aunque el banco aceptó la propuesta del contratista en octubre de 1997 y firmó el contrato en noviembre de ese mismo año, bien hubiera podido aceptar la propuesta del contratista en los primeros días de enero de 1998, caso en el cual el plazo original del contrato no hubiese vencido antes de enero de 1999.

“En el caso que nos ocupa, el plazo de validez de la oferta vencía el 9 de enero de 1998, es decir, 120 días después de su presentación por parte de la sociedad demandante, y desde ese momento, el plazo previsto para la ejecución del contrato (1 año) vencía el 9 de enero de 1999.

“En consecuencia, el contratista, cuando formuló su propuesta, sabía que la ejecución del contrato podía extenderse hasta esa fecha y, por ende, al cotizar los precios unitarios fijos para los materiales, elementos y equipos a utilizar en la obra tenía la carga de considerar el incremento de los mismos en el mercado hasta la fecha indicada, por lo cual no podía legítimamente aspirar a pretender que los mismos le fueran reajustados o incrementados antes de esa fecha.

“Por tal razón, consideramos que la fecha de partida que los peritos han debido tomar para establecer los sobrecostos supuestamente sufridos por el contratista es el 9 de enero de 1999 y no el 29 de noviembre de 1998, como equivocadamente lo hicieron.

“De otra parte, en cuanto tiene que ver con la fecha final para establecer los sobrecostos, es decir, el momento hasta el cual los peritos consideraron que el valor de las obras ejecutadas por el contratista debía reajustarse, es necesario tener en cuenta que los peritos técnicos, señores Guillermo H. Bernal Corredor y Alberto Cristancho Varela, en su dictamen de fecha 20 de enero del año en curso, determinaron que el retraso que tuvo la obra, como consecuencia de los cambios que acordaron las partes en los planos, en el diseño y en los cálculos y estudios estructurales del proyecto fue de **96 días calendario**.

“En consecuencia, como la pregunta formulada por el apoderado de la parte convocante a los peritos que rindieron el informe económico fue la de *“determinar los sobrecostos de los ítems de la obra o construcción a partir del momento en que el BANCO incumplió con su obligación, al suministrar planos y cálculos de la obra errados...”*, es necesario tener en cuenta que, aun aceptando, en gracia de discusión, que hubiese existido algún incumplimiento del Banco en esa materia (que en realidad no se presentó), los sobrecostos causados al contratista por dicha razón no podían, en ningún caso, extenderse más allá de los 96 días siguientes al vencimiento del término de vigencia de los precios unitarios fijos cotizados por la convocante, pues cualquier sobrecosto posterior, si existió, no podría atribuirse a los cambios, ajustes y modificaciones en los planos, cálculos y estudios estructurales y arquitectónicos de la obra.

“Dado lo anterior, para la determinación de los sobrecostos, solo podía tenerse en cuenta aquellos causados entre el 9 de enero de 1999 y el 15 de abril de 1999.

“En consecuencia, el perito que se designe para analizar esta objeción, de acuerdo con lo pedido en el acápite de pruebas de este escrito, debe estimar los sobrecostos que hayan podido presentarse para el contratista entre el 9 de enero de 1999 y el 15 de abril de 1999, si en su criterio se presentó alguno, utilizando para el efecto una metodología similar a la empleada por los peritos que rindieron el dictamen que se objeta.

“2.2. En cuanto a la determinación del sobrecosto del contrato (debe leerse el concreto, anota el tribunal) los peritos determinaron dicho valor incrementando el costo inicial de este insumo en un 8.9%, ya que, según ellos, ese fue el porcentaje en que creció dicho valor a partir de **agosto de 1998**.

“A este respecto, consideramos que es equivocada dicha deducción, ya que el contrato entre el Banco y el contratista fue celebrado en la modalidad de precios unitarios fijos, razón por la cual el contratista calculó o debió haber calculado en su propuesta el incremento del precio de todos los insumos y materiales, incluyendo, desde luego, el concreto, durante el período estimado de ejecución de la obra, es decir, hasta el **9 de enero de 1999**, según lo indicado e (sic) el subnumeral anterior.

“Por lo tanto, un incremento supuestamente experimentado en el precio del concreto en el mes de **agosto de 1998** no podía ser considerado como un sobrecosto para el contratista, no solo porque el mismo se habría presentado dentro de la vigencia de los precios (debe leerse precios, anota el tribunal) unitarios fijos cotizados por este, sino, además, dentro del plazo inicial del contrato. La forma y el momento en que la sociedad convocante hubiera contratado la compra del concreto, no pueden invocarse como razones valederas para justificar dicho sobrecosto, pues, aparte de lo indicado anteriormente, tales circunstancias son hechos internos del contratista, no oponibles al banco, y que aquel hubiera podido evitar o modificar (por ejemplo, contratando la adquisición del concreto en otro momento o de otra forma, pagando anticipos al proveedor del mismo, invirtiendo los recursos del anticipo de manera rentable, para compensar dicho aumento del precio, etc.).

“2.3. En el informe rendido por los peritos, se incluye una liquidación final del contrato, que ninguna de las partes solicitó. No obstante, asumiendo que los peritos consideraron necesario efectuarla, para determinar la suma que hubiera podido resultar a favor del contratista, es necesario señalar que tanto la forma de efectuar dicha liquidación como el resultado obtenido con la misma están totalmente errados, como se pasa a demostrar a continuación:

“En efecto, los peritos determinaron, en primer lugar, el valor total ejecutado por el contratista (sin retirar los elementos no entregados o rechazados por el banco) en la suma de 3.845.663.044. De este valor restaron la partida de pagos recibidos por el contratista (más exactamente, los pagos efectuados por el banco), que ascendieron en total a \$3.668.442.010, incluyendo los descuentos y retenciones tributarias efectuados por cuenta del contratista y los pagos efectuados para cubrir el embargo a favor de Ripaz y Cía. Ltda. En consecuencia el saldo por pagar, como resultado de dicha operación sería de \$177.221.034.

“No obstante, a este valor le adicionan los peritos la suma de \$339.509.177, que corresponde al total de las retenciones en garantía efectuadas por el banco, de acuerdo con lo pactado en el contrato, con lo cual obtienen un saldo de \$516.730.211.

“Esta operación adolece de un grave error conceptual, toda vez que la suma correspondiente a las retenciones en garantía (\$339.509.177) estaba descontada ya, previamente, para efectos de determinar el total de las sumas efectivamente pagadas por el banco (\$3.668.442.010).

“Debe tenerse en cuenta que la máxima suma que el contratista podría aspirar a recibir, como resultado de la ejecución del contrato (sin tener en cuenta los sobrecostos alegados) es aquella que equivalga al valor de la obra efectivamente ejecutada ya que este, además de los costos directos, incluye también los costos indirectos, tales como administración, imprevistos y utilidades. En consecuencia, cuando se liquida un contrato con el método de comparar el valor realmente ejecutado por el contratista contra el valor efectivamente pagado por la entidad contratante, no puede adicionarse al resultado de dicha operación, ninguna otra partida a favor o a cargo de las partes, pues al hacerlo, se genera una distorsión enorme del resultado, tal como ocurre en el caso que nos ocupa.

“En efecto, si de la obra realmente ejecutada por el contratista, según los peritos, el Banco no le había pagado al final del contrato \$177.221.034, no puede ser que la entidad tuviera que pagarle \$516.730.211, pues ello, además de no ser lógico significaría un enriquecimiento injustificado para el contratista, ni siquiera previsto por él mismo.

“Pero, adicionalmente, la suma de \$177.221.034 no es, tampoco, el resultado real y adecuado de la liquidación del contrato, pues al valor de las sumas ejecutadas habría que restar la cantidad que corresponde a las obras y equipos no entregados o rechazados por el banco, al cual hicimos referencia en los numerales anteriores, con lo cual la liquidación del contrato, por este método, arrojaría un resultado de, aproximadamente, un millón de pesos (\$1.000.000) **a cargo del contratista** y nunca a favor del mismo.

“Además de lo anterior, otro defecto importante de la liquidación del contrato efectuada por los peritos, y que es necesario resaltar, consiste en que en esta se incluyeron exclusivamente las partidas generadas a favor del contratista, dejando de lado cuantiosas partidas generadas a favor del Banco y no canceladas por el contratista, tales como el valor anteriormente señalado de los equipos y obras no entregadas y rechazadas, el valor del anticipo no amortizado (\$379.965.573) y el valor de la cláusula penal pactada en el contrato (\$915.571.000). De haberse incluido estos conceptos en la liquidación efectuada por los peritos, aun utilizando una metodología equivocada, el saldo final de la liquidación del contrato no hubiera sido jamás a favor del contratista sino a cargo del mismo, como resulta claro a simple vista de las cifras antes mencionadas.

“2.4. Como resultado del error en el cálculo de los sobrecostos y de la partida que, según los peritos, resulta a favor del contratista para la liquidación del contrato, el valor de tales sumas indexadas y del costo de oportunidad del dinero sobre las mismas cantidades, está igualmente equivocado, como es obvio.

“Baste citar, como ejemplo, que si en lugar de una partida de \$516.730.211 a favor del contratista que los peritos determinaron por concepto de la liquidación del contrato, hubiesen deducido una suma a favor del banco, como es lo real y lo correcto, dicha partida no hubiese generado ningún costo de oportunidad para el contratista, sino que, por el contrario, habría generado un costo de oportunidad para el banco, el cual tendría que incluirse dentro de la estimación de los perjuicios sufridos por la entidad.

“2.5. Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que la fecha que tomaron los peritos como límite para efectuar la indexación de las sumas estimadas como sobrecostos para el contratista y, de ahí en adelante, para determinar el costo de oportunidad del dinero sobre las mismas partidas y sobre el resultado de la liquidación del contrato, es el 31 de agosto de 2000, fecha que, según ellos, es la de efectiva terminación del contrato celebrado entre el banco y la firma convocante. Sin embargo, el simple análisis de los documentos aportados al expediente y, en especial el texto anexo del contrato y sus otrosíes, se desprende, sin ninguna duda, que el contrato terminó efectivamente el día 30 de septiembre de 1999, cuando venció el plazo acordado por las partes contratantes. En consecuencia, constituye también error grave haber tomado la fecha del 31 de agosto de 2000 como fecha de terminación del contrato para estos efectos”.

Como ya se dijo, la convocada presentó una nueva objeción, con relación a la complementación del dictamen, en los siguientes términos:

“1. Equipos y elementos que no cumplieron con las especificaciones contractuales (numeral 3.1.2, Nota 3 del dictamen inicial y numeral 4º de la complementación).

“Es necesario recordar, a este respecto, que el informe rendido por los señores Mónica Jaramillo Corredor y Aurelio Mora posada el 23 de enero de 2003, en la estimación de los perjuicios sufridos por el Banco (numeral 3.1.2 – cuadro), no se asignó ningún valor al rubro denominado “*Equipos que no cumplieron con las Especificaciones Contractuales*”, en virtud de las razones indicadas por los expertos en la nota N° 3 que aparece en ese mismo numeral.

“No obstante, en la complementación a dicho dictamen, entregada el 13 de febrero pasado, los peritos reconocen que el Banco sufrió unos perjuicios por este concepto, los cuales aparecen valorados en los numerales 1 y 4 de su informe complementario, para un total de \$48.531.405 (\$16.537.064 más \$31.994.341).

“Dicha suma, sin embargo, dista mucho de la pérdida efectivamente sufrida por el Banco de la República a este

respecto (\$178.376.923), diferencia que se origina en el hecho de que los peritos no asignaron valor alguno a varias de las partidas que componen el rubro denominado “elementos a descontar instalados y que no cumplieron las especificaciones técnicas” (punto N° 4 de la complementación), por las razones indicadas por ellos en las notas aclaratorias 1 a 12, de las cuales se deducen graves errores de apreciación en que incurrieron los expertos en relación con los documentos aportados por el banco y los demás documentos y pruebas que hacen parte del expediente, tal como se demuestra a continuación:

“1.1. En cuanto a los ítems 22AA01 a 22AA16 “Tuberías y accesorios en acero para cambio de descarga de bombas”, los peritos no fijaron valor alguno, argumentando que *“se encontró factura por valor de \$9.806.116, sin el respectivo respaldo técnico, razón por la cual no la tuvimos en cuenta”*.

“Dicha conclusión es completamente equivocada, ya que en la carta de fecha del 22 de junio de 2001, literal f), de la firma Aire Caribe Ltda., que hace parte de los documentos entregados por el banco el 8 de enero de 2003, aparece el informe sobre los arreglos y ajustes que fue necesario hacer en estos elementos, lo cual constituye el sustento técnico del gasto que por valor de \$9.806.116 efectuó el banco.

“Para mayor claridad, se aporta de nuevo una fotocopia de dicha comunicación”.

“1.2. Con respecto al ítem denominado “Insonorización Plantas Eléctricas”, los expertos tampoco señalaron valor, por la razón indicada en la nota 11, es decir: *“solamente encontramos un cuadro comparativo de cotizaciones elaborado por Costco Ingeniería Ltda., y una relación sin sustentos referida a la insonorización por un valor total de \$61.896.080. Al no tener los sustentos suficientes nos abstuvimos de tenerla en cuenta”*.

“Sobre este punto, vale la pena aclarar que dicha obra (insonorización de las plantas eléctricas) no ha sido efectuada aún por el banco, motivo por el cual no existe factura alguna que pudiera ser aportada al expediente. Sin embargo, el valor de dicha actividad debe ser reconocido como perjuicio sufrido por el banco, dado que esa obra debía haberla realizado la firma constructora y no lo hizo, a pesar de que el Banco canceló al contratista el precio de las plantas eléctricas entregadas, tal como consta en las actas parciales de obra números 6, 8 y 10 del 17 de diciembre de 1998, el 25 de enero de 1999 y el 15 de abril de 1999, respectivamente, y el valor de la misma se incluyó como cantidad ejecutada en el acta de liquidación final de las cantidades de obra contratada y ejecutada.

Así mismo, en el acta N° 40 del comité de coordinación de septiembre 17 de 1998 se menciona lo siguiente: *“5. Análisis de informes. a) Planta a gas: El arquitecto Tono informa que la planta se encuentra en el puerto de Cartagena, completamente lista para ser montada, de aceptarse la propuesta de cambio de sistema de enfriamiento a radiador incorporado y de cabina insonorizada a insonorización en sitio, con un menor valor de US\$10.600, los cuales se confirmarán debidamente mediante oficio, para ser considerada su contrapropuesta”*.

“El contratista, mediante carta de septiembre 19 de 1998, formalizó su ofrecimiento de entregar la planta eléctrica a gas, *“con el objeto de instalarla con el radiador incorporado y la insonorización (sic, anota el memorialista) en el sitio”*. En relación con dicha propuesta, el banco, mediante la comunicación SG-A-35339 del 8 de octubre de 1998, aprobó el cambio solicitado, bajo la determinante de garantizar un adecuado funcionamiento y cumplir con los niveles de ruido permitidos. En el acta N° 50 de diciembre 10 de 1998 del comité de coordinación de obra se menciona *“4. Visita de obra. a) Planta y celdas: Se informa que se encuentran en la obra la planta a gas y una parte de las celdas —sin los transformadores—”*.

“Como se puede deducir de tales documentos, la insonorización de las plantas eléctricas constituía una actividad que estaba a cargo del contratista y que este no realizó a pesar de que el valor respectivo sí se incluyó dentro de las cantidades de obra contratada y ejecutada. Dado lo anterior, el costo de dicha actividad, que fue estimado por la interventoría con base en diferentes cotizaciones solicitadas, las cuales constan en los documentos aportados por el banco con el memorial del 8 de enero 2003, constituye un perjuicio económico efectivamente sufrido por el banco, que debe serle reconocido y valorado como tal.

“1.3. Con respecto a los ítems 22.064 y 22.065 “Piso Oficina y Corredor Pompeya”, los peritos tampoco estimaron valor alguno, argumentando (Nota 12) que el monto indicado por el banco ya estaba incluido dentro del total señalado por los mismos para el rubro denominado “sobrecosto para terminar la obra”, en el punto 3.1.2 de su

informe 23 de enero de 2003.

“No obstante, es del caso señalar que dicha conclusión es igualmente equivocada, toda vez que lo que aparece incluido a este respecto dentro del “sobrecosto para terminar la obra” es el mayor valor del área del piso que Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. Dejó de entregar a la terminación del contrato suscrito con dicha firma, mientras que el valor indicado por el banco dentro del rubro “Elementos a descontar instalados y que no cumplieron las especificaciones técnicas”, en los ítems antes mencionados, se refiere al costo en que la entidad incurrió para desmontar y volver a instalar el piso entregado, por la sociedad demandante, debido a que esta actividad fue mal realizada por dicha firma.

2. Determinación de la indexación y del costo de oportunidad del dinero sobre las sumas correspondientes a los perjuicios sufridos por el banco (numeral 5° de la complementación).

“Vale la pena mencionar, en relación con este aspecto, que los peritos calcularon la indexación de los valores históricos respectivos hasta el 31 de agosto de 2000, utilizando el incremento del índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE, y, de ahí en adelante, el costo de oportunidad del dinero sobre las sumas correspondientes, aplicando para ello la tasa determinada por dichos expertos (32.58% efectivo anual) en su informe del 23 de enero de 2003 (numeral 3.2.3).

“No obstante, tal como se mencionó en la objeción al dictamen rendido por los mismos peritos, en lo relacionado con la estimación de los sobrecostos presuntamente sufridos por el contratista, dichos expertos incurrieron en error grave en el cálculo del costo de oportunidad del dinero, consistente en tomar como fecha de partida para ello, el 31 de agosto de 2000, que corresponde, según ellos, a la fecha de terminación del contrato celebrado con Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., cuando dicho contrato finalizó efectivamente el día 30 de septiembre de 1999, como se puede observar de la simple lectura del contrato y de sus otrosíes.

“En consecuencia, la estimación del costo de oportunidad del dinero perdido por el Banco como consecuencia del incumplimiento del contratista, debe calcularse desde el 30 de septiembre de 1999 o desde las fechas en que se haya efectuado el gasto, según el caso, hasta el momento en que el nuevo perito que se designe entregue su dictamen”.

CAPÍTULO SEXTO

Los presupuestos procesales

El trámite reseñado en el acápite de antecedentes de este laudo indica que no existe inconveniente para que el tribunal pueda pronunciarse sobre la controversia, resaltando, además, que se encuentra en término para ello, puesto que la primera audiencia de trámite quedó surtida el 7 de noviembre de 2002, por lo cual el término arbitral inicial vencía el 7 de mayo de 2003 y con la ampliación del término del tribunal en 4 meses, contados a partir de la fecha de terminación del término inicial, solicitada por las partes vencerá el próximo 7 de septiembre de 2003.

El tribunal, a su turno, fue debidamente integrado e instalado y los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente cancelados por la parte convocada.

Adicionalmente, habiendo decidido el tribunal en forma positiva el tema de su competencia, mediante providencia que se halla ejecutoriada, está confirmado que la controversia planteada es susceptible de transacción, que las partes son plenamente capaces y están habilitadas para transigir.

Conforme a lo pactado en la cláusula compromisoria y lo solicitado de manera reiterada por el apoderado de la parte convocante este laudo se proferirá en derecho.

CAPÍTULO SÉPTIMO

El contrato

Previa invitación a ofertar que hiciera el Banco de la República en comunicación N° DEF 25325 de fecha 19 de agosto de 1997, el día 21 de noviembre de 1997 se suscribió el contrato N° 05119700 para a) “La adecuación del

edificio donde funcionaba la Sucursal de Cartagena del Banco de la República”, y, b) “La ampliación de dicha sede, que consistía en la construcción de un nuevo edificio en un terreno aledaño al del edificio original” ⁽¹⁾ . Fueron partes en el contrato, de un lado el citado banco, y de otro, actuando como contratista, la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., a cuyo cargo quedó la ejecución de la obra encomendada.

I. Algunos aspectos del contrato que destaca el tribunal

1. El objeto del negocio: De acuerdo con el contenido de la cláusula primera del contrato y en pos del fin propuesto, el contratista se comprometió al suministro de materiales y mano de obra para los trabajos generales de adecuación y ampliación del edificio de la sucursal del banco ubicada en Cartagena.

Adicionalmente se pactó en esta cláusula lo siguiente:

- a) La obra se realizaría por el sistema de precios unitarios fijos, sin lugar a reajustes de ningún tipo;
- b) El contratista actuaría en su propio nombre, bajo su dirección y responsabilidad, por su cuenta y riesgo, y
- c) A entera satisfacción del banco.

Todo lo anterior, siguiendo el texto de la cláusula en cuestión, ceñido a la propuesta de septiembre 9 de 1997 (emanada del contratista) y anexos, documentos que se tuvieron como parte integral del contrato, en cuanto no lo contradijeran.

2. En la cláusula segunda convinieron las partes que las cantidades de obra y sus precios unitarios fijos, los cuales utilizarían para determinar el valor total, serían los relacionados en la propuesta del contratista.
3. Cuando se habló de precio en la cláusula tercera se dijo que este resultaría de “multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el precio unitario fijo de ellas...” “sin reajuste de ningún tipo.” Y a renglón seguido se habló del precio total, teniendo en cuenta precisamente la propuesta del contratista, el cual se estimó en la suma de \$3.771.690.620.

En el párrafo de esta cláusula se estableció lo que incluía el precio, enumeración que a juicio del tribunal fue de naturaleza enunciativa, ya que, luego de haberse indicado tales aspectos, se concluyó diciendo “...y cualquier otro factor que tenga incidencia en el costo de la obra, como quiera que se trata de un contrato a precios unitarios fijos”.

4. Hay que destacar que en cuanto a la forma de pago establecida en la cláusula cuarta, se estableció en el párrafo primero que los pagos los haría el banco contra cuentas de cobro que llevaría el visto bueno del departamento de edificios del banco. Es decir, que cuenta que fuera aprobada por el departamento de edificios del banco, llevaba envuelta la satisfacción de este y por lo tanto su compromiso de pago.
5. En cuanto al plazo para la ejecución de los trabajos: en la cláusula quinta se pactó que la obra se realizaría en un plazo de 365 días calendario siguientes a partir del acta de iniciación correspondiente, previa legalización del contrato; y, en el párrafo primero, se indicó que el contratista se comprometía a ejecutar los trabajos en horas y días hábiles o inhábiles, previo acuerdo con el representante de la obra, del cual se indicó, en el párrafo siguiente, el número de teléfono en donde podía ser localizado.

También se dijo del plazo en el párrafo tercero de la misma cláusula, que este solo podría modificarse de común acuerdo cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se pudiera realizar normalmente la obra, circunstancia que debía ser alegada por el contratista. En todo caso, cualquier prórroga tendría que constar por escrito auténtico firmado por las partes.

6. Por virtud de la cláusula sexta, el contratista adquirió algunas obligaciones especiales, todas tendientes a que este terminara completamente las obras objeto del contrato. Por razón de ellas, el contratista debía efectuar un control semanal de los trabajos, para apreciar su desarrollo y prever el cumplimiento oportuno.
7. En la cláusula séptima se estableció que el contratista tenía que mantener limpios los sitios de trabajo, y, en punto de responsabilidad por el cumplimiento del contrato, debía responder hasta por culpa leve, según lo

establecido en la cláusula octava.

8. En las sucesivas cláusulas del contrato se hicieron una serie de pactos relativos a garantías, sanción penal compensatoria y moratoria, naturaleza del contrato, cesión, condición resolutoria, terminación anticipada, hasta llegar a la décima sexta, en la cual se pactó el compromiso.

9. En la cláusula décima séptima del contrato se pactó la obligación del contratista de informarle al banco sobre los avances de la obra, correspondiéndole a esta entidad señalar la fecha para el recibo y designar a quienes la representarían. De lo anterior debía levantarse un acta.

10. En la cláusula décima octava se consagraron las reglas para la liquidación del contrato y la procedencia de esta etapa.

11. Por último, en la cláusula décima novena, se indicaron como documentos del contrato:

a) La carta de invitación a proponer DEF-25325 de agosto 19 de 1997 y sus anexos emanada del banco.

Es del caso tener en cuenta previamente por el tribunal, que los anexos a los que se refiere este literal, eran, de acuerdo con los hechos quinto y sexto de la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, “todos los planos arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos y de aire acondicionado, etc., además las cantidades de obra a edificar en cada uno de los capítulos en que se dividía la construcción, y que sirvieron de base para la licitación...”.

b) La propuesta del contratista de septiembre 9 de 1997 y sus anexos, la cual se hizo precisamente con base en la documentación antes suministrada por el banco;

c) La comunicación de aprobación DEF-33004 de octubre 21 de 1997 y,

d) El régimen general de contratación del Banco de la República.

II. Modificaciones al contrato

1. Sucesivamente se suscribieron ocho otrosí, de los cuales seis tuvieron que ver con el valor del contrato y dos con la prórroga del término para su ejecución.

Tales modificaciones, suscritas de común acuerdo por los representantes legales de las partes intervinientes en el contrato, fueron del siguiente tenor:

A. Modificaron el valor del contrato, los siguientes otrosí:

a) El primero, identificado con el número 05119701, fechado el 25 de febrero de 1998;

b) El segundo, identificado con el número 05119702, fechado el 10 de julio de 1998;

c) El tercero, identificado con el número 05119703, fechado el día 22 de octubre de 1998;

d) El quinto, identificado con el número 05119705, fechado el 26 de enero de 1999;

e) El sexto, identificado con el número 05119706, fechado el 27 de mayo de 1999 y,

f) El octavo, identificado con el número 05119708, fechado el 02 de septiembre de 1999.

B. Modificaron el término del contrato, los siguientes otrosí:

a) El cuarto, identificado con el número 05119704, fechado el 18 de diciembre de 1998 y,

b) El séptimo, identificado con el número 05119707, fechado el 11 de junio de 1999.

2. En resumen, luego de suscritas las modificaciones que se le hicieron al contrato, el precio de la obra quedó en la

suma de \$4.608.776.419.00, al haberse incrementado con los nuevos valores que el banco le pagaría al contratista por los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra, según lo dicho en seis (6) de los ocho (8) otrosí anexos, es decir, en los otrosí de fecha 25 de febrero de 1998, 10 de julio de 1998, 22 de octubre de 1998, 26 de enero de 1999, 27 de mayo de 1999 y 2 de septiembre de 1999. En cuanto al plazo "...para la entrega de la totalidad de las obras, objeto del contrato" este fue prorrogado, según lo dicho en los otrosí números 05119704 de fecha 18 de diciembre de 1998 y 05119707 de fecha 11 de junio de 1999, inicialmente hasta el 27 de mayo de 1999 y luego hasta el 30 de septiembre de 1999, previéndose en el primero de estos dos otrosí que las obras del nuevo edificio y de los pisos 2º y 3º del antiguo, debían ser entregadas el 30 de junio de 1999.

3. Es entonces fundamental señalar que el contrato se encuentra integrado por el contenido del documento suscrito el 21 de noviembre de 1997 y por los otrosí que lo modificaron, formándose con ellos un solo cuerpo para regir en términos de ley las relaciones entre las partes.

CAPÍTULO OCTAVO

El planteamiento de la cuestión

Paralelamente a lo que las partes consignaban en los ocho (8) otrosí con los cuales se modificó el contrato, había una situación objetiva que alteraba las relaciones entre ellas. Según se supo, ya que ese fue el planteamiento del contratista en la solicitud de convocatoria del tribunal, esta sociedad padeció, durante la ejecución de la obra, los rigores del desequilibrio económico del contrato, el cual había sido propiciado por el banco por dos razones fundamentales: la primera por haberle entregado, junto con la invitación a licitar, unos planos arquitectónicos y estructurales con los cuales no se hubiera podido ejecutar la obra, lo que impuso que el banco los modificara ya iniciado el contrato, con la consecuente pérdida de tiempo para el contratista, quien no pudo comenzar en el tiempo previsto; la segunda, por las sucesivas modificaciones al objeto del contrato, consistentes en la inclusión de obras adicionales y mayores cantidades de obra, las cuales fueron pactadas entre las partes y canceladas a precios acordes con el momento.

Tales tardanza en el inicio de la obra por responsabilidad del banco, e inclusión de obras adicionales y mayores cantidades de obra en su beneficio, impusieron la necesidad de prorrogar el término inicialmente convenido (el cual vencía el 27 de noviembre de 1998), primero el 18 de diciembre de 1998 y luego el 11 de junio de 1999, pero sin modificar los precios de la obra inicialmente encomendada, los cuales se mantuvieron durante todo el tiempo de las prórrogas como si el contrato se estuviera ejecutando normalmente según la propuesta hecha por el contratista y aceptada por el banco en 1997. Ese desequilibrio económico se reflejaba en las necesarias erogaciones que tenía que hacer el contratista para ejecutar la obra durante las prórrogas del contrato, lo que condujo a su descalabro e imposibilidad de cumplir según el pacto.

También se supo que el interventor le hacía reparos a la ejecución de la obra, ya que, como luego se pudo ver con las actas de los comités de obra que fueron aportadas al proceso, aquel dejaba en ellas constancia de su preocupación por los atrasos que se producían en el avance de la obra, atribuibles según él al contratista, y por la deficiencia del personal que este empleaba, haciéndole recomendaciones para mejorar, de todo lo cual notificaba al banco.

Ahora: al parecer entre las partes hubo un principio de acuerdo tendiente a solucionar el desequilibrio económico alegado por el contratista en 14 peticiones escritas durante las prórrogas del contrato. En efecto, a folios 348 y siguientes del cuaderno de pruebas N° 2 traídas al proceso por el banco, se halla la comunicación N° DI-1500899 de fecha 30 de agosto de 1999 suscrita por el Arquitecto Fernando Torres Moreno, director r. interventoría y dirigida al Dr. Francisco Vargas en el Banco de la República, en la cual consigna su concepto sobre el tema. El aparte que por el momento interesa, es el siguiente: "...Antes de entrar en un detallado análisis, se debe dejar el precedente de que ya existían unas cifras concretas de una conciliación inicial, en la que el banco reconocía el pago de aproximadamente \$150' por concepto de mayores costos por cambio de año y por mayor permanencia en obra del personal administrativo, con el criterio y propósito de solventar de inmediato recursos para la obra —Comité 080 del 15 de julio de 1999—; a partir de ahí el constructor no satisfecho, ha informado en el siguiente comité de obra —Comité N° 081— sobre mayores costos a reclamar del orden de los \$360' millones adicionales, de los cuales no ha presentado un valor concreto pero si suspendiendo la obra, argumentando falta de recursos para

culminarla”.

De esta posibilidad de una conciliación inicial, dio luego cuenta el convocante en el hecho duodécimo de la demanda, el cual fue ambivalentemente respondido por el apoderado de la convocada, ya que, aun cuando comienza negándolo, luego acepta que sí existió tal posibilidad de conciliación.

Esa situación, que es el resumen de lo planteado en los extremos de la litis, condujo, según las probanzas, a que el primero de octubre de 1999 el banco, frente a la falta de entrega de la totalidad de la obra en los términos convenidos con el contratista en el penúltimo de los otrosí, procediera a levantar un “acta de estado de los trabajos” a 30 de septiembre de 1999, (entre otras cosas suscrita por el representante legal de la sociedad contratista) y a practicar una inspección judicial en asocio de peritos como trámite de una prueba anticipada, la cual llevó a cabo el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, todo con el propósito de determinar el estado de las obras ejecutadas hasta esa fecha por el contratista y preconstituírle la prueba del incumplimiento del contrato con miras a su terminación anticipada por dicha causa, para someterlo a la pertinente aplicación de las sanciones contractualmente estipuladas.

De su lado la sociedad contratista también elaboró en octubre de 1999 y remitió al banco junto con una comunicación de fecha 29 de noviembre de 1999, un documento denominado “resumen total de las cantidades de obra ejecutada – liquidación final del contrato”, según se indica en los hechos seis y siete de la demanda de reconvencción presentada por el Banco de la República en contra de la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., en concordancia con el hecho diecisiete, con lo cual daba cuenta de las obras que había ejecutado esa sociedad. A este punto también se refiere el hecho décimo cuarto de la reforma de la demanda principal hecha por la sociedad contratista.

Tal era a la sazón la temperatura del asunto. La inconformidad de ambas partes dejaba en claro que el pleito estaba casado, previéndose una demanda de cualquiera de ellas en procura de obtener el resarcimiento de los perjuicios que ya padecían y cuya culpa recíprocamente cada una le atribuía a la otra.

CAPÍTULO NOVENO

Consideraciones del tribunal

Los elementos propios de la responsabilidad civil contractual

Este tema debe abordarse a partir del concepto de la obligación y, primariamente del de derecho personal. Así, en el artículo 666 del Código Civil, encontramos la siguiente definición que nos sirve de aproximación: “Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las obligaciones personales”.

“Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento” ⁽²⁾ .

Como vínculo jurídico, la obligación coloca al deudor en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto del acreedor o de la persona a quien se halle diputado al efecto por la ley, el juez o la convención. Código Civil, artículos 1634 y siguientes.

Así, encontramos como elementos de la obligación, los siguientes:

A. El acreedor, o sea, el sujeto activo, el que tiene la facultad de exigir algo de otra persona. Para él la obligación es un derecho personal o crédito, un elemento activo de su patrimonio;

B. El deudor, o sea, el sujeto pasivo, el que está colocado en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa. Para él la obligación es una deuda ⁽³⁾ ;

C. El objeto de la obligación o sea la cosa debida, aquello que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor; es lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer.

“El rasgo característico de la obligación es su objeto: deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación. La prestación puede consistir tanto en un acto (positiva) como en una abstención (negativa), proyectable aquel en la entrega de un bien o en la atribución de un derecho real sobre él por tradición (dar, dare rem), o en un servicio (hacer). Igualmente, la prestación puede ser simple o compleja, esta porque prevenga varios actos o abstenciones o porque exija o prevenga la cooperación de varias personas” ⁽⁴⁾ .

Fuentes de las obligaciones

En nuestro derecho civil las obligaciones encuentran su fuente en el artículo 1494 del Código Civil: ora del cruce libre y espontáneo de las voluntades orientadas hacia una misma finalidad, como en los contratos o convenciones; o del hecho voluntario de la persona que se obliga; ya como resultado del hecho injurioso o dañoso que se le ha ocasionado a otra persona; ora, en fin, por disposición de la ley.

Es el contrato una forma del convención, del cual se generan obligaciones, es decir, el contrato es una fuente generadora de obligaciones que se radican en cabeza de cada una de las partes que voluntariamente han optado por él, y que los obliga aun en contra de su voluntad: Código Civil, artículo 1602.

Efectos de las obligaciones

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, según lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil.

El contrato, como generador de obligaciones, es la causa, por lo que la obligación es el efecto que proviene de esa causa. En un desarrollo lógico de la cuestión encontramos que la obligación también produce un efecto, el cual se traduce en la necesidad jurídica en que el deudor se halla de cumplirla, para lo cual la ley le da al acreedor ciertos derechos destinados a asegurar su cumplimiento, o dicho de otra manera, son los derechos que la ley confiere al acreedor, para exigir del deudor su cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando este no la cumpla en todo o en parte, o está en mora de cumplirla ⁽⁵⁾ .

Puede decirse que estos derechos son:

A. El principal es poder exigir en cuanto sea posible la ejecución forzada de la obligación. El deudor tiene sobre sí la carga del débito primario, cuya ejecución es su cumplimiento (el pago efectivo es la prestación de lo que se debe: C.C., art. 1626).

B. Puede, en segundo lugar, exigir indemnización de perjuicios. El deudor incumplido debe no solamente la obligación con la misma prestación “...de ser aún factible su ejecución, o convertida en dinero, sino que, además, se genera un nuevo crédito (adicional), por el valor de los perjuicios que dicho incumplimiento le haya ocasionado al acreedor. Con la posibilidad para el acreedor de pretender desde un principio el equivalente pecuniario y la indemnización de los perjuicios (...), o de llegar a esa pretensión ante el fracaso o la dificultad de la ejecución in natura intentada” ⁽⁶⁾ .

C. En algunos casos puede el acreedor solicitar y obtener la práctica de ciertas medidas cautelares autorizadas por ley, con el propósito de asegurar el pago futuro de la prestación debida.

Cuando la prestación se traduce en el deber de conducta positivo de hacer, la ejecución forzada podría dificultarse porque podría resultar imposible obligar a alguien a que hiciera algo, aún bajo apremios. Consiente de ello el

legislador estableció varias alternativas legales en el artículo 1610 del Código Civil, todas tendientes a solucionar el problema. Así encontramos que “si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas a elección suya:

- A. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;
- B. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; y
- C. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.

Indemnizar es dejar las cosas como estaban antes de causarse el daño o de ocurrir el siniestro. En punto de perjuicios, se puede decir que la indemnización persigue obtener del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que habría recibido el acreedor si aquel hubiera cumplido efectiva y oportunamente con su obligación.

La indemnización (traducida a dinero) tiene que ver con el estado de la obligación, es decir, puede ser compensatoria cuando el acreedor ha incumplido definitivamente su obligación o cuando solo la ha cumplido parcialmente, o moratoria, por el no cumplimiento oportuno de la obligación.

En este orden de ideas encontramos que para que se pueda válidamente reclamar indemnización de perjuicios, se requiere:

A. La infracción de la obligación

El deudor que viola su compromiso debe responder, queda sometido a las consecuencias desfavorables de su propia conducta. Y esa responsabilidad, deber de indemnización de perjuicios, “... comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”, en términos del artículo 1613 del Código Civil.

El daño emergente es el perjuicio que sufre el acreedor y que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. El lucro cesante es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplirla imperfectamente, o retardado su cumplimiento, en términos del artículo 1614 del Código Civil.

B. Que la infracción origine un perjuicio al acreedor

El fundamento del derecho a la indemnización es el daño o lesión que experimenta el patrimonio del acreedor. Si no hay perjuicio para el acreedor, no tiene porqué haber indemnización de perjuicios ⁽⁷⁾. Algunos autores sin embargo sostienen que no es necesario que se cause un perjuicio sino que basta con que se lesione injustamente el derecho de otra persona: “...toda disminución o supresión de un objeto patrimonial o extrapatrimonial de la víctima supone, necesariamente, la ocurrencia de un daño que afecta al titular del bien lesionado.” “...el daño será indemnizable cuando se lesionan las facultades jurídicas para exigir o recibir el beneficio que ha sido suprimido” ⁽⁸⁾.

El perjuicio debe ser entendido como “...toda disminución experimentada en el patrimonio del acreedor, sea que consista en una pérdida real y efectiva, sea que consista en la pérdida de una ventaja” ⁽⁹⁾. De todas maneras la opinión del tribunal es que si se persigue el cobro de una indemnización deben demostrarse los perjuicios, cualesquiera que sean y ser probados: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”, según lo preceptuado por el artículo 1757 del Código Civil.

El acreedor que alega que ha experimentado un daño en su patrimonio es quien debe probar la magnitud de ese daño. Sin embargo, hay dos excepciones: una en el caso de la cláusula penal a que se refiere el artículo 1599 del Código Civil: “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

La otra excepción es la de la regla 2ª del artículo 1617 del Código Civil: “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: el acreedor no tiene

necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo”.

C. La infracción debe ser imputable al deudor, es decir, debe provenir de un hecho suyo

Salvo el caso fortuito o la fuerza mayor que son hechos que no dependen de la voluntad del deudor y que por regla general lo exoneran de responsabilidad, la culpa y el dolo en cambio tienden a agravarla.

La culpa es la falta de aquel cuidado o diligencia que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho, supone negligencia o descuido.

El dolo, según el artículo 63 del Código Civil “...consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, propósito deliberado y exteriorizado.

No obstante que doctrinariamente la culpa ha sido dividida en contractual extracontractual, aquiliana o delictual, nos ocuparemos un poco de aquella, es decir, de la que se dice que se genera por la infracción de una obligación contractual.

La culpa contractual

A ella se refiere el título XII del libro cuarto del Código Civil denominado “Del Efecto de las Obligaciones”.

Proviene de un vínculo preestablecido y se genera por no cumplir cabalmente una obligación o en cumplirla imperfectamente; es la violación de un vínculo que debía ser cumplido por el deudor; la falta de cuidado o diligencia que ha debido emplearse en el cumplimiento de la prestación debida origina la culpa contractual.

Nuestro Código Civil, siguiendo al chileno, “...adoptó de lleno la clasificación tripartita de la culpa estudiada por Pothier en su “Tratado de las Obligaciones” ⁽¹⁰⁾. Así, en el artículo 63 se divide en tres clases: grave o lata, leve y levísima.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

La anterior división tiene importancia para determinar, según el artículo 1604 del Código Civil, el grado de culpa del cual debe responder el deudor en los diversos contratos, según sea la utilidad que estos reportan a las partes, es decir, según que el contrato reporte utilidad al acreedor, o solo al deudor, o a ambas partes. De ahí que la citada norma disponga en su inciso 1º que “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

“Llevada una cuestión de responsabilidad a los tribunales de justicia, el papel del juez, entonces, está perfectamente determinado: lo primero que debe hacer es averiguar a quien reporta utilidad el contrato, si el deudor ha empleado o no la diligencia o cuidado que le corresponda según la ley; y si del estudio que haga el juez, llega a la conclusión de que el deudor no ha empleado el cuidado a que está obligado por la naturaleza del contrato, tendrá que decir que el deudor ha violado su obligación, que hay culpa y que debe indemnizar los perjuicios” ⁽¹¹⁾.

Las reglas anteriores son supletorias de la voluntad de las partes, ya que, como lo dice la misma norma, “Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las

partes”.

La culpa contractual se presume: tercer aparte del artículo 1604. Cada vez que una obligación no se cumpla, se presume que se ha violado, porque el deudor lo ha querido, bastándole únicamente al acreedor la prueba de la existencia de la obligación: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo;” Es el deudor quien debe probar que no ha habido culpa de su parte.

D. Que el deudor esté constituido en mora

La mora puede definirse como el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación. No es suficiente el retardo, que es no haber cumplido en la época prefijada, sino que se requiere la mora, o sea la noticia legal o dada por el acreedor de que el retardo le está causando daño. La mora debe cumplir con los siguientes requisitos:

- A. El deudor debe estar atrasado en el cumplimiento de la obligación;
- B. Que ese atraso o retardo le sea imputable, es decir, que él sea culpable del mismo y,
- C. Que haya sido requerido, en los casos en que la ley así lo ordene (C.C., art. 1608).

Aquí cabe la previsión del artículo 1615 del Código Civil: “Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”. En concordancia con el contenido del artículo 1595 íbidem en materia de cláusula penal: “Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva”. “Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.” Lo anterior quiere decir, que cuando se vaya a demandar una indemnización compensatoria o moratoria, el deudor debe previamente ser constituido en mora.

Código Civil, artículo 1608:

“El deudor está en mora:

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

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

“— En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

En los eventos contemplados en los numerales 1º y 2º anteriores, no se hace necesaria la reconvenición, ya que esta legalmente se presume.

Pueden incurrir en mora tanto el deudor como el acreedor: el deudor al no cumplir con su obligación y, el acreedor, al no recibir en el tiempo oportuno la cosa que el deudor debe entregar.

Referido a los contratos

1. Las reflexiones del tribunal nuevamente se refieren al texto legal contenido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Debe decirse respecto de esta norma que ella entroniza el principio de la autonomía privada de la voluntad, el cual se fundamenta en el poder que tienen todas las personas de autodeterminarse y autorregularse para la satisfacción de sus intereses personales y privados, con la consecuencia consistente en que los actos realizados con tal propósito producen efectos jurídicos. Consagra además el principio de la obligatoriedad, ya que, luego de que el contrato ha sido legalmente celebrado, se convierte en una ley para las partes, lo cual, por exclusión, lo vuelve relativo solo a ellos y no a terceras personas.

El contenido del artículo 1602 del Código Civil se entrelaza con el del artículo 1603 ibídem, a cuyo tenor, “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

Los contratos deben ser interpretados conforme a las disposiciones del título XIII del libro IV del Código Civil, normas en las cuales se consagran reglas de hermenéutica que conducen a su verdadero sentido y que el intérprete debe aplicar ⁽¹²⁾ para encontrar el alcance y la significación de las estipulaciones, a fin de darle al acuerdo toda su eficacia dentro del marco legal escogido por las partes.

Parece ser que el Código Civil acoge el método subjetivo de interpretación de los contratos, lo cual se refleja en el contenido del artículo 1618, norma según la cual, “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Ahora bien, a esta intención puede llegarse por el camino del artículo 1501 del Código Civil, por virtud del cual en cada contrato se distinguen “...las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales”, para concluir si las estipulaciones esenciales y accidentales se ajustan o no a las disposiciones imperativas de la ley dentro de los parámetros del artículo 16 del estatuto citado. Por último debe tenerse en cuenta que en materia contractual la costumbre se traduce en cláusulas de uso común, según se desprende del segundo aparte del artículo 1621 ibídem, de acuerdo con el cual, estas “...se presumen aunque no se expresen”.

Hay sin embargo otras reglas de interpretación también plasmadas en el estatuto civil que nos ocupa, y ellas se encuentran vertidas en los siguientes artículos:

a) 1620, norma según la cual, “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Esta interpretación es conocida como interpretación lógica o interpretación a favor del contrato, y “...se apoya en el aforismo *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*”, que tiene su origen en un pasaje de Ulpiano en el Digesto. El intérprete debe, pues, tratar de entender las estipulaciones de las partes de manera que resulten válidas y eficaces, en cuanto ello sea posible” ⁽¹³⁾.

b) 1621, el cual consagra una interpretación atendiendo la naturaleza del contrato, y según el cual, “en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”.

c) 1622, según el cual “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

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

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

La anterior regla de interpretación es conocida como interpretación sistemática y conduce a esclarecer la verdadera intención de las partes en el contrato.

d) 1624: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

“Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

A esta regla de interpretación se le conoce como interpretación a favor del deudor, y obedece a la equidad y la buena fe. Con ella se quiere indicar que “...en las cláusulas ambiguas debemos atenernos a lo que es menos. Indica la regla que se presume fundamentalmente que se ha tomado la menor obligación, que se ha hecho la menor renuncia, que se ha consentido en la menor restricción del propio derecho” ⁽¹⁴⁾.

Especial aplicación tiene la regla “...en relación con los contratos de adhesión en que una de las partes contratantes

redacta tipos generales o formularios tipos de contratos a los cuales deben adherirse los demás si quieren contratar”⁽¹⁵⁾ .

2. En este proceso ninguna de las partes ha reclamado contra la legalidad del contrato ni ha intentado invalidarlo parcial o integralmente; tampoco ha sido atacada la legalidad de las cláusulas individualmente consideradas ni de los otrosí que luego se le hicieran al contrato, lo cual se percibe fácilmente de la lectura de las pretensiones y excepciones propuestas en las demandas y sus respectivas respuestas.

Como el tribunal no encuentra ninguna causa legal que invalide el contrato y que pueda decretar de oficio según lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, deberá atenerse a lo estipulado de mutuo acuerdo, de manera libre y espontánea por las partes capaces, dentro del marco de la reflexión y en procura de la justicia. Así mismo no se opone el contrato a la moral, ni al orden público, ni a las buenas costumbres, ni a la ley, por cuya razón el Tribunal lo acogerá y respetará sus términos para desatar la controversia: Código Civil, artículo 16 en concordancia con el contenido de los artículos 1519, 1523 y 1524⁽¹⁶⁾ . Adicionalmente, considera el tribunal que todas las cláusulas en él estipuladas obedecen a la práctica, a lo usual y a la libre convención entre las partes: C.C., arts. 6º, 9º 15, 16, 63, 64, 66, 67, 68, 1494, 1495 y ss., 1501, 1502 y ss., 1508 y ss., 1513 y ss., 1517 y ss., 1524 y ss., 1740 y ss. y demás normas concordantes. Código de Comercio, arts. 822, 823, 824, 863 y demás normas concordantes.

3. Las obligaciones nacidas del contrato celebrado entre las partes el día 21 de noviembre de 1997 tuvieron por objeto un deber de conducta positivo. En tal contrato se consagraron principalmente prestaciones de hacer y que, para el caso de la construcción de una obra, se tradujeron en una obligación de resultado que el contratista debía ejecutar en beneficio del banco, el cual tenía también de su lado el cumplimiento de ciertas cargas prestacionales que le imponían un deber de colaboración para la consecución del fin propuesto. Por ello puede decirse que el concepto de la bilateralidad también está presente en este tipo de prestaciones, es decir, que en él, según el artículo 1496 del Código Civil, “...las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Cada parte tenía efectivamente que cumplir con su respectiva carga prestacional, ya que eran recíprocamente deudora la una de la otra, pero, teniendo siempre presente, que había cierto tipo de obligaciones que previamente debían ser cumplidas por una de ellas, para darle así a la otra la posibilidad de cumplir con la suya: deber de carga recíproca.

4. Definidas como se encuentran en el contrato las partes y las cargas prestacionales en cabeza de cada una de ellas, valga repetir con la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de julio de 1963, lo siguiente: “Es principio general de derecho civil, que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos íntegra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido”.

5. Es claro para el tribunal que en este proceso se está debatiendo un caso de responsabilidad contractual. No obstante es necesario hacer referencia a la etapa previa al contrato para sancionar la conducta del banco, entidad que necesariamente franqueaba la puerta para la posterior ejecución: el banco era el dueño del terreno, y la invitación que hizo fue para que le hicieran una propuesta económica con base en los planos que él suministraba y luego el adjudicatario construyera la obra. El haber suministrado los planos compromete su responsabilidad, porque la invitación no fue para discutirlos, ni en procura del ingenio de los proponentes.

“Las etapas preliminares a la celebración del contrato deben estar regidas por la buena fe. Toda la teoría de la culpa in contrahendo (responsabilidad precontractual), la necesidad de que cada parte de a la otra las informaciones requeridas, la carencia de efectos a la reserva mental, etc., son aplicaciones particularizadas de la buena fe en la formación del contrato”⁽¹⁷⁾ .

“...en muchos casos el contrato no se forma en un momento único, sino que requiere ciertas etapas preliminares, por ejemplo la oferta, el que la recibe tiene confianza en la formación del contrato, si resuelve aceptarla” “...esta confianza puede ser lesionada por el hecho o culpa de uno de los contratantes...” “...el contrato...nace de manera imperfecta...” “Se trata de una responsabilidad especial, que no es necesario derivarla de la responsabilidad

contractual o de la extracontractual, sino simplemente del principio que manda que así como los contratos deben ejecutarse de buena fe, también debe procederse en su formación con buena fe, es decir, con las suficientes corrección y diligencia exigidas por los usos sociales”.

“Esta responsabilidad precontractual se fundamenta en que los contratantes, en la formación del contrato (es decir, en los actos preparatorios de él) deben obrar de buena fe, y esta buena fe obliga a los interesados a observar la diligencia exigible en el tráfico, imponiéndoles ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación” ⁽¹⁸⁾ .

Se adujo en el hecho sexto de la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, que el banco le suministró a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., “...todos los planos arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos y de aire acondicionado, etc., además las cantidades de obra a edificar en cada uno de los capítulos en que se dividía la construcción, y que sirvieron de base para la licitación y posterior construcción...”, lo cual hizo aquella entidad por medio de las comunicaciones números DEF 33966 de fecha octubre 30 de 1997 y DEF 36191 de fecha noviembre 19 de 1997, esta última contentiva de “...37 disquetes comprimidos, en msbackup y en zip de los 142 planos de adecuación y ampliación del Edificio de la Sucursal, de acuerdo con el cuadro anexo...” (fls. 21 y 22 del cdno. de pbas. N° 1 que contiene los anexos traídos al proceso por la parte convocante).

El suministro de los documentos a que hace referencia el hecho fue aceptado por el banco al responderlo.

a) El contrato le fue adjudicado a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. mediante Acta 81 de fecha octubre 14 de 1997 del Consejo de Administración de Banco de la República, lo cual le fue comunicado a esta sociedad por medio de carta N° 000079 DEF 33164 de fecha 21 de octubre de 1997 procedente de esta entidad (fl. 43 del cdno. de pbas. N° 1 que contiene los anexos traídos al proceso por la parte convocante); fue suscrito el día 27 de noviembre de 1997, según se puede comprobar con vista en el propio contrato que reposa en el expediente y, el 28 de noviembre de 1997, “...se hace entrega del anticipo al contratista, por lo cual se deja constancia que la fecha del acta de iniciación de los trabajos es a partir de la misma” (fls. 56 y 57 del cdno. de pbas. N° 1 que contiene los anexos traídos al proceso por la parte convocante).

b) Entre otras cosas afirmó el convocante, en el hecho octavo de la solicitud de convocatoria del tribunal, que el 27 de noviembre de 1997 recibió el fax N° 005657 por medio del cual se le comunicaba que podía ingresar al terreno los días 29 y 30 del mismo mes y año, aparte pertinente de este hecho que fue aceptado por el banco al responderlo.

c) Luego, según se pudo establecer por la información que reposa en el acta de comité coordinación N° 3 de fecha diciembre 4 de 1997 (fls. 65 y ss. del cdno. de pbas. N° 1 que contiene los anexos traídos al proceso por la parte convocante), es decir, ya en vigencia del contrato, “El arquitecto Rafael Tono explica al comité que existe una diferencia sustancial entre las medidas verdaderas del lote y el diseño de planos, presentando un levantamiento del lote acompañado de un ajuste del proyecto arquitectónico del primer piso, notándose desfases de ángulos, culatas y longitudes de hasta 90 cm.” Así fue también narrado en el literal a) del hecho octavo de la solicitud de convocatoria del tribunal, el cual fue aceptado parcialmente por el banco al responderlo.

Ahora bien, este punto debe ser adicionado primariamente con lo siguiente: según relata el convocante en los literales b) y c) del hecho octavo de la solicitud de convocatoria del tribunal y que con habilidad replantea la convocada al responderlos, la modificación de los planos arquitectónicos brindó la oportunidad de ajustar las medidas de los garajes necesarios para el estacionamiento de los nuevos camiones blindados de transporte de valores, y el cambio en la ubicación de las dos plantas eléctricas, las cuales inicialmente habían sido destinadas a la planta baja pero que, por la razón ya dicha de la modificación de los planos arquitectónicos, serían reubicadas en el tercer piso. Cabe incluir en este aspecto la respuesta dada a la pregunta número 9 que el día 15 de noviembre de 2002 le formulara el apoderado de la convocada al representante legal de la parte convocante:

“Pregunta N° 19: Por favor indique al tribunal qué porcentaje de la obra del edificio viejo y qué porcentaje del edificio nuevo fue modificada como consecuencia de los ajustes acordados por las partes en los primeros meses de vigencia del contrato?”

Declarante: “¿Qué porcentaje del edificio fue modificado?”.

Apoderado de la convocada: “¿Qué porcentaje de la obra del edificio viejo y del edificio nuevo fue modificada como consecuencia de los ajustes acordados por las partes en los primeros meses de vigencia del contrato?”.

Declarante: “El porcentaje de la obra del edificio nuevo diría que el 100% fue modificado y del edificio viejo todo el primero piso fue modificado. ¿Quiere que le diga por qué? La parte del primer piso no es cierto lo que dijo el Dr. Vargas cuando dijo que el error al correr lo que él dice primero de metros que fueron exactamente 95 centímetros el proyecto hacia adentro, para que las columnas no quedaran en la sala de los jesuitas obligó a sacar las plantas de ahí, no, las plantas que el banco tenía pensadas se presentaron más, resultaron más grandes que el sitio que el banco tenía destinado para encerrarlas. Aun si no hubiera habido errores en el tamaño del terreno las plantas no hubieran cabido en ese sitio, entonces eso hizo el banco colocarlas en un tercer piso, una placa de concreto que no estaba colocada, ese sobrepeso de las plantas que son gigantescas obligó a hacer nuevos cálculos estructurales, una reforma a los cálculos estructurales que ya estaban hechos por Luis Eduardo Cadena, porque eso fue después, porque inicialmente se iban a colocar en el segundo piso, se pasaron al tercero donde resiste una placa, los garajes hubo que ampliarlos, toda la zona de talleres hubo que pasarlas a otro piso, en fin, esos planos fueron completamente variados y diría que en un 100%, no fue una reformita arquitectónica como ustedes dicen, yo afirmo que fue el 100%”.

Puede adelantarse que sobre el punto también se pronunciaron los peritos ingenieros Guillermo H. Bernal Corredor y Alberto Cristancho Varela, al rendir el experticio que les fuera encomendado por auto N° 7 de fecha 3 de octubre de 2002, cuando respondieron la pregunta relativa a “Conceptuar sobre la modificación de los planos de la obra objeto del contrato”: tales auxiliares de la justicia se apoyaron en varias actas de comité de coordinación de obra.

Acta de comité de coordinación N° 3 de fecha 4 de diciembre de 1997, libro 1, folios 102 a 108: “Se establece la diferencia existente entre el lote y los planos arquitectónicos. Los espacios para parqueadero establecidos en los planos arquitectónicos, no cumplen con los espacios de maniobra necesarios para los carros blindados utilizados por el banco. Se establece, que si hay cambios en los planos arquitectónicos, los habrá en los planos de instalaciones eléctricas”.

“Enero 15 /98. Acta Comité de Coordinación N° 7 – Libro 4: El banco explica los motivos por los cuales se efectuaron los cambios en el proyecto arquitectónico, los cuales son:

“— El proyecto del edificio nuevo no cabe en el lote.

“— Los parqueaderos son estrechos para la maniobra de los carros blindados.

“— El espacio para las plantas eléctricas es insuficiente.

“Por lo anterior el Banco solicitará sean revisados los cálculos estructurales.

“Los asesores estructurales de las partes, están de acuerdo en que la placa flotante de cimentación, no garantiza un comportamiento adecuado de la estructura, por lo cual el Banco autoriza la cimentación con pilotes fundidos en sitio.

“Se define cimentar con pilotes fundidos en sitio”.

Y en las conclusiones:

“1. Los cambios en los diseños arquitectónicos, estructurales y de cimentación originales, se presentaron principalmente por:

“1.1. Arquitectónicos.

“1.1.1. El diseño arquitectónico no cabía en el lote.

“1.1.2. Los espacios para maniobrar los carros blindados utilizados por el banco eran insuficientes, lo que hizo

necesario la ampliación de estos”.

Este punto fue aclarado el día 10 de febrero de 2003 por solicitud del apoderado de la convocada, estableciéndose que “De acuerdo con el acta de comité de coordinación 3 de diciembre 5 de 1997, se determinó que los espacios para maniobra de los carros blindados deben tener un ancho mínimo de 4 m, por lo cual el banco se comprometió a la evaluación de este tema, para esto haría la respectiva consulta al diseñador estructural sobre los cambios que se deberían hacer y dice el diseñador que no hay problema en la ampliación de las luces y se compromete a rediseñar los pórticos, dependiendo de la verificación del lote y los nuevos planos arquitectónicos”.

“Acta de comité de coordinación N° 3, libro 1, folio 109, de diciembre 5 de 1997: “El banco determina rediseñar los parqueaderos para los carros blindados por lo cual se harán los respectivos cambios en los planos arquitectónicos.

“Por razones de espacio y ventilación se plantea ubicar las plantas eléctricas, encima de los parqueaderos (2° piso), para lo cual se debe revisar el diseño estructural y corregir el respectivo plano.

“La interventoría plantea al banco, la revisión de los planos arquitectónicos”.

Y en las conclusiones:

“1.1.3. El espacio inicialmente diseñado o contemplado para la subestación eléctrica, era insuficiente y no contaba con la ventilación adecuada, lo que motivó el cambio de sitio para el segundo piso”. Este punto fue aclarado el día 10 de febrero de 2003, por solicitud del apoderado de la convocada, en los siguientes términos: “Vale aclarar que no es la subestación eléctrica, sino las plantas eléctricas de emergencia. Acta de Comité de Coordinación 03 de diciembre 5 de 1997”.

Para el tribunal es claro que estos cambios fueron convenidos con el contratista, pero también lo es que ellos fueron en beneficio del banco y a costa del tiempo que corría en contra de aquel, sin discutir lo relativo al precio de estas nuevas obras, ya que, al parecer, los mayores valores que implicaron estas variaciones fueron cancelados por el banco al contratista. Ahora bien, también es claro para el tribunal que el hecho debe adicionarse con la circunstancia consistente en que las anteriores modificaciones, las narradas en los literales b) y c) del hecho octavo citado, implicaron la de las estructuras y los planos, y el reforzamiento de los cimientos, columnas y placas, según lo en ellos expresado por el convocante, obras todas en beneficio del mismo banco.

Esta primera advertencia del contratista, y que hizo relación a los planos arquitectónicos (“...y lógicamente que cuando hablamos de planos arquitectónicos tenemos que retomar todos los planos técnicos, aire acondicionado, sanitarios, eléctricos, todos...porque todos esos planos técnicos se basan en los planos arquitectónicos porque es la base, si la base falla todo lo demás falla automáticamente ⁽¹⁹⁾”), le impuso al banco la necesidad de ajustarlos a la realidad, lo que significó un “...considerable retraso...” ⁽²⁰⁾ del inicio de la obra con las naturales repercusiones en los precios de los elementos y mano de obra necesarios para la ejecución del proyecto previsto desde el comienzo.

A primera vista observa el tribunal que luego de esta advertencia por parte del contratista al banco, los nuevos planos arquitectónicos le fueron entregados a aquel el día 29 de diciembre de 1997 de acuerdo con la nota bitácora de obra de ese mismo día, a cuyo tenor se lee: “Se recibe en obra tres juegos de planos actualizados a la fecha, con las últimas modificaciones arquitectónicas, son remitidos inmediatamente a los contratistas, Arq. Tono e Ing. C. Pájaro.” Hay firma ilegible en señal de recibo (fl. 76 del cdno. de pbas. N° 1 arrimadas por la parte convocante).

Pero de otro lado se encuentra la carta N° DI-980368 de fecha marzo 5 de 1998, firmada por el señor Fernando Torres, Director R. Interventoría, de Costco Ingeniería Ltda. y dirigida al contratista, con la cual le hace entrega de los planos arquitectónicos y estructurales (fl. 344 del cdno. de pbas. N° 2 arrimadas por la sociedad convocada), carta que coincide en su fecha con la del comité coordinación 13 de marzo 5 de 1998 (fl. 122 y ss. del cdno. de pbas. N° 1 arrimadas por la parte convocante), a cuyo inicio, bajo el numeral 2. Entrega Información, se lee: El Ing. Guillermo Forero entrega a la interventoría y esta a su vez al Arq. Rafael Tono, los planos arquitectónicos y estructurales definitivos, acompañados de dos copias de fotografías ampliadas del vestíbulo original”. Es decir, con 96 días calendario luego de iniciada la vigencia contractual, le fueron entregados en definitiva al contratista los planos arquitectónicos ya corregidos, lo cual fue luego corroborado por los peritos ingenieros al rendir su

experticio el 20 de enero de 2003 y como tal se tendrá por el tribunal.

d) También manifestó el contratista en el literal d) del mismo hecho octavo de la solicitud de convocatoria del tribunal, que “...las memorias, cálculos y planos estructurales (...) también estaban equivocados, ya que presentaban errores graves, comprobados por un dictamen de varios ingenieros expertos en la materia ⁽²¹⁾, quienes conceptuaron que el edificio a construir, si se levantaba basado en los cálculos estructurales aportados por el Banco de la República ... antes mencionados, corría serios riesgos de agrietamiento o fisuras por asentamientos diferenciales, que ponían en peligro la estabilidad de la edificación con altísimas probabilidades de desplome”.

Es de observar que los cálculos y planos estructurales iniciales a los que se refiere este hecho, también fueron entregados por el banco al contratista antes de la celebración del contrato, o sea, durante la etapa precontractual, lo cual fue aceptado por el banco al responder el hecho sexto de la solicitud de convocatoria.

El banco, al contestar lo dicho en el literal d) anteriormente citado, negó el hecho, pero manifestó, entre otras argumentaciones, que “Los cálculos estructurales no fueron equivocados ni presentaron errores graves. Los cálculos a que alude el demandante, más que resaltar errores o fallas en los cálculos estructurales, manifestaba la conveniencia de no utilizar la cimentación del edificio con placa flotante, sino la cimentación sobre pilotes...”. No obstante el concepto de los Ingenieros Calculistas Carlos Pájaro y Antonio Cogollo ⁽²²⁾, “...colaboradores de la firma Ingenieros Profesionales Asociados, quienes desarrollaron el proyecto arquitectónico y estudios técnicos entregados por el Banco para el desarrollo de los trabajos que ejecutó la sociedad contratante...” “...ante la recomendación que hizo la sociedad constructora, el banco aceptó cambiar la cimentación por la de pilotes fundidos, que fue la que propuso el contratista”.

Sobre el punto también se manifestaron los peritos ingenieros, Guillermo H. Bernal Corredor y Alberto Cristancho Varela en el dictamen rendido el día 20 de enero de 2003:

“Acta de comité de coordinación N° 5 de 18 de diciembre de 1997, libro 1, folio 126: “El calculista estructural del proyecto, acepta que de acuerdo con las modificaciones arquitectónicas, hay que rediseñar todo el proyecto estructural”.

Y en las conclusiones:

“1.2. Estructurales y cimentación

“1.2.1. Debido a la necesidad de rediseñar arquitectónicamente el edificio, conllevó a la revisión del diseño estructural.

“1.2.2. Como conclusión de una serie de estudios y conceptos de los asesores estructurales del banco y del contratista, así como del diseñador estructural, se determinó por parte del banco el cambio del tipo de cimentación originalmente diseñada en una placa flotante, por cimentación sobre pilotes fundidos en sitio.

“La determinación anterior llevó a un nuevo diseño estructural del edificio”.

Este punto fue aclarado el 10 de febrero de 2003, por solicitud del apoderado de la convocada, en los siguientes términos: “Aunque el contratista fue quien solicitó la revisión del diseño de la cimentación, el banco después de atender esta solicitud y elevando la consulta pertinente a su asesor estructural, decidió cambiar el diseño originalmente propuesto”.

Lo cierto es que el banco modificó también los cálculos y planos estructurales durante la vigencia del contrato, según aparece en el libro de bitácora de obra, anotación de enero 16 de 1998 (fl. 113 del cdno. N° 1 de las pruebas aportadas por la convocante) y que los nuevos le fueron entregados definitivamente al contratista el día 2 de abril de 1998, es decir, 126 días después de haber dado inicio a las obras (fl. 118 del cdno. de pbs. N° 1 arrimadas por la parte convocante).

De lo anterior se saca que con los planos arquitectónicos y con los cálculos y planos estructurales inicialmente suministrados por el banco a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., participante en la licitación, no

hubiera podido hacer la construcción como la quería el banco en la invitación a licitar y que, el haberlos rectificado, trajo consigo pérdida de tiempo y modificaciones al contrato, ambas en contra del contratista.

Fue el banco quien condujo al contratista a que presentara una propuesta que este realmente no podía ejecutar en las condiciones y según sus necesidades consignadas en la invitación a licitar. El suministro de planos que contenían errores y equivocaciones, produjo un retardo en el inicio del contrato, lo cual, así pueda decirse que únicamente era predicable de la obra nueva y no de la de adecuación del edificio republicano, necesariamente desplazó el contrato en el tiempo, lo pospuso en cuanto al inicio de su ejecución y retrasó su culminación.

Ese atraso en el inicio de las obras generó un perjuicio para el contratista, el cual se reflejó en el cambio (aumento) de los precios en los que este había basado su propuesta y en el tiempo de ejecución de la obra. Si a lo anterior le agregamos la reforma de las memorias y cálculos estructurales y las mayores cantidades de obra y obras adicionales introducidas al contrato durante su ejecución, encontramos el origen del alud que condujo al desequilibrio económico sufrido por el contratista, produciéndole perjuicios.

Por ello no encuentra asidero el razonamiento hecho por la parte convocada en su alegato de conclusión al sustentar lo que él denominó “falta de nexo causal”, aparte en donde, con base en que el atraso por la rectificación de los planos solo afectaba la obra nueva, la cual debía ser entregada en un plazo de nueve (9) meses y no la adecuación del edificio republicano, para el cual había una previsión de doce (12) meses, sostiene que el contratista hubiera podido terminar holgadamente la obra durante 1998 o incluso, dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a dicho plazo por adición del término de vigencia de la propuesta, lo que llevaría a enero de 1999 y por lo tanto a la no causación de los perjuicios. Todo eso hubiera estado bien si no estuviéramos hablando también de la inclusión de obras adicionales y de mayores cantidades de obra, las cuales fueron muchas y muy variadas, según se puede ver de los anexos a los otrosí traídos al proceso y que se hicieron durante los años 1998 y 1999. No tiene explicación pretender que el contrato se terminara en 1998, cuando durante ese año y en 1999 se estaban ordenando obras adicionales y mayores cantidades de obra.

Era de cargo del banco que los planos arquitectónicos y estructurales estuvieran correctos; era un deber previo y necesario que el banco debía cumplir para que los invitados a licitar pudieran presentar sus propuestas en debida forma y luego ejecutar la obra, lo que le hace perder importancia al hecho de si fue el banco o un tercero encargado por él quien elaboró los planos. Lo anterior no significa que el banco no pueda reclamarles a quienes incurrieron en esa equivocación, pero lo cierto es que esta entidad debe asumir responsabilidad por ello en este proceso y sin que sea posible trasladársela a la sociedad contratista, la cual, hasta el momento de la licitación, solo tenía que ofertar según las necesidades del banco, en la medida en que fuera capaz de ejecutar la obra en ciernes, tal y como se lo había solicitado aquella entidad.

De lo anterior se deduce que de aquel error atribuible al banco en la etapa precontractual, se derivó su propio incumplimiento de la carga prestacional durante la ejecución del contrato, consistente en no haberle facilitado al contratista la ejecución de la obra en el tiempo y la forma inicialmente convenidos. El tiempo que el banco gastó en la rectificación de tales planos, corría en contra del contratista, con el retraso y las consecuencias ya conocidas.

No comparte entonces el tribunal el planteamiento hecho por el apoderado de la convocada al responder el hecho sexto de la demanda y en el alegato de conclusión, consistente en que el suministro de los planos correctos no era una obligación contractual del banco porque estos fueron entregados en la etapa previa al contrato, cuando aun no estaban atados por ningún vínculo, ya que lo cierto es que tales planos fueron el camino para poder licitar, conducían a la celebración del contrato proyectado y permitían su ejecución, al punto que formaron parte del contrato según el contenido de la cláusula décima novena del mismo. Es por ello que se puede decir que sin los planos no se hubiera podido invitar a licitar ni tampoco adelantar obra alguna.

Ahora, es el contratista quien resulta beneficiado con el mismo argumento esgrimido por la convocada, ya que, por no haber contrato a la sazón, esta sociedad no tenía por qué haberle advertido nada al banco en relación con su sospecha de que los planos eran incorrectos ⁽²³⁾ puesto que, se repite, el banco no lo llamó para discutir los términos del proyecto en ciernes (que era de su propiedad) ni de los planos (que eran de su autoría o cuando menos su elaboración fue encargada por él), sino para que licitara con base en ellos.

Llaman la atención del tribunal dos apartes de la declaración que rindiera el día 14 de febrero de 2003 el Ingeniero Antonio José Cogollo Ahumado al responder una pregunta que le hizo el apoderado de la parte convocante y que puede servir para abonar el punto:

Pregunta: “¿Si una persona jurídica o natural es invitada a participar de una licitación... y le suministran un anteproyecto del inmueble en donde se va a hacer la construcción, la edificación, esta persona que requiera... está obligado a contratar o debe confiar en lo que le suministra su contratante... para que él diga cuanto...?”

Respuesta: “Mire cuando una licitación se abre o un proyecto se lo entregan en una entidad como el Banco de la República uno cree en la veracidad de esos documentos, porque el ingeniero que calcula una estructura por ejemplo dice esta estructura la va a diseñar en un lote de 20 por 30 o al arquitecto le dicen necesito que me desarrollen este proyecto en... Cartagena y el proyecto está en Bogotá y me tienen que pagar un viaje a Bogotá porque yo necesito medir físicamente el terreno, no necesariamente, o sea que a mi me entregan un topografía que seguramente fue lo que le entregaron, se confía plenamente en eso, eso es lo común porque implica nuevamente hacer un levantamiento que tiene sus implicaciones y su costo que seguramente no lo tiene involucrado en su propuesta, él recibe una topografía para desarrollar un proyecto y tiene que hacer una topografía a un costo adicional y le dice a los señores dueños del proyecto necesito hacer una topografía porque yo no creo en esta, le van a decir usted tiene que creer en eso porque nosotros se lo entregamos”.

Preguntado: “¿Esa es la costumbre?”

Respuesta: “La costumbre es que cuando uno recibe una topografía cree en ella y todo arquitecto aquí se fundamente en la topografía que le entregó el dueño del proyecto, a veces por ejemplo se lo entregan y le dicen que él tiene que ir a tomar las fotografías allá, esa es otra cosa, pero si a mi me entregan ya la topografía tengo que ceñirme a lo que me entregan porque repito si tengo que otra vez volver a hacer topografía eso tiene un costo y seguramente la entidad no, si ya pagó un costo por una topografía no lo va a volver a pagar, eso es lo más seguro”.

Celebrado el contrato e incorporados en él los planos arquitectónicos y las memorias y cálculos estructurales, le corresponde al banco responder por cualquier inexactitud, y esa responsabilidad es contractual, sin que pueda escudarse diciendo que cualquier error estaría a cargo del contratista como lo hizo al responder el hecho octavo de la demanda con base en la cláusula estipulada en el pliego de condiciones, porque esta es una cláusula abusiva que pone al contratista en situación de indefensión e inferioridad y que conduce al desequilibrio contractual cuya indemnización precisamente ahora se reclama ⁽²⁴⁾ .

Ahora bien, supongamos qué hubiera ocurrido si la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. le hubiera advertido al banco en la etapa previa al contrato su sospecha en relación con que los planos estaban errados. Probablemente el banco los hubiera corregido, y ello hubiera significado posposición del término de la celebración del contrato y de su inicio, y por tanto, cuando este hubiera comenzado, tendría que haberse hecho con los nuevos valores, es decir, con los precios vigentes al momento de la celebración del contrato, pues de lo que se hubiera tratado era de la posposición en el inicio del contrato y por lo tanto de la obra, pero, con un precio que fuera el corriente en ese momento y que por lo tanto no dañaría al contratista.

Como una primera conclusión encuentra entonces el tribunal, que ese incumplimiento del deber de conducta positiva por parte del banco, es una de las causas que contribuyeron a la posposición del plazo del contrato durante todo el tiempo que duró el banco en la adecuación y ajuste de los planos arquitectónicos y estructurales. De ahí la importancia de la conducta desarrollada por aquella entidad durante la etapa precontractual, porque ella incidiría, según luego se verá, en el cumplimiento del banco de su carga durante la ejecución del contrato.

6. Etapa contractual. Aparte de las correcciones en los planos con su consecuencia negativa sobre el tiempo, el contrato fue luego modificado de mutuo acuerdo entre las partes capaces, las cuales suscribieron ocho otrosí. Con ellos convinieron incrementos de precio por mayores cantidades de obra y de obras adicionales, y prorrogaron dos veces el plazo para la entrega de la totalidad de las obras, tanto de la adecuación del viejo edificio como de la nueva edificación, incluidas las adicionales y mayores cantidades de obra, indicando en cada uno de los ocho otrosí que con ese propósito se suscribieron, que solo se alteraba de la contratación inicial lo que había sido objeto de modificación, quedando por tanto vigente, en los demás términos, el contrato original. Tales otrosí se

encuentran en el expediente, por haber sido aportados como prueba por ambas partes.

A. Se tratará primero el asunto del precio en relación con los otrosí: en este punto es necesario manifestar que los catorce planteamientos en relación con un posible reajuste del precio de las obras inicialmente contratadas y que fueron hechas por la sociedad contratista al banco en una época en ocasiones coincidente con aquella en la cual se suscribieron las modificaciones al contrato ⁽²⁵⁾, fueron temas que no se trataron en los otrosí, ya que, el incremento de precio a que estos se refieren, corresponde al valor de las obras adicionales y mayores cantidades de obra ordenadas y convenidas por las partes con posterioridad al contrato y no a un incremento en el valor por el que se contrató la ejecución de las obras iniciales, según se ve a continuación:

a) Los otrosí números 05119701 y 05119702, modificatorios ambos del valor de contrato, fueron suscritos por las partes los días 25 de febrero de 1998 y 10 de julio de 1998, respectivamente.

En el primer otrosí, es decir, en el distinguido con el número 05119701, se manifestó por parte del banco lo siguiente:

“Nos permitimos comunicarles que el Banco de la República, ha tenido a bien aprobar los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra al contrato de la referencia, mediante la modalidad de precios unitarios fijos sin lugar a reajuste de ningún tipo, en los siguientes términos: ...”.

Y a continuación se indicó precisamente en cuanto a la modificación, lo siguiente: “Precio: El valor estimado de las adiciones y mayores cantidades de obra es de \$27.053.062.00 m/cte., de acuerdo con el cuadro anexo, resultante de: a) mayores cantidades de obra y adicionales \$443.942.414.00. b) menos \$416.889.352, por concepto de obras contratadas que no se ejecutarán. En consecuencia el nuevo valor estimado del contrato asciende a la suma de tres mil ochocientos veintinueve millones setecientos cincuenta y nueve mil ochocientos veintitrés pesos (\$3.829.759.823)”.

El segundo otrosí, es decir, el distinguido con el número 05119702, fue precedido por la comunicación de fecha 23 de junio de 1998 procedente del banco y dirigida a la sociedad contratista, comunicación en la cual se le manifestó a esta algo igual a lo que ya se le había dicho en el primer otrosí:

“Nos permitimos comunicarles que el Banco de la República, ha tenido a bien aprobar los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra al contrato de la referencia, mediante la modalidad de precios unitarios fijos sin lugar a reajuste de ningún tipo, en los siguientes términos: ...”.

Y a continuación se indicó precisamente en cuanto a la modificación, lo siguiente: “Precio: El valor estimado de las adiciones y mayores cantidades de obra es de \$13.139.131 m/cte., de acuerdo con el cuadro anexo, resultante de: a) mayores cantidades de obra y adicionales \$200.421.622. b) menos \$187.282.490, por concepto de obras contratadas que no se ejecutarán. En consecuencia el nuevo valor estimado del contrato asciende a la suma de tres mil ochocientos cuarenta y dos millones ochocientos noventa y ocho mil novecientos cincuenta y cuatro pesos (\$3.842.898.954)”.

Debe dejarse establecido que hasta las fechas de los dos otrosí mencionados, es decir, hasta los días 25 de febrero de 1998 y 10 de julio de 1998, respectivamente, la sociedad contratista no había solicitado reajuste en el precio pactado para la ejecución de las obras originales.

b) El primer planteamiento sobre reajuste del precio por la ejecución de las obras originales, se halla en carta que la sociedad contratista le dirigiera al banco el 30 de septiembre de 1998. Cabe observar que el 22 de octubre de 1998, es decir, 22 días después, se suscribió entre las partes, de común acuerdo, el tercer otrosí, el número 05119703, con el cual se modificó el valor de contrato incrementándolo según lo allí expresado. Esta modificación, al igual que las anteriores, fue precedida por la carta fechada el 8 de octubre de 1998, dirigida por el banco a la sociedad contratista, con la cual se le comunicaba la aprobación de aquella entidad a los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra, asignándoles un precio.

c) Los planteamientos segundo a cuarto de reajuste del precio se hallan en sendas cartas que la sociedad contratista le dirigiera al banco los días 6 de noviembre de 1998, 25 de noviembre de 1998 y 22 de enero de 1999. Cabe

observar que el 26 de enero de 1999, es decir, 4 días después de la última de estas comunicaciones, se suscribió entre las partes, de común acuerdo, el cuarto otrosí relativo al incremento del precio, o sea, el número 05119705, con el cual se reajustaron algunos ítems del contrato por actualización del precio del dólar, e incrementando el precio según lo allí expresado. Esta modificación, al igual que las anteriores, fue precedida por la carta fechada el 21 de enero de 1999, dirigida por el banco a la sociedad contratista, con la cual se le comunicaba la aprobación de aquella entidad a los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra, asignándoles un precio.

d) Las solicitudes quinta a décima de reajuste del precio se hallan en sendas cartas que la sociedad contratista le dirigiera al banco los días 7 de febrero de 1999, 25 de marzo de 1999, 5 de abril de 1999, 15 de abril de 1999, 15 de abril de 1999 y 25 de mayo de 1999, respectivamente. Cabe observar que el 27 de mayo de 1999, es decir, dos días después de la última de las mencionadas solicitudes, es decir, la décima, se suscribió entre las partes de común acuerdo el quinto otrosí, el número 05119706, con el cual se modificó el valor de contrato incrementándolo según lo allí expresado.

Valga indicar que este incremento en el precio se hizo “...por concepto del cambio de especificaciones, trabajos nuevos y modificación de cantidades de obra” y que así fue señalado en la carta de fecha 24 de mayo de 1999 dirigida por el banco a la sociedad contratista.

e) Las solicitudes once y doce de reajuste del precio se hallan en sendas cartas que la sociedad contratista le dirigiera al banco los días 2 de julio de 1999 y 3 de julio de 1999, respectivamente. Cabe observar que el 2 de septiembre de 1999, es decir, dos meses después de la última de las mencionadas solicitudes, se suscribió entre las partes, de común acuerdo, el sexto otrosí, el número 05119708, con el cual se modificó el valor de contrato incrementándolo según lo allí expresado.

En este otrosí también se expresó, en la cláusula primera, que la modificación se hacía para “...incrementar el valor del contrato, por concepto de trabajos adicionales y mayores cantidades de obra,...”. Así fue señalado igualmente en la carta de fecha 8 de agosto de 1999 dirigida por el banco a la sociedad contratista.

f) Las solicitudes trece y catorce de reajuste de precio se hallan en sendas cartas que la sociedad contratista le dirigiera al banco los días 21 de septiembre de 1999 y 16 de noviembre de 1999. Para estas fechas ya no hubo ningún otrosí, pero en cambio se observa la existencia de los documentos conocidos como “Acta de los estados de los trabajos” elaborada por el banco el primero de octubre de 1999 y “resumen total de las cantidades de obra ejecutada – liquidación final del contrato”, elaborado por la sociedad contratista en octubre de 1999 y remitido al banco junto con una comunicación de fecha 29 de noviembre de 1999.

B. Tratemos a continuación el tema del plazo: en cuanto al plazo durante el cual debía la sociedad contratista ejecutar las obras encomendadas, encontramos que dos de los ocho otrosí que se suscribieron fueron para modificar el plazo inicialmente convenido entre las partes.

En términos de la cláusula quinta del contrato que nos ocupa, las obras encomendadas debían ser ejecutadas en un plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario siguientes, contados a partir del acta de iniciación correspondiente, previa legalización del contrato. Este plazo únicamente podría “...ser modificado de común acuerdo por las partes, si los trabajos no pudieran realizarse normalmente debido a fuerza mayor o caso fortuito...”, causas que debían ser “...alegadas por el contratista, mediante escrito dirigido al departamento de edificios de el banco a más tardar dentro de los tres (3) días calendario siguientes al insuceso.”. La validez de cualquier prórroga se hallaba sometida a que esta constara por “...escrito auténtico firmado por las partes”.

La sociedad contratista afirmó en el hecho cuarto de la solicitud de convocatoria del tribunal, que el plazo inicial era “...a partir del 27 de noviembre de 1997 y hasta el 27 de noviembre de 1998...”, mientras que el banco aclaró, al responder el hecho cuarto de dicha solicitud, que la “...iniciación de la obra fue el 28 de noviembre de 1997 y no la fecha informada por el demandante”, lo que conduciría a que el plazo en últimas venciera el 28 de noviembre de 1998. Esta última fecha debe tomarse por cierta teniendo en cuenta el documento de fecha 28 de noviembre de 1997 que obra a folios 56 y 57 del cuaderno de pruebas número 1 arrimadas por la sociedad convocante y al cual se hizo alusión anteriormente en la letra a) del literal A en la parte inicial de estas consideraciones.

a) Otrosí número 05119704, suscrito de común acuerdo entre las partes contratantes el 18 de diciembre de 1998, es decir, veinte días después del vencimiento del término inicialmente pactado: en él se convino principalmente, ya que los otros convenios que reposan en el mismo tienen que ver con las pólizas que consecuencialmente debían extenderse, ampliar la vigencia del contrato hasta el 27 de mayo de 1999, según se indica en la cláusula primera del mismo.

Las firmas impuestas en este otrosí se hallan reconocidas por las partes ante notario.

b) Otrosí número 05119707, suscrito de común acuerdo entre las partes contratantes el 11 de junio de 1999, es decir, quince días después del vencimiento del término de la primera prórroga: en él se convino prorrogar el término de contrato "...hasta el 30 de septiembre de 1999, para la entrega de la totalidad de las obras objeto del contrato", según se indica en la cláusula segunda del mismo, entendiéndose incluidas en él, no solo las inicialmente contratadas sino también las mayores cantidades de obra y obras adicionales que fueron introducidas por las partes en el contrato luego de su celebración.

Debe resaltarse que en el párrafo de dicha cláusula segunda se estableció el compromiso del contratista de "...entregar las obras del nuevo edificio, y de los pisos 2º y 3º del antiguo edificio, el día 30 de junio del presente año, de acuerdo con comunicación del contratista de mayo 25 de 1999, la cual forma parte integral del contrato".

Este otrosí también se halla reconocido ante notario por el representante legal de la sociedad contratista.

En ambas prórrogas del plazo puede leerse lo siguiente: "Las partes contratantes, de común acuerdo convienen: Modificar la cláusula quinta (5ª) del contrato original, dejando vigente sus párrafos, en el sentido de prorrogar el término del mismo hasta...". También se dice que procedieron de mutuo acuerdo, y esta es la causa que atiende el tribunal como suficiente para la modificación del plazo inicialmente convenido en el contrato.

C. Las obras adicionales. A ellas se hizo mención en el punto que se refiere a las modificaciones del contrato por el incremento del precio. Sin embargo, en este punto se vuelve sobre ellas, para indicar el momento en que surgieron, cuales fueron y en donde fueron aceptadas por ambas partes. Estas obras adicionales fueron ordenadas por el banco durante la ejecución del contrato, aun cuando convenidas con la sociedad contratista, lo cual era natural, por ser ajenas al inicial objeto del contrato. Se encuentran como anexos justificativos de los seis otrosí que tuvieron que ver con el incremento del precio, esto es, en los siguientes documentos con su correspondiente fecha, valga la repetición, la cual es conveniente para precisión del asunto:

a) Otrosí N° 05119701 de fecha 25 de febrero de 1998, documento que obra como prueba a folio 8 y ss. del cuaderno de pruebas N° 2 aportado al proceso por la parte convocada. Como anexos, a folios 9 y 10, se halla la descripción de las mayores cantidades de obra y de las obras adicionales que, por virtud del mencionado otrosí, debía ejecutar la contratista en beneficio del banco. Allí también se indica el precio total de ellas con el cual se incrementaba el contrato, pero, referidas únicamente a tales obras adicionales y mayores cantidades de obra.

b) Otrosí N° 05119702 de fecha 10 de julio de 1998, documento que obra como prueba a folio 12 y ss. del cuaderno de pruebas N° 2 aportado al proceso por la parte convocada. Como anexos, a folios 13 al 16, se halla la descripción de las mayores cantidades de obra y de las obras adicionales que, por virtud del mencionado otrosí, debía ejecutar la contratista en beneficio del banco. Allí también se indica el precio total de ellas con el cual se incrementaba el contrato, pero, referidas únicamente a tales obras adicionales y mayores cantidades de obra.

c) Otrosí N° 05119703 de fecha 22 de octubre de 1998, documento que obra como prueba a folio 19 y ss. del cdno. de pruebas N° 2 aportado al proceso por la parte convocada. Como anexos, a folios 18 al 23, se halla la descripción de las mayores cantidades de obra y de las obras adicionales que, por virtud del mencionado otrosí, debía ejecutar la contratista en beneficio del banco. Allí también se indica el precio total de ellas con el cual se incrementaba el contrato, pero, referidas únicamente a tales obras adicionales y mayores cantidades de obra.

d) Otrosí N° 05119705 de fecha 26 de enero de 1999, documento que obra como prueba a folio 27 y ss. del cdno. de pruebas N° 2 aportado al proceso por la parte convocada. En este otrosí se trataron dos temas: el primero tuvo que ver con la actualización del precio de dólar en los ítems 17.05 grupo electrógeno a gas, 18.01.01 y 7.05 A grupo electrógeno a diesel; el segundo tema tuvo que ver con mayores cantidades de obra y de las obras

adicionales que, por virtud del mencionado otrosí, debía ejecutar la contratista en beneficio del banco. Allí también se indica el precio total de ellas con el cual se incrementaba el contrato, pero, referidas únicamente a tales obras adicionales y mayores cantidades de obra. Folios 28 a 36 del cuaderno de pruebas N° 2 traídas al proceso por la convocada.

e) Otrosí N° 05119706 de fecha 27 de mayo de 1999, documento que obra como prueba a folio 38 y ss. del cuaderno de pruebas N° 2 aportado al proceso por la parte convocada. Como anexos, a folios 39 al 43, se halla la descripción de las mayores cantidades de obra y de las obras adicionales que, por virtud del mencionado otrosí, debía ejecutar la contratista en beneficio del banco. Allí también se indica el precio total de ellas con el cual se incrementaba el contrato, pero, referidas únicamente a tales obras adicionales y mayores cantidades de obra.

f) Otrosí N° 05119708 de fecha 2 de septiembre de 1998, documento que obra como prueba a folio 47 y ss. del cuaderno de pruebas N° 2 aportado al proceso por la parte convocada. Como anexos, a folios 49 al 55, se halla la descripción de las mayores cantidades de obra y de las obras adicionales que, por virtud del mencionado otrosí, debía ejecutar la contratista en beneficio del banco. Allí también se indica el precio total de ellas con el cual se incrementaba el contrato, pero, referidas únicamente a tales obras adicionales y mayores cantidades de obra.

Las únicas modificaciones del contrato que no hicieron referencia a mayores cantidades de obra y a obras adicionales, fueron los números 05119704, de fecha 18 de diciembre de 1998, y 05119707, de fecha 11 de junio de 1999, los cuales se refirieron a la prórroga del plazo contractual, con el objetivo —colige el tribunal— de permitir la ejecución de la totalidad de las obras: es decir, de las inicialmente pactadas y de aquellas con las que se modificó el objeto del contrato, o sea con las posteriormente convenidas.

No obstante que el apoderado de la parte convocada se ha esforzado en hacer caer en la cuenta al tribunal de que la modificación en los planos arquitectónicos y estructurales solo afectaron la obra nueva y no la remodelación del edificio republicano, el cual tenía una programación diferente, es decir, que ella no resultaba alterada por el problema que se había presentado con la nueva edificación, pudiendo perfectamente haberse ejecutado por separado ya que —entre otras cosas— era la ruta crítica del proyecto, y, su ejecución, en términos de la propuesta presentada por el contratista, tardaría 12 meses, debe repetirse que, contrario a esta afirmación, encontró el tribunal las obras adicionales que debió realizar el contratista en precisamente en el edificio republicano, como fueron, según lo arriba dicho, el techo, el piso y la bóveda, los cuales fueron cambios que afectaron la inicial programación, por toda la incidencia que sobre la obra en general tuvieron. Ahora, echa de menos el tribunal, en punto de obras adicionales, que no hubo suficiente claridad en torno de cuales obras adicionales y mayores cantidades de obra se realizaron en la nueva construcción y cuales en el edificio republicano, lo cual hubiera facilitado la apreciación del problema y la graduación en cuanto a la demora en el tiempo, por cuya razón habrá que atenerse a la prueba documental.

Seguramente que algunas obras adicionales y/o mayores cantidades de obra fueron más dispendiosas, más voluminosas y más determinantes de la modificación del contrato que otras. Al haberlas encontrado el tribunal discriminadas en los respectivos otrosí estaría relevado de ahondar más en ellas, puesto que, ya estando determinado que hubo incremento del precio referido a estas mayores cantidades de obra y obras adicionales, lo que quedaba por ver era si ellas habían sido o no los motivos de las prórrogas, lo cual ya está establecido.

Con todo, se repite que hay que destacar algunas modificaciones al contrato original que tienen que ver con el aspecto de las obras adicionales y mayores cantidades de obra sobre el edificio republicano y que también produjeron el efecto perjudicial en cuanto al tiempo que corría en contra del contratista, ya que su ejecución le implicó este una dedicación especial. Ellas quedaron claras con la documentación aducida como prueba junto con la demanda, la cual no fue destruida por la parte contraria.

Así encontramos:

a) Nueva cubierta para el antiguo edificio. La existencia de esta adición al contrato fue argumentada por la parte convocante en el segundo párrafo de la respuesta a los hechos segundo a quinto de la demanda de reconvención. De la orden de su construcción se tiene noticia a partir del folio 8 del documento enviado el 19 de julio de 2000 por el contratista a Seguros del Estado, el cual fue aportado al proceso como prueba por esta parte (cdno. 1). Según

se indica en ese documento, la nueva obra consistió en "...el desmonte total de la cubierta o techo de madera y lámina de asbesto cemento tipo "Española" del edificio republicano para reconstruirla en estructura metálica y teja de barro sobre lámina ondulada de asbesto cemento Eternit N° 7...", decisión que fue tomada "...finalizando el mes de diciembre de 1997..."

Continúa el convocante en la argumentación plasmada en dicha carta con un hecho que es importante para el proceso puesto que incide en la suspensión de unas obras y por contera en la pérdida de tiempo que reflejó sus efectos en la necesidad de la prórroga del plazo: "Las obras de restauración del tercer piso del edificio republicano estaban ya en plena ejecución y la decisión final se aprueba dos (2) meses después, ya iniciándose la estación de lluvias y como los funcionarios y empleados del banco laboraban normalmente en los pisos primero y segundo del mismo edificio, se hace necesario construir sobre techos provisionales y trabajar por sectores, lo que imposibilitó un rendimiento eficaz. Y aun así el agua en dos ocasiones especialmente, penetró hasta el segundo piso pasando obviamente por el tercero y dañando muchos trabajos que ya teníamos concluidos o avanzados e incluso deteriorando varios equipos electrónicos que tuvimos que pagarle al banco. Esto motivó a nuestra firma a suspender los trabajos del tercer piso que fueran susceptible de daño por agua hasta tanto los de la nueva cubierta estuvieran lo suficientemente adelantados para garantizar la impermeabilidad".

Lo así dicho concuerda con el primer otrosí que se le hiciera al contrato, es decir, con el número 05119701 de fecha 25 de febrero de 1998, en cuyo anexo, el cual reposa a folio 9 del cuaderno N° 1 de las pruebas aportadas por el convocante, bajo el literal b) referente a obras adicionales, ítem N° 5 se lee: Cubierta... y se le señala un precio.

Así mismo se encuentran otros documentos referidos a esta nueva obra, como son la carta N° 9712025 de diciembre 26 de 1997, el Acta 9 del comité de coordinación de fecha febrero 5 de 1998 y la nota del libro bitácora de obra de fecha marzo 3 de 1998, documentos que obran a folios 128, 129 y 131 del cuaderno N° 1 que contienen las pruebas aportadas por la convocante.

También se refiere a este hecho el representante legal de la parte convocante en la respuesta a la sexta pregunta que le formulara el apoderado de la convocada en el interrogatorio de parte llevado a cabo el día 15 de noviembre de 2002: "...hay un error en la respuesta del Arquitecto Vargas cuando dice que fui yo quien descubrió que el techo estaba en muy mal estado, no, el banco quiso remodelar el techo y me propuso a mi que le diera solución a eso, la solución entre ellos se demoró tres meses en decidirla y presenté no se cuantas veces la propuesta y la decisión si la tomaban, no la tomaban y vino la época de lluvias y toda la programación del edificio existente se atrasó considerablemente por las lluvias, sobre todo ese programa que yo había hecho inicialmente y donde no estaba incluido el techo..."

b) Cambio de los pisos del Edificio Republicano. El 17 de julio de 1998, según da cuenta el acta del comité de coordinación N° 31, aparece la propuesta de cambiar los pisos del tercer piso del edificio republicano. Es de observar que los pisos inicialmente se habían contratado de una forma y luego, para esa época, el banco decide cambiarlos por otros. Esta obra figura como obras adicionales y mayores cantidades de obra en el documento que se encuentra a folio 21 y ss. del cuaderno de pruebas N° 1 traídas por la parte convocante, como anexo del otrosí N° 05119703 de fecha 22 de octubre de 1998.

Respecto de estos dos ítems, es decir, del cambio del techo y del piso del edificio republicano, se encuentra la respuesta dada por el representante leal de la sociedad contratista a la pregunta número 20 del interrogatorio de parte que le formulara el apoderado de la convocada el día 15 de noviembre de 2002:

"¿Diga si es cierto o no que las siguientes modificaciones de la obra fueron propuestas por esa firma y el motivo por el cual en los comités de coordinación de obra, la estructura de la cubierta y el cambio del piso en el edificio?"

Declarante: "Eso fue propuesto por el banco, no por mi, lo acabo de decir hace poco, la cubierta, me llevaron a mi a que viera cómo estaba, segundo, la de los pisos tan no lo propuse yo que tenía a baldosa de granito comprada, la nueva, la especificada en el contrato, la tenía comprada".

c) A más de la demolición de la bóveda del edificio republicano a que el contratista se había comprometido por el contrato según el ítem 1.02 del cuadro descriptivo que obra como anexo del contrato firmado entre las partes a

folio 45 del cuaderno N° 1 de las pruebas aportadas por la convocante, este tuvo que demoler otra bóveda para construir una de mayor tamaño que la prometida, en reemplazo de ambas, y rodearla con muros de concreto reforzado, los cuales también constituyeron una adición contractual.

Estas obras son mencionadas en los anexos de los otrosí números 1 y 2 bajo los ítems de mayores cantidades de obra y obras adicionales, modificaciones fechadas los días 25 de febrero de 1998 y 10 de julio de 1998. El contratista se refiere a ellas en la documentación relacionada a folio 10 del cuaderno de pruebas N° 1 que anexo a la solicitud de convocatoria del tribunal, y aparecen en las siguientes actas de comité de coordinación:

- Número 16 – Libro 4, anotación de fecha 26 de marzo de 1997.
- Número 21 – Libro 4, anotación de fecha 6 de mayo de 1998.
- Número 23 – Libro 4, anotación de fecha 20 de mayo de 1998.
- Número 41 – Libro 1 – Folio 135, anotación de fecha 24 de septiembre de 1998.

D. Los reclamos del banco por medio de la interventoría al contratista. Básicamente tienen que ver con atrasos en la ejecución de la obra y reparos al personal utilizado en su ejecución, reclamos que reposan en muchas de las actas de comité de obra durante 1998 y 1999, documentos que fueron aportados como prueba, y que, si se miraran como incumplimientos imputables al contratista, también tendrían que tomarse en cuenta para la calificación de las causas de las prórrogas del plazo contractual con su natural incidencia sobre el reajuste de precios reclamado.

Con base en los requerimientos hechos por el interventor a la sociedad contratista soportó su defensa la parte demandada al responder la demanda; también se valió de ellos al demandar en reconvencción y, finalmente, en el alegato de conclusión.

Pero el tribunal considera que la causa de esas fallas fue el desequilibrio económico del contrato y que ellas, por sí solas, no fueron suficientes para producir los 10 meses de atraso que sufrió el contrato. Fueron además toleradas y auspiciadas por el banco, ya que, si se repasa las fechas de las actas de los comités de obra en donde reposan los requerimientos de la interventoría, todas fueron hechas entre febrero de 1998 y agosto de 1999, casi mensualmente, y coincidentes con los otrosí que ordenaban mayores cantidades de obra y obras adicionales. No debe olvidarse que el banco era la parte fuerte y la que hubiera podido hacer uso de los mecanismos legales para ponerle coto a esa situación. Tal vez el banco consideraba que una manera de evitar problemas judiciales y solicitudes de reconocimientos económicos era posponiendo el contrato en el tiempo y ordenando mayores cantidades de obra y obras adicionales, en vez de rescatar a la parte que estaba sufriendo los estragos de las dificultades económicas y por ello arrastrada a no poder cumplir. Sobre esto se volverá un poco más adelante al referirse el tribunal a la declaración del representante legal de la interventoría.

Ahora bien, volviendo al aspecto vertebral del asunto, en primer lugar debe decirse que al haber convenido las partes de mutuo acuerdo las prórrogas del inicial plazo contractual, lo cual está así dicho en cada uno de los dos otrosí, se da por sentado que aceptaron las causas de la misma, lo que releva al tribunal de tener que estudiar si las prórrogas fueron ocasionadas o no por fuerza mayor o caso fortuito. Esa era una demostración que debía hacer el contratista para obtener tal beneficio según los términos del párrafo tercero de la cláusula quinta del contrato en comento y que ahora deben tomarse —los otrosí que contienen las prórrogas del plazo— como parte integral del contrato.

Sostiene el tribunal, como segunda conclusión, que otra de las causas de la prórroga del plazo contractual fue la inclusión de mayores cantidades de obra y obras adicionales que debieron ser ejecutadas por el contratista en beneficio del banco, por lo cual no resultó suficiente el término inicial, ni aun sumándole aquel que se tomó el banco modificando los planos arquitectónicos y los cálculos estructurales: obsérvese que la primera de las mencionadas prórrogas reposa en el documento distinguido con el número 05119704, de fecha 18 de diciembre de 1998, cuando ya se había suscrito tres otrosí que incrementaban el precio por la inclusión de nuevas obras y obras adicionales; así mismo, la segunda modificación que tiene que ver con el término reposa en el documento numerado 05119707 y fue suscrita por las partes el día 11 de junio de 1999, es decir, con posterioridad al quinto otrosí que modificaba el precio por “...cambio de especificaciones, trabajos nuevos y modificación de cantidades

de obra”, suscrito el 27 de mayo de 1999.

Los peritos ingenieros, Guillermo H. Bernal Corredor y Alberto Cristancho Varela, al rendir su experticio, manifestaron en punto de conclusiones, lo siguiente:

“Los cambios arquitectónicos, estructurales y de cimentación, afectaron el desarrollo normal de la obra en:

“Cambio en la programación de obra.

“Reprogramación de los recursos en cuanto a personal, materiales y equipos de obra.

“Suspensiones temporales de las actividades, no encaminadas a cumplir con el objeto del trabajo contratado, tales como:

“2.3.1. Concreto ciclópeo

“2.3.2. Demolición del concreto ciclópeo en los sitios de ubicación de los pilotes

“Reprogramación en la instalación de equipos importados por la ampliación de la fecha de iniciación de obra.

“La falta de continuidad de obra. Esta falta de continuidad implicó cambios permanentes en los equipos de trabajo del Contratista, teniendo que contratar y liquidar personal.

“Afectación para el inicio normal de los trabajos en la parte de obras eléctricas, aire acondicionado, etc.”.

Adicionalmente colige el tribunal que la inclusión de nuevas obras y mayores cantidades de obra, con un precio ajustado a la realidad del momento, y las prórrogas del término inicialmente convenido, significaron modificaciones del contrato original, las cuales no tuvieron en cuenta los precios convenidos por la obra primeramente contratada, para incrementarlos, bajo el entendido de que el contrato indicaba en la cláusula tercera que este era por “precios unitarios fijos sin lugar a reajuste de ningún tipo”, y que en su párrafo, además de indicarse qué incluía dicho precio, se estableció que este cobijaba “...cualquier otro factor que tenga incidencia en el costo de la obra, como quiera que se trata de un contrato a precios unitarios fijos”.

Se considera que el contenido de esta cláusula bien podría ser aplicable en la medida en que el contrato se hubiera desarrollado normalmente según lo convenido, es decir, con planos idóneos para la ejecución del contrato, sin inclusión de obras adicionales ni de mayores cantidades de obra y por ende, sin prórrogas, ya que, en un caso como el que se plantea, de haber aumentado los precios, le hubiera correspondido indefectiblemente al contratista asumir esa variación, por que se suponía que él debía estar preparado, desde la propuesta de 9 de septiembre de 1997, para una eventualidad de esa naturaleza durante el año de 1998 que era en el cual normalmente y con cierta holgura se debía ejecutar la obra. Pero no puede mantenerse la rigidez de tal principio cuando el contrato se desarrolla de una manera anormal, ya que, primero, la vigencia del término contractual comienza adoleciendo el contrato de un error, o sea con planos que no se ajustaban a la realidad y, segundo, el banco ordenó —convenidas o no con el contratista, lo cual para el caso es irrelevante— que se hicieran obras adicionales y mayores cantidades de obra para su propio beneficio, las cuales, no obstante haber sido pagadas con precios acordes a la realidad del momento, no compensaban el desequilibrio económico ocasionado y del cual se queja el convocante.

Para el tribunal las obras adicionales y las mayores cantidades de obra que el contratista ejecutó en beneficio del banco modificaron el contrato en favor de esta entidad, cambiaron los términos de la invitación a licitar y le impusieron al contratista obligaciones económicas adicionales referidas a la obra inicialmente contratada, que, por no haber sido reconocidas por el banco, le tocó a aquel asumir con sus propios recursos, como fue el mayor valor de los precios de las obras iniciales en un tiempo diferente del principalmente pactado. Ese desequilibrio contractual fue la causa real y directa del daño económico cuya indemnización con razón reclama el contratista, lo que lo llevó a que no cumpliera con la totalidad del contrato en los términos estipulados ni con los requerimientos que le hacía el banco por medio de la interventoría. Ese daño será resarcido por el tribunal, con las graduaciones y en la medida que adelante se indicarán, previos los ajustes a las pretensiones del contratista.

Lo dicho en relación con las modificaciones del contrato, lo que impone por lo tanto el reconocimiento del ajuste

del precio inicial según lo pedido por el convocante, se ve reforzado con el contenido de la cláusula segunda de este documento en donde se estableció, en relación con las cantidades de obra y precios unitarios, que “Las cantidades de obra contratadas y sus correspondientes precios unitarios fijos, que las partes acuerdan utilizar para determinar el valor total de la obra, son los relacionados en la propuesta de el contratista de septiembre 9 de 1997 y anexos”. Luego al haberse incluido con posterioridad a la celebración del contrato mayores cantidades de obras y obras adicionales, se produjo la modificación del contenido de esta cláusula, ya que ellas conducían a la variación del valor de las obras inicialmente contratadas y de las cantidades de obra que tendrían que ser tenidas en cuenta por las partes para la liquidación final del contrato.

CAPÍTULO DÉCIMO

La prueba testimonial

Los testigos escuchados por solicitud del contratista

Francisco Javier Vargas Serrano

15 de noviembre de 2002

1. Su declaración de parte fue solicitada para “...constituir prueba determinante de la responsabilidad del Banco de la República frente a las pretensiones de la demanda”.
2. Dijo ser “...arquitecto...” y desempeñarse, en el momento de la declaración, “...como Director del Departamento de Edificios del Banco de la República...”.
3. Frente a las preguntas del árbitro, el testigo admite que hubo diferencias de “...unos centímetro, era menos de un metro en este sector, en la parte posterior del lote”. El declarante tenía a la vista los planos.

Continúa el declarante: “Estos muros de acá, los muros originales, antiguos, tienen 60, 70 centímetros, cuando se hizo el levantamiento original estos... no estaban completamente definidos tocaba entrar a la obra y hacer una serie de demoliciones y por eso tocó hacerlo sobre este costado en la parte de la casa del... en este sector había ciertas áreas que no conocíamos exactamente las... cuales podían ser”.

“De todas formas sí se presentó esa diferencia, hay que reconocer que sí había una diferencia en realidad de centímetros en lo que había en los planos originalmente a lo que estaba en el lote, era únicamente en ese sector, puedo decir que todo lo demás del proyecto estaba correcto, eso es importante aclararlo porque las modificaciones únicamente se refieren a un sector del proyecto y correspondían básicamente a la obra nueva, era construir y remodelar toda la parte en sí...”.

Comentario: Para el tribunal es claro que la diferencia si existió, no solo por haberlo admitido el declarante sino porque ha sido demostrada en el proceso con la demanda, la respuesta, la prueba documental y los experticios.

Árbitro: “¿Esa diferencia o ese exceso, esos centímetros, menos de un metro a que usted se refiere que daban sobre la calle de Las Damas, dieron lugar a las siete u ocho modificaciones?”.

Declarante: “No, entonces en ese punto el consultor mencionó que veía que había problemas con las plantas eléctricas que estaban ubicadas en este sector y las plantas como tales... originalmente debían venir con cabinas... es decir, si se reduce este espacio nosotros podemos tener problema”.

“En forma paralela el Banco de la República había adquirido en ese momento una... mayor de la que normalmente usaba y estaba en la opción de habilitar los garajes con una dimensión mayor para poder... en ese momento se le consultó a la firma constructora nosotros estamos pensando y tenemos la opción de hacer unas modificaciones arquitectónicas, ampliar estos garajes aprovechando que las plantas como no cabían originalmente pensábamos ubicarlas en un segundo o tercer piso.

“El constructor dijo no hay ningún problema yo les puedo hacer esa modificación, lo tradicional lo puedo hacer y obviamente... entonces el Banco hizo un diseño arquitectónico y al final en diciembre... ya estaban entregando las

modificaciones en la obra y el 6 de enero tal vez en el comité se hizo una muestra exactamente.

“Esto era una modificación arquitectónica y si lo miramos en los planos es únicamente con un porcentaje muy pequeño en relación a todo lo que era la obra.”

Árbitro: “¿Todas las modificaciones?”.

Declarante: “No, a las obras, esto fue la primera parte. En forma paralela también el constructor le dijo al Banco de la República, mire yo estuve revisando el sistema de placa flotante para el edificio y nuestro asesor dice que hay mucho riesgo en que tengamos asentamientos diferenciales en esa parte.

“Una placa flotante es tal como suena, el edificio se apoya sobre una placa y esta directamente sobre el terreno... el Banco de la República hizo un estudio de suelos por que pensaba hacer un proyecto distinto a este, en ese estudio de suelos estaba recomendado hacer la cimentación de ese edificio con pilotes hincados, la recomendación de... cuando el Banco está investigando es que en la zona amurallada no es conveniente hacer pilotes hincados por los problemas que pueda tener eventualmente en las... de las edificaciones vecinas.

“Entonces lo que hizo quien desarrolló el proyecto estructural fue una placa flotante, ¿cual era el problema de la placa flotante? Que las placas no estaban centradas sino que por indicaciones de la... por especificaciones de la Curaduría de Cartagena nos pedían... esos volúmenes y los tres pisos y hasta este costado teníamos dos pisos, entonces había una... que según... posibilidades de que el edificio sufriera asentamientos diferenciales, o sea que se asentara más en el sitio en donde estaba más pesado, o sea hacia este sector.

“Se le consultó en ese momento y se tuvo una reunión de coordinación de ese... en Cartagena al Ingeniero de Suelos que había revisado esta propuesta y yo me mantengo que esta placa aguanta sin ningún problema y está calculada para los pesos que tiene el Banco y no puedo asegurar que tenga asentamientos diferenciales.

“Para eso le preguntaron al Banco como la firma de Rafael Tono dijo yo no les garantizo a ustedes la estabilidad del edificio con ese sistema, el Banco dijo bueno usted no lo garantiza y hay una opción que implica menos riesgos que es hacerla con pilotes, pero en este caso no pilotes hincados sino pilotes fungido sencillo.

“¿Cuál es la función del pilote? El pilote lo que hace es que si aquí tenemos el edificio de transmitir la carga, es un edificio a un suelo portante que tenga la capacidad de poderlo hacer, por eso disminuimos el riesgo no aseguramos que no tuviera los asentamientos especiales, pero si se disminuía el riesgo.

“En enero/98 salió en Colombia el régimen que aplicaba para la actualización de régimen sismoresistente, se le preguntó al calculista ¿el proyecto está con este código?, no está con este código porque no obvio no estaba vigente, entonces el Banco también atendiendo la sugerencia del constructor y mirando también que era recomendable por ese nuevo código de construcciones sismoresistentes dijo: llenemos la opción de sistema estructural, Doctor Rafael Tono, ¿usted haría esa obra si le cambiamos a pilotes? El dijo sí, pero háganme los cálculos estructurales, el banco hizo los cálculos estructurales o contrató con un tercero, se los entregó a él, él lo cotizó y al poner los precios se consiguió la obra.

“El primer otrosí, la fecha a aprobación fue el 26 de febrero, teníamos ya incorporada la modificación arquitectónica, teníamos incorporada la modificación de la parte de la cimentación y se presentó otro punto, en el edificio antiguo cuando el doctor Tono fue a hacer una intervención en la cubierta dijo mire tengan cuidado que la estructura de cubierta no es recomendable, esa estructura aparentemente esta bien, pero en el fondo tiene muchos problemas, yo recomiendo como constructor hacer una modificación y hacer esa cubierta nueva, ¿entonces le preguntamos usted lo haría?, si yo lo haría, ¿cuánto nos cobra? Nos cobró \$ 90 millones algo así y dentro de ese otrosí se hizo la modificación y prácticamente en ese momento la diferencia de costos con lo aprobado inicialmente daba \$ 27 millones, en ese momento la obra tenía todo el material listo para arrancar sin ningún problema, esta obra del edificio nuevo estaba proyectada alrededor de 10 meses y en el edificio antiguo que era la obra complicada, estaba complicado para hacerlo en un año, entonces el tiempo que se había tomado, que se había perdido en esta etapa perfectamente se podía recuperar porque dentro de la programación de la obra estaba una actividad menor que el edificio actual”.

Comentario: El declarante admite que hubo modificaciones en los garajes, cambio de la placa flotante por pilotes y reforma a la cubierta. Fueron cambios convenidos, pero al fin de cuentas cambios que beneficiaron al banco.

Árbitro: “Veo allí que esta planteada una serie de situaciones como que tal vez esto no coincide con el trámite de diseño... o tal vez esto se hace necesario modificarlo, creo que están planteadas como situaciones de parte y parte que dieron lugar a las modificaciones, esto es lo que estoy viendo de acuerdo con la exposición que usted hace, entonces firmaron un contrato y empezaron a ver cosas que tal vez no habíamos calculado y entonces esto daba lugar a la modificación y tanto Banco como constructor convinieron en que eso debía modificarse. ¿Aparte de esto hubo obras adicionales o cosas que no estuvieran contempladas?”.

Declarante: “No, digamos que fue un cambio de especificación, cuando se empezó a trabajar, en el trabajo de demolición de los pisos de la zona a restaurar se encontró que había un piso debajo del piso de baldosín de cemento, me llamaron a mí a la obra y me dijeron mire lo que pasó, aquí hay un baldosín de cemento, que...tener un edificio con un baldosín de cemento parecido a original que tenía el edificio en el año 1928, ¿cuánto le vale doctor Tono hacer ese piso? Eso vale tanto...una en Barranquilla, otra... pero vale la pena hacerlo, ¿cuánto vale? Tanto, pues hagamos un otrosí por eso.

Comentario: Claramente el declarante está admitiendo lo relativo al cambio de los pisos.

“Digamos los puntos más relevantes que yo puedo comentar en términos generales de las modificaciones son... y las plantas, básicamente lo de las plantas obedeció a lo del problema del... lo de los garajes obedeció a que el banco tenía la opción de ampliar sus garajes, ahora era opcional que el constructor lo pudiera hacer o no.

“En este sitio voy a referirme a un punto que no le he comentado. La obra en el edificio antiguo nosotros teníamos la obra de reserva del banco y teníamos bóvedas pequeñas y el constructor tenía que entrar y demoler una de las obras y construirlas por esta forma, cuando empezó la obra por esta forma que es como con una... aquí tengo una... el área de protección del Banco el constructor dijo es recomendable tener dos... dentro de la parte interna de la obra, nosotros pedimos que la obra sea completamente... preguntamos: ¿tenemos posibilidades de fundar la bóveda de moneda? Si, claro, ¿Cuánto vale? Tanto, esta dentro de los términos de los gastos, entonces se autorizó para demoler, entonces lo que está aquí marcado es una modificación que se tuvo que hacer para que tuviéramos... ampliar la bóveda”.

Árbitro: “¿Se dijo... quién?”.

Declarante: “El Banco”.

Comentario: Continúa el declarante reconociendo las modificaciones.

Árbitro: “Entonces en estos documentos modificatorios digamos de cantidad de obra, de calidad de obra por lo artesanal, de pronto modificación de un... término y precio, ¿qué pasó ahí con los términos y precios en relación con el contrato inicial?”.

Declarante: “Lo que pasó con el contrato inicial entonces todas esas actividades que estamos hablando se programaron en el año 98, el contratista tenía la obra señalada para hacerla en el año 98 y estas actividades como vimos no se demoraron creo que fueron 47 días algo así, que hablamos como de dos meses mientras pudo arrancar nuevamente, como esta obra tenía una programación más corta se podía realizar dentro del mismo 98, o sea que los precios se podían mantener durante el año”.

Árbitro: “¿Esta obra se refiere a qué?”

Declarante: “Al edificio nuevo, yo para esto también quiero hacer una aclaración, si nosotros tenemos este espacio para construirlo y por alguna razón a mí me toca correr este muro hacia acá, que es algo de lo que sucedió aquí, el espacio como tal en la construcción de los muros sigue siendo exactamente igual, es decir hay que levantar mampostería, pañetar, estucar, para eso fue que... porque la obra no cambió como función específica, los garajes siguieron siendo garajes, el punto este de las plantas este punto sigue siendo... los espacios no se modificaron como tal, con una función distinta, si yo le hubiera dicho a él cámbieme este detalle de banco por una obra

hubieran sido completamente distintos los precios, pero como estábamos haciendo un ajuste arquitectónico, entonces eso qué implica correr las lámparas, hacer unas modificaciones, hacer como un redibujo de los planos, pero no pintaba como tal un diseño porque era prácticamente ajustado a una nueva medida y constructivamente era exactamente igual, no había una modificación en cuanto a sistema constructivo”.

Árbitro: “¿O sea que los precios no se modificaron?”.

Declarante: “No se podían modificar en el año 98, para las cuotas que teníamos aprobadas, pero si vamos a hablar de la cubierta, la firma Rafael Tono él le presentó al banco los precios que él consideró que debía poner y se la aprobaron, fueron precios totalmente nuevos, lo mismo pasó con el piso que es de cemento, que se puso porque no había un precio dentro del contrato, entonces que quede claro que todas las actividades que eventualmente surgieron para mejorar el proyecto como adicionales el constructor pasaba un precio nuevo y cuando eran actividades que se podían asimilar como por ejemplo la ejecución de la obra, pues eran más metros cúbicos de demolición seguía igual, el metro cúbico de concreto vale igual en la puerta de la obra o el hierro que está por peso es lo mismo, a él le pagan igual ponga así, así, así, las dimensiones no cambiaron, sino que se ubicaron en un sitio distinto”.

Comentario: El precio se modificó para las obras nuevas, no para las inicialmente contratadas.

Árbitro: “Y el término, ¿qué pasó con el término?”.

Declarante: “Con el término del contrato, entonces cuando arrancó la obra pues por distintas razones el contratista no empezó a cumplir la programación de obra que teníamos nosotros definida, entonces se empezó a atrasar, a atrasar, nos comentaba les voy a cumplir en tal fecha y resulta que eso nunca se dio, se empezó a... ya desde las primeras etapas que eso está en las actas los comentarios que se hacían, obviamente con... inicial que... esas modificaciones, pero podemos hablar máximo de dos meses y medio”.

Árbitro: “Esos mayores centímetros que daban sobre la Calle de las Damas y esa adecuación de la plataforma de que usted habla para las plantas eléctricas y estos garajes, ¿eso fue una equivocación que cometió el Banco, porque salió eso así, no era previsible que eso pudiera ocurrir, ustedes encomendaron esa labor de urbanismo a profesionales para que la hicieran?”.

Declarante: “Desafortunadamente como dice el pliego de condiciones preveía que eventualmente pudiéramos tener diferencias en el lote por el sector amurallado, por los diferentes ángulos que tenemos, por los espesores de muros, o sea se decía que se debía verificar el lote apenas empezara la obra.”

Árbitro: “¿Por qué el Banco preveía que había un error?”

Declarante: “Que podía haberlo, o sea uno como constructor lo primero que hace es verificar el lote”.

Árbitro: “¿Entonces era previsible que hubiera un error?”.

Declarante: “Generalmente hay ajustes menores, pero... sino que no coinciden exactamente las medidas con lo que está en el levantamiento topográfico”.

Comentario: Era previsible el error en los planos y fácil trasladar la responsabilidad.

Árbitro: “¿Lo que se podía también prever por otro lado era la compensación económica para cubrir el error, en el sentido de qué... ajustar precios?”.

Declarante: “No tanto ajustar precios, sino la mayor cantidad de obra que se haga a los precios que están pactados porque no se cambió de fecha lo que se iba a hacer”.

Comentario: Cree el tribunal que el banco estimaba que con darle mayores cantidades de obra al contratista lo compensaba económicamente, apreciación que no se comparte, ya que de todas formas el descalabro económico era superior que la ventaja que pudiera recibir el contratista con estas mayores cantidades de obra.

Árbitro: “¿La función suya directamente sobre la ejecución de cada una cual fue?”.

Declarante: “Yo soy el director del departamento de edificios y tenía la labor de dirección, hice la coordinación previa de los planos cuando era con el Banco, practiqué una serie de ... luego ese se contrató con un tercero”.

Árbitro: “¿Y su función dentro de la obra era cual?”.

Declarante: “Asistía eventualmente a la obra, especialmente cuando había inquietudes o iban a hacer supervisión general para ver que la obra estuviera dentro de la programación y los plazos previstos”.

Frente a las preguntas del apoderado convocante el declarante admite que hubo cambios aun cuando les resta importancia, que hubo dos meses de atraso en el inicio de la obra, que la parte crítica del proyecto estaba en el edificio antiguo y que los precios por la obra inicialmente contratada no fueron modificados.

No admite el declarante que haya habido modificaciones sustanciales a los planos, sino ajustes, y, en cuanto a los precios, sostiene que la modalidad de la contratación fue a precios unitarios fijos, por cuya razón no estaba previsto el reajuste.

En relación con la pregunta N° 7 que le formulara el apoderado, referente a los insumos de las nuevas obras —como arena y cemento—, es decir, si estos fueron o no reajustados, el declarante manifestó no constarle, por cuya razón la respuesta a la pregunta fue pospuesta. Igual ocurrió con las respuestas a las preguntas 8 y 11.

Eduardo Reina Andrade

13 de diciembre de 2001

Compareció este representante legal con el propósito de darle respuesta las preguntas 7, 8 y 11 que habían quedado pendientes del interrogatorio que antes había absuelto el señor Francisco Javier Vargas Serrano.

En relación con la pregunta N° 7 manifestó que “...respecto de las obras nuevas que se deben adelantar en el año 99, puedo decir que los precios suministrados ya eran precios actualizados del año 99 y en ese sentido debe entenderse que sí hubo reajuste para esos precios”.

En relación con la pregunta N° 8 dijo que el banco había considerado precios marco, los cuales llevaban reajuste, y, respecto de la pregunta N° 11, manifestó que el banco había procedido como lo hace normalmente.

Arnoldo Berrocal Tatis

12 de diciembre de 2002.

1. Este testigo fue traído al proceso para declarar “...sobre los hechos antes expuestos (hechos de la demanda), y específicamente sobre los errores de los planos y cálculos elaborados por el Banco de la República, por lo que se tuvieron que hacer de nuevo, y sobre los ajustes que se le hicieron a la obra con nuevos precios pagados por la sociedad demandante...” (lo escrito entre paréntesis se halla por fuera del texto original).

2. De él se dijo, cuando fue pedida su declaración, que era “...Ingeniero Calculista con Magister en Cálculo de estructuras...”. Luego él mismo manifestó en ella: “...yo tengo bastante experiencia en la parte de estructuras y por eso me escogieron, me imagino”.

3. A lo largo de su declaración manifestó tener entendido que se había presentado “...un problema en la realización del edificio en donde está el Banco de la República”.

Dijo haber tenido “...que ver muy poco con ese problema porque es muy poco, porque cuando me llamaron, me dijeron a mi ya había unos ingenieros trabajando ahí”.

Árbitro: “¿Usted participó en la construcción del edificio, la adecuación o algo?”, contestó: “Solamente participé en las partes donde me llamaban para que yo asesorara al ingeniero que estaba trabajando o cualquier otra persona que estuviera trabajando que alrededor de la profesión mía”.

Luego se refirió a una carta que dijo haberle dirigido al Dr. Rafael Tono, en la cual al parecer él consignó lo que vio en la obra.

Apoderado de la parte convocante: “¿Cuándo a usted lo escogieron para hacer tal asesoría, cuales fueron las motivaciones técnicas por las cuales usted fue citado?” Respondió: “Aparentemente hay allí unos problemas de unas cimentaciones que existían ahí y que me llevaron para que yo las viera para ver si estaba o no correcto o si había o no problema y personalmente creo que en la zona adonde me llevaron para que yo viera eso no va a haber problema, en una zonas si va a haber problema, o sea había que hacer un estudio de topografía...”.

Apoderado convocante: “En la zona en que usted encontró problemas en qué consistían?”, respondió: “Por ejemplo un cimiento que debía tener 4 por 4, un número cualquier y el cimiento tenía 4.10 por 4.10 cuando debía tener 4.10 por 4.10, tenía 4.15 por 4.15, entonces cuando eso debía ser un solo número”.

Realmente a lo largo de la declaración el tribunal no encuentra nada coherente, nada que conduzca con claridad a algo, pudiendo incluso decir que el testigo poco o nada recordaba de lo que se le estaba preguntando, incluso a veces se contradecía, no supo quién hizo los cálculos estructurales de la obra del banco, no los revisó, no supo si se modificaron, ni si varió la cimentación, solo se refirió a la visita que hizo a la obra en donde sugirió que corrieran “...un poquito para acá, estas...”.

Al parecer tanto apoderado como declarante se referían al contenido de una carta de fecha primero de agosto de 2000, que este le había enviado a la sociedad contratista por su propia solicitud, documento que se halla en el expediente. El apoderado del banco tampoco obtuvo nada de esta declaración, dado, se repite, a lo poco conducente de las respuestas del testigo. De todas formas este testimonio hubiera podido ser mejor utilizado por la parte que lo trajo al proceso. Esta prueba hubiera podido ser interesante e ilustrativa.

Los testimonios escuchados por solicitud del banco

Juan José Javier Carrizosa Umaña

22 de noviembre de 2002.

1. Este testigo fue traído al proceso en su condición de representante legal de la sociedad Pizano Pradilla Caro Restrepo Ltda., para declarar “...sobre las obras que tuvo que ejecutar para terminar la adecuación y ampliación del edificio de la sucursal de Cartagena del Banco de la República”.
2. Al responder las preguntas que le formulara el árbitro, así como el apoderado del banco, indicó que su “...sociedad hizo todas las obras necesarias para completar el edificio.” Luego enunció todas las que pudo para responderle al árbitro y al apoderado del banco, refiriéndose a obras de casi todos los capítulos.
3. Dijo, al responder una pregunta del apoderado convocante, haber transcurrido un año entre la salida de la sociedad contratista de la obra y el ingreso de la sociedad que él representa, sin que antes hubiera conocido la obra. Únicamente la conoció a partir de su entrada.
4. No pudo decir que las fallas que su firma encontró en la obra se le pudieran atribuir a la sociedad contratista.
5. Afirmó que las obras abandonadas se deterioran y que eso hubo que entrar a reparar.
6. Dijo, al responder una pregunta del apoderado convocante, que la firma que él representa nunca ha hecho obras a la orilla del mar.

A juicio del tribunal este fue un testigo etéreo cuya declaración fue orientada a la demostración de lo que había tenido que hacer la sociedad por él representada para la conclusión de la obra de adecuación del edificio republicano. Nada que ver con la situación que condujo al proceso. Ahora bien, si se trataba de demostrar qué fue lo que faltó por ejecutar, ese tema está suficientemente demostrado con la prueba documental que obra en el expediente.

Dos cosas deben destacarse de esta declaración:

La primera, que cuando la sociedad representada por el testigo entró en el panorama, había transcurrido un año desde la salida de la sociedad contratista, tiempo que, estima el tribunal, tiene necesariamente que incidir en el deterioro de las obras que ya habían sido hechas, y, la segunda, que la sociedad representada por el testigo tiene, o por lo menos tenía en el momento de su declaración, relaciones contractuales con el banco, por cuya petición en el proceso vino a declarar. Esto, además de lo inane de la declaración para el resultado del proceso, hace que el tribunal la considere con un poco de más cuidado.

Orlando Peña Rodríguez

22 de noviembre de 2002

1. Este testigo fue traído al proceso en su condición de representante legal de la sociedad Costco Ingeniería Ltda., para rendir "...declaración sobre la forma como se desarrolló el contrato por parte de la sociedad constructora y reconozca los documentos suscritos por dicha sociedad y que se aportan con la demanda".
2. El declarante es ingeniero civil de profesión. La firma que él representa fue contratada por el banco para ejercer la interventoría técnica, administrativa y financiera en la obra que nos ocupa en este proceso.
3. Dijo no tener, al momento de la declaración, ninguna relación de dependencia o parentesco con las partes en el proceso y/o sus directivas y/o con sus representantes legales.

Sin embargo, al responder la siguiente pregunta que le formuló el apoderado de la parte convocante: "¿Usted y su firma de ingeniería cuantas obras ha trabajado para el Banco de la República?", declaró: "Seis obras aproximadamente".

No pierde de vista el tribunal que la figura del interventor en un contrato es la de ejercer un control que se traduce en una inspección y vigilancia en el manejo de los dineros y en el avance de la obra, precisamente por cuenta y en beneficio de quien lo contrata; eso hace que la labor del interventor tenga un trasfondo que finalmente beneficia el contrato, pero, indudablemente trabaja para el dueño de la obra. Por ello simplemente no se puede demeritar a la ligera una labor de tanta importancia que justifica la existencia de una profesión de tan cabal desarrollo, ni mucho menos partir de la base de que su testimonio deba ser necesaria e infundadamente dado en beneficio de la parte que lo contrató. Pero, por las consideraciones que enseguida se indican, es decir, teniendo en cuenta que la firma Constructores y Consultores Ltda. ha tenido seis obras aproximadamente en las cuales también ha trabajado como interventora en beneficio del mismo banco y, además, porque esta interventoría ejerció esas funciones cuando la firma Pizano, Carrizosa, Restrepo Ltda. hubo de ejecutar las obras con las cuales se concluyó la edificación del antiguo edificio del banco ⁽²⁶⁾, recibiendo por ello el pago de unos honorarios que llaman la atención en relación con le que fue el valor de las obra y los honorarios del constructor, se mirará con más rigor la declaración del señor Orlando Peña Rodríguez, y sus efectos sobre el proceso se apreciarán con más cuidado que el que normalmente se le depararía a cualquier otro testigo.

De las respuestas por él dadas al responder el interrogatorio que le formulara el apoderado del banco, se destacan las siguientes:

"Por favor informe al tribunal en qué consistieron los ajustes efectuados en los primeros meses del contrato de los planos arquitectónicos y estructurales de la obra?".

Respondió: "Básicamente fueron áreas de las limitadas, hubo un cambio ahí, el área de la parte de las plantas de emergencia y el área correspondiente al costado del lindero contra la casa de... que ahí hubo un desfase de aproximadamente 60 centímetros con el paramento y los planos que se... esos fueron unos cambios que se tuvieron inicialmente en el área en el desarrollo".

Obsérvese que el representante legal de la interventoría admite cambios, los cuales seguramente a él le constan por la función que desarrollaba en la ejecución de la obra. Sin embargo para el tribunal ese relato no es importante ya que los cambios están demostrados sobradamente en el proceso con los experticios y con la prueba documental aportada por ambas partes. De manera que la actitud del testigo de restarle importancia a tales cambios no producirá efectos en la decisión del tribunal.

“¿Diga si en concepto de la interventoría las obras del edificio nuevo, las del edificio antiguo podían ser concluidas dentro del plazo inicial del contrato aún con los ajustes estructurales y arquitectónicos acordados?”.

“Sí, podían ser concluidas dentro del plazo del contrato, la ruta crítica del proyecto como tal estaba en el edificio antiguo donde se tenía la programación inicial en 12 meses y en el edificio nuevo se tenía la programación de 9 meses, o sea que había una holgura entre la parte del edificio antiguo con respecto al edificio nuevo de 3 meses, esos 3 meses fueron más tiempo del que se tomó el Banco de la República para ajustar los planos arquitectónicos y estructurales de los cambios que se hicieron en esas áreas que se hicieron anteriormente”.

El tribunal encuentra que la respuesta a esta pregunta ha debido ser objeto de un experticio y no debió haber sido el resultado de la versión dada por un testigo, el cual, no obstante sus calidades, no fue llamado a dar opiniones, ni fue llamado como testigo técnico, sino como interventor, es decir, como el representante legal de la firma que llevó a cabo la interventoría, por cuya razón no le encuentra influencia a esta respuesta en lo que debe ser el resultado del proceso.

Hizo reparos el declarante en relación con la estabilidad, capacidad de los ingenieros y personal de trabajadores empleados por el contratista para la ejecución de la obra, circunstancia que “había afectado y se afectó el normal desarrollo de la obra y el personal de obra de subcontratistas, que los subcontratistas como tal también incumplieron con el desarrollo de los trabajos, los subcontratistas tenían personas encargadas que difícilmente cumplían con las obligaciones que se les daban y las especificaciones, se les dificultaba mucho la obra que estaban ejecutando y tenían que hacer muchas veces la obra por mala calidad...”.

Frente a la pregunta que le formulara el árbitro en relación a si las observaciones que él hacía del personal que utilizaba el contratista influía de alguna manera en el plazo pactado, respondió: “Sí, eso producía un atraso en la obra por que tenían que volver a hacer las actividades nuevamente en desarrollo de la obra”. Y, cuando se le requirió para que precisara la tardanza que podía producirse debido a la señalada incapacidad, contestó: “Depende de las actividades que estuviéramos realizando, por decir algo en la parte de las demoliciones, él tenía programado hacer esas demoliciones como en 30 días y las demoliciones aumentaron casi a los 60, 70 días más o menos por decir algo en la parte antigua, era la ruta crítica del proyecto, en la ejecución del tercer piso del edificio antiguo con las modificaciones en la carpintería y las instalaciones eléctricas varias actividades que hicieron que la obra se demorara... el cambio de residentes como tal que no le daba la continuidad en un proceso constructivo”.

Luego continuó el árbitro: “¿De todo esto la interventoría dejaba constancia?”, a lo cual respondió el testigo: “En los informes de interventoría y en las comisiones que los comités y en las comunicaciones que se le decía al contratista también diciéndole que cumpliera, que por favor el personal mayor permaneciera en la obra... en el libro de obra se hacían las correspondientes notas, todo está consignado en el libro de obra y aparte de eso se hacían informes”.

Árbitro: “¿Aparte de esas recomendaciones tomó la interventoría alguna medida para conjurar lo que podía ser una crisis?” Respondió: “Nosotros como interventoría poníamos las sugerencias o recomendábamos qué debía hacerse para las ... aumento de personal, cambio de personal y notificábamos al banco de la situación que se estaba presentando durante la obra y dábamos las recomendaciones para poder cumplir con la recomendación, les decíamos que había que hacer la reprogramación teniendo en cuenta los procedimientos que seguíamos, que tenía que aumentar el número de personas, que empleara otro tipo de equipos, que desarrollara diferentes frentes de trabajo, que ampliara diferentes coberturas ya que el tamaño de la obra y la cuantía de \$4.000 millones requería que tuviera diferentes frentes de trabajo para cubrir el objeto del contrato”.

Árbitro: “¿Creía entonces la interventoría que no se iba a cumplir a tiempo con el contrato?” Respondió el testigo: “Inicialmente lo que dijo a partir del cuarto o quinto mes de obra se informó que debería cumplirse, debería tomarse medidas de carácter administrativo se pidió una programación de equipos y suministros para poder cumplir con el objeto del contrato y una reprogramación”.

Árbitro: “¿De qué época estamos hablando?” Responde el testigo: “Estamos hablando del año 98”.

Al preguntarle el apoderado del banco, “Informe si en concepto de la interventoría el contratista tenía un adecuado

sistema de administración y control de los trabajos que deberían realizarse durante la ejecución de la obra”, contestó: “En concepto de la interventoría no, la administración de la obra no fue suficiente para atender la magnitud de la obra, no tenía un equipo de trabajo suficiente para poder haber atendido un control de la programación, un control de suministro de equipo, de suministro de compras, suministro e instalación de equipos, para la elaboración de los contratos y subcontratos y la ejecución de los mismos y de los subcontratistas un programa de suministros y materiales y en esa parte no hubo un control administrativo que nosotros tengamos conocimiento en el avance de la obra”.

Luego continúa el apoderado del banco con el interrogatorio: “En concepto de la interventoría ¿cuáles fueron las razones principales que llevaron a que el contratista no terminara la ejecución de la obra dentro del plazo contractual establecido?” respondió: “Adicionales a las que ya he mencionado los subcontratistas que contrató el aire acondicionado y en la parte eléctrica incumplieron con el desarrollo de trabajo de contrato, ellos no cumplieron con ninguna de las actividades que estaban ejecutadas, entregaron los equipos incompletos, no incluyeron personal necesario para poder atender las obligaciones que tenían con el contrato, en los cortes y programaciones y dentro de las mismas programaciones que se solicitaban y se hacían siempre estaba el incumplimiento de las programaciones”.

Como comentario del tribunal tenemos que muchas de las preguntas que luego se le formularon al declarante tienen que ver con el convenio existente entre el banco y el contratista en relación con las obras adicionales y mayores cantidades de obra, lo cual se encuentra irrelevante debido a que esto ha sido probado documentalmente.

Luego le fue preguntado por el árbitro al testigo si el banco le pagó al contratista las obras que realizó incluidas las adicionales, este respondió: “Si, todas se le pagaban de acuerdo al avance de los trabajos, es decir que si él hacía 100 metros de algo se le pagaban los 100 metros y eso de acuerdo con la forma como estaba en el contrato decía, los 100 metros que hacía se le descontaba la amortización del anticipo que se le había dado... del contrato y se le descontaba una retención en garantía que estaba estipulada en el 10% desde el inicio del contrato, es decir que de 100 que él hacía mensualmente se le descontaba el 70% que estaba estipulado, el 50% de anticipo, menos el 10%”.

Pregunta el árbitro: “¿Se le quedó debiendo algo o no?”, a lo cual el testigo respondió: “Si, en el acta de liquidación le quedó debiendo al banco con las multas, por que hubo multas, de obra ejecutada el banco debía \$120,000,000, \$130.000.000 que era la última acta que era el acta N° 14 que no se le canceló por los problemas que tenía de los embargos”.

Continúa el árbitro: “¿Cuánto faltaba de obra por ejecutar?”

Respondió: “De obra por ejecutar total alrededor con los equipos y todo un 30%”.

Las otras preguntas que le formulara el apoderado del banco al declarante como muchas de las otras formuladas incluso por el árbitro, son susceptibles de demostración con la prueba documental que se halla en el expediente, de la cual, se reitera, no ha sido reclamada por ninguna de las partes, especialmente lo que tiene que ver con el estado de las obras a 30 de septiembre de 1999 y los sobrecostos en los que dijo el banco haber incurrido para la terminación.

Pero hay algo que le llama la atención al tribunal, y es lo siguiente: De la declaración del representante legal de la interventoría puede deducirse que esta, en nombre del banco, tenía reparos que hacerle al contratista y de hecho se los hacía ya que está demostrado en el proceso con las actas de comité de obra y con el libro bitácora, que no estaba contenta con la manera como el contratista estaba llevando a cabo su trabajo y de ello le informaba al banco según está en su declaración. Ese descontento comenzó desde “1998”, “cuarto o quinto mes de obra” ⁽²⁷⁾, es decir, abril o mayo de 1998 y el contrato se extendió hasta el 30 de septiembre de 1999. Entonces, se pregunta el tribunal: ¿porqué el banco le ordenaba al contratista obras adicionales y mayores cantidades de obra durante los años 1998 y 1999, si había tanto descontento con la ejecución de la obra? ¿por qué no detuvo la obra, si estaba advertido por el interventor, y procedió a convocar un Tribunal de Arbitramento para solucionar el problema? Estas inquietudes surgen a partir de lo dicho por el apoderado de la parte convocada en la página 40 del alegato de conclusión, en donde, entre otras preguntas de sana lógica, se hace las siguientes: “En efecto, cabe preguntarse: ...¿por qué, una vez suscrito el contrato y habiendo verificado la realidad de las supuestas sospechas que tenía no

se abstuvo de ejecutar el contrato y solicitar la convocatoria de un tribunal de arbitramento para obtener la declaratoria de nulidad del mismo, o su reajuste, sino que por el contrario, procedió iniciar la ejecución del contrato y a suscribir con el banco el otrosí N° 1, contenido en la carta SG-A-6798 del 25 de febrero de 1998? ... ¿por qué, posteriormente el representante legal de la firma contratista suscribió otros siete otrosís, muchos de los cuales prorrogaron el plazo de terminación del contrato por iniciativa suya, si, supuestamente, el contratista consideraba que la obra no podía ser ejecutada dentro de tales plazos y si los ajustes económicos realizados no resultaban suficientes o adecuados para continuar la ejecución del contrato? ”.

Y las preguntas surgen porque, donde cabe una misma razón cabe un mismo derecho, con la circunstancia de que quien tenía “centinela” era el banco y no el contratista. Esta es una culpa adicional que le cabe al banco: ¿cómo le reclama al contratista no haber detenido a tiempo la ejecución de la obra, cuando esta sociedad tenía comprometida una labor de resultado y en cambio no la detuvo él que de acuerdo con lo visto estaba sobradamente advertido de la crisis que se avecinaba? El interventor declaró que el banco sabía de la situación. Eso es claro. el banco tenía sobre sí el deber prestacional de facilitar la ejecución de la obra y también quien velara porque esta se ejecutara cabalmente y para ello contaba con las herramientas legales, de manera que su omisión no puede servirle ahora para endilgarle la culpa al contratista.

La declaración de parte rendida por el señor Pedro Rafael Tono Lemaitre

15 de noviembre de 2002

Buena parte del texto de su declaración ha sido vertida a lo largo del laudo, por cuya razón no se hará ahora un análisis de ella.

Los testimonios escuchados por solicitud de ambas partes

Luis Eduardo Cadena Corrales

21 de noviembre de 2002.

1. Dijo ser ingeniero civil con especialización en estructuras y no tener parentesco ni relación de dependencia de ninguna clase con las partes en el proceso y/o con sus representantes legales.

2. Este testigo fue llamado por el convocante para que declarara “...sobre los hechos antes expuestos, y específicamente sobre los errores de los planos y cálculos elaborados por el Banco de la República, por lo que se tuvieron que hacer de nuevo, y sobre los ajustes que se le hicieron a la obra con nuevos precios pagados por la sociedad demandante”.

Por parte de la convocada, “...para que rinda declaración sobre los hechos de la demanda”.

3. Lo que aprecia el tribunal de su declaración, es lo siguiente: Que fue llamado por el Banco de la República a principios de enero de 1998, para una reunión en Cartagena, en la cual se discutió lo relativo a los cambios estructurales del edificio a construirse. Posteriormente fue contratado por el banco para que elaborara los nuevos cálculos estructurales, los cuales él elaboró y le entregó al banco —refiriéndose a los planos para iniciar el pilotaje— “...en la primera quincena de febrero, o sea unos veinte días o algo así”.

Se refirió al cambio de la cimentación del edificio nuevo, de placa flotante a pilotes y conceptuó que estos eran más convenientes porque producían menores asentamientos por lo que se hundía menos el edificio, sobre todo teniendo en cuenta la entrada en vigencia —para aquella época— del Código Colombiano de Construcciones, con lo cual había que adecuar los planos.

Al referirse a los planos dijo que con los que él había hecho se podía hacer algo mejor y cuestionó los planos anteriores, los cuales le dejaron un motivo razonable de duda. Los que él hizo era más seguros y con ellos fue que se construyó la obra.

Consideró viable la construcción del edificio con los planos, estudios y cálculos estructurales anteriores, o sea, los elaborados por el ingeniero Carlos Pájaro, pero se mantuvo en que la decisión que había salido de la reunión e

Cartagena era que los nuevos planos eran más convenientes.

Ahora, al referirse al esfuerzo que debe emplearse para la construcción con el sistema de pilotaje, manifestó que el pilotaje requería equipos especiales —a diferencia de la placa flotante que se podía hacer con manos de obra convencional— y consumía “...algo así como la mitad del contrato...”.

También se refirió al tiempo probable para la construcción de la estructura de un edificio como el construido por el banco y dijo que esta podría hacerse más o menos en tres (3) meses, indicando que los acabados podrían tardarse unos cinco meses.

Carlos Francisco Pájaro Mendoza

14 de febrero de 2003.

Este testigo fue llamado por el convocante para que declarara “...sobre los hechos antes expuestos, y específicamente sobre los errores de los planos y cálculos elaborados por el Banco de la República, por lo que se tuvieron que hacer de nuevo, y sobre los ajustes que se le hicieron a la obra con nuevos precios pagados por la sociedad demandante”.

Por parte de la convocada, “...para que rinda declaración sobre los cálculos estructurales que presentó al banco”.

1. Dijo ser ingeniero civil y no tener ningún parentesco o relación de dependencia con las partes en el proceso y/o sus apoderados.
2. Dijo haber trabajado para la “...firma de Profesionales Asociados que fue la firma que hizo los diseños de la ampliación del banco”, o sea, los diseños iniciales, los cuales fueron hechos en el año 96.
3. El hizo el diseño de la parte de estructurado.
4. Luego, durante el proceso de arranque de la obra, el banco le solicitó a él personalmente una cotización para actualizar esos diseños.
5. Indica lo que él cree que fue el motivo por el cual el banco hizo nuevos diseños: “...el área que ocupaba no coincidía exactamente con el área típica de sustento, lo cual motivó un rediseño arquitectónico que eso traía consigo una modificación en la estructura del edificio”.

Árbitro: “¿Y a qué cree usted como ingeniero que se debió ese error?”.

Testigo: “Pienso que se debió a un mal levantamiento del terreno”.

Árbitro: “¿Del terreno o del plano?”.

Testigo: “Del terreno porque si alguien tuvo que hacer el levantamiento, o sea los que existía realmente para enmarcar el proyecto”.

Árbitro: “¿La extensión superficial del terreno estaba consignado allí en ese cálculo, en ese estudio?”

Testigo: “Sí, porque el proyecto arquitectónico que es el primer estudio que se hace, se hizo con base en un anteproyecto entregado por el Banco de la República y a la firma contratista de los estudios y diseños”.

Árbitro: “Explíqueme nuevamente cual fue la función inicial que hizo la sociedad en donde usted trabajaba, ¿cual fue el trabajo inicial?”.

Testigo: “Estudios y diseños de la ampliación del edificio del Banco de la República en Cartagena, eso cobijaba el diseño arquitectónico, el diseño estructural, el diseño eléctrico, el diseño hidrosanitario, presupuestos de la obra y los términos de referencia para contratación de la obra”.

Ambos apoderados interrogaron al testigo. Pero destacaré la siguiente pregunta del apoderado de la convocada:

Apoderado: “¿Con fundamento en qué estudios de suelos fue que usted realizó el diseño estructural de la obra para el Banco de la República y quien hizo el estudio de suelos?”.

Testigo: “El estudio de suelos lo hizo una entidad que se llama Antonio Cogollo y el doctor Cogollo fue contratado por la firma Profesionales Asociados.”

Antonio José Cogollo Ahumado

14 de febrero de 2003.

1. Dijo ser ingeniero civil experto en geotécnica, profesor universitario y no tener vínculos laborales o de dependencia con ninguna de las partes en el proceso y/o sus representantes legales.

2. Fue citado al proceso por la parte convocante para que declarara “...sobre los hechos antes expuestos, y específicamente sobre los errores de los planos y cálculos elaborados por el Banco de la República, por lo que se tuvieron que hacer de nuevo, y sobre los ajustes que se le hicieron a la obra con nuevos precios pagados por la sociedad demandante”.

Por parte de la convocada, “...para que rinda declaración sobre el estudio de suelos del terreno en el cual se desarrolló la construcción del edificio nuevo”.

3. Coincide con el testigo anterior en el hecho de que hubo una reunión en las instalaciones del banco, más o menos en la época en la que se iniciaba la obra para discutir lo relativo a los diseños que había propuesto la firma Profesionales Asociados, de la cual recibió él el encargo de realizar lo concerniente a suelos.

4. Dijo que a él le facilitaron el estudio de suelos, el cual había sido elaborado por la firma Maldonados Estudios de Bogotá; de ese estudio él tomó los parámetros, o sea, la radiografía.

5. Sostuvo que “...una obra con placa flotante tiene una duración de un tiempo muchísimo menor que la obra que se construye con un pilotaje...” “...un pilotaje significa alargar más el tiempo de la construcción”.

Encuentra el tribunal que aparte de la declaración del ingeniero Carlos Francisco Pájaro Mendoza, los demás fueron inconducentes y mal manejados por las partes, puesto que se apartaron de la columna vertebral de este proceso y dieron vueltas sobre hechos y cosas probadas con suficiencia por la prueba documental.

Lo único que Pájaro Mendoza le aportó al proceso fue la autoría de los planos y la remisión a Cogollo para lo relativo a suelos, quien a su turno lo hizo con Maldonado. Lo que queda de cierto de esto es que finalmente un tercero hizo los planos por instrucciones del banco y que es a este a quien le toca asumir las consecuencias por los errores en los que en ellos se incurrió.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

La conclusión del tribunal

Llega entonces el tribunal a una conclusión definitiva que es el resumen de todo el debate y el soporte para la decisión que adelante se proferirá:

A. El origen primario del daño sufrido por el contratista se encuentra en la violación de la obligación por parte del banco, consistente en no haber cumplido con su carga prestacional, al impedirle al contratista, en vez de permitirle, como era su deber, la ejecución oportuna de la obra encomendada.

Esta conducta se apoya, en primer lugar, en el suministro de unos planos que no eran los correctos ni los apropiados para la consecución del fin propuesto, por lo que tuvieron que ser modificados durante el contrato con la consecuente pérdida de tiempo y la necesaria posposición del término convenido.

En segundo lugar, y en consonancia con aquel hecho, se encuentra la circunstancia de haber ordenado el banco mayores cantidades de obra y obras adicionales, con las cuales modificó el contrato durante su ejecución, la cual

también impuso la necesidad de prorrogar el término que ya se había pactado.

Y, por último, está el grave hecho consistente en que el banco no atendió las solicitudes de incremento, es decir, no incrementó los precios que inicialmente se habían convenido para la ejecución normal de la obra durante el año de 1998 y que obedecían a la propuesta presentada y aceptada en 1997, no obstante que el contrato se prorrogó por su culpa durante diez meses de 1999.

B. Como consecuencia de aquellas infracción y modificaciones al contrato en beneficio del banco, se generó el desequilibrio económico del contrato, más si se tiene en cuenta que la cláusula contentiva de la disposición de precios unitarios fijos no podía aplicarse porque ella tenía que estar prevista para un desarrollo normal de la contratación y no para cuando esta se desarrollara de una manera anormal, como en efecto ocurrió.

El desequilibrio económico del contrato fue el perjuicio recibido por el contratista, y él se tradujo en el desmedro económico sufrido en su patrimonio, el cual se indemnizará.

C. No le queda duda al tribunal de que el banco es el responsable del perjuicio sufrido por el contratista, ya que, no obstante su posición de superioridad en la relación contractual y los mayores elementos con los que contaba para evitar una catástrofe, no solo propició con su conducta culposa que el contratista no cumpliera cabalmente con su carga prestacional, sino que tampoco evitó que el daño se produjera, pudiendo hacerlo, ya que, no solamente el contratista clamaba por el reajuste económico del contrato sino que el banco estaba sobradamente advertido por el interventor del resultado que se avecinaba.

D. Con base en la anterior conclusión y en atención a que no prosperarán las excepciones propuestas por la convocada a la demanda principal y a que tampoco lo harán las súplicas de la demanda de reconvencción, se tiene entonces que el banco no tenía porqué haberle hecho retenciones al contratista según lo narrado en el hecho 17 de esta demanda, cantidades estas que deberá pagarle con los reajustes que luego se indicarán.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO

Las excepciones propuestas por la convocada en contra de la demanda principal

1. Conocida la orientación del fallo, lo que toca ahora es despachar desfavorablemente los medios exceptivos propuestos por la convocada en contra de la demanda principal, como en efecto se hará, debido al convencimiento del tribunal, con base en el contrato, en su desarrollo y en el trasfondo jurídico de las normas que lo apoyan, que fue el banco quien impidió que la sociedad contratista pudiera cumplir con la ejecución de la obra en la oportunidad y tiempo debidos, es decir, fue el banco quien incumplió el contrato, puesto que su carga prestacional tenía que haberla cumplido primero, para facilitarle así al contratista el cumplimiento de la suya. el banco tenía que haberle dado al contratista la facilidad, la oportunidad, para el cumplimiento oportuno y eficaz de su obligación, sin que, ante tal omisión, pueda luego reclamarle por su no cumplimiento y buscar en consecuencia indemnización de perjuicios. La sociedad contratista, aún con el ritmo de trabajo que le permitían las circunstancias, logró ejecutar, a 30 de septiembre de 1999, el 85% de la obra, según lo establecido en las actas finales de obra elaboradas por el banco y por ella misma, y luego por los peritos; todas esas obras, aun cuando parciales, teniendo en cuenta la esperanza final, fueron en beneficio del banco.

Pues bien, si el banco no cumplió con lo suyo, que era un deber primario que allanaba el camino para que el contratista pudiera ejecutar la obra conforme al pacto, mal podía esperar que este cumpliera oportuna y eficazmente con su carga prestacional, y mal puede esperar también no tener que indemnizarle los perjuicios causados por el incumplimiento de esa obligación, o, peor aún, esperar que sea el contratista quien se los pague.

Poco se ha tratado el tema de la mora del acreedor. De pronto se puede apreciar fácilmente el asunto tratándose de obligaciones de dar (arts. 1605, 1606, 1607, 1565, 1566, 1567, 1610, 1612; 1656; 1883 y demás normas concordantes del C.C.). La ley se encarga en muchas oportunidades de decir cuando el deudor está en mora, pasando a veces por alto al acreedor, no obstante que hay normas como la del pago por consignación que remedian esa situación. Sin embargo, la mora del acreedor es también un fenómeno del derecho y como tal está llamado a producir consecuencias de naturaleza jurídica: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta 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 tiempo debidos”, reza el artículo 1608 del Código Civil.

2. Propuso la convocada siete excepciones contra la demanda principal, incluida la llamada “genérica” contemplada en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y que contiene el deber para el juzgador de declarar oficiosamente cualquier medio exceptivo que apareciere probado a favor del demandado, salvo prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán ser alegados al responder la demanda.

3. Con base en lo expuesto en esta decisión se colige fácilmente que ninguna de las excepciones propuestas por el demandado en contra de la demanda principal está llamada a prosperar y que el árbitro no encuentra probado ningún medio exceptivo que pueda decretar de oficio.

Con todo, se apreciarán una a una para hacer un pronunciamiento especial:

A. Primera excepción: Cumplimiento total del contrato por parte del banco.

Básicamente se fundamenta en lo siguiente:

1. Que en la etapa previa al contrato el banco le suministró al futuro contratista la información, las cantidades de obra y los planos con los que este debía realizar la obra, y que, los errores o deficiencias en dicha información en esa etapa no constituía un incumplimiento del contrato, por que aún no se había celebrado, constituyendo entonces este hecho “una actividad o gestión que debía ser cumplida por el banco en forma previa a la celebración del contrato”.

2. El contratista pudo haberse abstenido del celebrar el contrato, “o una vez celebrado, podía haber solicitado que se modificaran en uno u otro sentido, de tal manera que se reconociera el efecto económico que pudo haber generado el error o la deficiencia en la información generada, o haber solicitado la terminación inmediata del mismo”.

3. El contratista celebró el contrato con base en la información entregada y, conocido el error comenzó su ejecución y acordó con el banco varias modificaciones que tuvieron que ver con el valor y el plazo del contrato.

4. El banco cumplió todas sus obligaciones contractuales, inclusive la del pago.

Frente a esta excepción considera el tribunal lo siguiente: si bien es cierto que la etapa preparatoria del contrato se halla, en punto de discusión de responsabilidad civil contractual, por fuera de esta esfera, también lo es, y así lo tiene ya sentado el tribunal, que ella tiene un preciso reflejo en la ejecución del contrato, por cuanto que la información al efecto suministrada durante esta etapa por el banco a los invitados a licitar, era el camino para que estos presentaran sus propuestas y con base en ella ejecutaran luego la obra. Si la obra luego no se pudo ejecutar o se retardó su iniciación por errores o fallas en esa información o en los planos suministrados, es un asunto que necesariamente afectó el cumplimiento del contrato y que se derivó de una culpa exclusiva de quien tenía que dar dicha información o suministrar los planos requeridos.

Ahora, el contratista no se abstuvo de celebrar el contrato, pero, de haberle advertido el error al banco, lo más probables es que esta entidad hubiera procedido a hacer las correcciones y luego, al darle inicio al contrato, lo hubiera tenido que hacer con los precios del momento. De otro lado, se tiene claro que en varias oportunidades, catorce (14) para ser exactos, el contratista le solicitó al banco el reajuste económico de los precios pactados para la contratación inicial, sin que el banco las hubiera atendido. Hubo, ya cuando la situación estaba por finalizar, un principio de acuerdo, un principio de conciliación, que finalmente no se llevó a cabo, por razones que son extrañas al tribunal. Pero no hay duda de las solicitudes de reajuste, ya que ellas reposan con la prueba documental aportada al proceso.

Las modificaciones que tuvieron que ver con el precio del contrato, se refirieron exclusivamente a las mayores cantidades de obra y obras adicionales ordenadas por el banco o si se quiere llamar de esa manera, convenidas con el contratista, y, los plazos adicionales que se concedieron, o sea, las prórrogas, sirvieron para la terminación de la obra, tanto de lo inicialmente pactado como de las adiciones ya mencionadas.

Ahora, que el banco pagó, con excepción del valor de la última etapa de la obra, es un hecho que no se está discutiendo. Lo importante es que el incumplimiento del banco de su carga prestacional y las sucesivas modificaciones al contrato fueron las que motivaron la imposibilidad de que el contratista no pudiera darle un cabal cumplimiento a la obra, ya que, venía con el tiempo a costas y padeciendo un desequilibrio económico, razón por la cual no puede prosperar la excepción.

B. Segunda excepción: Falta de nexo causal

Básicamente se fundamenta en lo siguiente:

1. Alega el excepcionante en contra de las quejas del demandante, relativas a los planos arquitectónicos, a los planos estructurales y a las modificaciones que se efectuaron al proyecto, que ellas no constituyen la causa del daño, porque, la obra solo se suspendió por 47 días cuando la nueva edificación debía ser entregada en un plazo máximo de 9 meses y la adecuación del edificio republicano debía estar lista en un plazo no superior a los 12.
2. Que la placa flotante se cambió por pilotes, por insinuación del contratista, siendo que el edificio se hubiera podido construir con una u otra cimentación.
3. Que las modificaciones se hicieron de mutuo acuerdo y con los reajustes y pago de las mayores cantidades de obra.

Considera el tribunal para no darle paso a esta defensa, entre otras cosas, que se estableció en el proceso que los planos arquitectónicos fueron entregados al contratista a los 96 días de iniciada la obra y que, los planos estructurales le fueron entregados 126 días después. Este atraso fue una de las causas de la posposición del plazo, más no la única, porque, se reitera, las mayores cantidades de obra y las obras adicionales incidieron en las prórrogas. Todo ello aunado con el desequilibrio económico del contrato, constituyeron las causas reales de la falta de ejecución total de las obras, en el tiempo convenido.

De todas formas el banco optó por hacer el cambio estructural, así el edificio hubiera podido ser construido sobre placa flotante. Se hizo el cambio y fue en su beneficio, porque de todas formas presenta menores riesgos de agrietamiento o de desplome. Ahora, es obvio que las modificaciones debieron ser convenidas, primero, porque las nuevas obras no fueron parte del objeto inicial del contrato y, segundo, porque no podía el contratista introducir modificaciones sin el consentimiento del dueño de la obra, el cual, claro está se las pagaba, pero sin que por ello se conjurara el daño que ya se venía causando.

Por lo anterior no prospera la excepción.

C. Tercera excepción: Ausencia de culpa por parte del Banco de la República.

Básicamente se fundamenta en lo siguiente:

1. A partir de los supuestos contenidos en los artículos 1604 en consonancia con el 63, ambos del Código Civil, sustenta el excepcionante su defensa para exculpar a su mandante, diciendo que desde la invitación a licitar se previó la posibilidad de existencia de diferencias en las medidas de los planos, y que el contratista tenía el deber de revisarlos y tomar o proponer las medidas necesarias para permitir la realización de la obra.
2. Que el banco contrató con profesionales idóneos la elaboración de tales planos.
3. Que detectados los errores, el banco procedió a modificar los planos para que la constructora pudiera continuar con la obra.
4. Que también aceptó el banco modificar la cimentación del edificio, efectuando los correspondientes planos estructurales.

Al respecto considera el tribunal lo siguiente: vale la pena apoyarse en la respuesta dada por el convocado al hecho séptimo de la demanda, cuando dijo que “En todo caso, debe tenerse en cuenta que para determinar la medida de un lote de terreno es necesaria una verificación técnica mediante una comisión topográfica. Ni el más

experimentado topógrafo puede determinar una diferencia en un terreno como la mencionadas en la demanda con la simple observación visual del lote”. Esa es una observación que ya releva de cualquier otra consideración, puesto que ¿cómo podría entonces exigírsele a quien aspiraba a ser contratista que desarrollara semejante actividad, cuando no sabía si se le iba o no a adjudicar el contrato y además cuando no se le invitó a discutir si no a que ofertara con base en lo que se la había dado?

De otro lado, considera el tribunal que hizo bien el banco en haberle encomendado la ejecución de los planos a una firma especializada, pero eso no lo releva de tener que asumir la culpa por el error en ellos, ya que, lo contrario, sería castigar al contratista quien fue ajeno a dicha contratación.

Ahora, por fuerza de la lógica, el banco tenía que modificar los planos para que la constructora pudiera continuar con la obra, sin que ello pueda tomarse como medio exceptivo para eludir la responsabilidad en el error, lo cual también puede decirse de la cimentación del edificio. Todo ello redundó en beneficio del banco.

No se ha demostrado entonces que el banco no haya tenido la culpa, por lo que la excepción no está llamada a prosperar.

D. Cuarta excepción: Culpa exclusiva de la sociedad demandante

Básicamente se fundamenta en lo siguiente:

1. En las obligaciones de resultado... “la culpa del deudor se presume del simple incumplimiento, es decir, de la inejecución de la obligación en el tiempo y forma debidos” “...el contratista incumplió con sus obligaciones y, en particular, con aquella esencial de entregar la obra terminada dentro del plazo y con las condiciones estipuladas”.

2. El contratista faltó al contrato y en especial al contenido de la cláusula sexta, en cuanto a que el personal por él empleado para la construcción de la obra no era idóneo y no fue el mismo que se presentó cuando se hizo la oferta, lo que repercutió, por ejemplo, en el retraso en la demolición de la bóveda, y adicionalmente hubo fallas administrativas de la obra y mala calidad en su ejecución. También, por problemas con los subcontratistas, algunos bienes traídos por el contratista a la obra, fueron embargados.

Se considera que para desatar esta excepción habría que repetir el sustento de la posición del tribunal a lo largo de este laudo y al resolver las otras excepciones, lo cual se considera innecesario. Baste entonces con reiterar que el fallador considera, porque ha encontrado probado, que el causante del daño, es decir, quien violó primariamente su obligación contractual, fue el banco, y que de su conducta infractora de la obligación, sazónada por las modificaciones ya dichas del contrato, se derivó el descalabro económico sufrido por el contratista, produciéndose entonces el efecto que ahora se busca inculparle con esta excepción. Por lo anterior la excepción no está llamada a prosperar.

E. Quinta excepción: Concurrencia de voluntades para la modificación al contrato de obra.

Básicamente se fundamenta en lo siguiente:

1. Que los cambios fueron consultados y convenidos entre las partes, y que el banco pagaba el costo de esas obras, tal como consta en los otrosí del contrato.

2. Que tales modificaciones o ajuste no le ocasionaron perjuicios o sobrecostos, ya que estos le fueron reconocidos.

Esta excepción tiende a confundir la atención del tribunal, ya que, indudablemente el excepcionante se refiere es a las mayores cantidades de obras y a las obras adicionales con las cuales se modificó el contrato y de las cuales dan cuenta los otrosí. Advierte el tribunal que sobre esos mayores valores no se está reclamando en este proceso. Lo que se busca es la indemnización por el desequilibrio económico que afectó el contrato y que va referido al valor de los precios con los que inicialmente se ofertó y celebró el contrato. Por esta razón la excepción no prospera.

F. Sexta excepción: Compensación.

Básicamente se fundamenta en que como el demandado presentó demanda de reconvencción, “...pretendiendo que se declare que la sociedad demandante es responsable de los perjuicios ocasionados al Banco de la República por el incumplimiento del contrato por parte de ella”, por lo que se solicita que “...se ordene la compensación de las sumas a favor y a cargo de cada parte, si a ello hubiere lugar”.

Como adelante se verá, al no ser acogidas las súplicas de la demanda de reconvencción, no va a ser posible que prospere esta forma extintiva de las obligaciones. Por ello el Tribunal queda relevado de tener que estudiar la figura de la compensación y sus efectos en derecho.

G. Séptima excepción: Genérica.

Se fundamenta en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, y se solicita que oficiosamente se declaren las excepciones que se encuentren probadas durante el trámite del proceso.

Este medio exceptivo no está llamado a prosperar debido a que el tribunal ha acogido las súplicas de la demanda, conforme se expresará en la parte resolutive de este laudo. Algunas pretensiones de la demanda se reducirán a su justa dimensión, pero sin que ello signifique que prospera alguna excepción, ni siquiera la planteada en este literal.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

La demanda de reconvencción

En la oportunidad legal el apoderado de la convocada demandó en reconvencción a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., en procura de las súplicas que quedaron dichas al comienzo de este laudo. De la misma se corrió traslado a la contrademandada, la cual respondió oponiéndose a las peticiones de la demanda y planteando una excepción de fondo.

La siguiente puede ser la síntesis de esta demanda (art. 304 del CPC, modificado por el D.E. 2282/89, art. 1º, num. 134), la cual coincide con la demanda principal en cuanto a la narración de los hechos y a la situación planteada, como quiera que se trata de lo mismo, pero ahora del demandado hacia el demandante, en búsqueda de la indemnización que aquel alega que este le debe por el perjuicio que dice que se le causó como consecuencia del incumplimiento del contrato imputable al contratista:

A partir del punto de la celebración del contrato entre el Banco de la República y la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., de los otrosí con los cuales se modificó el contrato y de las obligaciones especiales del contratista contenidas en la cláusula sexta del mismo, alega el contrademandante en el hecho sexto de su demanda, que el contratista “...incumplió con las obligaciones contenidas en el contrato mencionado y sus otrosíes (sic), como quiera que no entregó al Banco de la República la totalidad de las obras contratadas dentro del plazo establecido para su realización y que algunas de las obras entregadas y de los equipos instalados por el contratista no cumplieron con las especificaciones contractuales requeridas,...”, todo lo cual pasa a demostrar con el acta de estado de los trabajos a octubre 1º de 1999 suscrita por las partes y con la inspección judicial y el dictamen pericial practicados por cuenta del Juzgado 8º Civil del Circuito de Cartagena. De igual manera se basa el banco para demostrar el incumplimiento del contratista, en el documento denominado resumen total de las cantidades de obra ejecutada – liquidación final del contrato de octubre de 1999, firmado por el contratista y remitido al banco con una comunicación de 29 de noviembre de 1999.

También se ocupa el contrademandante de explicar en la demanda, el porqué de las cantidades soportadas en sus pretensiones y la acumulabilidad de la cláusula penal pactada en la décima del contrato con el pago de la obligación principal, traducida en la indemnización compensatoria de perjuicios.

De su lado el contrademandado respondió la demanda oponiéndose en general a todas las pretensiones, redarguyendo los hechos de la demanda con la exposición y ampliación de los ya planteados por él mismo en el escrito introductorio, y proponiendo como excepción de fondo la que denominó inexistencia de todo derecho, basada en “...los argumentos presentados en los hechos de la demanda principal contenidos en el capítulo cuarto de la misma, así como el análisis y fundamentos de derecho efectuados en su ídem capítulo sexto”.

Consideraciones del tribunal

Forzoso es para el tribunal remitirse, en este estadio del proceso, a los elementos y juicios de valor tenidos en cuenta para desatar las pretensiones de la demanda principal, como quiera que se trata de un mismo asunto y que ya se encontró probado y decidió que la parte que incumplió el contrato fue el Banco de la República, razón por la cual las pretensiones de esta demanda están llamadas al fracaso. De otro lado, las pruebas solicitadas y practicadas por virtud de esta demanda, las cuales en buena parte fueron comunes con la de la demanda principal, no aportaron nada nuevo al proceso ni lograron reorientar la postura del juzgador.

Debe advertirse, para ser coherente con la mencionada decisión, que más que encontrar probada el tribunal la excepción propuesta por el contrademandado y que denominó inexistencia de todo derecho, la cual, entre otras cosas, no fue debidamente sustentada, lo que puede oponerse como medio extintivo de las pretensiones de la demanda de reconvenición es el incumplimiento del banco de su carga prestacional por haberle impedido al contratista el cumplimiento oportuno de su obligación, las modificaciones al contrato con la inclusión de mayores cantidades de obra y obras adicionales en beneficio del banco y el desequilibrio económico del contrato en perjuicio del contratista. Así lo declarará oficiosamente el tribunal con base en la facultad legal consagrada en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO

La objeción por error grave al dictamen pericial

En primer lugar es menester precisar que la objeción por error grave es una garantía que otorga la ley a las partes, para contradecir la prueba en caso de que ella adolezca de imprecisiones tales que impidan al juzgador obtener respuesta a los interrogantes técnicos que se sometieron a su consideración o lo lleven a conclusiones erróneas sobre tales aspectos. El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, establece que la finalidad de la peritación es “verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”. Es decir que los peritos tienen la misión fundamental de esclarecer los hechos planteados en el proceso de acuerdo con sus especiales conocimientos profesionales, en cuanto que para la apreciación de tales hechos se requiera un conocimiento especial de una determinada ciencia, técnica o arte, que escape a la cultura general que deba poseer el juez idóneo. Las consecuencias jurídicas que del análisis de tales hechos puedan surgir, no son cosas que deban establecer los peritos, sino el juez, con base en el conocimiento que aquellos le aporten. Por lo tanto, el peritazgo no se puede descalificar, objetándolo por error grave, cuando quiera que tal objeción tenga como fundamento el análisis sobre las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de las conclusiones de los peritos. La objeción solo estará llamada a prosperar cuando quiera que los peritos no den respuesta a los interrogantes planteados o cuando su análisis resulte contrario a lo que, de acuerdo con la ciencia, técnica o arte en la que discorra la experticia, sería la apreciación correcta de tales hechos.

En el presente caso, el peritazgo que se encomendó a los señores Mónica Jaramillo C. y Aurelio Mora P., tenía dos finalidades: a) establecer las mayores costos que se originaron para cada una de las partes como consecuencia del desarrollo del contrato de obra N° 05119700, suscrito por Banco de la República y Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., el 21 de noviembre de 1997; y b) establecer los valores que por concepto de indexación y costo de oportunidad del dinero de tales sobrecostos se generarían en el evento de que prosperaran las pretensiones de las demandas, aportando al tribunal los elementos técnicos para actualizar tales sumas al momento de decidir. Por lo tanto solo estarán llamadas a prosperar aquellas objeciones que impliquen la conclusión de que tales cometidos no se cumplieron con el experticio, y no aquellas que entrañen el análisis jurídico de la existencia de los perjuicios a favor o a cargo de las partes.

Precisado lo anterior, pasa el tribunal a estudiar los cargos formulados por la convocada al dictamen pericial rendido por los señores Mónica Jaramillo C. y Aurelio Mora P.:

1. Afirma el apoderado de la parte convocada que los peritos debieron hacer sus análisis sobre los sobrecostos sufridos por el contratista partiendo de la fecha máxima en que el contrato habría podido iniciar, teniendo en cuenta que el banco, de acuerdo con los términos de referencia de la invitación a ofrecer, tenía un término mayor al que en realidad utilizó, para adjudicar y celebrar el contrato de donde concluye que el contratista debió tener en

cuenta ese hecho al presentar su propuesta y, en caso de que el banco hubiese hecho la adjudicación en el plazo máximo (120 días siguientes a la presentación de la oferta), los precios ofrecidos permanecerían inmodificados hasta enero de 1999.

Sobre este punto considera el tribunal:

Advierten los peritos en su dictamen, de manera acertada, que no les correspondía a ellos hacer juicios de valor sobre la validez de los argumentos de las partes para considerar que los mayores costos, que indudablemente tuvieron que asumir, tuvieron su causa en la conducta culpable de una u otra. Tal análisis, como se ha dicho, solo compete a este tribunal pues se trata de la apreciación jurídica de los hechos, para concluir, según sea el caso, que los sobrecostos se debieron a la propia culpa de la parte o, por el contrario se originaron en la conducta culpable de la otra, caso en el cual se constituirá en perjuicio indemnizable. Los peritos, se limitaron a calcular unos sobrecostos, con base en los parámetros que les fijaron las partes al solicitar la prueba y los hechos reales que aparecieron de su análisis documental, para determinar las diferencias que resultaron entre lo que se contrató, le que le costó realmente hacer la obra y lo que le reconoció el banco.

Observa el tribunal que la objeción, en este punto, parte de una premisa errada, pues confunde la expectativa del contratista, cuando presentó su propuesta, y el derecho que surgió para él, en virtud de la celebración del contrato, pues fue en este último en el que se determinó su precio, y por lo tanto fijó de manera clara lo que debía percibir el contratista como contraprestación por la realización de la labor que se le encomendó.

2. En segundo lugar, el apoderado del banco critica el experticio, en cuanto que no se tuvo en cuenta la conclusión establecida por los peritos Alberto Cristancho V. y Guillermo Bernal C., consistente en que las modificaciones del proyecto, que se hicieron al comienzo del contrato, como consecuencia de la variación en los planos que sirvieron de base a la contratación, produjo un retraso en la iniciación de las obras de 96 días, de tal manera que los sobrecostos no se debieron calcular más allá de ese término.

Para desechar este cargo, basta mirar que tal información no tenía por qué ser tenida en cuenta por ellos, pues se trató de dos peritazgos independientes que se surtieron de manera simultánea y que tal fecha solo fue determinada y por lo tanto conocida, en el mismo momento en que ellos entregaron su informe. Se reitera que la labor que se les encomendó a los peritos fue calcular el mayor costo que debieron sufragar las partes, y en este punto en especial los que asumió el contratista. La determinación sobre la responsabilidad que le pudiera caber al banco en su causación le compete al Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con el análisis jurídico que se ha hecho en este laudo.

Por lo demás, advierte el tribunal que el mismo objetante reconoce que la metodología utilizada por los peritos, fue adecuada a tal punto que solicitó que los peritos que se nombraran para evacuar la prueba de la objeción aplicaran una similar, de tal manera que por este punto se reconoce que los peritos no cometieron ningún error, pues dieron respuesta correcta a la cuestión que se sometió a su estudio.

3. El apoderado de la parte convocada en este Tribunal de Arbitramento ataca el peritazgo en cuanto que, en el caso particular del concreto, el sobrecosto que debió asumir la firma contratista por este insumo se calculó desde agosto de 1998, a pesar de que la modalidad de precios unitarios fijos cobijaba todos los insumos de la obra, incluido el concreto, razón por la cual tal cálculo debió sujetarse a los mismos parámetros aplicables a los demás materiales de la obra.

Reitera el tribunal que la finalidad del peritazgo era establecer el valor de todos los sobrecostos, sin hacer juicios de valor sobre el carácter de perjuicios que pudieron llegar a tener y, es claro que para el caso particular del concreto estos sobrecostos aparecieron desde agosto de 1998, pues de acuerdo con el cronograma de obra, se programó que este insumo se utilizaría hasta esa fecha, por lo menos en su parte fundamental.

El representante legal del banco, en su interrogatorio, reconoció que la ejecución de la parte de obra relativa a la construcción del edificio nuevo, que fue donde se gastó la mayor parte del concreto, tenía un término de duración de 9 meses aproximadamente. Es decir, que más o menos para agosto de 1998, si no se hubiesen presentado las modificaciones, se habría concluido tal obra.

Para calcular los costos del contrato, aun en el caso de los precios unitarios fijos, se debe tener en cuenta el cronograma propuesto, pues de esa manera se pueden optimizar los costos, conducta que por demás demuestra la diligencia del buen hombre de negocios que, no solo debe esperar el máximo beneficio propio sino que debe propender por el menor costo para aquel que le encomienda la realización de una labor.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que busca el objetante es establecer que tal sobre costo no le es imputable o, dicho de otra manera, que no es un perjuicio irrogado por él al contratista, la objeción en este punto tampoco prosperará.

4. En cuanto a la liquidación final del contrato que elaboraron los peritos, el memorialista señala que, por una parte, tal cálculo no fue solicitado y, además que en él se incluyeron cifras que no debieron computarse y se excluyeron otras que debían tenerse en cuenta.

Al respecto se aclara que fue el propio Banco de la República quien pidió hacer tal cálculo. En efecto, en su solicitud se lee: “(...) determinación de los valores contratados, los valores efectivamente ejecutados, las sumas pagadas y retenidas, los anticipos amortizados y no amortizados y los descuentos realizados, entre otros, en virtud de la ejecución del contrato que nos ocupa (...)” (subraya el tribunal), de tal manera que sí era motivo de su experticio. Además, como bien lo afirma el memorialista, teniendo en cuenta que la peritación tenía por objeto establecer los sobre costos causados en la ejecución de la obra, para determinarlos era menester establecer, primero, cuales fueron los valores contratados y ejecutados, y las sumas reconocidas y pagadas, para concluir, a partir de tales supuestos, el monto de los mayores costos.

En cuanto a las cifras que se incluyen, esto es las sumas retenidas en garantía, se observa que el memorialista no tuvo en cuenta que la cifra de \$3.668.442.010 corresponde a lo que efectivamente percibió por concepto de anticipos y pagos netos (es decir, menos retenciones en garantía), todo de acuerdo con las actas de obra, aportadas por el banco y aceptadas por ambas partes. De tal manera que tales valores sí debían computarse porque estaban pendientes de pago, de acuerdo con lo acordado en el contrato, y nunca fueron desembolsadas.

Otro tanto puede decirse del anticipo no amortizado que, según el apoderado del banco, debió descontarse. No comparte el tribunal el razonamiento del memorialista pues la suma establecida por los peritos es el resultado simple de restar, al valor de la obra ejecutada, el valor de las sumas efectivamente pagadas, dentro de la cual se incluyó todo el anticipo, para establecer el saldo del contrato al momento en que se suspendieron las obras y se dio por terminado el contrato. Si bien no se descontó la parte no amortizada del anticipo, si se hizo un cruce de cuentas con la parte de obra ejecutada y no pagada. Igualmente, solo se contabilizó en la liquidación efectuada por los peritos la obra entregada (ejecutada).

Respecto de los insumos rechazados destaca el tribunal que la información sobre estos aspectos solo se les suministró a los peritos con la solicitud de aclaración y adición, y solo entonces podían, como en efecto lo hicieron, contabilizar tales sumas. Sobre la procedencia de tener en cuenta tales valores para efectos de liquidar los perjuicios, es cosa que debe dilucidar el tribunal al concretar las condenas.

Otro tanto debe decirse de la cláusula penal, pues no son los peritos los encargados de establecer si el contratista incurrió en culpa por la inejecución del contrato o su ejecución defectuosa o incompleta, lo cual es presupuesto necesario para establecer si esta procede o no. El encargado de establecer si la pena se debe imponer es el tribunal.

Finalmente se destaca que los peritos Luis Guijo y Rafael Aranguren, en este punto acogieron y avalaron integralmente la metodología utilizada por los peritos.

5. En cuanto a los cálculos de indexación y costo de oportunidad, que también cuestionan, se observa que los reparos se formulan en cuanto a las sumas que sirven de base, de acuerdo con las objeciones que atrás se estudiaron pero no la metodología usada, de tal manera que no existiendo motivos para modificar las cifras, mal puede establecerse un error por este aspecto. Además se observa que no se cuestionó la metodología empleada por los peritos de tal forma que no es posible concluir que tales sumas estén erradas.

6. Sobre la fecha del 31 de agosto de 2000 hasta la cual los peritos calcularon la indexación y de la que parten para establecer el costo de oportunidad del dinero, objetada por la convocada en el punto 2.5 de su escrito, debe decirse

que esta se establece de la lectura de la demanda presentada por la convocante. Esa fue la fecha que el solicitante de la prueba pidió que se tuviera en cuenta y fue la que utilizaron los peritos. Si esa es la fecha que debió tenerse en cuenta, o fue otra, es cosa que el tribunal, y no los peritos, debe establecer y, en todo caso, con los elementos de juicio aportados por los peritos, el tribunal podrá concretar las condenas según las fechas que considere, conforme a la ley, se deben tener en cuenta para tales efectos.

7. Finalmente, en relación con las objeciones formuladas por el apoderado del Banco de la República durante el traslado de la aclaración y complementación del dictamen rendido por los mismos peritos, señores Mónica Jaramillo y Aurelio Mora, observa el tribunal que todas ellas hacen relación a los sobrecostos y supuestos perjuicios sufridos por el banco, y dado que en este punto nada aportan a la decisión del tribunal, pues como ya se ha dicho sus pretensiones no están llamadas a prosperar, carece de interés pronunciarse sobre ellas, destacando, en todo caso que los peritos Luis Guijo, y Rafael Aranguren, en este punto también avalaron integralmente la metodología utilizada por sus colegas, y solo aportaron nuevas cifras de acuerdo con la documentación que entonces aportó el banco.

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO

Pronunciamiento en cuanto a las pretensiones de la demanda principal

Al haber resultado victoriosa en sus ambiciones la parte convocante, compete ahora al tribunal revisar las pretensiones planteadas por ella en la demanda, ya que se considera que hay que ajustarlas a la realidad legal. “Precisamente, en materia de interpretación de la demanda, ha sostenido de manera reiterada y uniforme la Corte que la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene porqué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador, y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte. En el punto tiene declarado la doctrina de la corporación que “son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de las súplicas” ⁽²⁸⁾ .

1. La indemnización reclamada por el contratista en la pretensión segunda, reformada simultáneamente con la demanda principal y adicionada con el hecho décimo cuarto, va orientada al resarcimiento de los perjuicios, de la siguiente manera:

- A. Daño emergente;
- B. Lucro cesante, el cual, según se pide, debe ser calculado pericialmente, y
- C. Los daños morales, los cuales se dejan a la estimación del tribunal.

Y, en la pretensión tercera, se solicita el pago de:

- A. El reajuste de ítems de la obra contratada por el cambio o postergación de la misma, por su culpa, para el año subsiguiente;
- B. Los intereses de mora comerciales a la tasa más alta del mercado, discurridos desde el 30 de agosto de 2000 hasta que se efectúe su pago, y
- C. La indexación monetaria previamente calculada.

Luego la parte convocante, en el número VI de la demanda inicial, bajo el título de fundamentos de derecho y análisis, al referirse a la indemnización de perjuicios, pretende que en ella se incluya:

- a) “...el costo normal variable hacia arriba de la obra pactada a precios del año 1997, pero por su culpa construidos a posteriori a costos más altos en los años 1998 y 1999, que se tradujeron en un daño emergente...”;
- b) “...la pérdida del poder adquisitivo del dinero durante todo el tiempo que tal constructora tuvo que trabajar con los antiguos y obsoletos precios fijados por aquella entidad bancaria, lo que también es un rubro adicional del mentado daño...”;

c) "...la pérdida de la ventaja o utilidad, que de por sí implica la disponibilidad de un dinero, que corresponde al concepto de lucro cesante y,

d) El daño moral ocasionado a la sociedad y a los socios individualmente considerados.

2. El deber de indemnización de perjuicios "... comprende el daño emergente y lucro cesante...", en términos del artículo 1613 del Código Civil, norma que es luego desarrollada en lo conceptual por el artículo 1614 ibídem: el daño emergente es el perjuicio que sufre el acreedor y que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. El lucro cesante es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento. Pero, y esto es un punto común para cualquier reclamación de perjuicios, el daño, así como debe ser integralmente reparado ⁽²⁹⁾, también debe aparecer integralmente probado: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta", según lo preceptuado por el artículo 1757 del Código Civil; de su lado, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, al enarbolar el principio de la carga de la prueba, consagra que cada parte debe probar los supuestos fácticos de las normas cuyos presupuestos invocan. Por ello es que se puede afirmar que tanto el daño emergente como el lucro cesante con todas sus variantes (costo de oportunidad del dinero, pérdida de un chance, etc.; excepto la indexación, que procura la recuperación de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, la cual ha sido aceptada por la jurisprudencia y la doctrina como un hecho notorio, sobre todo en estos países subdesarrollados ⁽³⁰⁾), deben resultar probados en el proceso, en la medida en que no existe una tarifa legal que los regule, como ocurre con el daño moral. Pero este también debe ser probado a la par que cualquier otro perjuicio.

Ahora bien, no puede perderse de vista que cuando únicamente se cobran intereses, no hay necesidad de justificar perjuicios, sino que será suficiente con probar el hecho del retardo, según las voces del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil.

Volviendo al punto principal de la indemnización, se entiende en relación con los intereses de mora y cuando estos se deben y se cobran, que este tipo de interés comprende la indexación, o sea la garantía del mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda, más una sanción económica, que envuelve el costo de oportunidad, por lo cual no hay lugar a acumularlas para no incurrir en un pago en exceso incluso rayano con los límites de la usura. Artículo 65 de la Ley 45 de 1990: "En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

"Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación".

El punto es discutible, mas sin embargo la Corte ha pregonado que si el acreedor considera que ha sufrido un perjuicio adicional que no alcanza a ser reparado con la indemnización moratoria, estará llamado a probarlo: CSJ, Cas. Civil, Sent. mayo 29/91. El acreedor tiene derecho sobre los intereses y "...también puede reclamar el pago de otros perjuicios que le haya causado el comportamiento moroso del deudor, siempre que, en este último caso, los demuestre".

3. Ya en este estado del proceso y en punto de resolución se encuentra el tribunal con que el banco tiene sobre sí el deber de indemnizar, o sea, de pagarle una suma de dinero al contratista.

Pero, ¿qué debe indemnizar? El tribunal no cree que el banco estuviera en mora antes de la presentación de la demanda. Y no lo estaba ya que no se hallaba inmerso en ninguna de las situaciones previstas por el artículo 1608 del Código Civil. Además debe tenerse en cuenta que el banco no procedió a reajustar los precios iniciales del contrato, porque se amparaba en la cláusula contractual de los precios unitarios fijos sin lugar a reajuste de ninguna naturaleza, la cual está a la sombra del contenido del artículo 2060 del Código Civil. Otra cosa es que el tribunal haya considerado que dicha cláusula no sea atendida en el proceso por la forma anormal como se desarrolló el contrato, pero ello es apenas motivo de declaración en este laudo.

Sin embargo la demanda produce un efecto legal en relación con la constitución en mora y sobre esta base legal el tribunal no aceptará lo dicho en este sentido por el apoderado de la convocada en el alegato de conclusión.

Así encontramos que el segundo aparte del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el D.E. 2282/89, art. 1º, num. 41, modificado por la Ley 794 de 2003, art. 10) preceptúa lo siguiente: “La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.” Con esta disposición se cumple con la previsión del numeral 3º del artículo 1608 del Código Civil, el cual indica que el deudor está en mora cuando “...ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

“No puede perderse de vista que cuando se acude a la intervención de la justicia en un proceso declarativo le sentencia de ser estimatoria de la demanda no hace nada diverso a reconocer que el demandante tenía razón, que le asistía el derecho, de ahí que sea apenas equitativo tomar como base para efectos de imponer sanciones moratorias la fecha de notificación de la demanda, a falta de norma expresa que señale otra oportunidad, tal como sucede por ejemplo con el contrato de seguro donde el artículo 1080 del Código de Comercio indica que serán a partir del mes siguiente al de presentada la reclamación que se originan las mismas” ⁽³¹⁾ .

A. El tribunal encuentra que el contratista ha sufrido un daño emergente, que se indemnizará, para conjurar el desequilibrio económico sufrido por el contratista, con el pago de los siguientes ítems:

(1) reajustando durante 1999 los precios de los ítems de la obra inicialmente contratada, pero teniendo en cuenta lo ejecutado; (2) los gastos de administración; (3) el concreto deberá ser reajustado desde junio de 1998 fecha en la cual venció el contrato.

Ahora, ya como otro aspecto del daño emergente y del cual no quedó duda en el proceso debido a que fue reconocido incluso por la convocada en el hecho 17 de la demanda de reconvenición y luego tenido en cuenta por los señores peritos precisamente al responder la pregunta que le formulara el banco en el numeral 2) del capítulo IV. de la solicitud de pruebas de la respuesta a la reforma a la demanda principal, también deberá pagarle el banco al contratista las sumas que dejó de pagarle y de las cuales da cuenta el acta N° 14, pero en las cantidades precisadas por estos auxiliares de la justicia.

A las sumas antes dichas se les agregará la indexación monetaria, como mecanismo para recuperar el poder adquisitivo del dinero, desde la finalización de contrato, es decir, desde el 30 de septiembre de 1999 hasta la fecha de la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, o sea, hasta el 23 de noviembre de 2001.

B. El lucro cesante ⁽³²⁾ , con toda su gama de modalidades, dentro de la cual se incluye el costo de oportunidad del dinero ⁽³³⁾ , no fue probado que lo hubiera sufrido el contratista por un valor mayor a aquel que encierra el interés moratorio. No comparte el tribunal la tesis de que el lucro cesante, diferente a los intereses moratorios, pueda ser “calculado pericialmente”, ya que aquel no opera automáticamente cuando ocurre un daño, sino que su existencia debe ser probada por quien lo reclama, al punto que puede haber daño del cual no se derive un factor como el señalado.

C. No hay lugar a daños morales. Debe dejarse sentado que el tribunal cree que puede haber perjuicios morales en materia contractual, porque de todas formas la angustia y el sufrimiento que siente el acreedor de una prestación por la violación que de ella hace el deudor, es un daño que debe ser reparado como cualquier otro.

Pero el punto particular radica en que en el proceso la demandante es una persona jurídica, la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda. Este ente ficticio, según lo define el artículo 633 del Código Civil, por sustracción de materia no es capaz de sufrir dolor ni angustia ni ningún tipo de afectación al sentimiento. “Otra cosa es que los miembros, socios o representantes legales, de la persona jurídica sufran angustia por el atentado que se ha producido contra el ente del que hacen parte. Pero en tales circunstancias se tratará de un perjuicio moral que solo podrá ser cobrado por la persona que lo ha sufrido, más no por la persona jurídica representada...” ⁽³⁴⁾ tesis que comparte plenamente el tribunal, pero bajo la circunstancia, para sustentar su negativa, que ni los socios de la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., ni su representante legal, personalmente, fueron parte en este proceso. Entonces, así hubiere aparecido probado el daño moral, no podría extenderseles a ellos los efectos benéficos del fallo.

D. La convocada deberá entonces pagar intereses de mora desde el día 24 de noviembre de 2001, día siguiente de

aquel en el que se le notificó la demanda, en aplicación del citado segundo aparte del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO

Cuantificación de los perjuicios

De lo expuesto hasta ahora por el tribunal se concluye que prosperarán las pretensiones de la demanda principal, esto es las relativas a la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del Banco de la República y los perjuicios que con dicho incumplimiento se causaron a la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda. Corresponde, entonces cuantificar tales perjuicios de acuerdo con lo que fue probado en el curso de la actuación.

Perjuicios materiales

Daño emergente

Se encuentran probados en el expediente los siguientes perjuicios que se enmarcan dentro de la modalidad del daño emergente:

- a) El saldo del precio de la obra ejecutada, que los peritos avaluaron en la suma de quinientos dieciséis millones setecientos treinta mil doscientos once pesos (\$516.730.211) m/cte.
- b) El sobrecosto del contrato ocasionado por la modificación en el tiempo de ejecución de la obra, que la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., debió asumir y que los peritos estimaron en treinta y cinco millones cuatrocientos quince mil ciento veintiséis pesos (\$35.415.126) m/cte.
- c) El sobrecosto del concreto, ocasionado por la tardanza en el inicio de la obra, especialmente la parte relativa a la construcción del nuevo edificio que de acuerdo con el dictamen pericial fue de seis millones quinientos sesenta y siete mil trescientos veinticinco pesos (\$6.567.325) m/cte.
- d) Los mayores gastos de administración que el contratista debió sufragar en razón del incremento de 10 meses que tuvo el termino de duración de la obra que fueron tasados en ciento ochenta y un millones doscientos setenta y ocho mil seiscientos quince pesos (\$181.278.615) m/cte.

Por lo tanto suman los perjuicios por daño emergente setecientos treinta y nueve millones novecientos noventa y un mil doscientos setenta y siete pesos (\$739.991.277) m/cte.

Ahora bien, la anterior suma, de acuerdo con lo pedido por el apoderado de la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., deberá indexarse desde la fecha en que debió recibir el pago, esto es, la terminación del contrato, ocurrida el 30 de septiembre de 1999 y hasta la fecha de constitución en mora del deudor, es decir hasta el 23 de noviembre de 2001, que fue la día en que se notificó personalmente la demanda al representante legal del Banco de la República. Por lo anterior, y aplicando los cálculos efectuados por los señores peritos, con base en el índice de precios al consumidor (IPC), vale la indexación ciento treinta y cuatro millones ciento trece mil ciento dieciocho pesos (\$134.113.118) m/cte., y, por lo tanto vale el daño emergente indexado ochocientos setenta y cuatro millones ciento cuatro mil trescientos noventa y cinco pesos (\$874.104.395) m/cte.

Lucro cesante

La sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., solicitó el pago, a título de lucro cesante del costo de oportunidad del dinero, el cual fue calculado por los peritos Mónica Jaramillo y Aurelio Mora, aplicando el modelo de valoración de activos financieros, mientras los peritos Luis Guijo y Rafael Aranguren, a pesar de que consideran que tal fórmula es acertada, estimaron más adecuado la aplicación de intereses moratorios, por cuanto la situación del país implicó una disminución en las tasas de interés. Teniendo en cuenta lo establecido por el inciso 2° del artículo 241 Código de Procedimiento Civil, que le ordena al juez apreciar conjuntamente los dictámenes periciales, estima el tribunal que, por su sencillez y porque involucró el cálculo del costo de oportunidad para ambas partes resulta oportuno en este aspecto aplicar la fórmula establecida por los segundos peritos.

El Banco de la República debe reconocer intereses moratorios, sobre las sumas que conforman el daño emergente, a la máxima tasa permitida, desde el día siguiente al de la notificación de la demanda y hasta aquel en que realice el pago completo de la obligación. A la fecha de este laudo, los intereses moratorios valen cuatrocientos cincuenta y cinco millones novecientos catorce mil doscientos setenta y ocho pesos (\$455.914.278) m/cte.

Finalmente, teniendo en cuenta que en el presente proceso se recibieron oficios de los Juzgados Primero Civil Municipal, Segundo Civil del Circuito y Octavo Civil del Circuito, todos de Cartagena (fls. 154, 155 y 537 a 538 del cdno. ppal., respectivamente), en los cuales se advierte la existencia de embargos de los créditos que la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., pudiera tener dentro de este proceso, el Banco de la República deberá consignar a ordenes del Juzgado Primero Civil Municipal de Cartagena, todas las sumas que por concepto de condenas se imponen en este laudo. Igualmente, por secretaría se oficiará a los juzgados dándoles cuenta de lo decidido en el laudo.

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO

Costas y agencias en derecho

Teniendo en cuenta que no prosperarán ni las pretensiones de la demanda de reconvención, ni las excepciones propuestas por la convocada a la demanda principal y que en cambio lo harán las pretensiones de la parte convocante, se condenará al Banco de la República al pago de todas las costas del proceso, incluyendo las agencias en derecho de acuerdo con la siguiente liquidación.

Costas

En el expediente se encuentran debidamente acreditadas las siguientes:

De las anteriores sumas, la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., canceló la totalidad de los trámites prearbitrales, y \$ 18.000.000, de los honorarios de los peritos, es decir, la suma de \$18.572.000.

Agencias en derecho

Igualmente, por concepto de agencias en derecho, el tribunal las fija en doce millones setecientos ochenta y cinco mil quinientos pesos (\$12.785.500) m/cte.

Por lo tanto el Banco de la República deberá cancelarle a la sociedad Rafael Tono Lemaitre y Cía. Ltda., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de veinte millones trescientos cincuenta y siete mil quinientos pesos (\$20.357.500) m/cte.

Con relación a la partida de gastos de protocolización, registro y otros, una vez protocolizado el expediente, y previa rendición de cuentas que haga el árbitro, la parte no utilizada se restituirá a Banco de la República, por haber sido ella quien los sufragó.

En mérito de lo expuesto este tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.
2. Declarar que el Banco de la República incumplió sus obligaciones contractuales y por lo tanto es responsable de los perjuicios ocasionados a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.
3. No acceder a condenar al banco por daños morales, ya que estos no existieron.
4. Condenar al Banco de la República a pagarle a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., el daño emergente que le causó en razón del incumplimiento del contrato según se ha dicho en este fallo.

En razón de esta condena, el Banco de la República debe pagarle a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía.

Ltda., las siguientes sumas dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo:

A. Reajuste de ítems durante 1999: treinta y cinco millones cuatrocientos quince mil ciento veintiséis pesos (\$35.415.126) m/cte.

B. Gastos de administración: ciento ochenta y un millones doscientos setenta y ocho mil seiscientos quince pesos (\$181.278.615) m/cte.

C. Reajuste del concreto: seis millones quinientos sesenta y siete mil trescientos veinticinco pesos (\$6.567.325) m/cte.

D. El dinero que dejó de pagarle según la liquidación final del contrato: quinientos dieciséis millones setecientos treinta mil doscientos once pesos (\$516.730.211) m/cte.

E. Indexación monetaria, sobre las anteriores sumas, desde el 30 de septiembre de 1999 hasta el 23 de noviembre de 2001 que fue el día en que se notificó el auto admisorio de la demanda al demandado: ciento treinta y cuatro millones ciento trece mil ciento dieciocho pesos (\$134.113.118) m/cte.

5. Condenar al Banco de la República a pagarle a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., a título de lucro cesante, los intereses de mora sobre las cantidades que conforman el daño emergente, desde el 24 de noviembre de 2001 y hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación a su cargo, los cuales, a la fecha del presente laudo ascienden a la suma de cuatrocientos cincuenta y cinco millones novecientos catorce mil doscientos setenta y ocho pesos (\$455.914.278) m/cte.

6. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte convocada en contra la demanda principal.

7. Declarar que no prosperan las súplicas de la demanda de reconvención.

8. Con base en la facultad legalmente consagrada en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal declara oficiosamente en contra de la demanda de reconvención las excepciones de (a) Incumplimiento del banco de su carga prestacional por haberle impedido al contratista el cumplimiento oportuno de su obligación, (b) Las modificaciones al contrato con la inclusión de mayores cantidades de obra y obras adicionales en beneficio del banco y (c) El desequilibrio económico del contrato en perjuicio del contratista.

9. Condenar al Banco de la República a pagar a la sociedad Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de veinte millones trescientos cincuenta y siete mil quinientos pesos (\$20.357.500) m/cte.

10. Ordenar al Banco de la República, consignar el valor de las condenas impuestas en este laudo a nombre del Juzgado Primero Civil Municipal de Cartagena, proceso ejecutivo de Banco Tequendama contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.

11. Declarar no probadas las objeciones por error grave presentadas por el Banco de la República, al dictamen rendido por los peritos Mónica Jaramillo Corredor y Aurelio Mora Posada.

12. Por secretaría líbrense los siguientes oficios:

A. Al juzgado Primero Civil Municipal de Cartagena, proceso ejecutivo de Banco de Tequendama contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., haciéndole conocer lo dispuesto en la resolución décima de este laudo y, advirtiéndole de la existencia de los embargos existentes en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, proceso ejecutivo de Bancolombia S.A. contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., y el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, proceso ejecutivo de Banco de Tequendama S.A. contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.

B. Al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, proceso ejecutivo de Bancolombia S.A. contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., haciéndole conocer lo dispuesto en la resolución décima de este laudo y, advirtiéndole de la existencia de los embargos existentes en el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartagena,

proceso ejecutivo de Banco Tequendama contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., y el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena Proceso ejecutivo de Banco de Tequendama S.A. contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.

C. Al Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, proceso ejecutivo de Banco Tequendama S.A. contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., haciéndole conocer lo dispuesto en la resolución décima de este laudo y, advirtiéndole de la existencia de los embargos existentes en el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartagena, proceso ejecutivo de Banco Tequendama contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda., y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, proceso ejecutivo de Bancolombia S.A. contra Rafael Tono Lemaitre & Cía. Ltda.

13. Una vez ejecutoriado el presente laudo se procederá conforme lo indica el artículo 168 del Decreto 1818 de 1998 en relación con el saldo de los honorarios del árbitro y el secretario y con las cuentas finales del proceso.

14. El expediente contentivo del proceso se protocolizará en la notaría quinta de esta ciudad.
