

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

**O-TEK CENTRAL S.A.S.
(Demandante)**

VS.

**SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Y THE NEW COMMERCIAL
COMPANY S.A.S
(Demandadas)**

RADICADO No. 2022 A 0016

INDICE

I – PARTES, REPRESENTANTES	3
II – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO	4
A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral.....	4
B. Instalación del Tribunal Arbitral	5
C. Admisión de la demanda y su contestación.....	5
D. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios y gastos del Tribunal	6
E. Primera Audiencia de Trámite	7
F. Práctica de las Pruebas	7
G. Alegatos Finales.....	9
H. Término de duración del Proceso	10
III - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIAS.....	10
A. La demanda arbitral	11
B. La contestación de la demanda de SURA.....	13
C. La contestación de la demanda de TNCC	13
IV – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	13
A. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....	14
1. Los presupuestos procesales	14
2. El Acta de liquidación y la competencia del Tribunal para dirimir esta controversia..	14
2.1. Posiciones de las partes.....	15
2.1.1. De la convocada TNCC.....	15
2.1.2. De la convocante O-TEK	16
2.2. Consideraciones del Tribunal.....	16
2.2.1. Sobre el alcance jurídico de la liquidación del contrato y sus efectos.....	16
2.2.2. El caso concreto	17
B. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS FORMULADO POR SURA.....	18
C. CONSIDERACIONES SOBRE LAS PRETENSIONES FORMULADAS	21
1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	21
1.1. PRETENSIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA SOCIEDAD THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. (TNCC)	21
1.1.1. Pretensión B.1. Declaratoria de incumplimiento	22
1.1.2. Consideraciones sobre las excepciones formuladas por TNCC	47
1.1.3. La cláusula penal.....	52
1.2. PRETENSIONES FORMULADAS CONTRA SURA.....	53
1.2.1. La excepción de prescripción	53
1.2.2. Análisis de las pretensiones en contra de Suramericana	57
V. Determinación del monto de los Perjuicios.....	60
VI – CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES.....	61
VII. – JURAMENTO ESTIMATORIO.....	61
VIII – COSTAS.....	62
IX – DECISIÓN	63
A. Sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas en las contestaciones.....	63
B. Sobre las costas del proceso.....	64
C. Sobre los aspectos administrativos.....	64

LAUDO ARBITRAL

Miércoles veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros **JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA (PRESIDENTE)**, **JORGE SANTOS BALLESTEROS** y **ANTONIO PABÓN SANTANDER**, con la secretaría de **MATEO POSADA ARANGO**, profiere el presente Laudo Arbitral que pone fin a la actuación procesal surtida entre **O-TEK CENTRAL S.A.S.**, como Convocante y parte Demandante, y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S.**, como Convocadas y parte Demandada.

El presente Laudo Arbitral se profiere en derecho y dentro del término establecido para el efecto por la Ley.

I – PARTES, REPRESENTANTES.

1. Las Partes son personas jurídicas plenamente capaces y han acreditado en legal forma su existencia y representación, así:
 - 1.1. La parte Demandante es O-TEK CENTRAL S.A.S. (en adelante “O-TEK”), sociedad identificada con N.I.T. 811.004.805-2, con domicilio principal en Medellín, registrada bajo matrícula mercantil N° 21-210775-12 de la Cámara de Comercio de Medellín y representada legalmente, entre otros, por Juan David Valencia Jaramillo.
 - 1.2. La parte Demandada está integrada por las siguientes compañías:
 - 1.2.1. SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (en adelante “SURA”), sociedad identificada con N.I.T. 890.903.407-9, con domicilio principal en Medellín, registrada bajo matrícula mercantil N° 21-077433-04 de la Cámara de Comercio de Medellín y representada legalmente, entre otros, por Juan Diego Maya Duque.
 - 1.2.2. THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. (en adelante “TNCC”), sociedad identificada con N.I.T. 900.542.792-5, con domicilio principal en Cota, registrada bajo matrícula mercantil N° 03359431 de la Cámara de Comercio de Bogotá y representada legalmente, entre otros, por Álvaro Muñoz Roldán.
2. En ejercicio del derecho de postulación procesal, actúan por la Demandante y por la Demandada sus correspondientes apoderados judiciales, de conformidad con los poderes especiales que constan en el expediente¹. El Tribunal reconoció personería a los apoderados de O-TEK y SURA mediante Auto N° 1 de 16 de noviembre de 2022 y al apoderado de TNCC mediante Auto N° 4 de 10 de enero de 2023.

¹ En el caso de O-TEK el poder otorgado obra dentro de los anexos de la demanda con la cual se convocó este Tribunal Arbitral, en el caso de SURA el poder obra en el certificado de existencia y representación aportado para la reunión de nombramiento de árbitros y, finalmente, en el caso de TNCC inicialmente se confirió poder para la reunión de nombramiento de árbitros y, posteriormente, este poder fue sustituido al abogado que representó a la compañía durante todo el proceso, mediante correo remitido al Centro el 19 de diciembre de 2022.

II – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral

3. El 18 de agosto de 2022 O-TEK presentó la demanda arbitral en contra de SURA y TNCC.
4. Las diferencias sometidas al conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan por una parte, del denominado “CONTRATO No. TNCC 283 DE OBRA BAJO LA MODALIDAD DE PRECIO GLOBAL FIJO NO REAJUSTABLE”, celebrado entre O-TEK y TNCC el 7 de marzo de 2016 (en adelante el “Contrato de Construcción”), y por la otra el contrato de seguro vertido en el documento denominado “SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE PARTICULARES”, contrato identificado con el número de póliza 1572383-3, celebrado entre por TNCC y SURA, cuyo asegurado es O-TEK (en adelante el “Contrato de Seguro”).
5. En la cláusula “DECIMA NOVENA” del Contrato de Construcción (en adelante el “Pacto Arbitral”) se acordó lo siguiente:

“19.1. Cualquier diferencia que surja entre las partes con relación al presente Contrato, incluidas las que versen sobre su interpretación, desarrollo, ejecución e incluso su liquidación, serán resueltas directamente entre las Partes en un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de las Partes haya notificado a la otra por escrito sobre la existencia y razones del conflicto; si ésta etapa no prospera, será sometida la diferencia a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Medellín, proferirá un fallo en derecho y se sujetará en su funcionamiento y tarifas al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín. El número de árbitros que integrarán el Tribunal será de tres (3), salvo en el caso en que la cuantía del proceso sea inferior al equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes, evento en el cual el Tribunal estará integrado por un árbitro único. El, o los árbitros que integren el Tribunal serán abogados en ejercicio en Colombia, y se designarán por las partes de común acuerdo y, a falta de éste, por el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, de las listas que al efecto tiene integradas.

19.2. Las partes acuerdan que los procesos ejecutivos continúen sometidos a la jurisdicción ordinaria.”

6. Por su parte, en el Contrato de Seguro se pactó como “OBJETO DEL CONTRATO” lo siguiente:

“AMPARAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO No TNCC 283 DE OBRA BAJO MODALIDAD DE PRECIO GLOBAL FIJO NO REAJUSTABLE CELEBRADO POR LAS PARTES, RELACIONADO CON DISEÑO, SUMINISTRO Y LA OBRA CIVIL DE CONSTRUCCION DE UNA PLANTA DE PRODUCCION EN EL LOTE DE TERRENO 27 UBICADO AL INTERIOR DE LA ZONA FRANCA PARQUE CENTRAL EN EL MUNICIPIO DE TURBACO (BOLIVAR).

LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD DE OBRA EMPEZARÁ A REGIR A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE SEA SUSCRITA EL ACTA FINAL DE RECIBO A SATISFACCIÓN

POR EL ASEGURADO, LA CUAL DEBERÁ SER ENTREGADA A LA ASEGURADORA. (3 AÑOS)"

7. De esta manera existe un pacto arbitral celebrado entre O-TEK y TNCC. Por otra parte, en la medida en que, de conformidad con la cláusula transcrita del Contrato de Seguro, SURA amparó el pago de perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato de Construcción, de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, quedó vinculada a los efectos del pacto arbitral transcrita anteriormente.

B. Instalación del Tribunal Arbitral

8. El Tribunal se instaló en Audiencia celebrada el 16 de noviembre de 2022. En esta audiencia se designó como secretario a Mateo Posada Arango, quien, habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal mediante Auto N° 3 de 10 de enero de 2023. Así mismo, en la audiencia de instalación, mediante Auto N° 1 de 16 de noviembre de 2022, se fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, sin perjuicio del funcionamiento del Tribunal mediante el uso de las tecnologías de la comunicación y la información.

C. Admisión de la demanda y su contestación

9. Mediante Auto N° 2 de 16 de noviembre de 2022, proferido en audiencia de instalación, el Tribunal admitió la demanda arbitral presentada por O-TEK en contra de SURA y TNCC, y corrió traslado de esta por el término de 20 días.
10. El 16 de noviembre de 2022 la secretaría ad hoc notificó personalmente el Auto N° 2 a SURA y a TNCC, de conformidad con lo previsto en el artículo 8º de la Ley 2213 de 2022.
11. Dentro del término previsto para el efecto, ambas demandadas contestaron la demanda. Además, SURA llamó en garantía a su codemandada TNCC y ésta a aquella, y adicionalmente TNCC llamó en garantía a ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.
12. Mediante Auto N° 6 de 10 de enero de 2023, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía presentado por SURA a TNCC y se corrió traslado de este por el término de veinte (20) días.
13. Mediante Auto N° 8 de 24 de enero de 2023, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía presentado por TNCC a SURA y se corrió traslado de este por el término de veinte (20) días.
14. Dentro del término previsto para el efecto, ambas llamadas en garantía contestaron los respectivos llamamientos.
15. Mediante Auto N° 9 de 24 de enero de 2023, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía presentado por TNCC a ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S. y se le requirió para que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal de la providencia,

se pronunciara sobre su adhesión o no al pacto arbitral contenido en la cláusula 19.1 del Contrato de Construcción.

16. El 31 de enero de 2023 el secretario del Tribunal notificó personalmente el Auto N° 9 a ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S.
17. El 7 de febrero de 2023 TNCC presentó, a través de correo electrónico con copia a todos los intervenientes, escrito de contestación al llamamiento en garantía formulado por SURA. En él se formularon excepciones de mérito.
18. El 14 de febrero de 2023 ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S. presentó, a través de correo electrónico con copia a todos los intervenientes, un escrito mediante el cual manifestaba expresamente no adherir al pacto arbitral contenido en la cláusula 19.1 del Contrato de Construcción.
19. Mediante Auto N° 10 de 7 de marzo de 2023, el Tribunal resolvió continuar el proceso sin la intervención ASCHNER CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S. como llamado en garantía por TNCC.
20. El 15 de marzo de 2023 O-TEK presentó, por correo electrónico, con copia a todos los intervenientes, un escrito de reforma a su demanda arbitral.
21. Mediante Auto N° 13 de 16 de marzo de 2023, el Tribunal admitió la reforma a la demanda presentada por O-TEK en contra de SURA y TNCC, y se corrió traslado de esta por el término de diez (10) días, la cual fue contestada oportunamente.
22. El 13 de abril de 2023 O-TEK presentó, a través de correo electrónico con copia a todos los intervenientes, un escrito con el cual hace un pronunciamiento frente a las contestaciones de la reforma de la demanda.

D. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios y gastos del Tribunal

23. En audiencia celebrada el 8 de mayo de 2023, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a los honorarios y gastos del Tribunal (Auto N° 17).
24. Vencido el término de 10 días para pagar los honorarios y gastos del trámite arbitral, ordenados mediante Auto No. 17, O-TEK pagó lo que a ella le correspondía el 23 de mayo 2023, mientras que SURA y TNCC no hicieron pago alguno.
25. Vencido el término de 5 días para pagar los honorarios y gastos restantes del trámite arbitral, O-TEK pagó lo que por las demandadas correspondía, mientras que ninguna otra parte interesada pagó el monto fijado por los llamamientos en garantía.
26. El 13 de junio de 2023 TNCC radicó, con copia a todos los intervenientes del proceso, un memorial con el cual acompañó una constancia de pago realizado a O-TEK “*por la suma de CIENTO CUATRO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS (\$104.055.000) correspondientes al 50% del pago realizado por OTEK al Tribunal, en el entendido que SURA es deudora del 50%*”, y, como consecuencia de lo anterior solicita al Tribunal: “1. Se abstenga de expedir certificación que describa a TNCC como deudor y a OTEK como acreedor por concepto de honorarios del Tribunal. [y] 2. Se requiera a la sociedad OTEK a

efectos de determinar la discriminación del pago efectuado y se establezca por parte del Tribunal si se realizó el pago total de los honorarios”.

27. El 23 de junio de 2023 SURA radicó, con copia a todos los intervenientes del proceso, un memorial con el “comprobante del pago efectuado por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA en favor de O-TEK por concepto de reembolso de gastos de tribunal”, por valor de \$104.055.000”.
28. Mediante Auto N° 16 de 23 de junio de 2023, el Tribunal resolvió tener por consignados oportunamente los honorarios y gastos del Tribunal por la Convocante.
29. Mediante Auto N° 17 de 23 de junio de 2023, el Tribunal decidió continuar el proceso arbitral excluyendo los llamamientos en garantía por no pago de los honorarios.

E. Primera Audiencia de Trámite

30. El 7 de julio de 2023 fue celebrada la Primera Audiencia de Trámite, en la que el Tribunal, previo control de legalidad, asumió competencia para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes de que dan cuenta la demanda y sus contestaciones (Auto N° 18).
31. Frente al Auto N° 18 O-TEK y SURA manifestaron expresamente estar de acuerdo con la decisión, mientras TNCC formuló un recurso de reposición, el cual no prosperó.
32. Finalmente, en esta misma audiencia, el Tribunal decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las Partes (Auto N° 20), sin que se interpusiera algún recurso frente a esta decisión.

F. Práctica de las Pruebas

33. Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

F.1. Documentales y mediante informe:

34. Se ordenó tener como pruebas documentales y por informe las siguientes:
 - 32.1. Las aportadas por O-TEK con (i) la demanda que dio lugar a este proceso, (ii) su reforma, y (iii) el memorial de 13 de abril de 2023 con el que O-TEK se pronunció frente a las contestaciones de la reforma de la demanda.
 - 32.2. Las aportadas por SURA con la contestación a la demanda inicial.
35. Las aportadas por TNCC con (i) la contestación a la demanda inicial y (ii) la contestación a su reforma, con la que se aportó la única prueba por informe decretada en el proceso.
36. En la contestación a la demanda reformada SURA realizó una manifestación de desconocimiento de algunos documentos y una solicitud de ratificación de otros.

37. El 11 de julio de 2023, dentro del traslado de la manifestación de desconocimiento de documentos hecha por SURA, O-TEK radicó un pronunciamiento sobre esta manifestación y solicitó como pruebas para acreditar la autenticidad de los documentos los testimonios de José Arbeláez y Manuel Alejandro Osorio Vásquez.
38. Mediante Auto N° 24 de 7 de septiembre de 2023, el Tribunal decidió seguir adelante con el trámite de la manifestación de desconocimiento de documentos hecha por SURA, sin necesidad de decretar pruebas adicionales, pues las declaraciones de las personas a quien se atribuye su autoría ya habían sido decretados como testimonios y, además, no se hacía necesario decretar nuevas pruebas ni un cotejo pericial o un dictamen sobre las posibles adulteraciones. Frente a esta decisión ninguna de las partes interpuso recurso alguno.
39. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 18 de septiembre de 2023 los testigos Manuel Alejandro Osorio Vásquez, Luis Horacio Rodríguez, Kevin Gonzalo Girón y Gonzalo Albeiro Betancur Betancourt ratificaron los documentos objeto de esta solicitud por parte de SURA y, adicionalmente, el testigo Manuel Alejandro Osorio Vásquez reconoció la autenticidad de los documentos frente a los cuales se había hecho la manifestación de desconocimiento.
40. Frente a todas las ratificaciones de documentos el Tribunal corrió traslado a las partes, sin que alguna de ellas hiciera alguna manifestación. Igualmente, frente al reconocimiento de la autenticidad de los documentos desconocidos por SURA el Tribunal corrió traslado a las partes, sin que alguna de ellas se manifestara. Por lo tanto, el Tribunal declaró concluido la ratificación de documentos solicitada por O-TEK frente a la manifestación de documentos hecha por SURA en la contestación a la reforma a la demanda. Frente a esto último el apoderado de O-TEK solicitó al Tribunal tener presente la sanción prevista en el artículo 274 del CGP.
41. La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente digital con la advertencia de que la transcripción no sustituye la grabación que constituye el registro de la declaración practicada.

F.2. Interrogatorios y declaraciones de parte, y exhibición de documentos

42. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 1° de septiembre de 2023 se recibió la declaración e interrogatorio de parte de O-TEK, así como la exhibición de documentos a cargo de ésta solicitada por TNCC. Igualmente, en esta audiencia de pruebas comenzó la declaración de parte de TNCC.
43. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 7 de septiembre de 2023 se recibió la continuación de la declaración e interrogatorio de parte de TNCC, y el interrogatorio de parte a SURA.
44. Finalmente, el 8 de septiembre de 2023 O-TEK radicó, con copia a los demás intervenientes del proceso, un memorial “*en virtud del cual se complementa exhibición y se solicita ampliación de plazo para aportar documentos solicitados en audiencia de pruebas*”. De esta exhibición se corrió traslado mediante Auto N° 25 de 18 de septiembre de 2023, sin que alguna de las partes hiciera manifestación alguna.

F.3. Testimonios

45. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 7 de septiembre de 2023 se recibieron los testimonios de Clara Consuelo Díaz Henao y Gonzalo Albeiro Betancur Betancourt.
46. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 18 de septiembre de 2023 se recibieron los testimonios de Manuel Alejandro Osorio Vásquez, Luis Horacio Rodríguez, Kevin Gonzalo Girón, Gonzalo Albeiro Betancur Betancourt y Wilson Gómez Gómez. Finalmente, O-TEK desistió de los testimonios de María Fernanda López y Juan José Arbeláez, y este desistimiento fue aceptado mediante Auto N° 25 proferido en esa misma audiencia.
47. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 2 de octubre de 2023 se recibieron los testimonios de John Freddy Rodríguez Giraldo, Edilberto Lore Agames, Sujey María Bermúdez Pérez y María Consuelo Velásquez Vela.
48. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 27 de octubre de 2023 se recibió el testimonio de Alberto Ulrico Aschner Montoya.
49. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 2 de noviembre de 2023 se recibieron los testimonios de Juan Carlos Lurdoy Alsina y David Ricardo Gómez. Seguidamente, SURA desistió de los testimonios de Luis Enrique Donoso López y David Chicue, desistimiento que fue aceptado mediante Auto N° 28 proferido en esa misma audiencia.
50. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 17 de noviembre de 2023 se recibieron los testimonios de Emiro Vanegas Gómez, Uriel Ángel Botero y Julián Pereira. Finalmente, SURA desistió del testimonio de William Orozco y este desistimiento fue aceptado mediante Auto N° 30 proferido en esa misma audiencia.

F.4. Dictámenes Periciales

51. Con la demanda inicial O-TEK aportó un dictamen pericial realizado por Luis Ernesto Escobar Nueman y Sergio Escobar Isaza, y SURA, al contestar esta demanda, solicitó la contradicción del dictamen en audiencia. De la incorporación del dictamen y el decreto del interrogatorio a los peritos se resolvió mediante Auto N° 20 de 7 de julio de 2023. Finalmente, en audiencia de pruebas de 17 de noviembre de 2023 fueron interrogados ambos peritos.
52. Tanto en la contestación a la demanda inicial como en la contestación a su reforma, TNCC anunció que aportaría un dictamen pericial, para lo cual solicitó un término al Tribunal. Mediante Auto N° 20 de 7 de julio de 2023 el Tribunal concedió a TNCC hasta el 8 de septiembre para aportar el dictamen anunciado, sin embargo, vencido este plazo TNCC no presentó algún dictamen ni se excusó de ello.

G. Alegatos Finales

53. Mediante Auto N° 31 de 17 de noviembre de 2023, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la Audiencia de Alegatos de Conclusión.
54. El 31 de enero de 2024 se surtió la Audiencia de Alegatos de Conclusión, actuación ésta en la que los apoderados de las Partes formularon oralmente sus planteamientos finales y

O-TEK y TNCC entregaron la versión escrita de los mismos. En esta misma Audiencia el Tribunal fijó la fecha para la lectura de la parte resolutiva del Laudo.

H. Término de duración del Proceso

55. El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses y su cómputo inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, esto es, el 7 de julio de 2023.
56. A dicho término, por mandato del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, se adicionan los 120 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido por solicitud de las partes, como se precisa a continuación:

AUTO	FECHAS	DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS
Auto N° 22	Entre el 8 y el 31 de julio de 2023	15
Auto N° 23	Entre el 2 y el 31 de agosto de 2023	20
Auto N° 24	Entre el 8 y el 17 de septiembre de 2023	6
Auto N° 25	Entre el 19 de septiembre y el 1° de octubre de 2023	9
Auto N° 25 [SIC]	Entre el 3 y el 26 de octubre de 2023.	17
Auto N° 27	Entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2023	3
Auto N° 29	Entre el 3 y el 16 de noviembre de 2023	8
Auto N° 31	#ntre el 18 de noviembre de 2023 y el 22 de enero de 2024	42
TOTAL DE DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS		120

57. En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el término se extiende el 4 de julio de 2024.
58. De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 al comenzar cada audiencia el secretario informó el término transcurrido del proceso y sus suspensiones. Frente al conteo del término del proceso el Tribunal consultó en cada audiencia a las partes si se encontraban de acuerdo, sin que alguna vez se manifestaran en contrario.
59. Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna, pues se hace dentro del término consagrado en la Ley.

III - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

60. O-TEK y TNCC celebraron el Contrato de Construcción, cuyo cumplimiento fue amparado por el Contrato de Seguro celebrado con SURA. Como consecuencia de la presentación de unos asentamientos diferenciales en la obra, O-TEK contrató un estudio que determinó que los edificios y la planta construida en desarrollo del Contrato no cumplen con normas de sismo resistencia, y que el pavimento no cuenta con la capacidad estructural suficiente para el tráfico que circulará por el mismo en el período de diseño. Por lo anterior O-TEK sostiene que TNCC incumplió el Contrato, y se produjo el siniestro cubierto por la póliza otorgada por SURA, por lo cual esta última debe pagar el valor del siniestro, y TNCC debe

pagar los perjuicios que no están cubiertos por la póliza, así como también la cláusula penal, como se expresa en la Demanda. Por su parte tanto TNCC como SURA se opusieron a dichas declaraciones, como se indica en las respectivas contestaciones.

A. La demanda arbitral

61. O-TEK formuló las siguientes pretensiones en su demanda inicial, que no se alteraron con su reforma:

"III. Pretensiones

Con base en los hechos enunciados previamente, solicito se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

A. Pretensiones respecto de Seguros Generales Suramericana S.A.

1. Declárese que Seguros Generales Suramericana S.A. se encuentra obligada a pagar a favor de O-TEK la indemnización de los perjuicios generados con ocasión de la realización del riesgo asegurado en el amparo de estabilidad de la obra contenido en la póliza No. 1572383-3, donde ostenta la calidad de asegurado y beneficiario O-TEK.

2. Condénese a Seguros Generales Suramericana S.A. a pagar a favor de O-TEK con cargo al amparo de estabilidad de la obra contenido en la póliza No.1572383-3 y hasta el límite del valor asegurado, la indemnización de los perjuicios generados con ocasión de la realización del riesgo asegurado.

3. Declárese que Seguros Generales Suramericana S.A. está obligada a pagar a favor de O-TEK, con cargo el amparo de estabilidad de obra de la póliza No.1572383-3 y hasta concurrencia de la suma asegurada, los valores en los que tuvo incurrir a efectos de acreditar la ocurrencia y la cuantía del siniestro, pues constituyen un daño emergente y, por tanto, objeto de cobertura en la póliza bajo el amparo de estabilidad.

4. Condénese a Seguros Generales Suramericana S.A. a pagar a favor de O-TEK, con cargo el amparo de estabilidad de obra de la póliza No.1572383-3 y hasta concurrencia de la suma asegurada, los valores en los que tuvo incurrir a efectos de acreditar la ocurrencia y la cuantía del siniestro, pues constituyen un daño emergente y, por tanto, objeto de cobertura en la póliza bajo el amparo de estabilidad.

5. Declárese que Seguros Generales Suramericana S.A. se encuentra constituida en mora a partir del 12 de septiembre de 2020 – día siguiente de la radicación de la primera solicitud de conciliación extrajudicial –.

6. Condénese a Seguros Generales Suramericana S.A. a pagar, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1080 del Código de Comercio.

7. De manera subsidiaria, Condénese a Seguros Generales Suramericana S.A. a pagar además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la

mitad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1080 del Código de Comercio, causados desde el momento en que se acredite dentro del proceso arbitral la constitución en mora de Seguros Generales Suramericana S.A.

8. Condénese a Seguros Generales Suramericana S.A. a pagar las costas y agencias en derecho que correspondan.

B. Pretensiones respecto de la sociedad The New Commercial Company S.A.S. (TNCC)

1. Declárese que The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) incumplió el Contrato No. TNCC 283 de obra bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable celebrado con O-TEK.

2. Condénese a The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) a pagar a O-TEK el valor de la cláusula penal sancionatoria pactada en la cláusula trigésima primera del Contrato No. TNCC 283 de obra bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato.

3. Condénese a The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) a pagar a O-TEK, los perjuicios y gastos que, en exceso de la suma asegurada en el amparo de estabilidad de obra de la póliza No.1572383-3 expedida por Seguros Generales Suramericana S.A., se acrediten en el proceso.

4. De manera subsidiaria y en el evento en que no se profiera condena en contra de Seguros Generales Suramericana S.A., Condénese a The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) a pagar a O-TEK la totalidad de los perjuicios a ella causados y que se acrediten en el proceso con ocasión del incumplimiento del Contrato No. TNCC 283 de obra bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable, imputable a aquella, por valor de cuatro mil cincuenta y cuatro millones trescientos ochenta y tres mil doscientos treinta y cuatro pesos \$4.054.383.234 y/o el mayor valor que resulte probado en el proceso.

5. Condénese a The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) a pagar las costas y agencias en derecho que correspondan.”

62. Los 54 hechos que sustentan las pretensiones se relataron pormenorizadamente en la demanda inicial, sin alterarse con la reforma, y fueron clasificados por la O-TEK conforme a los siguientes títulos:

“A. El contrato de obra TNCC 283”

“B. El contrato de seguro”

“C. El aviso de siniestro del 27 de febrero de 2017”

“D. El reclamo del 14 de septiembre de 2018”

“E. Reclamación del 11 de septiembre de 2020”

“F. La acreditación de la ocurrencia del siniestro”

“G. La cuantía de la pérdida”

B. La contestación de la demanda de SURA

63. SURA dio oportuna contestación a la demanda inicial, pronunciándose sobre los hechos y pretensiones, y formulando las siguientes excepciones:

“AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE TNCC”

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA”

“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”

“INEXISTENCIA DEL DAÑO EMERGENTE RECLAMADO”

“AUSENCIA DE OBLIGACIONES POR PARTE DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA”

“AUSENCIA DE COBERTURA DEL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA”

“AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DEL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA”

“PREScripción DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE CONTRATO DE SEGUROS”

“EXCLUSIÓN DEL CONTRATO DE SEGUROS (VICIOS OCULTOS)”

“TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO POR MODIFICACIÓN Y AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO”

“LIMITE DEL VALOR ASEGURADO”

“DEDUCIBLE”

C. La contestación de la demanda de TNCC

64. Por su parte, TNCC, al contestar la demanda, se pronunció también sobre los hechos y pretensiones, y formuló las siguientes excepciones:

“A. FUERZA MAYOR”

“B. INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES AL ESTAR SUSCRITA ACTA DE LIQUIDACIÓN”

“C. PREScripción”

IV – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**1. Los presupuestos procesales**

65. Teniendo en cuenta que a través del proceso arbitral se ejerce función jurisdiccional, se hace necesario, antes de emitir la decisión, hacer nuevamente un juicio de validez y eficacia del proceso arbitral, a efectos de verificar la legitimidad de la fuente normativa y si la misma resulta idónea para el fin que le fue trazado, esto es, resolver el litigio.
66. En el presente caso, de las afirmaciones de las Partes, de las pruebas practicadas en el proceso y de la ausencia de manifestación en contrario, aparecen acreditados los presupuestos procesales así:
- 59.1. Las Partes son personas jurídicas debidamente constituida que han acreditado en legal forma su existencia y representación, y tienen la potestad para disponer sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión del presente panel arbitral, acreditándose su capacidad para ser parte y para comparecer al proceso.
- 59.2. Por tratarse de un arbitraje en derecho, las Partes comparecieron representadas por abogados titulados, garantizando de esta manera su correcta representación en el proceso.
- 59.3. O-TEK, SURA y TNCC, en sus calidades de Demandante y Demandadas respectivamente, coinciden con las calidades de partes del Contrato de Construcción y del Contrato de Seguro, cumpliéndose de dicha manera la legitimación en la causa procesal para pedir y resistir en cada uno de los casos.
- 59.4. No se planteó solicitud de integración del contradictorio y el Tribunal tampoco encontró mérito alguno para tomar una decisión en tal sentido.
- 59.5. Se cumplió con la bilateralidad de la audiencia y con la legalidad de todos los actos del proceso, pues a las partes se les trató con igualdad, en cuanto a sus oportunidades para afirmar, pedir, probar, contradecir, impugnar, alegar y no se encuentran acreditados vicios de nulidad, bien por advertencia de las partes, bien por revisión del Tribunal.
- 59.6. No existe caducidad o transacción, tampoco existe litispendencia y/o pleito pendiente que comprenda la totalidad de los asuntos sometidos a decisión del Tribunal.
- 59.7. De las pretensiones formuladas, así como las de las excepciones planteadas, se desprende que la litis se refiere a controversias de libre disposición, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante el proceso arbitral.

2. El Acta de liquidación y la competencia del Tribunal para dirimir esta controversia.

67. En la primera Audiencia de Trámite el Tribunal se declaró competente para conocer de la presente controversia. Contra dicha providencia TNCC interpuso recurso de reposición, para lo cual sostuvo que el Tribunal carece de competencia por razón de la liquidación del contrato. En dicha audiencia el Tribunal confirmó su decisión. Ahora bien en todo caso considera pertinente el Tribunal analizar nuevamente el punto.

2.1. Posiciones de las partes.

2.1.1. De la convocada TNCC

68. En el escrito de contestación de la demanda, en lo fundamental, señala la convocada que, en el estudio de suelos realizado por la firma E Y R ESPINOSA Y RESTREPO S.A., durante la ejecución del contrato, se detectó que el terreno donde se presentaban los asentamientos diferenciales era en un inicio una zona lagunar y que dichos asentamientos fueron originados por problemas en el suelo natural subyacente a los rellenos y que a pesar de la debida diligencia de TNCC y de las exploraciones geotécnicas de los estudios de suelos, no fueron detectadas antes de iniciar la construcción de la Bodega.
69. TNCC en calidad de constructor construyó bajo su costo y riesgo los micropilotes recomendados tanto por el DISEÑADOR ESTRUCTURAL como por el ESTUDIO DE SUELOS de la firma E Y R ESPINOSA Y RESTREPO S.A., con la exclusiva finalidad de detener y corregir los asentamientos. Micropilotes que han soportado las cargas de la bodega y han permitido la estabilidad de la misma, tal y como lo determina el estudio realizado por Inteinsa quien manifiesta que desde el año 2019 la estructura no ha tenido movimientos significativos.
70. Señala que, si TNCC como constructor del proyecto hubiese conocido previamente los antecedentes del terreno y la ubicación de la zona lagunar o los mismos se hubiesen detectado con los estudios de suelos, TNCC en calidad de constructor del proyecto hubiese podido prevenir los asentamientos diferenciales y aplicar previamente las medidas constructivas tendientes a mitigar cualquier riesgo.
71. Acota la convocada que estos trabajos, con los que se corrigieron los asentamientos, fueron avalados por el contratante de manera expresa con la suscripción del acta de liquidación, por cuanto los asentamientos se evidenciaron entre los meses de septiembre y noviembre de 2016 y los trabajos de refuerzo de los asentamientos se efectuaron en enero de 2017, siendo inclusive descritos en el numeral 2.6 informe final de supervisión técnica de la intervención.
72. Por tal razón, considera que no es posible que después de que se avalaron los refuerzos con lo que se corrigieron los asentamientos como actividad propia de la ejecución contractual, se pretenda por parte del convocante reclamar una supuesta estabilidad de obra, cuando en realidad lo que pretende reclamar hace parte de las propias obligaciones contractuales, las cuales ya se declararon plenamente cumplidas con la referida liquidación del contrato.
73. En sus alegatos finales indica la convocada TNCC que, las diferencias que tienen las partes ya fueron resueltas con la suscripción del acta de liquidación, pues previo a la suscripción de la misma, se presentó el hecho que ocasionó el asentamiento diferencial de la estructura contratada y de manera posterior, la sociedad demandante declaró a paz y salvo a TNCC por la ejecución del referido contrato.
74. Tal circunstancia, señala, se estipuló incluso desde la suscripción del contrato, pues según su numeral 10.5, con el acta de liquidación las partes se declararían a paz y salvo por las obligaciones contractuales contraídas y que es tan evidente la declaratoria de paz y salvo

por parte de la demandante, que la pretensión primera de la demanda es que se declare el incumplimiento de un contrato que ya está liquidado, por lo que no es competente el Tribunal.

75. Recalca que esta situación fue puesta en conocimiento desde la contestación de la demanda como una excepción de mérito, además de haberse interpuesto recurso de reposición contra la decisión que declaró la competencia del Tribunal de Arbitramento, momento en el cual se determinó que tal situación sería resuelta en el laudo arbitral.

2.1.2. De la convocante O-TEK

76. En sus alegatos finales señala la convocante que en la controversia sometida a consideración del Tribunal nada se discute en relación con los asentamientos diferenciales, ni la efectividad de los micropilotes construidos por TNCC para corregirlos. Así, sostiene, que este proceso se circumscribe a la obligación post-contratual de garantía que le asiste a TNCC por virtud de la Ley y el Contrato, de suerte tal que la suscripción del acta de liquidación no impide que se reclame la estabilidad de la obra por incumplimiento de la NSR-10, la cual fue evidenciada después de la entrega.

2.2. Consideraciones del Tribunal

2.2.1. Sobre el alcance jurídico de la liquidación del contrato y sus efectos.

77. Recuerda el Tribunal, según jurisprudencia constante de Consejo de Estado, que la liquidación del contrato, “*se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.*” (Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C)
78. Sin embargo, y como lo señala igualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la sentencia citada, “*Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso*

desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, ya que no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta. Así, por ejemplo, es claro que un problema de estabilidad en la obra lo podrá exigir la entidad estatal del contratista después de suscrita el acta de liquidación, puesto que si al momento de firmarla los bienes se comportaban técnicamente bien no habría razón para dejar constancia en el sentido que estaban mal. Pero si un año después falla la obra, es perfectamente posible que se haga el reclamo judicial, sin que el acuerdo de entrega a satisfacción exonere al contratista de la ocurrencia de hechos posteriores que lo hagan responsable de sus actos.”

2.2.2. El caso concreto

79. En el asunto sometido a la consideración del Tribunal, se observa que la parte convocante solicita, en relación con la Compañía de Seguros Generales Suramericana, que se declare que, esta convocada, “se encuentra obligada a pagar a favor de O-TEK la indemnización de los perjuicios generados con ocasión de la realización del riesgo asegurado en el amparo de estabilidad de la obra contenido en la póliza No. 1572383-3, donde ostenta la calidad de asegurado y beneficiario OTEK”. Respecto de la otra convocada solicita, en la pretensión primera que, se declare que, “The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) incumplió el Contrato No. TNCC 283 de obra bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable celebrado con O-TEK” y que, según la pretensión tercera, “se condene a The New Commercial Company S.A.S. (TNCC), a pagar a O-TEK, los perjuicios y gastos que, en exceso de la suma asegurada en el amparo de estabilidad de obra de la póliza No.1572383-3 expedida por Seguros Generales Suramericana S.A., se acrediten en el proceso”,
80. De igual manera, la sociedad convocante en los hechos que sirven de sustento a las pretensiones, menciona que, “En el mes de septiembre de 2021, INTEINSA le remitió a O-TEK el estudio denominado “Vulnerabilidad de Edificios y Planta OTEK Cartagena – Bolívar”, el que tuvo por objeto analizar las estructuras de los edificios y planta desde las áreas de geotecnia y estructuras bajo los lineamientos exigidos en el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 a efectos de determinar la seguridad de las estructuras frente a diferentes condiciones de carga y así establecer si se adecúan a la norma.” (hecho trigésimo noveno). A partir de dicho informe, señala la convocante en el hecho cuadragésimo, “se pudo concluir que las estructuras que componen la Planta de O-TEK presentan serias deficiencias que comprometen su estabilidad en la medida en que no cumplen con los lineamientos exigidos en el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 en tanto los factores de seguridad son insuficientes de cara a diversas cargas a las que puede verse sometida la edificación.”
81. Así entonces, no cabe duda de que los perjuicios que solicita la convocante tienen su veneno en el incumplimiento del contrato No TNCC 283 por la estabilidad de la obra, y no por los asentamientos diferenciales presentados durante la ejecución del contrato como lo pretende la convocada TNCC, asunto que, por supuesto, le corresponde dilucidar al Tribunal en este laudo.

82. En ese sentido, el acta de liquidación del contrato no puede tener los efectos liberatorios que la demandada invoca, ni mucho menos tiene la virtualidad de afectar la competencia del Tribunal pues incluso en la hipótesis en que se considerara que esa acta tuvo efectos de finiquito o de transacción respecto de las controversias aquí estudiadas, tampoco constituiría un tema que afectara la competencia del Tribunal, sino que sería un asunto de fondo que debería ser resuelto en el laudo.
83. Por lo demás, no sobra recordar que, como lo sostiene la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema², el objeto y la causa para pedir determinan la razón de ser o el título de la pretensión, “*título en cuya configuración concurren unas razones de hecho y otras de derecho, entendiendo que las primeras vienen dadas por el relato histórico de todas las circunstancias fácticas de las que se pretende deducir aquello que se pide de la jurisdicción, mientras que las segundas son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante autoatribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada*” . A la luz de lo anterior, y en cuanto tiene que ver con la delimitación del litigio puesto a consideración del Tribunal, es claro que lo que se reclama es el incumplimiento del Contrato por las deficiencias en la ejecución de la obra y no por los asentamientos diferenciales que dieron lugar a las obras que señala TNCC, por lo que es clara la competencia del Tribunal.

B. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS FORMULADO POR SURA

84. Como se indicó previamente, en la contestación a la demanda reformada, SURA realizó una manifestación de desconocimiento de algunos documentos así:

“DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS

Conforme lo establecido en el artículo 272 del CGP, procedo al desconocimiento de los siguientes documentos de contenido declarativo emanados de la contraparte:

- Archivo denominado “Anexo 2_Modulación de losas” en formato dwg (Modulación de losas).
- Archivo denominado “Anexo_2 Módulación Losas” en formato pdf (Modulación de losas).
- Archivo denominado “Anexo 3_I-111-65-01_Rev1 Patología Otek Cartagena” (Evaluación de patologías de los pavimentos rígidos construidos en la planta O- Tek Diciembre 2021).
- Archivo denominado “Anexo 02-Cantidades de Obra Rev 4 Envío” (Cantidades de obra).
- Archivo denominado “P-2696-PCPO-ES-01” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-PCPO-ES-02” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-RCPO-ES-01” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-RCPO-ES-02” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-RCPO-ES-03” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-RCPO-ES-04” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-RCPO-ES-05” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-RCPO-ES-06” (Plano para construcción).
- Archivo denominado “P-2696-RCPO-ES-07” (Plano para construcción).

² Cas. Civ., sent. 1 de 19 de febrero de 1999

- Archivo denominado "P-2696-RCPO-ES-08" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RCPO-ES-09" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RCPO-ES-10" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RCPO-ES-11" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RCPO-ES-12" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-01" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-02" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-03" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-04" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-05" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-06" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-07" (Plano para construcción).
- Archivo denominado "P-2696-RSPO-ES-08" (Plano para construcción).

La presente manifestación se realiza, por cuanto se trata de documentos frente al cual mi representada desconoce la veracidad DE CONTENIDO Y FIRMA de las mismas, por lo que es carga de prueba de la parte demandante acreditar todos los elementos de la autenticidad, de lo contrario no podrán ser valorados por el juez al momento de dictar sentencia.

En virtud de lo anterior, reiteramos corresponde a la parte demandante acreditar la autenticidad de dichos documentos, de no acreditarse, los mismos carecerán de eficacia probatoria y no podrán ser tenidos en cuenta al momento de dictar sentencia."

85. Ante esta manifestación, de conformidad con el artículo 272 del CGP, mediante Auto N° 20 de 7 de julio de 2023, el Tribunal corrió traslado a las otras partes para solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.
86. El 11 de julio de 2023 O-TEK radicó un pronunciamiento sobre la manifestación de desconocimiento efectuada por SURA en el que indicó lo siguiente:

"a) En primera medida, la convocada Seguros Generales Suramericana S.A. manifiesta desconocer una serie de documentos que tienen la calidad de anexos a los informes técnicos realizados por INTEINSA. Es decir, no corresponden a documentos autónomos pues su valoración, inexorablemente, se encuentra atada al documento principal, del cual hace parte integral.

b) De esta forma, y al ser documentos integrados o anexos a una determinada prueba principal, no es procedente que se desglose para solicitar su desconocimiento como de manera equivocada pretende la compañía aseguradora.

c) Debe recordarse, además, que para cumplir formalmente con el acto de desconocimiento deben expresarse razones serias y fundadas que soporten la solicitud, no basta con indicar de manera somera que "se trata de documentos frente al cual mi representada desconoce la veracidad DE CONTENIDO Y FIRMA de las mismas (...)" La inobservancia de la carga que impone el estatuto procesal a quien formula el desconocimiento deriva en que aquel sea desestimado de plano, consecuencia que debe seguirse en el caso concreto.

d) Ahora, precisamente con el fin de probar que los anexos a los informes elaborados por INTEINSA son autoría de quienes los suscribieron, con la reforma a la demanda se solicitó

al Tribunal ampliar el objeto del testimonio de los señores Juan José Arbeláez y Manuel Alejandro Osorio Vásquez para que, entre otros aspectos, declaran sobre los Informes de diseño de cimentaciones y de la superestructura, así como sus respectivos anexos; oportunidad dentro de la cual se probará la autenticidad de dichos documentos.

e) Conforme lo anterior, de manera respetuosa se solicita al Tribunal que, una vez se compruebe la autenticidad de los documentos desconocidos por parte de la compañía de seguros convocada, se dé plena aplicación al artículo 274 del Código General del Proceso, en el sentido de sancionar a la convocada (y de manera solidaria a su apoderado, si se establece que desconoció los documentos sin la autorización de su mandante), a pagar a la Convocante una suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

87. Por su parte, el 12 de julio de 2023 TNCC manifestó lo siguiente:

“En primer lugar se debe manifestar que el desconocimiento de documentos presentado por el apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. cumple con lo establecido en el artículo 272 del Código General del Proceso.

Con la simple lectura de la reforma a la demanda se evidencia que la parte convocante únicamente menciono que adicionaba estas pruebas, sin que de manera alguna manifestara las razones por las cuales estos documentos no se aportaban firmados por quien los elaboro ni argumentara que hacían parte del dictamen pericial.

Es claro que el referido desconocimiento de documentos se solicitó únicamente sobre algunas pruebas aportadas por la parte convocante en la reforma de la demanda que no se encuentran suscritos por ninguna persona presuntamente fueron expedidos de un tercero ajeno al proceso.

En este sentido, se cumple con lo estipulado en el mencionado artículo 272 del Estatuto Procesal Civil, pues:

1. *El documento no se encuentra firmado ni manuscrito por ninguna persona.*
2. *Es un documento que presuntamente emana de un tercero.*
3. *En la oportunidad procesal prevista para el efecto, el apoderado de Seguros Generales Suramericana solicito el desconocimiento de los documentos.*
4. *Se argumentó por parte del apoderado de Seguros Generales Suramericana la razón por la cual se desconocían tales documentos.*

Ahora bien, durante el término de traslado puede solicitar que se verifique la autenticidad de los documentos desconocidos y con ello subsanar la falta de firma de los mismos.

De conformidad con lo anterior, se solicita que:

En caso de que la parte convocante en el término de traslado no solicite la verificación de la autenticidad de los documentos desconocidos no firmados, se declare que carecen de eficacia probatoria [...]

88. Mediante Auto N° 24 de 7 de septiembre de 2023, el Tribunal decidió seguir adelante con el trámite de la manifestación de desconocimiento sin necesidad de decretar pruebas adicionales, por las siguientes consideraciones:

“De conformidad con 271 del CGP, en concordancia con el 270 de esta codificación, teniendo en cuenta que para acreditar la autenticidad de los documentos de los cuales SURA hizo una manifestación de desconocimiento, las pruebas que O-TEK solicita son el testimonio de Juan José Arbeláez y Manuel Alejandro Osorio Vásquez, que ya fueron decretados mediante Auto No. 20 de 7 de julio de 2023, a quienes se atribuye la autoría de los documentos, no se hace necesario decretar nuevas pruebas ni un cotejo pericial o un dictamen sobre las posibles adulteraciones. Si luego de recibir los testimonios de Juan José Arbeláez y Manuel Alejandro Osorio Vásquez estos no ratifican su autoría y la autenticidad de los mencionados documentos, el Tribunal decidirá sobre la práctica de un cotejo pericial o un dictamen sobre las posibles adulteraciones.”

89. Frente a esta decisión ninguna de las partes interpuso recurso alguno.
90. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 18 de septiembre de 2023 el testigo Manuel Alejandro Osorio Vásquez reconoció la autenticidad de los documentos frente a los cuales se había efectuado la manifestación de desconocimiento. Frente a esta declaración el Tribunal corrió traslado a las partes, sin que alguna de ellas manifestara algún reparo. Así las cosas, el Tribunal declaró concluida la ratificación de documentos solicitada por O-TEK frente a la manifestación de documentos hecha por SURA.
91. En consideración al anterior recuento, dado que se acreditó en el proceso la autenticidad de los documentos desconocidos, no existen razones para declarar la carencia de “eficacia probatoria” de los mencionados documentos, en los términos del artículo 272 del CGP.
92. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 274 del Código General del Proceso en su último inciso prevé la aplicación de las sanciones que dispone dicho artículo “a la parte vencida y, en su caso, a su apoderado judicial, en el trámite de verificación de autenticidad del documento desconocido”. Sin embargo, el mismo inciso dispone que tratándose de documentos emanados de terceros, la sanción solo procede “cuando esté acreditada la mala fe” de quien desconoce el documento, por lo que como quiera que en este caso no está acreditada la mala fe de SURA o de su apoderado no hay lugar a imponer dicha sanción.

C. CONSIDERACIONES SOBRE LAS PRETENSIONES FORMULADAS

93. Procede el Tribunal a examinar las pretensiones formuladas por la Demandante. Por orden lógico inicialmente el Tribunal analizará las pretensiones formuladas frente a TNCC y posteriormente las presentadas frente a SURA. Cuando ello corresponda, el Tribunal analizará adicionalmente las excepciones formuladas en cada caso.

1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES FORMULADAS RESPECTO DE LA SOCIEDAD THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. (TNCC)

94. Procede el Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por O-TEK contra la sociedad TNCC.

1.1.1. Pretensión B.1. Declaratoria de incumplimiento

95. En la pretensión primera del literal B de la Demanda, la Demandante solicitó:

“1. Declárese que The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) incumplió el Contrato No. TNCC 283 de obra bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable celebrado con O-TEK.”

96. La Demandante expresa en el hecho cuadragésimo de la Demanda, que a partir del informe de Vulnerabilidad elaborado por Inteinsa se concluye que las estructuras que componen la Planta de O-TEK presentan serias deficiencias que comprometen su estabilidad en la medida en que no cumplen con los lineamientos exigidos en el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10, en tanto los factores de seguridad son insuficientes de cara a las diversas cargas a las que puede verse sometida la edificación.
97. Así mismo, en el hecho cuadragésimo segundo de la Demanda, se señala que de acuerdo con el Informe de Inteinsa de evaluación de los pavimentos rígidos construidos en la planta O-TEK, el pavimento no cuenta con la capacidad estructural suficiente para el tránsito que circulará por el mismo, en el periodo de diseño.
98. De esta manera, son dos los incumplimientos que solicita declarar O-TEK, en primer lugar, que la estructura presenta serias deficiencias que comprometen su estabilidad, pues no cumple con las normas de sismo resistencia NSR-10, y en segundo lugar, que los pavimentos no cuentan con capacidad estructural para el tráfico que circulará en el período de diseño.
99. Antes de examinar dichos incumplimientos, el Tribunal considera necesario hacer unas precisiones en torno al contrato de obra que tiene por objeto la construcción de edificios.

1.1.1.1. El contrato de construcción de edificios, el incumplimiento del mismo y la garantía de estabilidad.

100. El contrato de construcción de edificios se encuentra sujeto a las reglas del contrato de obra, algunas de las cuales considera pertinente precisar el Tribunal, para efectos del análisis que se realizará más adelante.
101. Lo primero que debe observarse es que el contratista debe ejecutar el contrato de obra conformidad con lo pactado. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que existen diversas disposiciones que regulan la actividad constructiva y a las cuales debe sujetarse el constructor, incluso, si no se ha pactado. Es este el caso de las normas de sismo resistencia que son obligatorias en derecho colombiano, de conformidad con la ley 400 de 1997.
102. A lo anterior se agrega que aun cuando no se precise, el constructor está obligado a ejecutar la obra conforme a las reglas del arte. Así, Pothier señalaba que *“cualquiera que se encarga de una obra, se compromete a hacerla bien y según conforme a las reglas del*

*arte*³. En un sentido semejante las Siete Partidas establecían la obligación de indemnizar los perjuicios por parte de quienes se encargaban de una tarea y causaban daño por falta de conocimiento en la materia⁴. Finalmente, en forma coherente con lo anterior del texto del Código Civil se desprende que el constructor está obligado a seguir las reglas del arte. En efecto, el numeral 4º del artículo 2060 del Código Civil señala que el “*recibo después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte*”. Por consiguiente, quien aprueba acepta que la obra cumplió con las reglas del arte, lo que implica que la obra debía ejecutarse conforme a las mismas. Dichas reglas del arte corresponden al conocimiento técnico que se encuentra disponible para los profesionales al momento de ejecutar la obra y que constituyen al estado de la técnica en ese momento⁵.

103. Adicionalmente debe observarse que el numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil, consagra una garantía de estabilidad a cargo del constructor, por lo que este debe construir edificios que no perezcan o amenacen ruina, por las causas indicadas en dicha norma, por un período de 10 años. Esta garantía ampara intereses generales según ha señalado la Corte Suprema de Justicia⁶ y es entonces de orden público.
104. Así mismo, el artículo 8 de la ley 1480, esto es del Estatuto de Protección al Consumidor, contempla dentro de la garantía legal que para los bienes inmuebles se entiende incluida en los contratos celebrados entre productores o proveedores con los consumidores, una garantía de estabilidad y de acabados, de diez años y un año, respectivamente.
105. Ahora bien, cuando la obra no se ejecuta conforme a lo que corresponde de conformidad con el contrato y la ley, el artículo 2059 del Código Civil prevé que el artífice puede ser obligado, a elección del que encargó la obra, a ejecutar nuevamente la obra o a indemnizar los perjuicios. En este punto debe observarse que la posibilidad de exigir que la obra se ejecute de nuevo debe entenderse en concordancia con el principio de no abuso del derecho, en el sentido de que no podrá pedirse que se ejecute nuevamente la obra cuando basta realizar reparaciones o trabajos complementarios para que se cumplan las especificaciones. Así mismo, en diversos países la jurisprudencia o la ley han señalado que no procede exigir la ejecución cuando hay una manifiesta desproporción entre el costo de ejecutar la obra de nuevo y el interés que representa para el acreedor ejecutarla conforme a lo pactado, evento en el cual lo que procede es una indemnización del perjuicio causado⁷.
106. Desde otro punto de vista, es importante precisar que el incumplimiento del contratista puede establecerse durante la ejecución de la obra o al momento en que la misma debería entregarse, casos en los cuales el contratante puede acudir al artículo 2059 previamente citado para los efectos que se han indicado.

³ RJ Pothier. Tratado de la locación-conducción. Barcelona 1841, ed. Imprenta y Litografía de J Roger., párrafo 425, página 190

⁴ Siete Partidas. Partida Quinta Ley X

⁵ En forma semejante Penneau, citado por Francois Labarthe u Cyril Noblot. Le Contrat d'Entreprise. Ed LGDJ, Paris 2008, pár. 508

⁶ , Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de l26 de julio de 2019. SC2847-2019 Radicación. 41001-31-03-002-2008-00136-01.

⁷ Ver por ejemplo el artículo 1221 del Código Civil Frances, conforme a la reforma por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016

107. Ahora bien, puede suceder que después de recibida la obra, el contratante encuentre que aquella no se ejecutó de conformidad con lo acordado. En tal caso cabe preguntarse si procede en estos casos reclamar el incumplimiento.
108. A tal efecto, es pertinente recordar que el numeral 4o del artículo 2060 del Código Civil dispone: “4. *El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como extiernamente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.*”
109. De esta manera, por mandato legal, el recibo de la obra sólo exime al empresario por aquellos defectos que quien encargó la obra, o la persona que actúa en su nombre, podían con la diligencia que le es exigible, descubrir al recibir la obra. Por consiguiente, la recepción de la obra no exonera de los defectos que sólo se pueden encontrar posteriormente. Es pertinente agregar que pueden darse casos en los que existen defectos aparentes de la obra, que pueden ser considerados como menores, pero que posteriormente se establece que son las consecuencias de defectos graves. En tal caso, si esta última circunstancia no podía ser descubierta con el examen que debe realizar quien encarga la obra o quien lo representa, dichos defectos podrán ser reclamados con posterioridad. La posibilidad de reclamar estará sujeta al término de prescripción que establece el Código Civil para la acción ordinaria, esto es, de 10 años.
110. Por otra parte, la ley establece en el numeral 3o del artículo 2060 una garantía de estabilidad de los edificios a cargo de los constructores, que es distinta a las que otorgan las compañías aseguradoras, para lo cual dicha disposición establece que si “*el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario*”. Agrega la norma que “*si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final*”.
111. De esta manera el legislador impuso a los constructores una garantía de estabilidad de los edificios por 10 años contados a partir de la entrega. Por consiguiente, si en ese período se produce la ruina o amenaza de ruina del edificio por las causas legales ya señaladas, quien contrató la obra puede iniciar las acciones correspondientes. Es pertinente además destacar que de conformidad con el numeral 4 del artículo 2060 el hecho de que la obra haya sido recibida no excluye esta garantía de estabilidad.
112. Para que proceda la garantía de estabilidad a cargo del constructor es necesario que se produzca la ruina del edificio o la amenaza de ella por las causas legales. Es pertinente señalar que el Diccionario de la Lengua Española de 1992 definía edificio como “*Obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etcétera*”, lo que implicaba que un edificio se caracterizaba por poder albergar personas. Esta definición era además congruente con la definición del diccionario en la época de redacción del Código Civil. Sin embargo, dicha definición ha cambiado pues de acuerdo con el Diccionario la Lengua Española de 2001 un edificio es una “*Construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos*”. El significado de la expresión se ha ampliado, pues puede incluir obras como carreteras, puentes o represas.

113. La Corte ha adoptado esta última concepción. Así por ejemplo, en sentencia del 25 de septiembre de 2023 la Corte expresó⁸: que se entiende por edificio “*una obra del hombre que se adhiere permanentemente al suelo*”. De esta manera la norma legal no se refiere solamente a construcciones que están destinadas a ser habitadas u ocupadas por personas, sino que también incluye otras, como vías, puentes o represas. Lo anterior es razonable, pues la caída o destrucción de dichas obras puede generar graves perjuicios y poner en peligro la vida de las personas, cuya protección se busca asegurar a través de la garantía de estabilidad.
114. Por otra parte, la ruina implica, según el Diccionario la “*Acción de caer o destruirse algo*”. En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia ha señalado⁹ que se entiende “*por ruina la caída o destrucción por desintegración del edificio o de parte de él*”, De esta manera, la garantía de estabilidad a cargo del constructor opera cuando la totalidad o parte de un edificio se cae o amenaza caerse o se destruye o amenaza destruirse.
115. Es pertinente destacar que para que opere la garantía prevista en el artículo 2060 del Código Civil no es necesario que el constructor haya incurrido en culpa, sino que es suficiente que la causa de la ruina sea un vicio del suelo que él haya debido conocer, un vicio de construcción, o un vicio en los materiales, salvo cuando estos han sido suministrados por el dueño, evento en el cual el constructor sólo responderá si conocía o debía conocer el vicio, y no le advirtió al dueño.
116. Teniendo en cuenta el marco descrito, procede el Tribunal a examinar cada uno de los incumplimientos que invoca la Demandante.

1.1.1.2. El incumplimiento de la norma de sismo resistencia NSR 10

1.1.1.2.1. Posición de las partes.

117. Señala la Demandante que se probó que (i) TNCC incumplió su obligación de validar los estudios de suelos previamente elaborados y/o la de elaborar uno propio que diera cuenta de las características reales del suelo en donde se desarrolló la obra, pues Inteinsa encontró que el perfil estratigráfico del suelo donde se construyó la planta corresponde a un suelo tipo E (arcillas blandas), a diferencia de los estudios con base en los cuales se hicieron los diseños por parte de TNCC, los cuales lo calificaban como un suelo tipo D; (ii) TNCC incumplió su obligación de validar la idoneidad de los movimientos de tierra realizados para la construcción de las vías y los pisos de la planta; (iii) TNCC incumplió su obligación de diseñar y ejecutar una obra que cumpliera todas las normas técnicas vigentes, en específico, la Norma Colombiana de Diseño y Construcciones Sismo Resistentes (NSR-2010), pues Inteinsa encontró que las estructuras que componen la Planta de O-TEK no cumplen con los factores de seguridad exigidos en dicha norma, de cara a diversas cargas sísmicas a las que puede verse sometida la edificación, y (iv) más aún, Inteinsa encontró que, aun cuando se aceptara -erróneamente- que el perfil del suelo era D, el resultado final igualmente hubiera sido el incumplimiento de la norma NSR-10.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC354-2023 del 25 de septiembre de 2023 Radicación n.º 05001-31-03-013-2019-00009-01

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC354-2023 del 25 de septiembre de 2023 Radicación n.º 05001-31-03-013-2019-00009-01

118. TNCC, por su parte, señala en primer lugar, que OTEK antes de suscribir el acta de liquidación conocía las supuestas fallas sobre las que está pretendiendo una indemnización en este proceso, pues desde el mes de noviembre del año 2016 comenzaron a presentarse una serie de asentamientos diferenciales, y el diseñador estructural del proyecto en compañía de TNCC realizó varias visitas y estudios a la planta objeto del contrato TNCC 283, tendientes a analizar las causas de dichos asentamientos. Agrega que la sociedad demandante tuvo claro que los supuestos incumplimientos hacían parte de la ejecución contractual y no de la estabilidad de la obra. Señala, además, que los profesionales de la intervención consideraron que la bodega cumplía con las normas de sismo resistencia, por ello reitera que por existir acta de liquidación del contrato se deben negar las pretensiones.
119. Así mismo expresa que en todo caso TNCC cumplió con sus obligaciones y las soluciones a los asentamientos diferenciales y fallas estructurales fueron concertadas y aceptadas por el contratante.
120. Adicionalmente en cuanto a la prueba obrante en el proceso, TNCC se refiere al Informe de Inteinsa y afirma que el líder de dicho Informe no tiene conocimiento sobre los diseños y sistema constructivo de la bodega. Igualmente se refiere a las declaraciones de otros ingenieros de Inteinsa para señalar que no conocían el sistema constructivo bajo el cual se realizó la edificación. Destaca entonces la experiencia del constructor y del diseñador frente a la del especialista de Inteinsa que actuó como Director del Proyecto. Igualmente se refiere a la amplia experiencia de los geotecnistas y señala que el perito Escobar Neuman no tiene experiencia en el análisis de diseño y construcción de bodegas. Además destaca que dicho perito manifestó que no tuvo necesidad de realizar vista a la bodega y que solo tomó como base el informe de Inteinsa.

1.1.1.2.2. Consideraciones del Tribunal

121. Lo primero que debe señalarse es que no hay discusión en que la obra cuya construcción se contrató debía cumplir la norma NSR-10, pues, de una parte, la legislación colombiana exige el cumplimiento de las normas de sismo resistencia y, en segundo lugar, en el contrato se estableció específicamente la obligación de cumplir con ellas.
122. El artículo 1º de la ley 400 de 1996 dispone que dicha “*ley establece criterios y requisitos mínimos para el diseño, construcción y supervisión técnica de edificaciones nuevas*”, y su artículo 2º, tal como fue modificado por el Decreto-ley 19 de 2012, establece:

“Las construcciones que se adelanten en el territorio de la República deberán sujetarse a las normas establecidas en la presente Ley y en las disposiciones que reglamenten.”

123. Desde esta perspectiva, toda construcción que se adelante en Colombia debe cumplir las normas de sismo resistencia, y el constructor, que debe ajustarse a la ley y a las reglas del arte, debe cumplir dichas disposiciones.
124. A lo anterior se agrega que la cláusula 8ª del Contrato hizo explícita dicha obligación del Contratista al disponer en lo pertinente:

“8.1 EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE a:

“...”

“d) Ejecutar la obra cumpliendo todas las normas técnicas vigentes. Como la Norma Colombiana de Diseño y Construcciones Sismo Resistentes (NSR-2010) o la que se encuentre Vigente en el momento de la construcción, Retie, Retilab: y en general todas las Normas Nacionales vigentes durante el proceso constructivo.”

125. Por consiguiente, si la obra que ejecuta el Contratista no cumple las normas de sismo resistencia, es claro que incumple el contrato de construcción.
126. A este respecto es además pertinente destacar que en el Contrato se estipuló que *“Todos los estudios (incluido el estudio de suelos) y los diseños que hagan parte del proyecto serán responsabilidad exclusiva de EL CONTRATISTA”*.
127. Teniendo en cuenta lo anterior procede entonces el Tribunal a examinar si la construcción que se hizo en desarrollo del Contrato se ajustó a las normas de sismo resistencia.
128. Como resulta de la prueba aportada al proceso, un elemento fundamental para el diseño y construcción de la obra conforme a las normas de sismo resistencia son las características del suelo. A este respecto la norma de sismo resistencia NSR-10 establece cinco categorías para la clasificación de los perfiles del suelo, los cuales van del tipo A al tipo F (numeral A.2.4.4. de la Norma).
129. Ahora bien, en el presente proceso se debatió cuál era realmente el perfil del tipo de suelo en el cual se construyó la obra.
130. Desde esta perspectiva se aprecia que de conformidad con las declaraciones rendidas en el proceso por quienes hicieron el estudio de suelos o pruebas del mismo previamente a la construcción, el perfil del tipo de suelo era D.
131. En este sentido, en su declaración el ingeniero Emiro Vanegas Gómez, quien realizó el estudio de suelo de CNV, señaló que la calificación del suelo era tipo *“D, clasificación D.”*
132. Por su parte, el ingeniero Edilberto Lore quien trabajaba para Diseños y Soluciones Integrales de Ingeniería S.A.S. y realizó unos sondeos, al ser preguntado qué tipo de perfil de suelo arrojó el estudio, indicó que *“Tipo de perfil de suelo D”*.
133. Por el contrario, en el documento denominado *“Memoria de Análisis y Revisión Estructural”*, elaborado por el ingeniero Aschner¹⁰, se hace referencia a que TNCC contrató, después de que se presentaron asentamientos diferenciales en la construcción, un estudio de suelos por la firma Espinosa y Restrepo, la cual *“lo define como tipo C”*. Dicho estudio fue aportado al proceso por la testigo María Consuelo Velásquez Vela¹¹.
134. Por su parte en el Informe de Vulnerabilidad elaborado por Inteinsa con posterioridad a que se presentaron los asentamientos diferenciales en la obra, la misma expresó lo siguiente:

“De acuerdo con la caracterización encontrada y la referenciándose a la tabla A.2.4-1 del reglamento NSR-10, acá presentada, INTEINSA concluye en definir el tipo de perfil de suelo como Tipo E en lugar de Tipo D como había sido determinado.” (se subraya)

¹⁰ Prueba por informe acompañado a la Contestación a la Reforma a la Demanda.

¹¹ Documento 15320-2 Final

135. Ahora bien, teniendo en cuenta el tipo de suelo determinado tanto por quienes inicialmente hicieron estudios de suelo, como por INTEINSA, esta empresa señaló en su Informe de Vulnerabilidad:

“CONCLUSIONES DE CARÁCTER ESTRUCTURAL

Desde el apartado estructural, se tienen las conclusiones por cada una de las estructuras.

Edificio A

- *Para el análisis de carga gravitacional, los elementos que componen la superestructura del edificio A tales como: Vigas transversales, vigas longitudinales y columnas cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo menor a la unidad (1.0).*
- *Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo D, los elementos que componen la superestructura del edificio A tales como: Vigas transversales, vigas longitudinales y columnas cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo menor a la unidad (1.0).*
- *Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo E, algunos de los elementos que componen la superestructura del edificio A tales como: Vigas transversales, vigas longitudinales y columnas no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). En el caso de las vigas, se tienen índices de sobreesfuerzo que varían entre 1.06 y 1.39. En el caso de las columnas, se tienen índices de sobreesfuerzo que varían entre 1.022 y 1.152.*
- *Para el análisis de carga gravitacional, los elementos que componen la subestructura del edificio A no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayores a la unidad (1.0). Algunas vigas longitudinales, principalmente en la zona del auditorio, donde se consideró una carga de viva de 5kN/m², presentan altos momentos positivos. Por otro lado, los momentos negativos no tienen índices de sobreesfuerzo muy altos en comparación con los momentos positivos, llegan hasta un valor de 1.20, mientras que los índices por momento positivo llegan hasta un valor máximo de 1.85.*

Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo D, los elementos que componen la subestructura del edificio A no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayores a la unidad (1.0). Algunas vigas longitudinales, presentan altos momentos positivos. Por otro lado, los momentos negativos no tienen índices de sobreesfuerzo tan altos en comparación con los momentos positivos, llegan hasta un valor de 1.34, mientras que los índices por momento positivo llegan hasta un valor máximo de 1.87.

- *Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo E, los elementos que componen la subestructura del edificio A no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayores a la unidad (1.0). Algunas vigas longitudinales, presentan altos momentos positivos. Por otro lado, los momentos negativos no tienen índices de sobreesfuerzo tan altos en comparación con los momentos positivos, llegan hasta un valor de 1.34, mientras que los índices por momento positivo llegan hasta un valor máximo de 2.06.*

- Se considera una práctica inadecuada el hecho de haber unido las estructuras de la planta y del edificio A mediante la columna del eje B2, esto ocasiona irregularidades torsionales extremas. Adicional a ello, en el diseño de la estructura no se consideró que ambos elementos estuvieran unidos ya que en los planos aparece una doble columna en esta zona.
- En el segundo piso del edificio A, se consideraron vigas de amarre longitudinales entre las columnas, esto aparece en los planos "ACA_ORBISLOTE27_12072016_VERSIONB4" y memorias "MEMORIAS DE CALCULO EDIFICIOS – OTEK". En la realidad, estas vigas no fueron construidas.

Edificio B

- Para el análisis de carga gravitacional, los elementos que componen la superestructura del edificio B tales como: Vigas transversales, vigas longitudinales y columnas **no cumplen** satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0).

Dos vigas únicamente presentan índices de 1.07 y 1.10, esto se considera aceptable debido que son muy pocos elementos los que no se encuentran cumpliendo y su índice de sobreesfuerzo no sobrepasa 1.10.

- Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo D, los elementos que componen la superestructura del edificio B tales como: Vigas transversales, vigas longitudinales y columnas **no cumplen** satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). En el caso de las vigas, se tienen índices de sobreesfuerzo en los rangos de 1.08 a 1.22 mientras que para las columnas se tienen índices de sobreesfuerzo entre 1.02 y 1.21.
- Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo E, los elementos que componen la superestructura del edificio B tales como: Vigas transversales, vigas longitudinales y columnas **no cumplen** satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). En el caso de las vigas, se tienen índices de sobreesfuerzo en los rangos de 1.06 a 1.48 mientras que para las columnas se tienen índices de sobreesfuerzo entre 1.08 y 1.44.
- Se desconoce si en el diseño del edificio B, fue tenido en cuenta el peso de las columnas y las vigas del segundo piso, dichos elementos se encuentran en planos pero no se aprecian en el modelo del edificio B que se encuentra en las memorias.
- La subestructura del edificio B, se analiza en conjunto con la subestructura de la planta ya que estos elementos se encuentran unidos.

Planta

- Para el análisis de carga gravitacional, las columnas de la planta cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo menor a la unidad (1.0). Para la cubierta, la cuerda inferior posee un índice de sobreesfuerzo de 1.015, el cual se considera aceptable ya que sobrepasa la unidad por muy poco.

- Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo D, las columnas de la planta no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). Específicamente las columnas del eje B en la zona del edificio B no cumplen en su base, mientras que las columnas de la zona central del eje F, no cumplen en la zona de la cercha, ya que esta genera altos momentos por estar vinculada a las columnas en el eje central. Los índices de sobreesfuerzo llegan hasta un valor de 1.45.
- Para el análisis sísmico con un perfil de suelo tipo E, las columnas de la planta no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). Específicamente, la mayoría de las columnas del eje B no cumplen en su base, mientras que la mayoría de las columnas de la zona central del eje F, no cumplen en la zona de la cercha, ya que esta genera altos momentos por estar vinculada a las columnas en el eje central. Los índices de sobreesfuerzo llegan hasta un valor de 2.20.
- La cubierta cumple cuando se ve sometida a solicitudes sísmicas, la cubierta está vinculada a momento en el eje central pero simplemente apoyada en los ejes laterales.
- Para el análisis de carga gravitacional, las vigas de cimentación de la planta, en el eje F, J y en el eje B en la zona del edificio B, no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). Los índices de sobreesfuerzo llegan hasta 1.45. Esto indica que para un escenario de cargas gravitacionales mayoradas, la planta no estaría preparada en su cimentación.
- Para el análisis de carga sísmica con un perfil de suelo tipo D, las vigas de cimentación de la planta, en el eje F, J y en el eje B en la zona del edificio B, no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). Los índices de sobreesfuerzo llegan hasta 1.45. Es importante anotar que estos siguen siendo los mismos índices de sobreesfuerzo del análisis gravitacional, lo cual indica que estas cargas gobiernan el diseño.
- Para el análisis de carga sísmica con un perfil de suelo tipo E, las vigas de cimentación de la planta, en el eje F, J y en el eje B en la zona del edificio B, no cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo mayor a la unidad (1.0). Los índices de sobreesfuerzo llegan hasta 1.45. Es importante anotar que estos índices de sobreesfuerzo son muy similares, en repetidos elementos a los del análisis gravitacional, lo cual indica que estas cargas gobiernan el diseño. Sin embargo, otros elementos que antes no fallaban, han aparecido en este análisis con índices mayores a 1.0 debido a la acción de las fuerzas sísmicas, como es el caso de las vigas transversales del edificio B.
- Las riostras en varilla de la planta, cumplen satisfactoriamente ya que presentan un índice de sobreesfuerzo menor a la unidad (1.0). Sin embargo, estas se encuentran sin tensión. En algunas fotos del proceso constructivo se apreció que ciertas riostras ya no tenían tensión. Es importante que sean reparadas tal como se menciona en el informe “I-2696-PC-19 Rev1 Revisión Riostras” con el fin de que estén preparadas para cumplir con su función de rigidizar la estructura ante cargas laterales.”(se subraya y se destaca)

136. Como se puede apreciar, el informe de Inteinsa señala que los edificios A y B y la planta no cumplen con la norma de sismo resistencia, bien sea que se considere que el perfil de los suelos encontrados es tipo D o E.

137. Ahora bien, en su informe el Perito Escobar Neuman expresa:

“En el informe de vulnerabilidad realizado por INTEINSA, se concluye que la Planta no cumple con los lineamientos exigidos en el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10, con lo cual se advierte que, en caso de ocurrir un sismo, es previsible que la estructura de la planta sufra afectaciones, que pueden ir desde daños en los componentes de la estructura hasta colapsos parciales o totales de esta.

“Los incumplimientos de a la norma NSR-10 están distribuidos en toda la estructura de la planta, es decir, se evidencian en elementos estructurales del Edificio A, Edificio B, Planta de Producción.”

138. En relación con lo anterior observa el Tribunal que TNCC ha hecho referencia al informe de Espinosa y Restrepo que señala que el perfil del suelo es tipo C¹².
139. A este respecto el Tribunal destaca que el ingeniero Uriel Ángel Botero, quien fue el interventor, señaló en su declaración en este Tribunal que el estudio realizado por la firma Espinosa y Restrepo *“No fue un estudio de suelos general de la planta, fue una cosa muy puntual en la zona donde se estaban presentando esos asentamientos de las fundaciones”*.
140. Así las cosas, el Tribunal considera que no es procedente tomar en cuenta los resultados que según indica el ingeniero Ascher arroja el informe de Espinosa y Restrepo, en la medida en que el mismo tuvo un alcance limitado y porque además el estudio del perfil del suelo que había contratado TNCC antes de ejecutar la obra, indicó que el tipo de suelo era D y por ello, se debía partir de esa base al diseñar y ejecutar la obra.
141. Ahora bien, TNCC señala que el estudio realizado por Inteinsa y que fue base del peritaje por el perito Escobar Neuman, *“no entendió cómo funcionaba el sistema de cimentación y, por lo tanto, es un informe que no puede ser tenido en cuenta al no realizarse con la expertise necesaria”*.
142. A tal efecto, se refiere al testimonio del Ingeniero Aschner quien refiriéndose al informe de Inteinsa señaló, por una parte, que no estaba de acuerdo con los parámetros de Inteinsa, porque *“ponen más crítico el tipo de suelo, lo que aumenta las fuerzas sísmicas y, bajo esas condiciones, en principio, pensamos que la mayor parte del edificio cumpliría, pero en algunas partes probablemente no; nosotros no hemos hecho el análisis de vulnerabilidad ante esa exposición sísmica adicional; por el grado de cumplimiento que tiene el edificio, puedo asegurar que un 80, un 90% lo cumpliría, pero el resto no puedo garantizarlo, a menos que haga un análisis bajo ese parámetro diferente que está solicitando, que no es una solicitud para nosotros razonable, dado el conocimiento de suelo, el conocimiento de la zona, que tenía suficiente validez para respaldar nuestra categoría, y que incluso hubiéramos podido mejorar en su momento”*.
143. Por otra parte, señaló el ingeniero Aschner que Inteinsa no entendió la cimentación, para lo cual expresó:

“...ellos no entendieron cómo funcionaba la cimentación como un elemento compuesto de una losa que distribuye la carga, y unas vigas que llevan la carga que viene de las columnas

¹² Documento 15320-2 Final

hasta esa losa, para que la transfiera al terreno; eso es algo que aparentemente no entendieron, y por lo menos..., entonces..., lo interpretaron como si fuera una losa simple que, obviamente, no cumpliría si no tiene las rigideces”

144. Igualmente señaló que “cuando se analiza como debe ser, de acuerdo con la norma y con las modelaciones que requiere, cumple sin ningún problema; entonces, la única interpretación que tenemos nosotros es que no entendieron cómo funcionaba ese sistema porque alegan unos esfuerzos que no son factibles en el análisis integral de la cimentación, así de simple”.
145. Al examinar las observaciones que formula el Ingeniero Aschner se aprecia lo siguiente:
146. Por lo que se refiere al primer aspecto, esto es, que Inteinsa pone “más crítico el tipo de suelo”, considera el Tribunal que dicho reparo no afecta las conclusiones del informe de Inteinsa, pues este afirma que no se cumplen las normas de sismo resistencia si el perfil del suelo es tipo E, pero igualmente que no se cumplen si el perfil del suelo es tipo D, como lo indicaba el estudio de suelos que se había hecho con anterioridad al diseño de la obra.
147. Ahora bien, en cuanto a que Inteinsa no entendió cómo funcionaba la cimentación, encuentra el Tribunal que en este sentido el apoderado de TNCC se refiere también a las respuestas que dieron algunos de los ingenieros que participaron en el Informe de Inteinsa.
148. En primer lugar, se refiere a la declaración de la ingeniera Clara Consuelo Díaz Henao quien trabajaba para Inteinsa y a quien se le preguntó si conocía el sistema llamado “*mat foundation*”. La declarante manifestó que sí, y señaló que es como una trama, y agregó que “en este momento no hay sino unas vigas, viguitas que se las mostré, ¿cierto?, que realmente no alcanzan a hacer ese tipo de cimentación” y al ser preguntada si sabía que la bodega “se construyó con base en ese modelo de cimentación?”, ella contestó “No sé, no lo tengo... ni siquiera está mencionado en los documentos que nos entregaron”.
149. Como se puede apreciar, la declarante señaló que conocía el sistema de cimentación por el cual se le preguntaba, pero que el que examinó “no alcanzan a hacer ese tipo de cimentación”, lo cual es congruente con su respuesta de que no sabe si se construyó con ese tipo de cimentación, el cual señala, ni siquiera aparecía mencionado en los documentos.
150. Por su parte, el apoderado de TNCC igualmente le preguntó al ingeniero Gonzalo Albeiro Betancur, quien también participó en el informe de Inteinsa, si conocía el sistema de cimentación “*mat foundation*”. El testigo compartió una imagen y señaló “básicamente les cuento que el sistema de cimentación está compuesto por una losa, es lo que llamamos acá..., es este elemento, una losa que tiene un espesor de 16 centímetros, y un sistema de vigas, que es lo que estamos mostrando acá, de 60 centímetros; esas vigas tienen unos nervios, y está apoyado sobre un relleno, que es lo que aparece acá, que es lo que se muestra, ¿listo? EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: ¿Y esa cimentación corresponde a la pregunta que le hizo el señor apoderado? EL DECLARANTE: Exactamente, sí, señor.” De esta manera, el ingeniero Albeiro Betancur describió la cimentación y afirmó que correspondía al tipo de cimentación denominada *mat foundation*.

151. Ahora bien, lo que se aprecia es que existe un desacuerdo entre los dos ingenieros acerca de si la cimentación cumplía con las condiciones del tipo denominado mat foundation, pero ello no significa que no comprendieran ese tipo de cimentación.
152. Por lo demás, no considera el Tribunal válida la crítica de TNCC respecto del perito Escobar Neuman, porque este haya señalado que para realizar su estudio no visitó la obra, pues el mismo manifestó en su declaración que “*no consideramos necesario conocer el sitio físico, las obras, pues; lo que sí revisamos fue muchos planos de la etapa de licitación, después de los nuevos planos que hizo TNCC, y obviamente todo el soporte documental que está reflejado en el dictamen, pero realmente, pues, necesidad de ir a la fábrica como tal, no la vimos*”. Lo anterior para el Tribunal es justificado, pues el problema del cumplimiento de las normas de sismo resistencia surge del diseño mismo de la construcción, como se desprende del informe de Inteinsa.
153. Por lo demás, no sobra destacar la declaración del ingeniero Manuel Osorio, que formaba parte del equipo de Inteinsa, quien al ser preguntado si “*constató, verificó, que la planta tuviera físicamente un daño o un deterioro, ¿cómo consecuencia de no cumplirse con la norma de sismo resistencia?*” contestó:

“Sí, nosotros en las visitas evidenciamos que habían muros agrietados, que la vía estaba agrietada..., pues, digamos, hundida en pedazo. Sí, habían algunas evidencias del daño de la planta. PREGUNTADO: ¿Derivadas del incumplimiento de la norma? Esa es la pregunta. CONTESTÓ: Probablemente sí, muy probablemente porque, digamos, que los daños estaban en la zona del edificio B y en la vía aledaña al edificio B, que es donde se han ido presentando los daños, y donde luego nos percatamos de que el suelo no es el adecuado, entonces, sí, como respuesta a ese incumplimiento de la normativa, hay zonas que están afectadas, sí, así es.” (se subraya)

154. En todo caso, debe señalarse que las conclusiones del Informe de Inteinsa, acerca de que el diseño no cumple con las normas de sismo resistencia no fue desvirtuado, pues no obra ningún informe técnico, distinto a la opinión del propio diseñador, que contradiga dicho Informe.
155. En este punto es pertinente indicar que el perito Escobar Neuman dice en su informe:

“En resumen, la problemática de la Planta se origina fundamentalmente por errores de diseño. Resultando técnicamente inaceptable que el diseño ejecutado no cumpla lo regulado en la Norma NSR 10 (Ley 400 de 1997 y decreto 926 de 2010) y el decreto reglamentario 33/98, normatividad que es de amplio conocimiento para los profesionales de diseño.

Por lo anterior, al Perito le resulta inadmisible que a pesar de que las personas intervinientes fueran especialistas en diseño, y no obstante que O-TEK hubiese exigido en el contrato el acatamiento de la Norma NSR 10 (Ley 400 de 1997 y decreto 926 de 2010) y el decreto reglamentario 33/98 sobre los diseños estructurales en Colombia, lo diseñado y ejecutado no hubiera cumplido con tales disposiciones técnicas.”

156. Teniendo en cuenta que la obra no cumple las normas de sismo resistencia, encuentra el Tribunal acreditado que se incumplió el contrato por parte de TNCC.

1.1.1.3. El incumplimiento en materia de pavimentos

1.1.1.3.1. Posición de las partes

157. Por otra parte, en cuanto a la construcción de los pavimentos, la parte demandante considera que TNCC incumplió lo dispuesto en la cláusula 2.2 del Contrato y en los literales ss.) d) y s) de la Cláusula 8.1, pues de conformidad con lo hallazgos de Inteinsa, estos “*no cuenta con la capacidad estructural suficiente para el tránsito que se circulará en el periodo de diseño*”, pues no fueron adecuadamente diseñados y no se usaron los materiales con las especificaciones del diseño y/o con las especificaciones de referencia aplicables (normas INVIAS).
158. Por su parte, el apoderado de TNCC señala que el ingeniero Luis Horacio Rodríguez Mejía, al igual que ingeniero Girón Atehortúa, ambos de Inteinsa, basan su análisis en una normatividad que no es aplicable a la ejecución del contrato objeto de litigio, pues hacen referencia a la norma INVIAS.
159. Adicionalmente señala TNCC que el 05 de noviembre del año 2016 entre las partes se suscribió el acta de inspección final de obras, en la cual se evidencia que la planta de producción estaba totalmente construida de conformidad con las especificaciones técnicas convenidas por las partes, sin ningún daño estructural. Agrega que las observaciones del acta obedecían a actividades menores de acabados y maquillaje.
160. Igualmente hacen referencia a que los ingenieros de Inteinsa no revisaron las actas de interventoría.

1.1.1.3.2. Consideraciones del Tribunal

161. Procede entonces el Tribunal a analizar si en materia de pavimentos existió un incumplimiento del contratista.
162. En primer lugar, se observa que en el Contrato se estipuló en la cláusula 2.2, lo siguiente:

“2.2 Todos los estudios (incluido el estudio de suelos) y los diseños que hagan parte del proyecto serán responsabilidad exclusiva de EL CONTRATISTA y los diseños especializados que éste presente serán revisados por la Interventoría y un especialista técnico asignado por ésta. Todos los estudios y diseños requeridos para el inicio de la obra, deben estar elaborados y validados por EL CONTRATISTA con anterioridad al inicio de la misma y cualquier retraso en su entrega será de su exclusiva responsabilidad, sin que ello dé lugar a ampliación del plazo de ejecución del presente contrato.”

163. De esta manera, el Contratista era responsable por todos los estudios y diseños del proyecto.
164. Por otra parte, en la cláusula octava del Contrato, titulada obligaciones del Contratista, se estipuló que este se obligaba para con el Contratante a:
“d) Ejecutar la obra cumpliendo todas las normas técnicas vigentes, como la Norma Colombiana de Diseño y Construcciones Sismo Resistentes (NSR-2010) o la que se

encuentre vigente en el momento de la construcción, Retie, Retilab; y en general todas las Normas Nacionales vigentes durante el proceso constructivo.

s) Responder por la calidad y estabilidad de la obra civil objeto de este Contrato al tenor de lo establecido por la ley, siempre y cuando la Bodega sea utilizada únicamente para su destinación, en condiciones normales de uso y sometida al mantenimiento adecuado. EL CONTRATISTA se obliga a llevar a cabo a su costa todas las reparaciones y reemplazos que se occasionen por estos conceptos.

ss) Recibir las obras de movimiento de tierras realizadas por EL CONTRATANTE para estructuras de vías y pisos de planta. En consecuencia, será responsabilidad de EL CONTRATISTA validar que los trabajos de movimiento de tierra y las estructuras de vías y pisos de planta entregados son los idóneos para la ejecución de la obra contratada” (se subraya).

165. Ahora bien, obra en el expediente el informe de Evaluación de Patologías de los Pavimentos Rígidos Construidos en la Planta Otek Cartagena – Bolívar elaborado por Inteinsa, el cual tiene por objeto presentar los resultados de los trabajos de campo y laboratorio para determinar las patologías existentes en la vía interna de la planta O-TEK y sus posibles causas. De acuerdo con dicho Informe, los expertos de Inteinsa adelantaron las siguientes tareas: realizaron la revisión documental del diseño estructural y controles de calidad de concretos utilizados para la construcción de las losas; realizaron la auscultación visual de la estructura de pavimento rígido existente de la vía interna de la planta O-TEK; realizaron la extracción de núcleos de concreto hidráulico para determinar su resistencia a la tracción y realizaron la exploración de campo por medio de la excavación de apiques exploratorios para determinar las características de los materiales existentes.

166. Como consecuencia de lo anterior, en dicho informe se señala:

“A continuación, se presenta unos incisos puntuales comparando la información de diseño VS la realidad que presenta el proyecto.

Diferencias en la subrasante: El proyecto consideró un CBR de diseño de la subrasante de 3.33%, el resulta mayor al calculado a partir del CBR inalterado obtenido del apique 2 que reportó un valor de 2.1%.

Si nos remitimos al diseño realizado por la empresa Geoformas S.A.S. en el año 2015 y suministrado por el cliente a esta consultoría (Anexo 4), en su estudio geotécnico se presentó un CBR de diseño de 2.25%, el cual es más aproximado al obtenido por esta consultoría en el estudio realizado. El tomado en el diseño de pavimentos realizado por ASCHNER CONSULTORES se presenta en el anexo 3.

Diferencias en el espesor de material granular: El diseño consideró un espesor de granulares entre base y subbase superior al evidenciado en los apiques realizados, en total se consideró un espesor de granulares de 1.0 metro (40.0 cm de subbase granular, 45.0 de zahorra y 15.0 cm de base granular), sin embargo, en los apiques realizados, los valores de granular existente no alcanzan los 50.0 centímetros, por lo que lo construido no se ajusta a lo diseñado.

Diferencias en la resistencia del concreto hidráulico: el diseño inicialmente propuso una resistencia del módulo de rotura (MR) de 4.2 MPa, posteriormente el cálculo de la misma se realizó con un MR de 3.9 MPa, sin embargo, a partir de los ensayos de tracción indirecta de núcleos recuperados, los MR obtenidos fueron de 2.7 y 2.8 MPa, valores inferiores a los considerados en el diseño.

“...

“Luego del cálculo de la estructura, con las condiciones iniciales de diseño y ajustando el tránsito, según la condición real actual de la planta, se obtiene que; el pavimento no cuenta con la capacidad estructural suficiente para el tránsito que se circulará en el periodo de diseño, aunque se nota una importante disminución del consumo por erosión, reflejado en las diferencias del tránsito entre lo asignado en el diseño y la condición real actual del tránsito que ingresa a la planta.

Como se mencionó anteriormente el diseño inicial presentaba inconsistencias en los criterios y resultados del mismo, posteriormente a partir de los ensayos de tracción indirecta de los cilindros recuperados se obtuvo un bajo módulo de rotura, 2.7 MPa en promedio de los dos cilindros, por lo que la estructura no presentaría una capacidad adecuada para soportar las cargas que circulan sobre el mismo.” (se subraya)

167. Igualmente, el Informe describe las patologías encontradas en el pavimento, las que incluyen: grietas longitudinales, grietas transversales, grietas de esquina, grietas en los extremos de los pasadores, grietas en bloque o fracturación múltiple, desportillamiento de juntas, deterioro del sello (DST-DSL), descascaramiento y fisuración por retracción o tipo malla.
168. Así mismo el Informe plantea las siguientes hipótesis, como las principales causantes de las patologías presentadas en las losas del proyecto:

“Deficiencia y/o ausencia de barras de transferencia de carga: se observó, especialmente en las losas construidas al frente del edificio A, que las barras de transferencia de carga no se construyeron adecuadamente, en algunos puntos se observa que las barras de transferencia de carga no presentan la longitud requerida a cada lado de la losa (1/2 de la longitud de la barra que debió ser de 35 cm, es decir, 17.5 cm a cada lado y se observan longitudes de 3.0 cm) generando desportillamiento de las losas y separación de las juntas.

“Separación de junta, esta patología se puede ver en gran parte de las losas al frente del edificio A, con una separación importante entre losas, cuyas causas más probables son, las bajas capacidades portantes de las capas de apoyo, bases y suelos, que pueden estar generando desplazamientos laterales y asentamientos diferenciales entre las losas. Esta condición se ve agravada por la deficiencia en la instalación de los pasadores los cuales quedaron cortos y se han separado de una de las losas, lo que genera que en estas losas no hay transferencia de carga y, por lo tanto, los esfuerzos que tiene que asumir cada losa son mayores, al no transferirlos a la losa adyacente.

“Barras de anclaje y de transferencia de carga expuestas, esta patología se presenta por un proceso constructivo deficiente, en la cual no se garantiza que el acero se encuentre en la mitad del espesor de la losa, en algunos tramos se observa el acero ya expuesto sobre la vía, esto genera que las losas no se comporten de una manera adecuada ante las cargas

de los vehículos, y/o deterioro prematuro de las losas por desgaste del acero al encontrarse expuesto a la intemperie.

“Desportillamiento de juntas, esta patología se presenta principalmente por una baja resistencia o debilitamiento del concreto, un mal procedimiento constructivo en el corte de las juntas Grietas de esquina: La causa más probable de la presencia de este tipo de daños, está relacionado con la debilidad de las capas de apoyo y/o una mala transferencia de cargas con las losas aledañas, debido a las deficiencias identificadas en la instalación de las barras de anclaje y de transferencia de carga Grietas longitudinales: Las causas más probables de la presencia de grietas longitudinales, pueden estar relacionadas por asentamientos de la base o la subrasante por la baja capacidad portante identificada en ellas, aunque se pudo presentar por un aserrado tardío de las juntas o por modulación inadecuada de las losas, esta última condición no se ha verificado, ya que no se entregó con el diseño un plano de modulación de las juntas.” (se subraya)

169. Adicionalmente el Informe de Inteinsa hace referencia al trabajo de campo realizado para “la caracterización de los suelos que servirán de apoyo a la estructura del pavimento a diseñar”, para lo cual se hicieron apiques, y suponiendo base y subbase Clase C, se indica que “A partir de los resultados se puede concluir que el material granular de apoyo para la losa de concreto no cumple como base granular o subbase granular”. Así mismo el Informe indica que se hicieron ensayos de prueba de placa dinámica sobre los suelos granulares en cada apique realizado, y se concluye que “se comprueba que el material granular existente no alcanza la capacidad de aporte requerida por el diseño, lo que se traduce en una deficiencia estructural” (se subraya).
170. En el Informe de Inteinsa se señala adicionalmente que se hicieron ensayo de tracción por hendimiento de cilindros de concreto, para lo cual se les hizo a dos núcleos de concreto extraídos de los apiques una prueba para determinar su resistencia y se concluyó “que ninguno de los dos núcleos tomados de los apiques cumple con la resistencia de diseño de 3.9 MPa.” (se subraya)
171. Bajo el título de planteamiento de la hipótesis del deterioro se señala que “De acuerdo con la auscultación realizada en la planta, se encuentran importantes diferencias entre lo diseñado y lo construido” (se subraya).
172. En cuanto al diseño se señala “El diseño presenta inconsistencias en sus capítulos como los valores de subrasante y módulo de rotura, iniciando en 4.2 Mpa, pero al final utilizando el diseño con un módulo de 3.9 Mpa.” (se subraya)
173. Se agrega que “se procedió a verificar la estructura ajustándose al diseño presentado obtenido que, durante la revisión del espesor de diseño de la losa se encontró un error, puesto que los valores de consumo presentados por erosión y fatiga no corresponden a la estructura evaluada, como se presenta a continuación:...”. Se concluye que “Modelando la estructura presentada en el diseño inicial, se obtienen diferencias importantes **La estructura no estaría cumpliendo** bajo las condiciones antes mencionadas para las solicitudes supuestas en el diseño” (se subraya).
174. En las conclusiones del Informe de Inteinsa se señala que el “diseño inicial, fue realizado a partir de la metodología del manual de diseño de pavimentos rígidos del INVIA, pero sin embargo, la estructura final es evaluada por la metodología propuesta por la Portland

Cement Associations PCA" y se señala que el diseñador asigna un valor de Kcombinado, "sin que se especifiquen los criterios ni memorias de cálculo o de asignación de ese valor y sin tener en cuenta el procedimiento recomendado por la metodología de la PCA". Sobre este punto en el dictamen del perito Escobar Neuman se expresa que el "diseño fue realizado a partir del manual de pavimentos rígidos de INVIA, sin embargo, la evaluación final la realizan por la metodología propuesta por la Portland Cement Associations PCA, y parece que se asignan valores arbitrarios en parámetros, ya que no se especifica los criterios ni memorias de cálculo en los diseños"¹³.

175. Se hace igualmente referencia a las diferencias en la subrasante, y a las importantes diferencias de los materiales granulares, pues el diseño "consideró un espesor de granulares entre base y subbase superior al evidenciado en los apiques realizados" y se agrega "que el material granular construido, no presenta las características, propiedades y calidad exigido para una capa de base granular". En cuanto a la resistencia del concreto hidráulico construido se señala que los "núcleos recuperados del concreto construido, presentaron valores de 2.7 y 2.8 Mpa, valores inferiores a los considerados en el diseño".
176. Igualmente se hace referencia a los procesos constructivos y se señala que se "ha encontrado en el estudio una estructura deficiente en general, en espesores bajos y mala calidad de los granulares, en resistencia del concreto, en la instalación de barras y pasadores de transferencia de carga, inadecuadas prácticas en procesos constructivos, que han generado un mal comportamiento del pavimento, presentando diferentes tipos de patologías identificadas en el inventario". Así, por ejemplo, se señala que "Durante el proceso del vaciado de las losas, no se controló adecuadamente la colocación del acero (barras de anclaje y transferencia de carga), lo cual se ve reflejado desde la superficie donde se observa barras expuestas a la intemperie separación de juntas con pasadores de baja longitud, generando como consecuencia el aumento la probabilidad de fisuración y separación de juntas, perdida de soporte por acceso de humedad y fallo de las losas" (se subraya).
177. Se agrega que "no se aportaron los resultados de controles de calidad de materiales ni de procesos constructivos, que hayan sido realizados durante la construcción de los pavimentos."
178. Igualmente se señala que al calcular la estructura, "con las condiciones iniciales de diseño y ajustando el tránsito, según la condición real actual de la planta, se obtiene que; el pavimento no cuenta con la capacidad estructural suficiente para el tránsito que se circulará en el periodo de diseño, aunque se nota una importante disminución del consumo por erosión, reflejado en las diferencias del tránsito entre lo asignado en el diseño y la condición real actual del tránsito que ingresa a la planta" (se subraya).
179. Como se puede apreciar, el Informe de Inteinsa describe los problemas que presenta el pavimento y sus posibles causas, sin que se haya desvirtuado la existencia de los problemas que se presentan ni las causas de las mismas, las que indican deficiencias en el diseño y en la construcción.
180. Ahora bien, el apoderado de TNCC cuestionó lo indicado por los expertos, porque manifestaron tener en cuenta la norma Invias que no es una norma técnica. Así se refiere

¹³ Dictamen de Escobar Neuman p. 62

al testimonio de Kevin Gonzalo Girón Atehortúa, y a la manifestación que el mismo hizo de que “el análisis de la obra se realiza..., se utiliza mucha metodología, entre ellas la INVIA, lo que pasa es que el texto al que usted me hace referencia son recomendaciones de construcción; son recomendaciones para que la persona que vaya a construir conozca qué debe garantizar. PREGUNTADO: Por eso, pero ¿ustedes tuvieron como referencia a la norma INVIA o no? CONTESTÓ: Sí, señor; INVIA y otras metodologías adicionales”. Igualmente se refiere a la declaración del señor Luis Horacio Rodríguez Mejía a quien le pregunto: “¿Para hacer esta clase de estudios no existe como una norma que indique que se deben hacer apiques cada tanta área o cada tantos metros cuadrados? CONTESTÓ: La especificación INVIA para..., digamos que para proyectos fase 3, que son proyectos que... fase 3 ya son proyectos que ya están para construcción, recomiendan realizar un apique cada 250 metros lineales, que normalmente una vía..., una vía normalmente tiene alrededor de 7 metros de ancho, lo que nos lleva a que, aproximadamente, se pide un apique por cada 1.700 metros cuadrados de vía; eso es especificación INVIA para esos proyectos en particular.” Agregó el declarante que para “proyectos privados no hay ningún tipo de normativa específica” y que “la especificación INVIA está..., digamos que dirigida a ser usada en todos los proyectos que tengan que ver con la contratación que hace el Estado, y que es controlada por esta entidad, que es el Instituto Nacional de Vías.”

181. En relación con lo anterior observa el Tribunal que al examinar el Informe de Inteinsa se aprecia que en el mismo se realiza una descripción de las patologías que los expertos encontraron y se indican las posibles causas de los problemas presentados. Igualmente se registran algunos casos en los que las obras ejecutadas no se ajustan a los diseños. También se señala que si se modela la estructura conforme a los diseños, la misma no cumple las solicitudes supuestas en el diseño. Por lo anterior, no se puede afirmar que los expertos simplemente confrontaron las obras con las normas del Invias.
182. Por otra parte, según expresan los testigos, las normas Invias no fueron adoptadas para obras privadas, pues su objeto son las obras que dicha entidad pública contrata. Ahora bien, como se puede apreciar en las declaraciones rendidas y en el Informe elaborado por Inteinsa, los expertos de esta acudieron en diversos casos a las normas del INVIA para establecer cómo debían hacerse las pruebas para verificar que la obra hubiera sido correctamente ejecutada. Desde esta perspectiva y aunque las normas del INVIA no son obligatorias para vías de carácter privado, las mismas, y en particular la forma de hacer las pruebas para verificar si la obra fue ejecutada correctamente, son producto de la experiencia de dicha entidad y de estándares internacionales, por lo que pueden tomarse como referencia por los expertos.
183. Así las cosas, concluye el Tribunal que las obras relativas al pavimento presentan deficiencias tanto en su diseño como en su construcción y no tienen la capacidad de atender el tráfico en el período de diseño.
184. Debe entonces el Tribunal precisar si en esta medida existe un incumplimiento por parte del Contratista.
185. Como ya se indicó, el Contrato contempla la obligación de ejecutar la obra conforme a las normas técnicas y en general las normas nacionales vigentes, lo que incluye las normas de sismo resistencia y así mismo responder por la calidad y estabilidad de la obra al tenor de lo establecido por la ley.

186. En cuanto al cumplimiento de las Normas Nacionales vigentes, debe observarse que las normas Invias no pueden recibir dicha calificación. Adicionalmente, tampoco aparece demostrado que los pavimentos no cumplan con las normas de sismo resistencia.
187. En todo caso, el contratista se obligó a responder por la calidad y estabilidad de la obra. Desde esta perspectiva, las patologías y deficiencias de que da cuenta el Informe de INTEINSA, tanto en el diseño, como en la construcción, implican que la misma no tiene la calidad requerida.
188. Ahora bien, TNCC invoca que se recibió la obra y se liquidó el Contrato, por lo cual la Demandante no puede reclamar por incumplimiento.
189. A este respecto es pertinente recordar que la cláusula 10.4 del Contrato previó la existencia del Acta de recibo definitivo, en la cual *“EL CONTRATISTA hace entrega y el Interventor recibe a satisfacción las obras objeto del Contrato y se dejan las constancias que las Partes consideren convenientes para la conservación de las obras y/o las condiciones que podrían afectar la estabilidad de los mismas, …”*.
190. Por otra parte el Tribunal encuentra que obra en el proceso copia del Acta de Recibo Final de Obra del Contrato No 283, suscrita por el Interventor y el Contratista el 6 de febrero de 2017. Como Anexo 1 de dicha acta se incluyó una relación de Observaciones Acta Recibo Final de Obra.
191. Así mismo se aportaron al proceso con la contestación de la Demanda varios documentos denominados *“ENTREGA Y RECIBO OBSERVACIONES ACTA FINAL DE OBRA”*, firmados por TNNC Contratista, *“Quien entrega”* y I, A & C Interventoría, *“Quien recibe”*, de fechas 25 de marzo, 01 de abril, 08 de abril, 15 de abril, 22 de abril y 13 de mayo de 2017 en la que se hacen observaciones sobre diferentes elementos y en la columna “estado” se indica *“recibido”*.
192. En este punto es de advertir que dicha Acta aparece firmada por el Interventor, tal como dispone la cláusula 10.4 del Contrato.
193. En relación con este punto, la Cláusula 22.1 del Contrato dispone:

“EL CONTRATANTE ejercerá el control de los trabajos y -las actividades del presente Contrato por medio de un Interventor. Este Interventor tendrá facultades para vigilar la ejecución del Contrato, a fin de que se cumpla lo dispuesto en los diseños, planos, memorias, cálculos y demás especificaciones técnicas que se señalan en este contrato”(se subraya).
194. De conformidad con la estipulación transcrita, el Interventor actúa entonces como representante del Contratante para vigilar la ejecución del Contrato y firmar el Acta de Recibo.
195. Desde esta perspectiva debe recordarse que el numeral 4º del artículo 260 del Código Civil establece que *“El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan”*. Dicha regla entonces implica que si el defecto en la ejecución de la obra podía ser percibido por el dueño y este

la recibe, se entiende que la acepta, a menos que se indique lo contrario. Como quiera que el Interventor obra a nombre del Contratante al suscribir el Acta, debe entenderse que todos los defectos que el Interventor pudo constatar y sobre los cuales no se hizo reservas al firmar el Acta se entienden aceptados.

196. Así las cosas considera el Tribunal que el interventor pudo constatar algunos de los defectos en los pavimentos, en la medida en que ellos se refieren a la forma como se construyeron.

197. A este respecto advierte el Tribunal que el perito Escobar Neuman expresa en su dictamen:

"Para O-TEK no era posible advertir la necesidad de estas obras, sobre la cual O-TEK no tenía ningún conocimiento, ni pudo hacer ninguna gestión adicional a la que de buena forma hizo, que fue incorporar en el seguimiento del proyecto un Interventor, la firma IA&C, que entre otras funciones tenía a su cargo la verificación del cumplimiento de los parámetros del diseño y de las especificaciones técnicas de las actividades.

Control que en el caso de las vías fue mal ejecutado, pues este no identificó de forma oportuna que el Constructor TNCC estaba desarrollando malas prácticas constructivas en la vía, asociadas fundamentalmente con la mala ejecución de la base de materiales granulares de la estructura de pavimento, y que ha determinado que Inteinsa valide que su estabilidad está comprometida y que esta debe ser reconstruida." (se subraya)

198. En esta medida debe considerarse que los errores que constituyen mala ejecución de la obra debieron ser conocidos por el Interventor.

199. Sin embargo lo anterior no significa que O-TEK no pueda reclamar por el incumplimiento por parte de TNCC a sus obligaciones, pues de conformidad con lo expuesto en el Informe de Inteinsa *"con las condiciones iniciales de diseño y ajustando el tránsito, según la condición real actual de la planta, se obtiene que; el pavimento no cuenta con la capacidad estructural suficiente para el tránsito que se circulará en el periodo de diseño"* (se subraya). Ahora bien, el interventor debía verificar que la obra se ejecutara conforme a los diseños, pero no era responsable de verificar que los diseños fueran correctos.

200. Por consiguiente, aún si el interventor se hubiera asegurado de que la obra se ejecutaba conforme a los diseños de TNCC, en todo caso los pavimentos no tendrían la capacidad estructural exigida. Lo anterior entonces acredita para el Tribunal que la negligencia en que pudo ocurrir el interventor no tuvo relevancia en la producción del daño y que la verdadera causa del mismo es el incumplimiento de sus obligaciones por TNCC.

1.1.1.4. De los perjuicios sufridos por O-TEK

1.1.1.4.1. Los perjuicios solicitados por la Demandante.

201. En el hecho cuadragésimo segundo, de la demanda integrada, la sociedad convocante manifiesta que, el presupuesto para llevar la estructura de la Planta a una condición de estabilidad, atendiendo a la alternativa de intervención propuesta por Inteinsa, asciende a la suma de \$2.725.346.629, por la repotenciación de la planta O-TEK, y, por la reconstrucción de la estructura de pavimento, \$ 1.329.036.605, para un total de \$ 4.054.383.234.

202. En los alegatos, la convocante señala que el presupuesto se ha realizado, “*con fundamento en las patologías encontradas por Inteinsa, las deficientes características de los materiales y las inadecuadas prácticas constructivas se plantearon por parte del consultor experto una serie de alternativas encaminadas a la reconstrucción de los pavimentos con el objetivo de que se ajusten a lo contractualmente establecido. Para efectos de sustentar las conclusiones técnicas, Inteinsa analizó tanto las alternativas de intervención y corrección de las patologías encontradas como las alternativas de reconstrucción de manera que la solución propuesta sea idónea y que los valores en los que se tenga que incurrir resulten razonables. En tal orden de ideas, se tiene que para recuperar la vía deberá realizarse la demolición de la losa existente y una excavación para, posteriormente construir una nueva estructura de pavimento.*”
203. En relación con el otro aspecto del presupuesto, es decir, la repotenciación de la obra, menciona que, una vez Inteinsa identificó las fallas estructurales de las edificaciones que componen la Planta de O-TEK, “*propuso una serie de alternativas de repotenciación con el fin de que las estructuras cumplan con la NSR-10. En relación con las alternativas geotécnicas consideró cuatro opciones, a saber: (i) Micropilotes; ii) pilotes hincados; (iii) pilotes preexcavados; y (iv) pilas. Posterior a estudiar las ventajas y desventajas de cada una de las opciones, recomendó ejecutar los pilotes preexcavados. En lo que tiene que ver con las alternativas estructurales evaluó 3 opciones: (i) Arriostramiento metálico; (ii) encamisado de concreto reforzado; y (iii) pantallas de concreto. Frente a esta alternativa recomendó ejecutar la primera opción y para la Planta de Producción sugirió implementar el aumento de secciones de concreto (encamisado en concreto reforzado). En igual sentido que la alternativa de reconstrucción de pavimentos, los peritos encargados de rendir la experticia afirmaron que las soluciones propuestas eran idóneas desde una perspectiva técnica y, además lograban mitigar la problemática estructural de la Planta.*”

1.1.1.4.2. La posición de las sociedades convocadas.

1.1.1.4.2.1. Por parte de Sura

204. En la contestación de los hechos trigésimo tercero a cuadragésimo segundo, de la demanda, referidos a la cobertura del amparo y realización del siniestro, y en concreto frente a los daños estimados por la convocante, según lo expuesto, la convocada Sura señala que, “*Adicionalmente, ninguna indemnización sería procedente por cuanto, NINGÚN DAÑO SE HA PRESENTADO, y no se sabe si se presentará, y, por lo tanto, ningún daño emergente se configura en favor de la sociedad demandante.*”
205. En los alegatos de conclusión reitera que, no se ha demostrado, si la planta tiene que ser repotenciada, “*pero si llegare a ser eso, no se ha demostrado en qué porcentaje de la planta tiene que ser repotenciada y, por lo tanto, ello deviene un perjuicio evidentemente eventual*”; señala que los perjuicios eventuales no se indemnizan y nada indica que se necesite repotenciar una planta por valor de 2.725 millones de pesos, y para indemnizar el daño futuro solo falta el paso del tiempo para que se materialice, situación que no se presenta en esta caso porque nada indica que la obra se debe repotenciar y además no se ha demostrado que la reconstrucción del pavimento sea necesaria como consecuencia del supuesto incumplimiento de las normas NSR-10.

1.1.1.4.2.2. Por parte de TNCC.

206. En términos generales, esta sociedad convocada resalta que no hubo incumplimiento por parte suya de las obligaciones contenidas en el contrato de obra suscrito con O-TEK, pues los trabajos con los que se corrigieron los asentamientos fueron avalados por el contratante de manera expresa con la suscripción del acta de liquidación, por cuanto los asentamientos se evidenciaron entre los meses de septiembre y noviembre de 2016 y los trabajos de refuerzo de los asentamientos se efectuaron en enero de 2017, siendo inclusive descritos en el numeral 2.6 informe final de supervisión técnica de la interventoría. Por tal razón, sostiene, no es posible que después de que se avalaron los refuerzos con lo que se corrigieron los asentamientos como actividad propia de la ejecución contractual, se pretenda por parte del convocante reclamar una supuesta estabilidad de obra, cuando en realidad lo que pretende reclamar hace parte de las propias obligaciones contractuales, las cuales ya se declararon plenamente cumplidas con la referida liquidación del contrato.
207. Destaca así mismo que, la edificación con el desgaste nominal, ha venido cumpliendo su función tanto estructural como operativa aún a pesar del incidente de asentamiento anómalo local ya mencionado, y se ha comportado acorde a los modelos predictivos del diseño original, incluso en los elementos no estructurales externos tales como pavimentos (no regidos por normatividad local alguna) y desarrollados bajo parámetros de diseño probados en cientos de miles de metros cuadrados de patios y vías industriales de igual o mayor demanda de uso. De igual manera menciona esta sociedad convocada que, la edificación ha sido inspeccionada en múltiples ocasiones por visitas previamente programadas y coordinadas con el Propietario (quién las ha acompañado), habiéndose entregado los respectivos informes de conformidad lo que ha mantenido la integralidad de la responsabilidad sobre la estabilidad resultante del esquema de diseño de construcción por parte del desarrollador físico TNCC.
208. Así entonces, recalca que, con base en lo anterior, queda claro que la edificación presenta las características y configuración idónea para atender las necesidades funcionales del propietario y para sobrevivir (en las condiciones establecidas por las normas regulatorias) eventuales eventos sísmicos según los parámetros establecidos para la zona en los estudios de Sismicidad específicos desarrollados por la norma ya mencionada, sin riesgo ni para el patrimonio del Propietario y menos aún para la vida de los usuarios del lugar (operarios, visitantes etc.).

1.1.1.4.3. Consideraciones del Tribunal.

209. Señala inicialmente el Tribunal que, a la responsabilidad contractual se llega, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones singulares y determinadas o deberes negociales por una de las partes, previamente acordados, de tal manera que surge para la otra el derecho a reclamar la prestación dejada de cumplir con los correspondientes perjuicios, según lo que el demandante, desde luego, haya solicitado.
210. De acuerdo con abundante jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema, *“para condenar a indemnización de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya*

*causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistentes*¹⁴.

211. Por supuesto que, en el campo del daño patrimonial, señala el artículo 1614 del Código Civil que “*entiéndese por daño emergente, el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento*
212. En términos generales, el daño emergente es la disminución que sufre el patrimonio de un sujeto a consecuencia de un hecho antijurídico en forma de pérdida, deterioro, menoscabo o extinción de bienes valorables pecuniariamente, es decir, la desmejora de una situación favorable, que en el caso de la responsabilidad contractual está soportado por las prestaciones dejadas de percibir, o mal ejecutadas, al paso que el lucro cesante es la frustración de un aumento del patrimonio por la pérdida de utilidades o de ganancias esperadas y que si se trata de prestaciones dinerarias está representado por los correspondientes intereses moratorios que esas sumas dejaron de rendir.
213. A este respecto es importante indicar que la determinación de los perjuicios debe realizarse, por supuesto, de acuerdo con las singulares circunstancias fácticas de cada situación según lo indica el artículo 1614 del Código civil ya mencionado, de tal manera que el juez debe proceder de forma sensata, para evitar registrar como daño indemnizable simples fantasías o ilusiones carentes de soporte, y sin duda alguna en este sentido la jurisprudencia se ha orientado en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de establecer la valuación pecuniaria de los perjuicios, haciendo particular énfasis en que “*procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido*¹⁵”
214. La jurisprudencia de la Corte, de igual forma, ha sido constante en sostener que, la concreción del lucro cesante, queda a la determinación racional del juez, “*pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas*”, como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que “*teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable (...)*¹⁶”

¹⁴ Cas. Civ. Sentencia de 13 de octubre de 1949

¹⁵ Cas. Civ. 4 de marzo de 1998, exp. 4921

¹⁶ Cas. civ. 28 de junio de 2000, exp. 5348

215. En el caso concreto sometido a la decisión del Tribunal, y habiendo quedado demostrado el incumplimiento por parte de TNCC, cabe señalar que el dictamen elaborado por la firma Inteinsa referido anteriormente, se ajusta a los requisitos establecidos por el artículo 232 del Código General de Proceso, según el cual, *“el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”*.
216. En efecto, en relación con la repotenciación de la obra, se dice en el dictamen que, con base en el informe “I-2696-PC-26-Rev0 Vulnerabilidad Planta Otek”, *“se presentó en detalle el análisis de vulnerabilidad para el edificio A, B y la planta. Uno de los principales hallazgos del estudio de vulnerabilidad, fue que la planta se encuentra cimentada sobre un suelo cuyo perfil sísmico es tipo E y por consiguiente, muchos elementos en los edificios A, B y la Planta, no cumplen y por consiguiente se requiere el reforzamiento de estas edificaciones. Se evaluaron básicamente dos alternativas para la repotenciación de los edificios A y B que se consideran que son viables, una alternativa con pórticos de acero arriostrados y otra con el aumento de secciones de los elementos que no cumplen. Para la bodega, en donde la alternativa de pórticos arriostrados no era factible se evaluó, además de la alternativa de aumento de secciones, unas pantallas en concreto reforzado, alternativa que tampoco se consideró viable por las implicaciones en la cimentación y la afectación de los elementos estructurales de la bodega. Desde el aspecto técnico, todas las alternativas cumplen con los requerimientos de la norma en cuanto a resistencia (índices de sobreesfuerzos menores a 1.0) y derivas. Desde el aspecto constructivo, los pórticos metálicos son los elementos más fáciles y rápidos de construir, ya que no implican perforaciones en los nudos, que tomarían mucho tiempo de realizar y que resultan muy complejos desde el punto de vista técnico, ni que los trabajos se realicen por dentro de la edificación, ni vaciados de concreto en volúmenes importantes. Desde el aspecto de funcionalidad en la estructura, la construcción del aumento de secciones implica que los trabajos se hagan dentro del edificio en un mayor período de tiempo, incomodando a los usuarios. Las pantallas de concreto también deben construirse por dentro, generando incomodidad y dificultad de acceso a las zonas, principalmente en el pórtico interno del eje B que debe ser repotenciado. Bajo este aspecto, también son los pórticos de acero, la mejor alternativa. Finalmente, desde el aspecto económico, la alternativa 3 (muros de concreto) es la más costosa, seguida por la alternativa 1 (pórticos arriostrados metálicos), y finalmente la alternativa 2 (aumento de secciones en concreto). Sin embargo, es necesario tener en cuenta que los costos analizados son únicamente de construcción, estos no miden el impacto en la comodidad de los usuarios de los edificios, lo cual impacta la productividad. Tampoco tiene en cuenta los sobrecostos debido a las demoras por la dificultad constructiva, factores que son importantes y que pueden modificar significativamente el valor de la alternativa 2.”*
217. En cuanto se refiere a la reconstrucción de la estructura de pavimento, en el informe de Inteinsa sobre la materia *“se plantean alternativas encaminadas a la reconstrucción de los pavimentos con el fin de que cumplan con las necesidades del proyecto, partiendo que el actual pavimento ya presentó un servicio de 6 años, las estructuras a diseñar se plantean para los años restantes de los 40 años de diseño propuestos en el informe inicial de pavimentos (2016)”*¹⁷.

¹⁷ Inteinsa, Evaluación de Palogias (sic) de los Pavimentos Rígidos Construidos en la Planta Otek Cartagena – Bolívar, p 62 del PDF. en adelante Informe de Evaluación de Patologías de Pavimentos

218. A tal efecto se plantea una alternativa denominada Estructura 1 que incluye la demolición de la losa existente y la excavación de un espesor de material granular para reemplazarlo por uno de prestaciones adecuadas para el proyecto. A tal efecto se propone incluir en el diseño 15.0 centímetros de material granular tipo Subbase clase A¹⁸. Señala que se obtiene “una estructura conformada por una losa de concreto hidráulico con módulo de rotura (Mr) de 3.9 MPa y espesor de 19.5 centímetros, apoyada sobre una capa de 15 centímetros de subbase granular Clase A con CBR≥ 40%, que a su vez estará apoyada sobre el granular existente (remanente), esta alternativa implica la demolición de la losa de concreto existente de 17.0 centímetros y la excavación de 17.5 centímetros de material granular existente”¹⁹.
219. Igualmente como alternativa se plantea una Estructura 2, con material estabilizado con cemento, en la cual se incluye la demolición de la losa existente y la excavación de un espesor de material granular. A tal efecto se propone incluir la estabilización de 15.0 centímetros de material granular existente estabilizado con cemento, con un diseño particular para obtener una resistencia a la compresión a los 7 días de 3.5 MPa²⁰. Se señala que se “obtiene una estructura conformada por una losa de concreto hidráulico con módulo de rotura (Mr) de 3.9 MPa y espesor de 16.5 centímetros, apoyada sobre una capa de 15.0 centímetros de material granular existente estabilizado con cemento, con un diseño particular para obtener una resistencia a la compresión a los 7 días de 3.5 MPa, este a su vez estará apoyada sobre el granular existente remanente, esta alternativa implica la demolición de la losa de concreto existente de 17.0 centímetros”²¹. También se hacen recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta en la modulación de juntas, como es el espaciamiento y los elementos de las mismas (barras de anclaje, dovelas, así las especificaciones de los materiales
220. En su dictamen el perito Escobar Neuman expresa que el estudio realizado por Inteinsa concluye que para recuperar sus propiedades, debe realizarse la demolición de la losa de concreto existente y una excavación de 17,5 cm para posteriormente construir una nueva estructura de Pavimento que se compone en su superficie de una losa de Concreto hidráulico con módulo de rotura de 3.9 MPa y 19,5 centímetros, apoyada en una capa de subbase granular de 15 cm, elementos que a su vez se apoyarán en los materiales remanentes. Así mismo calcula que el valor de dichas obras es de \$1.129.172.987²².
221. A la vista de estas conclusiones del Informe de Inteinsa no encuentra el Tribunal que se esté en presencia de un daño hipotético o eventual que impida su reconocimiento. Por sabido se tiene que el daño eventual o hipotético, es aquel que depende de acontecimientos imposibles de conocer antes de su realización. Por lo demás, según jurisprudencia constante de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana: “pretende el legislador restablecer el equilibrio aniquilado por el hecho lesivo y dejar al «sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño». Acreditada la responsabilidad civil, el juez «tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de

¹⁸ Informe de Evaluación de Patologías de Pavimentos, p. 65 del PDF

¹⁹ Informe de Evaluación de Patologías de Pavimentos, p. 66 del PDF

²⁰ Informe de Evaluación de Patologías de Pavimentos, p. 68 del PDF

²¹ Informe de Evaluación de Patologías de Pavimentos, 69 del PDF

²² Dictamen Escobar Neuman, p. 67 y 68

tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio». Todo, sin excederse, por cuanto la indemnización no es fuente de enriquecimiento». (SC 4703 de 22 de octubre de 2021)

222. En conclusión, el Tribunal encuentra demostrado el daño sufrido por la convocante, en el aspecto señalado, y con ello satisfecho uno de los requisitos necesarios para la declaratoria de responsabilidad civil.

1.1.2. Consideraciones sobre las excepciones formuladas por TNCC.

223. TNCC invoca como excepciones las de fuerza mayor, inexistencia de las obligaciones al estar suscrita el acta de liquidación, y prescripción, las cuales analiza a continuación el Tribunal.

1.1.2.1. La excepción de fuerza mayor.

1.1.2.1.1. Posición de las partes

224. En su Contestación, TNCC formuló la excepción de fuerza mayor para lo cual hizo referencia a la cláusula trigésima cuarta del Contrato que se refiere al caso fortuito y a la fuerza mayor.
225. A tal efecto señaló que existe fuerza mayor debido a la imprevisibilidad de la ocurrencia del daño que alega haber sufrido la convocante. Advierte que el origen de las supuestas fallas de la construcción se circunscribe al tipo de suelo sobre el cual se construyó la bodega, que es arcilloso con algunas especificaciones que requieren el desarrollo de estructuras especiales. Agrega que en su momento tal situación no fue identificada por ninguna de las partes a pesar de que se realizaron dos estudios de suelos. Destaca TNCC que actuó con buena fe y diligencia a pesar de lo cual no fue posible identificar la situación imprevisible del estado del suelo arcilloso.
226. Por su parte la Demandante expresa que no se encuentran reunidos los elementos para que prospere la excepción denominada por TNCC como “fuerza mayor”, por las siguientes razones: a) el incumplimiento de la NSR-10 se explica técnicamente a raíz de la errónea calificación del perfil del suelo por parte del diseñador contratado por TNCC, lo que llevó a que se ejecutara un diseño que en la práctica no garantizó una estructura estable que cumpliera con los lineamientos técnicos de la norma NSR-10; b) el daño fue generado por el incumplimiento de una serie de obligaciones pactadas en el Contrato, en consecuencia, no es dable afirmar que el hecho sea externo al agente, y c) por lo demás, es claro que la calificación del suelo no obedece a una situación que no pueda ser prevista con anterioridad, máxime si se tiene en cuenta que Inteinsa pudo acertar respecto de la tipología del suelo sobre el cual se construyeron las estructuras que componen la Planta O-TEK.

1.1.2.1.2. Consideraciones del Tribunal

227. De conformidad con el artículo 1º de la ley 95 de 1890 “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.

228. De esta manera, para que exista una fuerza mayor o un caso fortuito que exonere al deudor se requiere que exista un hecho imprevisto e irresistible. Adicionalmente la Corte ha señalado citando a Arturo Alessandri²³:

“Para que el caso fortuito o la fuerza mayor exima de responsabilidad, es menester que sea la causa única del daño. Si el caso fortuito sobreviene por culpa del agente, si éste lo provocó o contribuyó a producirlo, sea por acción o por omisión -como si estando obligado a tomar ciertas medidas que lo habrían evitado, no las tomó, - su responsabilidad subsiste íntegramente”.

229. Ahora bien, en el Contrato las partes estipularon reglas en torno a la fuerza mayor, a las cuales en cuanto no contravienen el orden público, debe atenerse el fallador.
230. A tal efecto en la cláusula trigésima cuarta del Contrato se dispone lo siguiente:

“TRIGESIMA CUARTA: CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR

“34.1. Las Partes serán eximidas del cumplimiento oportuno de obligaciones que estuvieren su cargo conforme a lo establecido en el presente contrato en cuanto se acredite que el incumplimiento tuvo como causa actos o hechos imprevistos, imprevisibles y/o irresistibles (caso fortuito— fuerza mayor), debidamente probados, así como cualquier otra circunstancia probada, no imputable a la voluntad de las Partes y que impida la ejecución del presente contrato.”

231. De esta manera, de conformidad con la estipulación contractual, para que la parte pueda invocar la excepción de fuerza mayor es necesario un hecho imprevisto e imprevisible, no imputable a la voluntad de las partes, y que impida la ejecución del contrato.
232. Desde esta perspectiva considera el Tribunal que la excepción no está llamada a prosperar porque lo que se ha encontrado acreditado es que la construcción no cumple con las normas de sismo resistencia, incluso si se considera que el perfil del suelo es tipo D, que fue el que se identificó en los estudios de suelo iniciales. Tal situación es distinta a los asentamientos diferenciales que señala TNCC.
233. Ahora bien, no se ha acreditado que existían circunstancias desconocidas e imprevisibles que impedían hacer un diseño sismo resistente teniendo en consideración el perfil de suelo que se había identificado en los estudios de suelos previos a la construcción.
234. A lo anterior se agrega que en relación con los pavimentos existieron deficiencias técnicas en los diseños y en la construcción de los mismos, es decir, que el incumplimiento es imputable al constructor por lo que la excepción no puede prosperar.

1.1.2.2. Inexistencia de obligaciones al estar suscrita el acta de liquidación

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de septiembre de 2015. Radicación No. 11001-31-03-024-2009-00429-01

1.1.2.2.1. Posición de las partes

235. Para fundar esta excepción la Demandada TNCC se refiere a los asentamientos diferenciales que se presentaron en la obra, a las causas de los mismos y a la medida adoptada por TNCC de construir micropilotes bajo su costo y riesgo. Señala entonces que tales trabajos fueron avalados por la suscripción del acta de liquidación. Agrega que la Demandante pretende reclamar una supuesta estabilidad de obra, cuando lo que reclama hace parte de las obligaciones contractuales, las cuales se declararon plenamente cumplidas con la liquidación del contrato.
236. En relación con lo anterior la Demandante señala que en la controversia sometida al Tribunal nada se discute en relación con los asentamientos diferenciales ni con la efectividad de los micropilotes para corregirlos. Agrega que el proceso se circunscribe a la obligación post-contratual de garantía a cargo de TNCC por virtud de la Ley y el Contrato, de suerte tal que la suscripción del acta de liquidación no impide que se reclame la estabilidad de la obra por incumplimiento de la NSR-10, la cual fue evidenciada después de la entrega.

1.1.2.2.2. Consideraciones del Tribunal

237. En relación con lo anterior considera el Tribunal pertinente referirse al Acta de Recibo de Obra y posteriormente al Acta de Liquidación.
238. En cuanto se refiere al Acta de Recibo de obra se debe reiterar que el incumplimiento de las normas de sismo resistencia no pudo ser apreciado al momento de suscribir el acta de recibo de la obra, pues para detectarlo era necesario hacer un estudio del suelo, de los diseños y de la construcción realizada. Fue por ello que O-TEK contrató a Inteinsa para que hiciera el estudio correspondiente.
239. Por consiguiente, si de conformidad con el artículo 2060 del Código Civil el recibo de la obra solo significa que la misma está “*exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte*” no se puede concluir que por la firma del Acta de Recibo de la obra se entiende que se cumplió con dichas normas.
240. A lo anterior se agrega que el incumplimiento de la norma de sismo resistencia da lugar a la falta de estabilidad, pues ante un sismo de cierta intensidad la construcción puede sufrir daños que puedan calificarse de ruina o amenaza de ruina. Desde esta perspectiva debe recordarse que de conformidad con el artículo 2060 del Código Civil ya citado, el recibo de la obra “*no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone*”, es decir por la garantía de estabilidad a cargo del constructor. Por consiguiente, la firma de un Acta de Recibo no impide reclamar por falta de estabilidad.
241. En relación con los pavimentos, como ya se analizó, existen algunos incumplimientos en la ejecución de la obra, los cuales pudieron ser detectados por el interventor; sin embargo, los mismos no tienen un papel causal en el resultado de la obra, pues aún si el interventor hubiera detectado los defectos en la construcción del pavimento y se hubiere ejecutado la obra conforme a los diseños de TNCC, el pavimento no tendría la capacidad estructural suficiente para el tráfico que circulará por el mismo, por razón de los defectos en el diseño de los mismos que señala Inteinsa y el perito Escobar Neuman, los que no podía establecer el interventor.

242. Por otro lado, en lo que se refiere al Acta de Liquidación, debe el Tribunal precisar que la situación no se modifica por razón de su suscripción.

243. En efecto, en el Acta de Liquidación las partes estipularon lo siguiente:

"EL CONTRATISTA declara que no tiene ninguna reclamación que hacer a EL CONTRATANTE, en virtud de la ejecución del contrato que por esta acta se liquida y sus respectivos otrosíes. En consecuencia ambas partes declaran que con los pagos que realizó EL CONTRATANTE y una vez recibido el pago del saldo del precio del contrato que se señala en este documento y este queda a paz y salvo por cualquier concepto derivado de las obligaciones contraídas en virtud del contrato entre ellas celebrado.

"EL CONTRATISTA continuará con la ejecución de los trabajos de posventa que se vienen realizando a la fecha y los que surjan con posterioridad a la presente firma, siempre que se encuentren dentro del periodo de garantía otorgado por EL CONTRATISTA."

244. En relación con lo anterior se aprecia, en primer lugar, que en dicho documento no se establece que el Contratista queda a paz y a salvo por cualquier concepto con la firma del Acta de Liquidación, sino que es el Contratante el queda a paz y salvo. A lo anterior se agrega que expresamente se señala que el Contratista continuará con la ejecución de los trabajos de posventa que viene realizando y los que surjan durante el período de garantía.

245. De esta manera, es claro que contrario a lo que afirma TNCC, el Acta de Liquidación no libera al Contratista de sus obligaciones y menos de los trabajos que debe realizar por incumplimiento de ellas.

246. No sobra además señalar que aun si se hubiera pactado expresamente una liberación de responsabilidad del Contratista, la misma no podría producir efectos pues sería una forma de evadir el cumplimiento de lo dispuesto expresamente por el numeral 4º del artículo 2060 del Código Civil.

247. Por lo anterior la excepción formulada no puede prosperar.

1.1.2.3. Prescripción.

1.1.2.3.1. Posición de las partes

248. En la contestación a la Demanda, TNCC expresa que como consecuencia de la construcción de los micropilotes se logró detener los asentamientos diferenciales y permitir la operación en la bodega. Agrega que varias de las reclamaciones de OTEK obedecen a obras de maquillaje y acabados y que otras se derivan de fallas de mantenimiento que debía hacer OTEK. Destaca que la bodega es 100% operativa, no se encuentra en riesgo de ruina y no tiene deformaciones en la estructura que permitan concluir que está mal construida o que los diseños no cumplen con la norma NRS del 2010.

249. Afirma que es claro que tanto el término de un año como el de tres años previsto como garantía del mantenimiento de la bodega se encuentran prescritos.

250. Por su parte, la Demandante señala que el régimen de prescripción aplicable al caso concreto es de 10 años desde la ocurrencia del hecho que origina la acción ordinaria, por lo que la prescripción no ha operado.

1.1.2.3.2. Consideraciones del Tribunal

251. En relación con lo anterior encuentra el Tribunal que las pretensiones que formuló la Demandante no se refieren a los asentamientos diferenciales, si no al hecho de que la construcción no cumple con las normas de sismo resistencia que le son aplicables, así mismo que los pavimentos presentan deficiencias por defectos en los diseños y en la construcción.
252. En esta medida, los primeros argumentos presentados por TNCC al formular la excepción, y que realmente no se refieren a la prescripción, no son procedentes, pues claramente las pretensiones de la Demandante no se fundan en los asentamientos diferenciales o en obras de maquillaje o acabados, sino en el hecho de que la construcción no cumple con las normas de sismo resistencia y el pavimento no cuenta con la capacidad estructural suficiente para el tráfico que circulará por el mismo en el período de diseño.
253. Por otra parte, en cuanto a la prescripción, es necesario distinguir dos fenómenos que son distintos: la prescripción de la acción para reclamar el incumplimiento de las obligaciones contractuales y la existencia de garantías.
254. En efecto, en caso de que el deudor no satisfaga su obligación el acreedor puede intentar una acción para solicitar que se declare el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato y se condene al deudor incumplido a pagar una indemnización por los perjuicios causados.
255. Por regla general la acción para reclamar el incumplimiento se sujeta a las reglas de la prescripción ordinaria, cuyo término comienza a contarse desde que se produce el incumplimiento.
256. Por consiguiente, en el caso de un contrato de construcción, el término para reclamar los perjuicios por el incumplimiento comenzará a correr a partir del momento en que el deudor debió entregar la obra terminada en las condiciones pactadas y no lo hace o entrega una obra que no cumple tales condiciones.
257. Otra cosa es la posibilidad de que existan garantías de calidad o de buen funcionamiento. Las garantías implican que durante el término de las mismas, el bien no presentará problemas de calidad o de buen funcionamiento y que si se producen fallas, quien garantizó por determinado tiempo la calidad o el buen funcionamiento, queda obligado a reparar la obra o a indemnizar los perjuicios. En tal caso, la acción correspondiente para reclamar dependerá de las disposiciones que rigen dichas garantías, y si la ley no establece un régimen especial, se aplicará el término de prescripción ordinaria a partir del momento que surge la obligación de reparar el defecto.
258. En el presente caso lo que se reclama es que la obra no se ejecutó conforme a lo pactado en el contrato y que presenta defectos de estabilidad. Ahora bien, desde la perspectiva de la prescripción es necesario distinguir las dos situaciones.
259. En el primer evento, esto es, que la cosa que se entrega no cumple las condiciones de calidad pactadas, el término para intentar la acción es el de la prescripción ordinaria el cual comenzará a correr a partir del momento en que se entregó la obra.

260. En el segundo evento, es decir, cuando se reclama por la garantía de estabilidad que consagra el numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil, debe recordarse que dicha garantía parte de la base que existe ruina o amenaza de ruina, por lo que será a partir de ese momento que comenzará a correr el término de la prescripción ordinaria.
261. Ahora bien, en estos dos eventos no encuentra el Tribunal que haya operado el término de prescripción.
262. Por ello se negará esta excepción.

1.1.3. La cláusula penal

1.1.3.1. Posición de las partes

263. En la pretensión segunda de la Demanda, la Demandante solicitó frente a la Demandada TNCC lo siguiente:

“2. Condénese a The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) a pagar a O-TEK el valor de la cláusula penal sancionatoria pactada en la cláusula trigésima primera del Contrato No. TNCC 283 de obra bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato.”

264. A tal efecto, la Demandante señaló que el valor de la cláusula penal equivale a \$1.731.628.233, pues el valor del Contrato fue de \$17.316.282.33. Agrega que de acuerdo con la cláusula, el pago de la pena no extingue la obligación de indemnizar, por lo que la cláusula penal pactada es sancionatoria.
265. TNCC en su contestación se opuso a las pretensiones de la Demandante.

1.1.3.2. Consideraciones del Tribunal

266. Al respecto encuentra el Tribunal lo siguiente:

267. La cláusula trigésima primera del Contrato establece:

“TRIGÉSIMA PRIMERA: CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA.

31.1 El Incumplimiento relevante e imputable de cualquiera de las Partes de la totalidad o de alguna o algunas de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a la Parte cumplida para exigir a título de pena el pago de la suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. En el evento de incumplimiento relevante, la Parte cumplida deberá dar aviso por escrito a la Parte incumplida para que dentro de los quince (15) días calendario siguientes proceda a cumplir lo que le corresponda. Si vencido este plazo se persiste en el incumplimiento, la Parte cumplida podrá exigir la suma antes pactada por la vía ejecutiva, sin necesidad de requerimiento ni constitución en mora, derechos éstos a los cuales renuncian las Partes con la suscripción del presente documento. Por el pago de la pena no se extingue la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente. La Parte cumplida podrá demandar bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo. En ambos casos, conjuntamente con el

cumplimiento o la resolución, tendrá derecho la Parte cumplida a pedir el pago de la pena y a reclamar los perjuicios que se hayan causado, tal como lo permiten los artículos 1546 y 1600 del Código Civil.” (se subraya)

268. De esta manera el Contrato prevé una cláusula penal para los casos de incumplimiento de la totalidad o de alguna de las obligaciones que de él nacen. Ahora bien, dispone el Contrato que para que haya lugar a la cláusula penal es necesario que la Parte cumplida dé aviso a la otra para que dentro de los quince (15) días calendario proceda a cumplir y en tal caso, si “se persiste en el incumplimiento, la Parte cumplida podrá exigir la suma antes pactada por la vía ejecutiva”.
269. Es de destacar que la cláusula pactada no corresponde a una en la que se estiman los perjuicios para el caso de incumplimiento, ni a una estipulación puramente sancionatoria, sino que tiene un propósito de apremio, en la medida en que tiene por objeto inducir al contratante a cumplir el contrato dándole la oportunidad de enmendar su conducta, caso en el cual la cláusula penal no operaría.
270. Por consiguiente, el requisito de que se avise a la parte incumplida para que subsane su incumplimiento, no tiene un carácter puramente formal, por lo que no es posible reclamarla sin haber cumplido con el requerimiento.
271. En esta medida está acreditado que se incumplió el contrato parcialmente, sin embargo no encuentra el Tribunal que se haya formulado un requerimiento a TNCC para que la misma cumpliera con las normas de sismo resistencia o que reparara o reconstruyera los pavimentos.
272. En esta medida como no se cumplió el requisito que estableció la estipulación contractual no es posible condenar al pago de la cláusula penal.
273. Por ello se negará esta pretensión.

1.2. PRETENSIONES FORMULADAS CONTRA SURA

1.2.1. La excepción de prescripción

274. Previamente a resolver el fondo de la controversia planteada en relación con la póliza de seguro de cumplimiento contratada, procede el Tribunal a decidir la excepción de prescripción formulada por SURA, toda vez que su eventual prosperidad haría innecesario el análisis de las pretensiones formuladas en contra de esa compañía aseguradora.

1.2.1.1. Generalidades sobre la prescripción

275. La prescripción, como mecanismo extintivo de las obligaciones, tiene como fin último la seguridad jurídica y el orden público, permitiendo la concreción de situaciones por el transcurso del tiempo cuando el titular del respectivo derecho ha dejado de ejercerlo. Así, son requisitos de la prescripción, (i) el paso del tiempo previsto en la ley para tal efecto y (ii) la inactividad de la persona en contra de quien prescribe el derecho²⁴.

²⁴ Artículo 2535 del Código Civil.

276. Sobre esta figura, la Corte Constitucional ha sostenido que: “*Ha sido universalmente aceptado que la causa que justifica el instituto de la prescripción de la acción, es sin duda, la seguridad jurídica y el orden público, pues el interés general de la sociedad exige que haya certeza y estabilidad en las relaciones jurídicas. Sin embargo, también se afirma que es la lógica consecuencia de la negligencia o inactividad de quien deba hacerla valer oportunamente, esto es, dentro del tiempo y condiciones que consagre la ley, -porque las acciones duran mientras el derecho a la tutela jurídica no haya perecido y ese derecho, generalmente, subsiste en tanto y en cuanto no se haya perdido por la inactividad del titular.*”²⁵
277. Al tenor del artículo 2539 del Código Civil, en concordancia con el artículo 94 del Código General del Proceso, la prescripción puede interrumpirse natural o civilmente; se interrumpe naturalmente cuando el deudor reconoce la obligación, ya sea expresa o tácitamente; se interrumpe civilmente cuando el titular del derecho inicia la acción contra del deudor incumplido, siempre que notifique el auto admisorio de la demanda en el plazo legal o, mediante el requerimiento escrito del acreedor a la parte pasiva de la obligación.
278. Adicionalmente, el término de prescripción podrá suspenderse con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, de conformidad con lo previsto, según el caso, por el artículo 21 de la ley 640 de 2001 o por el artículo 56 de la ley 2220 de 2022, y hasta la realización de la correspondiente audiencia, sin que esa suspensión se pueda extender por más de 3 meses.
279. Al respecto, es preciso resaltar que la interrupción del término de prescripción tiene como efecto la supresión del tiempo pasado o corrido, por lo que debe iniciarse el cómputo del término nuevamente; mientras que la suspensión, implica la no contabilización del tiempo por cierto lapso sin que se anule o no sea tenido en cuenta el tiempo transcurrido.
280. Por último, para que la prescripción genere su efecto extintivo, esta debe ser propuesta como excepción por el deudor so pena de tenerse por renunciada, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 282 del Código General del Proceso.

1.2.1.2. La prescripción en materia de seguros

281. El artículo 1081 del Código de Comercio regula el tema de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Dicha norma tiene previstas dos tipos de prescripciones, a saber, una ordinaria y una extraordinaria.
282. La primera de ellas tiene un término de dos años y corre contra aquellas personas que la ley denomina “*interesados*” (tomador, asegurado, beneficiario y asegurador) desde el momento en que éstos tuvieron conocimiento del hecho que da base a la acción o debieron tenerlo. Por su parte, la prescripción extraordinaria, es de cinco años, y se contabiliza desde el momento en que surge el respectivo derecho.
283. Evidentemente no se trata de términos que se puedan acumular, y en este caso concreto debe aplicarse la prescripción ordinaria, atendiendo la calidad de asegurado y beneficiario de las que goza el O-TEK en la póliza.

²⁵ Sentencia C-597 de 21 de octubre de 1998.

1.2.1.3. El caso concreto

284. Sostiene la aseguradora que en el presente caso el fenómeno de la prescripción se configuró el 8 de septiembre de 2018 en razón a que los hechos que dan base a la acción fueron conocidos en el comité de obra semanal número 25 del 8 de septiembre de 2016, cuando se evidenciaron los asentamientos diferenciales de la estructura. Agrega que, incluso, si dicho término se contara desde el 6 de febrero de 2017, fecha de entrega de la obra, la prescripción igualmente se habría configurado, por lo cual la interrupción alegada por la demandante con la presentación del escrito de 11 de septiembre de 2020, no pudo haber operado, pues el fenómeno extintivo ya había acaecido.
285. Sobre el particular, es importante resaltar que, de conformidad con el certificado número 12310262 de la póliza de cumplimiento número 1572383-3, las partes acordaron ajustar la vigencia del amparo de estabilidad de la obra en el sentido de que este operaría a partir del 1 de noviembre de 2017 y hasta el 1 de noviembre de 2020.
286. Significa lo anterior que, si el amparo inició su vigencia el 1 de noviembre de 2017, mal podría concluirse que el término de prescripción de la acción comenzó a correr desde el 8 de septiembre de 2016 o desde febrero de 2017, como lo plantea la aseguradora, por la sencilla razón de que para ese momento ni siquiera había asumido ese riesgo y por lo tanto no podía nacer acción en su contra, por lo menos en cuanto a tal cobertura se refiere.
287. Ahora bien, teniendo en cuenta que el análisis de las pruebas documentales pone en evidencia que fueron varios los daños por los que se reclamó a la Compañía Aseguradora, a efectos de establecer si la acción que aquí se ejerce se encuentra prescrita o no, lo primero a determinar es en qué consiste el daño o los daños cuya indemnización se reclama en la demanda.
288. Revisadas las pretensiones de la convocante, en concordancia con el capítulo F de los hechos de la demanda, y con el alegato de conclusión, se puede establecer que los siniestros reclamados por O-Tek consisten, en síntesis, (i) en la falta de cumplimiento de las especificaciones de seguridad señalas en la norma NSR-10 y (ii) en la deficiente estructura de los pavimentos rígidos de las vías de acceso.
289. Corresponde entonces a continuación, para efectos de aplicar lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, determinar la fecha o las fechas en las que la convocante conoció o debió tener conocimiento de esos hechos, para comenzar a contabilizar desde ese o esos momentos, el término de prescripción de dos años que le resulta aplicable por ser la beneficiaria de la póliza.
290. El relato contenido en los hechos trigésimo tercero a cuadragésimo octavo de la demanda, y las pruebas documentales en que ellos se soportan, le permiten concluir al Tribunal que con ocasión de los asentamientos presentados en las construcciones entregadas, la actora contrató a la firma Inteinsa, para que inicialmente hiciera un diagnóstico de lo ocurrido, el cual fue entregado en su versión definitiva el día 5 de febrero de 2021, como consta en el documento denominado “R. *Informe Final Diagnóstico*” de la carpeta “25.1. Anexos *Informes Diagnóstico Inteinsa*” de los documentos aportados con la demanda.
291. En el capítulo de conclusiones de ese informe la mencionada firma registró que “la Planta O-Tek se encuentra estable y que las repotenciaciones han sido funcionales sin considerar

- un escenario de cargas sísmicas, ni empujes hidrostáticos asociados al taponamiento de drenes (ver numeral 9.3) para los cuales los factores de seguridad de la cimentación calculados no son satisfactorios de acuerdo con la normatividad.”
292. En ese sentido, el hecho relativo al no cumplimiento de las normas de sismo resistencia, que constituye el primer reclamo de la demanda, fue conocido por la convocante el 5 de febrero de 2021, fecha a partir de la cual debe contabilizarse el término de dos años contemplado en el ya citado artículo 1081 del Código de Comercio.
293. No es de recibo el argumento de la aseguradora relativo a que la convocante conoció los hechos en septiembre de 2016 por cuanto, como se indicó, el objeto de este litigio no es el daño por los asentamientos, situación que, como se describe en el informe antes citado, se encontraba estable como consecuencia de las obras correctivas que se habían realizado.
294. Así las cosas, teniendo en cuenta que solo con el segundo de los informes presentado por Inteinsa el 5 de febrero de 2021, O-Tek pudo conocer el daño consistente en el no cumplimiento de la norma NSR-10 que pone en riesgo la estructura, el término de prescripción de la acción contra la aseguradora, derivada de tal hecho, comenzó a correr al día siguiente en que tal informe se dio a conocer y se habría configurado el 5 de febrero de 2023 de no ser porque el 18 de agosto de 2022 se presentó la demanda que aquí nos ocupa, con lo cual es claro que respecto de este reclamo la excepción no puede prosperar.
295. En cuanto al segundo de los hechos que da lugar a la solicitud de afectación del amparo de estabilidad, esto es, la deficiente estructura de los pavimentos rígidos, el Tribunal encuentra que tales problemas eran conocidos por O-Tek, por lo menos, desde el informe preliminar realizado por Inteinsa el 21 de agosto de 2019, pues en dicho documento se dejó un registro fotográfico de tales defectos, y se recomendó para ello sellar las fisuras en las losas de concreto “*con el fin de que el agua no penetre dentro de la estructura de pavimento*”²⁶.
296. Así las cosas, mientras la falta de cumplimiento de la norma NSR-10 era un problema que no era evidente ni siquiera para ojos expertos como lo indicó el perito Escobar Neuman²⁷, las fallas en el pavimento rígido sí fueron conocidas por O-Tek, por lo menos desde el 21 de agosto de 2019, fecha a partir de la cual deberá contarse el término prescriptivo.
297. Obra en el expediente, comunicación de fecha 10 de septiembre de 2020, que según el hecho vigésimo noveno de la demanda no controvertido en ese punto por Sura, fue radicada el día 11 de ese mes y año, en la que O-Tek solicitó a la aseguradora el pago de la suma de \$800.000.000 como consecuencia del deterioro prematuro de las placas de concreto de las vías de acceso. Constituye tal comunicación una reclamación del acreedor al deudor con la virtualidad de interrumpir el término de prescripción, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 del Código General del Proceso, y por esa razón el plazo prescriptivo comenzó a correr para ese evento a partir del 12 de septiembre de 2020.
298. En paralelo a esa reclamación, igualmente el 11 de septiembre de 2020, O-Tek presentó solicitud de conciliación extrajudicial cuya audiencia fue llevada a cabo tres meses

²⁶ Páginas 73 y 74 del informe preliminar.

²⁷ Página 92 del dictamen.

después, el 11 de diciembre de ese año, como consta en el acta de no acuerdo aportada como prueba con la demanda.

299. Por lo anterior, considerando la interrupción del término con ocasión de la reclamación de 11 de septiembre de 2020, y la suspensión del plazo por el lapso de tres meses, desde la presentación de la solicitud de conciliación hasta la realización de la audiencia, se tiene que el fenómeno extintivo se habría configurado el 11 de diciembre de 2022 de no ser porque la demanda se presentó, como ya se indicó, el 18 de agosto de ese año, antes de que aquel se configurara.
300. Corolario de lo anterior es que la acción que aquí se analiza en contra de la aseguradora no se encuentra prescrita y por lo tanto el Tribunal no encuentra probada la excepción y así lo declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

1.2.2. Análisis de las pretensiones en contra de Suramericana

301. Procede el Tribunal a continuación a resolver las peticiones formuladas en contra de la Compañía de Seguros demandada, consignadas en el literal A) del capítulo de pretensiones, y las cuales dependen de la prosperidad de la pretensión primera de la demanda en la que, en síntesis, se solicita la afectación del amparo de estabilidad de obra. El texto de esa pretensión es el siguiente:

“Declárese que Seguros Generales Suramericana S.A. se encuentra obligada a pagar a favor de O-TEK la indemnización de los perjuicios generados con ocasión de la realización del riesgo asegurado en el amparo de estabilidad de la obra contenido en la póliza No. 1572383-3, donde ostenta la calidad de asegurado y beneficiario OTEK.”

302. Para resolver esa pretensión, corresponde en primer lugar analizar cuál es el riesgo cubierto por el amparo de estabilidad de obra, a efectos de establecer si los hechos alegados por la convocante como constitutivos de siniestro se enmarcan dentro de lo acordado por las partes respecto de esa cobertura.
303. En la sección primera de las condiciones generales de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares No. 1572383-3, las partes precisaron el contenido y alcance de cada uno de los amparos. En relación con aquel contratado para cubrir los riesgos de estabilidad de la obra, se acordó lo siguiente:

“5. amparo de estabilidad de la obra a partir de la entrega de la obra a satisfacción, el presente amparo cubre a la entidad contratante contra el daño emergente derivado del deterioro y/o daño, imputable al contratista, que sufra la obra en condiciones normales de uso y mantenimiento y que impida el servicio para el cual se ejecuta.

la estabilidad de la obra se determinara de acuerdo con el estudio de suelos, planos, proyectos, seguridad y firmeza de la estructura, entre otros.”

304. Recordemos que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1056 del Código de Comercio, la aseguradora tiene la facultad legal de asumir todos o algunos de los riesgos y para ese efecto, le está permitido delimitar el alcance del riesgo que asume aplicando criterios de objetividad, temporalidad y localidad, entre otros.

305. Precisamente en desarrollo de esa facultad, es que las Compañías Aseguradoras incorporan a sus pólizas unos amparos y unas exclusiones que interpretados en conjunto con las condiciones particulares de la póliza, se constituyen en el marco de cobertura del riesgo, y al cual deben estar tanto los contratantes como el Juez.
306. En el presente caso, para la efectividad del amparo de estabilidad de obra se acordó la concurrencia de las siguientes condiciones: (i) que la obra se hubiera entregado a satisfacción, (ii) que, en condiciones normales de uso, se haya generado a la obra un deterioro o daño, imputable al contratista, y que (iii) ese daño impida el servicio para el cual se construyó, requisitos que el Tribunal procede a estudiar a continuación:

1.2.2.1. Que la obra se haya entregado a satisfacción

307. Reposa en el expediente, el acta de recibo final de obra de fecha 6 de febrero de 2017²⁸ en la cual el interventor deja constancia de recibo de las obras entregadas por TNCC y, en su anexo, el listado de aquellos trabajos pendientes de ejecutar. También se allegó como prueba el acta de liquidación del contrato de fecha 1 de noviembre de 2017²⁹ la cual, conforme a lo previsto en la cláusula 10.5 del contrato, debía suscribirse dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha de recibo definitivo de las obras. Estos documentos ponen en evidencia que el primero requisito exigido por el amparo se encuentra cumplido.

1.2.2.2. Que se haya generado un daño o deterioro

308. En este punto el Tribunal encuentra acreditado el daño causado al asegurado, por las consideraciones expuestas en los párrafos 0 y siguientes de este laudo. A este respecto, vale la pena destacar que es claro que si en este momento la Demandante pretendiera vender su inmueble tendría que revelar que el mismo no cumple con las normas de sismo resistencia, razón por la cual el valor comercial que dicha construcción podría tener originalmente se ve reducido en un monto equivalente al valor de las obras necesarias para lograr que el inmueble cumpla con dichas disposiciones.

1.2.2.3. Que el daño impida el servicio de la obra

309. El análisis de varios de los testimonios rendidos dentro del proceso, permite concluir que la planta construida por O-Tek se encuentra en funcionamiento desde que fue entregada, sin que ninguno de los declarantes haya informado que las labores que se realizan dentro de ella se encuentren suspendidas, o lo hayan sido por razón de los problemas constructivos alegados en la demanda.
310. Así por ejemplo el señor Alberto Ulrico Aschner Montoya indicó en su declaración que “*se empezó a presentar unos asentamientos no esperados en un punto muy específico de la construcción, lo que nos obligó a profundizar los estudios de suelos y demás, para identificar cuál era la problemática, encontrándose un vicio oculto en el terreno que nos obligó a tomar medidas correctivas y hacer una serie de actuaciones de ingeniería para hacer la corrección y terminar en forma satisfactoria la obra y... que está hoy en día en funcionamiento. (...)APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA, SURA. PREGUNTADO: El ingeniero manifestó, ingeniero Alberto, que usted hizo una visita reciente a la planta, y*

²⁸ Archivo 7 aportado con la demanda.

²⁹ Archivo 8 aportado con la demanda.

simplemente -le quiero preguntar (falla de grabación)- que le diga al Tribunal si usted observó directamente si la planta estaba o no en funcionamiento. CONTESTÓ: Sé que estaba en funcionamiento y que la estructura estaba en muy buenas condiciones, de acuerdo a lo esperado.”

311. Por su parte, el señor Juan Carlos Lorduy señaló “*EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA, SURA. PREGUNTADO: Ingeniero, usted en una respuesta anterior manifestó que hicieron varias visitas a la obra, ¿usted, por favor, le puede informar a este Tribunal si en las distintas visitas realizadas constataron si la planta estaba en funcionamiento o no? CONTESTÓ: La planta tenía una operación, vimos que tenía una operación; ahora, el alcance y el contexto de la misma, y si era o no conforme a la actividad comercial de O-TEK en su plenitud, la verdad no (...)*”.
312. El señor Wilson Javier Gómez a la misma pregunta respondió “*Hay unos temas..., de pronto, los pavimentos, hay una parte en los pavimentos, en la parte externa, en la operación ya logística, donde hay ya un deterioro bastante, que ese sí se nota mucho. Lo que es en la..., digamos, en la estructura, en la parte ya estructural, no hay en este momento..., no se ha generado, pues, ningún problema que impida el deterioro, por las condiciones, pues, normales; en este momento la planta está operando normal, y si alguien va, la planta está operando, pero no hay ningún elemento, pues, que te diga que no puede operar. Pero la parte de pavimentos (...) que se va a ir deteriorando con el tiempo, y el tráfico de tractomulas y de camiones se podría ver afectado.*”
313. El testigo Kevin Gonzalo Girón por su parte afirmó que verificó que de los informes que le presentaban los demás compañeros de geotecnia, así como las fotografías y videos tomados por el ingeniero Luis Horacio Rodríguez pudo verificar que la planta estaba en funcionamiento, así “*PREGUNTADO: Ingeniero Kevin, ¿usted le podría informar a este despacho si usted visitó físicamente la planta? CONTESTÓ: No, señor. PREGUNTADO: No la... Para... En el documento denominado 'Evaluación de patologías de los pavimentos rígidos construidos en la planta O-TEK. Diciembre 2021', en el cual aparece como 'elaborador' usted, ¿no era necesario hacer una visita a la planta, directamente por quien lo elaboró? CONTESTÓ: No, señor; no era necesario porque la persona que revisa el documento posterior es el ingeniero Luis Horacio, y él sí realizó una visita en campo, entonces, yo me baso en la información que me suministran los otros compañeros que realizaron la exploración geotécnica, la evidencia fotográfica, filmica, que se tiene de la visita de campo por el ingeniero Luis Horacio y, en base en eso, genero el documento con las conclusiones. La siguiente revisión, después de que el documento sale por mí, la realiza el ingeniero Luis Horacio, que sí realiza la visita en campo y que tiene mucho más conocimiento de cómo estaba la situación en el momento en el proyecto. PREGUNTADO: Ok. ¿El ingeniero Luis Horacio, o por algún otro documento, usted verificó que la planta estaba en funcionamiento? CONTESTÓ: Sí, señor; se evidenció que estaba en funcionamiento desde el registro fotográfico donde se observaban vehículos que estaban en movimiento y que estaban ingresando carga en ese momento.*”
314. A su turno, el ingeniero Luis Horacio Rodríguez Mejía, que elaboró los informes y tomó los videos y fotografías sobre los cuales el testigo Girón dio su respuesta, indicó “*Ok. Por favor, informe si el 15 de septiembre del 2021 usted verificó..., pudo observar que la planta de O-TEK estaba o no en funcionamiento. CONTESTÓ: ¿Estaba o no estaba en funcionamiento? PREGUNTADO: Pues, ¿usted qué vio?, ¿estaba funcionando o no? CONTESTÓ: Pues no tengo mucho conocimiento de cuál es el funcionamiento concreto de la planta, pero*”

pensaría que sí, pues, porque por lo menos había pues personal y demás en las oficinas, pero no sé si ese es el funcionamiento concreto de la planta porque no lo conozco, pero sí había personal en las oficinas.”

315. El declarante Manuel Alejandro Osorio Vásquez ilustró al Tribunal de la siguiente manera “*PREGUNTADO: Ingeniero, por favor, infórmeme a este Tribunal si en cada una de las fechas en que usted personalmente realizó las visitas, la planta de O-TEK estaba en funcionamiento. CONTESTÓ: Sí, sí, estaba en funcionamiento.”*
316. Por su parte, el perito Luis Ernesto Escobar Neuman, señaló: “*APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA, TNCC: Entonces... Gracias. Me gustaría preguntarle, ingeniero, si por estas razón es que O-TEK continúa..., o sea, O-TEK continúa con el funcionamiento de la planta de la bodega construida sin mayor contratiempo, ¿es correcto? EL PERITO, ESCOBAR NEUMAN: Bueno, hasta donde nosotros analizamos, porque entienda que el corte de nuestro documento fue en agosto de 2022, la fábrica estaba en funcionamiento, evidentemente (...).*”
317. El anterior recuento procesal pone en evidencia que varios de los testigos pudieron comprobar que el inmueble se encuentra en funcionamiento, conclusión que no aparece infirmada por ninguna otra prueba, lo cual otorga suficiente convicción al Tribunal respecto de esa circunstancia.
318. En ese orden de ideas, y atendiendo al tercer requisito estipulado en la póliza para que la cobertura de estabilidad de la obra pudiese hacerse efectiva, el Tribunal debe concluir que el mismo no se encuentra acreditado, razón por la cual, a pesar de la ocurrencia del daño, por expreso acuerdo de las partes, no se encuentran configuradas todas las condiciones para la efectividad del amparo aquí estudiado, lo cual conlleva a que no pueda accederse a la pretensión primera de la demanda, y como consecuencia de ello a las todas las demás pretensiones formuladas en contra de la Compañía de Seguros.
319. Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda en contra de SURA no prosperan por sí solas, el Tribunal se abstendrá de analizar las demás excepciones propuestas por esa compañía Aseguradora.

V. Determinación del monto de los Perjuicios

320. En su demanda la Demandante solicitó que se condenara a TNCC a pagar los perjuicios y gastos incurridos por la Demandante en exceso de la suma asegurada en el amparo de estabilidad. Así mismo solicitó:

“4. De manera subsidiaria y en el evento en que no se profiera condena en contra de Seguros Generales Suramericana S.A., Condéñese a The New Commercial Company S.A.S. (TNCC) a pagar a O-TEK la totalidad de los perjuicios a ella causados y que se acrediten en el proceso con ocasión del incumplimiento del Contrato No. TNCC 283 de obra bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable, imputable a aquella, por valor de cuatro mil cincuenta y cuatro millones trescientos ochenta y tres mil doscientos treinta y cuatro pesos \$4.054.383.234 y/o el mayor valor que resulte probado en el proceso.”

321. Como quiera que las pretensiones de la Demandante contra SURA no prosperan y en la medida en que el Tribunal en otro aparte de este Laudo ha concluido que están acreditados

los supuestos para establecer la responsabilidad civil de la Demandada O-TEK, incluyendo la existencia del daño, debe entonces el Tribunal determinar el monto de la indemnización correspondiente.

322. Desde esta perspectiva, en cuanto a los costos correspondientes al incumplimiento de las normas de sismo resistencia, el Informe “*Alternativas De Repotenciación Planta Otek Sede Cartagena*” de Inteinsa evalúa tres alternativas³⁰ y concluye que para los edificios A y B la alternativa que genera los menores tiempos de construcción, la más alta facilidad constructiva y la menor incomodidad para los usuarios de las estructuras, es la de los pórticos metálicos arriostrados, la que desarrolla para los edificios A y B³¹. Por otra parte considera que para la bodega o Planta la mejor alternativa es el aumento de las secciones³². Igualmente para la repotenciación de la fundación considera que lo mejor es hacer cimentaciones profundas alrededor de las columnas de los edificios a través de pilas.
323. Por otra parte, en lo que se refiere a los pavimentos, el Informe de Inteinsa concluye que debe demolerse la losa de concreto y hacer una excavación de 17,5 cm para posteriormente hacer una nueva estructura.
324. En cuanto al costo de repotenciación de la planta, Inteinsa en su informe de *Alternativas de Repotenciación Planta Otek Sede Cartagena*³³ calcula un valor de \$1.879.030.171 al año 2021³⁴. El perito Escobar Neuman³⁵ adopta las conclusiones de Inteinsa, actualiza los valores a julio del 2022, y le agrega un porcentaje de imprevistos y administración por O-TEK, lo que arroja un total de \$2.725.346.629.
325. En cuanto a la reconstrucción de pavimentos, Inteinsa concluye que el valor es de \$981.889.553. Ahora bien, el ingeniero Escobar Neuman³⁶ adopta las conclusiones de Inteinsa, actualiza el valor a julio de 2022 y le agrega imprevistos y administración para obtener un monto de \$1.329.036.605.
326. La suma de estos dos rubros es de \$4.054.383.234 que es el valor que reconocerá el Tribunal.

VI – CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

327. Conforme a lo señalado al final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal observa que a lo largo del proceso las partes y sus apoderados obraron conforme a los principios de transparencia, lealtad procesal y buena fe, y con apego a las prácticas de buena conducta procesal, motivo por el cual no hay lugar a la deducción de indicios en su contra.

VII. – JURAMENTO ESTIMATORIO

³⁰ Alternativas de repotenciación Planta Otek, p 37 y s.s.

³¹ Alternativas de repotenciación Planta Otek, p 40

³² Alternativas de repotenciación Planta Otek, p 40

³³ Alternativas de repotenciación Planta Otek p 82

³⁴ Alternativas de repotenciación Planta Otek p 85

³⁵ Dictamen de Escobar Neuman p 64 y 65

³⁶ Dictamen de Escobar Neuman p 67

328. El artículo 206 del Código General del Proceso establece la obligación de realizar el juramento estimatorio a cargo de quien “*pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras*” y prevé entre sus consecuencias unas sanciones, las que según se indicó en el informe de ponencia del proyecto en el Congreso de la República y ha destacado la Corte Constitucional buscan “*desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias*”.
329. A tal efecto el Código establece que “*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada*” (inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014). Agrega el parágrafo del mismo artículo que “*También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas*”.
330. De esta manera, la imposición de sanciones procede en dos casos: cuando “*la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada*”, o cuando se niegan “*las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios*”. En la medida en que norma es sancionatoria es claro que su interpretación es restrictiva y no procede la aplicación de sanciones en otros supuestos.
331. Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que en el presente caso si bien se impone una condena a TNCC, se niegan las pretensiones frente a SURA. Ahora bien, la decisión en relación con SURA no obedece a que no se haya demostrado el perjuicio reclamado, sino al hecho de que el Tribunal concluyó que no se cumplieron las condiciones establecidas en el contrato de seguro para que surgiera la obligación a cargo de la aseguradora.
332. Por lo anterior, es claro que no proceden las sanciones previstas por la ley en relación con el juramento estimatorio.

VIII – COSTAS

333. En cuanto a costas, el artículo 365 del Código General del Proceso establece, en lo pertinente, lo siguiente:

“*Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso,*

“*..*

“*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

“7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.”

334. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso para efectos de la condena en costas debe tomarse en consideración la posición de la Demandante y de cada una de las Demandadas por separado.
335. Si bien la Demandante inicialmente pagó los honorarios y gastos del proceso, durante el trámite del mismo se acreditó que las Demandadas le reembolsaron lo pagado por los montos a su cargo.
336. Por lo anterior, el Tribunal partirá de la base de que cada una de las demandadas pagó la mitad de las sumas a cargo del extremo convocado.
337. Así las cosas, para efectos de las costas encuentra el Tribunal que las pretensiones de la Demanda Reformada prosperan parcialmente en contra de la demandada TNCC. En efecto prosperan las pretensiones en las que se solicita el pago de los perjuicios, pero no aquella en que solicitó se le condenara al pago de la cláusula penal. Es decir, que prospera el 65,5% de las pretensiones pecuniarias formuladas por la Demandante frente a TNCC, por ello concluye el Tribunal que debe condenar a TNCC a reembolsar a la Demandante el 65,5% de las sumas que esta última pagó por concepto de honorarios y gastos. Esto es, la suma de \$ 148.018.737. Igualmente, se le condenará, por concepto de agencias en derecho la suma de \$ 60.816.696, valor que se acompaña con el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, para un total de \$ 208.835.434 a favor de O-TEK y en contra de TNCC.
338. Por otra parte, las pretensiones formuladas por la Demandante frente a SURA no prosperan, por consiguiente, la Convocante debe reembolsar a SURA el valor pagado por ella por concepto de honorarios y gastos, esto es la suma de \$ 112.991.402,79. Igualmente, se le condenará, por concepto de agencias en derecho la suma de \$ 46.424.959,16, valor que se acompaña con el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, para un total de \$ 159.416.361 a favor de SURA y en contra de O-TEK.

IX – DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, el Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias surgidas entre **O-TEK CENTRAL S.A.S.**, como convocante y parte demandante, y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S.**, como convocadas y parte demandada, decidiendo en derecho, en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

A. Sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas en las contestaciones

A.1. Las pretensiones en contra de TNCC

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones formuladas por THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. (TNCC)

SEGUNDO: Declarar que THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. (TNCC) incumplió el Contrato de obra No. TNCC 283 bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable celebrado con O-TEK CENTRAL S.A.S., en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO: Condenar a THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. (TNCC) a pagar, a O-TEK CENTRAL S.A.S. los perjuicios a ella causados por razón del incumplimiento del Contrato de obra No. TNCC 283 bajo la modalidad de precio global fijo no reajustable, imputable a aquella, por valor de \$4.054.383.234, monto que se deberá pagar a O-TEK CENTRAL S.A.S., una vez ejecutoriado el presente Laudo.

CUARTO: Negar la pretensión segunda formulada por O-TEK CENTRAL S.A.S. contra THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. (TNCC), en la que se solicita condenar a esta al pago de la cláusula penal.

A.2. Las pretensiones en contra de SURA

QUINTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

SEXTO: Negar las pretensiones formuladas por la Demandante contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

B. Sobre las costas del proceso

SÉPTIMO: Condenar a THE NEW COMMERCIAL COMPANY S.A.S. a pagar a O-TEK CENTRAL S.A.S. la suma de \$ 208.835.434 por concepto de costas y agencias en derecho.

OCTAVO: Condenar a O-TEK a pagar a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. la suma de \$ 159.416.361 por concepto de costas y agencias en derecho.

C. Sobre los aspectos administrativos

NOVENO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y del secretario, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

DÉCIMO: De conformidad con el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, el Presidente procederá a realizar la correspondiente liquidación de gastos y a rendir cuenta razonada de los mismos, restituyendo a las partes, en las proporciones que a cada uno corresponda, los remanentes a que hubiere lugar.

UNDÉCIMO: Ordenar que en la oportunidad que corresponda se proceda al archivo del expediente digital en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

DUODÉCIMO: Ordenar que, por secretaría, se haga entrega a cada una de las Partes de ejemplar auténtico de este Laudo.

Este Laudo se notifica en audiencia y se suscribe con firmas escaneadas de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.


JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Árbitro Presidente


JORGE SANTOS BALLESTEROS
Árbitro


ANTONIO PABÓN SANTANDER
Árbitro


MATEO POSADA ARANGO
Secretario