

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO DE CONALTURA LA PROMOTORA S.A. CONTRA
CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA**

AUDIENCIA DE FALLO ARBITRAL

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de 2010.

A las once de la mañana (11:00 a.m.), en las dependencias del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, se reunió el Tribunal de Arbitramento que dirimirá las diferencias surgidas entre la sociedad **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** y la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA**, con el objeto de proferir el laudo arbitral que pondrá fin a la presente litis.

Asistieron además a la audiencia: Por la parte convocante, la apoderada arbitral, doctora **DIANA LUCÍA BARRIENTOS GÓMEZ**, y por la llamada en garantía, el apoderado principal doctor **JULIO CÉSAR YEPES RESTREPO**.

El secretario del Tribunal dio lectura de las consideraciones más relevantes del laudo y de su parte resolutive conforme a lo dispuesto por el artículo 154 del decreto 1818 de 1998.

Acto seguido, se hizo entrega de las siguientes copias auténticas del laudo:


- 1) Al Dr. **JULIO CÉSAR YEPES RESTREPO**, apoderado del tercero llamado en garantía, primera copia, con mérito ejecutivo.
- 2) A la Dra. **DIANA LUCÍA BARRIENTOS GÓMEZ** apoderada de la parte convocante - reconvenida, segunda copia, sin mérito ejecutivo.

A la parte convocada - reconviniente se le dejara a su disposición copia auténtica del presente laudo, sin mérito ejecutivo, en la secretaría de la sede del Tribunal de Arbitramento.

Finalmente el Tribunal de arbitramento fija el **día jueves dos (2) de diciembre de 2010 a las 4:00 p.m.** para resolver las posibles solicitudes de aclaraciones, corrección o complementación del laudo arbitral que llegaren a presentar las partes, en caso de no formularse ninguna de éstas, dicha audiencia no se llevaría a cabo.

Todo lo decidido queda notificado en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 12:10 p.m. y se firma por los que en ella intervinieron.


JUAN MANUEL FERNÁNDEZ V.
Presidente


LEONARDO URIBE CORREA
Árbitro



FERNANDO OSSA ARBELAEZ
Árbitro



DIANA LUCÍA BARRIENTOS GÓMEZ
Apoderada Convocante



JULIO CÉSAR YEPES RESTREPO
Apoderado Llamada en Garantía



JUAN DAVID POSADA G.
Secretario

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE CONALTURA LA PROMOTORA S.A. EN CONTRA DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA

Siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diez (2010), los árbitros Juan Manuel Fernández Velásquez, Leonardo Uribe Correa y Fernando Ossa Arbélaez, con la asistencia del secretario Juan David Posada Gutiérrez, profirieron el siguiente laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por la sociedad **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** contra la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA**. La decisión se profiere en derecho y de forma unánime.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.

Con fecha cuatro (4) de febrero de 2009 la sociedad **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** presentó, ante el CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que éste dirimiera el conflicto que dijo tener frente a la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA**, y con invocación de la cláusula compromisoria contenida en la cláusula cuarta de la denominada "**OFERTA MERCANTIL IRREVOCABLE No. 09-05-07**", que obra en el cuaderno principal No. 1 folio 110, la cual reza de la siguiente manera:

"CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias surgidas entre las partes en el desarrollo, interpretación, terminación o liquidación de la presente oferta mercantil, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros elegidos por las partes de común acuerdo o en su defecto designados por la Cámara de Comercio de Medellín a petición de cualquiera de las partes, el cual dictará su fallo en derecho."

El veintisiete (27) de octubre de 2008 las partes designaron, de común acuerdo, como árbitros, a los abogados Juan Manuel Fernández Velásquez, Leonardo Uribe Correa y Fernando Ossa Arbélaez, quienes luego de ser enterados de tal nombramiento por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, aceptaron su encargo dentro del término previsto en el artículo 10 del Decreto 2279 de 1989.

II. DILIGENCIAS ARBITRALES.

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el doce (12) de mayo de 2009, luego de lo cual admitió la demanda arbitral por reunir los requisitos establecidos en el artículo 75 del estatuto procesal civil.

Surtido el traslado correspondiente, la convocada replicó en tiempo oportuno formulando oposición a las pretensiones del libelo, y proponiendo además, demanda de reconvenición y citación a **"SEGUROS COLPATRIA S.A."** y a **"CONALTURA CONSTRUCCION Y VIVIENDA S.A. - CONALTURA S.A."**

Frente a los anteriores escritos, el Tribunal se pronunció mediante el Auto No. 3 del nueve (9) de junio de 2009, así:

*"3. Que la referida demanda de reconvenición presentada por la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA** en contra de la sociedad **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** cumple con los requisitos exigidos por el artículo 75 del estatuto procesal civil, por lo cual habrá de admitirse.*

4. Que en cuanto a las denominadas "citaciones" a Seguros Colpatría S.A. y Conaltura S.A., el Tribunal interpreta que en la primera de éstas se hace referencia a la institución procesal del llamamiento en garantía consagrada en el artículo 57 del estatuto procesal civil y en el artículo 150 del Decreto 1818 de 1998 y, en la segunda a la intervención de terceros consagrada en el artículo 149 del Decreto citado, por lo que se ocupará de verificar si se cumple con los requisitos establecidos para admitir dichas figuras.

*En lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía de Seguros Colpatría el Tribunal considera que éste es procedente, puesto que de la "póliza de seguro de cumplimiento entre particulares" que se arrió al proceso y contratada por **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.**, hace parte **COMFAMA** como beneficiaria de la misma, razón por la cual ésta tiene el derecho contractual de realizar el llamamiento que aquí hace a la compañía aseguradora.*

*No correrá, en cambio, con la misma suerte, la citación que pretende hacer **COMFAMA** a la sociedad **"CONALTURA CONSTRUCCION Y VIVIENDA S.A. - CONALTURA S.A."**, puesto que no existe posibilidad procesal de citar a una sociedad que no hace parte de la relación sustancial -oferta mercantil y su modificación- existente entre las partes del proceso, esto es, entre **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** y **COMFAMA**. La sociedad cuya citación se pide es una persona jurídica distinta a la convocante -reconvenida y, consiguientemente, es un tercero en dicha relación; tampoco está vinculada a la cláusula compromisoria -acto jurídico solemne y voluntario-. Consiguientemente los efectos de la cosa juzgada derivados del laudo arbitral que se llegare a pronunciar no le son extensivos.*

De otro lado, la invocada diferencia de solvencia económica entre la sociedad convocante - reconvenida y la que se pretende citar como tercero no es de recibo para fundar en esa circunstancia una citación procesal. El aspecto referente a la solvencia de las partes en un contrato es asunto que se refiere a la diligencia y cuidado que éstas deben tener en cuenta para la celebración

de aquél en orden a pactar las obligaciones que se deriven del acuerdo de voluntades, por lo que la citación solicitada habrá de rechazarse."

Conforme a las anteriores consideraciones se admitió la demanda de reconvencción promovida en contra de **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** y el llamamiento en garantía de la sociedad **SEGUROS COLPATRIA S.A.**, pero hubo de rechazarse la citación a la sociedad "**CONALTURA CONSTRUCCION Y VIVIENDA S.A. - CONALTURA S.A.**", decisión que no fue recurrida por las partes.

Una vez puesta en traslado la reconvencción a la demandante inicial, ésta en tiempo oportuno contestó, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones.

A su vez, la llamada en garantía, **SEGUROS COLPATRIA S.A.**, se adhirió al pacto arbitral de forma expresa, procediendo en el mismo escrito, a recorrer el traslado del llamamiento oponiéndose a las pretensiones de la demanda de reconvencción y del llamamiento en garantía, y formulando, al mismo tiempo, excepciones de mérito frente a éstas.

De las excepciones propuestas se corrió traslado secretarial conjunto a las partes, las cuales aprovecharon dicho término para la petición de pruebas adicionales.

El treinta (30) de julio de 2009 se realizó audiencia de conciliación sin resultado positivo, por lo cual, de acuerdo al objeto de la audiencia, se continuó con la regulación de los honorarios y gastos del proceso. Sumas que fueron pagadas oportunamente por las partes y el tercero llamado en garantía.

Cumplido lo anterior, se practicó la PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE en la que el Tribunal asumió competencia para procesar el asunto sometido a su conocimiento y decretó las pruebas pedidas por las partes.

Las pruebas decretadas se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la contradicción y se atendieron algunos desistimientos de las partes que, de acuerdo con la estimación del Tribunal, no afectaban la debida instrucción del proceso.

Precluido el período probatorio las partes y el tercero llamado en garantía presentaron por escrito sus alegatos de conclusión.

Agotadas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto, contado a partir de la primera audiencia de trámite (artículo 103 de la Ley 23 de 1991), comenzó a correr el primero (1º) de septiembre de 2009, habiendo sido suspendido en cinco (5) oportunidades por solicitudes

conjuntas de las partes y del tercero llamado en garantía, así:

1) Entre los días veinticinco (25) de septiembre de 2009 y dieciocho (18) de octubre de 2009, ambas fechas inclusive (acta de la audiencia del veinticuatro (24) de septiembre de 2009), son 15 días de suspensión.

2) Entre los días once (11) de diciembre de 2009 y veinticinco (25) de enero de 2010, ambas fechas inclusive (acta de audiencia del diez (10) de diciembre de 2009), son 29 días de suspensión.

3) Entre los días diez (10) de marzo de 2010 y trece (13) de abril de 2010, ambas fechas incluidas (acta de audiencia del nueve (9) de marzo de 2010), son 22 días de suspensión.

4) Entre los días veintiuno (21) de mayo de 2010 y veintiuno (21) de junio de 2010, ambas fechas inclusive (acta de audiencia del veinte (20) de mayo de 2010), son 19 días de suspensión.

5) Entre los días dos (2) de septiembre de 2010 y once (11) de octubre de 2010, ambas fechas incluidas (acta de audiencia del primero (1º) de septiembre de 2010), son 28 días de suspensión.

Conforme a lo anterior, se suspendió el trámite del proceso por un total de 113 días hábiles por lo que el término vencería el diecisiete (17) de agosto de 2010, pero como adicionalmente, las partes y el tercero llamado en garantía prorrogaron de mutuo acuerdo el término de duración del proceso hasta por seis meses más contados a partir del vencimiento del plazo inicial (Memorial 20 de de abril de 2010 - Acta de audiencia de veinte (20) de mayo de 2010), dicho término finalizaría el diecisiete (17) de febrero de 2011, razón por la cual, se está con holgura en oportunidad de dictar el presente laudo.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

En el escrito de convocatoria la parte convocante narra, en resumen, los siguientes hechos que dan cuenta de la litis planteada:

1. La Caja de Compensación Familiar de Antioquia, COMFAMA, en su calidad de corporación privada sin ánimo de lucro, realizó invitación privada con el número 104-458735 del 12 de abril de 2007 a las firmas interesadas en presentar oferta de construcción de las obras denominadas Urbanización Mirador del Valle, proyecto ubicado en la Ciudadela Nuevo Occidente del Plan Parcial Pajarito, Barrio Robledo del Municipio de Medellín. La invitación fue diseñada inicialmente para 608 soluciones habitacionales con área promedio de 43,04 m² que se construirían en 16 edificios de apartamentos de 8 pisos de altura

cada uno. Por la magnitud de la obra y disponibilidad de recursos de la Caja de Compensación Comfama, ésta consideró que la obra se debía ejecutar en dos sub-etapas (I y II).

2. El sistema de contratación fue precio global fijo llave en mano para los edificios de apartamentos y por precios unitarios fijos no reajustables para unas obras de urbanismo menores como acometidas de energía eléctrica, andenes en concreto, grama, cunetas alrededor de los edificios, cordones de vías, tope llantas, y demarcación de parqueaderos, actividades que no ejecutaba el encargado del urbanismo general, en este caso, la firma PROCOPAL S.A. y subcontratista ASFALTO Y HORMIGON S.A.
3. En el numeral 3.10 de los términos de referencia de la invitación privada a contratar se indicaban los documentos que se le entregarían a LOS OFERENTES para la preparación de sus respectivas ofertas, los cuales se relacionan: "Proyecto Urbanístico General y Arquitectónico (Planos urbanísticos, Planos arquitectónicos de los diferentes edificios) estudio de suelos y estudio hidrológico, planos estructurales, diseños de vías y rasantes, movimientos de tierra, terraceo, redes de aguas superficiales, lluvias y residuales, red exterior de acueducto, instalaciones eléctricas, topografía y perfiles, redes hidrosanitarias e interna de gas, redes eléctricas interiores, licencia de urbanismo y construcción y formatos en general para aplicación y reestructuración de la propuesta. Así mismo se indicaron las especificaciones y condiciones en que debían ser entregados los inmuebles, que por su condición de vivienda de interés social y rango se entregaban en obra gris".
4. Desde un comienzo fue claro que COMFAMA entregaría el urbanismo general concluido, es decir, las vías de acceso, los terraceos, el sistema de acueducto y alcantarillado del lote, servicios de energía y acueducto suficientes para poder desarrollar la obra, suministros básicos para su ejecución, entre otras obligaciones asumidas en los términos de referencia.
5. Los plazos de ejecución para cada sub-etapa, conforme a las exigencias de COMFAMA, era de seis (6) meses, tiempo record que exigía un sistema constructivo ágil, sincronizado, sin contratiempo, partiendo de la base de que el urbanismo general se entregaba listo para iniciar cada sub-etapa.
6. Al evaluar los pliegos de la invitación privada, CONALTURA LA PROMOTORA S.A., tuvo en cuenta para calcular los precios de la sub-etapa I y II, lo siguiente: "- Las obras de urbanismo general concluidas tales como vías de acceso, terraceo de los lotes y de los sitios donde se levantarían las 8 torres. - Redes de acueducto, alcantarillado y energía externas listas, suministro de agua y luz. - Diseños de suelos y estructurales definitivos y entregados con el pliego, para efecto de contemplar el sistema constructivo y calcular la profundidad de fundaciones que conforme el diseño inicial el promedio era de 0.50 — 0.80. - El año en que se ejecutaría cada subetapa I - 2007 y II - 2008. - Adicionalmente, con el urbanismo propuesto a entregar por COMFAMA, CONALTURA LA PROMOTORA S.A. diseño un sistema

de acopio y distribución de materiales tal cual se muestra en plano 1 (anexo 8 ítem 8), que permitiría un rendimiento promedio diario de 4 apartamentos vaciados.”

7. Conforme a lo anterior, para establecer el precio de la oferta se diseñó un plan de trabajo muy preciso, donde en forma sincronizada con la mano de obra presupuestada, con los diseños, el urbanismo y los servicios públicos que debió entregar COMFAMA, se cumpliría el objeto contractual, puesto que la vasta experiencia de CONALTURA en este tipo de proyectos de interés social así se lo indicaba.
8. CONALTURA LA PROMOTORA S.A. presentó la oferta radicada bajo el No. 889013 de 9 de mayo de 2007 y dentro de ella se contemplaron como obligaciones de COMFAMA, entre otras las siguientes:
 - “- Entregar el lote al OFERENTE en el tiempo programado por él, para iniciar las obras.
 - Entregar oportunamente a EL OFERENTE las obras de urbanismo previas (Movimiento de tierras, vías pavimentadas y redes de servicios públicos exteriores) para que pueda realizar los edificios y demás obras requeridas.
 - Entregar a EL OFERENTE la licencia de construcción correspondiente y el recibo de cancelación de honorarios por expensas de Curaduría.
 - Pagar los honorarios por Licencia o Concepto de Manejo Ambiental, si éstos llegaren a causarse.
 - Entregar a EL OFERENTE, el permiso de ocupación de cauce de la Quebrada La Puerta para la entrega de las aguas lluvias expedido por Corantioquia.
 - Entregar a EL OFERENTE el valor del anticipo y hacer los pagos de las actas mensuales en los períodos acordados en su oferta mercantil, previa presentación de las facturas correspondientes y el visto bueno de LA INTERVENTORIA en cada una de las subetapas acordadas.”
9. Según carta No. 209-466673 del 28 de Junio de 2007 emitida por COMFAMA, se comunicó a CONALTURA LA PROMOTORA S.A. la selección de su propuesta y adjudicación de la construcción de las obras de la urbanización MIRADOR DEL VALLE contenidas en la misma.
10. Una vez COMFAMA aceptó la oferta presentada por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., no pudo expedir la orden de compra de servicios según el plan trazado, en razón a que para el mes julio y agosto de 2007, la firma encargada del urbanismo general del proyecto, incumplió con la entrega de los terraceos, vías, y redes, obligando a la modificación de la oferta mercantil planteada, ya que entre otras situaciones, se desplazó el término de la ejecución de las obras para la subetapa I, y se incrementaron los costos por cambio de año. Dicha modificación a la oferta inicial, se concretó mediante documento que figura con radicado No. 898737 de 31 de julio de 2007.

11. Bajo la modificación contractual anterior el término de inicio de la construcción se estimó para el mes de septiembre de 2007 y la entrega se contempló para el día 29 de marzo de 2008, siendo necesario para ese momento que se tuvieran los servicios públicos conectados a las diferentes unidades de vivienda, lo cual suponía el trámite oportuno por parte de COMFAMA del recibo de obras de urbanismo y construcción.
12. Para concretar la negociación y en señal de aceptación de la oferta mercantil y su modificación se expidió por parte de COMFAMA "la orden de compra de servicios el 13 de septiembre de 2007 identificada con el No. 104-47473, mediante la cual se ordenó la construcción de la Urbanización Mirador del Valle, que comprendía algunas obras de urbanismo menores inherentes a las unidades habitacionales privadas y en principio 608 apartamentos en 16 edificios de 8 pisos de altura distribuidos en dos subetapas, Sub etapa I; 304 apartamentos en 8 edificios, ubicados en un lote de terreno de propiedad del Municipio de Medellín, localizado en la Unidad de Gestión N° 5 del Plan Parcial Pajarito. Subetapa II; 304 apartamentos en 8 edificios en el mismo lote. Cada sub- etapa tendría inicio en fechas diferentes, una vez se dieran las condiciones prometidas por COMFAMA."
13. Por lo anterior, CONALTURA LA PROMOTORA S.A. se obligó, previa la ejecución del urbanismo del lote a intervenir y al suministro normal de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía, por parte de COMFAMA, a la construcción de los edificios desde las cimentaciones para las subetapas I y II, y unas obras de urbanismo menores anexas a las torres (como acometidas de acueducto y energía eléctrica, andenes en concreto, grama, cunetas alrededor de los edificios, cordones de vías, topellantas, barreras de protección vehicular y demarcación de parqueaderos).
14. Múltiples incumplimientos se dieron por parte de COMFAMA, desde un comienzo, los cuales afectaron el normal desarrollo del proyecto, se reclamaba a COMFAMA en diferentes comunicaciones como en la 01691 del 22 de noviembre de 2007, P0123 del 25 de enero de 2008 y P0266 del 26 de marzo de 2008, y en los diferentes comités de obra como consta en sus actas, especialmente en el acta No. 19 del 24 de enero de 2007. Los incumplimientos endilgados a COMFAMA más representativos, fueron los siguientes: cambios al estudio de suelos, cambio de ubicación de las torres 1A y 2A, no se cumplió con la entrega del urbanismo general de los lotes a desarrollar en forma oportuna, ni se contaron con los servicios públicos provisionales suficientes para el normal desarrollo de las obras.
15. Para el mes de febrero de 2008, debido a los diferentes aspectos relatados, existían ya unos excesivos sobrecostos que COMFAMA no reconocía como tales, por obras adicionales y extraordinarias no contempladas en la estructura que sirvió de base para establecer los parámetros de la invitación privada. Esto llevó a

que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. detallara la situación de la evolución del proyecto y de los efectos que venía soportando con ocasión de los diferentes incumplimientos de COMFAMA, proponiendo además las soluciones o correcciones que se podían implementar, antes de que se presentara la terminación del contrato. Así, la Oferente coordinó una reunión entre las partes el día 13 de Marzo del 2008 donde expuso la realidad del negocio jurídico que vinculaba a las partes para la subetapas I - II, y las soluciones que veía al mismo, tratando de impedir que se siguieran generando perjuicios para CONALTURA LA PROMOTORA, lo que posteriormente se consignó en la comunicación P0266 de Marzo 26 de 2008.

16. A marzo 16 de 2008 no se había iniciado la construcción de la sub-etapa II porque COMFAMA tenía pendiente cumplimiento de sus obligaciones. Se estaban replanteando los parámetros de suelos, y se diseñaba nuevas cimentaciones para las torres de esta etapa, se buscaba nueva localización para los edificios 12 y 15, cambios que a esa fecha no se entregaban a CONALTURA LA PROMOTORA, no se habían concluido las obras de urbanismo, no existía el recibo de urbanismo de planeación municipal, lo que aseguraba las mismas dificultades, tropiezos y aún mayores perjuicios padecidos por CONALTURA LA PROMOTORA por la construcción de la sub-etapa I del proyecto.
17. Estos incumplimientos de COMFAMA modificaban sustancialmente los términos iniciales propuestos, en vista de esta situación y ante la solicitud verbal en reunión de marzo 13 de 2008, CONALTURA LA PROMOTORA presentó un nuevo presupuesto para la ejecución de la sub-etapa II, según comunicación P0266 de Marzo 26 de 2008 indicada. COMFAMA no se interesó en esta nueva propuesta y finalmente no garantizó las condiciones para ejecutar dicha etapa a CONALTURA.
18. COMFAMA para la sub-etapa II se vio obligada a rediseñar el proyecto y a generar cambios sustanciales que le obligaron a realizar una contratación muy diferente con otro constructor, lo que prueba la imposibilidad de sacar adelante esta parte del proyecto en los términos inicialmente planteados en el 2007 y ofrecidos a mi poderdante. Esto le generó múltiples perjuicios a CONALTURA LA PROMOTORA, entre los que se cuenta el lucro cesante dejado de percibir, traducido en las utilidades que contempló desde la oferta inicial aceptada por COMEAMA, que ascendían a doscientos veintisiete millones trescientos cuarenta mil pesos (\$227.340.000) equivalente al 6% del costo de la construcción y del urbanismo ofertado por CONALTURA LA PROMOTORA.

19. En comunicación posterior de CONALTURA LA PROMOTORA No. G1823 de Abril 16 de 2008, ante el silencio de COMFAMA después de entregada la comunicación indicada en hechos anteriores. En reunión de Abril 23 de 2008, se propuso, con el fin de que no se generaran más costos y perjuicios para ambas partes, dar por terminada esta relación contractual y por ello estructurar y discutir con COMFAMA un documento para tal fin, en el cual se tratara con independencia el tema de las subetapas I y II, puesto para ese momento, la primera etapa del proyecto, era objeto de reclamación de unos extracostos derivados de la problemática de suelos que sufrió la obra, lo cual retardó el inicio de la misma y modificó el programa de construcción planeado originalmente, sobre el cual se estructuró la propuesta, quedando de esta manera por definir el alcance de los extracostos reclamados por CONALTURA y finalmente la entrega de los inmuebles en ejecución (sub-etapa I).
20. En cuanto a la transacción de los reclamos realizados no hubo acuerdo pero mediante comunicación No. 497501 de mayo 8 de 2008 la representante legal de COMFAMA, dio por recibidos los inmuebles entregados.
21. No obstante lo anterior, la entrega formal de las unidades de vivienda no se pudo llevar a cabo, puesto que los apartamentos debían tener conexión de servicios públicos conforme se estableció en la Oferta Mercantil, ello con el fin de realizar las pruebas necesarias para el adecuado funcionamiento de las unidades de vivienda, para cumplir con esta obligación, era NECESARIO que COMFAMA tramitara con la suficiente antelación el RECIBO DE URBANISMO Y CONSTRUCCION que exige la ley y especialmente el Municipio de Medellín (Decreto Municipal 1147 de 2005). El día 29 de Mayo de 2008 fecha dispuesta para la entrega, a pesar de que los apartamentos estaban culminados en los términos consignados para las especificaciones, COMFAMA ni siquiera había solicitado la visita al ente municipal para que procediera a iniciar el tramite del recibo de obra, lo que impedía entregar con servicios públicos los inmuebles. La entrega real de los apartamentos se prolongó hasta tres meses después, actividad que solo fue posible el 27, 28, 29 de Agosto y 1 de Septiembre de 2008, conforme consta en actas anexas.
22. En reunión sostenida entre las partes de Octubre 16 de 2008, se levantó un acta oficial de recibo y liquidación parcial de los valores del contrato de construcción que ascendieron a \$2.968.614.154 por concepto de obra ordinaria, parte de obras extras aceptadas y conciliadas por COMFAMA, algunos gastos administrativos hasta agosto 31 de 2008 y parte de las obras de urbanismo construidas a cargo de CONALTURA LA PROMOTORA.

23. Como consta en los diferentes cambios introducidos al proyecto MIRADOR DEL VALLE SUB ETAPA II, los cuales se hicieron evidentes durante la construcción de la sub-etapa I y las diferentes modificaciones introducidas a la licencia de urbanismo y construcción que reposaba en la Curaduría Cuarta, se hacía necesario por parte de COMFAMA dar lugar a otra contratación, la que se formalizó con la firma EDICRETO S.A. del grupo PSI S.A. en Agosto de 2008, en esta nueva contratación se entregó desde un principio diseños definitivos, cimentaciones definidas, urbanismo completo, servicio de agua y energía suficiente con las debidas autorizaciones de parte de Empresas Públicas de Medellín, es decir en condiciones muy diferentes a las prometidas a CONALTURA LA PROMOTORA S.A.
24. Conforme a todo lo anterior, CONALTURA LA PROMOTORA S.A. relacionó una serie de perjuicios económicos derivados del incumplimiento y cambio de las condiciones contractuales realizadas por COMFAMA, los cuales se describen y cuantifican así:

| ITEM | VALOR |
|--|------------------------|
| Valor obra adicional y costos por cambios impuestos por COMFAMA, incumplimiento de obligaciones COMFAMA y cambio del diseño del suelo y fundaciones. | \$1.008.619.909 |
| Obras extras no reconocidas en la liquidación del contrato con COMFAMA. | \$220.641.514 |
| Costos financieros | \$224.650.512 |
| Utilidad dejada de recibir por imposibilidad de ejecutar la sub-etapa II. (6%). | \$227.340.000 |
| Cláusula penal sub-etapa I (5%). | \$171.139.748 |
| Cláusula penal sub-etapa II (5%). | \$189.420.000 |
| TOTAL A DICIEMBRE DE 2008 | \$2.041.811.683 |

IV. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La convocante en vista de lo que expuso en la demanda, solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

PRIMERA.- "Que se declare por parte del tribunal que entre LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA -COMFAMA- Y CONALTURA LA PROMOTORA S.A. existió un negocio jurídico de carácter contractual para la construcción de la urbanización MIRADOR DEL VALLE en Medellín."

SEGUNDA.- "Que se declare por parte del tribunal que LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA -COMFAMA- incumplió las obligaciones emanadas de dicha relación contractual con CONALTURA LA PROMOTORA S.A."

TERCERA.- "Como consecuencia de dicho incumplimiento el Tribunal ha de declarar que LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA está obligada a pagar a CONALTURA LA PROMOTORA S.A. El valor de los daños y perjuicios patrimoniales en su manifestación de daño emergente y lucro cesante, pasados y futuros sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento causados por COMFAMA, solicitados en esta demanda y verificados probatoriamente dentro del proceso y demás valores reclamados así:

| ITEM | VALOR |
|---|------------------------|
| Valor obra adicional y costos por cambios impuestos por COMFAMA, incumplimiento de obligaciones COMFAMA, cambio del diseño del suelo y fundaciones. Valores que salieron del patrimonio de la demandante. | \$1.008.619.909 |
| Obras extras no reconocidas en la liquidación del contrato con COMFAMA facturadas. Valores que salieron del patrimonio de la demandante. | \$220.641.514 |
| Costos financieros. Valores que salieron del patrimonio de la demandante. | \$224.650.512 |
| Utilidad dejada de recibir por imposibilidad de ejecutar la sub-etapa II. (6% del incluido en el valor de la oferta). Beneficio dejado de percibir por el incumplimiento. | \$227.340.000 |
| Subtotal | \$1.681.251.935 |

\$1.681.251.935, o lo más que se pruebe en el trámite de este proceso."

CUARTA.- "El tribunal ordenará que se condene a LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA -COMFAMA- al pago de la cláusula penal equivalente a trescientos sesenta millones quinientos cincuenta y nueve mil setecientos pesos **\$360.559.748**:

Subetapa I ciento setenta y un millones ciento treinta y nueve mil setecientos cuarenta y ocho pesos (\$171.139.748)

Subetapa II ciento ochenta y nueve mil cuatrocientos veinte mil pesos (\$189.420.000)."

QUINTA.- "Se ordenará que las sumas que se concreten como perjuicios patrimoniales, valores adeudados y cláusula penal, y los demás que se prueben en el proceso, sean actualizadas al momento del fallo, teniendo como parámetro de actualización una tasa que represente un interés comercial al tope máximo fijado en la ley, en razón a la actividad comercial

desplegada por la demandante, entre la fecha de su causación hasta su efectivo pago."

SEXTA.- *"Se ordenará el pago de los intereses moratorios a partir del fallo hasta su efectivo pago."*

SEPTIMA.- *"Se condene a LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA -COMFAMA- en favor de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. a pagar las costas, gastos y agencias en derecho."*

V. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

La convocada contestó oportunamente la demanda arbitral, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la convocante, negando unos, aceptando otros total o parcialmente o formulando aclaraciones relativas a ellos y oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

VI. SINTESIS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

En la demanda de reconvencción COMFAMA expuso los siguientes hechos que se compendian así:

1. La Caja de Compensación Familiar de Antioquia —COMFAMA— invitó mediante comunicación del 12 de abril de 2007, con radicado 104-458735 y sus diferentes adendas, a varios oferentes: LA CORPORACION MINUTO DE DIOS, CONALTURA S.A., COVIN LTDA., ASFALTO Y HORMIGON S.A., CONVEL LTDA, CONCRETO S.A., PORTICOS S.A., CALCULO Y CONSTRUCCIONES y ARQUITECTURA CORPORATIVA LTDA., para que presentaran ofertas para la construcción de 608 apartamentos en 16 edificios de 8 pisos de altura, distribuidos en dos sub-etapas en la forma como se indicaba en los planos, diseños y especificaciones técnicas entregados por COMFAMA y además la realización de unas obras de urbanismo complementarias en el proyecto denominado Urbanización Mirador del Valle, plan parcial pajarito, en el sector de Robledo del Municipio de Medellín.

2. Para efectos de la invitación a los posibles constructores, COMFAMA elaboró un documento denominado "*Términos de Referencia para ofertar la construcción de la Urbanización Mirador del Valle*", al cual se deberían sujetar las ofertas. Dichos "*Términos de Referencia*" formarían parte integral de la oferta mercantil que fuera presentada por el oferente seleccionado. Este documento sería uno de los elementos del vínculo contractual entre COMFAMA y el oferente que fuere escogido. También se realizó una visita obligatoria al lote donde se desarrollaría la obra, a la cual asistieron los oferentes invitados, entre ellos los ingenieros de la demandada

en reconvencción. Esta visita es importante puesto que allí los oferentes tuvieron conocimiento directo de cuáles serían las obras de urbanismo que se realizaban y, en general, cuál era la situación del inmueble en que se habría de realizar la construcción de los edificios.

3. En los términos de referencia indicados, se informó a los posibles oferentes que el precio máximo de venta de las unidades de vivienda que resultaran del proyecto sería una suma máxima equivalente a 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$21.685.000.00 para el año 2007), correspondiente a la tipología 1, precio establecido de conformidad con la Ley 812 de 2003, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo, que estableció las directrices y lineamientos de la política del Gobierno Nacional en materia de vivienda e incorporó previsiones particulares relativas al Sistema de Vivienda de Interés Social y al Subsidio de Vivienda Familiar y en concordancia con lo expresado en el artículo 7 del Decreto 975 de 2004 que consagró las viviendas a las cuales se les podría aplicar subsidio, así como los topes y precios máximos. Esta referencia al precio máximo de venta de las viviendas tenía como propósito advertir a los posibles oferentes que el proyecto se tendría que ceñir a las políticas de vivienda de interés social orientadas por el Gobierno Nacional.

4. En los "Términos de Referencia" COMFAMA manifestó que entregaría las obras de urbanismo básicas con las que contaría el lote de terreno sobre el cual se adelantaría el proyecto, las cuales, en consecuencia, no tendrían que ser construidas por CONALTURA LA PROMOTORA S.A. Ellas consistían en las redes exteriores de servicios públicos, las terrazas listas para acometer las edificaciones, la vía de acceso pavimentada y los senderos peatonales definidos.

5. Es claro que la "obligación" de COMFAMA de realizar dichas obras de urbanismo atendía, simplemente, a la necesidad de tener estas obras en la medida en que ellas fueran indispensables para adelantar la construcción de las edificaciones, pues el oferente no tenía ningún interés en ello, distinto de que se le posibilitara la construcción.

6. El día 10 de Mayo de 2007, la sociedad "CONALTURA LA PROMOTORA S.A." presentó una oferta mercantil dentro de los parámetros de los "Términos de Referencia", según consta en el radicado interno de COMFAMA 889013 y con el número impuesto por el oferente "OFERTA MERCANTIL IRREVOCABLE No. 09-05-07", modificada parcialmente mediante comunicación recibida en COMFAMA el 31 de Julio 2007, radicada con el número 898737. Por dicha oferta se obligó a construir las obras sometiendo a las exigencias de dichos "Términos de Referencia" y, además, a los de la *misma oferta mercantil. El valor de esta oferta fue la suma de \$7.211.194.992 pesos, incluido el I.V.A.*

7. Es relevante anotar que en la etapa previa a la recepción de las diferentes ofertas mercantiles para la construcción del proyecto, la invitación se hizo a CONALTURA S.A. La información financiera y la relativa a la experiencia y capacidad para realizar las obras, y en general la presentación que se solicitó de las constructoras posibles oferentes, fue suministrada por la sociedad CONALTURA CONSTRUCCIONES Y VIVIENDA S.A. No obstante lo anterior, la oferta fue presentada por la demandada en reconvención, esto es, la sociedad "CONALTURA LA PROMOTORA S.A.", puesto que por razones de su conveniencia, solicitó que se aceptara a la sociedad vinculada a ella, CONALTURA LA PROMOTORA S.A., en el entendido de que esta aceptación no liberaría a CONALTURA S.A., de las responsabilidades inherentes a la construcción del proyecto, por cuanto se adujo a COMFAMA que se trataba de dos sociedades pertenecientes a los mismos socios.

8. En la oferta presentada por "CONALTURA LA PROMOTORA S.A.", además de las obligaciones que se desprendían de los "Términos de Referencia", la oferente se obligó expresamente a permitir a COMFAMA la supervisión del desarrollo y ejecución de la oferta mercantil a través de la Subdirección de Vivienda y Obras, con el acompañamiento del interventor contratado por COMFAMA para el caso.

9. Por medio de carta número 209-466673 del 28 de junio de 2007, COMFAMA comunicó a la constructora que había sido escogida por el Consejo Directivo, para que se continuara con el proceso de legalización. En desarrollo de este proceso fue expedida la orden de compra de servicios identificada con el número 104- 474273 del 13 de septiembre de 2007. Para el efecto de la interventoría de las obras se contrató con la sociedad ESTRUCTURAS, INTERVENTORIAS Y PROYECTOS LTDA., EIP, según contrato número 10.161 de 2007.

10. COMFAMA contrató con la firma Procopal S.A. las obras de urbanismo mencionadas, firma ésta que cumplió a cabalidad con sus obligaciones. Merece ser citado que, cuando CONALTURA LA PROMOTORA S.A., inició los trabajos, Procopal S.A. ya había ejecutado las redes exteriores hidrosanitarias para los edificios 1 a 8 (Subetapa I), el movimiento de tierra en terrazas 1, 2, 3, 4 y 5, senderos peatonales definidos y la vía de acceso entre las abscisas K0+164 a la K0+390 estaba debidamente pavimentada y del kilómetro 0+390 a K0+476 estaba completamente afirmada y con obras de drenaje. Este último tramo se pavimentó entre el 27 y 29 de septiembre. Durante todo este tiempo, aún en la parte que no estaba pavimentada prestaba adecuadamente el servicio para el acceso a las obras. Según lo anterior, COMFAMA cumplió con las obras de urbanismo básicas a que hacían mención los términos de referencia y por consiguiente, estaba entonces garantizado el acceso

vehicular al sitio en donde se haría la construcción de las edificaciones.

11. Las obras de urbanismo requeridas para desarrollar la construcción estuvieron disponibles para que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. iniciara su trabajo para el día 14 de septiembre de 2007, fecha en la cual se elaboró el acta de inicio de la construcción.

12. CONALTURA LA PROMOTORA S.A., como todos los posibles oferentes, conocía que el proyecto debería adelantarse en dos subetapas, pues así se indicaba claramente en la documentación que les fue entregada, la cual comprendía estudios, diseños y planos que les permitían estudiar y calcular al detalle el valor de las obras, planear la logística de la construcción, la seguridad industrial requerida, los equipos y demás aspectos relacionados con las dos subetapas. Recuérdese, además, que todos los proponentes realizaron una visita al sitio donde se realizarían las obras.

13. Los "Términos de Referencia" establecieron como plazos para la construcción los siguientes: Para la subetapa 1, desde el 3 de julio de 2007 hasta el 31 de diciembre del mismo año; y para la subetapa II, desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de julio del mismo año (2008). Es de anotar que el día en el cual realmente se inició este proyecto fue el 14 de septiembre de 2007, pues fue necesario demorar la iniciación para tener concluidas las obras de urbanismo necesarias para la construcción; por consiguiente el término se extendía hasta el 14 de marzo de 2008. Este aplazamiento no causó ningún perjuicio al constructor, ya que se modificó la oferta para hacerse un reconocimiento y reajuste económico del contrato, el cual fue acordado y debidamente pagado por COMFAMA a CONALTURA LA PROMOTORA S.A., sin que esta sociedad formulara ninguna objeción. Posteriormente, hubo necesidad de ampliar el nuevo plazo en 60 días calendario adicionales por el cambio en la profundidad de algunas fundaciones, a lo cual se llegó por recomendación de Solingral, empresa que realizó el estudio de suelos. Esta ampliación del plazo fue solicitada por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., y fue aceptada por COMFAMA y por la interventoría del proyecto. Como consecuencia de lo anterior, el plazo para la construcción de la Subetapa I se extendió hasta el 14 de Mayo de 2008.

14. La oferta mercantil irrevocable fue modificada parcialmente el 31 de julio de 2007 y en esa modificación se estableció que las obras de la Subetapa I que se construyeran durante el año 2008, serían reajustadas en su precio con un incremento equivalente al salario mínimo legal mensual decretado por el Gobierno Nacional. Atendiendo esta propuesta, COMFAMA reconoció y pagó dicho incremento a CONALTURA LA PROMOTORA S.A.

15. Según los "Términos de Referencia", entregados por COMFAMA, el precio de las obras debería establecerse por el sistema global fijo "llave en mano" para los edificios de apartamentos, y por precios unitarios fijos, no reajustables, para las obras de urbanismo complementarias a cargo del constructor, tales como, acometidas de energía eléctrica, andenes de concreto, grama, cunetas alrededor de los edificios, cordones de vías, topellantas y demarcación de parqueaderos.
16. La obligación principal adquirida por la oferente CONALTURA LA PROMOTORA S.A., cual era la de entregar en el tiempo debido los edificios que forman parte del proyecto, fue incumplida en forma grave, puesto que la primera etapa de 304 apartamentos debió ser entregada el 14 de mayo de 2008, y sólo se entregaron 228 apartamentos, por fuera del tiempo acordado, de manera informal e incompleta, entre los días 27 de agosto de 2008 y 10 de septiembre del mismo año.
17. Entre el 29 de mayo de 2008 y el 10 de septiembre de ese año se sostuvieron diversas conversaciones y se cruzaron comunicaciones entre COMFAMA y CONALTURA LA PROMOTORA S.A., relacionadas con el incumplimiento, puesto que la tardanza en la entrega causaba y causó enormes perjuicios tanto a COMFAMA como a las familias destinatarias de los apartamentos. CONALTURA LA PROMOTORA S.A., omitiendo toda consideración sobre el perjuicio que causaba, se negaba tanto a hacer entrega formal de la obra como a entregarla físicamente, lo primero so pretexto de que no habían podido hacer la conexión de servicios públicos y ello porque COMFAMA, supuestamente, no había hecho los trámites pertinentes ante Empresas Publicas de Medellín. Y lo segundo, porque se podrían supuestamente causar unos extracostos a su cargo en la instalación final de los servicios públicos.
18. Ante estas circunstancias, y con el fin de aminorar los perjuicios que se estaban causando, tanto a la Caja como a los beneficiarios, COMFAMA solicitó la entrega física de los apartamentos construidos, aun cuando tuviera que asumir, sin liberar de responsabilidad a "CONALTURA LA PROMOTORA S.A.", los gastos finales que ello implicaba y que contractualmente correspondían a dicha sociedad.
19. Según los términos de referencia, numeral 3.19 "Requerimientos técnicos específicos para la ejecución del proyecto", literal a "Edificios de apartamentos", "Instalaciones interiores en edificios de apartamentos" se establece como obligación de Conaltura la Promotora S.A. hacer la conexión de las instalaciones de acueducto, alcantarillados y energía, alumbrado público de cada edificio y apartamento a las redes exteriores de servicios públicos con sus respectivos contadores calibrados, revisados, sellados y aprobados por EPM. Esta obligación fue incumplida por Conaltura la Promotora

S.A., situación que obligó a COMFAMA a pagarle a la constructora gastos administrativos por conexión de servicios públicos por el periodo comprendido entre el 1 y el 31 de agosto de 2008, por valor de \$28.268.790; pago que se vio obligada a realizar con el propósito de que Conaltura la Promotora S.A. pudiera culminar con su obligación de comprar y enviar a calibración los contadores de agua e hiciera entrega, a lo menos física, de los apartamentos para minimizar los perjuicios.

20. La entrega de lo parcialmente construido se hizo incumpliendo los requisitos que en la oferta se consignaron para esta actividad. En efecto, no existe acta oficial de entrega y recibo de la obra a entera satisfacción como estaba previsto en los Términos de Referencia que debería hacerse. La oferta mercantil en su numeral 5.9 determina la forma como se debe cumplir con la entrega de la obra a COMFAMA, lo que no se cumplió por la demandada.

21. La segunda subetapa no fue adelantada por la empresa constructora, a pesar de que las obras de urbanismo necesarias para la construcción de dicha subetapa estaban en condiciones que permitían iniciar la construcción de ella desde enero de 2008, antes de la fecha pactada como inicio de esta segunda etapa y, obviamente, se incumplió el plazo acordado para su entrega y con ello su obligación contractual.

22. Durante el proceso constructivo de la Subetapa I, adelantado por "CONALTURA LA PROMOTORA S.A." esta sociedad demostró falta de planeación y capacidad técnica para desarrollar la obra. Así mismo, en el desarrollo de la construcción "CONALTURA LA PROMOTORA S.A." hizo caso omiso de las reiteradas observaciones y recomendaciones de la interventoría, tipificándose así un incumplimiento contractual.

23. La falta de planeación y capacidad técnica de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. se materializó, entre otros, en los siguientes hechos:

A) En los frecuentes llamados de atención realizados por la Interventoría y COMFAMA para que resolviera satisfactoriamente el control de accesos y almacenamiento de materiales de construcción, que por falta de una adecuada logística y dirección técnica permitieron el bloqueo de ingresos a la obra y la acumulación de materiales en sitios alejados de las edificaciones que dificultaron el transporte interno de éstos.

B) La construcción de los edificios de manera antitécnica, debido a que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. comenzó con la torre número 3 aplicando un sistema constructivo en el que se edificaron parcialmente las plantas (apartamentos 2, 3 y 4), y dejó de construir

las plantas en lo que corresponde a los apartamentos 1 y 5. Lo anterior, por no haber construido a tiempo los muros de contención, la impermeabilización y los llenos estructurales de la primera planta, poniendo en peligro la estabilidad de la obra. Esta anomalía también fue advertida oportunamente por la interventoría que se opuso abiertamente a esta forma de construcción, por el grave riesgo en que se ponía la estabilidad de la estructura de los edificios. En razón de lo anterior, la interventoría ordenó suspender esta forma de construcción antitécnica, lo cual consta en las actas de comité de obra, no sólo porque se ponía en serio peligro la estabilidad de la obra y la seguridad de los trabajadores sino porque implicaba grandes sobrecostos por los mayores recorridos horizontales, factor que finalmente incidió en el incumplimiento del tiempo de entrega de la obra.

C) La violación continuada de las normas de la seguridad industrial aparece de manifiesto durante toda la etapa constructiva.

D) La constructora fue ineficiente en el uso de los equipos y de las formaleas metálicas, que permanecieron cesantes durante días, a pesar de haber suficientes frentes de trabajo. Conaltura La Promotora S.A. no aprovechó los equipos adecuadamente por falta de dirección y capacidad técnica. Esto incidió obviamente en el incumplimiento del plazo y en los sobrecostos.

E) La constructora no prestó atención a las solicitudes de la Interventoría y de COMFAMA de disponer en la obra equipos adecuados para transporte interno —horizontal y vertical— de materiales desde los sitios de acopio hasta el lugar mismo de las edificaciones. En efecto, ejecutó el transporte horizontal con coches o carretas, con ayudantes de construcción, lo cual no se compadecía con el tamaño de la obra y la velocidad requerida que exigía disponer de una adecuada logística y tecnología constructiva. No sobra poner de presente que en la Subetapa II, que no fue construida por la demandada Conaltura La Promotora S.A., sino por la firma Edicreto S.A., la construcción se ajustó a las normas técnicas y no se incurrió en las fallas aquí mencionadas.

F) "CONALTURA LA PROMOTORA S.A." asumió la obligación de realizar el diseño de todas las mezclas de concreto de la obra y de asumir el costo de los aditivos necesarios. Dicha sociedad utilizó un agregado grueso, bastante sucio, con tamaño hasta de 1", superior al requerido que era máximo de 3/4", para que pudiera fluir y acomodarse adecuadamente por el interior de la formalea, por lo cual COMFAMA autorizó a EIP Ltda. (interventora del proyecto) para que contratara un estudio de mezclas con la Universidad Eafit, con el fin de corregir el diseño de la mezcla. Como consecuencia de dicho estudio fue necesario incorporar aditivos a la mezcla, cuyos costos debían ser asumidos por "CONALTURA LA PROMOTORA S. A.", como

quedó previsto en los términos de referencia y especificaciones de construcción.

G) El desorden en la construcción y la falta de control llevó a que en la primera etapa hubiera un exagerado consumo de cemento suministrado por COMFAMA, como atrás se vio, por desperdicio, lo cual causó un extracosto para COMFAMA por valor de \$30.422.272, valor de uno de los perjuicios que debe ser indemnizado.

H) De acuerdo con los términos de referencia, en su numeral 8.2, le correspondía al constructor hacer las pruebas y ensayos necesarios para dar al servicio las redes de acueducto, aguas negras y aguas lluvias, y entregar los trabajos a Obras Publicas de Medellín, con acta y pólizas de estabilidad de las obras de urbanismo complementarias, tales como cunetas, andenes y zonas verdes aledañas a las torres 1 a 6. Esta última entrega no fue realizada por CONALTURA LA PROMOTORA S.A. y aún hasta ahora no se ha cumplido con ello.

I) En la oferta, "CONALTURA LA PROMOTORA S.A." se obligó igualmente a cumplir con las obligaciones laborales, de acuerdo con las normas del derecho del trabajo y de seguridad social vigente. Esta obligación fue incumplida- pues le fue presentada a COMFAMA una reclamación por la contratista María Irma Cardona, por el no pago de \$32.000.000 por parte de CONALTURA LA PROMOTORA S.A., correspondiente a pago de mano de obra. Adicionalmente, se presentaron estas situaciones que corroboran el incumplimiento de las obligaciones laborales: **(i)** En los registros de la firma interventora del proyecto, consta el reiterado y permanente incumplimiento de las obligaciones sobre seguridad industrial de los trabajadores contratados para la obra. **(ii)** Hasta la fecha, la sociedad constructora no ha presentado el correspondiente paz y salvo por concepto del pago de aportes a la seguridad social y el FIC, originados en los pagos laborales de la construcción a su cargo.

24. En carta del día 25 de Abril de 2008, recibida por COMFAMA el 2 de Mayo del mismo año, radicada bajo 936145, el representante de la constructora reconoce su incumplimiento pues notifica su voluntad de no construir la subetapa II y los edificios que faltaban de la subetapa I, devolviendo los lotes de la subetapa II a COMFAMA, por lo cual dicha entidad se vio en la necesidad de contratar con otro constructor dicha etapa que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. no construyó, incumpliendo, como se dijo, con las obligaciones contraídas en ese sentido.

25. En vista del incumplimiento de la constructora, COMFAMA contrató con la sociedad "Edicreto SA." la terminación del proyecto, que comprendía los faltantes 380 apartamentos en 10 edificios de 8 pisos de altura cada uno, y las obras de urbanismo complementarias. Esta empresa inició sus trabajos el día 23 de julio de 2008 y los

terminó el día 23 de febrero de 2009, entregando la totalidad del proyecto a ella encomendada en un término inferior al que tuvo el inicial contratista para realizar el proyecto cuya ejecución incumplió y que es objeto de este proceso.

26. La construcción de los edificios 1 y 2 de la primera subetapa, después denominados 1A y 2A y de la totalidad de la segunda subetapa que llevó a cabo la sociedad "Edicreto S.A." para reemplazar a la demandada en razón de su incumplimiento, significó para COMFAMA un sobre costo estimado hasta el día 30 de abril de 2009, por obras y costos de financiación, en dos mil seiscientos sesenta y tres millones ciento noventa y siete mil pesos \$2.663.197.000, además de los perjuicios estimados "en los hechos 24.1, 28.6, 30, 31, 32, 33, 37, 37.5, 38 y 39" de la demanda de reconvencción."

VII. PRETENSIONES DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

PRIMERO.- *"Que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. incumplió el contrato contenido en la oferta mercantil del 10 de mayo 2007, modificada parcialmente mediante la comunicación recibida por COMFAMA el 31 de julio de 2007, aceptada por la aquí demandante."*

SEGUNDO.- *"Que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. es civilmente responsable de los perjuicios causados a COMFAMA, que ascienden a \$3.105.568.927, según lo narrado en los hechos 24.1, 28.6, 30, 31, 32, 33, 37, 37.5, 38 y 39 de la presente demanda, perjuicios que deberá pagar a COMFAMA dentro del término que fije el laudo arbitral."*

TERCERO.- *"Que como consecuencia del incumplimiento, CONALTURA LA PROMOTORA S.A. debe pagar a COMFAMA el valor de la cláusula penal, esto es, la cantidad de \$360.559.748."*

CUARTO.- *"Que las sumas a cuyo pago sea condenada CONALTURA S.A. sean actualizadas al momento del fallo, teniendo como parámetro de actualización la tasa máxima de interés comercial, fijada por la Ley, en razón de la actividad realizada por las partes, y a la tasa máxima del interés moratorio a partir del fallo."*

VIII. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

La parte reconvenida, CONALTURA LA PROMOTORA S.A., contestó oportunamente la demanda, se pronunció sobre los hechos expuestos por la reconviniente, negó unos, aceptó otros total o parcialmente, formuló aclaraciones relativas a ellos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso excepciones que se sintetizan:

1.- "EXCEPCION DE CONTRATO (SIC) CUMPLIDO". Conforme lo dispone el artículo 1546 del C. civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, en este caso podría el otro contratante pedir a su arbitrio la resolución o cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

CONALTURA LA PROMOTORA S.A. cumplió el contrato surgido de la aceptación de la oferta presentada a COMFAMA, con las modificaciones que en su desarrollo introdujo COMFAMA, haciendo más oneroso y gravoso, con la supresión de dos de las dos torres inicialmente planteadas en los términos de referencia para la subetapa I, y en lo que tiene que ver con la construcción de la subetapa II incumplió las condiciones previas y necesarias para su ejecución. CONALTURA LA PROMOTORA S.A. siempre se allanó al cumplimiento de sus obligaciones. Por ello no han de prosperar las solicitudes de la reconvención, por el contrario, se impone la razón de la pretensión de incumplimiento e indemnización a favor de mi mandante.

2.- "AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS PARA CONFIGURAR UNA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTE DE CONALTURA LA PROMOTORA S.A." No hay responsabilidad civil de orden contractual de CONALTURA LA PROMOTORA porque ésta no incumplió la oferta mercantil ni sus términos de referencia, se limitó a la construcción de las torres legalmente aprobadas por la CURADURÍA CUARTA y señaladas por COMFAMA al inicio de la obra.

Por otro lado, CONALTURA LA PROMOTORA SA. actuó con diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, dentro del alcance de las mismas y modificaciones impuestas por COMFAMA en el desarrollo del contrato.

Adicionalmente, es inexistente el daño reclamado por COMFAMA porque los supuestos perjuicios padecidos por ésta, nacieron de obligaciones incumplidas por COMFAMA, son producto de sus errores contractuales. Los mayores costos de la Interventoría, el mayor valor de los materiales adquiridos en el 2008 (pues de ella dependía la compra y recursos disponibles para hacerlo), el mayor costo de las obras contratadas con Edicreto S.A., obedecen a su propio actuar al no proporcionar el urbanismo terminado en tiempo, al cambio de diseños iniciales, todos esos valores reclamados no tienen relación causal con el proceder de CONALTURA LA PROMOTORA S.A.

3.- "CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA". A pesar de que los inmuebles y las obras contratadas se concluyeron en Mayo de 2008, la entrega de los apartamentos en condiciones de habitabilidad, sólo fue posible en agosto y septiembre de 2008, debido a que COMFAMA

y su Interventoría, sólo comenzaron a tramitar el recibo de obras de urbanismo y de construcción en junio 12 de 2008, no obstante la insistencia y advertencia realizada por CONALTURA LA PROMOTORA, en cuanto a que dicho trámite requería de un margen de tiempo amplio, adicional al que se necesitaría luego de ello para la conexión y puesta en marcha de los servicios públicos, tiempo que no se contaría como plazo contractual al tenor de lo dispuesto en la cláusula segunda de la modificación aceptada de la oferta mercantil entre las partes. Esta excepción rompe cualquier tipo de nexo causal que pudiera existir en eventual incumplimiento de mi representada en el plazo contractual.

4.- "CAUSA EXTRAÑA". En el presente asunto se configuró una fuerza mayor o caso fortuito, puesto que se presentaron circunstancias imprevisibles e irresistibles ajenas a la voluntad del contratista, CONALTURA LA PROMOTORA S.A., en lo que tiene que ver con la entrega en condiciones de habitabilidad (con servicios públicos) de los inmuebles, conforme a lo contemplado en la Oferta Mercantil, cláusula DECIMA TERCERA.

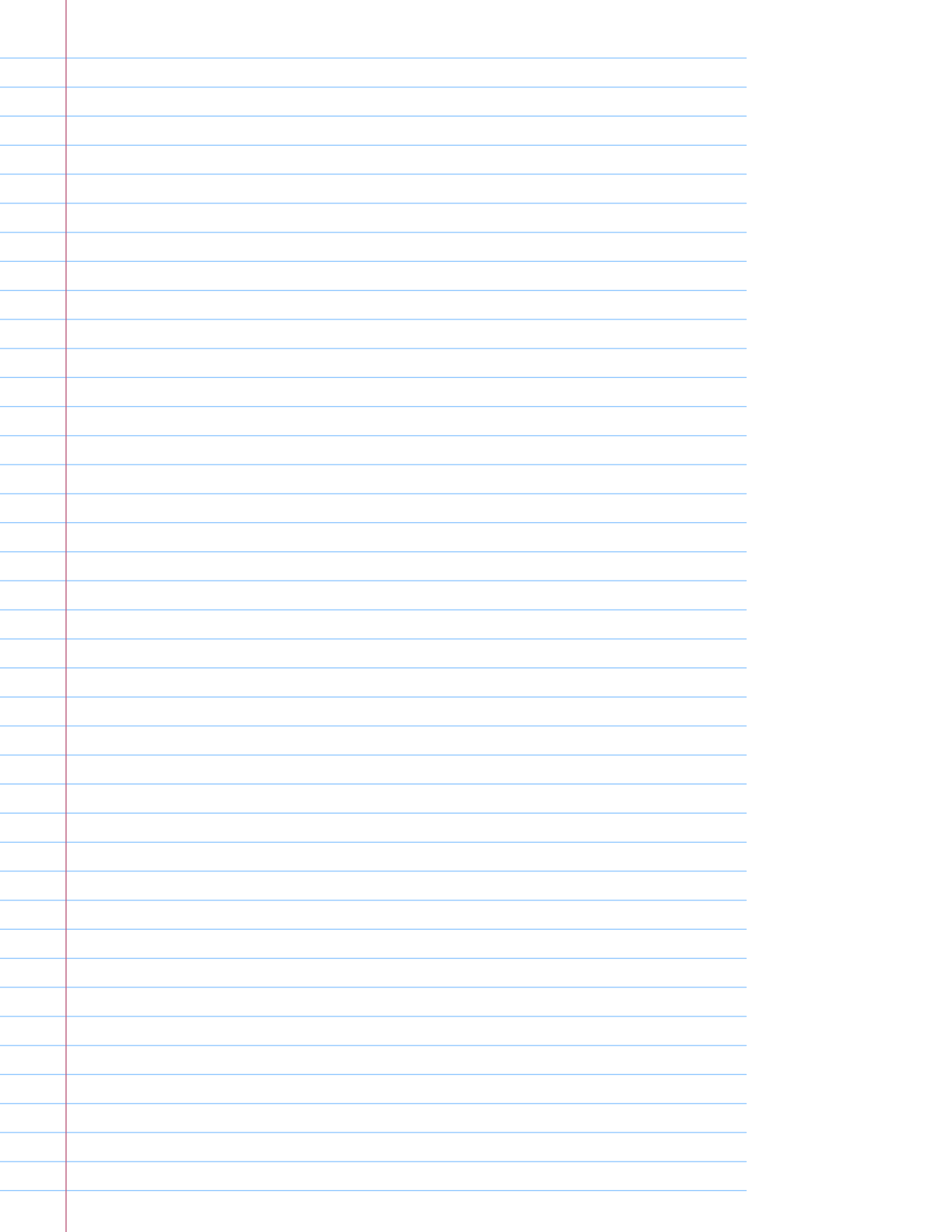
Igualmente se enmarcan dentro de las circunstancias de fuerza mayor, soportadas contractualmente por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., todos aquellos eventos sucedidos en el desarrollo del proyecto que generaron demoras y traumatismos al mismo, como las condiciones de suelo que modificaron las fundaciones en las torres, y que necesariamente afectaron los términos y plazos contractuales, incrementaron costos, generaron mayor permanencia en obra, y la realización de trabajos adicionales que son objeto de reclamación en la demanda inicial.

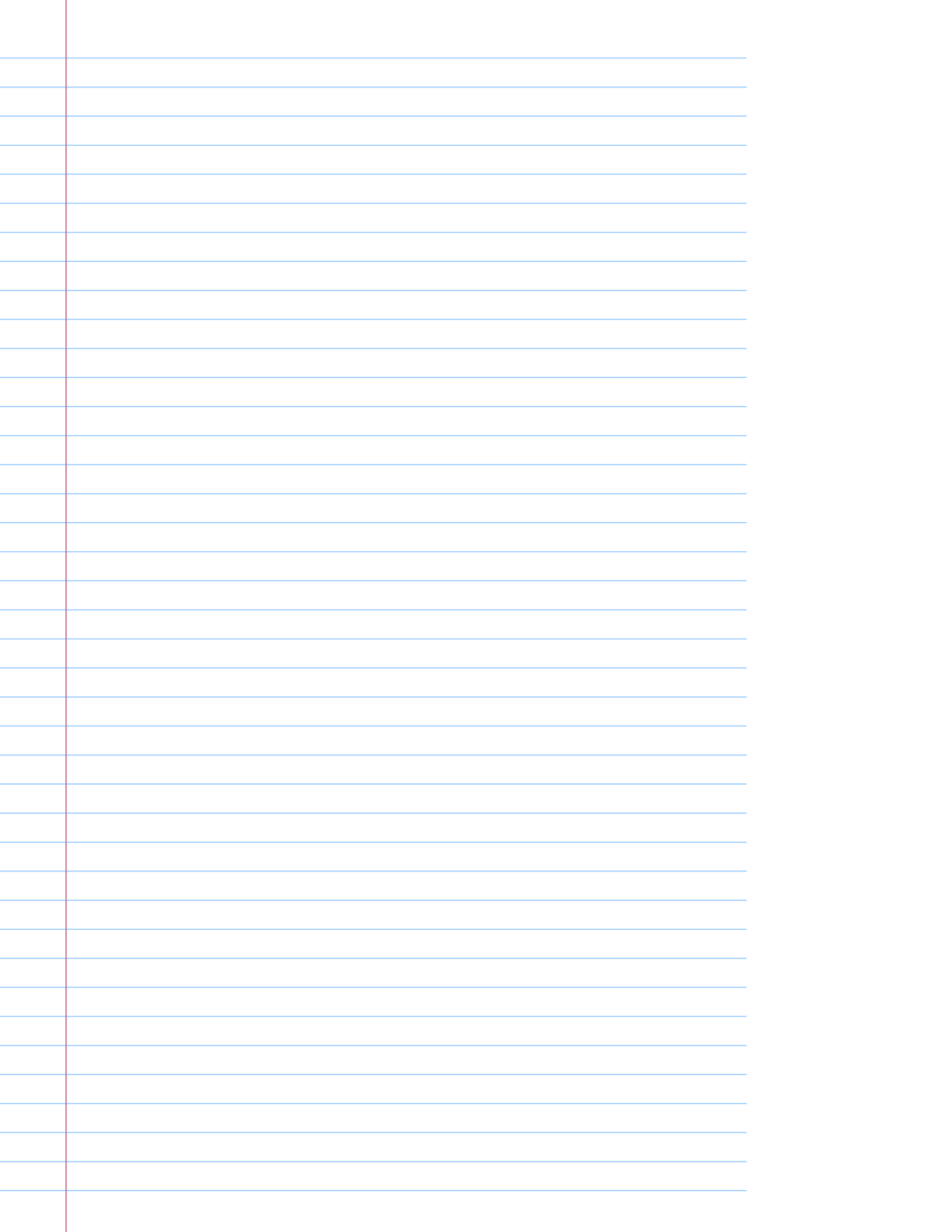
5.- "INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN". COMFAMA no puede alegar ningún incumplimiento en su favor cuando:

5.1. No entregó las obras de urbanismo previas necesarias para ejecutar sin traumatismos las obras contratadas, en la modificación de la oferta, aceptada. *"En la Página 58 consagró una obligación de resultado reforzado o garantía en su contra donde se estipuló... **garantizando que no se presentarán sobre costos por transporte interno u otro tipo de incertidumbres.**"*

5.2. No suministró servicios públicos suficientes para un adecuado desarrollo de la obra (acueducto, energía y alcantarillado).

5.3 No entregó dentro del plazo contractual el recibo de urbanismo y el de construcción para tramitar ante las entidades municipales la conexión a los servicios públicos, presupuesto básico para que CONALTURA LA PROMOTORA entregara en condiciones de habitabilidad los inmuebles, tal y como se consagró en la oferta y su modificación.





estudiar. Es por lo anterior que se constituye en una sana práctica de la ingeniería geotécnica su debida verificación en el campo, una vez se hayan realizado las excavaciones hasta las cotas inicialmente proyectadas, y entonces proceder a comparar la calidad del suelo realmente encontrado, con el supuesto indicado por los sondeos iniciales. Es común que ante el evento de encontrarse alguna variación que contraste con lo esperado, se recomienden rediseños o algún tipo de cambios en el concepto de cimentación (aumento de profundidad, llenos de reemplazo, y aún cambios en el sistema inicialmente propuesto). Es muy frecuente que se proponga, en los contratos a precio global fijo, darle un tratamiento especial al capítulo de excavaciones y cimentaciones y pagarlo más bien por el sistema de precios unitarios, pues éste se adapta de mejor manera a las variabilidades que son frecuentes allí, práctica bastante usual en el medio, que ayuda a evitar grandes conflictos en los contratos suscritos en tal modalidad.

En la ampliación al dictamen: (Folio N° 1371 del cuaderno principal número 2)

8. Con relación a la respuesta del punto 1. a) Aclarará el señor perito si con las observaciones indicadas en el estudio de suelos, el diseñador estructural debía considerar desde un principio un diseño de fundaciones más profundas, presentado por COMFAMA para la preparación de la oferta mercantil, para lo cual deberá consultar a la firma Solingral sobre el particular.

Respuesta:

Tal como se expresó en el dictamen, los sondeos preliminares del subsuelo deben ser revisados al momento de la construcción para, si es del caso, introducir ajustes a la cimentación propuesta. No siempre es posible predecir con los sondeos iniciales, las condiciones precisas del subsuelo a encontrar al momento de construir.

Segundo: Sobre las obras ejecutadas en el proyecto Urbanización Mirador del Valle por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., para atender las recomendaciones formuladas por los ingenieros de suelos y sobre su incidencia en la producción de cambios arquitectónicos en las plantas de los edificios.

Conceptúo el perito:

En el dictamen:

1. Con relación al "estudio de suelos" del Proyecto Mirador del Valle, el perito dirá:

(...)

b) Describirá las obras ejecutadas en el proyecto Urbanización Mirador del Valle por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., para atender las recomendaciones formuladas por los ingenieros de suelos. Informará, así mismo, si ello produjo cambios arquitectónicos en las plantas de los edificios.

Respuesta: De las recomendaciones de Solingral:

"El nivel de desplante recomendado se determinó teniendo en cuenta las propiedades del suelo, los niveles de corte del proyecto y el sistema estructural proyectado y la única carga suministrada al momento del estudio (carga vertical de 200 kN/m), por lo tanto se verificó que los esfuerzos transmitidos fueran menores que los admisibles; sin embargo, esto no garantiza que no se pueda presentar el volcamiento de la estructura ante solicitaciones de tipo dinámico. Así mismo se llevó a cabo el chequeo de asentamientos para la carga máxima, pero con esta información no fue posible verificar los asentamientos diferenciales que pueden generar esfuerzos internos y fisuramientos en la estructura.

Consecuentes con lo anterior, se adoptó como solución la de profundizar las vigas de cimentación hasta la profundidad recomendada anteriormente, con lo cual surge la necesidad de construir unos muros a manera de pedestales con una altura entre 0.60 m y 1.00 m según sea el caso, a partir de lo que se defina la obra. Para el caso en que las terrazas que se conformaron presenten desprendimientos o indicios de inestabilidad, en ningún caso se recomienda cimentar sobre rellenos, así sean de tipo estructural".

Después de tales recomendaciones, fue necesario acometer diversos trabajos extras para satisfacer las nuevas condiciones del suelo encontradas en los edificios 1, 2, 3 y 4 y para el efecto fueron pactados precios unitarios y/o tarifas de arriendo y costos de insumos necesarios para lograr los fines propuestos. El perito pudo verificar la existencia en la documentación aportada al proceso, de varias actas de liquidación acordadas por las partes para reconocer los costos de las nuevas obras requeridas.

Los trabajos descritos no implicaron cambios arquitectónicos en el proyecto, pues sólo pretendían atender una condición adversa del subsuelo, pero al retomar los niveles originales previstos, el diseño se conservó enteramente. (Subraya del Tribunal).

TERCERO: Sobre los pagos de las obras extras producto de las modificaciones en las cimentaciones.

Manifiesta el perito ingeniero:

En el dictamen: (folio N° 1299 del cuaderno principal N° 2)

"1) Con relación al "estudio de suelos" del Proyecto Mirador del Valle, el perito dirá: (...)

c) Determinará cuál fue la obra extra y adicional que se generó por el cambio parcial de desplante de las fundaciones en 4 edificios, ordenado por Solingral, y lo cotejará con lo medido y pagado por COMFAMA con base en los documentos correspondientes.

Una vez fue leída la pregunta, y luego de la discusión promovida por los apoderados de las partes, del tercero llamado en garantía y de la intervención del Tribunal, en cuanto al contenido de la pregunta y su alcance, ésta fue reformulada por el apoderado de la parte convocada, quedando así: "Cuáles eran las obras extras que COMFAMA le ordenó realizar a CONALTURA LA PROMOTORA S.A., en razón de las recomendaciones de Solingral sobre la profundización

de las fundaciones de los edificios 1 y 4. En segundo lugar, si esas obras extras adicionales fueron ejecutadas por CONALTURA LA PROMOTORA S.A. En tercer lugar, si esas obras aparecen en actas aprobadas por la interventoría y si se remuneraron adecuadamente bajo la técnica de la ingeniería a CONALTURA LA PROMOTORA S.A.”

Respuesta: Las obras extras ejecutadas aparecen relacionadas en las actas 5, 5a, 5b, 6, 7, y 8, que obran en el expediente, y están debidamente acordadas por las partes. Al momento de la intervención del perito ingeniero resulta imposible la verificación de las cantidades realmente ejecutadas, pero es evidente que ellas fueron conciliadas debidamente entre las partes. Los precios, tarifas y cánones utilizados son, a criterio del perito, razonables para remunerar los trabajos descritos. No obstante, las consecuencias que pudieron tener tales actividades no contempladas sobre la logística de construcción originalmente planteada, sus plazos, la nueva secuencia constructiva, etc, etc, eran muy difíciles de prever en el momento en que surgieron los acuerdos respectivos, e indudablemente tuvieron que afectar de manera severa el planteamiento general de las obras.

En la ampliación del dictamen: (Folios números 1371 y 1372 del mismo cuaderno)

“9. En la respuesta al No. 1 c) y d) dice el perito: *Las obras extras ejecutadas aparecen relacionadas en las actas 5, 5a, 5b, 6, 7, y 8, que obran en el expediente, y están debidamente acordadas por las partes. Al momento de la intervención del perito ingeniero resulta imposible la verificación de las cantidades realmente ejecutadas, pero es evidente que ellas fueron conciliadas debidamente entre las partes. Aclarará el perito que soportes tuvo en cuenta para afirmar lo anterior y complementara, si cada uno de los ítems relacionados en las actas se pagaron y cuáles no, ya que muchos de estos ítems aún son objeto de reclamación por la actora.*

Respuesta:

Para el perito es evidente que las cantidades acordadas en las actas de obra extra fueron conciliadas, ya que el representante de Conaltura las firma, sin aparecer constancia de desacuerdo alguno. No obstante, en el acta de liquidación posterior suscrita por ambas parte se reconocieron solo pagos parciales a éstas actas. Como se dijo en la respuesta 3, el perito no puede concluir porqué razón no se reconocieron tales actas con la información disponible.”

En consecuencia, el Tribunal encuentra que frente a los puntos primero y segundo de este acápite, las conclusiones del perito son contundentes, por lo cual no habrá que recurrir a otra prueba distinta a ésta, que es técnica, para concluir que no hay fundamento para la pretensión de que COMFAMA incumplió sus obligaciones por los cambios ocurridos en las fundaciones, por razón de recomendaciones del asesor en suelos, dado que estos cambios son de normal ocurrencia y por tanto no son imprevisibles y estos *cambios no produjeron modificaciones arquitectónicas en el* proyecto.

Con relación al punto tercero, el Tribunal encuentra que de conformidad con lo determinado por el perito, que no fue objetado, las partes acordaron una remuneración aparte por las obras ejecutadas por CONALTURA LA PROMOTORA S.A. por razón de las modificaciones en las cimentaciones. Sin embargo, no hay constancia alguna aportada al proceso, sobre los términos de este acuerdo: Si fue con respecto a unos precios unitarios no reajustables, etc.

Por otra parte, es un hecho aceptado por ambas partes que el plazo para la entrega de la obra por parte de CONALTURA LA PROMOTORA S.A., se amplió por dos (2) meses más, como consecuencia del cambio en las cimentaciones, lo que impide que el Tribunal considere que hay incumplimiento de COMFAMA por razón de no considerar la incidencia de estas obras en el plazo de ejecución del contrato.

En consecuencia el Tribunal tendrá que desestimar la petición del reconocimiento del pago de obras extras no canceladas por COMFAMA, con relación a los cambios en las cimentaciones, puesto que no existe certeza de las condiciones pactadas con relación a esta obligación y mucho menos existe en el plenario acreditación sobre el daño y el nexo causal con el incumplimiento endilgado a COMFAMA.

3.5.- EL PLAZO PACTADO Y LA EJECUCION DE LA OBRA.

En la oferta mercantil 09-05-07, radicada bajo el No. 889013 de 9 de mayo de 2007, se establecieron los siguientes plazos para la ejecución de cada una de las etapas:

"DECIMA TERCERA. DURACIÓN: El término durante el cual EL OFERENTE entregará a entera satisfacción al DESTINATARIO las obras objeto de esta oferta Mercantil, será para la subetapa No. 1 el plazo es de 180 días de los meses Julio a Diciembre 30 de 2007 y para la subetapa No. 2 el plazo es de 180 días para ejecutarse en el período Enero de 2008 a Junio 28 de 2008. Dichas fechas podrán variar de acuerdo a la fecha de inicio autorizada por el destinatario. El plazo de entrega de la obra podrá prorrogarse en su tiempo de ejecución por mutuo acuerdo entre las partes y en los casos de presentarse fuerza mayor o caso fortuito, que impidan al OFERENTE cumplir con el objeto de la presente Oferta Mercantil, esta ampliación deberá aprobarse y consignarse en un acta suscrita por las partes."

El plazo para la ejecución de la Primera Etapa, fue modificado en dos (2) ocasiones: primero, porque la fecha de inicio de la obra, aceptada por ambas partes, en los documentos de la demanda y contestación de la demanda (Ver hecho noveno y respuesta al hecho noveno) fue la del 14 de septiembre de 2007 y en consecuencia el plazo para la entrega se cumplía el 14 de marzo de 2008, y posteriormente, por el problema del cambio de fundaciones en varios edificios, lo que motivó que se prorrogara el plazo por dos (2) meses más, estableciéndose finalmente, que la fecha del 29 de mayo de

2008, fue la fecha aceptada por ambas partes, como fecha para la entrega de los edificios de la Primera Etapa, según se desprende, también, de la demanda y de su contestación (ver nuevamente el hecho noveno y la respuesta al hecho noveno, anexo N° 4.29 aportado por COMFAMA).

Aspecto muy importante para el Tribunal, en este punto, es la diferencia existente entre las partes en cuanto al plazo para la ejecución de la segunda etapa; Al respecto cabe advertir lo siguiente: Desde la invitación para ofertar y desde la oferta, se estipuló que la ejecución de ambas etapas era sucesiva y no coetánea: El plazo para la ejecución de la primera etapa era desde el 31 de julio de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007 y el plazo para la ejecución de la segunda etapa era desde el 1º de enero de 2008, hasta el 31 de julio de 2008; Sin embargo, con las dificultades presentadas para el inicio de la primera etapa y con los problemas en las fundaciones antes referidos, se modificó el plazo para la ejecución de la primera etapa, pero nada se acordó expresamente entre las partes con relación al plazo de ejecución de la segunda etapa. Así se desprende de lo planteado en el hecho noveno de la demanda y en su respuesta, cuando se narra por la convocante que:

"Todo lo anterior implicaba MODIFICACIÓN DEL PLAZO: Para la subetapa I se desplazó el término de inicio de la construcción la cual se estimó a partir del mes de Septiembre-07 y la entrega se contempló para el día 29 de Marzo de 2008 con los servicios públicos conectados a las diferentes unidades de vivienda, lo que presuponía el trámite oportuno por parte de COMFAMA del recibo de obras de urbanismo y construcción."

"Para la subetapa II el término continuó igual, es decir a partir de enero de 2008 a culminar junio (SIC) de 2008 (6 meses)." (El SIC y la subraya fuera del texto).

En la respuesta a la demanda, la convocada manifiesta con respecto a este hecho, lo siguiente:

"Sobre la Subetapa II, no es cierto lo afirmado en el hecho que se responde en estos términos: 'Para la subetapa II el término continuo (sic) igual, es decir a partir de enero de 2008 a culminar junio de 2008 (6 meses).' Si la Subetapa 1 debía iniciarse el 14 de Septiembre, la Subetapa II debió construirse a partir del 14 de Marzo de 2008 y concluirse el 14 de Septiembre de 2008."

Pero, además, en la ejecución del contrato, es palpable que no hubo acuerdo entre las partes con relación al plazo de ejecución de la segunda etapa. En efecto:

Según acta de inicio de la obra, aportada y elaborada por COMFAMA, en el anexo 2.9. del Anexo 2 de la contestación de la demanda, de fecha octubre 23 de 2007, se expresa:

"De acuerdo con la cláusula décima tercera 13ª (SIC) de la citada oferta mercantil, el plazo para la ejecución de las actividades de construcción de los

edificios de apartamentos y obras de urbanismo complementarias, será para la etapa N° 1, de ciento ochenta (180) días y para la subetapa N° 2 de ciento ochenta (180) días, contados a partir de la fecha en que se firme el acta de iniciación de las obras. El plazo total de la ejecución de los trabajos **vence el día 14 de septiembre de 2008.**" Negrillas por fuera de texto.

Es necesario advertir que esta acta de inicio no fue firmada por funcionarios o representantes de CONALTURA LA PROMOTORA S.A., de donde no cabe inferir que los términos del acta fueron aceptados por esta sociedad.

En testimonio de **IVÁN RODRIGO ASUAD**, (folios 1513 y 1514 del cuaderno principal N° 3), afirma:

"PREGUNTADO: Cuando COMFAMA decidió relocalizar nuevamente las torres 1 y 2, después llamadas 1A y 2A, más o menos en el mes de febrero del 2008, según la reubicación de la nueva licencia de construcción, ¿en qué estado de ejecución se encontraba la obra, ejecución de parte de CONALTURA LA PROMOTORA? **CONTESTO:** La verdad, que hay que decirlo, es que el cambio para acá quedó legalizado el 28 de febrero, pero esa decisión fue desde diciembre, la decisión de trasladarla fue desde diciembre. Nosotros la comunicamos en un comité, yo asistí a ese comité en el mes de diciembre, yo lo comuniqué. ¿La obra en qué estaba? Para el mes de diciembre, los edificios, los vecinos que son aquí, que se llamaban 1, 2 y 3, estaban comenzando, ninguno de ellos, hasta donde yo recuerde, estaba terminado, estaban todos comenzando, lo mismo que el 4, el 4 también estaba comenzado para principios de diciembre, que fue cuando hicimos ese cambio. 1, 2, 3 y 4 estaban en ejecución, ninguno terminado. **PREGUNTADO:** Para la fecha que usted dice en diciembre, ¿ustedes le propusieron a CONALTURA que arrancara con esas dos torres sin licencia de construcción? **CONTESTO:** No, que las hiciéramos, que volviéramos allá, que nosotros hacíamos o una vía o suministrábamos un cable, pero que arrancara con la 7 y con la 8, que estaban terminadas desde el principio de las obras. **PREGUNTADO:** ¿Cuál 7 y 8? **CONTESTO:** Estas que están aquí, las que están en medio de los dos parqueaderos y que siempre se llamaron 7 y 8, entre el parqueadero de arriba y el parqueadero de abajo, que fue la que mostré ahora en una foto. **PREGUNTADO:** A ver si entendemos: ¿entonces ustedes le propusieron a CONALTURA empezar anticipadamente con el desarrollo de la subetapa número II, para que realizaran lo que usted acaba de señalar como 7 y 8? **CONTESTO:** No, no es comenzar anticipada la etapa II; es que para enero ustedes ya debían estar trabajando aquí. Lo que les dijimos fue: "arranquen aquí en subetapa II, con los edificios 7 y 8, y nosotros hacemos aquí la terraza y hacemos la vía". (Subraya fuera del texto).

"(...) **PREGUNTADO:** Algunas de las modificaciones que ustedes hicieron a los planos aprobados por la Curaduría, ¿se empezaban a ejecutar antes de que saliera la respectiva licencia de la Curaduría? **CONTESTO:** Lo que pasa es que el trámite, realmente no, porque si bien es cierto que yo meto un trámite a Curaduría y allá se demora quince, veinte días, o un mes, lo cierto del caso es que ellos comenzaron a trabajar en la 1, en la 2, en la 3 y en la 4, y eso no tenía cambio. Cuando ya estaban disponibles para trabajar la 1A y 2A, también el cambio estaba legalizado, todo eso, pero es que no coincide ni la gestión, ni el otorgamiento de la licencia, ni la ejecución de la obra. **PREGUNTADO:** ¿No coinciden? **CONTESTO:** No, eso no coincide, porque yo saco la licencia en febrero, pero la obra apenas va en el edificio 5. **PREGUNTADO:** ¿Cuándo conoció COMFAMA que el contratista había

incumplido las obligaciones propias del contrato? **CONTESTO:** A ver, esa pregunta es como rara. **PREGUNTADO:** Tiene que ver con el contrato de seguro. **CONTESTO:** No, es rara es porque hay ciertas que uno se da cuenta: en enero nosotros ya nos dimos cuenta que ellos no querían seguir, en enero del 2008, que no querían seguir con la etapa II, puesto que pusimos las terrazas a disposición y no quisieron continuar. Ahí ya sabíamos que el contrato ya se había vuelto un problema. Sí, en enero ya nos dimos cuenta que ellos no querían continuar, que no estaban si no por terminar lo que ya habían iniciado, en el mes de enero del 2008. **PREGUNTADO:** ¿Sabe usted si luego de la fecha de enero de 2008, en que COMFAMA conoció que el contratista...? **CONTESTO:** No, donde presumíamos, es decir, no quieren seguir, esto no va a parar en nada, no van a hacer esos edificios, pero por escrito no había un no de ellos. **PREGUNTADO:** ¿Cómo? **CONTESTO:** Por escrito no había un "no" de ellos; nosotros ya sí nos imaginábamos que no iban a continuar. **PREGUNTADO:** Y una vez ustedes se imaginaron que no iban a continuar, ¿le informaron a la aseguradora sobre la situación que presentaba el contratista? **CONTESTO:** No, no le comentamos a la aseguradora nuestra imaginación". (Folios números 1549 y 1550 del cuaderno principal número 3).

Por su parte el testigo **JAIME ALBERTO OSORIO VALENCIA**, funcionario de COMFAMA, Jefe del Departamento de Gestión de Proyecto de Comfama para el momento de ejecución de la obra, quien junto con el subdirector de vivienda tenía la responsabilidad de ejecutar la formulación del proyecto (folio N° 1927 del cuaderno principal número 3), manifiesta: (Folios 1970 y 1971):

"PREGUNTADO: Ya nos vamos a otra etapa posterior. Sírvase explicarle al Tribunal quién tomó la decisión de no construir la subetapa II y las dos torres que quedaron pendientes en la subetapa I, y cómo se le notificó a COMFAMA que no se haría. **CONTESTO:** Cuando nosotros estábamos en el mes de diciembre viendo las dificultades que se venían, porque no se iniciaban las obras, porque nosotros le presentamos, y qué pena, se me olvidó decir, una cuarta alternativa a CONALTURA, y fue: "bueno, si ustedes quieren pueden iniciar la construcción de las torres 7 y 8", que estaban ahí a pedir de boca, porque estaban al lado de la vía pavimentada, y tenían acceso por debajo con vía pavimentada y por encima. En ese momento ellos dijeron que lo iban a pensar. Finalmente tampoco lo hicieron. Más o menos a finales de febrero, ya cuando ellos empezaron a reclamar una serie de cosas, que para nosotros no las podíamos justificar, nosotros estábamos muy preocupados qué era lo que iba a pasar, pero ya realmente es en una comunicación de finales de enero donde ya ellos quieren cambiar todo el objeto del contrato. Yo lo digo así, porque lo que ellos pretendían simplemente era renegociar el contrato, cambiar precios, cosas como estas: las dos torres 1A y 2A valían en la propuesta aproximadamente 886 millones de pesos, la propuesta global haciendo un ponderado de lo que valía la propuesta global de la subetapa I (...)". (Subrayas propias).

Y después expresó: (Folios 2007, 2008 y 2009, del cuaderno principal número 3):

"PREGUNTADO: ¿Usted es tan amable, y según ha dicho ha tenido muchas oportunidades de leer la oferta mercantil, usted es tan amable y me identifica dónde habla del plazo que usted está mencionando y de la posibilidad de que COMFAMA definiera en el camino el término de arranque?

CONTESTO: Creo que es en la duración, y en los términos de referencia también, si es tan amable y me los facilita. **CONTESTO:** En el folio 68 de la oferta mercantil dice: "Cláusula Décima tercera. Duración. El término durante el cual el oferente entregará a entera satisfacción al destinatario las obras objeto de esta oferta mercantil, será para la subetapa I. El plazo es de ciento ochenta días dentro de los meses de julio a diciembre 30 del 2007, y para la subetapa II el plazo es de ciento ochenta días para ejecutarse en el periodo enero de 2008 a junio 28 del 2008. Dichas fechas podrán variar de acuerdo a la fecha de inicio autorizada por el destinatario". Aquí está, doctora. **PREGUNTADO:** Con base en esto, dígame de qué manera en forma oficial COMFAMA le solicitó o le indicó a CONALTURA el tiempo o el momento en que debía arrancarse la subetapa número II. **CONTESTO:** Ambas fechas, en una carta que se llama la orden de servicio, que expide COMFAMA, estamos hablando del día 13 de septiembre del 2007, COMFAMA aprueba la oferta mercantil y su modificación, y estipula que puede dar inicio a las obras que componen dos subetapas. A partir de ese momento, básicamente a partir del otro día, que es cuando nosotros ya se cumplen las condiciones, ya hemos dado anticipos, tenemos pólizas aprobadas, porque ese día se aprobaron, y hemos entregado órdenes de compra, a partir de ese momento se cuentan doce meses. Es obvio que a partir de ese momento CONALTURA disponía de doce meses para hacer la obra, y que ya la primera etapa iba de septiembre 14 del 2007 a marzo del 2008, y la segunda etapa de marzo del 2008 a septiembre del 2008. **PREGUNTADO:** ¿En qué documento o en qué parte (si lo recuerda para buscarlo, o si está en un informe de Interventoría, si está en la bitácora o en alguna comunicación oficial), le hacían esa interpretación que ustedes daban al término de inicio de la subetapa II? **CONTESTO:** Si no estoy mal, doctora, creo que es en la orden de compra, y a partir de eso hay múltiples... **PREGUNTADO:** ¿Pero puede precisar cuál? **CONTESTO:** La orden de compra habla de las dos subetapas, que fue expedida por COMFAMA el 13 de septiembre del 2007, y a partir de eso hay infinidad de notas en la bitácora, informes de la Interventoría y comunicaciones de EIP, que es el interventor, a CONALTURA informando: "señores, ya empezamos el plazo, este plazo va desde 14 catorce de septiembre hasta 14 de marzo", que después es ampliada dos meses por el tema de las cimentaciones. O sea, eso es una cosa que se repite, que es reiterativo en toda la documentación. **PREGUNTADO:** Acabo de caer en cuenta de una cosa para que usted me explique: usted mencionó en su anterior declaración que porque CONALTURA no había iniciado la subetapa II en su momento, enero del 2008, habían tenido que asumir unos sobrecostos del hierro que se presentaron después de junio, porque el contrato que ustedes tenían con Ferrasa era hasta junio del 2008. Le pregunto: ¿cómo entonces ustedes están diciendo que ese sobrecosto es a cargo de CONALTURA, si ustedes al interior de COMFAMA estaban asumiendo un término para hacer las obras después de junio del 2008, para la subetapa II? **CONTESTO:** Recapitulo: la oferta mercantil o el acta de inicio sería el 14 de septiembre; nos vamos septiembre, octubre, noviembre, diciembre, enero, febrero, marzo. En marzo ya nosotros debimos haber terminado la subetapa I, hay una ampliación de dos meses que es aprobada por COMFAMA debidamente acordada con CONALTURA, entonces marzo, abril y mayo. Para mayo ya tenía que arrancar la segunda etapa, tenemos disponible de mayo, junio y julio, o sea, tres meses para hacer las obras de la segunda etapa. Para poder cumplir con los seis meses, la estructura no se lleva seis meses; la estructura se tiene que gastar máximo tres meses y medio, porque o sino no cumplo los seis meses. ¿Qué se hace? Y es lo que vivimos permanentemente y lo que se vio con Edicreto: se compra todo el hierro, porque teníamos primero que todo aprovechar la oferta mercantil que ya teníamos, que terminaba en julio del 2008. Entonces teníamos tres meses para hacer las compras de todo el hierro y para ejecutar las obras. Como a nosotros se nos perdió la posibilidad de hacer esas obras en ese tiempo, ya

fue que nos tocó asumir ese sobrecosto, porque las obras se hicieron en fecha posterior. O sea, en el tiempo que tenía previsto CONALTURA, contando ya le dije, seis meses más dos meses de ampliación de plazo, quedaban aun tres meses para comprar el hierro dentro del plazo de la oferta mercantil que teníamos con Ferrasa, que fue lo que se tuvo que desaprovechar y que nos obligó a comprar con un sobreprecio, por el precio del mercado que estaba a nivel mundial muy costoso”.

Por su parte el testigo **MAURICIO RESTREPO GARCÉS**, funcionario de CONALTURA LA PROMOTORA S.A., manifiesta: (folio 1833 del cuaderno principal No. 3):

“PREGUNTADO: La oferta mercantil que ustedes presentaron, hacía referencia a dos etapas. Sírvase explicarle al Tribunal si la segunda etapa se inició, si no se inició, si se construyó, si no se construyó, y en caso negativo cuál fue la razón para no hacerla. **CONTESTO:** Desde que se planteó la oferta mercantil se hablaron de dos etapas independientes, 8 torres de julio a diciembre del 2007, 8 torres de enero a junio, julio del 2008. CONALTURA LA PROMOTORA empezó por la subetapa I, y fue así que cuando se presentó hacia febrero del 2008, desde enero del 2008, el tema de las torres 1A y 2A, CONALTURA presentó las diferentes propuestas que no fueron aceptadas para acometer esta obra, y en vista de que la subetapa II, a enero, que todavía estaban trabajando en las terrazas, porque por la situación que tuvieron de los bloques que habían trasladado hacia allá, CONALTURA presentó una nueva propuesta, la cual no fue aceptada, y es por eso que CONALTURA tomó la decisión – ya por gerencia – de no construir la subetapa II, ya que no se estaban dando las condiciones por COMFAMA para acometer la construcción de esos edificios. **PREGUNTADO:** ¿Usted recuerda cuáles fueron las modificaciones que ustedes propusieron a la oferta mercantil para así realizar la etapa II? **CONTESTO:** No, la etapa II CONALTURA LA PROMOTORA, en vista de este incumplimiento, presentó una propuesta nueva para poderla desarrollar, una propuesta nueva en la cual se presentó paralelamente con la construcción de la subetapa I, las torres 1A y 2A.” (Subrayas por fuera de texto).

En el Acta del Comité Técnico de Obra número 19, de enero 24 de 2007 (SIC – Entiéndase enero 24 de 2008) (Folio 31 a 39 del anexo número 5, pruebas aportadas por Conaltura con la demanda), se deja constancia de que la Ingeniera Claudia Garcés, manifiesta que CONALTURA no presentará propuesta para la construcción de la Torre 7, 8, 1A y 2A, sin antes presentar la situación de obra actual y revisarla con la Interventoría y COMFAMA.

Advierte el Tribunal que las Torres 7 y 8 hacían parte de la Subetapa II y en la misma acta, en la parte relativa a los acuerdos y compromisos, numeral 6.1., se acuerda realizar apiques en las Torres 7 y 8 e iniciar excavaciones en la Torre 6 para que Soligral (SIC) verifique las condiciones del suelo de apoyo.

Si en el acta se deja constancia de la posición de Conaltura, con relación a las torres 7 y 8, es porque efectivamente había sido requerida para que las construyera, conforme aparece en las declaraciones de testigos de COMFAMA antes trascritas; sin embargo, también es claro que aún no existía certeza sobre las

fundaciones de estos edificios, puesto que solamente se iban a comenzar apiques para verificar las condiciones del suelo de apoyo.

En carta de fecha 29 de abril de 2008, suscrita por Carlos Mario Gaviria, Representante Legal de Conaltura S.A., dirigida a Rocío López Herrera, asistente jurídica COMFAMA, manifiesta:

"En reunión de abril 23-08, acordamos, con el fin de que no se generaran más costos y perjuicios para ambas partes, dar por terminada esta relación contractual y nos propusimos estructurar y discutir con ustedes el documento para ello, el cual fue objeto de algunas observaciones, que no cambian el fondo, son de forma:"

"1. Tratar independientemente el tema subetapa 1 y subetapa 2, esta última etapa ni siquiera inició, sólo hasta abril-08, se estaban dando las condiciones de urbanismo y servicios para su desarrollo, obedeció a una propuesta de costos y ejecución independiente, aunque finalmente y por exigencia de COMFAMA figuró en una sola oferta mercantil, donde se incluía la subetapa 1, era claro su tratamiento diferente a tal punto en que no fue objeto de la modificación de mayo de 2007". (Subraya intencional).

Así las cosas, reitera el Tribunal que es claro que no hubo acuerdo entre las partes con relación a la fecha en la que se debía comenzar la subetapa 2 y por consiguiente sobre la fecha en que debía entregarse construida. Si bien la parte demandada **interpreta** en la respuesta a la demanda que la subetapa II debió haberse comenzado el 14 de marzo de 2008, desconociendo según la lógica misma de esta interpretación que el plazo se había prorrogado hasta mayo 29 de 2008, como ya se advirtió, el doctor IVAN RODRIGO ASUAD MESA, Jefe de Subdirección de Vivienda de Comfama, por lo cual era el responsable del proyecto (folio 1471, cuaderno principal número 3), consideraba que para el mes de enero de 2008 ya CONALTURA LA PROMOTORA S.A. debió haber comenzado la segunda etapa y desde enero de 2008 se le solicitó a CONALTURA LA PROMOTORA construir las torres 7 y 8, que hacían parte de la segunda etapa y Jaime Alberto Osorio Valencia, en su contradictoria declaración, expresa primero que el plazo para entregar la etapa II, se vencía en septiembre de 2008 y luego que se vencía en julio de 2008, en forma tal que es posible concluir, que ni siquiera al interior de COMFAMA, entre los funcionarios que tenían a su cargo la ejecución inmediata del proyecto, había unidad de criterios en cuanto a este aspecto.

De esta forma, se producía en la realidad de la ejecución del contrato, no en su interpretación posterior, un cambio sustancial en las condiciones iniciales en las que se invitó a participar a los oferentes y en las que se presentó la oferta de construcción aceptada y fue el de exigir por parte de COMFAMA el desarrollo simultáneo de las subetapas I y II, cuando siempre se definió que debía ser un desarrollo secuencial.

En cuanto al plazo para la entrega de los edificios que conformaron la subetapa 1, es necesario enfatizar que en la modificación a la oferta mercantil, modificación aceptada por COMFAMA, se estipuló en la parte reguladora de las obligaciones del OFERENTE:

"Cumplir con el plazo de construcción establecido. En el plazo de ejecución no se contabilizará el tiempo que transcurra entre la radicación de la solicitud y la respuesta o acción pertinente de las Entidades Reguladoras, tales como, la empresa autorizada para expedir el cumplimiento del RETIE y Empresas Públicas de Medellín.

Sin embargo nos comprometemos a estudiar y revisar con todo el detalle los planos eléctricos y demás requerimientos del RETIE, con la debida anticipación y a realizar los ajustes requeridos por la autoridad certificadora de tal manera que las obras se entreguen en los tiempos previstos y que esta gestión no sea obstáculo para su cumplimiento". (Subrayas y negrillas intencionales).

Por lo tanto, el plazo para la entrega de los apartamentos de la subetapa 1, que era exigible para EL OFERENTE, era la fecha del 29 de mayo de 2008, siempre y cuando para dicha fecha ya se hubiese obtenido por COMFAMA el recibo de las obras de urbanismo ejecutadas por Procopal y la autorización de las Empresas Públicas de Medellín para la conexión de servicios públicos de los apartamentos, necesarios de conformidad con la normatividad vigente en la ciudad de Medellín.

En el proceso (Anexo 2, 2.14 de Respuesta a la demanda de COMFAMA) obra constancia de que sólo el día 13 de junio de 2008, COMFAMA radicó la solicitud ante la Unidad de Monitoreo y Control del Departamento Administrativo de Planeación del Municipio de Medellín para el recibo de obras de urbanismo de 6 bloques, 228 apartamentos y 39 parqueaderos de la subetapa 1, identificados con los números 1, 2, 3, 4, 5 y 6, y que el Acta de recibo de obra tiene como fecha de expedición el día 10 de julio de 2008, recibida por COMFAMA el 15 de los mismos según constancia de registro N° 946989.

En comunicación obrante en el anexo 4, 4.6 aportado con la respuesta de la demanda de COMFAMA, el Jefe del Area de Atención de Constructores y Urbanizadores Aguas de E.P.M., Gabriel Jaime Vásquez E., dirigida al señor Iván Rodrigo Asuad, Subdirector Vivienda y Obras, Proyecto Mirador del Valle, el 18 de diciembre de 2008, indicó:

"Sólo hasta el día 29 de agosto de 2008, fecha en la cual se terminaron los trabajos de reparación de las redes de alcantarillado se procedió a realizar el chequeo de los derrames de alcantarillado de las 6 torres construidas y el día 4 de septiembre de 2008 se dio la orden de habilitar el servicio de acueducto definitivo para las 6 torres construidas y recibidas por el Departamento Administrativo de Planeación."

Sobre si el día 29 de mayo de 2009, estuvo dispuesta CONALTURA LA PROMOTORA S.A. a entregar los apartamentos de las 6 torres que edificó, hay versiones contradictorias en el expediente:

En comunicación R164-08 de mayo 30 de 2008 dirigida por Jaider Sepúlveda García, Gerente de E.I.P. LTDA, firma interventora, a Carlos Mario Gaviria Quintero, representante legal de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. (folios 164 y 165 del anexo 2 del cuaderno de pruebas de Conaltura.), afirma:

"4. No se presentó ningún representante de la empresa Conaltura La Promotora S.A. para hacer entrega de las obras el día 29 de mayo de 2008, o al menos para evaluar el estado de la misma conjuntamente con profesionales de la interventoría y Comfama."

No obstante lo anterior, a folios 159 de mismo anexo, aparece un documento denominado ACTA DE RECIBO DE OBRA, suscrito por Jorge Humberto Gómez Z., profesional especializado de COMFAMA y por Jaime César Martínez R., Residente de Interventoría EIP LTDA, en el que se afirma que **"el día 29 de mayo del 2008, a las 5:00 p.m. se reunieron en el sitio de la obra, la ingeniera Mónica Londoño Z., en representación de Conaltura La Promotora S.A., el Ingeniero César Martínez R. en representación de la Interventoría E.I.P. Ltda. Y el arquitecto Jorge Humberto Gómez Z. en representación de Comfama, con el fin de hacer el recibo final de las obras objeto de la oferta mercantil"** (Negritas intencionales), y además se afirma que se hizo un recorrido por la obra para evaluar el estado general en que se encuentra.

Lo que consta en esta acta, que no está suscrita por la Ingeniera Mónica Londoño Z., contradice lo afirmado por el Gerente de la sociedad interventora en la comunicación antes mencionada.

Las declaraciones de **MÓNICA LONDOÑO**, ingeniera residente de la obra al servicio de Conaltura La Promotora S.A. y de **JORGE HUMBERTO GÓMEZ ZAPATA**, funcionario de COMFAMA, confirman que el día 29 de mayo de 2008, se hizo una visita de funcionarios de Comfama a la obra y con presencia de la Ingeniera **MÓNICA LONDOÑO** revisaron varios apartamentos para verificar su estado.

Dice la Ingeniera **LONDOÑO**: (folio N° 1900 del Cuaderno principal N° 3).

"PREGUNTADA POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR LEONARDO URIBE CORREA: ¿Y con qué objeto se hizo ese video?, ¿para qué?
CONTESTO: ¿Con qué objeto? Lo que pasa es que el 29 de mayo se suponía que nos debía recibir a nosotros la Interventoría el proyecto. Pero la Interventoría llegó por la mañana, más o menos como entre las nueve y las diez de la mañana, llegaron en un carro, con personal de COMFAMA, personal de visitantes, otras personas que yo no había visto, vinieron con el doctor Iván Asuad, el ingeniero Jaime y Jorge Gómez. Ellos llegaron al proyecto, se

bajaron de los carros, nos dijeron que cómo estaba el proyecto, que les abriera unos apartamentos. Yo les dije que a quién le iba a entregar, y yo abrí varios apartamentos, los que ellos me dijeron, aleatoriamente entraron a una torre, no recuerdo bien si la torre 1 y la 6, a dos torres, perdón, aleatoriamente me hicieron abrir algunos apartamentos, entraron. Entre ellos decían que bueno, que así era el proyecto, que estaba muy bonito, y se fueron. Y la Interventoría no nos dijo nada, o sea, no me recibieron.”

Por su parte **JORGE HUMBERTO GÓMEZ ZAPATA:** (folio número 2065 del cuaderno principal N° 3):

“PREGUNTADO: Siguiendo ya en el tiempo, ¿usted recuerda cuando terminó CONALTURA de construir, y por qué, si sabe, terminó sin hacer la subetapa dos y la torre Uno A y dos A? ¿Y cuándo fue eso y cómo fue ese proceso?

CONTESTO: Dentro del proceso constructivo en los comités se había planteado que el tiempo que se estaba demorando más y que se le iba a reconocer por las fundaciones era de dos meses, entonces originalmente si él arrancó el catorce de septiembre su fecha el catorce o el quince de febrero, el catorce de septiembre de dos mil siete, terminaría los seis meses en febrero de dos mil ocho. Yo no sé en que parte nos perdimos todo mundo y en todo caso eso quedó para el veintinueve de febrero, como fecha límite de entrega de la subetapa uno, en la cual eran ocho edificios; el día veintinueve de febrero yo asistí con la Interventoría e hicimos un acta de recibo de obra, y la obra no estaba terminada, la obra estaba en ejecución, todavía en parte de ejecución de la obra, yo tengo unas fotos y le digo al Tribunal que si quieren se las muestro, yo no sé si hacen parte o estarán en el expediente, pero esa foto también la tomé yo, fui un día treinta y uno de marzo, treinta y uno, la fecha de ellos de entrega era el veintinueve de mayo, y yo le hice la visita y le tomé la foto. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:**

¿Escuché bien, veintinueve de mayo? Cuando usted dijo febrero, eran seis meses y contó desde septiembre y dio febrero y ahora dice mayo.

CONTESTO: Ah, qué pena, corrijo, creo que febrero no tiene veintinueve, catorce de septiembre del dos mil siete, debíamos haber entregado con los seis meses más el reconocimiento de los seis meses adicionales son ocho, entonces entregaríamos el catorce de mayo de mayo; en qué momento, y me disculpan eso, en qué momento nos perdimos quedamos que fue el veintinueve de mayo, el veintinueve de mayo yo asistí a recibir la obra y estuvo la Interventoría, estuvo el constructor, en este caso Mónica, y se hizo en el acta que la obra no estaba recibida, por varias razones, la primera, la obra en esencia tenía los edificios pero internamente nunca se habían revisado, era como tener un carro limpio y bonito pero sin motor, sin funcionamiento, no corría, entonces estaba la fachada, estaban las puertas, pero no había sido revisada con anterioridad de recibida por Interventoría, porque eso también hace parte de lo que está en los términos de referencia, que ellos con quince días de anticipación deberían notificar el momento que lo iban a entregar, ellos no entregaron si no seis edificios de los ocho que inicialmente tenían planteado, tampoco estaban cumpliendo, lo que teníamos en la primera etapa, en la primera subetapa. Entonces no se habían hecho las pruebas de presión, no se había revisado la parte eléctrica, no se había revisado la subestación, no se habían revisado las puertas y las ventanas si estaban cerrando o no estaban cerrando adecuadamente, o sea no se había hecho la revisión minuciosa que se hace normalmente en este tipo de proyectos.”

La demandada afirma que ella exoneró a CONALTURA LA PROMOTORA S.A. de la obligación de entregar los apartamentos con los servicios públicos domiciliarios conectados. Así se desprende de

Comunicación N° 155499800 de mayo 30 de 2008 (Folios números 155 y 156 del anexo 2 del cuaderno de pruebas de Conaltura.), de Iván Rodrigo Asuad Mesa, Subdirector de Vivienda y Obras de COMFAMA, a Carlos Mario Gaviria Quintero, representante legal de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. en la que manifiesta que:

"4. En cuanto a los servicios públicos, Comfama en comunicación con radicado N° 155-498835 de mayo 20 de 2008 (Sic) le informó a Conaltura La Promotora S.A., que dicha empresa quedaba exonerada de la entrega en el sitio de los contadores de servicios públicos de acueducto y energía conectados a todos los apartamentos y que se aceptaba la entrega de los mismos sin esta conexión, el día 29 de mayo, fecha propuesta por Conaltura La Promotora, que ratificamos el día de hoy, mientras se concluían los trámites de calibración de los mismos para proceder a su instalación. Como Usted conoce los trámites para conexión de servicios públicos son bastante complejos y requieren una gestión muy dispendiosa con Empresas Públicas, Planeación y la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Medellín, que está haciendo Comfama hasta el punto que desde hace más de 3 semanas se entregaron a Empresas Públicas y a la Secretaría de Obras Públicas las obras con las respectivas pólizas de garantía de estabilidad de las obras a favor de dichas entidades y estamos a la espera del acta final. Tan es así, que para la fecha de recibo de su comunicación se habían colocado los contadores de energía eléctrica en todos los apartamentos y zonas comunes a los cuales usted hace referencia, debidamente calibrados y revisados por Empresas Públicas como una demostración de la agilidad con la que ha actuado Comfama."

"No obstante Conaltura insiste en la solicitud de los certificados de recibo de las redes de servicios públicos, que no se requieren para la entrega de los edificios de acuerdo con las especificaciones de construcción acordadas en la oferta mercantil".

A este respecto, el Tribunal considera que la modificación de una disposición contractual no puede ser objeto de declaración unilateral, sino que requiere del consentimiento de ambos contratantes.

No hay constancia en el proceso de que CONALTURA LA PROMOTORA S.A., hubiera ofrecido entregar el 29 de mayo de 2008, los apartamentos sin los servicios públicos domiciliarios conectados.

Hay constancia sí, incluso expedida por la Interventoría de la obra, de que para el 29 de mayo de 2008, CONALTURA LA PROMOTORA S.A. podría hacer entrega de los apartamentos, sin estos servicios, tal como consta en comunicación N° R157-08, de mayo 27 de 2008 (folio 178 del anexo 2 del cuaderno de pruebas de Conaltura.) de Jaider Sepúlveda García, Gerente de EIP LTDA, Interventora de la obra, a Jaime Alberto Osorio Valencia de Gestión de Proyectos de COMFAMA, en la que manifiesta el señor Sepúlveda que:

" (...) después de la visita que realicé el día de hoy a la obra puede (sic) constatar el avance de la misma en las diferentes torres y áreas de urbanismo, y me permito indicar que la empresa Conaltura La Promotora S.A. alcanzará a entregar para el día 29 de mayo las actividades globales, pero no

será posible atender los detalles que resulten de la revisión que realice la interventoría, según las inspecciones preliminares que hemos realizado.”

Por el contrario obra en el expediente prueba documental que es la Comunicación de mayo 29 de 2008, (folios 173 y 174 del anexo 2 del cuaderno de pruebas de Conaltura), de Carlos Mario Gaviria Quintero, representante legal de CONALTURA LA PROMOTORA S.A., a Iván Asuad Mesa de Comfama, ASUNTO: RESPUESTA A COMUNICACIÓN 155 - 498835 de Mayo 20 de 2008, en la que manifiesta:

“Es nuestra obligación bajo el esquema de la oferta entregar con conexión de servicios públicos los diferentes inmuebles, y así lo haremos, no compartimos con usted la pretendida liberación de esta obligación a punto de entregar, por no haber gestionado COMFAMA en tiempo oportuno los respectivos certificados y recibos de urbanismo y obra ante Planeación Municipal, para que EPM., proceda con esta actividad.”

“Conaltura no puede comprometerse con un plazo de entrega de los apartamentos a pesar de todos los esfuerzos realizados para lograr terminar el 29 de mayo de 2008, porque la entrega de dichos inmuebles con CONEXIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS, como reza nuestra oferta, no será posible por incumplimiento de COMFAMA.”

“Quedamos a la espera del cumplimiento de sus obligaciones para proceder a la entrega de los inmuebles ejecutados”. (Subrayas del Tribunal).

Posteriormente, obran en el acervo probatorio, las siguientes constancias:

A folios 51, 52 y 53 del anexo 2 del cuaderno de pruebas de Conaltura, obra una portada de transmisión de fax de Jaime Alberto Osorio V., de COMFAMA a Carlos Mario Gaviria Q., de Conaltura La Promotora S.A. adjuntando copias de las actas de recibo de obras de urbanismo y de construcción de 6 edificios del proyecto Mirador del Valle. Las actas tienen fecha de 10 de julio de 2008 y en ambas consta que la fecha de radicación de la solicitud fue la del 13 de junio de 2008.

A folio 50 del mismo anexo 2, aparece constancia de recibo del fax expedida por Carlos Mario Gaviria Q.

A folios 9 y 10 del mismo anexo, obran las siguientes actas de entrega, que también fueron aportadas por COMFAMA, (Anexo 2, respuesta a la demanda de COMFAMA):

- A folio 9, con fecha 29 de agosto de 2008, acta de entrega de las llaves de las torres 4 y 5. Firmada por Jorge Gómez profesional de Comfama y Mauricio Restrepo Garcés, coordinador de obras de Conaltura La Promotora.

- A folio 10, con fecha 1º de septiembre de 2008, acta de entrega de las llaves de las torres 1, 2, 3 y 6. Firmada por Jorge Gómez profesional de Comfama y Mauricio Restrepo Garcés, coordinador de obras de Conaltura La Promotora.

En ambas actas se dejó la siguiente constancia: " (...) **además COMFAMA llevará a cabo la instalación y conexión de los medidores de acueducto, sin que lo anterior signifique costo ni incumplimiento para CONALTURA LA PROMOTORA S.A.**" (Negrillas del Tribunal).

De todo lo anterior se desprende que:

1. Existe una previsión contractual expresa en la que se regulan los efectos, con relación al incumplimiento de una "obligación" o si se quiere de una "carga" contractual asumida por COMFAMA, como era la de obtener el recibo de las obras de urbanismo por parte de las Entidades Reguladoras. Ese efecto es que el tiempo transcurrido entre la solicitud de radicación y la obtención de la autorización de las Entidades reguladoras para la conexión de servicios públicos domiciliarios, no se contabilizaba para efectos del plazo que tenía CONALTURA LA PROMOTORA S.A. para entregar los apartamentos en condiciones de habitabilidad, con los servicios públicos conectados.
2. Para el día 29 de mayo de 2008, COMFAMA no había obtenido el recibo de las obras de urbanismo general ni las autorizaciones de las entidades reguladoras para la conexión de servicios públicos domiciliarios; en consecuencia, por la anterior disposición contractual expresa, no era exigible por COMFAMA a CONALTURA LA PROMOTORA S.A., para el día 29 de mayo de 2008, el cumplimiento de la obligación de entrega de los apartamentos de las 6 torres edificadas.
3. Pese a que contractualmente no le era exigible la entrega para el día 29 de mayo de 2008, CONALTURA LA PROMOTORA S.A. estuvo dispuesta, a cumplir para ese día.
4. Las partes acordaron posteriormente que COMFAMA recibiría los apartamentos de las 6 torres construidas por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., sin la autorización de conexión de servicios públicos, circunstancia que se dio en los días 29 de agosto de 2008 y 1º de septiembre de 2008, modificando así, de común acuerdo, las disposiciones contractuales sobre la fecha y las condiciones de entrega de estos apartamentos.

En consecuencia, no prosperará la pretensión de la reconviniente de que el Tribunal declare que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. incumplió con su obligación de entrega de los apartamentos de las 6 torres que construyó.

En cuanto a la pretensión de la demandante de declarar que COMFAMA incumplió las obligaciones emanadas de la relación contractual con CONALTURA LA PROMOTORA S.A., en lo relativo a la obtención del recibo de las obras de urbanismo y de las autorizaciones para la conexión de servicios públicos domiciliarios, el Tribunal considera que en la citada previsión contractual expresa incluida en la modificación a la oferta y como ya se dijo, las partes previeron los efectos de dicha situación, haciendo que no fuera exigible la obligación de entregar de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. hasta tanto COMFAMA no obtuviese lo que se comprometió a obtener. Es decir, que las partes, regularon este asunto, exactamente con las características de una carga que como se desprende de las abundantes citas de doctrina contenidas en este laudo, **IMPLICA QUE EL ACREEDOR – COMFAMA- NO PUEDE, POR NO HABER CUMPLIDO CON SU DEBER DE COLABORACION, EXIGIR LA DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DEL DEUDOR – CONALTURA LA PROMOTORA S.A., Y A SU VEZ, TAMPOCO PUEDE EL DEUDOR EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COLABORACION DEL ACREEDOR, COMO SI ESTE ULTIMO SE CONFIGURARA COMO UNA OBLIGACION.**

Adicionalmente, en el proceso no se acreditó el daño, ni el nexo causal de éste respecto a la pretendida inejecución de la obligación de COMFAMA de obtener el recibo de las obras de urbanismo y de las autorizaciones para la conexión de servicios públicos domiciliarios, puesto que la demandante sólo se limitó a afirmar en los hechos veintiuno y veintisiete de la demanda, que existieron por este motivo unos "**costos financieros**", pero éstos no fueron ni sustentados ni discriminados probatoriamente, en lo que tuviese relación causal específica con el citado incumplimiento de COMFAMA, por lo cual el Tribunal no encuentra probado el perjuicio reclamado.

LA SITUACIÓN DE LAS TORRES 1 A Y 2 A DE LA ETAPA I:

La demandante pretende que COMFAMA incumplió el contrato por las modificaciones que hizo en la ubicación de estas torres;

Por su parte, la demandada pretende que se declare que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. incumplió el contrato por la no ejecución de las Torres 1 A y 2 A de la etapa 1.

Respecto a este punto, es necesario observar los siguientes aspectos de la prueba:

1. Sobre el proceso de modificación de la ubicación de estas torres:

a) Declaraciones de testigos:

IVÁN RODRIGO ASUAD, según consta en folios 1482 y 1483, manifiesta:

"EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Perdón doctor Asuad, ¿el año anterior cuál?

CONTESTO: El año anterior, el 2007, es el 2007, porque estamos hablando del 2008, durante el 2007 habíamos gestionado una licencia donde la parte de abajo, aquí en este plano se ve, la que se llama torre 1A, torre 2A. Ahí se ve torre 1A, torre 2A. El terreno aquí viene descendiendo fuerte, hacia la carretera al mar que pasa aquí abajo. Entonces nosotros tuvimos, a mí me hizo la sugerencia el arquitecto, de que sería preferible y más fácil construir estas dos torres si las colocábamos aquí al final, o sea, al lado, aquí es donde se dice torre 15, torre 11, en este espacio, que las colocáramos aquí. Nosotros efectivamente ordenamos trasladar esas torres para acá, por dos razones: primero, porque urbanísticamente el proyecto quedaba mejor, era más compacto. El acceso de la torre a la vía era inmediato, aquí estaban más de cincuenta metros, y en un desnivel importante. Entonces aquí era la vía inmediata o el parqueadero inmediato; entonces urbanísticamente funcionaba mejor, y por eso ordenamos trasladarlas de acá para acá, y constructivamente también era mucho más fácil llegar aquí, por la proximidad a las vías, que ya les dije que estaban pavimentadas, ahí no había riesgo de que una volqueta patinara, ni nada, sino que todo el mundo entraba muy fácil, y todos los ingenieros parqueaban los carros aquí, porque era un parqueadero inmenso y entonces era mucho más fácil construirlas aquí, que aquí como estaban inicialmente. Por eso fue que las cambiamos hacia arriba. Pero después sucedió que cuando las íbamos a arrancar aquí, comenzamos las excavaciones Solingral nos ordenó parar la construcción de las redes, porque en este punto había un suelo de muy mala calidad, y ya no solamente había que bajar noventa o un metro, sino que nos ordenaban hacer pilas hasta de diez metros de profundidad. Evaluamos el costo de eso y era enorme, enorme era que valían más de 250 millones, entonces las volvimos a pasar para donde estaban originalmente, pero le hicimos una vía de acceso aquí, que arrancaba una vía de acceso suave, por este talud y empataba aquí, una vía de acceso, para que la construyeran aquí.

PREGUNTADO: Precisemos tiempos, doctor Asuad, de una y otra cosa. ¿Cuándo se decidió la modificación de las torres 1A y 2A hacia el terreno al lado de la torre 15, para que nos quede claro con respecto al plano?

CONTESTO: Perdóneme, yo le pregunto si este planito de licencias está aportado o si yo lo aporté. **APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE:** Sí, sí está ahí.

CONTESTO: En particular estas dos torres aquí las eché para acá (porque eso también fui yo), y eso lo legalizamos el 8 de octubre del 2007, según el radicado 18149 de la Curaduría Cuarta de Medellín. Hay que estar la licencia C4-2714. **APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE:** ¿Y estás hablando del gráfico, qué número es este? Porque aquí hay tres gráficos.

CONTESTO: Aprobación de planos modificación número 2, o sea, es el inferior izquierdo. **PREGUNTADO APODERADO LLAMADA EN GARANTÍA:**

¿Cuándo las mandó para el 14,15? **CONTESTO:** Cuando las mandé para arriba, exactamente, cuando las mandé para arriba, del 8 de octubre.

PREGUNTADO: Y la otra pregunta del presidente era cuándo las volvió a devolver. **CONTESTO:** Las devolvimos en diciembre de 2007, cuando Solingral nos informó el problema grave de suelos que teníamos; entonces las volvimos a colocar en el punto original y eso lo legalizamos en el mes de febrero con otra licencia de construcción, que aquí en este plano extremo derecho, de este plano que estoy aportando, dice localización número 3, y

fue del 28 de febrero del 2008, y la licencia fue la C4-2714 del 2006. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** Entonces numeremos este planito también que estamos aportando. **CONTESTO:** Lo voy a llamar "plano número 3 de licencias", de octubre 19, del 9, y mi firma. **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. PREGUNTADO:** Por claridad, doctor Asuad, yo le agradecería que le explicara al Tribunal si tanto en el punto donde se pensó en construir por el cambio las torres, o en el punto donde definitivamente se construyeron, existía la infraestructura urbanística necesaria para adelantar las obras. Y le agradecería que le indicara al Tribunal cómo eran los accesos, cómo era el agua y cómo era la energía. **CONTESTO:** Sí, si me permiten otra vez yo voy mostrando el mismo plano. Lo primero, como estos dos edificios están en la parte inferior del proyecto, bastaba simplemente – y así se hizo – con prolongar la manguera o la red que se tuviera, porque era prolongarla hacia abajo, no había ningún problema. Alrededor de estas torres Procopal había hecho todas las redes negras y de lluvias, entonces la conexión era inmediata. Coordinamos con Procopal hacer el movimiento de tierra, e hicimos la vía que conecta desde la torre 2A, que es la del extremo izquierdo, hicimos una de aquí a media ladera y la conectamos con el extremo del parqueadero. O sea, al tener la mayor longitud tenía entonces la menor pendiente para acceder acá, y la energía eléctrica también separamos prolongar otro poste, que colocaran acá, que sirviera para colocar las redes y poner concretadoras, iluminación, vibradores y la energía que se necesita para construir. O sea, nosotros proveímos el servicio de energía eléctrica, de acueducto, el de alcantarillado estaba, e hicimos la vía de acceso. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** Usted nos dice antes que esto fue en el mes de... **CONTESTO:** Lo legalizamos el 28 de febrero del 8. (...)"

"PREGUNTADO: Conforme consta en el expediente, y usted nos lo manifestó anteriormente, COMFAMA modificó en varias oportunidades la licencia de urbanismo y construcción de Mirador del Valle. Informe si esas modificaciones le fueron notificadas oportunamente a CONALTURA LA PROMOTORA y por qué medio. **CONTESTO:** ¿Me permiten el planito de licencia, uno que tiene tres gráficos? Estas son las licencias que tenían que ver y que le informamos a CONALTURA, este, el del extremo en el plano numero 3 de licencias (el de octubre 19 del 09 que ya habíamos hablado de él), el del extremo izquierdo superior fue el plano con el cual abrimos la licitación, entre otras cosas porque la Superintendencia de subsidio familiar no nos deja hacer ninguna obra si no tenemos licencia. El del inferior izquierdo, de 8 de octubre del 2007, que formalizaba el cambio de la famosa torre 1A y 2A hacia la parte de arriba, que también tuvieron ustedes conocimiento, eso lo hablábamos en todos los comités de obra. El del 28 de febrero que legalizó el traslado nuevamente, por problemas de suelos, y las volvimos a colocar. Después sacamos otra licencia: como el proyecto era uno solo, este, y terminó siendo dos, este verdecito de CONALTURA, y este amarillo de Psi, entonces para las entregas también era distinto. Para poderle entregar al municipio y las obligaciones correspondientes, entonces se partió esta licencia en dos, sacamos esta, que fue posterior, no recuerdo la fecha, donde este es un proyecto y este es otro. Entonces ahí hubo otro cambio de licencia. Después hicimos otro cambio, que ahora se los anoté y ahí se ve en las actas de entrega: como el proyecto con Edicreto fluyó tan rápido, los edificios de acá terminaron mucho antes que los otros, entonces volvimos a partir la licencia, para entregar y gestionar la conexión de servicios públicos de las torres, de estas de aquí, la 12 (la 13 no se hizo), 14, 15 y 16, se sacó otra licencia para separarlas de la 7 y de la 8, y de la 1A y de la 2A, esa fue la otra licencia. Y la última licencia era – también lo dije ahora – que el apartamento típico o la planta típica tenía cinco apartamentos, en el ático hicimos un cambio en la modificación de un muro, que también legalizamos, porque teníamos que entregarle al

municipio, también legalizamos con una frecuencia, esto lo hicimos con Edicreto. Esas son las tres, seis licencias, que no recuerdo ninguna otra, o si me las recuerdan. **PREGUNTADO:** Concretando: ¿por qué medio le notificaron a CONALTURA LA PROMOTORA los cambios? **CONTESTO:** Esto lo decíamos en los comités. **PREGUNTADO:** ¿Verbalmente? **CONTESTO:** En los comités lo hacíamos, sí. **PREGUNTADO:** ¿Y de eso debe quedar constancia en los comités de obra? O sea, ¿están ahí asentados? **CONTESTO:** Sí, porque en los comités de obra es donde se ventilan los asuntos de las obras. **PREGUNTADO:** ¿Entonces la notificación que hizo COMFAMA de las modificaciones a la licencia, están en las actas de comité de obra? **CONTESTO:** Lo dijimos en los comités de obra, porque para ustedes nunca fue desconocido, lo dijimos en el comité de obra. Ahora, ¿que estará en el comité? No me percaté, no sabría decirlo en este momento, pero sí en el acta. Pero que sí lo dijimos allá, sí lo dijimos”.

Por su parte, **JORGE HUMBERTO GÓMEZ ZAPATA**, declara: (folios 2051, 2052 y 2053 del cuaderno principal N° 3)

“PREGUNTADO: En el programa inicial se iban a construir la torre uno, torre dos, torre tres, cuatro, cinco, seis, siete y ocho, la primera etapa. ¿Usted tiene la amabilidad de explicarle al Tribunal un cambio que hubo ahí con la torre uno, dos y qué fue lo que ocurrió y por qué ocurrió, y qué consecuencias tuvo? **CONTESTO:** Otra vez les voy a hacer el dibujo, que ya me lo sé de memoria. Cuando se les entregó a todos los proponentes la propuesta, se tenía planteado que en esta primera zona, llamémoslo zona, porque esto se consideró primero como dos subetapas, era un solo proyecto que duraba doce meses, del cual se iba a hacer una primera subetapa de ocho apartamentos, en seis meses, y otros ocho apartamentos en seis meses. Ah, perdón, se iban a hacer ocho torres, en seis meses, y otras ocho torres en seis meses. Esta era la subetapa uno y esta es la subetapa dos; la subetapa uno en los planos originales que se les entregaron a ellos, aquí había si no estoy mal y mi memoria no me falla, había nueve edificios, de los cuales teníamos como concepto la idea de hacerlos aparejados, este era el uno, dos, tres, cuatro, cinco, seis, siete, ocho, nueve, y los otros dos, después de esta bolsita, aquí había dos edificios, que era el diez, el once, aquí había dos edificios, doce, trece, catorce, quince, y aquí había uno que era el dieciséis. Eso fue lo que se les entregó a ellos. Como eso fue en mayo, mirando las posibilidades y optimizando el proyecto, un arquitecto nuevo que nos había llegado a la oficina le dijo a Iván: “Iván, ¿usted por qué no piensa que se ve mucho mejor, arquitectónicamente se ve más compacto, tener un proyecto aquí en esta zona y otro proyecto en esta zona”, y además la distancia entre este punto y este para nuestros beneficiarios era mucho más largo trasladar la torre uno y dos para esta parte; entonces hacer el traslado para esta zona y entonces qué pasaba; aquí era mucho más tener la primera etapa con estos ocho edificios, y los otros ocho edificios como segunda etapa. Entonces eso se le planteó a CONALTURA, y eso fue en el mes de agosto. Cuando arrancamos y cuando ellos estuvieron en los comités les dijimos, entonces ellos dijeron: “estamos de acuerdo con eso”. ¿Y qué pasó? Como no se pudo ejecutar esta torre, que era la famosa seis, porque eso era un hueco, quedaron solamente seis aquí y dos aquí. ¿Entonces qué se hizo? Se hizo simplemente lo mismo, se hizo el terraceo, ya como no había ni la uno, ni la dos, ni la seis, entonces ya esta se llamó la uno, la dos, la tres, la cuatro, la cinco y la seis, esta era la siete, esta era la ocho, y así empezó, ésta era la nueve, esta era la diez, esta era la once, doce, trece, catorce, quince y dieciséis. Ahí estaba la segunda etapa, por ahí hay un plano, yo creo que lo deben tener, un planito mostrando esas subetapas. Entonces ahí quedaron los dieciséis, porque es que no se podía construir. De hecho cuando empezamos a hacer las excavaciones, como la dificultad para sacar

la tierra de estas excavaciones, y eso lo estaban sacando con unos muchachos, jalándolo, que inclusive iban a terminar con una hernia y no había posibilidades de que ellos metieran una retro para sacarla, poner la volqueta aquí; entonces yo les dije: "no acumulemos esa tierra aquí, sino que hagámosla en este rinconcito; aprovechemos este hueco, quitemos la territa, la organizamos ahí y empezamos a tirar la tierra". Toda esa tierra de las fundaciones terminó aquí, y nosotros la terminamos de cubrir y le pusimos un filtrico, y quedó lo más de buena esa zona; entonces aprovechando, porque ese si me tocó a mí, yo estaba allá, me tocó y autoricé a que la colocáramos en esta zona, entonces ya no tuvimos que sacar esa tierra, ya no se enloquecieron con eso, ya sé se metía la volqueta hasta allá y sacaba la tierra. ¿Entonces qué pasó? Que entonces esto quedó como la segunda etapa. Pero resulta que cuando Procopal empezó a hacer el movimiento de tierra de esto, empezó a encontrar que las torres catorce y diez tenían un problema de fundaciones, lo que yo les decía ahorita, la morfología del terreno, una cosa que uno no la ve si no hasta cuando empieza a hacer movimiento de tierra; hacer esos dos edificios era más costoso que hacer otros dos, entonces se tomó la decisión en COMFAMA de volver estos dos edificios al punto donde originalmente se encontraban, en el uno y dos, que lo llamamos Uno A y Dos A. **PREGUNTADO:** ¿Eso fue propuesto a CONALTURA, y CONALTURA qué manifestación hizo con respecto a ese cambio? **CONTESTO:** Se le propuso a CONALTURA, pero CONALTURA como ya había empezado la ejecución de estos tres edificios y ya tenía su planta de mezclas aquí, consideró que ya le quedaba muy difícil hacer este trabajo hasta acá, entonces COMFAMA le propuso: "bueno, entonces hagamos una cosa; yo si quiere le prolongo la red provisional que usted tenía de energía y le coloco aquí otro poste, y le bajo la energía hasta aquí y aquí usted toma y hace las conexiones que necesita, o le llevo los materiales a través de un cable", que ese cable le botamos caspa como dos o tres meses y eso no sirvió, y la que sí utilizamos y que nos pareció como la más viable, era hacer una vía carretable, que se podía dar por este sector, de hecho la hicimos con topografía, con el fin de que pudiéramos meter volquetas y mejoráramos la accesibilidad a las torres uno y dos, y obviamente a terminar de hacer el aseo y limpieza de las torres uno, dos y tres, que estaban en esa zona. Entonces se les propuso, pero ellos dijeron que eso era lo que estaba atrasando la obra y que entonces era un retroceso, y eso no les servía. Entonces en el comité Iván Asuad les dijo: "señores, entonces hagamos la siete y la ocho que están acá al frente, ¿no están muy fáciles?, están al lado de la vía, usted tiene un parqueadero aquí, tiene un parqueadero grande, entonces simplemente coge y pone volqueta aquí, exactamente lo que usted tendría que haber hecho originalmente cuando iba a hacer la segunda etapa, de tener una aquí", porque obviamente cuando estábamos en la primera etapa, cuando les entregamos a ellos, ellos tenían que hacer ocho aquí, y había una, y siete aquí, o sea que estaba partido el proyecto, el proyecto estaba partido desde el original, nunca estuvo compacto que eran ocho aquí y ocho allá, no, eran ocho aquí y uno, nueve, y siete aquí; y después simplemente les dijimos: "vea, háganlo aquí, hagan el siete y el ocho, les queda más fácil, háganlo". Entonces ya dijeron que no, que no lo hacían. De todas maneras utilizaron la vía, porque nosotros de todas maneras la hicimos. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** ¿Por qué no precisamos tiempos?, ¿cuándo se hizo esa vía que usted dice? **CONTESTO:** A ellos se les propuso en el mes de enero del dos mil ocho, y esta vía se hizo en febrero del dos mil ocho. Estas terrazas se entregaron el once o el diez de enero del dos mil ocho, las terrazas Uno A y Dos A se entregaron en enero diez u once del dos mil ocho; y esta vía se hizo, no sé la fecha exactamente, el día, pero sé que eso fue por el orden de febrero del dos mil ocho. **PREGUNTADO:** ¿Ya estaba adelantándose o ya estaba adelantada la construcción de esas torres en este momento? **CONTESTO:** Sí señor. **PREGUNTADO:** ¿Aquí era posible que bajarán

volquetas para la construcción de esas torres? **CONTESTO:** ¿Para estas dos? **PREGUNTADO:** No, para estas. **CONTESTO:** Ah, no, no, ellos tenían que sacar el material por la parte lateral y sacársela a este que era como el punto central entre los seis edificios, que era hasta donde estaba la planta de mezclas y donde llegaban con el material de playa. **PREGUNTADO:** ¿Y eso cómo lo tenían que hacer entonces?, ¿cómo decía usted ahora con negros herniados? **CONTESTO:** Exactamente, con TNL, tarro, negro y lazo, o tarro, lazo y negro”.

b) Constancias en la bitácora de la obra:

En la página 280 de la bitácora de obra 1, anexo 3, pruebas demanda Conaltura, consta que el día 18 de enero de 2008, “se realizó la visita de los ingenieros Iván Asuad y Jaime Osorio para evaluar el transporte a las torres 1 A y 2 A por cable, con el Ingeniero Mauricio Zuluaga”.

En la página 285 de la bitácora de obra 1, anexo 3, pruebas demanda Conaltura, consta que el día 22 de enero de 2008, “ (...) el ingeniero Camilo Pérez funcionario de Comfama estuvo (Sic) en la obra para verificar cotizaciones de transporte aéreo de materiales para las torres 1 A y 2 A”.

En la página 293 se indica que “Asfalto y Hormigón está construyendo una vía alterna para acceder materiales a las Torres 1 A y 2 A y las redes ubicadas en esa zona.”

c) De las actas de comité de obra:

En el acta del comité de obra número 19, correspondiente a la reunión celebrada en enero 24 de 2007 (SIC) – debe ser enero de 2008 -, página 34 del anexo 5 Pruebas Demanda Conaltura, se deja constancia de que: “4.3. La Ingeniera Claudia Garcés manifiesta que Conaltura no presentará propuesta para la construcción de la torre (sic) 7,8,1 A y 2 A, sin antes presentar la situación de obra actual y revisarla con la Interventoría y Comfama”.

En esta acta, en las páginas 37 y 38, se advierte: “**ACUERDOS Y COMPROMISOS ESTABLECIDOS DURANTE EL COMITÉ N° 19**” (...)

“6.3. Conaltura presentará informe técnico con las dificultades en obra, sobrecostos y solicitud de ampliación de plazo” para el día lunes 28 de 2008 (SIC)”

“6.4. Realizar reunión entre Conaltura e Interventoría, en la cual Conaltura presentará la problemática actual que no le permite cumplir con los plazos y genera sobrecostos en el proceso de construcción.”

En la misma acta, en la página 38, se resumen los aspectos pendientes para el comité N° 20, por parte del constructor

indicándose en el numeral 7.3. **"Entregar propuesta con costos para intervenir las torres 1 A y 2A".**

d) De la correspondencia cruzada entre Conaltura La Promotora S.A. y Comfama:

- Folios 267 a 271, del anexo N° 2, pruebas demanda Conaltura. Comunicación N° PO123 del 25 de enero de 2008, suscrita por Carlos Mario Gaviria Q y Claudia Garcés Cárdenas, de Conaltura La Promotora S.A. dirigida a Iván Asuad Mesa. Y folios 262 a 266, comunicación N° 155 – 488122, respuesta de Iván Asuad Mesa a la anterior carta.

Se evidencia en el texto de ambas comunicaciones la existencia de diferencias sustanciales en cuanto a las causas de las dificultades de la construcción y del rendimiento de la misma.

En la primera comunicación mencionada se advierte por CONALTURA que "Igualmente, estamos dispuestos en forma inmediata a presentarles las alternativas posibles para construir las torres 6, 7, 1A y 2A, ya que se tendría que continuar con el esquema actual de construcción y seguiría (Sic) acumulándose los sobrecostos y problemas actuales."

Frente a esta afirmación no hay ninguna respuesta concreta en la contestación de COMFAMA.

- Folio 261. Comunicación R 034-08 de Febrero 7 de 2008, suscrita por Jaider Sepúlveda García, Gerente de EIP LTDA, firma interventoría, dirigida a Claudia Garcés, gerente de proyectos de CONALTURA LA PROMOTORA S.A.. Referencia: Oferta mercantil para la construcción del proyecto de vivienda Mirador del Valle. Asunto: Propuesta trazado de cable para transporte de materiales a las torres 1A y 2A. Se envía una propuesta para el trazado del cable con el cual se pretende hacer el transporte de materiales hasta las Torres 1A y 2A, en cumplimiento del compromiso adquirido por parte de Comfama.

Manifiesta también que agradece la amable colaboración para revisar si dicha ubicación es la adecuada para la disposición de materiales con base en la planeación de la obra, sin que se interfieran con las demás actividades en las otras torres.

- Folios 243 a 252: Comunicación P0 266 de marzo 26 de 2008.

DE: Carlos Mario Gaviria Q., representante legal de CONALTURA LA PROMOTORA S.A.

A: Iván Assuad Mesa, Director de Vivienda COMFAMA.

En esta comunicación se hace un análisis de las condiciones de desarrollo de la primera etapa del proyecto Mirador del Valle y la identificación de la falta de condiciones necesaria para poder iniciar la etapa 2.

Se expresa en la comunicación:

"Conaltura La Promotora S.A., siempre ha colaborado con COMFAMA en sus diferentes proyectos, ahora en calidad de constructor, ha dispuesto toda su voluntad, recursos técnicos y humanos para sortear las dificultades, que a ustedes como dueños de la obra MIRADOR DEL VALLE se les ha (sic) presentado; pero como lo hemos señalado en diferentes comités de obra, las (sic) situación se torna cada vez más compleja, lo que impide dar cumplimiento a los términos presentados desde la propuesta que formulamos en mayo de 2007 y, de paso, venimos acumulando una serie de extracostos y perjuicios que no podemos seguir soportando".

"Desde un principio, aún antes de comenzar la obra se hicieron latentes los problemas en el lote y proyecto, lo que llevó a una modificación de la oferta mercantil, la que tampoco fue suficiente para sortear todas las dificultades del proyecto."

En unos cuadros comparativos sobre los diseños y propuestas iniciales y la ejecución real y con relación a los cambios en la ubicación de las iniciales Torres 1 y 2, se señala por el representante legal de CONALTURA LA PROMOTORA S.A.:

"Por expresa orden de COMFAMA en septiembre de 2007, se canceló la construcción de las torres 1 A y 2 A. COMFAMA eliminó la construcción de 2 torres (Torre 1 A y 2 A). ...COMFAMA en diciembre de 2007 volvió a considerar la construcción de las torres 1 A y 2 A, pero CONALTURA presentó la dificultad de acceder a estas terrazas ya que el avance de la construcción de las torres 1, 2 y 3 dificultaba el acceso a esas terrazas. COMFAMA actualmente está construyendo una vía nueva para llegar a estas terrazas."

"La construcción de las torres 1 A y 2 A tienen una duración de construcción diferente e independiente de la condición inicial de la oferta mercantil."

Se entrega presupuesto actualizado para la construcción de las torres 1 A y 2 A.

Advierte igualmente que: "Es importante indicar que si lo prefieren, estas dos torres, pueden ser objeto de contratación por parte de COMFAMA con un tercero, a lo que no presentaremos objeción, para lo cual requerimos finalizar y acordar la liquidación definitiva de la obra

que estamos finalizando. También estaríamos dispuestos a concluir las pero con un esquema contractual distinto”.

Finaliza: “Reiteramos, no es nuestra intención insistir en un contrato que es imposible llevar a término por causas ajenas a nuestra voluntad”.

- Folio 218. Comunicación de abril 25 de 2008.
De: Carlos Mario Gaviria Q., de Conaltura La Promotora S.A.
A: Maria Inés Restrepo de Arango, de Comfama.

Manifiesta: “... y con el propósito de facilitar la terminación de la construcción del proyecto bajo nuevas condiciones CONALTURA LA PROMOTORA S.A. hace entrega y autoriza a COMFAMA para que a partir de la suscripción de esta comunicación disponga de los lotes en los cuales estaba inicialmente planteada la construcción de la torres 1 A y 2 A de la subetapa 1, y el correspondiente a las torres 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15 y 16 de la subetapa 2 de la Urbanización Mirador del Valle para que una vez se den las condiciones necesarias para su desarrollo COMFAMA pueda contratar con otro constructor su ejecución”.

- Folios 205 y 206. Comunicación de abril 29 de 2008
De: Carlos Mario Gaviria Q., representante legal de CONALTURA LA PROMOTORA S.A.
A: Rocío López Herrera, Asistente Jurídica COMFAMA.

Expresa que tal como lo había manifestado y COMFAMA lo ha solicitado, remitió carta de entrega oficial de los lotes que se liberan con el fin de que COMFAMA estructure su nuevo esquema de contratación para la realización de las Torres 1 A y 2 A de la subetapa 1 y del total de lo que sería la subetapa II de la Urbanización Mirador del Valle.

Reitera que la decisión de parte de COMFAMA de suspender el inicio de las torres 1 A y 2 A, impidieron su desarrollo bajo las condiciones de la oferta presentada y que hoy tal como ampliamente lo expusieron, no era posible su ejecución amparada en la oferta inicial por parte de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. Que de igual manera la subetapa II, estaba condicionada a diferentes parámetros y obligaciones de carácter urbanístico y de servicios que debían ser suministrados por COMFAMA en enero del 2008, pero que como bien lo saben en COMFAMA no se cumplieron dichas condiciones, por lo que desde la estructuración de la oferta mercantil no era viable acometer ese proyecto.

Manifiesta que en reunión de abril 23 de 2008, acordaron con el fin de que no se generaran mas costos y perjuicios para ambas partes, dar por terminada la relación contractual y se propusieron estructurar y discutir el documento para ello.

Pretende que se diferencien la subetapa I y la subetapa II, pues se trata de situaciones diferentes.

Expresa que: "Entendemos la necesidad que tiene de continuar con el proyecto, para lo que se solicitó la liberación de los lotes que serán construidos por ustedes, a lo que no vemos ningún reparo y por lo cual remitimos comunicación anexa en tal sentido".

Indica por último que queda en espera de concluir los acuerdos tratados.

- Folios 203 y 204. Comunicación de mayo 8 de 2008.
De: María Inés Restrepo de Arango, Directora Administrativa de COMFAMA.
A: Carlos Mario Gaviria Quintero, representante legal de CONALTURA LA PROMOTORA S.A.

ASUNTO: Respuesta a la comunicación de abril 29 de 2008.

Aclara que la liberación de los lotes en los que se construirán las torres 1 A y 2 A de la Subetapa 1 y las torres 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15 y 16 de la Subetapa 2 de la Urbanización Mirador del Valle, fue una iniciativa planteada por él desde la comunicación radicada en COMFAMA con el número 930688 del 27 de marzo de 2008 y cita parte de dicha comunicación.

Dice que también esta situación fue expresada por él, en forma verbal y directamente en reunión realizada el 23 de abril de este año, con personal de la División Jurídica y la Subdirección de Vivienda y Obras de COMFAMA, confirmando así la realización de la mencionada reunión.

Afirma que las condiciones de urbanismo que le correspondía entregar para llevar a cabo la construcción de las subetapas del proyecto constructivo estuvieron dadas desde la fecha que se indicó en la oferta mercantil, ratificada por la orden de compra de servicios del 13 de septiembre de 2007, y actas del Comité de obras, para la construcción de la Urbanización Mirador del Valle.

Y termina señalando que "Por todo lo anterior y debido a los grandes perjuicios económicos y sociales que se le están ocasionando a la Caja de Compensación Familiar de Antioquia, COMFAMA y a los afiliados que adquirieron propiedades en la Urbanización Mirador del Valle, **procederemos a contratar las obras no realizadas por decisión de Conaltura La Promotora S.A.**" (Subrayas propias del Tribunal).

e) Información del perito:

En el dictamen pericial:

Por su parte, el perito en su dictamen, expresa en respuesta a las siguientes preguntas: (Folio 1313 del Cuaderno Principal número 2)

"1. Conforme a los diseños, planos, anexos e información suministrada en los términos de referencia presentados por COMFAMA para la contratación de la subetapa I y II, y lo indicado en la demanda y respuesta a la reconvenición, la información que reposa en el proceso como Bitácora, copias de curaduría y demás, indicará:

1.2. Indicará qué cambios de localización, ubicación, supresión de torres existió para las sub etapas I y II de Mirador del Valle, precisará las fechas de dichos cambios y graficará las mismas. APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Perdóneme, qué significa "graficará las mismas". APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE: Lo que pasa es que como son varios cambios, en varios momentos. APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: ¿Levantar un plano? APODERADA DE LA PARTE CONVOCANTE: Que lo levanten, y eso es a cargo del Tribunal, para que los identifique. Ustedes presentaron uno, de tres momentos, ahí hay cuatro momentos, o simplemente validar si existen.

Respuesta: Durante el proceso de construcción de la subetapa I se cambió varias veces la ubicación de las torres de las torres 1 y 2 pasándolas al sector aledaño a la subetapa II, y luego reversando esta decisión, la cual no fue aceptada por Conaltura. De la consulta a los documentos se concluye que ante planeación Municipal el proyecto sufrió 5 modificaciones en todo su transcurso, de las cuales al menos dos coinciden con el período contractual pactado con CONALTURA. Las resoluciones conocidas por el perito tienen las siguientes fechas:

C4-2714 de 2006 (Nov 27)

C4-5269 de 2007 (Sept 8)

C4-281 de 2008 (Feb 21)

C4-3023 de 2008 (Oct 18)

C4-0078 de 2009 (Ene 13)

C4-0218 de 2009 (Febr 2)

2. Indicará el señor perito qué implicaciones tienen estos cambios para el oferente en una contratación por sistema PRECIO GLOBAL FIJO, dados después de presentada la oferta mercantil bajo los parámetros iniciales de términos de referencia."

Respuesta: En un contrato a precio global fijo cambios como los ya mencionados pueden tener incidencia importante en sus costos. Se ven afectados generalmente por factores como: cambio de logística, acarreo y almacenamiento de materiales, plazos de ejecución de la obra, nuevas adecuaciones en el terreno, mayor permanencia en obra, etc. Todos estos factores generan costos adicionales, muchas veces no fáciles de detectar a primera vista, puesto que las consecuencias generalmente sólo se pueden evaluar al ser superados los problemas surgidos".

En la ampliación del dictamen:

El perito expresa sobre los cambios en las torres 1 A y 2 A, lo siguiente, transcribiéndose la pregunta y la respuesta: (Folio 1372 del cuaderno principal N° 2).

"11- Con relación a la respuesta al punto 2, aclarará el señor perito, (11.1) de que manera las alteraciones y cambios consistente en la eliminación inicial de las dos torres 1 y 2 y posterior ubicación en diferentes lugares del lote de Mirador del Valle, afecta la estructura de precios y logística de construcción en una oferta aceptada de PRECIOS FIJO GLOBAL?

Aclarará así mismo para el tema tratado, si se hacía necesario por parte del CONTRATANTE consultar y acordar con el CONSTRUCTOR, modificaciones de las condiciones iniciales y sus implicaciones económicas?

Respuesta:

El cambio consistente en la eliminación inicial de las torres 1 y 2 y posterior ubicación en diferentes lugares afecta la estructura de costos y logística de la obra en el sentido de que aparecen costos nuevos por la necesidad de construir nuevos accesos, nuevos patios de almacenamiento de materiales, ubicar nuevos equipos, repetir el trazado y localización de estos edificios, mover materiales ya descargados, tiempos adicionales en construcción que acrecientan la presencia y costo del personal administrativo y de todos los costos generales que dependen del tiempo, como servicios públicos, operación de oficinas, ampliación de pólizas, etc. Es claro para el perito que la entidad contratante debió concertar con el constructor el valor de estos costos al dar la orden de reubicar los edificios mencionados".

De lo precedente, el Tribunal considera:

El desarrollo de las Torres 1 A y 2 A, para el momento en que podían ser construidas por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., que no era posible, antes de la expedición de la licencia de construcción que amparara esa nueva modificación, es decir, antes del mes de febrero de 2008, en el que se expidió la licencia número C4 - 281 de 2008, implicaba unas modificaciones muy importantes en la ejecución del contrato. Modificaciones que comprometían efectivamente el plazo para la entrega de dichas Torres y las condiciones para el transporte de materiales para su construcción y para la ubicación de la planta de mezclas, etc.

No es cierto como afirma la demandada en su respuesta al numeral 11.2 del hecho 11 de la demanda, folio 266 del cuaderno principal número 1, cuando manifiesta: "Nótese que la decisión sobre el sitio de construcción de que tratan los edificios de que trata este acápite, ya estaba tomada desde el mes de octubre de 2007... y encontramos que las decisiones sobre el sitio definitivo en el que se levantarían los edificios 1 y 2 (después Torres 1 A y 2 A), de la subetapa 1, quedaron fijadas aproximadamente al mes de iniciadas las obras,

luego de atender los requerimientos de profundizar las cimentaciones..." y sigue "Lo anterior significa que el plan de trasladar estas dos torres a la subetapa 2 y luego, la decisión de no hacer este traslado, ningún inconveniente causó a la sociedad CONALTURA LA PROMOTORA S.A. y menos puede considerarse como un incumplimiento de COMFAMA." Y no es cierto porque evidentemente CONALTURA LA PROMOTORA S.A., no podía comenzar una construcción sin haberse expedido la licencia que la amparara, por cuanto esta actividad sería ilegal.

En consecuencia, el Tribunal encuentra que el planteamiento de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. de construir las Torres 1 A y 2 A, si se modificaban las condiciones contractuales, estaba ajustado a la existencia real de variaciones sustanciales en la ejecución del contrato.

Por lo tanto para el Tribunal la posición de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. no fue simplemente resultado de una intención injustificada de no cumplir el contrato y entonces no aplica la imputación que a título de dolo le endilga COMFAMA.

Por su parte, COMFAMA puso su empeño en proponer algunas alternativas que dieran respuesta a los problemas reales presentados para la ejecución de las Torres 1 A y 2 A, tales como la construcción de un cable para el transporte aéreo de materiales o la realización de una vía alterna, de donde no es predicable sostener que COMFAMA ignoró la situación en la que se encontraba CONALTURA LA PROMOTORA S.A.

Las modificaciones a las que se hizo antes referencia, se explican en gran medida por la complejidad del proceso urbanístico y constructivo y por la intervención de muchos actores y entidades.

Para el Tribunal, ambas partes intentaron darle cumplimiento al contrato en cuanto a la construcción de las Torres 1 A y 2 A, pero no lograron ponerse de acuerdo sobre las modificaciones necesarias a las condiciones contractuales iniciales y por tal razón CONALTURA LA PROMOTORA S.A. decidió no continuar con la construcción de las Torres 1 A y 2 A, pues consideraba que estaba afectado el equilibrio contractual y COMFAMA decidió contratar a otro constructor - EDICRETO S.A. - para que edificara estas torres.

SOBRE LA NO EJECUCIÓN DE LA SUBETAPA II:

Ya antes el Tribunal justificó cómo está demostrado en el proceso que no existió acuerdo entre las partes sobre la época de la iniciación de la ejecución de la subetapa 2, lo que implica necesariamente que tampoco existía acuerdo sobre la época de entrega de esas obras,

configurándose una afectación sustancial en uno de los elementos de la obligación como es la certeza sobre el momento en que debe realizarse el pago.

También sostuvo el Tribunal que desde la invitación a participar en la presentación de ofertas y desde la oferta misma aceptada, se concibió la ejecución por etapas, de las obras objeto del contrato, de manera sucesiva y no coetánea.

Y dijo además el Tribunal en este mismo laudo, en un punto anterior, "De esta forma, se producía en la realidad de la ejecución del contrato, no en su interpretación posterior, un cambio sustancial en las condiciones iniciales en las que se invitó a participar a los oferentes y en las que se presentó la oferta de construcción aceptada y fue el de exigir por parte de COMFAMA el desarrollo simultáneo de las subetapas I y II, cuando siempre se definió que debía ser un desarrollo secuencial."

En consecuencia, considera el Tribunal que en las condiciones reales de ejecución del contrato, que implicó modificaciones sustanciales con respecto a las condiciones contractuales iniciales, las partes, como sucedió con respecto a las Torres 1 A y 2 A, tampoco se pusieron de acuerdo sobre las nuevas condiciones contractuales que dieran cuenta del reconocimiento de las reales circunstancias de desarrollo del contrato y que debían regir para la ejecución de la subetapa 2, y por lo tanto CONALTURA LA PROMOTORA S.A. decidió no construir la subetapa 2 y COMFAMA decidió contratar otro constructor - EDICRETO S.A.-.

De esto se desprende que no puede prosperar la pretensión de la demandante de declarar el incumplimiento y de reclamar perjuicios por lucro cesante por la no ejecución de las Torres 1 A y 2 A de la subetapa 1 y de la subetapa 2, cuando esta inejecución fue su decisión.

Tampoco podrá prosperar la pretensión de la demandada reconviniente de declarar el incumplimiento de contrato por parte de CONALTURA LA PROMOTORA S.A., y el pago de perjuicios por la no ejecución de las anteriores obras, pues no aparece probado en el proceso que COMFAMA, ante la decisión de CONALTURA LA PROMOTORA S.A., la hubiese requerido para el cumplimiento del contrato en el plazo que ya dijimos no estaba acordado, señalándole los perjuicios que le ocasionaría la contratación de otro constructor; En lugar de esta conducta COMFAMA, procedió a contratar, otro constructor.

El Tribunal interpreta que todo lo anterior configura un mutuo desistimiento en cuanto a continuar con la ejecución del contrato.

3.6. SOBRE OTRAS PRETENSIONES DE LAS PARTES EN LA DEMANDA Y EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

Pretende la demandante que se declare la obligación de la demandada de reconocer en su favor el pago de obras extras no reconocidas y pretende la demandada reconviniente que se declare que CONALTURA LA PROMOTORA S.A., le debe reconocer perjuicios por extracostos en el consumo de cemento y otros materiales y por concepto de los gastos en que incurrió en la instalación de servicios públicos de los apartamentos construidos por la mencionada firma.

Para resolver este punto, el Tribunal considera que:

Está demostrado en el proceso, como ya se justificó antes en este mismo laudo, que se presentaron modificaciones tales como las de las fundaciones que implicaron acuerdos de las partes sobre el pago de obras extras o adicionales, con participación de la Interventoría que debía autorizar el pago de las correspondientes facturas, y que decisiones de COMFAMA sobre reubicación de torres produjeron efectos en la estructura de costos, etc.

Con relación a la validez técnica, eficiencia y calidad del proceso constructivo, en la respuesta a las preguntas 13, 14, 15, 16 y 17, folios 1307 y 1308 del cuaderno principal número 2, el perito ingeniero en su dictamen pericial, expresa:

"Respuesta: (13, 14, 15 y 16): La planeación, organización y capacidad técnica y logística de CONALTURA LA PROMOTORA S.A. no fue la óptima ni la ideal para las ambiciosas metas propuestas. Tuvo además fallas importantes en todo lo referente a salud ocupacional y seguridad industrial en construcción. Lo anterior no conlleva inmediatamente a la conclusión de que lo propuesto por el constructor conducía a una incapacidad absoluta para el cumplimiento del contrato. Aunque los métodos de preparación transporte y colocación de los concretos no eran los óptimos, ni los más modernos, ellos hubiesen podido ser suficientes para las necesidades de la obra, aunque poco funcionales. Para el perito es claro que la mayor incidencia en las dificultades que se afrontaron durante la construcción se originó en el desorden en que se acometieron los trabajos, en buena parte originado por los cambios en la cimentación de algunos edificios, y por algunos derrumbes en las terrazas de la explanación, dando al traste con la organización y, normalización y sistematización que es obligatoria para obtener los rendimientos requeridos. Lo correcto hubiese sido, sin duda alguna, no emprender la construcción de las torres verticalmente hasta nivelar completamente y restituir a la condición original el proyecto tal como se tenía planteado en un comienzo y así construir la estructura con la continuidad y secuencia adecuadas. Dicho de otra manera, la construcción se inició "coja" y así continuó, con las malas consecuencias que ello implicó para el resultado final. El afán de tratar de recuperar los atrasos que se originaron en los cambios de la cimentación indujo a un desorden inaceptable para el proceso. La diferente disposición en planta de los edificios también tuvo consecuencias importantes en la logística de producción y transporte de los concretos, pues tuvo que ser adaptada a las

nuevas circunstancias. Las obras extras que surgieron de la nueva consideración de la cimentación de algunas torres implicaban de todas maneras, alguna incidencia en los plazos originales, pero, si a lo anterior agregamos el tratar de acometer los trabajos en desorden, el problema de tiempos se magnifica. Tales cambios en el planteamiento constructivo sin duda originaron sobrecostos que no era fácil estimar cuando se pactaron los precios acordados para la ejecución de las obras extras. En cuanto a la disponibilidad completa o incompleta de los encofrados requeridos, el perito pudo verificar de la documentación analizada que no se tuvo en obra todos los que se requerían para el proyecto contratado, después de efectuar devoluciones parciales de equipo acordadas con COMFAMA evitando costos por tiempos improductivos, entretanto se solucionaba el problema de las nuevas cimentaciones. No es posible con la información a mi alcance determinar con claridad si tal falencia sustancial fue originada por dichas devoluciones, ni tampoco porqué no fue posible de subsanar posteriormente, como era indispensable para alcanzar los objetivos propuestos”.

“17. El Señor Perito determinará, con fundamento en la documentación del proceso, la forma y los recursos técnicos, administrativos, humanos y físicos, con que CONALTURA LA PROMOTORA S.A. ejecutó el transporte vertical y horizontal de materiales durante la construcción que realizó de la obra, y las consecuencias que tal proceso tuvo para la obra.

Respuesta: tal como lo afirmé en respuesta anterior, los métodos utilizados para el transporte vertical y horizontal de materiales no fueron los óptimos ni los ideales para el tipo de construcción propuesto. Se utilizaron métodos manuales y muy artesanales para tales labores, pero ello no significa que tales sistemas hicieran imposible la ejecución de la obra. Los volúmenes de materiales (hormigón, agregados, ladrillo, formalettería, etc...) no eran exagerados, y también se pueden transportar manualmente si se provee del recurso humano necesario y suficiente para atender las necesidades de la obra. No es lo más indicado a la luz de las técnicas modernas de construcción pero no conduce a la imposibilidad de la ejecución aunque sin duda tuvo consecuencias económicas por el aumento de los desperdicios de materiales en obra”.

En consecuencia, el Tribunal considera que hay una responsabilidad compartida entre las partes en la producción de los extra costos producidos en la ejecución del contrato por cuanto éstos se generaron por la falta, entre otras, de planeación, organización, logística y técnica constructiva eficiente. Y además de ello, no se encuentra soportado en el plenario, cuáles de los reclamados extra costos se deben, discriminadamente, a la responsabilidad -falta de diligencia y cuidado- de uno u otro contratante.

En cuanto a la pretensión de COMFAMA de que se declare la obligación de pagarle las sumas de dinero contenidas en los hechos 28.6, 31, 32 y 33, el Tribunal advierte que:

Con relación a las sumas pagadas a EAFIT, relacionadas con el diseño de mezclas, el Tribunal considera que no hay lugar a esta pretensión, amparado en el dictamen pericial que en la respuesta a

la pregunta 4 de la aclaración (folio 1370 del Cuaderno principal N° 2, manifiesta:

"4. Complementará el señor perito, sí como lo afirma el dictamen COMFAMA y LA INTERVENTORIA intervinieron inadecuadamente en el tema del diseño de mezclas, a quién corresponde pagar los costos de los estudios para establecer un nuevo diseño y materiales diferentes y adicionales a los inicialmente propuestos por el constructor en su propio diseño de mezclas.

Respuesta:

Corresponden a COMFAMA, puesto que fueron ordenados por su propia conveniencia, y por fuera de las especificaciones originalmente contratadas".

En lo relativo al RETIE se estipuló en la modificación a la oferta que todos los costos relativos a la adecuación a las disposiciones legales aplicables a la obra, serían asumidos por COMFAMA. (Página 201 del cuaderno principal 1).

En referencia a los pagos hechos por COMFAMA en la instalación y conexión al servicio público de acueducto, ya se indicó antes en este laudo, la existencia de unas actas de entrega de los apartamentos construidos en las que se acordó:

"Además COMFAMA llevará a cabo la instalación y conexión de los medidores de acueducto, sin que lo anterior signifique costo ni incumplimiento para CONALTURA LA PROMOTORA"

3.7.- CONCLUSIONES.

3.7.1. RESPECTO A LA DEMANDA PRINCIPAL.

Sólo podrá prosperar la pretensión número 1 en cuanto a que se acreditó la relación contractual existente entre las partes, puesto que en ningún momento esta existencia negocial fue desconocida por la demandada.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las otras pretensiones, el Tribunal no encuentra posibilidad alguna de despacharlas favorablemente por todas las razones antes expuestas y de contera no habrá necesidad de asumir el estudio de las excepciones propuestas frente a éstas.

3.7.2. RESPECTO A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

En lo relativo a lo pedido por la demandada reconviniente no le asiste razón jurídica para pedir la declaración de incumplimiento de

CONALTURA LA PROMOTORA S.A., de acuerdo con lo ya argumentado suficientemente en este laudo, por lo cual el Tribunal no podrá acoger esta pretensión ni mucho menos las derivadas de la misma.

Ahora, la pretensión dirigida a obtener la declaración de la obligación de pago de perjuicios, no podrá prosperar de conformidad con lo establecido por el Tribunal en el numeral 3.6 de este laudo.

Consecuencialmente no habrá necesidad de ocuparse de las excepciones propuestas frente a la demanda de reconvención.

3.7.3 EN RELACIÓN CON EL LLAMADO EN GARANTIA.

Al no prosperar ninguna de las pretensiones de la demanda de reconvención no habrá lugar a declaración alguna que vincule al llamado en garantía, por ser este un presupuesto necesario para ello.

IV. COSTAS.

4.1.- Gastos. Los valores fijados a las partes de la litis por concepto de honorarios de los árbitros y secretario, gastos de funcionamiento y administración fueron cubiertos oportunamente en su integridad, en iguales proporciones, por las partes y también por el tercero llamado en garantía.

Sobre los gastos pagados por las partes, el Tribunal no impondrá ninguna restitución o condena al no prosperar las pretensiones contenidas en la demanda principal y en la demanda de reconvención.

En relación con los gastos pagados por el tercero llamado en garantía, al no prosperar las pretensiones de la demanda de reconvención, le corresponderá a COMFAMA, reconocerle y pagarle las sumas depositadas por el tercero, que ascendieron a la suma de veinte millones doscientos sesenta y seis mil quinientos setenta y un pesos moneda legal colombiana (\$ 20.266.571,00).

4.2.- Agencias en derecho. Dadas las decisiones que se adoptan en el presente laudo, no se condenará al pago de agencias en derecho a ninguna de las partes.

En relación con las agencias en derecho relativas a la participación del tercero llamado en garantía, el Tribunal fija una suma igual a la que le correspondió a uno de los árbitros al momento de la tasación de los honorarios por el trámite del llamamiento en garantía, equivalente a

tres millones novecientos treinta y seis mil setecientos sesenta y dos pesos (\$3.936.762,00), a cargo de COMFAMA, llamante en garantía.

CAPITULO TERCERO

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado e integrado para dirimir el conflicto existente entre **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** contra la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar que existió entre la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA y CONALTURA LA PROMOTORA S.A. "un negocio jurídico de carácter contractual para la construcción de la Urbanización Mirador del Valle en Medellín". (Pretensión número uno)

SEGUNDO.- Declarar que no prosperan las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima de la demanda presentada por CONALTURA LA PROMOTORA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO.- Declarar que no prospera ninguna de las pretensiones de la demanda de reconvención, promovida por LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO.- Sobre los gastos pagados por las partes, el Tribunal no impondrá ninguna restitución o condena al no prosperar las pretensiones contenidas en la demanda principal y en la demanda de reconvención.


QUINTO.- Al no prosperar las pretensiones de la demanda de reconvención, condenar a LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA al pago de las costas del proceso referidas a la participación del tercero llamado en garantía, a favor de SEGUROS COLPATRIA S.A., liquidadas así:

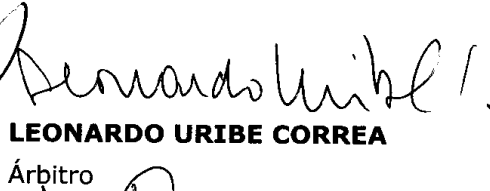
- Por concepto de gastos la suma de veinte millones doscientos sesenta y seis mil quinientos setenta y un pesos moneda legal colombiana (\$ 20.266.571,00).

- Por concepto de agencias en derecho la suma de tres millones novecientos treinta y seis mil setecientos sesenta y dos pesos (\$ 3.936.762,00).

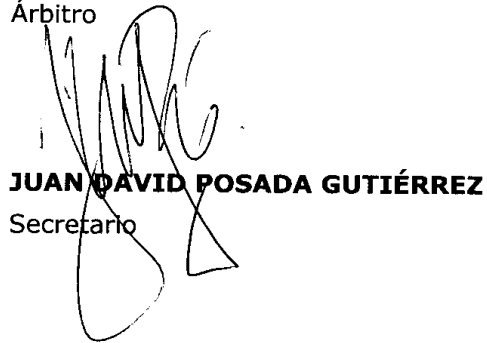
SEXTO.- Disponer que se protocolice el expediente en una de las Notarías del Círculo Notarial de Medellín.

SÉPTIMO.- Expedir copia auténtica del presente laudo para las partes y el tercero llamado en garantía.


JUAN MANUEL FERNÁNDEZ V.
Presidente


LEONARDO URIBE CORREA
Árbitro

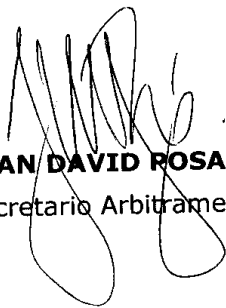

FERNANDO OSSA ARBÉLAEZ
Árbitro


JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ
Secretario

Nota de autenticación:

Los anteriores 103 folios son copia fiel del laudo arbitral dictado el 24 de noviembre de 2010, dentro del arbitramento de la sociedad **CONALTURA LA PROMOTORA S.A.** en contra de **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA**. Se destina para la parte convocada - reconviniendo, **es tercera copia y no presta mérito ejecutivo.**

Medellín, 24 de noviembre de 2010.



JUAN DAVID ROSADA GUTIÉRREZ

Secretario Arbitramento