

**LAUDO ARBITRAL**  
**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**  
**CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE**  
**CONTRA**  
**EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**

Medellín, diecisiete de febrero de dos mil doce

En virtud de la providencia que a continuación se dicta, y que reviste el carácter de Laudo Arbitral, se define el litigio existente entre la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE de un lado y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., del otro lado, conflicto cuya resolución le fue encomendada a la jurisdicción de Arbitros por acto jurídico habilitante de las partes, plasmado en cláusula compromisoria

**CAPITULO PRIMERO**

**ANTECEDENTES**

**1.- CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL.**

El 16 de diciembre de 2010 la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE, por medio de apoderado procesal, presentó ante la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral que dirimiera, en derecho, las controversias surgidas entre dicha persona jurídica y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (cuaderno No. 1 principal, folios 1 a 25) con motivo de la ejecución del contrato distinguido con el N° 79990126316 a cuyo efecto invoca a cláusula compromisoria contenida en el numeral 7.3 del ACTA DE ACUERDO DE TRANSACCIÓN que obra en el cuaderno No. 1 principal, folio 254 cuyo texto se transcribe:

*7.3. Solución de reclamaciones al Contratista de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato. Para este punto de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato, así como para cualquier otro punto de discordia del acuerdo de voluntades que nos ocupa y que no tenga que ver con los aspectos previstos en los numerales 7.1 y 7.2 precedentes, las partes acuerdan someterlas a un Tribunal de Arbitramento convocado por la Corporación Antioquia Presente, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, de acuerdo con las siguientes reglas:*

*a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros que deberán ser designados por las partes de común acuerdo, preferiblemente de la Lista de Árbitros del citado Centro de Conciliación; aunque las partes también podrán escoger árbitros que no*

permanezcan a esta lista. En caso de que no fuera posible la asignación de los árbitros de común acuerdo entre las partes, ellos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

b. El Tribunal decidirá en secreto.

c. El Tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en la ciudad de Medellín.

d. Para el trámite del proceso arbitral, las partes declaran que se someten en todo a las normas sobre la materia.

Los Árbitros designados conforme lo conviniere las partes, a saber NORA LUCIA GÓMEZ PIZA, ALVARO GAZA UPEGUI y ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO, luego de ser enterados de los nombramientos acoplaron fungir como tales dentro del término previsto en el artículo 10 del Decreto 2279 de 1989.

## 2.- DILIGENCIAS ARBITRALES

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 21 de abril de 2010, oportunidad en la cual admitió la demanda por encontrar que algunos aspectos del petitorio eran imprecisos e indeterminados (cuaderno No. 1 principal folios 432 a 436) habiéndose exigido las enmiendas y correctivos pertinentes.

La convocante cumplió de forma oportuna con los requisitos ordenados y con ocasión de ello por auto profecto el 3 de mayo de 2010, fue admitido el libelo introductorio (cuaderno No. 1 principal folio 439).

Surtido el traslado correspondiente, la convocada dio contestación a la demanda en tiempo oportuno formulando oposición a las pretensiones y proponiendo excepciones de fondo (cuaderno No. 1 principal, folios 451 a 538).

El 3 de junio de 2010 se realizó la audiencia de conciliación, sin que se hubiera logrado obtener acuerdo entre las partes, por lo cual se continuó con la regulación de los honorarios de los miembros del Tribunal y los gastos del proceso. Las sumas fijadas fueron depositadas a tiempo y en su totalidad por las partes, en lo que a cada una le correspondía pagar (cuaderno No. 1 principal folios 556 a 560).

Posteriormente la parte convocante reformó la demanda (cuaderno No. 1 principal, folios 572 a 581), reforma que fue admitida en audiencia del 30 de junio de 2010 y en la cual se ordenó cometer traslado a la parte convocada por el término de 5 días. La demandada dio contestación a la reforma el 7 de julio de 2010, en el sentido de referar lo expuesto en la respuesta a la demanda principal (cuaderno No. 1 principal folios 591 a 594).

teniendo en cuenta que en la reforma de la demanda se aumentó la cuantía de las pretensiones, el Tribunal, en audiencia celebrada el 15 de junio de 2010, reajustó los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron oportunamente pagados por las partes.

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 12 de agosto de 2010, allí el Tribunal asumió competencia para procesar el asunto sometido a su conocimiento y procedió a decretar las pruebas pedidas por las partes (cuaderno No. 1 principal folios 595 a 599).

Las pruebas decretadas se practicaron con sujeción a la ley y sometidas a contradicción.

Precluido el período de instrucción, las partes presentaron sus alegatos de conclusión. Igualmente, el Ministerio Público allegó su concepto de fondo.

El Tribunal que se halla dentro del término para proférer el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses legalmente previsto para expedirlo tempestivamente, contado a partir de la primera audiencia de trámite (artículo 103 de la Ley 23 de 1991), comenzó a correr el 12 de agosto de 2010. El proceso, por solicitud conjunta de los apoderados de las partes, se suspendió en 17 oportunidades, así:

- 1) Desde el 13 de agosto hasta el 19 de agosto de 2010, ambas fechas inclusive (folio 598 del Cuaderno No. 1 principal) 4 días hábiles de suspensión
- 2) Desde el 21 de agosto hasta el 9 de septiembre de 2010, ambas fechas inclusive (folio 612 de Cuaderno No. 1 principal) 14 días hábiles de suspensión
- 3) Desde el 18 de septiembre hasta el 7 de octubre de 2010, ambas fechas inclusive (folio 638 del Cuaderno No. 1 principal) 14 días hábiles de suspensión
- 4) Desde el 9 de octubre hasta el 24 de octubre de 2010, ambas fechas inclusive (folio 641 del Cuaderno No. 1 principal) 9 días hábiles de suspensión
- 5) Desde el 26 de octubre hasta el 4 de noviembre de 2010, ambas fechas inclusive (folio 645 del Cuaderno No. 1 principal) 8 días hábiles de suspensión

- 6) Desde el 6 de noviembre hasta el 21 de noviembre de 2010, ambas fechas inclusive (folio 647 del Cuaderno No. 2 principal) 9 días hábiles de suspensión
- 7) Desde el 23 de noviembre hasta el 13 de diciembre de 2010, ambas fechas inclusive (folio 659 del Cuaderno No. 2 principal) 14 días hábiles de suspensión
- 8) Desde el 15 de diciembre de 2010 hasta el 23 de enero de 2011, ambas fechas inclusive (folio 746 del Cuaderno No. 2 principal) 27 días hábiles de suspensión
- 9) Desde el 25 de enero de 2011 hasta el 17 de febrero de 2011, ambas fechas inclusive (folio 859 del Cuaderno No. 2 principal) 18 días hábiles de suspensión
- 10) Desde el 19 de febrero de 2011 hasta el 2 de marzo de 2011, ambas fechas inclusive (folio 907 del Cuaderno No. 2 principal) 8 días hábiles de suspensión
- 11) Desde el 15 de marzo de 2011 hasta el 23 de marzo de 2011, ambas fechas inclusive (folio 1013 del Cuaderno No. 2 principal) 6 días hábiles de suspensión
- 12) Desde el 6 de abril de 2011 hasta el 27 de abril de 2011, ambas fechas inclusive (folio 1123 del Cuaderno No. 2 principal) 14 días hábiles de suspensión
- 13) Desde el 7 de mayo de 2011 hasta el 1 de junio de 2011, ambas fechas inclusive (folio 1137 del Cuaderno No. 2 principal) 18 días hábiles de suspensión
- 14) Desde el 21 de junio de 2011 hasta el 28 de junio de 2011, ambas fechas inclusive (folio 1234 del Cuaderno No. 2 principal) 5 días hábiles de suspensión
- 15) Desde el 14 de julio de 2011 hasta el 16 de agosto de 2011, ambas fechas inclusive (folio 1244 y 1245 del Cuaderno No. 2 principal) 22 días hábiles de suspensión
- 16) Desde el dos de septiembre de 2011 hasta el 4 de diciembre de 2011, ambas fechas inclusive (folio 1437 y 1438 del Cuaderno No. 3 principal) 63 días hábiles de suspensión

17) Desde el siete de diciembre de 2011 hasta el 30 de enero de 2012 (ambas fechas inclusive) (folio 1628 del Cuaderno No. 3 principal) 27 días hábiles de suspensión

Conforme a lo anterior, el proceso fue suspendido durante un total de 290 días hábiles, por lo que el término para dictar el laudo vencería el 16 de abril de 2012, y se proliere hoy 17 de febrero de 2012, esto es en tiempo oportuno.

### 3.- SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

La demanda narra, en resumen, los siguientes hechos:

1. La CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE en el mes de enero de 2006 participó en el proceso licitatorio número PC-029727 convocado por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, cuyo objeto era textualmente el siguiente:

*La construcción de cincuenta y cinco (55) viviendas, de las cuales cuarenta y seis (46) se construirán de manera dispersa y nueve (9) de manera agrupada ubicadas en las áreas rurales de los municipios de Amalfi, Anorí, Gómez Plata y Guadalupe las cuales hacen parte de las medidas de restitución exigidas por la licencia ambiental. Como obligación de los contratistas causados por la construcción del Proyecto Hidroeléctrico PORCE III. En los términos y las especificaciones Se deja abierta la posibilidad de construir diez (10) viviendas adicionales ubicadas en cualquiera de los cuatro municipios mencionados, dependiendo del permiso de construcción con algunas familias objeto de estudio. Las empresas se reservan el derecho a construir o no las nueve (9) viviendas agrupadas en la vereda El Bohío con su correspondiente acueducto y obra eléctrica externa e interna. Tanto que se le notificará al contratista dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la orden de inicio del contrato dada por las empresas.*

2. El contrato comprendía originalmente la construcción de 55 viviendas de acuerdo con los planos suministrados por la entidad en sitios (dispersos a lo largo de la vía sustitutiva desde el predio Juntas (Municipio de Guadalupe) hasta el predio El Bohío (Municipio de Anorí) y la posibilidad de construir diez (10) viviendas adicionales para las familias impactadas por la construcción del proyecto hidroeléctrico Porce III, adicionalmente debería efectuarse por parte de la CORPORACIÓN, la construcción de 7 acueductos y las redes eléctricas externas e internas que abastecieran estas viviendas. El plazo previsto fue de 300 días calendario por la modalidad de precios unitarios, según formularios de obra con cantidades definidas por EPM.

3. La propuesta de Antioquia Presente fue elaborada con fundamento en la visita técnica obligatoria efectuada al sitio de las obras, la información contenida en los pliegos de condiciones y la política de empleo de EPM que privilegia en un porcentaje alto la vinculación de mano de obra de la zona. Los anteriores

facilnes fueron fundamentales para construir la propuesta metodologica Injistrina la estrategia constructiva la asignación de personal, el cronograma y el presupuesto por parte de LA CORPORACION

4 El 8 de marzo de 2006 la propuesta presentada por ANTIQUIA PRESENTE fue la ganadora del proceso licitatorio mencionado, por un valor de \$4.471.209.536

5 El contrato fue firmado por EPM el 7 de junio de 2006 y por el CONTRATISTA el 1 de junio de 2006, y se identificó con el número 299901263\*6

6 Durante el desarrollo del contrato se suscribieron en total 4 actas de modificación bilateral, contenidas todas en el texto de acta de liquidación bilateral y finiquito del contrato No. 299901263\*6

7 El plazo inicial del contrato pactado 360 días (10 meses), fue incrementado a 510 días (7 meses) más

8 La ejecución del contrato comenzó el 27 de junio de 2006, pero a medida que el contrato se fue desarrollando se presentaron cambios sustanciales en los elementos esenciales del proyecto que afectaron ostensiblemente el equilibrio contractual, factores que fueron clasificados por la Corporación así:

8.1 Modificación de la estrategia constructiva. El cambio de ubicación de los lotes y las viviendas incidió, entre otras situaciones:

- En la construcción de los sistemas de acueducto tanto en la técnica que se debió emplear, como en el incremento de redes y su extensión
- En el rediseño y construcción de las Redes Eléctricas

Quiere decir lo anterior, que de una estrategia lineal establecida en la propuesta, según información suministrada en la visita técnica, se cambió a una construcción puzada de acuerdo a los requerimientos de la inventaria por demoras y dificultades que se presentaron en el proceso de negociación con las familias situaciones no imputables a la Corporación, ocasionado tal circunstancia que toda la logística que se tenía prevista por parte Antioquia Presente para la ejecución de las obras, se viera afectada en aspectos que vanaban los costos, tales como:

- El número de campamentos previstos en la propuesta era de 2 en los extremos del proyecto (Predio Juntas y El Bohío suministrados por EPM) y la Corporación tuvo que construir 2 campamentos adicionales (Puente Acacias y Plan de Férrez) pasando de 2 a 4

- Incremento en el transporte interno y externo de materiales, de herramienta y equipo y de personal a los diferentes frentes de trabajo
- Aumento en los plazos del alquiler de equipo y herramientas y en consecuencia aumento de personal por administración para la movilización de los mismos
- Cambios en la distribución de la mano de obra según la estrategia constructiva adoptada de manera real en la propuesta presentada por la Corporación por cuadrillas de (operarios), armadores de refuerzo y estructura mamposteros, techadores, eléctricos, plomeros y obra blanca a un trabajo establecido por grupo de oficiales y ayudantes por vivienda, con tiempos definidos de acuerdo al tipo de vivienda, así Tipo I: 60 días, tipo II: 75 días y tipo III: 90 días

8.2 Precipitaciones que superaron los índices previstos. En comparaciones realizadas entre la información sobre precipitaciones promedio contenidas en los Pregos de Condiciones y la suministrada por el contratista de las obras principales de Porco III y los registros de EPM en el período de tiempo de ejecución de las obras, se constata que hubo un incremento significativo en las lluvias que rebasó los índices previstos, generando los siguientes problemas en la ejecución de la obra:

- Derumbos y daños en las vías, impidiendo el acceso de materiales, de subcontratistas y de personal de obra a los diferentes sitios de trabajo
- Daños en los acueductos, con mayor porcentaje en los sitios de las obras de captación que requirieron reprocesos por parte de Corporación Antioquia Presente
- Suspensión de las obras que implicaron sobrecostos, incremento del tiempo para la construcción de las viviendas, los acueductos y las redes eléctricas y como consecuencia la vinculación de un número mayor de personal para la finalización satisfactoria de la obra contractual y la obra extra
- Dificultades en el acceso de materiales ocasionados por las fuertes lluvias en dos de los acueductos, generaron la necesidad de instalar malacates para desarrollar la actividad

8.3 Requerimiento de mayor cantidad de mano de obra. Complejidad de la obra generada por una logística que excedía los previstos de cualquier contratista, que ocasionaron múltiples desplazamientos del personal de administración a los sitios de la obra con materiales, equipos, herramientas, alimentación, entre otros.

9. F. supuesto bajo el cual se diseñó el equilibrio financiero del contrato: fue la programación de obras que fue presentada por ANTIOQUIA PRESENTE en la propuesta y aceptada por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN programación que fue sintetizada en el cuadro del hecho octavo de la demanda.

10. Teniendo en consideración el plazo contractual para el pago de las obras ejecutadas en cada mes y soportadas en la respectiva acta de obra lo previsto era que en el mes siguiente al inicio de actividades ANTIOQUIA PRESENTE estaría recibiendo el valor correspondiente a cada acta sin recurrir a un pago anticipado lo que permitiría prever también que se mantendría un flujo continuo y positivo de fondos, durante los 10 meses de ejecución del contrato. Este flujo de fondos, sería suficiente para amortizar el anticipo ofrecido por EPM y que LA CORPORACIÓN aceptó a pesar de la particular forma de amortización estipuada en los pliegos de condiciones, basada no en un porcentaje de las actas de obra, sino en ocho cuotas fijas iguales, pagaderas mensualmente desde el tercer mes.

11. La Corporación prevé que los costos directos más la administración y los imprevistos serían pagados en cada periodo tal como se había proyectado, pero al modificarse el plazo del contrato y al disminuirse el ritmo esperado en la programación de obra sólo para el mes de octubre de año 2005, es decir a cuarto mes de haberse iniciado la ejecución del contrato, ANTIOQUIA PRESENTE pudo empezar a facturar las pocas obras que pudieron desarrollarse a pesar de que originalmente se tenía previsto que los ingresos comenzarían a fluir desde el mes de agosto, o sea al segundo mes.

12. Lo anterior incidió directamente en la proyección económica de la obra realizada por ANTIOQUIA PRESENTE lo cual se evidencia así:

-Desde el mes de octubre del 2005 el proyecto generó cajas negativas que nunca se recuperaron a pesar de que el valor del contrato se hubiera incrementado por efecto de obras extras y de obras adicionales y a pesar de ello ANTIOQUIA PRESENTE cumplió de manera satisfactoria con el objeto del contrato y entregó la totalidad de las obras contratadas.

-Con ocasión del flujo negativo de caja la Corporación tuvo que financiar las obras ejecutadas no recibió la utilidad esperada y sufrió una pérdida.

13. Todo lo expuesto hasta aquí, le generó a la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE graves perjuicios los cuales se concretaron en los siguientes conceptos y cuantías:

13.1. Los perjuicios provenientes de la financiación de las obras por parte de ANTIOQUIA PRESENTE, se calcularon en la suma de \$466.466.916.



13.2 Los perjuicios derivados de no haberse percibido la utilidad su liquidación en el valor de \$123.649.076 y los perjuicios por no haberse percibido oportunamente la utilidad esperada se estimaron en la suma de \$66.708.400.

13.3 Los perjuicios deducidos de la pérdida generada por sobrecostos no atribuibles a la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE se valoraron en \$248.139.023.

14. El acta de recibo de obra del contrato objeto de esta demanda se suscribió por las partes el día 19 DE NOVIEMBRE DE 2007 y el acta de liquidación bilateral y fincuro del contrato se firmó el 15 DE AGOSTO DE 2008.

15. Los perjuicios cuyo reconocimiento se busca a través de la convocatoria del arbitramento fueron reclamados a EPM mediante comunicación presentada el 21 de mayo de 2009 reclamación que no fue aceptada por EPM, razón por la cual, la demandante realizó la salvedad plasmada en el acta de liquidación bilateral y fincuro del contrato 29990126316 cláusula DECIMA PRIMERA.

#### 4.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La convocante en vista de lo expuesto en la versión final de la demanda luego de cumplir los requisitos pedidos por el panel arbitral al inadmitir la demanda y tras la reforma de ésta solicitó al Tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones:

1. Que se declare que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E S.P. incumplió el contrato de obra 29990126316 celebrado con la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE y cuyo objeto se describe en el numeral 5 de los hechos, incumplimiento que se concretó en una inadecuada planificación de la obra que impidió que coincidiera lo contractualmente previsto con lo realmente ejecutado.

2. En sustitución de la anterior declarada, se declarará que durante la ejecución del contrato de obra 29990126316 celebrado entre EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E S.P. con la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE y cuyo objeto se describe en el numeral 5 de los hechos, se generaron situaciones ajenas a la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE que rompieron en su contra el equilibrio económico del contrato, situaciones que se encuentran descritas fundamentalmente en el numeral 7 del capítulo de los hechos.

3. Que como consecuencia de cualquiera de las anteriores pretensiones. Se condene a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E S.P. a pagar a favor de la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE los perjuicios sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento, en la cuantía que resulta demostrada en el

proceso. Así sea mayor a la usencia a continuación descritos que se detallan y taxan de la siguiente manera:

1. Costos derivados de la financiación del proyecto que ascienden a la suma de \$466 465 315
  2. La utilidad dejada de percibir y que equivale al 2.32% del valor mil del contrato, y que asciende a la suma de \$123 604 238
  3. El costo financiero de no haberse obtenido la utilidad en sí misma en suero lo que asciende a \$65 705 409
  4. La pérdida sufrida por la Corporación, la cual valoramos en \$246 739 073
- La totalidad de los perjuicios se estiman en la suma de \$505 558 676

Se adicionan las pretensiones en el sentido de porar que además que las sumas a las que sea condenada EMPRESAS PÚBLICAS DE MDQUELLUÍ sean actualizadas ante el momento en que se causó el porojo y el momento del fallo, teniendo en cuenta la inflación del índice de precios al consumidor y que una vez ejecutoriada el fallo comencen a generar intereses moratorios a la máxima tasa prevista en el artículo 954 del Código de Comercio.

4. Que se condene en costas a EMPRESAS PÚBLICAS DE MDQUELLUÍ E S P
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos y condiciones previstas en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

## 5.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS.

La convocada se pronunció sobre los hechos expuestos por la convocante, negando unos, aceptando otros total o parcialmente o formulando aclaraciones relativas a ellos, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, y proponiendo las siguientes excepciones:

1. **"Cumplimiento del contrato"** Manifestó la convocada que era cumplió con todos y cada uno de las estipulaciones del contractuales, y que, por el contrato a lo afirmado por la convocante, fue dicha accionante la que no realizó las actividades que le eran obligatorias desde el inicio de contrato, como por ejemplo, haber presentado el estudio detallado de programa de construcción, incumpliendo de esta forma sus obligaciones negociales.
2. **"Inexistencia de la obligación"** La convocada no está obligada a ningún pago frente a la convocante, ya que, en primer lugar, no incumplió ninguna de las estipulaciones de contrato, y en segundo lugar, porque cuando hubo necesidad conforme a lo acordado en el contrato, de ampliar plazos, realizar obra extra, obra adicional, reconocer por precipitaciones algún valor, etc., se procedió a su negociación y pacto escrito entre el contratante

y contratista, y como consecuencia a su pago, según se observa en las facturas aportadas como prueba documental.

3. "La Genérica" Solicitó al Tribunal que en el evento de encontrar configurada alguna otra excepción se reconociera de oficio.

Instruido debidamente el proceso como se indica en esta providencia, el Tribunal procedió a clausurar el período probatorio en audiencia llevada a cabo el 11 de julio de 2011 (cuaderno principal No. 2 folios 1244 y 1245) y fijó fecha para que las partes y el Ministerio Público presentaran sus alegaciones de fondo, audiencia que fue llevada a cabo el día 1º de septiembre de 2011 (cuaderno principal No. 3 folios 1437 y 1438) y se desarrolló en síntesis de la forma que sigue:

El Ministerio Público solicitó al Tribunal que conforme al artículo 210 del Código Contencioso Administrativo se le concediera el traslado especial previsto en dicha norma, teniendo en cuenta lo pedido concedió el término de traslado especial para que la señora agente del Ministerio Público presentara de forma escrita y directamente ante secretaría del Tribunal su concepto jurídico sobre el actual litigio, el cual posteriormente se daría a conocer a las partes del proceso.

De otro lado, concedida la palabra a la parte convocante ésta se ocupó de readar un resumen de alegatos escrito que aportó al proceso del cual el Tribunal condensará las ideas más relevantes en el presente aparte del laudo.

Inicia el escrito de la parte convocante planteando el problema jurídico suscitado en la ejecución de la obra ejecutada por la Corporación contratista y conforme a ello, afirmó que dicha Corporación sufrió graves perjuicios económicos durante la ejecución del contrato de obrado con Empresas Públicas de Medellín, el cual tuvo por objeto la construcción de las viviendas que la entidad estatal requería para cumplir sus obligaciones sociales con la comunidad que se vería desplazada por la construcción de la Hidroeléctrica PORCE III, conglomerado social que tenía que ser reubicado dado que los sitios donde estaban asentados serían inundados con la represa.

Los perjuicios padecidos por la Corporación contratista se concretaron en mayores costos de administración, mayores costos financieros, pérdida económica y no percepción de la utilidad esperada. Adicionalmente se generó un detrimento económico por la aplicación del "impuesto de guerra" sobre las obras extras y adicionales acordadas durante la ejecución del contrato.

De manera directa, vía transacción y conciliación, Empresas Públicas de Medellín reconoció a favor de Antioquia Presente los sobrecostos generados por mayores costos de administración y por la aplicación del "impuesto de guerra" a las adiciones al contrato, pero no aceptó reconocer los perjuicios generados por mayores costos financieros, pérdida económica y no percepción de la utilidad.

esperada, y conforme a ello, accedió a someter el problema a un tribunal de arbitramento que es el que nos ocupa actualmente.

Los perjuicios padecidos por la Corporación tuvieron como causa fundamental que las condiciones esperadas del proyecto fueron diferentes a las condiciones reales de ejecución, las cuales variaron en razón de que EPM no puso a disposición de contratista las predios en los cuales se construirían las viviendas, lo que ocasionó que se encomendara al contratista la labor de terminar la concertación con los propietarios sobre el sitio preciso de ubicación de las viviendas. Adicionalmente existieron deficiencias en los diseños de proyecto, lo que originó que varias actividades tuvieran que ser replanteadas, trayendo como efecto la necesidad de ejecutar actividades que no habían sido previstas y que eran necesarias y obras tales como fachadas impermeabilizadas, aieros para ventanas, techos para las lavadoras, etc.

En otros casos, ante la ausencia de diseños de redes de acueducto y energía, y como consecuencia de la indefinición del sitio de ubicación de las viviendas, se presentaron dificultades para que el contratista pudiera comenzar a ejecutar las respectivas obras contratadas.

Además de lo anterior, se presentaron situaciones imprevistas que generaron mayores dificultades para la ejecución de las obras, algunas de las cuales fueron pagadas por EPM al contratista, como las relacionadas con el transporte mular, pero sin reconocer la totalidad de los efectos económicos de estas mayores dificultades, como por ejemplo las pérdidas y daños de materiales que se ocasionaban durante el transporte a lomo de mula, por mayores transportes y desahucios del personal, la disminución de los rendimientos de los trabajadores, tanto por transporte como por las dificultades de acceso a los sitios de las obras, etc.

Todo lo expuesto impidió que los ingresos no se percibieran en el ritmo que se esperaba, mientras que los costos, si se generaban de manera inevitable, generándose un desajuste financiero que tuvo que ser cubierto con recursos externos (créditos bancarios) y con recursos internos aportados por la Corporación y tomados de sus reservas, a pesar de que en la valoración financiera inicial se considerara que el proyecto se financiaba solo, gracias al anticipo percibido y al flujo normal de fondos.

El resultado final del proyecto fue negativo, sin que el contratista pudiera percibir las utilidades esperadas por la ejecución del mismo, lo que significa ni más, ni menos que su labor no fue remunerada, pues bien es sabido que la utilidad del contratista es su remuneración.

Así las cosas, la forma de restablecer los perjuicios sufridos sería entonces reconociendo la pérdida sufrida por la Corporación contratista, reconociendo

las utilidades esperadas y reconociendo los extracostos financieros en que incurrió el contratista, los cual se resumen así:

- 1) El costo de la financiación del proyecto, que asciende a la suma de \$466 406 316
  - 2) La utilidad fijada de juretor y que equivale al 2,32% del valor real del contrato, y que asciende a la suma de \$123 654 238
  - 3) El costo financiero de no haberse obtenido la utilidad en el momento esperado, lo que ascendió a \$66 798 406
  - 4) La pérdida sufrida por la Corporación, generada por sobrecostos no atribuidos a ella y que se valoran en la suma de \$248 739,022
- La solicitud de reconocimiento por los anteriores perjuicios, ascendió, según lo anterior, a la suma de \$926 665 676, más los intereses hasta su pago efectivo, cantidad que deberá ser actualizada entre el momento en que se causó el perjuicio y el momento del fallo, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor y que una vez ejecutado el fallo comienzan a generar intereses moratorios a la máxima tasa prevista en el artículo 884 del Código de Comercio.
- Además de lo anterior se pidió la condena en costas para EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E S P A

A continuación la convocante se dispuso a controvertir la defensa y las excepciones de mérito planteadas por la parte convocada, de la siguiente forma:

"Dentro de la contractualidad legal EPM fijó en la obra ejecución de mérito el cumplimiento del contrato por parte de EPM explicando que el riesgo fue asumido por parte de la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE. Adicionalmente propuso también como excepción la inexistencia de la obligación argumentando no sólo que no incumplió ninguna obligación sino que tal vez las mayores costas en que incurrió la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE fueron pagadas. Profundizó también en que no se presentaron las condiciones que permitían aserir la ruptura del equilibrio económico del contrato pues el contratista conocía las condiciones de ejecución del contrato y que adicionalmente no existía prueba del perjuicio sufrido por el contratista, pues, según EPM, el reclamo se fundamenta en meros cálculos teóricos."

Y para dar cuenta de lo prouesto, afirmó la convocante, de un lado, la Corporación no incumplió el Contrato sino que por el contrario EPM no se ajustó a lo pactado inicialmente, puesto que, entre otras situaciones presentadas en la ejecución de la obra, resulta necesario destacar que el presupuesto inicial del proyecto fue estimado por EPM en \$4 471 2119 836,00 para construir 55 viviendas, y la inversión real de la obra fue de \$5.386 755 333 para construir sólo 46 viviendas, situación que indica sin mayores esfuerzos que el promedio de inversión por vivienda era originalmente de \$52.800 162,15 y el valor promedio de cada una de las viviendas construidas en la realidad del proyecto ascendió a \$738 842 507 24.

Pero lo presentado con el presupuesto no fue la única variación ostensible del proyecto, también el plazo sufrió serios cambios, pues mientras inicialmente se había previsto que las 55 casas se construirían en 300 días calendario, finalmente se requirieron 510 días para construir 46 casas.

Así las cosas es evidentemente que algo anormal pasó y esa irregularidad no puede imputarse a la Corporación Antioquia Presente pues si alguna responsabilidad hubiera tenido en que no pudiera ejecutarse el objeto del contrato en el plazo previsto o con los recursos presupuestados EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, jamás hubiera aprobado la adición de recursos ni mucho menos la ampliación del plazo.

Los problemas del contrato son exclusivamente imputables a EPM y se concretan a su falta de planeación y diseño del proyecto.

EPM no quiso utilizar su incumplimiento grave del contrato trasladando sus obligaciones al contratista y mostrando que en la ejecución del proyecto existió desorden y falencias en la coordinación de las actividades de los subcontratistas.

A pesar de lo anterior tenemos que decir una verdad que no resulta razonable que esos argumentos sean organizados en este momento a pesar de que nunca fueron obstáculo para que EPM aceptara responsabilidades con aspectos tales como:

- Las ampliaciones del plazo contractual, que nunca hubieron existido si las dificultades para ejecutar el objeto del contrato dentro del plazo inicialmente previsto fueran las razones imputables al contratista.
- Las reducciones en dinero al valor del contrato, pues si las necesidades de ejecutar obras adicionales o extras hubieran sido imputables al contratista por su desorganización, o por el incumplimiento de sus obligaciones, EPM hubiera dispuesto que esos mayores costos fueran asumidos por el contratista.
- El reconocimiento de los mayores costos por la mayor permanencia en que incurrió el contratista, siempre se hubiera presentado pues si el mayor plazo del contrato hubiera sido consecuencia de la supuesta desorganización del contratista, tampoco se le habría hecho reconocimiento alguno por este concepto o este hubiera sido simplemente parcial.

En sentido contrario podemos afirmar que las acciones en que incurrió EPM frente al ejercicio de las facultades que le cuenta como entidad contratante, demuestran que no había lugar para condicionar un supuesto incumplimiento sustancial de parte del contratista:

- Nunca se aplicaron multas.
- Nunca se efectuó requerimiento alguno a la compañía de seguros para hacer efectiva la garantía de cumplimiento.
- Tampoco se declaró nunca el incumplimiento del contrato para efectos de cobrar la cláusula penal.

Mucho menos existió intención de revincación reclamando a Antequera Presente algún tipo de perjuicio derivado de la ocurrencia de mapacas pisadas o de mayores costos incurridos por la supuesta conducta negligente del contratista durante la ejecución del contrato.

- No se propone de manera expresa

Esto nos permite afirmar que los supuestos incumplimientos que se presentaron en la ejecución del contrato no fueron incumplimientos sustanciales y no fue nada diferente a lo que se presenta en todo contrato de obra pública en donde el administrador en ejercicio de sus funciones hace la atención al contratista buscando una mayor eficiencia en la ejecución del contrato o busca la corrección de los defectos pero sin que esto implique un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales.

De otro lado la Corporación contralista luego de dar cuenta de todos los argumentos excepcionales propuestos por la convocada finalizó su alegato sentando las premisas del marco jurídico del presente proceso.

Para definir el marco legal sustantivo del presente asunto debe tenerse en cuenta el carácter de entidad estatal que ostenta EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDFELIN independientemente de que esté sometida al régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, pues en todo caso, como entidad descentralizada del orden municipal, sigue siendo un instrumento para la ejecución de los fines del Estado, lo que da lugar a que se apliquen los principios propios de la función administrativa y de la responsabilidad del Estado definidos por el artículo 90 de la Constitución Nacional.

El amparo jurídico nacional ha creado un nivel de incertidumbre sobre el régimen jurídico de las entidades estatales a raíz de la afirmación efectuada en la ley 142 de 1994 que excluye estas entidades del régimen de la contratación estatal.

Esto trae como consecuencia en que la norma pone dar lugar a entender que la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios se rige estrictamente por el derecho privado lo cual no es cierto, ya que existen principios constitucionales que son aplicables a todas las entidades estatales independientemente de su naturaleza jurídica lo que convierte el régimen de estas entidades en un régimen mixto.

Una de las normas constitucionales que tienen plena aplicación frente a las entidades descentralizadas previstas de la ley 90 de 1993 son los artículos 209 y 90 de la Constitución Nacional, la primera en cuanto establece cuáles son los principios de la función administrativa y la segunda en cuanto establece la cláusula general de responsabilidad del Estado en materia extracontractual y contractual.

1.2.

Es precisamente el principio de igualdad ante las cargas públicas el que pone origen porque la contractualidad que rige los contratos de las entidades estatales

es más urgente que en los contratos que rigen la contratación privada pues en caso de que ese equilibrio se rompa en contra de la entidad pública estaría afectándose el orden público y en caso de que el equilibrio se romba en contra del particular estaría afectándose el principio de equidad y de igualdad ante las cargas públicas.

Por eso se afirma que el equilibrio del contrato debe ser mutabilísimo frente que ocurran circunstancias ajenas a la parte afectada y que alteren el equilibrio surgido al momento de proceer a contratar.

Por todo lo expuesto la parte convocante soloto se acogieran las suplicas de la demanda y se desestimaran las excepciones de mérito formuladas por la convocada.

De acuerdo al desarrollo de la audiencia de alegatos de conclusión, el Tribunal le otorgó la palabra a la parte convocada quien hizo uso de ella y realizó una presentación del escrito de alegación aportado al expediente, el cual se sintetiza así:

Según la convocada las premisas probadas en el proceso son:

1 - El objeto del contrato determinado en el numeral 5.0 del Anexo de Condiciones y Especificaciones ordenó la construcción de 46 viviendas, en forma dispersa y obligatorias desde un inicio, más 9 viviendas nucleadas de las cuales las Empresas se reservaba el derecho a decidir si se hacían o no, dentro de los 100 días siguientes al inicio del contrato, y 10 viviendas adicionales dependiendo de la concertación que se lograra con las familias beneficiarias del proyecto.

En el orden de ideas anterior al momento de inicio del contrato la única y verdadera y actual obligación era la construcción de 46 viviendas y no de 65 viviendas como lo quiere hacer ver el actor y muchos menos de 65 viviendas como también se trató de mostrarlo para asegurar que se había bajado notablemente el número de casas que se construyeron.

La Corporación Antioquia Presente solo construyó 41 viviendas dispersas de las 46 obligatorias que tenía que construir desde el inicio del contrato, lo cual equivale al incumplimiento del objeto del contrato.

2 - La clase de contrato y calidades del contratista conforme a propios documentos del contrato de los cuales hace parte la 'oferta' con su Plan de Implementación de Manejo Ambiental (PIMA) no se centraba en la construcción de la obra física. Era de 'la esencia de la relación contractual' que el contratista se involucrara con las comunidades impactadas y realizara una serie de actividades de concertación social para que el proyecto pudiera llevarse a cabo. Esto es, el contrato tenía un carácter fundamentalmente social y fue por ello que se escogió a la entidad Corporación Antioquia Presente para ejecución del proyecto pues



éste contaba con tales calidades y experiencias en los requerimientos del contratante para este tipo de proyectos constructivos acompañados de gestión social.

3 - La suficiencia económica del contratista fue uno de los factores para la adjudicación del contrato según se ve en el numeral 1.07 (sub-numeral 8) de los Pliegos de Condiciones y Especificaciones, fue el factor económico del oferente o "Capacidad financiera".

Por lo anterior no se entiende cómo puede pretender la convocante que con el solo anticipo fuese a construir todo el proyecto, tenía en cuenta alguna que contar con una fuente de financiación independiente del anticipo que, dicho sea, el anticipo fue sólo de 20% del valor total del contrato.

Así las cosas tal parece que la corporación contratista, a pesar de haber demostrado una "suficiencia económica" para la construcción del proyecto no tenía en la realidad, una fuente de financiación para el mismo, diferente del anticipo y de las actas de obra a sabiendas que el contrato no era por "costos reembolsables" sino por "actas de obra" y que tenía que llegar a realizar actividades que "no se pagaban separadamente" sino dentro de esas actas de obra.

4 - Para verificar las cantidades y clase de precios del contrato se debora tener presente el numeral 2.01.01 del Pliego de Condiciones y Especificaciones en el que se dice claramente que las cantidades a construir son "aproximadas". Además en el numeral 5.01 del mismo Pliego de Condiciones y Especificaciones que habla del objeto del contrato se dice que los precios del mismo "son unitarios" y pago por "actas de obra" y NO por "costos reembolsables" como lo pretende equivocadamente el convocante.

5 - Acerca de la carga de la prueba del supuesto incumplimiento por parte de E.P.M. como se puede observar de las pretensiones del actor, sus pedimentos financieros van totalmente ligados a demostrar los supuestos incumplimientos por parte de la convocada, de tal forma que si no logra probar como efectivamente no lo hizo a lo largo del proceso, tales incumplimientos no podrían triunfar las peticiones económicas planteadas en la demanda.

En el presente caso, la carga de probar todos los hechos del numeral 7° de este acápite (o sea los hechos) de la demanda, era de la convocante, por tal razón, la convocada no pidió un "dictamen técnico", y pese a ello los supuestos de incumplimiento no fueron probados, sólo algunos testigos se limitaron a asegurar que se presentaron en la obra unos "supuestos cambios constructivos", pero no existe otras pruebas que avalen o den credibilidad a dichas versiones de los deponentes.

Por el contrario, la convocada a través de documentos aportados por la demanda o mediante oídos y conforme a lo narrado por los testigos probó, a pesar de no ser de 'su carga' que la 'deficiente planeación' fue del CONTRATISTA y que cuando hubo algunos cambios significativos y una mayor permanencia EPM procedió a su pago de acuerdo a lo que tenía derecho la convocante mediante Actas de Modificación Bilateral concertadas entre ambas partes situación que ahora quiere desconocer la convocante en su demanda.

Por lo anterior, llamo la atención de la convocada, que a sabiendas de que el primer período del contrato fue el 'álgido' y el discutido, en cuanto a los supuestos cambios y demás alteraciones, supuestamente ocasionados por parte de EPM, que no se hubiese llamado a declarar a quienes fueron, para esa época director de la obra y residente de la misma (señores JORGE ANIBAL SALAZAR y RAÚL MONTOYA o RAÚL LÓPEZ, en su orden mencionados, por muchos testigos el primero, y por el señor DIAZ ECHEVERRI, el segundo, y que habrían sido las personas que, por parte de la CORPORACION, si estuvieron presentes en esos meses, ya que el resto de testigos lo que conocen, de ese período inicial es precisamente de 'oidas'."

Quiere decir lo cuestionado que al proceso no se armó prueba de la razón de ser qué, si el objeto de contrato involucraba una estrategia de 'construcción dispersa de las viviendas', la parte convocante realizó una programación de construcción diferente utilizando una "estrategia lineal" tal y como confesó el contratista a lo largo de la demanda y de proceso por lo cual, deberá asumir las consecuencias nocivas de dicho cambio.

6. Sobre los perjuicios derivados por no haberse percibido la utilidad esperada. Dice el actor que si no se percibe la utilidad en un contrato por motivos ajenos a contratista e imputables a la entidad contratante, esta debe reconocer tales sumas. Asegura además que un "saldo negativo" al finalizar el contrato es muestra que ANTIOQUIA PRESENTE no recibió la utilidad esperada.

Frente a lo anterior se debe decir lo mismo que se viene aculando en el sentido que la corporación no probó, siendo su carga, que esos hechos, que supuestamente no le permitieron obtener la utilidad esperada, fueran de responsabilidad de EPM.

La convocante creyó que con solo el dictamen contable-financiero le era suficiente para demostrar los perjuicios económicos, y no se ocupó de probar las causas del perjuicio.

Así las cosas le faltó a ANTIOQUIA PRESENTE, tener un dictamen técnico para poder probar que, efectivamente, ese flujo de caja negativo, esa supuesta financiación, esa supuesta no obtención de la utilidad esperada, tuvo como causa un incumplimiento de contrato por parte de EPM, lo cual no demostró.

7 - Los sobrecostos, en los cuales manifestó haber incurrido la Corporación en la ejecución de las obras fueron producto de su falta de planeación y ejecución organizada y técnica del proyecto. Tales circunstancias se precisan así:

- Una inadecuada asignación de los recursos al proyecto o al uso ineficiente de los mismos en el proceso constructivo.
- Una inadecuada elaboración de la oferta económica.
- Adquisición de bienes y servicios para la ejecución de la obra en tiempos no adecuados (contra aplicación de materiales y servicios).
- Atrasos de obra en la fase inicial de ejecución del contrato.
- Una inadecuada estructura financiera, luego de que desde el primer mes para desarrollar el contrato, lo que obligó al apalancamiento mediante recursos externos a los estipulados en el contrato.
- Imprecisiones en la planeación de la ejecución del contrato, luego tanto a instalarse en la obra no tener en cuenta esos trabajos de instalación, servicios, de diseño de contratación de personal que no le permitiera facturar oportunamente desde el primer mes, ocasionar en forma final para una construcción discreta.

B - Sustento jurídico del presente pleito, lo debablo tiene como fundamento una RELACIÓN CONTRACTUAL, o acuerdo de voluntades libre y válido que es ley para las partes. Esto entonces, debiera ser el norte que oriente el fallo.

El artículo 1602 del Código Civil, dice a su tenor: "Art 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

En otras palabras, esta es la regla sustantiva de toda relación contractual, es el derecho sustancial de las partes para hacer prevalecer, con fuerza de ley, el catálogo de derechos y obligaciones estipuladas contractualmente.

Según el texto normativo descrito, salvo que las partes hubiesen modificado el contrato, o que existiera alguna otra causa legal debidamente demostrada, el fallador debe no sólo respaldar sino garantizar que entre ellas, se dé estricto y cabal cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas.

La decisión del juez, según el contenido del artículo 1602 del Código Civil debe entonces, acatar la fuerza vinculante del contrato suscrito entre las partes, como si se tratara de una "ley", respaldando las obligaciones nacidas para los contratantes. Como bien lo anota el Dr. Carlos Betancur Jaramillo en la sentencia del 13 de mayo de 1988, expediente No. 4304.

- el artículo 1602 del Código Civil es perfectamente aplicable en la relación contractual de las entidades esta argumenta de elaboración preferentemente jurisprudencial, hoy ha sido normativamente incorporado dentro del Estatuto

General de la Contratación Pública, que en sus artículos 13, 32 y 40 ha previsto como marco normativo aplicable a los contratos estatales, a más de las propias previsiones en este estatuto, las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio.

*Precisamente que, para el artículo 1652 como ley sustantiva para las partes involucradas en una relación contractual, es opuesta en todo a la teoría de la imprevisión, la cual de ahora en adelante no tiene cabida en los contratos, toda vez que por sí no se pactan sus consecuencias, obligaciones etc. y se conocen desde antes de la suscripción del evento de voluntad, para después no poder alegar su desconocimiento o su imprevisibilidad.*

*Pero es que los contratos se rigen y han de ejecutarse bajo los principios de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y el principio de la buena fe, postulados que deben ser respetados, tanto por las partes como por el Jefe del Poder Judicial al interpretar los términos del contrato de voluntades.*

En el orden de ideas anterior, habrá de decirse que todas las condiciones contractuales fueron establecidas en el pliego de condiciones y normas por el contratista, sin que se encuentre prueba dentro del expediente que las mismas hayan sido protestadas por la corporación, lo que permite afirmar, en virtud del principio de la buena fe que dichas condiciones eran conocidas, aceptadas y consentidas por el constructor que dado su oficio debía conocer la aptitud de las mismas en función de los costos específicos de la obra.

Teniendo en cuenta lo dicho, y precisamente con fundamento y sustento en ello se demostró, en el trámite procesal, que la Convocante, no tiene prueba del incumplimiento del contrato por parte de las Empresas Públicas de Medellín E. S. P., y mucho menos los supuestos sobrecostos que ahora reclama.

Ahora bien, sobre el conocimiento de las condiciones contractuales y la Teoría de la Imprevisión, Toda vez que como, lo dice la convocante, asegura haber sufrido 'Desequilibrio Económico' en la ejecución del contrato, habrá de analizarse que dice la Ley 60 de 1993 acerca del mencionado 'Desequilibrio'.

Sobre el Equilibrio Económico de los contratos, estipula el artículo 27 de la Ley 60 de 1993 lo siguiente:

*'De la ejecución contractual en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.'*

A nivel jurisprudencial se ha pasado el reconocimiento de la existencia de un desequilibrio contractual en la teoría de la imprevisión, teoría la anterior que deba

reunir ciertos requisitos para su prosperidad. Nuestro Consejo de Estado los detalla de la siguiente manera en sentencia del 19 de junio de 1996 M.P. D. Jesús María Carrillo Ballesteros:

1. Como es dado que el demandante alega la *locus háscuti* de la imprevisión en apoyo de sus pretensiones, también es así que para su prosperidad se debían cumplir con los requisitos que esta misma exige, y de la lectura de la jurisprudencia citada se desprende que para su viabilidad, deberán concurrir los siguientes elementos:

1. Que se trate de un contrato administrativo de ejecución sucesiva como el contrato de concesión o de construcción de obras.
2. Que se trate de un evento excepcional ajenos a la voluntad de la parte que alega la imprevisión, y que altera temporalmente la economía del contrato.
3. Que se trate de un acontecimiento que no haya sido posible prever por las partes al momento de la suscripción del contrato.
4. Que el evento haga esencialmente onerosa la ejecución del negocio jurídico.
5. Es necesario que si contratante no haya suspendido la prestación del servicio.

Como puede observarse sin mayores esfuerzos el marco jurídico aplicable al contrato discutido es el derecho privado, y al no cumplirse los elementos de la teoría de la imprevisión, no habrá lugar a pensar en el pretendido "Desequilibrio Económico" que por demás tampoco fue probado en la litis tal y como le correspondía al actor.

Así las cosas, teniendo en cuenta la respuesta a la demanda, las pruebas presentadas con esta, así como las practicadas dentro del proceso, además de los argumentos esbozados en el escrito de alegatos de fondo, se le solicitó al Tribunal de Arbitramento declarar imprósperas las pretensiones de la demanda, toda vez que la convocante no logró probar todos los hechos de incumplimiento que le atribuyó a EPM, y como consecuencia necesaria de ello, deberá absolver de toda responsabilidad a la convocada y condenar en costas al actor.

Finalmente, la señora agente del Ministerio Público, radicó el día 18 de septiembre de 2011, ante la secretaría del Tribunal su concepto jurídico del proceso, el cual se compendia de la siguiente forma:

Presento un recuento de las consideraciones fácticas de la litis, a igual que de las pretensiones y exposiciones, para de ello extraer el planteamiento del problema jurídico, el cual sintetizo así:

"El problema jurídico a resolver, es si, y el contrato N° 00900125316, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín EPM y la Corporación Antioqueña presente para la construcción de viviendas, genera en su ejecución, un desequilibrio económico?"

Luego de analizar el alcance del arbitraje para este tipo de debates jurídicos concluyó lo siguiente la representante del Ministerio Público respecto a la referida cuestión suscitada entre las partes:

**CONCEPTO EN ESTRICTO SENTIDO.** Por todo lo anteriormente expuesto el Ministerio Público, con fundamento en el dictamen pericial y las argumentaciones anteriormente expuestas y en respuesta al problema jurídico planteado, no observa que hubiera perjuicio que a la parte generara desequilibrio procedimental y de haberlo, no se probó ni se sustentó en debida forma.

## CAPITULO SEGUNDO

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

#### 1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos procesales, como competencia, capacidad y representación de las partes y demanda en forma, así como los que deben concurrir para una ocación de fondo (legitimación en la causa e interés para obrar) se hallan configurados en este proceso, sin que, de otro lado, se observe vicio de nulidad que pueda invalidar la actuación arbitral.

En efecto, acerca de la competencia, el criterio del Tribunal quedó expuesto en los considerandos que sirvieron de fundamento para declararla afirmativamente en este caso concreto, en la primera audiencia de trámite, los cuales se reafirman aquí. Se apunta como relevante que ninguna de las partes protestó contra dicha declaración positiva de competencia para procesar y fallar la contención.

En relación con las partes, aprecia el Tribunal que las personas jurídicas que comparecieron al proceso por activa y por pasiva actuaron por conducto de sus representantes legales. Tales sujetos de derecho tienen, pues, capacidad para ser partes procesales, como que ella se deriva de su personalidad jurídica, sin que se advierta prohibición o limitación, legal o estatutaria, para llevar el litigio que se desata a arbitramento y sustraerlo de los jueces naturales, en virtud del pacto de arbitraje. Y la exigencia de *ius postulandi* estuvo cumplida.

La demanda fue admitida por considerarse como apta para dar apertura a proceso.

Las pretensiones formuladas por la parte convocante en la demanda y su reforma, así como las excepciones planteadas por la parte convocada y sus respectivas

contestaciones son susceptibles de transacción y arbitrabilidad legal por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante el procedimiento arbitral.

El trámite impartido es el que corresponde al del arbitramento legal conforme a las disposiciones vigentes y se repite, no se advierte vicio o irregularidad que hubiere podido afectar el rito debido y el derecho de defensa de los litigantes.

Así pues para el Tribunal, se encuentran reunidos los presupuestos formales o de validez del proceso.

En lo concerniente a los requisitos materiales de la sentencia de fondo, el Tribunal advierte que encuentra acreditada la legitimación en la causa para pronunciarse sobre todas las pretensiones, legitimación que consiste en la afirmación de coincidencia hecha por la parte actora entre los sujetos de la relación sustancial conflictiva y los de la relación jurídico-procesal. De otro lado, las peticiones declarativas y de condena impetradas por la demandante y la oposición a ese reclamo formulada por la demandada constituyen suficiente interés de ambas partes para obrar en el proceso.

De esta suerte, entonces el Tribunal no halla óbice alguno para decidir de fondo la litis sometida a su juzgamiento.

## 2.- LA PRUEBA PRACTICADA

La instrucción de proceso agotó los diferentes medios probatorios cuya práctica solicitaron las partes. A instancia de la convocante se recibieron las declaraciones de los testigos **MARCO ANTONIO RIVERA MORATO** (cuaderno principal No. 3 Folios 1246 - 1256); **FEDERICO ALEJANDRO ECHAVARRÍA ECHAVARRÍA** (cuaderno No. 3 Folios 1255 - 1265); **IVÁN DARÍO MIRA MELÁN** (cuaderno principal No. 3 Folios 1266 - 1288); **NELSON WILLIAM ORREGO VÉLEZ** (cuaderno principal Folios 1289 - 1303); **LUZ STELLA ACOSTA ARCÓS** (cuaderno principal No. 3 Folios 1304 - 1326); **OLGA LUCÍA MONTOYA SOTO** (cuaderno principal No. 3 Folios 1327 - 1333); **JAVIER ECHEVERRI PALACIO** (cuaderno principal No. 3 Folios 1373 - 1384); y **GUSTAVO ADOLFO DÍAZ ECHEVERRI** (cuaderno principal No. 3 Folios 1421 - 1430).

A su turno a petición de la convocada se recibieron los testimonios de los señores, **CARLOS ALBERTO ARANGO GUERRA** (cuaderno principal No. 3 Folios 1334 - 1377); **JUAN ESTEBÁN OSPINA RESTREPO** (cuaderno principal No. 3 Folios 1385 - 1406); y **MARY LUZ QUIROZ ZAPATA** (cuaderno principal No. 3 Folios 1407 - 1420).

Respeto del testigo **CARLOS ALBERTO ARANGO GUERRA**, el apoderado de la parte convocante formuló tacha de sospecha conforme al artículo 217 y 218 del C. de P. C., y teniendo en cuenta la doble calidad que tiene el declarante en el

presente proceso, esto es, obró como representante legal de la convocante en la audiencia de conciliación y como testigo en la actual audiencia.

Escuchada la solicitud del apoderado de la parte convocante, el Tribunal le informó que ésta sería resuelta en la sentencia conforme a lo previsto en el artículo 218 del C. de P. C. (cuaderno principal No. 2 folio 653).

La prueba documental que reposa en el expediente fue amada con la demanda y traslado de las excepciones de fondo (cuaderno principal No. 1 folios 20 a 23 y 543 a 544) y con la contestación de esta (cuaderno principal No. 1 folios 532 a 535). También con la exhibición de documentos pedida a la parte convocada la cual fue atendida de forma completa y oportuna por dicha parte. Toda la prueba documental aportada fue legalmente incorporada al proceso.

De igual forma, de acuerdo a la petición conjunta de las partes se decretó y practicó prueba pericial contable - financiera, ordenándose por el experto designado el diciembre 23 de 2010, dictamen pericial que obra en el cuaderno No. 2 Folios 747 a 867.

Del trabajo pericial se le como traslado a las partes, las cuales en debida oportunidad solicitaron aclaraciones y complementaciones, en su orden la petición de EPM reposa en el cuaderno No. 2 Folios 1104 - 1118, y la solicitud de la Corporación Antioquia Presente se encuentra en el cuaderno No. 2 Folios 1119 - 1121.

Las peticiones de aclaración, complementación del dictamen pericial fueron atendidas por el perito designado y sus respuestas obran en el cuaderno principal No. 2 Folios 1144 - 1232 de este trabajo se como traslado a las partes, y estas no promovieron objeción por error grave.

Practicada la totalidad de las pruebas decretadas, el Tribunal estimó oportuno declarar cerrada la etapa instructiva del proceso en la audiencia celebrada el 11 de julio de 2011 (cuaderno principal No. 2 folios 1244 y 1245).

### 3.- JUICIO DE MÉRITO

Reseñado el juicio como queda expuesto el Tribunal pasa a resolverlo en derecho con fundamento en las motivaciones que a continuación se expresan:

El presente laudo se profiere con acogimiento de las directrices trazadas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil y honrando el principio de la congruencia de fallo frente a las pretensiones y excepciones, en aplicación de lo establecido en los artículos 305 y 306 del estatuto procesal citado.



### 3.1. MARCO JURIDICO

#### 3.1.1. EL CONTRATO

El conflicto de intereses patrimoniales que ha sido materia de debate ante esta sede arbitral tuvo como génesis el contrato celebrado entre las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E S P como contratante y la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE como contratista, distinguido con el N° 2999012631E cuyo objeto según el numeral 1.03 del Pliego de Condiciones y Especificaciones (PROCESO DE CONTRATACION PC-029727) del mes de marzo de 2006 consistió en:

‘La construcción de vivienda y cuido (55) viviendas, de las cuales cuarenta y seis (46) se construirán de manera dispersa y nueve (9) de manera nucleada, ubicadas en las áreas rurales de los municipios de Anorí, Anoní, Gómez Plata y Guadalupe las cuales hacen parte de las medidas de restitución exigidas por la leyenda ambiental como mitigación de los impactos causados por la construcción del proyecto hidroeléctrico Force III en los términos y las especificaciones establecidas en este pliego. Se deja abierta la posibilidad de construir diez (10) viviendas adicionales ubicadas en cualquiera de los cuatro municipios mencionados dependiendo del proceso de concertación con algunas familias coper de traslado.’

#### 3.1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES

3.1.2.1. La contratista, CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE es persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, tal y como se desprende de certificado de existencia y representación legal, obrante a folios 25 a 31 del cuaderno principal No. 1.

3.1.2.2. EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN, la contratante es una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal –adscrita al Municipio de Medellín– prestadora de servicios públicos domiciliarios, actividad ésta que se encuentra regulada principalmente, en la Ley 142 de 1994. Consiguientemente, es una empresa oficial de servicios públicos, conforme a lo dispuesto en el aparte 14.5 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, al estar conformada en un 100% con capital público.

ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

( )

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de cualquier estas tienen el 100% de los acciones.’

### 3.1.3 RÉGIMEN CONTRACTUAL

La Ley 689 de 2001 modificó parcialmente la Ley 142 y en cuanto al sistema de contratación, aquella estableció, en lo pertinente

*ARTICULO D.10. Modifícase el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:*

*Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.*

*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos de cláusulas establecidas y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos demandadas que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá en cuanto sea pertinente por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

La Ley 689 no introdujo un cambio o mutación esencial de la normalidad que regía para los actos contractuales prevista en la Ley 142 toda vez que conforme a una y otra ley el régimen general de contratación era y es el común o de derecho privado no el propio del que regula la Ley 80 de 1993, salvo lo exceptuado por la misma Ley 142 o lo relacionado con cláusulas exorbitantes que se pacten "en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos".

El artículo original de la Ley 142 preveía

*ARTICULO 31. CONCORDANCIA CON EL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.*

*Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas establecidas y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Sobre el particular, la Corte Constitucional efectuó el siguiente pronunciamiento al examinar la constitucionalidad del artículo que acaba de transcribirse declarado exequible mediante Sentencia C-066-97 de 11 de febrero de 1997. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morán Díaz:

*"En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y controles que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos dominicanos. No es otro el objetivo del artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, el parágrafo 1º del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la misma ley o otra disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requisitos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas suyas de ellas.*

*Para ordenadamente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola afirmación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos dominicanos, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, carácter, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y controlar de las empresas prestadoras de los servicios, tanto, como antes, sin transgredir con ello la normatividad Superior (autoritas aggregata).*

De suerte, entonces, que el contrato N° 29990126316 habido entre las partes contendientes en este proceso arbitral suscrita por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E S P. el día 7 de junio de 2006 y firmada por la CORPORACIÓN ANTIÓQUIA PRESENTE el día 1 de junio de 2006, se encuentra sometido a la esfera de derecho privado y consiguientemente, por fuera de la preceptiva de la Ley 80 de 1993, que es el estatuto general de contratación de la administración pública.

Por supuesto se da que, según las disposiciones legales que se han dejado copiadas escapa a la competencia de este Tribunal de arbitramento todo aquello que, en el diferendo existente entre las partes, se halla relacionado con actos dictados por la entidad contratante a raíz de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común que hubieren sido incluidas en el contrato, cuyo juzgamiento es de reserva privativa de la jurisdicción contencioso administrativa.

No sobra traer a consideración la tendencia que ha venido delineando el Consejo de Estado acerca de la definición o identificación de "contrato estatal", como se aprecia en la sentencia de octubre siete (7) de dos mil nueve (2009), Sección Tercera, Ponente Dr. Mauricio Fajardo, en la que se expone:

*"Al respecto, la Jurisdicción de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se adoptó un contrato eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebran las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado este Sala*

*"De este modo son contratos estatales todos los contratos que celebran las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales", y entre otros donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los tribunales que ante éste se surten no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que exista la variabilidad sustantiva que se le aplique a los contratos (4) (Negrita fuera del texto)*

De conformidad con lo anterior, se hace evidente que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta determina directamente la del contrato que ha celebrado.

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad por lo cual si se considera que determinado ente es estatal por haberse dado de concluirse que los contratos que le misma celebra deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo y orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.

"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refieren el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título transitorio, se deriven a continuación ( 1 )"

El análisis efectuado en la sentencia del Consejo de Estado tenía como propósito final desentrañar la jurisdicción que tiene vocación para "juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado" e in fine de la Ley 1107 de 2006, acerca de lo cual estimo

*Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007 radicación 06 802, en el cual a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:*

*A manera de síntesis puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de la Conferencia Administrativa, con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2006, de la siguiente manera:*

*1) Sobre materia de las controversias y litigios prescontractivos y contractuales en las que interviene una entidad pública, en importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.*

Mas o que en últimas le ha inspirado a este Tribunal el acercamiento de los argumentos de la sentencia del Consejo de Estado precedentemente reproducidos es apoyarse jurisprudencialmente en que el contrato celebrado entre la CORPORACIÓN ANTIÓQUIA PRESENTE y las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN no obstante ser de carácter estatal en atención a la naturaleza de esta entidad -de índole pública- se halla gobernado no por la Ley 80 sino por la normalidad que rige para las relaciones jurídicas convencionales de la parte privada por disposición de ley especial (la 689 de 2001) contrato "( ) en el cual rigen, en principio, y con todo su rigor, los principios de autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes y la libre discusión de sus derechos y obligaciones" (Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora 5ª edición 2002, página 518);

Por último la posición de la Corporación Antioquia Presente acerca de este tema se aviene con lo dicho en tanto se colige al haber expresado en los fundamentos de derecho de la demanda que:

*"Estos principios fueron reconocidos en nuestra legislación a través de la ley 80 de 1993, pero el hecho de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal estén excluidas de la aplicación de dicho estatuto no quiere decir que los principios constitucionales que inspiraron dicha constitucional no operen de manera a este tipo de contratación" (subrayas incorporadas)*

El Tribunal comparte las siguientes razones de ciudadanos que intervinieron dentro del trámite del proceso de constitucionalidad que culminó con la sentencia C-066-97 del 11 de febrero de 1997, que la Corte Constitucionalidad resumió así:

*"El finso final del artículo 154 de la Carta Política no urrió al legislador agotar el tema de la contratación estatal en un solo estatuto, pudiendo perfectamente existir regimenes especiales, como el dispuesto en la ley 142 de 1994, que, acogiendo la fórmula contenida en la ley 50 de 1993 dejó en disposiciones del derecho privado los mecanismos contractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Dicha fórmula además, se ajusta perfectamente a lo*

dispuesto por la Constitución en materia de igualdad, régimen de responsabilidad de los servidores públicos de tales entes, que es el objeto de las demás y regulación legal de su actividad.

( )

5. El sometimiento del régimen de servicios públicos domiciliarios a normas del derecho privado es consecuencia no de su inconstitucionalidad, sino de la facultad constitucional del legislador para regular el tema que además garantiza un plano de igualdad tanto para las empresas con carácter oficial, como para las de carácter privado.

### 3.1.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO Nº 29990126316

Conviene analizar algunos de los caracteres de la relación sustantiva habida inter partes y en especial los que interesan a los fines de este proceso.

3.1.4.1. Enfocado desde el punto de vista de los efectos que produce, se trata de un contrato bilateral o sinagmático, pues genera obligaciones para cada una de las partes, obligaciones que tienen además el signo de la reciprocidad. Entre ellas existe correlación, interdependencia, conexidad, ya que las contraídas por una parte lo han sido en función de las adquiridas por la otra.

3.1.4.2. En términos generales, y haciendo referencia sólo a las prestaciones básicas, la contratista quedó obligada a la ejecución del objeto del acuerdo comercial y la contratante, por su lado, a pago del precio convenido, todo con sujeción a los términos, plazos y estipulaciones contractuales.

3.1.4.3. Por cuanto contempla e impone cargas o prestaciones para cada parte contratante en favor de la otra –prestaciones que se estiman equivalentes-, es un contrato a título oneroso.

3.1.4.4. En estrecha relación con la condición anterior, cabe destacarse el carácter de conmutativo del contrato, pues desde el momento de su celebración las prestaciones a cargo de cada una de las partes quedaron determinadas en forma definitiva, prestaciones que desde luego se miran como equivalentes y generan un cierto equilibrio en la economía del contrato. En efecto, cada contratante supo con exactitud, desde el momento de la celebración del contrato, cuáles eran las prestaciones a su cargo y cuáles las contraprestaciones de su co-contratante, y por juzgarlas equivalentes, regaron al perfeccionamiento del negocio jurídico. La igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos se resalta como notas característica de los contratos conmutativos.

3.1.4.5. Es un contrato de tracto sucesivo, pues en cumplimiento del mismo exigía la ejecución por las partes de prestaciones sucesivas durante todo el periodo acordado para la realización de su objeto.

### 3.1.5. LA INTERPRETACION DEL CONTRATO

En esta materia se dará aplicación a lo dispuesto por la ley 142 de 1994 en su artículo 30 que reza:

*ARTÍCULO 30. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor evite los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 133 de la Constitución Política, y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios."*

Además se tendrán en cuenta las reglas de hermenéutica consagradas en el Título XIII del libro IV del Código Civil, que trata de tema en los artículos 1618 y siguientes.

Tales reglas pueden identificarse así: prevalencia de la intención de los contratantes, interpretación frente a términos generales de un contrato, interrelación lógica, interpretación por la naturaleza del contrato, interpretación sistemática, interpretación extensiva e interpretación en favor del cedente o de quien no redactó la cláusula ambigua.

Por su significativa importancia se hace énfasis en el orden que recoge el artículo 1622, en especial su último inciso que se subraya:

*"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad."*

*Fixará también interpretarse por los de otro contrato entre los mismos partes y entre la misma materia.*

*Por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte."*

Todo contrato plantea la necesidad de que represente un todo armonioso. Al examinar las cláusulas del contrato número 20990126316 puede apreciarse que forman un verdadero reglamento de las prestaciones, obligaciones y derechos tanto de la entidad contratante como de la contratista. Algunas de sus estipulaciones si se examinan aisladamente, pueden ofrecer a guisa vacío, pero una vez relacionadas, incluso ve con convenios posteriores en el tiempo, hacen de manifiesto la voluntad contractual.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente en sentencia de octubre 7 de 1976:

*La doctrina de la Corte, al abordar el tema de la interpretación de los contratos, tiene sentido que el juzgador, al acudir a las reglas de hermenéutica, debe observar entre otras aquella que dispone expresamente de conjugar las cláusulas, analizando o interpretando unas por otras, de modo que todas ellas queden armónicas entre sí, que se ajusten a la naturaleza y finalidad de la convención y que concuerden a satisfacer la común intención de las partes. El contrato es un conjunto de volutas que por la regla constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma cohesionada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, pues de este modo se podría desarticular y romper aquella unidad, se vendría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon.*

También para el caso no debe perderse de vista lo que se consagró en el pliego de condiciones a saber:

**"1.06 INTERPRETACIÓN, ACLARACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DE CONTRATACIÓN.**

*"Las interpretaciones o deducciones que el proponente haga de las estipulaciones del pliego de condiciones y especificaciones serán de sus exclusiva responsabilidad."*

El Tribunal, a lo largo de este Laudo, acudirá a los principios y reglas anteriores para el esclarecimiento de aspectos que considere necesarios en la historia y ejecución del contrato número 29990126216.

### 3.2. EL THEMA DECIDENDUM

El acto de juzgamiento que comporta la presente sentencia arbitral impone como punto de partida fijar con exactitud los límites del ofrecido que fue objeto de procesamiento conforme a las pretensiones deducidas en la demanda, ya que el *petitum* integrado a la causa perentiva que lo nutre, demarca para las partes el ámbito de la audiencia bilateral y para el fallador determina la esfera de su decisión.

Con dicha finalidad se pasa a visualizar aquello a lo que reclama y aspira obtener la entidad convocante como pronunciamiento deponso de este Tribunal.

#### 3.2.1. LO PRETENDIDO



La parte actora planteo en su demanda acumuladamente, dos pretensiones declarativas. Una como principal y la otra como subsidiaria, y para ambas formuló peticiones conexas de condena, así:

**La declarativa principal:**

Que se declare que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E S.P. incumplió el contrato de obra 29990125316 (sic) celebrado con la CORPORACIÓN ANTIOQUEÑA PRESENTE y cuyo objeto se describe en el numeral 5 de los hechos incumplimiento que se cometerá en una medida pluriactiva de la obra que impide que concluya la originalmente previsto con lo mínimo ejecutado, (además por las otras circunstancias imputables a la entidad contratante que se demuestren en el proceso)

**La declarativa subsidiaria:**

"En subsidio de lo anterior (declarativo) se declarará que durante la ejecución del contrato de obra 29990126316 (sic) celebrado entre EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E S.P. con la CORPORACIÓN ANTIOQUEÑA PRESENTE y cuyo objeto se describe en el numeral 5 de los hechos, se generaron situaciones que afectan a la CORPORACIÓN ANTIOQUEÑA PRESENTE que vulneran en su contra el equilibrio económico del contrato, situaciones que se encuentran descritas fundamentalmente en el numeral 7 del capítulo de los hechos, (además por las otras circunstancias que se demuestran en el proceso)".

En cumplimiento de lo exigido por el Tribunal en el auto mediante el cual se admitió la demanda, la demandante precisó de los apartes finales de de las dos pretensiones que en lo transrito quedaron copiados entre paréntesis.

En el auto de admisión se dijo:

"2.2. Que las citadas pretensiones no cumplen con los requisitos establecidos en el numeral 5 del artículo 75 del estatuto procesal civil, puesto que en la parte final de la primera se hace alusión a otras circunstancias de incumplimiento imputables a la demandada, en presencia de cuáles "circunstancias" se trata de las cruces facticas (o jurídicas) de los entablados motivos de incumplimiento, y en la última parte de la segunda se hace extensiva el desequilibrio económico contractual a otras circunstancias diferentes a las advertidas en el numeral 7 del capítulo de los hechos, en señalar tampoco cuáles fueran lo que necesariamente tiene en videturadas -parcialmente- ambas pretensiones, por la manera evidentemente genérica como se propusieron, en lo reseñado. Tal fórmula de pedir, en coleno de los Artículos, fuera de atender con la exactitud con que debe venir lo pretérito testimo el principio procesal de la "bilateralidad de la audiencia" en perjuicio de la parte contraria, a la cual le asiste el derecho inalienable de conocer a sus vez de el objeto de la demanda, esto es, los hechos precisos que se le imputan, con el fin de que pueda defender a cabalidad su defensa. Por lo demás, esto es de rigor para el

También, toda vez que sus miembros deben tener claridad y certeza acerca del universo de lo que han de procesar y pagar:

3. Los anteriores defectos deberán ser aclarados por el litigante determinando cuáles son las "otras circunstancias" que dieron lugar al incumplimiento del contrato (para la pretensión 1) y las que normalmente ocasionaron la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico celebrado en detrimento de la actora (para la pretensión 2), o si a una de ellas incluyendo tales "circunstancias" imprecisas del *petitum* (folio 435 del cuaderno principal No. 1).

Y el señor apoderado de la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE se manifestó a respecto, as

En consecuencia me permito congejar las pretensiones UNO y DOS en el sentido de prescindir de la expresión "además por las otras circunstancias imputadas a la entidad contratante que se demuestran en el proceso" incorporada en la Parte Final de la PRETENSION UNO Y de la expresión "además por las otras circunstancias que se demuestran en el proceso" incorporada en la PRETENSION DOS SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSION" (folio 438 del cuaderno principal No. 1).

A su turno, los pedimentos de condena, consecuentes, se propusieron bajo el siguiente esquema, conforme a la reforma de la demanda (folio 572 del cuaderno principal No. 1):

"Que como consecuencia de cualquiera de las anteriores peticiones, se condena a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P. a pagar a favor de la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE los siguientes sumos como consecuencia de dicho incumplimiento, en la medida que resulte demostrado en el proceso, así sea mayor a lo descrito a continuación, peticiones que se discuten y hacen de la siguiente manera:

1. Costos ocasionados de la financiación del proyecto, que ascienden a la suma de \$466.466.919.
2. La utilidad dejada de percibir y que equivale al 2.37% del valor real del contrato, y que asciende a la suma de \$123.654.238.
3. El costo financiero de no haberse obtenido la utilidad en el momento esperado, lo que asciende a \$65.705.400.
4. La pérdida sufrida por la Contratación, la cual estimamos en \$248.739.923.

La totalidad de los pedimentos se estiman en la suma de \$905.568.578.

Se adicionan las pretensiones en el sentido de pedir que además que las sumas a las que son condenado EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN sean actualizadas cada el momento en que se causan el pago y al momento del fallo, teniendo en

cuente la variación del índice de precios al consumidor y que una vez ejecutado el fallo concierne a gestionar intereses moratorios a la máxima tasa prevista en el artículo 884 del Código de Comercio.

Como es apenas obvio, el Tribunal está llamado a examinar y a despachar lo solicitado en las pretensiones, acorde con los hechos alegados, con ponderación de la prueba recaudada y recurriendo a las reglas del derecho sustancial aplicables, en el mismo orden en que aquellas fueron trazadas en la demanda, dado que vienen acumuladas, la primera como principal y la segunda como subsidiaria, desde luego ajustadas a lo prescrito en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

### 3.2.2. LA PRETENSION PRINCIPAL

Versa sobre la declaración de responsabilidad contractual que la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE le atribuye a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDIOFIN E.S.P. en razón de incumplimiento de sus obligaciones surgidas del contrato 29990126316 por causa de *una indebida planeación de la obra que impidió que concuerdara lo originalmente previsto con lo realmente ejecutado.*

En los seis primeros hechos de la demanda se relatan los antecedentes contractuales (apertura de la licitación, objeto, propuesta, adjudicación y celebración); se indican las modificaciones que las partes le introdujeron a la relación negocial durante su ejecución (contenidas en cuatro actas y acta de obra extra nueva) y se menciona de paso el acta de liquidación del contrato y de finiquito.

En el hecho 7 se señala el plazo inicial pactado y la fecha de iniciación de las obras, aseverándose que *la medida que el contrato se fue ejecutando se presentaron cambios sustanciales en los elementos esenciales del proyecto que afectaron ostensiblemente el equilibrio contractual.*

Los cambios sustanciales del proyecto a los que se refiere lo afirmado por la convocante en el hecho 7, los desarrolla en los apartados que van de la numeración continua del 7.2. al 7.1.5.8 del escrito de demanda, ya que el aparte 7.1. tiene por epígrafe *“Modificación de la estrategia constructiva”*, de allí deriva el Tribunal en sana lógica, pues en el pedimento no lo dice, que tales son los presuntos eventos de incumplimiento en que incurrió EPM, determinantes de la *“indebida planeación de la obra”* materia del contrato. Las situaciones fácticas allí desenvueltas son las que delimitan la actividad justificando de los Árbitros en el presente laudo, precisamente esas y solamente esas, máxime si quedarán por fuera y por ende son inadmisibles, como ya se evidenció, *“otras circunstancias imputables a la entidad contratante que se demuestran en el proceso”*.

Adicionalmente es imperativo auscultar si de lo que se ha pedido en la demanda se hicieron reclamaciones, reservas o salvedades por parte de la CORPORACIÓN ANTIOQUEÑA PRESENTE en el acta de liquidación bilateral del contrato de manera específica, determinada y concreta, por cuanto la insatisfacción del contratista así conocida por el contratante caso de no autocomponerse, es lo que habilita al primero para presentar ante la jurisdicción sus pretensiones que han de ser exactamente coincidentes con lo que fue objeto de reserva, no como requisito de procedibilidad exigible para ejercer el derecho de acción, sino como elemento estructurante de la legitimación en la causa por activa, presupuesto necesario para dictar laudo de mérito, acogiendo o negando lo pedido, en la medida que a prueba inchoe al fallador a resolver en uno u otro sentido.

Así lo tiene avengulado el Consejo de Estado en la misma sentencia arriba citada:

*La liquidación del contrato administrativo (según la terminología del Decreto-ley 222 del 1982) o estatal (según lo consagra la Ley 80 del 1993)(28), se cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer: (i) el estado en el cual quedaron las obligaciones que surrieron de la ejecución del contrato; (ii) los ajustes, modificaciones y reconocimientos a que haya lugar, según lo estipulado y lo pactado; (iii) las garantías inherentes al objeto contractual y excepcionalmente (iv) los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y evitar litigiosas mutuamente a paz y salvo.*

*La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha hecho referencia a la liquidación del contrato estatal en los siguientes términos:*

*La liquidación del contrato, para aquellos casos en que se acuerde ya sea de forma bilateral o unilateral, constituye el momento a partir del cual se entiende que el contrato en cuestión ha finalizado y se reconocen, cesan las obligaciones de las partes e incluso las potestades del Estado para exigir directamente tales obligaciones, salvo lo que en la misma acta se prevé o aquellas obligaciones que hayan sido previamente pactadas como post-contractuales (tales como, por ejemplo, la estabilidad de la obra, la constitución de pólizas de garantía para cumplir con el contrato) (29).*

*En síntesis, independiente de la fuente de la liquidación del contrato (acuerdo solo administrativo, sentencia o laudo arbitral) lo que se busca con ella es finalizar el contrato (30) que con la liquidación del contrato se define el estado económico del mismo y que, liquidado en los autos, debe estarse a lo resuelto en la liquidación respecto de las obligaciones derivadas del contrato estatal sin perjuicio de que pueda reanudar su cualificación, por vía judicial (31).*

**Liquidación bilateral o voluntaria.**

La liquidación bilateral corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato. Por tanto, esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional.

En términos generales, la liquidación que surge del acuerdo de las partes participa de las características de un negocio jurídico que como tal resulta vinculante para ellas. Este negocio jurídico que se materializa en el acto de liquidación debe contener, si los hubiere, los acuerdos, las salvedades, las excepciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y dar por finiquitado el contrato que se ejecutó. La fuerza jurídica del acuerdo liquidatorio que surge de todo un proceso de decisión, es tan importante dentro de la nueva realidad jurídica que se creó entre las partes del contrato, que la misma se presume definitiva y les obliga en los términos de su contenido. Al respecto ha sostenido esta Corporación:

" El acto que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, esta asistido de un orgánico vínculo claro y válido, aunque máxime lo declaratoria de voluntad o en las fórmulas que la ley supone, deben vincular, lícitas o exentas de cualquier otro de los actos que pueden afectarla. Se debe tener con fuerza vinculante lo que se extrae de una declaración contenida en un acto, porque las expresiones verbales, escritas no se demuestran lo contrario deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. "21)

Así pues, en tanto la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico de carácter negocial, para declarar su nulidad es necesario que se configure alguna de las causas previstas para ello en la respectiva ley de contratación de la Administración Pública o en el derecho común. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido desde tiempo atrás<sup>22)</sup> que una vez el contrato haya sido liquidado de mutuo acuerdo entre las partes, dicho acto de carácter bilateral puede ser impugnado por vía jurisdiccional cuando se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Al respecto ha sostenido lo siguiente:

" [...] se tiene que la liquidación efectuada de común acuerdo por personas capaces de disponer constituye, entonces, un verdadero negocio jurídico bilateral, que tiene por tanto fuerza vinculante, a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. "23)

Atesa pues, la dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objurgar, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que debían incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad<sup>24)</sup>, pero únicamente respecto de los hechos puntuales motivo de discrepancia que quedaron consignados en ella. Sobre el tema la Sala ha dicho lo siguiente:

"Como puede observarse en la etapa de liquidación de un contrato, las partes actúan desde ese momento en actos sus preferencias para que sean consideradas por la otra

parte en que el momento del contrato, en el cual la parte adquiere información para reclamar: en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepta. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato con sus enunciadas en esta y no aceptadas estructuran la base del petitorio de una eventual demanda. Por el contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final la existencia de alguna pretensión para que la otra parte la considere en esa vía NUNCA PODRÁ pretenderlas judicialmente. Lo que se traslada al proceso judicial son las pretensiones que la contraparte del contrato no acepta reconocer.

131

Este Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se analiza en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no imputables al contratista independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente es necesario tener en cuenta de una parte que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso. En efecto, el acta de liquidación del contrato contiene el balance financiero en cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, de manera que cuando se firmen de común acuerdo entre éstas, sin objeciones o salvedades, se pierde la oportunidad de efectuar reclamaciones judiciales posteriores. <sup>[129]</sup>

Bajo las orientaciones de la Jurisprudencia de esta Corporación conviene precisar que la acción contractual sólo puede versar sobre aquellos aspectos o temas en relación con los cuales el demandante hubiere manifestado su desacuerdo al momento de la liquidación final del contrato por mutuo acuerdo con fundamento en las siguientes razones:<sup>[30]</sup>

La primera se sustenta en el artículo 1602 del Código Civil aplicable a los contratos celebrados por la Administración Pública según el cual "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". No puede pensarse de este que el acta de liquidación bilateral comparte la misma naturaleza del contrato tanto por su formación como por sus efectos de modo que a tal supiedad produce las consecuencias a las cuales se refiere el artículo citado. Desde este punto de vista, cuando no se deja en el acta constancia concreta de reclamación, se entiende que no existe inconformidad, al tiempo que su adopción comporta una liberación, una declaración de paz y salvo, recíproca entre las partes.

La segunda se funda en el principio de la buena fe <sup>[31]</sup> al cual inspira a su vez, la denominada "teoría de los actos propios", cuyo valor normativo no se pone en duda<sup>[32]</sup>, pues se apoya, en primer lugar, en el artículo 83 de la Carta Política, según el cual las actuaciones de las particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las

gestiones que aquellos adolantaron ante estos y en forma específica, en materia contractual en los artículos 1503 del Código Civil, según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella" y 671 del Código de Comercio que en idéntico sentido dispone que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (39).

Así pues, las salvvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar en el futuro ante la autoridad judicial el cumplimiento de aquellas obligaciones que a su juicio quedaron pendientes o impagadas durante la ejecución del contrato, razón por la cual deben ser claras y concretas. A propósito del preciso alcance que corresponde a las salvvedades o reservas que respecto de una liquidación bilateral formuló alguna de las partes del contrato, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido (40) y que las salvvedades o objeciones que el contratista deja en el acta de liquidación del contrato deben ser claras y concretas, de otra manera, su inclusión resulta inútil (41). La Jurisprudencia de la Sala ha precisado el asunto en las siguientes términos:

"[...] para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en reclamo indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieran resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones (42). Ahora bien, si constatare que el contratista inconformemente consignó en el acta un punto de cualquier tipo, es necesario que reúna las siguientes consideraciones que clarifiquen adecuadamente las problemáticas surgidas con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica, no obstante no basta que exprese técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo sucinto, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (43). Lo anterior significa que la constancia de manifestación no se realice con una formulación genérica que no identifique la razón de ser de la solicitud del contratista, tal conducta impide la claridad necesaria en la concreción de la relación comercial, bien porque las partes estén de acuerdo en forma plena o bien porque subsistan diferencias entre ellas (44).

Sea efectiva la validez de la Jurisprudencia citada, es importante aclarar que la liquidación bilateral no se constituye en un requisito para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se trata de una condición para el ejercicio del derecho de acción, por cuanto la Constitución Política garantiza el acceso a la Administración de Justicia en las condiciones establecidas por la ley y en este caso la ley no ha señalado las salvvedades formuladas al acta de liquidación bilateral como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción, se trata entonces de un presupuesto de orden material dentro del marco de la legitimación en la causa por acción, el cual incide de manera directa y puntual en la procedencia de las pretensiones formuladas.

Así pues, cuando las partes de un contrato, bien sea estatal o administrativo, suscriben acuerdos bilaterales, la probabilidad de que prosperen las pretensiones formuladas en consecuencia por la suscripción de acta respectiva con observaciones u salvedades, las cuales deberán identificar claramente la discrepancia para con el respectivo texto, en el evento en el cual sólo se formulan observaciones generales, que no identifiquen claramente la reclamación, aun bien será posible formular la respectiva demanda, bien sea Contencioso Administrativo o arbitral, no será posible que la jurisdicción respectiva favorablemente las atienda.

El contrato N° 29930126316 fue liquidado bilateralmente, según documento firmado por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDALLIN E.S.P. y por la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE en el mes de agosto de 2008 (folios 62 a 78 del cuaderno principal No. 1).

En la cláusula DÉCIMA PRIMERA del Acta de Liquidación y Finiquito se dejó constancia expresa de que

*LA CONTRATISTA declara que suscribe con salvedades la presente Acta de Liquidación Bilateral del contrato, por lo cual no declara totalmente a paz y salvo a las Empresas Públicas de Medellín por razón de la celebración y ejecución del contrato N° 29930126316 y sus cuatro (4) Actas de Modificación Bilateral. En consecuencia, lo acordado en el texto de la presente Acta de Liquidación Bilateral y esencialmente, pero no exclusivamente, en las cláusulas segunda, quinta, sexta, séptima y décimo debe entenderse en perjuicio de las reclamaciones formuladas en los documentos que acto seguido se relacionan, de forma tal que no le resulte admisible a las Empresas Públicas de Medellín invocar interpretaciones de la presente Acta que tendan a desconocer el legítimo derecho de la Corporación a solucionar extrajudicial o aun judicialmente las reclamaciones manifestadas. i) El valor de las reclamaciones económicas que se formulan obsecro a mayores costos no cubiertos por la remuneración contractualmente pactada, en parte en virtud del todo ajeno a LA CONTRATISTA, y consecuentes de una parte al comportamiento contractual de las Empresas Públicas de Medellín, de otras a hechos extraños a la conducta de las partes contratantes, e incluso a decisiones de las autoridades colombianas que afectaron la economía del contrato en perjuicio del Contratista. El valor de las reclamaciones económicas de la Corporación Antioquia Presente a la fecha, sucede en total a la suma de \$1.306.289.751,75. Esta suma surge de los siguientes rubros: i) \$391.529.259,00... por sobrecostos financieros, suma actualizada al 30 de abril de 2008. ii) Por la administración por mayor permanente, la suma de \$174.759.492,75... comprendiéndose en este ítem los sobrecostos asumidos por la Corporación en razón de que el plazo original del contrato fue de 300 días, pero fue ampliado hasta 510 días, en adelante, teniendo presente que el valor de la administración asumida por EPM debió ser equivalente al 24,47% del valor del contrato, lo que arroja un valor a pagar por este concepto de \$1.416.586.884,75 cuando en realidad EPM sólo ha reconocido \$1.241.827.392,00, causando entonces como suculi pendiente a su cargo la suma de \$174.759.492,75. iii) La suma de \$108.000.000,00, por concepto de impuesto de guerra cuyo cobro se anunció por EPM de manera telefónica,*



para ser descontados del acta final y el cual considera la Corporación que no se aplica a este contrato y, en todo caso, tendría que ser reconocido por EPM al tratarse de un costo imprevisible que sobrevino con la ejecución del contrato y lesiona el patrimonio de la Corporación. iv) La suma de \$82.000.000... ocasionados por cambios efectuados por Empresas Públicas de Medellín en la estrategia constructiva lineal presentada por la Corporación Antioquia Presente en su propuesta, las fuertes lluvias que superaron los índices previstos en los pliegos de condiciones y el requerimiento de mayor cantidad de mano de obra, los cuales generaron sobrecostos en mano de obra, materiales, transporte, herramienta y equipos. Por las razones expuestas considera LA CONTRATISTA que las Empresas Públicas de Medellín, luego de cancelar el pago parcial contenido en la presente Acta por valor de \$336.044.542.000, continúan adeudando a la Corporación la suma de \$ 336.288.751.700 más los intereses correspondientes que se causen hasta su efectivo reconocimiento y pago a la Corporación Antioquia Presente."

Posteriormente las partes llegaron a un arreglo transaccional -parcial- en relación con lo reclamado por la entidad contratista el cual quedó plasmado en Acta viable a los folios 256 a 258 de cuaderno principal No 1 de la cual se destacan los siguientes acuerdos:

#### 7.1 Mayor Permanencia

Las partes acuerdan asumir los costos ocasionados por el contratista durante la mayor permanencia de 210 días del contrato las Empresas asumir los costos administrativos reales, obtenidos según los registros contables entregados por el Contratista, menos los costos administrativos pagados o recuperados por concepto de la liquidación de las obras extras y adicionales, y resultados de la aplicación del porcentaje de administración de 24,47% incluido en el AID del contrato. Dichos sobrecostos administrativos se miden en el anexo 1... con base en dicha valoración el reconocimiento será la suma solicitada por el Contratista que asciende a \$ 177.626.509

#### 7.2 Revisión de los precios unitarios de las obras extras pedradas y ejecutadas después de la entrada en vigencia de la Ley 1706, del 22 de diciembre de 2008 (impuesto de guerra)

Las partes acuerdan que para dirimir el asunto, se solicitará una conciliación extrajudicial ante el Procurador delegado ante el Contencioso Administrativo. Esta diligencia deberá ser solicitada por la Corporación Antioquia Presente y a la misma acudir esta Entidad debidamente representada y con las facultades para concertar si a ello hubiere lugar.

#### 7.3 Solución de reconocimiento al Contratista de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato

Para este punto de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato, así como para conseguir otro punto de desarrollo del acuerdo de voluntades que nos ocupa y que no tenga que ver con los aspectos previstos en los numerales 7.1 y 7.2 precedentes, las partes acuerdan someterse a un Tribunal de

Arbitramento otorgado por la Corporación Antioqueña Presente ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, de acuerdo con las siguientes reglas:

**SEGUINDA. Objeto de la transacción**

Las partes de mutuo acuerdo, y teniendo en cuenta la materia disputada, transigen con plena capacidad y competencia para hacerlo, y con los efectos jurídicos que la ley le atribuye a la transacción, con el objeto de terminar extrajudicialmente la controversia existente entre las empresas y el Contratista y acordar el pago del valor transigido por la ejecución del contrato N° 20350126216 en la parte correspondiente a los sobrecostos administrativos no recuperados por la mayor permanencia del Contratista en la obra, y declararse a paz y salvo como consecuencia de las obligaciones surgidas para cada una de ellas por este contrato. Así mismo, transigen en los otros dos aspectos (Revisión de los precios unitarios de las obras sobre ocultas y ejecutadas después de la entrada en vigencia de la Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006 y Reacondicionamiento al Contratista de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato) en cuanto a la forma como esos serán resueltos a través de los mecanismos de la conciliación prejudicial y el arbitramento, respectivamente.

Ahora bien, las condenas impetradas en la demanda obedecen a los siguientes rubros:

- 1) Costos derivados de la financiación del proyecto, que ascienden a la suma de \$468.466.915.
- 2) La utilidad justa de percibir y que equivale al 2,22% del valor real del contrato y que asciende a la suma de \$123.554.238.
- 3) El costo financiero de no haberse obtenido la utilidad en el momento esperado lo que asciende a \$56.705.400.
- 4) La obra no sujeta por la Concesión, la cual valoramos en \$248.739.023.

Conjugados todos los elementos contenidos en el Acta de Liquidación Bilateral acerca de las salvaduras, reservas y reclamaciones de la contratista, en el Acta de Transacción, en relación con los renglones económicos objeto de salvada, y en la pretensiones de condena, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

- a) Los sobrecostos financieros puestos a salvo en la liquidación no fueron transigidos luego podrán ser reclamados judicialmente, como efectivamente se pide en el numeral 1 de las condenas.
- b) La Administración por mayor permanencia reservada en el Acta de Liquidación Bilateral fue materia de anulación en el acuerdo de transacción (7.1) valor no susceptible de ser demandado, lo que no hizo la convocante.

c) La suma correspondiente a lo que en la liquidación se denominó "por concepto de impuesto de guerra" y que en el documento de transacción se conoció como "Revisión de los precios unitarios de las obras extras pactadas y negociadas después de la entrada en vigencia de la Ley 1106, del 22 de diciembre de 2006 (impuesto de guerra)" fue solucionada de mutuo acuerdo por las partes en el sentido de ser sometida a "una conciliación extrajudicial ante el Procurador General o ante el Contencioso Administrativo" (7.2). No fue incluida en la demanda como pretensión.

d) Lo reclamado en el Acta de Liquidación Bilateral "por cambios efectuados por Empresas Públicas de Medellín en la estrategia constructiva lineal presentada por la Corporación Antioquia Presente en su propuesta, las fuertes lluvias que superaron los índices previstos en los pliegos de condiciones y el requerimiento de mayor cantidad de mano de obra, los cuales generaron sobrecostos en mano de obra, materiales, transporte, herramienta y equipos" y que se entendió equivalente a la "Solicitud de reconocimiento a Contratista de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato según el punto 7.3 de la transacción, se definió a la decisión de este Tribunal de Arbitramento lo que fue pretendido en el numeral 4 de las solicitudes de condena como "La pérdida sufrida por la Corporación".

Se advierte que las peticiones 2 y 3 de las condenas dirigidas contra la convocada, referentes a "La utilidad dejada de percibir" y a "El costo financiero de no haberse obtenido la utilidad en el momento esperado", no fueron aspectos de reserva en el Acta de Liquidación Bilateral. Los que mal pudieron traerse en la demanda como pretensiones de la contratista por lo cual en principio deberían quedar por fuera de la decisión del Tribunal.

No obstante, se descubre que en el acta de transacción las partes dieron cabida a los aludidos pedimentos al dejar consignado:

*7.3 Solicitud de reconocimiento al Contratista de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato*

Para este punto de los mayores costos ocasionados durante el desarrollo del contrato así como para cualquier otro punto de discordia del acuerdo de voluntades que nos ocupa y que no tenga que ver con los aspectos previstos en los numerales 7.1. y 7.2. precedentes, las partes acordaron someterse a un Tribunal de Arbitramento.

El enunciado resaltado y subrayado un sendero de Intexna, franqueó el camino para que la Corporación Antioquia Presente pudiera impetrar también las condenas ultimamente memoradas.

En resolución o pedido en la demanda se ajusta a lo reservado y a lo transigido, conllevándole aptitud al conocimiento por vía arbitral.

### 3.2.3. LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La pretensión que delatadamente ocupa la atención del Tribunal corresponde a la acción derivada de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, bajo el siguiente tenor literal:

*En los contratos bilaterales va envuelta la resolución resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.  
Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.*

Es una acción alternativa cuyo fundamento ha sido descrito por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al exponer que

*De la celebración de un contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes. Cada una de ellas es acreedora y deudora del otro, aunque las obligaciones no siempre deban cumplirse simultáneamente. Esta reciprocidad de derechos y obligaciones es fundamento de la acción resolutoria en el caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se abstiene a cumplir, pudiéndose pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sanciones destinadas a cubrir las obligaciones de calidad creativa (sentencia de noviembre 2004).*

Si bien la indemnización de perjuicios que el artículo 1546 autoriza impetrar al demandante (contratante cumplido contra quien le incumplió) debe preceder de la petición de cumplimiento o resolución del contrato –o terminación en las prestaciones de tracto sucesivo-, como que la reparación es consecuencia de una de las dos alternativas, jurisprudencial y doctrinariamente se ha declarado que la reclamación judicial de los perjuicios adquiere entidad independiente cuando el contrato ha fenecido, y por tanto elevarse sin que sea menester el ruego antecedente de la resolución –o terminación- o el cumplimiento del acto contractual.

JUAN ANJEL PALADIO aborda el punto de la siguiente manera (La Contratación de las Entidades Estatales. Segunda Edición, Librería Jurídica Sánchez, págs. 452 y 453)

*El contratista debe concretar su pretensión en pedir la extinción del contrato mediante la terminación o resolución, según el caso, o pedir el cumplimiento del contrato. Como pretensión principal y auxiliar como consecuencia de ella la condena a la indemnización de los perjuicios. Es decir, la acción de indemnización de perjuicios debe estar necesariamente vinculada a la solicitud de resolución o terminación del contrato o la de cumplimiento, y no podrá sustituirse*

autónomamente lo que generará una decisión inepta que impida la decisión de fondo.

No obstante, tal exigencia desaparece si se atiende al criterio jurisprudencial de que el agotamiento del plazo termina el contrato cuando el contrato ha expirado por vencimiento del plazo, caso en el cual la acción de indemnización de perjuicios se convierte en autónoma pues si el contrato ya expiró no es posible pedir su cumplimiento o su resolución, pero sí la indemnización otorgada en la resolución demandada dentro de la elección por la entidad o por el contratista.

En el mismo sentido es clara la posición del telegrafista CARLOS BETANCUR JARAMILLO, quien en apoyo de su decisión cita una providencia del Consejo de Estado del 5 de febrero de 1994 en uno de cuyos apartes sígote:

*'Y cuando es la administración la que vence el término o plazo del contrato es la que incumple. ¿qué ha de ocurrir? Durante ese período, como es natural, puede el contratista exigir el pago de los perjuicios previa resolución o terminación del contrato, pero si el contrato se encuentra vencido, se ha de considerar que está extinguido, cuya terminación no ha de dependerse, sino tan sólo la reclamación de los perjuicios. Es decir, la extinción del plazo confiere así mismo la del contrato, para los efectos del resarcimiento del daño por incumplimiento del contratista.'*

Por manera que como el contrato N° 20990126315 terminó y fue liquidado por las partes de consuno, la pretensión de responsabilidad contractual por presunto incumplimiento de EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P., circunscrita a la indemnización de perjuicios, estuvo bien concebida por la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE y derrochamente idónea para ser juzgada por el Tribunal.

### 3.2.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

EL Tratadista JAVIER TAMAYO JARAMILLO, en su obra titulada "Tratado de Responsabilidad Civil" (Tomo I Legis 2007) enseña que

*'En general la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causa, la obligación de indemnizar. Entiendo debe entenderse que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien se ha comportado en forma ilícita debe resarcir los daños producidos a terceros. Como se ha dicho una consecuencia jurídica consiste en el cumplimiento de las obligaciones de derivadas de un ilícito, el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de asistencia.'*

En conclusión la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos (culpa o intención), pág. 8.

**3.2.5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL: ORIGEN Y ELEMENTOS**

*La responsabilidad civil contractual tiene su origen en el daño surgido del incumplimiento de las obligaciones contractuales. En este sentido, el daño puede tener su origen en el incumplimiento puro y simple del contrato, en su cumplimiento inoportuno o en su cumplimiento defectuoso (Tamayo, Pág. 22)*

**Requisitos**

*Para que surja la responsabilidad contractual se requiere que haya un daño proveniente de la ejecución de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño.*

( )

*Las condiciones para que haya responsabilidad contractual son las siguientes:*

*Que haya un contrato válido, que haya un daño derivado de la ejecución de este contrato, y, finalmente, que ese daño sea causado por el hecho del acreedor contractual. (Tamayo, pág. 58)*

*La responsabilidad contractual surge cuando existe un contractante activo o pasivo del demandado, que el demandado haya sufrido un perjuicio y que, finalmente, haya un nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño. (Tamayo, pág. 40)*

La responsabilidad civil que en esta especie litigiosa pretende deducir la CORPORACIÓN ANTIQUA PRESENTE, es la contractual deviniente del 'cumplimiento defectuoso' en que incurrió EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, en relación con el contrato N° 79990128315, a través del cual le infligió daño a la actora ya que en la petición principal de la demanda la contratista refiere el incumplimiento que le atribuye a la opositora procesal enfocado en la 'improvida planeación de la obra que impidió que concluyera lo originalmente previsto con lo realmente ejecutado' lo que no es otra cosa distinta a la expresada modalidad de incumplimiento esto es por defectos en el cumplimiento de la obligación especificada bien genérica por lo demás, aunque posteriormente desgajada en los hechos aducidos en el escrito de demanda.

De conformidad con los apartes doctrinales expuestos, es de rigor para que se acceda a la declaratoria de la responsabilidad civil implorada, la concurrencia de los siguientes factores que la estructuran: a) La existencia de un contrato válidamente celebrado; b) El incumplimiento contractual (defectuoso cumplimiento de las obligaciones "ex contractu" de la parte demandada); c) La causación de

un daño a la parte demandante (*eventum damni*) y d) Lazo de causalidad entre la inexecución de la obligación como debía ser cumplida y el daño sufrido.

La jurisprudencia y otros expertos en el tema agregan como elementos sustanciales que configuran la responsabilidad contractual, el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratante que reclama la incumplimiento y a *mora* debitoria con respecto al contratante incumplido.

En el transcurso de laudo se van estudiando los requisitos anteriores, en el orden que la lógica impone desarrollarlos y en la medida en que la prueba de cada uno de ellos permita pasar al examen del otro, y así sucesivamente.

### 3.2.6. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO

Que el contrato que vinculó a las partes tuvo entidad y validez jurídica, no se remite a duda. Es evidente para el Tribunal que la capacidad legal de los contratantes, el consentimiento sin vicio de ambos, y el objeto y la causa – icilos-, junto con las formalidades que se cumplieron, dieron lugar a que Empresas Públicas de Medellín y la Corporación Antioquia Presente se obligaran recíproca y válidamente (art. 1502 C.C.), en los términos y condiciones pactados en el documento que recogió el acto de voluntad común que las unió, cuyas características se perfilaron en el aparte 1.3 de esta providencia.

El contrato así celebrado no fue rechazado por ninguna de las partes procesales en lo tocante a su eficacia.

Por tanto, se encuentra satisfecha la exigencia de que la acción de responsabilidad civil que ahora se desata suponga la existencia de un contrato válidamente celebrado.

Años de descender el Tribunal a la exploración de los eventos que en la demanda se le dirigen como acusación de incumplimiento a Empresas Públicas de Medellín, es provechoso asenlar algunos apuntamientos sobre la carga de la prueba, según jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que orientará la actividad valorativa del cuerpo probatorio levantado en el proceso.

### 3.2.7. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

*La carga de la prueba es una regla procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que además le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparecen probados tales hechos[7].* Sobre este tema se ha expresado la Corporación[8] en estos términos:

La noción de carga ha sido definida como una especie menor del deber consistente en la necesidad de ulverir una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual exigible dentro de los valores que circundan al hecho<sup>191</sup>. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone ni deriva la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser completada a nilo conmutativamente— con la prestación requerida de la cual se ha comprometido con el acreedor sino dos elementos: *faculta* —la aludida carga—, a aquel en quien recae para realizar una conducta como consecuencia de cuyo desamparo puede obtener una ventaja o un resultado favorable mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que así ocasión le ocurren.

Teniendo este concepto al amparo del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se fracciona en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, de manera de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la agotación, el expediente, de la prueba de ciertos hechos. Bien sea porque los hechos en sí fueran, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, era teniendo en cuenta que el hecho puesto está exento de prueba —investigación por venir presuntido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición afirmativa o negativa indefinida—.

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la búsqueda de una determinación fundada procesal a cargo de cualquiera de las partes <sup>[20]</sup>.

El tratadista DEVIS ECHANDIA define la expresión carga de la siguiente manera:

Y ¡pueden definir la carga como un poder o facultad, en sentido amplio, de operar libremente como actor o adolor como tomador prevale en la norma para beneficio y en otros propios, en sujeción al momento y en que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su cumplimiento, pero cuyo incumplimiento acarrea consecuencias desfavorables <sup>[21]</sup>.

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de ultra libere para conseguir el resultado jurídico reconstitutivo, declarativo o de nulidad escarado de un proceso, aparte de solicitar al juez como dato *facta fuerit* a la autoridad de pruebas que le confiere certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.

En los procesos referentes a los contratos celebrados por las entidades públicas de los cuales emana la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procesalmente no hay particularidad en tanto a la carga de la prueba diferentes a las que consagra el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior encuentra confirmación en algunas sentencias<sup>121</sup> de esta misma Sección en las cuales se



hace referencia al tema de la carga de la prueba. Así en providencia de febrero 21 de 2004(13) la Corporación se pronunció sobre el particular:

*"En síntesis, si bien conforme al artículo 1602 del Código Civil el contrato se constituyó en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, tales obligaciones, tratándose de contratos consuntivos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla lo que le corresponde (Art. 1603 C.C.). Desde esta perspectiva para la Saia es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaración de incumplimiento de una parte u de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste a su vez acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.*

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaración de incumplimiento del contrato por parte del municipio, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo otorga, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena adversaria en asunto irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obediere a mora en el pago de la obligación que tenía, en el presente caso, la única situación que justificara la condena solicitada.

Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, al que se remite la Saia por disposición expresa del artículo 167 del C.C.A., las providencias judiciales deben fundarse en las pruebas legales y oportunamente allegadas al proceso:

*Así mismo, del artículo 177 del ordenamiento procesal ya citado se deduce que le corresponde a las partes probar el supuesto de hecho que pretenden demostrar, lo cual impone para el caso del presente contrato que quien ocupa que correspondía al demandante demostrar que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales y en consecuencia, el municipio se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato. Circunstancias estas que no se encuentran plenamente acreditadas con el escrito probatorio alegado al expediente, el cual es preterito e inconsistente. ( )"*

La misma Saia en Sentencia de abril 21 de 2004(14) expresó:

*"Se deduce de todo lo expuesto que está acreditada en sí misma la aserción que adelantó la sociedad actora en el proceso entregado por el Municipio de Mejía, ejerciendo algunas áreas en el terreno para acondicionarlo como parque, se probó así mismo que dicha firma ejerció durante un periodo de un año las actividades comerciales consignadas en el contrato y a cambio de las cuales se comprometió con el Municipio a adecuar y mantener el medio, amén que en la venta de productos alimenticios tales como frutas, gaseosas, etc. y en la explotación de juegos mecánicos aunque no se acreditó el resultado económico de tal ejercicio comercial, pero asumió la parte actora con la carga de la prueba que le incumbía, a la luz de lo dispuesto por el artículo 177 del C.P.C., según el cual, a las partes les corresponde probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el finco jurídico que ellas persiguen,*

questo: que en el presente caso, no se acorda el hecho fundamental del incumplimiento contractual que se le atribuyó a la entidad demandada, como tampoco los perjuicios que dio lugar la inhabilitación a raíz de las determinaciones de las autoridades municipales, lo cual impide acceder a las pretensiones de la demanda y por lo tanto la sentencia de primera instancia merece ser confirmada. (Subrayas por fuera del original) - sentencia de octubre siete (7) de dos mil nueve (2009) Sección Tercera Honorable Dr. Mauricio Fajardo

### 3.2.8. DEL INCUMPLIMIENTO ALEGADO POR LA ACTORA

Como se dejó planteado arriba en su escrito de demanda, la convocante pretende que el Tribunal declare el incumplimiento por parte de la convocada del contrato N° 20090128316, incumplimiento que concreta en la 'inadecuada planificación de la obra que impidió que coincidiera lo originalmente previsto con lo realmente ejecutado'. Dicha pretensión la sustenta en que su propuesta fue elaborada con base en la visita técnica obligatoria al sitio de ejecución de las obras la información contenida en los pliegos de condiciones y la política de empleo de EPM (hecho 3 de la demanda) factores que agrega fueron 'fundamentales para construir la propuesta metodológica, logística la estrategia constructiva la asignación de personal el cronograma y el presupuesto por parte de LA CORPORACIÓN' (ídem);

Aduce la actora que por los constantes cambios en la ejecución del proyecto constructivo atribuyes a la inadecuada planificación del mismo por parte de las Empresas Públicas de Medellín la Corporación pasó de una estrategia lineal establecida en la propuesta, concebida y adoptada con base en la información suministrada por la opositora en la visita técnica, a una construcción priorizada requerida por la interventoría, debido, según dice, a demoras y dificultades que se presentaron en el proceso de negociación con las familias, situaciones que, en su sentir, no lo son imputables a ella (ver hecho 7 1 3.3.), sino que lo reitera en el hecho 11 de la demanda, al inicio del contrato no estuvieron disponibles todos los lotes 'precisamente por las dificultades y demoras que existieron en las negociaciones con las familias beneficiarias del programa...', concluyendo que si Antioquia Presente cumplió con el objeto contractual se debió a que profinanció las obras, circunstancia que en su concepto no estaba prevista como una carga que tuviera que asumir la contratista puesto que lo previsible era que con las obras proyectadas y el plazo pactado, siempre tendría flujo de caja positivo, en la medida en que se iban ejecutando los trabajos (hecho 15.3.)

De lo anteriormente alegado, deduce el Tribunal que la entidad demandante centra el fundamento de sus pretensiones en el supuesto incumplimiento por parte de las Empresas Públicas de Medellín durante la ejecución del contrato lo cual encausa en la falta de concertación entre la contratante y los beneficiarios del proyecto respecto del síbo definitivo de ubicación de las viviendas, situación que la impulsó ineludiblemente a sustituir el método de construcción lineal elaborado con

base a lo señalado en la visita técnica y los pliegos de condiciones por uno priorizado, lo que se generó un desfase en el flujo de ingresos proyectado. Habida cuenta de que no ejecutó las cantidades de obra esperadas, y por tanto se vio compelida a recurrir a créditos internos y externos para poder cumplir con los compromisos económicos adquiridos con ocasión de la celebración y ejecución del contrato.

Adicionalmente a lo que el incumplimiento de la entidad oficial contratante reflejado en la ejecución de mayores cantidades de obra a las inicialmente previstas.

Las causas del supuesto incumplimiento las desarrolla la convocante en el numeral 7 de los hechos de la demanda, motivo por el cual el Tribunal procederá al análisis de las mismas, apreciando y valorando el causal probatorio materializado en el expediente.

### **3.2.9. LOS CARGOS DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, FORMULADOS POR LA CONVOCANTE EN EL HECHO 7 DE LA DEMANDA.**

En el numeral 7.1 del hecho 7 de la demanda, titulado "Modificación de la estrategia constructiva", la actora hace referencia a las diversas circunstancias relacionadas con el incumplimiento que le causara a la convocada y que a su juicio, influyeron de manera significativa en el cambio de su estrategia constructiva, sobre las cua es el Tribunal pasa a pronunciarse, así:

3.2.9.1. En primer término, señala la convocante, en el numeral 7.1.1, que de un proceso de negociación que, según se explicaba EPM en la visita técnica, se entendía culminado con las 55 familias iniciales, se evidenció una negociación no terminada y que condujo con 14 familias menos en el proyecto, es decir un 24,14%, lo que fue notificado por EPM en marzo de 2007.

Para definir lo anterior es forzoso acudir a los documentos precontractuales específicamente al anexo del pliego de condiciones donde se regula el objeto a contratar. En efecto, el pliego de condiciones del proceso de licitación PC 029/27 en su numeral 1.03, consagró el objeto del contrato en los siguientes términos:

*La construcción de vivienda y cuna (55) viviendas, de las cuales carente y ses (45) se construye de manera dispersa y nueve (9) de manera agrupada ubicadas en los demás barrios de los municipios de Amalfi, Anorí, Gómez Plata y Guadalupe, las cuales hacen parte de las unidades de vivienda seguras que la Secretaría ambiental, como resultado de las acciones iniciadas por la construcción del proyecto hidroeléctrico Páez III, en los términos y las especificaciones establecidas en este pliego. Se deja abierta la posibilidad de construir diez (10) viviendas adicionales ubicadas en cualquiera de los cuatro municipios mencionados, despoñando del proceso de concertación con algunas familias carente de vivienda.*

Los formularios correspondientes a las nueve (9) viviendas a construir de manera nucleada en la vereda El Bohío con su correspondiente acueducto y obra eléctrica externa e interna, deberán ser tramitados por los proponentes y se tendrán en cuenta para la evaluación de la propuesta, pero LAS EMPRESAS se reservan el derecho a construir o no construir, hecho que se le notificará al proponente favorecido con la adjudicación de la propuesta dentro de los cien (100) días calendario siguientes a la orden de inicio del contrato dada por LAS EMPRESAS (Negritas y subrayas por fuera del texto original)

Lo mismo se reitera en el numeral 2.010º siguiente: Obras a construir cantidades y precios unitarios que puntualiza

El objeto de este proceso de contratación es la construcción de cuarenta y cinco (45) viviendas, de las cuales cuarenta y seis (46) se construirán de manera dispersa y nueve (9) de manera nucleada ubicadas en los siguientes predios correspondientes a los municipios de Amalfi, Anorí, Gómez Plata y Guadalupe

Viviendas dispersas

• Juntas	17
• Algarrobo	15
• Darío Ospina	1
• Dolgor Mejía	9
• Hermanos Pérez	4

Viviendas nucleadas

• El Bohío	9
------------	---

Se deja abierta la posibilidad de construir diez (10) viviendas adicionales ubicadas en cualquiera de los cuatro municipios mencionados, dependiendo del proceso de concertación con algunas familias objeto de traslado

Los formularios correspondientes a las nueve viviendas a construir de manera nucleada en la vereda El Bohío con su correspondiente acueducto y obra eléctrica externa e interna, deberán ser tramitados por los proponentes y se tendrán en cuenta para la evaluación de la propuesta, pero LAS EMPRESAS se reservan el derecho a construir o no construir, hecho que se le notificará al proponente favorecido con la adjudicación de la propuesta dentro de los cien (100) días siguientes a la orden de inicio dada por LAS EMPRESAS (Acenda 5)

De la interpretación integral de los apartes transcritos se concluye que el objeto consistió en la construcción de cuarenta y seis (46) viviendas de manera dispersa ubicadas en las áreas rurales de los Municipios de Amalfi, Anorí, Gómez Plata y Guadalupe, indicándose claramente las veredas correspondientes en que serían levantadas, así como la construcción de diez (10) viviendas adicionales ubicadas en cualquiera de aquellos municipios, y la construcción de nueve (9) viviendas nucleadas en la vereda El Bohío. Las diez (10) viviendas adicionales y las nueve (9) viviendas del Bohío, como se advierte de manera expresa en el Pliego, podían

o no ser construidas lo que dependía de la decisión discrecional de las Empresas Públicas de Medellín que en el caso particular del Bohío le sería notificada a la contratista dentro de los cien (100) días calendario siguientes a la orden de inicio de ejecución del contrato.

En este último evento, considera El Tribunal que si EPM se hubiera abstenido de comunicar su determinación a la Corporación en el plazo de los cien (100) días previstos en el pliego la consecuencia de tal omisión no sería otra que la exclusión del objeto contractual de la construcción de las viviendas mencionadas. En otros términos, la contratista no tendría la obligación de construir dichas viviendas y EPM no tendría sustento jurídico para exigir su construcción salvo aceptación de ANTICQUIA PRESENTE en ejercicio de su voluntad autónoma para contraer obligaciones.

Se resalta que la convocada mediante comunicación de octubre 4 de 2006 aportada como prueba No. 17A con la contestación de la demanda, le señala a la convocante:

*Teniendo en cuenta lo informado en el numeral 1.03 del Pliego de Condiciones y Especificaciones y en que LAS EMPRESAS se reservan el derecho de construir o no las nueve viviendas en forma nucleada en el predio El Bohío, la información que se va a construir tres viviendas tipo 2 en forma nucleada en los lotes 2, 4 y 5, las cuales pueden iniciarse a partir de la fecha.*

Observa el Tribunal que dicha comunicación fue expedida por EPM dentro del término de los 100 días previstos en el contrato. EN esa forma la entidad contratante ejerció la opción que se había reservado de construir o no, total o parcialmente las viviendas en el predio El Bohío, lo que ciertamente no constituye incumplimiento por parte de la demandada.

Ahora bien, según se desprende del examen de las actas de recibo de obra aportadas por la parte convocada, se concluye que se construyeron menos viviendas dispersas, esto es 37 y 4 viviendas en El Bohío.

Con lo expuesto, el Tribunal desentraña con absoluta claridad la intención que le asistió a EPM de advertir a los proponentes que las viviendas a construir eran cuarenta y seis (46) -líneas y en forma dispersa- y que la construcción de las demás viviendas mencionadas eran opcionales y sólo constituirían para los participantes en la licitación una mera expectativa, lo que además no sugiere ni induce a pensar que el sistema constructivo era lineal, pues esta expresión es opuesta a la locución "dispersa", siendo ésta la que se consignó expresamente en los pliegos. De la comparación de los apartes precedentemente traídos (pliego licitatorio y orden de obra) no se observa ni se deduce oposición o ambigüedad alguna al respecto, sino, por el contrario, armonía entre ambos.

De otro lado, en el pliego de condiciones no se afirmó que la negociación con las familias a reubicar sobre las 55 viviendas estaba totalmente concluida y a reservarse la convocada el derecho a decidir sobre la construcción de las 10 viviendas adicionales y las 9 viviendas del Bohío, el objeto del contrato quedó inicialmente consensado, en firme, a la construcción de 46 viviendas dispersas en 4 municipios y en cinco veredas identificadas por sus nombres sin que se hubieran precisado los lotes y mucho menos localizado la ubicación exacta de la vivienda en cada lote.

De las declaraciones que fueron rendidas por los testigos citados por las partes tampoco se infiere que en la visita al sitio de ejecución de los trabajos, Empresas Públicas de Medellín hubiese dicho o asegurado a los proponentes que contaba con un proceso de negociación concluido sobre cincuenta y cinco (55) viviendas por el contrato. De tales testimonios se deriva que en esa visita EPM indicó a los interesados la ubicación de los lotes para la construcción de cuarenta y seis (46) viviendas. En efecto, en su declaración visible a folios 1334 y siguientes de cuaderno principal número 3, el ingeniero Carlos Alberto Arango Guerra, coordinador técnico de Empresas Públicas, dijo:

*“Ese recorrido se hizo un solo día, básicamente nos ocupamos hoy el día de la, porque era bastante largo, y pudimos mostrar todos los lotes donde se iban a construir las 46 viviendas.”* (Negritas por fuera del texto original)

En consecuencia, en desarrollo de la visita in situ, Empresas Públicas de Medellín a medida que hizo el recorrido por los diferentes predios en ningún momento le indicó a los interesados que contaba con un proceso de negociación concluido sobre cincuenta y cinco (55) viviendas sino que simplemente mostró los lotes donde se construirían las cuarenta y seis (46) viviendas dispersas a las que hacía relación el pliego de condiciones. De donde, el Tribunal se forma la convicción, con los medios probatorios estudiados, de que la convocante incurrió en error al hacer una inadecuada interpretación del objeto contractual señalando en el Pliego de Condiciones el cual, por obedecer a un proceso de Licitación Pública, se rige por un sistema formal —en tanto es documental, escrito— y que únicamente puede ser modificado de la misma manera. A la Corporación Antioquia Presente le competía, entonces, demostrar con el fin de que la estrategia constructiva concebida y formulada en su propuesta encontrara soporte contractual, que EPM modificó el pliego, dentro del trámite de la licitación, advirtiéndole a los proponentes que definitivamente se construirían 55 viviendas y que la construcción de las cuarenta y seis (46) viviendas en los predios y veredas anotados sería lineal y no dispersa. Mas la convocante no logró alcanzar dicho objetivo probatorio.

En verdad, el Tribunal no encontró documento acreditante de que EPM, durante el periodo de licitación, hubiera modificado los pliegos de condiciones en el sentido que afirma el Convocante o que los proponentes, incluida Antioquia Presente, dentro del periodo de observaciones hubieran solicitado precisar y que se les

calificara con base en la supuesta información que la contratista dice haber recibido en forma verbal durante la visita obligatoria a la zona de ejecución de las obras, que existían 55 negociaciones terminadas y que se construirían 46 viviendas en forma lineal y no dispersa.

La decisión de construir las viviendas en forma lineal y no dispersa como lo requerían los pliegos de condiciones y especificaciones y lo ordenaba el contrato suscrito, fue exclusivamente de la Corporación Antioquia Presente y así se aprecia en los siguientes testimonios:

ALEJANDRO ECHAVARRIA ECHAVARRIA, asesor de la Corporación Antioquia Presente, para la elaboración de la propuesta, expresó:

*“... pero la programación estaba a cargo del contratista y si recuerdo que la hacemos lineal” y agrega más adelante “La oferta el programa el programa que se entregó era de una construcción completamente lineal, una casa, dos casas, tres, cuatro casas, hasta llegar al final” (Folio 1262 del cuaderno principal No. 3) (Subrayas ajenas al texto original).*

IVAN DARIO MIRA MELAN en su condición de Director de la obra a partir de enero de 2007, rindió declaración el 10 de septiembre de 2010, y sobre el tema que se analiza expresó:

*“... Nosotros hicimos un cronograma basado en esos trescientos días, pero estaba contemplado, en ahorrar días más en forma lineal, como lo he mencionado, más o menos hacer en esos trescientos días nos daba aproximadamente hacer cinco viviendas por mes, pero de esa forma cumpliríamos degitamos con el cronograma y aunque con eso...” (Folio 1274 y 1275 del cuaderno principal No. 3) (Subrayas ajenas al texto original).*

*“... La estrategia lineal se desprende en la forma en que se tenía previsto en el cronograma de atender porque teníamos terminados... como lo dije y aquí está contemplado en esta ciudad - con las paredes que estaban listas a borde de río y por la ubicación de los condominios. Entonces el cronograma muestra claramente la forma de abordar la construcción de las viviendas, esa estrategia Colombes no está escrita ni en los pliegos ni la CORPORACIÓN lo escribió sino que en la forma en que presentó su cronograma de trabajo, determina abordar esa estrategia” (Folio 1275 del cuaderno principal No. 3) (Subrayas ajenas al texto original).*

Por su parte el testigo MARCO ANTONIO RIVERA MORATO, persona que trabajó al servicio de ANTIQUÍA PRESENTE para la elaboración de la propuesta, en su declaración rendida el 20 de agosto de 2010 dijo sobre la construcción lineal de las viviendas, como estrategia constructiva contenidas en la oferta presentada por la Convocante:

\* Los juegos no hablaban de que era lineal, era entrega de recursos para poder ganar el proceso entonces era una estrategia de recursos. Nosotros teníamos que afrontar la construcción y de la construcción los gastos y de los gastos cómo gastar menos, cómo hacerlo económicamente viable y en función de mercado económicamente viable, nos tenemos que pagar de lo que tenemos y entonces una estrategia, y esa era la estrategia, pero no lo decían los juegos, era una estrategia de nosotros para poder optimizar el costo. En la propuesta de nosotros. Entonces nos enfrentamos ante ese plato de condiciones y díjeme esto hoy que entendiendo de esta manera y así lo cogimos con nuestra experiencia, pero no hablaba de eso. (Folio 1253 del cuaderno principal No. 3)

Y en otro aparte de su declaración aclara que se entiende por lineal y al respecto expresó:

\* Los planes que nos entregaron para la licitación tenían descritos y ubicadas tres viviendas. Con respecto a esas viviendas y esas ubicaciones que eran a lo largo de la carretera y en los extremos de esta vía, planteamos toda una estrategia de distribución de materiales, de supervisión técnica y de construcción y de ubicación de almacenes. Planteamos eso, y eso nos llevó a un resultado económico, que fue muy competitivo, y de hecho por eso pudimos obtener la adjudicación de la licitación, porque esa condición de hacer ese análisis de evaluar cómo lo vamos a llevar, cómo lo vamos a distribuir y cómo lo vamos a ejecutar nos iba a llevar a poder cumplir con eso planteando que utilizáramos material ahí. (Folio 1247 del cuaderno principal No. 3)

Preguntado sobre si esa ejecución lineal se reflejaba en el programa de obra respondió:

"Sí, claro en el programa de obra. Nosotros entregamos una programación con el detalle de los planes de condiciones, entregamos una programación, y esa programación respondió a la ejecución que formamos que hacer mensual para poder llegar a que a los trescientos días pudiéramos tener la construcción de las viviendas y cinco viviendas que aparecían estipuladas en el pliego de condiciones. Entonces le insistía a la forma como estaba distribuido en tener esa duda para poder mover grupos de excavadoras, de fundaciones, de poner y movimiento de actividades y poder ir avanzando en las actividades. "termino esta, continúo con esta". Eso es como lo que a uno le trae beneficios y le trae sistematizar un proceso porque la construcción también es un proceso, no es cuestión de poner un alfiler sino que es un proceso. Entonces que el que nos que adaba, sino nos que adaba el que vamos, se vaya como perfeccionando en su labor y lo pueda hacer más rápido, porque es solo eso. Entonces al tener esa limitación que había de las viviendas, buscamos siempre trabajar con un equipo para cada una de las actividades que había descritos en ese programa, y nos desajustamos esoendo porque era casi como: está, está finitas que había que hacer para poder cumplir con esas importantes días que se tenían planteados." (Folio 1247 del cuaderno principal No. 3)



La asesora jurídica de la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE, Dra LUIZ STELLA ACOSTA ARCOB, declaró sobre la estrategia constructiva diseñada por el Convocante. Sobre el particular dijo:

*Una estrategia es el cómo se hacen las cosas. La CORPORACIÓN para dar entonces respuesta y cumplir en este proceso, propuso una estrategia constructiva lineal, entendiendo por construcción o por estrategia constructiva lineal aquella que operaría en orden desde una punta a la otra, o cuando nos entregaron El Dúo en el otro sentido viene lineal, no empezará aquí después allá, sino así. Entonces los pliegos fueron muy claros, hablaban de una construcción dispersa y c/a moleada, pero nosotros, la estrategia que va (y que puede ser operar con ambas tipologías de construcción) es una estrategia constructiva lineal. (Folio 1318 del cuaderno principal No. 3) (Subrayas fuera del texto)*

Apreciados estos testimonios al Tribunal no le queda ninguna duda de que la CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE, se apartó de la exigencia contenida en el Pliego de condiciones y Especificaciones y del contrato suscrito, donde en su cláusula primera- (folio 32 del cuaderno principal No. 1) exigía, como ya se analizó, que la construcción de las 46 viviendas debería hacerse en forma dispersa pero que ella dispuso *motu proprio* desarrollarla en forma lineal como una estrategia constructiva que, a su juicio, le permitiera ser más competitiva frente a los demás proponentes, según se aprecia en la declaración rendida por Marco Antonio Rivera Morato como ya se relacionó (Folios 1253 cuaderno principal No. 3).

Además en el acta del 28 de junio de 2006 cuyos temas tratados fueron Comité Técnico de Obra Reunión Mesa Temática Gestión Social llevada a cabo en la oficina de la Corporación Antioquia Presente con la participación de once funcionarios siete de los cuales representaron a la CAP dos de Empresas Públicas de Medellín y dos de la Fundación Codesarrollo, consta:

*Se hizo lectura de la antebocina de la programación de obra, se puso a disposición de los asistentes y de acuerdo a prioridades se ajustó (se anexa la programación de obra original). En este punto es importante destacar que la programación se hace teniendo en cuenta prioridades, pero también la colonización de recursos.*

El aparte transcrito del acta, guarda relación con la naturaleza de objeto a contratar enmarcado dentro de una gestión social en el que como es obvio debía prevalecer las necesidades de la comunidad, y con lo señalado por el contratante en el numeral 5.15 del pliego de condiciones donde se reservó el derecho de hacer reprogramaciones al programa de obra inicialmente presentado que sería el que debía cumplir el contratista manteniéndolo actualizado.

Como consecuencia de la reprogramación priorizada que fue acordada por las partes según el acta, el contratista debió ajustar su sistema constructivo a ésta, lo cual solo hizo hasta el mes de febrero de 2007, es decir, seis meses después de

haber sido acordada la programación pronzada tal como se desprende del testimonio rendido por el señor Gustavo Adolfo Díaz Echeverri declarando postulado por la parte convocante y quien fue residente técnico de la CAF en el proyecto, desde febrero o marzo de año 2007 hasta su finalización en diciembre del mismo año, quien al respecto señaló:

PREGUNTADO: También habló usted que cuando llegó tuvo la programación y que cómo se hacía, que primero se hacía todo lo de campo, para todas las casas que eran dependientes, me corrigió si me equivoco ¿después se hacía qué? ¿Así en Usted habló de una programación, usted llegó y dijo que esa programación de pronto no funcionaba en campo, que más bien tomaron una cuadrilla para que hiciera cada vivienda completa ¿Fue así, o no fue así? CONTESTO: Sí, espere un momento. Cuando yo llegué encontré que la programación que se estaba haciendo se hacía de una manera que usaban programación lineal o sea, cuadrillas especializadas que hacen una actividad y la desarrollan a todo lo largo del proyecto, y yo vi que eso no estaba funcionando, entonces en un comité de obra se llegó al tema y hablamos de todo el tema de la planeación, de la programación. Después de ese comité ya se hizo otro comité con EPFM, que también se hacía periódicamente, y en ese comité se tocó el tema de la programación y ya se reprogramó ya no por cuadrillas especializadas, sino por una cuadrilla como responsable de cada vivienda, desde el inicio hasta el final. PREGUNTADO: ¿Y usted sabe por qué esa programación inicial que hizo la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE no funcionaba ahí en el campo, como usted le dijo? CONTESTO: Lo primero es que yo no sé si esa programación la hizo solamente la CORPORACIÓN. PREGUNTADO: No, lo que usted encontró entonces, no digamos que la hizo la CORPORACIÓN. Esa programación que usted encontró ¿por qué no funcionaba ahí? CONTESTO: ¿Por qué no funcionaba? Porque eso implicaba tener un flujo de materiales muy exacto, preciso, puntual, y las condiciones climáticas, las condiciones de la vía no lo permitían. Entonces era asunto de tener actividades en permanente en una propuesta que no estaba funcionando. La idea era como tratar de mejorar al máximo, buscar lo que hubiera más bondades para tratar de lograr el objetivo en el menor tiempo posible. PREGUNTADO: Cuando usted mandó la programación, cómo lo acaba de explicar, ¿usted o la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE y EPFM ve que si funcionaba y las cosas se entregaban dentro del tiempo programado? Cuando habló de usted, no porque es usted, como el que llegó ahí como residente. Nosotros sabemos que todo es una decisión de equipo, entonces por eso eso no se produce por eso cuando le digo 'usted', porque es usted el que está declarando. ¿Entonces si había que mejorar? CONTESTO: O sea, la programación mejoró, las avances mejoraron sustancialmente. En un está cuando vamos a otra serie de cosas, la parte documental, que también mejoraba. La parte de la programación mejoró, mejoraron los mandamientos, mejoró el avance en cuanto a la ejecución de obra. Pero ya lo que tiene que ver con la parte documental, ya no creo que haya mejorado. O sea, eso implicaba de pronto en la parte documental hacer un fondo, o sea, si una carta mandatoria me estás pidiendo que te entregues este documento, aguantalo con un momento y démosle prioridad a la ejecución de la obra. En un momento a la intervención. Luego usted prefiere que nosotros le entregáramos todo este momento de hojas y de documentos y de formatos que se necesitan, que son indispensables, o le damos prioridad a ejecutar la obra y nos da un planillo, sea un

cuanto más tarde como para entregarle estos otros documentos" (folio 1428 de cuaderno principal No. 3) (Subrayas intencionalmente por el Tribunal)

La demandante debió elaborar además de la programación de obra corregida un plan de inversión acorde con la misma los cuales programa de obra corregido y plan de inversión ajustado debieron ser aportados al proceso con el fin de que el Tribunal pudiera hacer las confrontaciones del caso para establecer si existieron diferencias sustanciales entre los mismos que hubieren afectado como lo señala en la demanda el flujo de fondos esperado en su programa de oferta. Lo anterior porque considera el Tribunal que no basta con afirmar que se modificó el sistema constructivo afectando el plan de inversión de la oferta sino que es necesario demostrar en el proceso que la modificación trajo como consecuencia el cambio sustancial al de inversión inicial generando con ello un flujo negativo de caja.

Además considera el Tribunal que un programa de obra priorizado que además según lo señalado en el acta estaba dirigido a optimizar recursos, pudo no haber afectado el plan de inversión y generar un rendimiento igual al esperado o mejor respecto al flujo de caja.

El Tribunal observa que aprobada la programación priorizada de obra por parte de las Empresas Públicas de Medellín en acuerdo con la Corporación Antioquia Presente, el contratista debió ajustar a ella de inmediato su sistema constructivo, lo que según el testigo DE LA CORPORACIÓN en su declaración a folios 1421 a 1430 del cuaderno principal No. 3) solo se hizo en el mes de febrero de 2007.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que el sistema constructivo lineal planteado en la oferta por la demandante no estaba acorde con la realidad contractual porque en primer lugar desde el pliego de condiciones se advirtió que la construcción de las viviendas sería dispersa, que el objeto del contrato tenía un alto componente social que exigía del contratista una amplia experiencia en el desarrollo de obras de construcción dentro de ese contexto tal como lo dispuso en numeral 1.07 del pliego de condiciones transcrita en el numeral 2.3.1.4 de presente laudo arbitral, y porque además la programación de obra debía ser revisada y aprobada por Empresas Públicas de Medellín, según lo dispuso a su vez el numeral 5.15 del pliego, donde se concluye que el sistema constructivo debía también ajustarse a ésta última.

La consecuencia de haber planeado estratégicamente una construcción lineal impidió de cumplir por la forma como fueron concertadas la ubicación de las viviendas con las familias beneficiadas por el proyecto hidroléctrico Porca II, la demora en iniciar las obras y sobre todo, no haber avanzado en la construcción de las viviendas y poder tener obra construida para cobrar, trajo como consecuencia que el flujo de caja e inversión no se pudiera cumplir y de allí el desahucio de la caja y la necesidad de acudir a préstamos internos -recursos de Antioquia Presente- externos con Bancolombia y hacer uso del "pronto pago".

como mecanismo contemplado en los pliegos de condiciones y especificaciones para cubrir las necesidades de la falta de facturación.

En anterior, le permite al Tribunal definir, como premisa determinante para el presente análisis, que el programa de trabajo y consiguiente sistema constructivo plan de inversión y flujo de fondos, no podía estructurarse de una parte, sobre la base de la construcción de cincuenta y cinco (55) viviendas, sino de cuarenta y seis (46) y, de la otra, hacerlo bajo un sistema lineal en los municipios y veredas mencionados, sino disperso.

Ahora si bien el pliego de condiciones exigió la valoración económica de las nueve (9) viviendas nucleadas en el predio El Bohío, este requisito era solamente para efectos de evaluación de las ofertas, pues su construcción era una mera expectativa y no un hecho cierto definido en el pliego. Por consiguiente, esa valoración no podía incidir en el flujo de fondos, el cual debía estar ajustado y definido a lo expresamente consagrado y previsto como objeto real y efectivo de construcción, tanto en el pliego de condiciones como en el contrato.

Es que si el contratista, en su Programa de Trabajo y Plan de Inversión, partió -erroneamente- de construir cincuenta y cinco (55) viviendas, incluyendo las del predio El Bohío y es acueducto de éste, desde el día 1 de plazo contractual, se debe concluir que actuó asumiendo el riesgo de elaborar el Plan de Inversión sobre un supuesto falso, que necesariamente afectaría el flujo de fondos al que podía aspirar en los cien (100) primeros días calendario del término contractual.

Finalmente, en cuanto a lo aseverado por la demandante acerca de que Empresas Públicas de Medellín le notificó, en marzo de 2007, que el proyecto terminaría con 14 familias menos, ello no fue acreditado en el proceso, como tampoco se probó que por este hecho específico a Corporación Antioquia Presente hubiera prescrito o hecho reserva de alguna reclamación en forma oportuna.

En este sentido, comparte el Tribunal la argumentación de la apoderada de las Empresas Públicas para quien el Programa de Trabajo y el Plan de Inversión anexos a la oferta, no estaban acordes con las previsiones del Pliego de Condiciones respecto a las viviendas a construir sobre éste predio y su respectivo acueducto, amén de la no presentación por parte de la Corporación Antioquia Presente del programa definitivo de trabajo, dentro del término establecido en el pliego de condiciones, lo cual implica que en manera alguna ese programa de trabajo que debía ser presentado con la oferta se tomaba en definitivo, porque con posterioridad a la comunicación de aceptación de la propuesta el contratista debía remitir para la aprobación de Empresas Públicas de Medellín un programa de trabajo ajustado a la realidad contractual que debía ejecutarse.

En el proceso de ideas planteado el Tribunal no encuentra acreditado el incumplimiento atribuido por la convocante a las Empresas Públicas de Medellín, en el numeral 7.1.1.1 de la demanda.

3.2.9.2. En el numeral 7.1.1.2 del libelo señala la demandante que otra de las razones que la llevaron a cambiar su estrategia constructiva y por ende la causación de perjuicios en su contra fue el cambio de ubicación de 23 lotes para la construcción de igual número de viviendas por diferentes aspectos tales como situaciones de naturaleza técnica, problemas de suelos, helios de quebradas, vías y acaración de linderos.

Lo primero que se advierte es que la convocante no identificó cuáles fueron los lotes que tuvieron los problemas indicados ni por cuáles se cambiaron. En segundo lugar, el pliego de condiciones no habló de lotes sino de predios y veredas. Por último, la demandante tampoco fue expresa y directa en especificar la causa del cambio de cada lote, sino que se limitó a generalizar. Aquella concreción era necesaria e imprescindible proponerla para que el Tribunal estuviera en condiciones de establecer e a equidó incumplimiento de EPM puesto que hacía parte de la carga de la prueba que pesaba sobre la Corporación Antioquia Presente.

Observa el Tribunal que en el Acta de Modificación Bilateral N° 2 las partes concretaron lo que para ellas fueron los problemas técnicos y jurídicos presentados durante la ejecución de las obras dando lugar al cambio de lotes a saber: Predio El Algarrobo, Lote N°1 y Predio La Isabela, lotes números 1, 2 y 3.

A la luz de esta acta el Tribunal concluye que fueron 4 y no 23 lotes en los que se presentaron los inconvenientes presentados y a ello debe atenderse toda vez que en el hecho en mención (7.1.1.2) la convocante se limitó a generalizar y no hizo singularización de los casos puntuales a los que se refería en la demanda.

Para los eventos identificados en el Acta Bilateral N° 2, las partes acordaron un plazo específico de 35 días adicionales y señalaron que los eventuales costos adicionales en que incurriera el contratista por la ampliación del plazo se analizarían en la liquidación de las obras contractuales extras y adicionales, y consta en el expediente como prueba aportada tanto por la convocante como por la convocada que, mediante acta de transacción suscrita entre las partes, EPM reconoció a la contratista los costos adicionales generados por la mayor permanencia y canceló su obligación declarándose a paz y salvo por éste concepto. De donde se reitera que los cambios de lotes versaron sobre 4 y no sobre 23.

En el Acta de Modificación Bilateral N° 1 las partes identificaron a su vez, 19 viviendas que debido al cambio de ubicación de 19 viviendas de las

contempladas dentro del objeto contractual, las cuales luego de la etapa de concertación con las familias beneficiarias, decidieron ubicar en sitios mucho más alejados de la vía con relación a lo que se tenía previsto en el Pliego de Condiciones, se hace necesario el transporte de materiales desde la vía y hasta el sitio de construcción de las viviendas sobre terreno de mala. Esta actividad, la cual no estaba contemplada en el pliego de condiciones y especificaciones **requiere de tiempos adicionales en el programa de obra, por lo que es necesario adicionar el plazo del contrato y además el valor del contrato** (Negrillas fuera de texto)

La anotación que aquí se registra no se refiere a la existencia de problemas técnicos, jurídicos de linderos etc. sino a la decisión de las familias beneficiarias en ubicar su vivienda alejada de la vía pero no a la necesidad de cambiar los sites.

Además y conforme a los demás medios probatorios allegados a proceso como las actas visibles a folios 705 a 744 del cuaderno principal número 2, e Tribuna observa que la concertación de la vivienda fue llevada a cabo por la Corporación ANTIOQUIA PRESENTE siendo ella la que suministró a los beneficiarios la información que los llevó a tomar la decisión de alojarse de la vía por cuanto en las mismas se expresa:

**'SEGUNDO. ASISTENCIA TÉCNICA Y SOCIAL:** El señor *...* deja expresa constancia que recibió de los funcionarios de la Corporación Antioquia Presente, toda la información necesaria para tomar la decisión de la ubicación final de su vivienda y que dicha decisión la tomó libremente y conjuntamente con su familia' (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia el Tribunal no encuentra acreditado el supuesto incumplimiento contractual de las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto al cambio de los 23 sites que en forma general se menciona en la demanda.

3.2.9.3 En el numeral 7.1.1.3 de los hechos aducidos por la demandante, la Corporación Antioquia Presente acusó que de una entrega de predios completa planeada al inicio del contrato se pasó a una entrega parcial y fraccionada en el tiempo, con diferencias de meses entre unas viviendas y otras, agregando que lo anterior se agravó con situaciones imprevistas que, según la convocante fueron acuerdos no logrados con las familias respecto al sitio de ubicación de su vivienda, concertación con las familias no concluidas en aspectos como dificultades jurídicas de las familias, definición del proyecto productivo, acceso a la vivienda, elección de la bardosa y de la pintura interior y exterior.

A folios 648 del cuaderno principal No. 2 obra copia del acta de entrega y verificación de sites para la construcción de las viviendas objeto del contrato número 29990126315, de fecha 11, 12, 13 y 14 de julio de 2006, llevada a cabo

en Precios de Juntas, Algarrobo, Plan de Pérez, La Isabela, las Cacuyas, Darío Ospina y el Bohío con el objeto de realizar la entrega de la localización de las viviendas en los precios a la Corporación Antioquia Presente por parte de la Interventoría de Vivienda de las Empresas Públicas de Medellín, donde la Corporación estuvo representada por Isabel Cristina Moncada Gómez (Resistente ambiental) y Jorge Andrés Benjumea Zapata (Resistente técnico). Este documento constituye medio de prueba idóneo acerca de la entrega que EPM hizo a la Corporación de los predios y lotes para construir las viviendas, en dicha acta se observa que ya se identifican el número del lote y el precio en que se encuentra ubicado, el nombre del jefe de hogar, el tipo de vivienda y las observaciones. El Tribunal pudo verificar que según la relación del documento y contabilizados los lotes que allí aparecen, los entregados para construcción de viviendas suman 39, 3 de los cuales asignados a Delio Eli Gómez, Pedro Pablo Parra y Luis Ignacio Monsalve, con observaciones sobre eventuales problemas jurídicos el primero y técnicos los segundos, que como no fueron incluidos en el Acta de Modificación Bilateral N. 3, se deduce que fue porque los problemas no se solucionaron debidamente.

Ni en el Pliego de Condiciones ni en el contrato se previó ni estableció la obligación de EPM de hacer una entrega completa de los lotes desde el inicio del contrato, de ahí que no pueda concluirse que de una entrega completa de lotes se pasó a una entrega fraccionada en el tiempo, pues la obligación mencionada no encuentra respaldo contractual.

Respecto a este hecho destaca el Tribunal que la convocante tampoco se limitó a generalizar, sino concretar mediante la identificación de los lotes y sus beneficiarios en qué fechas fueron realmente entregados, para verificar si en verdad la entrega se hizo incompleta y fraccionada.

Como el Tribunal únicamente cuenta con el acta mencionada como documento probatorio oficial, si alguna modificación sufrió este documento en el transcurso de la ejecución del contrato, el Convocante debió no sólo indicar o afirmar, sino probar en qué consistieron las modificaciones, cuáles fueron los lotes y cuándo se realizó la entrega de los mismos.

Ahora bien, en la oferta presentada por la Corporación Antioquia Presente obran a su vez el Cronograma de obra, el Flujo de inversión de Recursos y el Cronograma de Actividades. Miradas en detalle las actividades, se concluye que el proponente no previó en su oferta una entrega completa de los lotes desde el inicio del contrato, y no requería de ello porque el Contratista no pretendía iniciar la construcción de viviendas y de los acueductos simultáneamente en todos los lotes, sino apenas en el lote Juntas y en el predio El Bohío el día 1 del primer mes de plazo, más aun, a esa fecha, en lo relacionado con el bohío todavía pendía la condición de que EPM ordenara, dentro de los 100 días calendario, la construcción de las 9 viviendas nucleadas, lo que era inicialmente opcional.

en el pliego. La construcción de las viviendas y alcantarillados en los lotes El Algarrobo, Delgar Mejía, Hermanos Pérez y Darío Osorio era escalonada de donde se deriva que conforme al Cronograma de Obra de la oferta no era necesario que Empresas Públicas de Medellín hiciera una entrega completa de los lotes como lo asevera la convocante y que las obras, de haber sido aprobado este cronograma por la convocada en la etapa de ejecución del contrato como lo exigía el numeral 5.15 del Pliego de Condiciones, podían hacerse de manera fraccionada y escalonada.

Agrega la demandante en el hecho al que se viene haciendo referencia que la entrega de predios parcial y prolongada en el tiempo se vio agravada por el acaecimiento de situaciones que en su orden fueron imprevistas y por ende no exigibles a ella en su condición de contratista, en especial lo alinente a los acuerdos no logrados con las familias respecto al sitio de ubicación de su vivienda.

Con el fin de esclarecer si las demoras en la concertación con las familias de los sitios de ubicación de las viviendas eran una situación previsible o no, es conducente analizar el origen del contrato y los apartados de pliego de condiciones relativos al componente social de proyecto.

A pesar de que el objeto de la licitación se definió como la Construcción de viviendas en los distintos municipios, el mismo tenía un alto componente social a desarrollar por parte de futuro Contratista, lo cual se desprende del numeral 1.07 del pliego de condiciones que, como requisito de participación en el proceso de selección, señaló lo siguiente:

*1.1 Para la presente contratación podrán participar proponentes nacionales e extranjeros individuales que sean personas naturales o jurídicas que a la fecha de cierre de la contratación se encuentren inscritos y clasificados en el Registro de Contratistas de LAS EMPRESAS. El proponente deberá tener una amplia experiencia en interventoría, o construcción delegada, o construcción directa de vivienda (adenda 4) en el marco de procesos sociales y comunitarios, donde se posibilite la articulación de las obras cívicas y técnicas, con los procesos y actividades comunitarias. Es decir, procesos integrados en los que cumplan las metas y cronogramas de las obras, generando las condiciones para el fortalecimiento del tejido social de la población involucrada, en pro de la sostenibilidad del hábitat (Subrayas fuera de texto)*

Como se ve, Empresas Públicas de Medellín, más que un constructor para la ejecución del proyecto objeto del proceso de selección, prefería contratar una persona natural o jurídica que llevara a cabo esos trabajos de construcción, pero organizados dentro de un especial ámbito de métodos, gestiones y actividades de carácter social y comunitario, y que tuviera la capacidad de articular la ejecución de las obras con las acciones propias del componente social. De allí se deduce que desde el principio, los proponentes eran conocedores del alto grado de compromiso frente al ingrediente social que comprendía el proyecto, al punto que



la experiencia en el campo de acción comunitaria se constituyó en un requisito esencial de participación

En armonía con lo anterior fue que se le solicitó a la Contratista la entrega del **PIMMA (PROGRAMA DE IMPLEMENTACION DE MEDIDAS DE MANEJO AMBIENTAL)**, 15 días antes del inicio de las obras como se verá a continuación

El numeral 8.10 del pliego de condiciones del proceso de licitación que dio origen al contrato de la controversia estableció el manejo de este componente de proyecto así:

*El manejo del componente social es parte fundamental de la dimensión ambiental. EL CONTRATISTA deberá cumplir con lo estipulado en la legislación vigente en cuanto a participaciones comunitarias, y en la Licencia Ambiental del Proyecto Hidroeléctrico Forcés III para lo cual:*

*Gestionará la información que se debe entregar a la comunidad relacionada con la ejecución de los trabajos, los posibles impactos que se causarían por las obras y las medidas que se toman para atenderlos.*

*Elaborará los manuales de procedimiento y convivencia sobre el personal de EL CONTRATISTA y la comunidad afectada por las obras.*

*Revisará y atenderá las quejas y reclamos de la comunidad con motivo de la ejecución de las obras.*

*Elaborará un plan de visitas requeridas para verificar las condiciones de entorno antes y después de la ejecución de las obras.*

*Gestionará el empleo generado por los trabajos asignados a EL CONTRATISTA, para lo cual se debe atender el plan de empleo diseñado por LAS EMPRESAS.*

*El contratista deberá prestar el apoyo requerido por LAS EMPRESAS para el desarrollo de los programas de gestión y relación con las comunidades". (Negritas intencionales)*

En el marco de la gestión social del proyecto a cargo del contratista, el numeral 8.12 del mencionado pliego de condiciones dispuso:

**CRITERIOS PARA LA ARTICULACIÓN DE LA GESTIÓN SOCIAL DEL PROYECTO PORCE III CON EL COMPONENTE SOCIAL DE EL CONTRATISTA**

En el marco de la Gestión social del proyecto hidroeléctrico Forcés III que desarrolla la FUNDACIÓN DESARROLLO, se requiere evidenciar acciones de desarrollo social que aporten al mejoramiento de las condiciones de vida de las familias objeto de la reubicación. Para llevar a cabo el objeto de este proceso de contratación, o sea la **CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS PARA LAS FAMILIAS OBJETO DE REUBICACIÓN POR LA CONSTRUCCION DEL PROYECTO HIDROELECTRICO**

PORQUE es necesario articular las acciones del componente social de EL CONTRATISTA con la Gestión social del proyecto hidroeléctrico Fozes III con el fin de mantener la integridad del proceso para tales efectos, EL CONTRATISTA deberá construir un plan de gestión social el cual presentará a LAS EMPRESAS 15 días antes de la iniciación de los trabajos (adjunta 6) con los lineamientos generales a seguir:

- Generar espacios para la participación activa de la comunidad en la construcción de sus viviendas y equipamiento comunitario, promoviendo su vinculación a las diferentes actividades del proceso constructivo. En particular promover la participación activa de las mujeres las cuales se deben integrar (en) a las obras en sus diferentes frentes.
- Diseñar y desarrollar acciones que promuevan el sentido de pertenencia al nuevo hábitat por parte de la población sujeto, de tal manera que se posibilite la sostenibilidad del proceso. (Negritas fuera de texto)
- Ejecutar un programa de capacitación en la obra, con el método "aprender haciendo" en la obra para los representantes de las familias.

En virtud de la obligación contenida en el aparte transcrito del pliego de condiciones la convocante mediante documento de julio 18 de 2006 radicado oficialmente en EPM bajo el No. 023275598 de agosto 14 de 2006 presentó ante las Empresas Publicas de Medellín, el documento denominado "Lineamientos Plan de Manejo Ambiental PMA Programa de Implantación de Medidas de Manejo Ambiental PIMMA año 2006", el cual obra a folios 924 y siguientes del cuaderno principal No. 2, y en documentos que fueron objeto de exhibición.

En dicho documento se lee:

"Introducción La Corporación Antioqueña Presente es una Organización No Gubernamental que tiene como misión "buscar la recuperación integral y la autogestión de comunidades afectadas por desastres naturales, de aquellas cuyas viviendas están ubicadas en zonas de alto riesgo físico y/o social, impactadas por la construcción de obras de desarrollo o desplazadas por la violencia y el conflicto socio - político, partiendo de la solución de su vivienda, la construcción de su hábitat y la aplicación de modelos integrales hacia el desarrollo sostenible"

"Acorde a su misión, la Corporación es solo contratada por las Empresas Públicas de Medellín para "La Construcción de las Viviendas para las Familias Clásico de Rehabilitación del Proyecto Hidroeléctrico Fozes III"

"Para dar cumplimiento con el objeto del contrato se requiere una infraestructura en las dimensiones social, física y ambiental, incluyéndose estas, en el Programa de Implementación de Medidas de Manejo Ambiental - PIMMA- el cual está diseñado con base en el estudio de Impacto Ambiental realizado por la entidad contratante y la Licencia Ambiental del proyecto.

"En siguiente documento contiene dos capítulos a saber: el primero, presenta los instrumentos básicos del Plan de Manejo Ambiental -PMA- y en el segundo se encuentran las fichas temáticas del -PIMMA- que describen el manejo de todos los componentes ambientales y sociales contemplados para la realización del proyecto" (Negritas por fuera de texto)

Cuando parte de los componentes sociales el contratista incluyó la estrategia "ATENCIÓN A LA COMUNIDAD, en la que incluye como táctica de manejo la "Concertación familiar" para ser llevada a cabo por medio de las siguientes actividades: Concertación y firma de acta de acuerdo de ubicación de la vivienda; Concertación y firma de acta de acuerdo en la ubicación del camino de acceso a la vivienda; Concertación y firma de acta de acuerdo de la ubicación de sitios de destinación de los sistemas de tratamiento de agua residual". En la estrategia "Concertación familiar" la Corporación incluyó un asterisco el cual significa según se lee en la parte final del documento, que "Las actividades correspondientes serán programadas de acuerdo al avance de obra".

Ahora bien, la prueba testimonial que obra en el proceso, el Tribunal encuentra que la declaración del Ingeniero JUAN ESTEBAN OSPINA RESTREPO, rendida el 24 de enero de 2011, es la que da claridad al tema. Dicho deponente dijo:

"EMPRESAS PUBLICAS contrato con la fundación Codesarrollo todo el manejo social del proyecto Porca III. Esta fundación fue la encargada de realizar con las familias la concertación en los lotes en los que se les da a construir las viviendas. EMPRESAS PUBLICAS tenía varios predios de propiedad de EMPRESAS con los cuales iba a concertar con las familias dónde ubicarlas. Dentro de esos predios estaban subdivididos en lotes. Cada uno de esos lotes fue asignado por la fundación Codesarrollo para varios beneficiarios. Entonces la fundación Codesarrollo hizo todo un proceso de concertación con las familias y los esposos - concertadamente, repito - en esta ciudad bien a guisa de construídas las viviendas. Esa parte fue el mismo motivo para la obtención de los abonos que se incluyeron en el pliego de condiciones y que servía para que los productores realizaran la obra". (Folio 1386 del cuaderno principal No. 31) (Subrayas apenas al texto)

En el desarrollo de su declaración a continuación dijo:

"PREGUNTADO: Cuando usted hace referencia a que Codesarrollo hizo la concertación de los lotes en los que iban a construirse las viviendas ¿eso significa que Codesarrollo hizo también la ubicación final de cada casa dentro del lote? CONTESTO: No, ustedes me permiten de pronto una ligera voy a explicar aquí como es fuera la vía, que es la sustitución que para mí la que estaba al fondo de las viviendas, y unos predios con unas utilidades gratuitas. Predio Juanes prieto Algarroba, predio El Dethio, predio Ciro de Pérez. Dentro de esos predios había unos lotes que se habían definido con base en, primero, no recuerdo exactamente el Decreto tal vez 079 del 2006 en la que se definen unas unidades agrícolas familiares, que dicen para que un beneficiario tenga un lote con un área suficiente para su desarrollo productivo, esos lotes deben ser de quince hectáreas

de venta de viviendas, dependiendo de la topografía y la ubicación. Entonces con base en ese decreto, esos predios se subdividieron en lotes. Dentro de esos lotes entonces estaba la evaluación de las viviendas. Entonces cada beneficiario tenía asignado un lote de estas. Ese proceso se hizo con Codesamollo. Ya es el momento en que empieza la ejecución del contrato. **PREGUNTADO:** ¿De cuál contrato? **CONTESTO:** Del contrato que se le adjudicó a la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE, ya firmada a cada uno de estos lotes con la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE y las dotaciones. Esas, la localización probable de esas viviendas es una que está aquí (incluye planos como unas arañas); está que ustedes (ANTIOQUIA PRESENTE) hablen con las ferrias para que confirmen que esa localización es la definitiva, o si hay que hacerle alguna modificación. Pero cuando había algún inconveniente, era siempre dentro de cada lote de cada beneficiario. No sé si queda claro lo de precio, lote y localización de la vivienda. **PREGUNTADO:** Dígame al Tribunal de acuerdo al esquema que usted acaba de decir y la respuesta, ¿entonces esa ubicación final dentro del lote a quién le correspondía? **CONTESTO:** Le correspondía a la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE como parte de sus responsabilidades dentro del contrato. Subraye fuera de texto original. **PREGUNTADO:** Dígame al Tribunal, de acuerdo a lo que usted dijo en su primera respuesta que le había correspondido la evaluación de las propuestas si ese componente social así contrato con ANTIOQUIA PRESENTE tenía alguna importancia para EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN. **CONTESTO:** Claro, tenía suprema importancia. Aunque no era un factor de ponderación de las ofertas, era un requisito el que incluyera determinado personal profesional para varias de las modalidades que se requerían. Es decir, se necesitaba, si mal no recuerdo, un director ambiental, un director social, alguien que manejara la parte de riesgos, un sociólogo. Era todo un equipo profesional que se requería para ese manejo social. Y repito, aunque no fue un factor de ponderación, si en las propuestas que presentaron no estaba ese personal que se exigía, la propuesta no se evaluaba (foto 1586 del cuaderno principal No. 3).

En cumplimiento de esta obligación aparecen incorporadas al expediente como prueba documental 40 actas de "aceptación de sitio para la construcción de vivienda Proyecto Porce III" (folios 705 a 744 Cuaderno de pruebas # 2) firmadas por la Corporación Antioquia Presente y el representante de la familia beneficiaria, siendo la primera acta suscrita el 18 de julio de 2006 y la última el 10 de mayo de 2007, según el siguiente detalle:

Numero	Fecha acta	Firma acta (beneficiario)	Folio
1	Julio 18 de 2006	Lilian Arboleda Velasquez	706
2	Julio 21 de 2006	Luz Marina Londoño	707
3	Julio 21 de 2006	Raúl de Jesús Montoya	730
4	Julio 24 de 2006	Israel Ángel Zapala	705
5	Julio 24 de 2006	Roque León Estrada C	717
6	Julio 25 de 2006	Alonso de Jesús Jaramillo	708
7	Julio 25 de 2006	Flavio Cesar Morales V	710
8	Julio 26 de 2006	Nástor de Jesús Piedraña	728
9	Agosto 1 de 2006	Noé de Jesús Pérez	711

10	Agosto 11 de 2006	Pedro Pablo Parra A	713
11	Agosto 18 de 2006	Julio Enrique Mejía A	714
12	Agosto 23 de 2006	Odiar de Jesús Gómez V	715
13	Agosto 23 de 2006	Jorge Alberto Gómez V	716
14	Septiembre 1 de 2006	Diana de Socorro Arboleda	717
15	Septiembre 6 de 2006	Amanda de J Contreras	718
16	Septiembre 6 de 2006	Luis Alberto Rodríguez	720
17	Septiembre 6 de 2006	Luis Ángel Monsalve	725
18	Septiembre 6 de 2006	Aisemba Rodríguez L	722
19	Septiembre 7 de 2006	Antonio de J Cortes G	719
20	Septiembre 8 de 2006	Orlando de J Rodríguez	726
21	Septiembre 14 de 2006	Dario de J Perez	709
22	Septiembre 21 de 2006	Juan Pablo Quintana	721
23	Octubre 13 de 2006	Juan de J Garcia	727
24	Noviembre 8 de 2006	Abe Adán Sepulveda	734
25	Noviembre 8 de 2006	Luis Enrique Arboleda	735
26	Noviembre 15 de 2006	Omar de J Cortes	731
27	Noviembre 15 de 2006	Conrado de J Cortes	732
28	Noviembre 15 de 2006	José Mario Cortes	733
29	Noviembre 17 de 2006	Alba María Valdes	741
30	Noviembre 17 de 2006	Maximiliano Álvarez	742
31	Noviembre 17 de 2006	Jorge Enrique Morales	743
32	Noviembre 20 de 2006	Nora Cecilia Mejía	724
33	Diciembre 12 de 2006	Ángel Miguel Moreno	739
34	Diciembre 15 de 2006	Jose Alcides Looez	735
35	Diciembre 28 de 2006	Elmer Cardenas	737
36	Enero 19 de 2007	Herberto Rodríguez	728
37	Febrero 1 de 2007	Antonio Londoño	729
38	Febrero 16 de 2007	Nelson de J Restrepo	740
39	Marzo 22 de 2007	Diego Elias Casas	738
40	Mayo 10 de 2007	Leonidas de J Valdes	744

Del texto de dichas actas se aprecia que el objeto de las reuniones consistió en "acordar la ubicación exacta en que se construirá su vivienda" igualmente en cada una de ellas se lee lo siguiente "Deja expresa constancia que recibió de los funcionarios de la Corporación Antioquia Presente toda la información necesaria para tomar la decisión de la ubicación final de su vivienda y que dicha decisión la tomó libremente y conjuntamente con su familia".

Está entonces, debidamente demostrado que la obligación de concertar con las familias interesadas o síbo definitivo donde se debían ubicar las viviendas era una obligación de la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTÉ y que esta fue una de las actividades inmediatas que desarrolló la contratista en los alcances de la ejecución de contrato. Nótese que el 1° de julio de 2006 corresponde a la fecha en que la Contratista recibió predios y plots el 18 de julio, correspondiendo a fecha en

la que consta que la Corporación Antioquia Presente presentó el PIMMA y correspondió al mismo día en que se suscribió la primera acta de reubicación que correspondió a la vivienda de Lilian Arboleda Velásquez.

El Tribunal desahoga de lo anterior que para la Corporación Antioquia Presente era suficientemente claro que las Empresas Públicas de Medellín la contrataron en razón a su experiencia y capacidad en el manejo de procesos de recuperación integral de comunidades impactadas, entre otros, por la construcción de obras de desarrollo partiendo de la solución de su vivienda, la construcción de su hábitat y la aplicación de modelos integrales hacia el desarrollo sostenible bajo estrategias de articulación en las dimensiones social, física y ambiental, porque era elemento fundamental del contrato más que la construcción de las viviendas para las familias beneficiarias, el trabajo social con éstas para ubicarlas en el sitio, generar sentido de pertenencia hacia su hábitat, socializar y propiciar esquemas de convivencia, etc. La concertación está definida como el acuerdo a que dos o más personas llegan sobre una cosa o hecho determinado, los procesos de concertación requieren de tiempo y capacidad de negociación.

En el Cuaderno No. 1 de documentos allegados por EPM, obra la Prueba N° 35 "Acta de Reunión del Comité Social y Ambiental" realizada el día 18 de julio de 2006, a la que asistieron representantes de Codesarrollo, EPM y la Corporación. En el numeral 3 de dicha acta se expone que: "La Corporación Antioquia Presente hace entrega del documento PIMMA, componente social que incluye la retroalimentación realizada por EPM, PIMMA, un término de ajustes y presentación de la metodología de LA CAP, al respecto EE PIMMA, revisará nuevamente el documento y enviará de manera oportuna los ajustes"; de lo cual se concluye que el contenido del documento fue elaborado por la CAP y revisado y aceptado por EPM, y según consta en el acta de aceptación de sitio para construcción de vivienda de la misma fecha (julio 18 de 2006) la Corporación concertó el sitio de ubicación de vivienda de la señora Liliana Arboleda, vis.ve a folios 706 del cuaderno principal número 2.

En la comunicación radicada en las Empresas Públicas de Medellín bajo el número 02334094 de agosto 25 de 2006, La Corporación Antioquia Presente hizo entrega del PIMMA, manifestando que se aportaba atendiendo las correcciones formuladas por la interventora en la comunicación 01308299 del 4 de junio de 2006, éste último documento no fue acordado como prueba al expediente para conocer en que consistieron las observaciones y cuál fue su alcance respecto a las obligaciones del proponente y si la concertación familiar que incluyó en el PIMMA frente a lo exigido en el Pliego de Condiciones llegó a ser una exigencia extra de EPM.

Finalmente, en el Acta de presentación de avances en el proceso constructivo de las viviendas y de la estrategia de comunicación de la Corporación Antioquia Presente, la Residente Social de la Corporación informa como actividad de la

gestión social de ésta el levantamiento de 12 actas de concertación con las familias para la localización de la vivienda.

No se registra en el acervo probatorio documento proveniente de la Corporación donde se manifieste a Empresas Públicas de Medellín que no hace parte de sus obligaciones contractuales la acción de concertación mencionada, por lo que el Tribunal bajo el principio de interpretación sistemática acertó en concluir que la misma fue asumida por la Corporación en forma pacífica como un deber de conducta a su cargo, previsible como una obligación suya de acuerdo con la finalidad y los móviles del contrato y prevista en el PIMMA elaborado por e a misma.

El Tribunal no ve con claridad siendo que la Corporación Antioquia Presente se obligó en el PIMMA a acordar con las familias el sitio en que se deberían reubicar sus viviendas, y esa labor la desarrollo desde el inicio de la ejecución del contrato, viene en este proceso a desconocer como suya dicha obligación.

**3.2.9.4** En el numeral 7.1.2 de la demanda, la convocante hace mención de diferentes hechos relacionados con la modificación en la estrategia constructiva de los acueductos, los que a su modo de ver se debieron a circunstancias atribuibles a la convocada y que también influyeron en la programación de obra y en el correspondiente flujo de fondos que había proyectado.

En primer término señala que de siete (7) sistemas de acueducto articulados e integrados a cortas distancias se pasó a ocho (8) acueductos, incluyendo 1 fusiónado (el denominado 'Mal Abrigo - Guadalupe') igualmente articulados e integrados, pero a mayores distancias toda vez que se pasó de 8.271 metros lineales previstos en el pliego de condiciones a 17.545 metros lineales en las redes de aducción, conducción y distribución, presentando un incremento del 112%. A renglón seguido dice que de 133,3 metros cúbicos de concreto previstos para los acueductos se pasó a 177 metros cúbicos, más que todo en las obras de captación en sitios de difícil acceso.

Manifiesta igualmente que se hizo inclusión de vuelcos para las redes de conducción de cuatro acueductos durante la ejecución del proyecto por dificultades de orden técnico no atribuibles a la Corporación lo que conllevó cambios permanentes en los diseños de los acueductos. Finalmente, patentizó demoras en la construcción de los acueductos Mal Abrigo y Salamina por trámites pendientes a cargo de EPM, como lo fueron las visitas que debía realizar el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para la expedición de licencias o sus modificaciones.

El pliego de condiciones en su numeral 6.01.14 'BOCATOMA Y REDES DE ACUEDUCTO' dispuso lo siguiente:

"EL CONTRATISTA diseñará y construirá todas las estructuras para los lotes de agua almacenamiento y saneamiento, suministrará e instalará una planta de tratamiento de agua potable e igualmente diseñará y construirá toda la red de acueducto para servir de servicio a las diferentes comunidades.

En los planos se muestran los sitios donde **posiblemente** fueren las estructuras a diseñar y será responsabilidad de EL CONTRATISTA realizar todos los estudios necesarios para garantizar que el diseño tanto de las estructuras de la excavación como de la red de acueducto sean óptimas para un suministro suficiente de agua."

El Tribunal percibe con nitidez que la obligación de diseñar los acueductos era del Contratista y que los sitios mostrados en los planos no eran los definitivos, por lo cual califica que era previsible para la Convocante que los ítems y las cantidades de obra del pliego que por demás eran estimadas podían variar, precisamente en razón a los diseños definitivos a su cargo mismos que estaban directamente vinculados con el resultado de la gestión social de contratista específicamente con la actividad de concertación con las familias sobre el sitio de ubicación de la respectiva vivienda.

En relación a los campos aludidos y a las mayores cantidades de obra que según la convocante influyeron de manera significativa en el cambio de su estrategia constructiva se aportaron al proceso las Actas de Modificación Bilateral N° 1, N° 3 y N° 4, cuyo objeto fue la construcción de obra extra y adicional y la consecuente prórroga del plazo para su ejecución. En dichas actas, si bien las partes señalaron la causa técnica objetiva que generó la necesidad de pactar la obra extra y/o adicional y la consecuente prórroga no se registra ni se atribuye la responsabilidad del hecho que determinó las modificaciones introducidas en tal sentido a ninguno de los contratantes.

A juicio del Tribunal las actas en mención no demuestran por sí el incumplimiento de Empresas Públicas de Medellín y si algunos hechos que se enuncian en la demanda se contienen en las mismas, era carga de la convocante ello no releva a la Convocante de probar irrefragablemente por los medios óptimos y conducentes, ante esta sede arbitral, la responsabilidad que le imputa a la convocada sobre las circunstancias fácticas que según se narra por la demandante dieron lugar a modificar su estrategia constructiva, los cuales, conforme al entendimiento de la demanda por parte del Tribunal se centran en las labores de concertación de los sitios de ubicación de las viviendas y las demoras que sobre el particular ocurrieron acerca de lo cual ya se manifestó.

Ha dicho el Tribunal que en cuanto atañe a la concertación de la localización de las viviendas, según el acervo probatorio que obra en el proceso era una tarea asignada a la Corporación y asumida por ésta sin ningún reparo de parte suya lo que conduce a definir, sin duda, que también era previsible que si se producía un cambio en el sitio de ubicación de las viviendas dentro del lote o aun por otro lote se generara la posibilidad de ejecutar obra extra y adicional.



Val e la pena recordar que en razón a su naturaleza las cantidades de los contratos de obra a precios unitarios son estimadas, lo cual se traduce en que, no obstante contemplarse en los pliegos de condiciones unas cantidades determinadas, las mismas no se tornan en definitivas en la medida en que durante la ejecución del contrato pueden aumentar o disminuir lo cual conlleva a que el valor final de tales contratos sea el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra realmente ejecutadas. Lo anterior significa que si durante la ejecución del contrato se ve la necesidad de adicionar obras extras o adicionales, las partes deben tomar las medidas pertinentes para su ejecución y de esa manera garantizar el cabal cumplimiento del objeto y de los fines públicos buscados con la contratación.

En consonancia con lo dicho, el pliego de condiciones en su número 5.14, dispuso:

**OBRAS ADICIONALES Y EXTRAS**

La ejecución de obras adicionales y extras deberá ser previamente acordada entre LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA.

Son obras adicionales aquellas cuya descripción figure en la lista de ítems, cantidades y precios, pero cuyas cantidades ejecutadas exceden las previstas ahí. Son obras extras aquellas que no figuren en la lista de ítems, cantidades y precios, pero que siendo de la naturaleza de la obra contratada se requieren para la completa terminación, adecuado funcionamiento y entrega de la obra.

Las obras adicionales y adicionales se pagarán a los precios establecidos en la lista de ítems, cantidades y precios anexa a este contrato. Toda obra extra deberá ser acordada previamente entre EL INTERVENIOR y EL CONTRATISTA con el visto bueno de LAS EMPRESAS. Cuando LAS EMPRESAS ordenen la realización de obras extras, EL CONTRATISTA estará obligado a ejecutadas de acuerdo con las condiciones contractuales establecidas. En caso de que para una obra extra no sea posible llegar a un acuerdo con EL CONTRATISTA ésta se realizará bajo el sistema de administración delegada.

Observa el Tribunal que Empresas Públicas de Medellín actuó de conformidad con el Pliego al suscribir las actas de modificación bilateral mencionadas reconociendo al Contratista los mayores valores generados por la construcción de estas obras, incluida la mayor permanencia tal como consta en el contrato de transacción celebrado por las partes.

Reso la el Tribunal que en el acta de modificación bilateral número 3, suscrita por las partes para acordar la ejecución de la obra extra necesaria para construir los vuelos de tubería para cruzar caños quebradas y algunos accidentes topográficos, la instalación de plantas de tratamiento y tanques de compensación, debido a la diferencia de cotas entre la escotoma y algunas viviendas, obras de protección en las obras de captación de acueductos, la instalación del malacate y demás obras ordenadas para los fines mencionados en la misma acta dirigidos a

mejorar los sistemas y confiabilidad de los acueductos referidos, a cuyo efecto se otorgó un plazo de 50 días para ejecutar dicha obra, la Corporación exoneró de toda responsabilidad a Empresas Públicas de Medellín, o que quedó consignado en el acta suscrita por las partes, en los siguientes términos:

"El CONTRATISTA declara que no hará ninguna reclamación a LAS EMPRESAS por lo pactado en este acto de modificación bilateral y manifiesta que por este hecho no habrá lugar a indemnización alguna por parte de ellas, toda vez que los valores consignados para la obra extra son los únicos que LAS EMPRESAS deberán reconocerle por todo concepto por lo que manifiesta, además, que exonera en toda responsabilidad a LAS EMPRESAS por todo concepto derivado de las modificaciones introducidas al contrato en las cláusulas de este acto por tanto renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación a LAS EMPRESAS como consecuencia de lo convenido en esta, y por los hechos que deriven lugar a la misma.

Dicha estipulación goza de plena validez porque en el caso en cuestión se trata de un contrato celebrado por una empresa civil, prestadora de servicios públicos domiciliarios el cual, según lo regulado por la Ley 689 de 2001, se halla sometido al derecho privado, y no al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por lo cual no cabe aplicar en el presente asunto la prohibición que respecto de renunciaciones trae el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. El fundamento jurídico de eficacia de la renuncia comentada por referirse a un contrato regido por la normatividad común, se encuentra en las siguientes reglas Código Civil a saber:

"ARTICULO 15 «RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS» Podrá renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo rumpa el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia."

"ARTICULO 1522 «CONDONACION» El pacto de no pagar más en razón de una deuda existente no vale en conato ni debe conseruarse en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del débito futuro no vale."

Desde luego que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico colombiano que sea de rigor hacer actuar en este asunto de orden prohibitivo de los derechos a los que renunció la Corporación Antioqueña Presente, en el campo de lo plasmado en el Acta de Modificación Bilateral N° 3.

Y por añadidura la exención de responsabilidad no entrañó dolo por parte de EPM, el Tribunal no lo descubre probado ni fue alegado por la parte demandante, y de ninguna manera versó sobre "condonación de débito futuro". Lo que hubo fue la celebración de un acto jurídico de arreglo voluntario y libre de las partes acerca de hechos contractuales ya sucedidos y que lograron superarse a través de lo acordado, todo presidido de recta intención y buena fe e inspirado en el propósito de facilitar la ejecución del proyecto.

En definitiva, considera el Tribunal que todo lo pactado en el acta a que se viene haciendo mención por voluntad expresa de la Convocante quedó excluido de toda acción o reclamación posible del Contratista. En otros términos, ni las causas de obra extra ni el plazo de 60 días señalado pueden ser objeto de esta acción arbitral, ni tener incidencia en la causa que se juzga, dada la exoneración de responsabilidad de la contratista frente a la contratante completamente válida y eficaz.

De donde se reitera no tiene sustento jurídico la reclamación del convocante que se viene tratando.

En cuanto a las demoras presentadas en la construcción de los acueductos Malabrigo y Salamina por tramites pendientes a cargo de Empresas Públicas de Medellín, como lo fueron las vistas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para expedición de licencias o sus modificaciones a Convocante con los medios probatorios aportados consistentes básicamente en la prueba testimonial no probó de manera suficiente los hechos cuestionados en esta materia.

Sobre este aspecto declararon:

**CARLOS ALBERTO ARANGO GUERRA:**

**"PREGUNTADO:** Cuéntenos algo acerca de la licencia del proyecto, ¿el proyecto necesitó licencia ambiental, hubo alguna modificación, si hubo alguna modificación, ¿esto formó los trabajos del contratista, hubo de ANTIOQUIA PRESENTE?  
**CONTESTO:** Nosotros sí hicimos una modificación de la licencia y eso obedeció a un requisito que consistió de una ubicación de una vivienda para una de las viviendas en especial nosotros hicimos una reubicación de esa vivienda, porque había algunos problemas de orden técnico entonces dijimos "ese vivienda ahí no se puede hacer esa vivienda tenemos que trasladarla a otro sitio dentro del mismo predio pero a otro sitio". Casualmente en ese predio no había sino una vivienda. Entonces dijimos "nosotros no podemos coger el agua nosotros desde una quebrada de allá para traer agua aquí porque eso estaba muy lejos aquí tenemos quebradas más cercas tenemos la quebrada Salamina, vamos a hacer el acueducto aquí a esta quebrada" y efectivamente de ahí tomamos el agua y se hizo el diseño de la quebrada Salamina, y se modificó la licencia ambiental e hicimos el acueducto para esa vivienda de la quebrada Salamina. Efectivamente eso se realizó y lo hicimos todo eso fue de las últimas viviendas que se entregaron. Había otro acueducto que también lo diseñamos también en la licencia y fue el acueducto Malabrigo, que ese acueducto estaba en la parte alta del predio Juntas y allá se hicieron tres viviendas, entonces necesitábamos sufrir esas tres viviendas, de ese acueducto. Pero hay una cosa importante, y se las voy a mencionar, voy a tener aquí. Entonces nosotros tenemos la vía, aquí está el predio El Ajacabo, y aquí estaba la quebrada El Guartal. ¿Qué ocurrió? En las vistas con los diseñadores dijimos

"hombre nosotros tenemos tres viviendas aquí, entonces lo que vamos a hacer es que de aquí hay que sacar un canal para beneficiar estas viviendas, un canal que abastezca esta vivienda, esta vivienda, esta vivienda, y aquí se veen solamente todas las viviendas que había aquí en esta zona". **[Entonces qué pasó?]** **Hera** estas tres viviendas la bocanoma había que subirla disminuido, entonces parecía que no ni osudsi de agua para poder abastecer todas estas viviendas, no nos daba la vida era muy alta, entonces el diseñador dijo "hombre nosotros no debemos hacer así así nosotros necesitamos agua de la quebrada Matangó". **[Entonces esto nos fuimos para la quebrada Matangó que viene por aquí así, esto es la quebrada Matangó. Entonces el diseñador nos dijo "vamos a hacer una cosa, esta bocanoma y estas obras, no las hacemos, hagámoslas más estas, y con esta quebrada sustituir todas estas casas y haciéndoles una conducción, y sumámos estas cosas y así sucesivamente?]** **[Entonces dijeron "¿qué pasa con esto? Nos acordamos hacer estas estructuras de bocanomas que son bien complicadas de hacer, entonces no hagamos ni no estáis y así hacemos una conducción más larga para abastecerlas todas las viviendas. PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ARBITRO DOCTOR**

**ÁLVARO ISAZA UPEGUI:** **Hera** eso retrasó la obra del contratista? **CONTESTO:**

No, porque eso lo hicimos dentro del mismo plazo que estábamos de las 510 días. O sea dentro del mismo plazo quedó incluido porque en el momento en que nosotros ibamos a hacer esto, empezamos a hacer esto. De hecho las diseños de la quebrada El Guadual creo que se entregaron, así esta consignado, creo que fue por los meses de enero, febrero, y nosotros modificamos la licencia, si no estoy mal en febrero. O sea que todo se hizo en su momento, porque ya esto lo habíamos prestado, y le vamos con el diseñador, en tiempo la fecha pero en el momento que íbamos a ejecutar estos trabajos, se hizo oportunamente y se firmó la licencia. Por eso fue que no hacemos estos trabajos. O sea que trasladamos las estructuras de un acueducto, las trasladamos para otro punto en el momento.

**PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** **¿Y** fue algo acordado con el contratista y con el subcontratista diseñador?

**CONTESTO:** **Fuimos** nosotros con la licencia negociando entre el contratista, el diseñador de ellas y nosotros, visitamos la obra y firmamos ese decreto, que era de beneficio para todos.

**PREGUNTADO:** **¿Fue** algo concordante con lo que se iba a hacer, con lo que estaba previsto?

**CONTESTO:** Sí, con lo que estaba previsto.

(...)

**PREGUNTADO:** Yo quiero entender si de la modificación de la licencia lo que modificamos ahora de lo de la licencia. Durante ese periodo mientras que se hacía la modificación de la licencia, **ANTIOQUÍA PRESENTE** tuvo que parar las obras, o podía continuar haciéndolas? **CONTESTO:** Que yo sepa, él nunca paró sus obras, al contrario dentro de todo su proceso de diseño, estuvo lo que se estableció con la modificación y prácticamente continuó con su reserva programada. Nosotros en ningún momento le dijimos "para la construcción de estas viviendas, porque allá no se ha hecho todavía el diseño tal", no, las viviendas se hicieron. Por eso les digo yo, estas viviendas inicialmente estaban asumidas de este acueducto, pero en vista de que vamos con diseños "no los, vamos a mejorar las viviendas del otro acueducto". **Fue** nunca nosotros le ordenamos las viviendas en ningún momento. Todo se hizo dentro de lo normal, porque nosotros las licencias las modificamos en febrero y las obras se terminaron en agosto y para un acueducto de esos más o menos se

ajustaba a la programación de obra o el plazo de ejecución, a lo que tenemos pensado como el plazo total del contrato. O sea que nosotros en ningún momento le dijimos a él "no fueran necesarias la construcción de las casas porque vamos a hacer la", no, en ningún momento" (folios 1357 y 1358 del cuaderno principal No. 3)

#### IVAN DARIO MIRA:

**\*PREGUNTADO:** ¿Tenía la CORPORACIÓN ANTIOQUEÑA PRESENTE alguna obligación relacionada con trámite de licencias ambientales o similares? **CONTESTO:** Los pliegos contemplaban que la CORPORACIÓN debía de hacer todos estos trámites de permisos de implementación, del manejo ambiental, pero a nivel local, porque EMPRESAS PÚBLICAS ya había hecho su trámite de la licencia ambiental que abarcaba todo el proyecto. De hecho en la parte de los abastecedores inicialmente teníamos contemplado siete acueductos, de los cuales hubo que hacer una variación en el plan de manejo ambiental, porque había quebradas que no tenían su concesión de aguas. Entonces esa modificación se presentó en el 2007, en febrero, creo, porque aquí tengo copia de eso en febrero de 2007, una modificación a la licencia ambiental por la cual la CORPORACIÓN no pudo hacer más las obras para instalar los abastecedores que dan a saber estas viviendas por las modificaciones de las licencias, que eso correspondía a EMPRESAS PÚBLICAS (Folio 1278 del cuaderno principal No. 3)

#### JUAN ESTEBAN OSPINA RESTREPO:

**\*PREGUNTADO:** ¿Por parte de EFM hubo necesidad de hacer una modificación a la licencia ambiental? ¿que sabe de eso? **CONTESTO:** Uno de los acueductos de Salamina, si mal no recuerdo, hubo necesidad de que esa fuente se evaluara dentro de la licencia ambiental. Entonces ahí recuerdo que hubo una modificación a la licencia porque inicialmente estaba la fuente bromada para ese predio, y varios que esa fuente no fue lo suficiente que, es decir, el caudal suficiente. Entonces hubo necesidad de escoger otra, la quebrada Salamina. Eso hubo necesidad de haberla en una modificación de la licencia ambiental. **PREGUNTADO:** ¿Y usted sabe si durante la modificación de la licencia ambiental hubo necesidad de suspender la obra? **CONTESTO:** No, en ningún momento, porque en estas modificaciones de la licencia normalmente con el Ministerio del Medio Ambiente se acuerda ir trabajando paralelo a la modificación. O sea, en muchas oportunidades – y este fue uno de los casos – usted puede ir trabajando en lo que está solicitando en la licencia simultáneamente con la aprobación, y le digo del Ministerio, que en este caso se tenía. Es decir, seguir trabajando mientras sale la resolución de aprobación, porque normalmente esas modificaciones no solamente implican un tema, que en este caso particular era la de Salamina, sino que como es dentro de todo un proyecto, hay otras modificaciones que se están solicitando, pero ya no tiene nada que ver con este contrato. Entonces era algo más general y por eso con el Ministerio

se presta la autorización para seguir con los trabajos" (Folio 1339 del cuaderno principal No. 3).

#### LUZ STELLA ACOSTA ARCOS, dep.

**"PREGUNTADA:** ¿Tenía la CORPORACIÓN ANTIOQUEÑA PRESENTE una obligación en materia de gestión ambiental como licencia preliminar, trámites sanitarios, eutécticos? **CONTESTO:** El proyecto está enmarcado en la actualidad ambiental incluso aparte de que era de una gestión social, dice "cumple un papel muy importante en el plano ambiental". En los papeles también en dos cuartas o tres páginas mencionan cuáles son los permisos que debíamos tramitar, el procedimiento el que quedara relacionado, tenía que ver con temas de la Ley de Armas, de utilización de explosivos, así está no recuerdo lo otro. Pero el tema de la licencia única ambiental, que tiene que ver con cauces y las cuencas de agua donde se van a hacer los acueductos, si EPM era única y exclusivamente responsable de EPM, sí puntó que no sé la fecha exacta, pero sí la estamos viviendo el año pasado con los temas de finiquito de la transacción en sí otro recordamiento que nos hicieron, hasta más o menos marzo, el proyecto inició en julio del 2006, por ahí en marzo más o menos, si no estoy mal, que el Ministerio del Medio Ambiente hace una modificación a esa licencia ambiental única y está buscando otras fuentes de agua. O sea, hasta ahí se fueron las dificultades para el inicio de los acueductos. En decir, el tema de la vivienda con el acueducto está íntimamente relacionado. Si bien nosotros preferíamos iniciar construcción de obra e iniciar inmediatamente la construcción de los acueductos, eso no se pudo dar, porque ya no podía iniciar acueducto sin que la gente se hubiera ubicado, sin que ya hubiera un lote, y muchas veces habíamos ubicado había que cambiar también la fuente, porque la zona era más alta, más baja, o en términos de los ingenieros uno iba escuchaba "no, aquí la zona no da, así se lo buscó la parte más alta del predio y aquí ya no me va a dar", escuchaba uno como todas esas cosas y porque hubo unas fuentes, es decir, esquemáticamente en los papeles de autorizaciones en un cuadro el nombre y la cantidad de los acueductos que se iban a ejecutar, pero en el proceso se fueron quitando algunos y otros se quitaron, y para esas fuentes se requiere la autorización de la licencia ambiental que fue modificada por allá marzo de febrero o marzo de 2007, estaban todavía dando unas autorizaciones de agua que entregaron. Entonces nosotros no podíamos tener eso listo tampoco, la vivienda esperando" (Folio 1316 del cuaderno principal No. 3).

En ejercicio de su función crítica de la valoración de la prueba testimonial, para el Tribunal son convincentes las explicaciones de Carlos Arango y Juan Esclibar Ospina, pues narran con más soberanía lo acontecido con las licencias y dejan confiable credibilidad de que las obras no se suspendían necesariamente por el trámite que al respecto adelantaba EPM ante las autoridades ambientales, siendo contestes en asegurar que por eso -lo de las licencias- no se suspendieron los trabajos. Arango hace memoria del problema, reconociendo que lo hubo expresando en forma técnica y coherente lo ocurrido, el manejo del inconveniente

y la solución que se le dio en todo lo cual participación mancomunadamente Empresas Públicas de Medellín la Corporación Antioquia Presente y el subcontratista de esta encargado de los diseños de los acueductos. El remedio entonces fue oportuno y a penas pacíficamente acordado por las partes.

El dicho de IVAN DARIO MIRA es muy simplista y ni siquiera identifica las fuentes de agua y los acueductos afectados.

La versión de LUZ STELLA ACOSTA fuera de que parece ser de aidas en lo técnico vincula el problema de los acueductos como algo concomitante con el trabajo de la concertación con las familias sobre la localización final de las viviendas, lo que era obligación a cargo de la convocante.

Finalmente, advierte el Tribunal que la Corporación incluyó en el Cronograma de Trabajo, el Cronograma de Actividades y el Plan de Inversión de la oferta, la construcción del acueducto El Bonito a partir del día 1 del plazo del contrato. Ya manifestó el Tribunal que esta actividad no podía ser tenida en cuenta por la Convocante en su flujo de caja, en razón de que no se trataba de una actividad cierta definida por Empresas Públicas de Medellín, sino meramente opcional, de donde debe concluirse que su Plan de Inversión, al partir de una premisa sujeta a condición y por lo tanto incierta aun no consolidada, produjo que las supuestas expectativas consignadas en el Flujo de Caja esperado, que presentó con la demanda y que elaboró con base en los documentos que se mencionan, no era el real según el Pliego de Condiciones.

3.2.9.5. En el número 7.13 de la demanda la convocante señala diversos incidentes relacionados con la modificación en la estrategia constructiva de las redes eléctricas, las que, a su modo de ver se debieron a circunstancias atribuibles a la convocada y que también influyeron en la programación de obra y el correspondiente flujo de fondos que había proyectado.

Al respecto, dice que se rediseñaron y se construyeron en la medida en que se fueron definiendo los lotes para la construcción de las viviendas por parte de los beneficiarios y EPM igualmente que se presentaron modificaciones posteriores a la asignación de los lotes a las familias por cambios en los mismos por los beneficiarios, que, según afirma llevaron a la Corporación en la etapa de finalización del contrato a ejecutar retiros y replanteamientos en las redes ya construidas, principalmente en los predios El Amparo, Camuyas, El Algarrobo y La Isabela.

Agrega que estas obras se fueron rediseñando y ejecutando sobre la marcha y por la complejidad de abordaje ocasionaron a la Corporación transportes adicionales, mayores tiempos en el alquiler de equipos y más requerimiento en la mano de obra para acometer los trabajos; por todo lo cual, asevera de una estrategia real establecida en la propuesta según la información suministrada en la visita técnica.

se cambió a una construcción priorizada, de acuerdo a los requerimientos de la interventoría por demoras y dificultades que se presentaron en el proceso de negociación con las familias, las cuales en su concepto no le eran imputables a la Corporación.

En orden de la convocante, esos episodios le ocasionaron variación de costos en aspectos tales como Construcción de dos campamentos adicionales a los previstos en la propuesta, incremento en el transporte interno y externo de materiales, equipo y aumento de personal por administración para la movilización de los mismos y cambios en la distribución de la mano de obra, según la estrategia constructiva adoptada de manera lineal en la propuesta, por cuadrillas de especialidad, armadores de refuerzo y estructura, mamposteros, techadores, eléctricos, plomeros y obra blanca, a un trabajo establecido por grupo de oficiales y ayudantes por vivienda, con tiempos definidos de acuerdo al tipo de vivienda (cfr sub apartes / 1.3.1 a / 1.3.4).

Como se hizo en el numeral anterior, el Tribunal acudirá a las disposiciones del pliego de condiciones, con el fin de determinar en quién recaía la obligación de diseñar las redes eléctricas, para pasar a discernir y extraer de las probanzas incorporadas en el expediente si se presentaron o no los problemas anteriormente descritos y si ellos configuran factores de incumplimiento obligacional que hacen incurrir en responsabilidad a las Empresas Públicas de Medellín, ante la Corporación Antioquia Presente.

En el numeral 6.01.16 del pliego de condiciones, acerca de "INSTALACIONES ELÉCTRICAS", se lee:

*Dentro de la rolación serán presentados los planos preliminares con el trazado de la red existente y proyectada. Sin embargo el contratista que gana la licitación con la adjudicación de la misma deberá realizar visitas al terreno con el propósito de ajustar la información, elaborar los diseños detallados, presentar y transferir los diseños de las redes ante el operador del sistema eléctrico cumpliendo la formalidad reglamentaria, los estándares técnicos y las partes generales para la presentación de planos y legalización del servicio en los proyectos de electrificación rural.*

*Con la aprobación de los diseños del proyecto de electrificación se vincian los trabajos y construcción de las redes. El contratista deberá coordinar y asumir los costos de las visitas de interventoría y la aprobación de las redes externas de media y baja tensión y de las redes internas de las viviendas y en general todos los trámites requeridos para lograr energización, puesta en servicio y entrega a los usuarios de las instalaciones. Estos trámites incluyen, pero no se limitan a los chequeos en laboratorio de los transformadores suministrados, la calibración de los contadores de energía y las aprobaciones, revisiones, auditorías o certificaciones u los materiales o a las instalaciones que se requirieron.*



Como se ve, por los documentos de la licitación la contratante pondrá a disposición de los proponentes solamente unos planos preliminares de la red eléctrica existente y proyectada lo que significa tal y como se desprende del pliego de condiciones que era obligación del proponente adjudicatario del contrato realizar los diseños detallados, a cuyo efecto debía llevar a cabo las visitas a terreno con el fin de ajustar la información necesaria para emprender esa labor.

Es de resaltar que la elaboración de los diseños iba de la mano con el componente social específicamente con el proceso de concertación con las familias el cual era de incumbencia obligatoria de la contratista como ya se dejó averiguado en este laudo de allí que ésta no podía ejecutar las obras de redes eléctricas sin contar primero con el acuerdo y definición del sitio específico de ubicación de las viviendas. El Tribunal, entonces concluye que si se presentaron redesigns de las instalaciones eléctricas y las redes se fueron construyendo al paso que se iban acordando en últimas, los lugares en que se iban a construir las viviendas dentro de cada lote, se debió precisamente a lo que parentonamente le concernía a la convocante y no a las Empresas Públicas de Medellín, contrario a lo que le atribuye la Corporación Antioquia Presente a la convocada.

Ahora dentro de las pruebas que fueron aportadas al proceso específicamente en las actas de modificación unilateral, le fueron reconocidos y pagados al contratista los mayores costos originados por el hecho planteado respecto de las redes eléctricas. En efecto, en el objeto del acta de modificación unilateral No. 4 las partes señalaron:

*Las obras adicionales de la obra eléctrica externa y las items 3, 7, 5, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 24, 25, 26 y 29 se deben al resultado de la concertación con las familias para la ubicación de sus viviendas de acuerdo con el proceso social que estaba implementado dentro del pliego de condiciones y especificaciones. La obra eléctrica interna, se debió a sí misma que hubo que hacer en la cabecera de las viviendas en los items 2, 3, 4, 13, 15 y 19. (Negrillas por fuera del texto original)*

Del segmento documental transcrito se evidencia que, durante la ejecución del contrato y con base en las disposiciones del pliego de condiciones las partes admitieron la ocurrencia de unos hechos que dieron origen a la ejecución de obras adicionales en el sistema eléctrico externo o interno, debido principalmente a cambios en el proceso de concertación con las familias para la ubicación de sus viviendas, conforme al programa social dispuesto en el pliego de condiciones proceso de concertación que como se vio líneas arriba constituyó prestación obligacional de la contratista. Además de lo dicho, el documento aludido no expresa que las obras adicionales a que se hace referencia obedecieron a circunstancias atribuibles al incumplimiento de una de las partes, allí únicamente se menciona simplemente el hecho acaecido generador de las obras adicionales y a la luz de las disposiciones del pliego de condiciones procedieron a la

suscripción del documento idóneo para llevar a cabo su ejecución y pago, como en realidad se hizo.

El Tribunal da por cierto acorde con lo bien probado (i) que los diseños tanto de las redes de acueducto como de las redes eléctricas externa e interna conforme al pliego de condiciones, eran responsabilidad de la contratista (ii) que debido al alto componente social del proyecto, los diseños dependían de la concertación con las familias beneficiarias en torno al sitio definitivo de ubicación de las viviendas (iii) que la concertación según el plan de gestión social presentado por la convocante se encontraba radicada en cabeza suya (iv) que dentro del plenario no existe prueba atendible que acredite manifestación de protesta o salvvedad por parte de la Corporación Antioquia Presente a Empresas Públicas de Medellín en el sentido de que no le correspondía adelantar y tramitar como obligación contractual suya dicha concertación (v) que por el contrario de los medios de convicción con que cuenta el Tribunal, se comprueba que era la e. convocante de la convocante acerca del gran componente social del proyecto que en su plan de gestión social elaborado conforme al numeral 5.12 del pliego de condiciones incluyó sin objeción ni reserva como actividad propia a su cargo la referida concertación, (vi) que esta tarea asumida sin reparo por la demandante como una de sus prestaciones surgidas del contrato, se encuentra sustentada y corroborada con las actas de concertación de vivienda que fueron annexas al expediente, las cuales fueron suscritas por cada beneficiario y por representantes de la Corporación Antioquia Presente; (vii) que no se descubre ningún respaldo a la razón aducida por la convocante, en cuanto a que las obras adicionales y extras de las que se viene haciendo mención fueron el resultado de concertaciones hechas sobre la marcha entre EPM y las familias beneficiarias de las viviendas cuando se tiene la prueba de que esa concertación era una actividad suya; y (viii) que, finalmente, y como consecuencia de lo anterior, los cambios ocurridos durante la ejecución del proyecto constructivo de las viviendas lo cual lleva a concluir que tales cambios se debieron ni más ni menos al deficiente y escaso resultado en su gestión y no al pretense incumplimiento contractual que se le intenta imputar a Empresas Públicas de Medellín.

Prosiguiendo con el tema inicialmente abordado, apenas en la reunión del 17 de agosto de 2006 referida en el numeral anterior, cuya acta obra de folios 812 a 814 del cuaderno principal No. 1, se dice por parte de la Corporación Antioquia Presente que: *“Para la parte eléctrica informa que la Corporación decidió contratar con la firma Jiménez y Mejía, quien ya ha realizado trabajos en la zona, caso los campamentos de Empresas. **El contratista entrará hacer los diseños para que sean avalados por la Interventoría**”* (Negritas fuera de texto).

Habiendo sido esto así, mal puede alegarse que los diseños fueron cambiados sobre la marcha por la convocante cuando éstos estaban bajo su responsabilidad y además se encontraban ligados y aparejados con la gestión social suya, tal y como ya se concluyó.

Sobre lo manifestado por la convocante en relación a transportes adicionales, mayor tiempo en el alquiler de equipos y mayor demanda de mano de obra para emprender el incremento de las obras por las razones esgrimidas por ella, también se deduce de los medios de prueba aportados al proceso que los mismos le fueron reconocidos al contratista dentro de las actas de modificación contractual respecto a los costos por mayor permanencia, de lo cual se desprende que la pretensión del convocante no tiene fundamento porque esos asuntos fueron resueltos por las partes en los documentos mencionados.

3.2.9.6. En el numeral 7.1.4 de la demanda la convocante esgrime como obra de las causas generadoras de los perjuicios reclamados en este proceso arbitral lo que denomina como *precipitaciones que superaron los índices previstos* frente a lo cual señala que en las comparaciones realizadas entre la información sobre precipitaciones promedio contenidas en el pliego de condiciones y la suministrada por el contratista de las obras principales de Porcés III y los registros de EPM en el período de tiempo de ejecución de las obras, se constata que hubo un incremento significativo en las lluvias que rebasó los índices previstos. Ese aumento, afirma, generó derrumbes y daños en las vías impidiendo el ingreso de materiales, subcontratistas y de personal de obra a los diferentes sitios de trabajo, daños en los acueductos, con mayor porcentaje en los sitios de las obras de captación que requirieron reparaciones por parte de la Corporación, suspensión de las obras que implicaron sobrecostos, incremento del tiempo para la construcción de las viviendas, los acueductos y las redes eléctricas y, en consecuencia, la vinculación de un número mayor de personal para la finalización satisfactoria de la obra contractual y la obra extra y, por último, dificultades en el acceso de materiales ocasionadas por las fuertes lluvias en dos de los acueductos generaron la necesidad de instalar malacates para desarrollar la actividad.

A efecto de despachar este punto, el Tribunal se remonta inicialmente a lo establecido en el pliego de condiciones en materia de precipitaciones y, luego, pasará a efectuar el análisis de los medios de prueba aportados al proceso para determinar si por ocasión de los aumentos en las lluvias acontecieron los hechos relatados en el numeral de la demanda que se examina y si de los mismos se puede derivar la incursión en el incumplimiento que se le endilga a la convocada y el acaecimiento de los perjuicios consiguientes presuntamente imputados a la convocante.

El pliego de condiciones del proceso de licitación PC-025727 señaló en el numeral 1.03, respecto a las precipitaciones, lo siguiente:

1.03 OBJETO Y LOCALIZACIÓN

Localización

La precipitación promedio en la zona del proyecto se encuentra entre 1 900 mm/año y 2 500 mm/año, con un período de mayor precipitación entre los meses de abril a noviembre. La cuenca presenta un régimen de lluvia estacional caracterizado por un período seco de diciembre a marzo y un período húmedo de abril a noviembre, con la presencia de un corto verano en los meses de junio y julio. La temperatura varía entre los 16°C y los 24°C y la humedad relativa entre el 80% y el 90%.

Como se advierte desde el pliego de condiciones se no có manifestamente que la zona donde se encontraba localizado el proyecto contaba en los meses de abril a noviembre con mayor precipitación, resaltandose que durante los meses de junio y julio se contaba con un corto verano, de lo cual se extrae que era perfectamente previsible la presencia de "mayores lluvias" durante casi la totalidad del plazo de ejecución del contrato, situación que fue aceptada por la contratista al momento de presentación de la propuesta.

Con la contestación de la demanda la convocada acompañó copia auténtica del registro de precipitaciones tomado en la estación "La Brannadora" ubicada en la zona donde se desarrolló el contrato, donde se señala que para el año 2006 el promedio máximo de precipitación fue de 2 157 mm y para el año 2007 de 2 344 mm. Esto significa que durante el plazo de ejecución del contrato no se superaron los promedios de precipitaciones estimados en el pliego de condiciones, por lo cual carece de sustentación fáctica probada la afirmación del convocante de que durante la ejecución del contrato hubo un "incremento significativo en las lluvias que rebasó los índices previstos". Atendido, como debe serlo, el régimen de mediciones aportado al expediente en oportunidad legal, debe tenerse como idóneamente acreditado que las precipitaciones que se presentaron estuvieron dentro de los rangos previstos en el pliego de condiciones. De lo cual se concluye que las lluvias no se tomaron en anormales ni extrañas respecto de los índices históricos que se tenían de la región. Y lo que reviste mayor importancia para el Tribunal es poder predicar sin ambages, con fundamento en el documento valorado que Empresas Públicas de Medellín no incurrió en imprevisión que implicara desidia o negligencia en la planeación del proyecto constructivo, en lo que a precipitaciones pluviales se refiere, que es el tópicoo aquí examinado.

El Tribunal prohija en este laudo trayéndolas como motivaciones del mismo las siguientes consideraciones del Consejo de Estado, adoptadas al fallar un caso similar, por no decir que idéntico al presente:

*De acuerdo al material probatorio aportado al proceso, resulta en demasía claro que se presentaron lluvias, como se desprende tanto de los diversos testimonios recibidos como de la bitácora de la obra, de cuyos anotaciones relativas a la ocurrencia de lluvias, se elaboró un cuadro en el acepta de pruebas.*

*No obstante al margen del análisis respecto de la ocurrencia de un fenómeno natural, resulta importante señalar si se trató de un hecho imprevedido e imprevisible.*

en el contrato de forma tal que el contratista debía ser indemnizado por los perjuicios que las lluvias le hubieren ocasionado o si el mismo debía hacer cargo de los mismos en cuenta por el contratista al momento de presentar su propuesta.

De acuerdo con el pliego de condiciones encuentra la Sala que se previó la ocurrencia de lluvias lo cual se deduce de algunas cláusulas del pliego de condiciones.

Por otra parte, el actor alegó que era el comportamiento de la lluvia en la región en la cual ignora el contrato de forma tal que pudiera afirmarse que las lluvias ciertas durante el periodo en el cual se ejecutó el contrato en efecto, resultaron extrañas, anormales e imprevisibles respecto de las que históricamente se presentaban en ese lugar durante la época en la cual se ejecutó el contrato. (Sentencia de septiembre 29 de 2011, exp. 17432).

En relación con los contratamientos enajenados en el numeral de la demanda que se viene tratando ocasionados como consecuencia del 'incremento significativo en las lluvias que rebasó los índices previstos', aumento que si bien ocurrió, valga reiterarlo, fue algo previsible y debidamente previsto en el pliego licitatorio de EPM, encuentra el Tribunal, una vez apreciadas las pruebas allegadas al plenario que la convocada le prestó la colaboración necesaria y suficiente a la Corporación Antioqueña Presente para sortear los mismos concediéndole las prórrogas de tiempo que fueron indispensables, las adiciones en valor ocasionadas por aquellos y los reconocimientos de los mayores costos que se generaron en virtud de esas vicisitudes.

En efecto respecto de la 'suspensión de obras que implicaron sobrecostos, incremento del tiempo para la construcción de las viviendas, los acueductos y las redes eléctricas y como consecuencia la vinculación de un número mayor de personal para la finalización satisfactoria de la obra contractual y la obra extra' es preciso acudir al contenido del acta de modificación bilateral número 2 (folios 44 - 45 cuaderno principal No. 1), donde las partes señalaron sobre el tema planteado por la actora:

"En lote No. 1 del predio La Isabela durante la día viernes del mes de mayo y primeros de junio se presentó un problema erosivo muy fuerte que obligó a suspender el proceso constructivo de la vivienda mientras se realizó un estudio geotécnico que garantizara la estabilidad del terreno y la viabilidad para continuar la construcción de la vivienda." habiéndose convenido en la misma acta: "Dada las condiciones mencionadas en la cláusula primera, las Partes acuerdan orientar el plazo del contrato en treinta y cinco (35) días calendario para la terminación del acueducto Salsamina y las cuatro viviendas mencionadas en dicha cláusula.

Como se ve, esta es la única prueba probatoria que se encontró en el expediente relacionada con la suspensión de los trabajos con ocasión de la temporada

lluviosa registrada durante la ejecución del contrato, a la cual se le dio solución mediante la suscripción del acta de modificación bilateral número 2, en el sentido de ampliar el plazo contractual en treinta y cinco (35) días calendario más para que el contratista pudiera ejecutar los trabajos correspondientes a las cuatro viviendas y al acueducto Salamina allí mencionado, sin que esa implique un reconocimiento de responsabilidad por parte de la convocada. Con la suscripción de ese documento lo que se hizo fue brindarle al contratista las condiciones necesarias para la adecuada terminación de las obras descritas, todo ello en virtud de los principios de lealtad y buena fe contractuales.

El Tribunal echa de menos la prueba técnica idónea requerida para asuntos como el que se falla, toda vez que con los restantes medios probatorios no le fue posible determinar en qué otros sitios la convocante tuvo que suspender los trabajos en razón a la presencia de lluvias. Si bien al proceso fueron anexadas copias de los informes diarios de intervención, visibles a folios 1018 y siguientes del cuaderno principal número 1 en virtud de lo solicitado por el Tribunal, de los mismos no fue viable desprender con certeza que la ausencia de trabajo en algunas de las viviendas se debió a precipitaciones de lluvias, porque en tales registros cuando se dice o se relaciona que en determinado lote no hay actividad, se omite hacer mención de la causa que dio lugar a la ausencia o parálisis en las actividades de construcción. Por ello, se insiste, era indispensable que hubiera obrado como prueba en el expediente la plática completa y exhaustiva de obra (donde se detalla día a día de la ejecución contractual) y, la respectiva prueba técnica (no contable), que con base en ésta y en los demás documentos aportados a proceso diera cuenta de la situación a que se viene haciendo referencia.

Además tampoco encuentra sustento lo dicho por la Corporación Antioqueña Presente en el sentido de que tales suspensiones le implicaron sobrecostos, incremento del tiempo para la construcción de las viviendas, los acueductos y las redes eléctricas y como consecuencia la vinculación de un número mayor de personal para la finalización satisfactoria de la obra contractual y la obra extra porque primeramente, del contenido de las diferentes actas de modificación bilateral suscritas a lo largo de la ejecución de contrato, en especial las actas 2, 3 y 4 se desprende, en primer lugar, que a la contratista se le otorgó un mayor plazo para la ejecución de las obras y, en segundo lugar, en éstas le fue reconocido el valor de las obras extras y adicionales generadas por tales hechos, resallando que en la transacción suscrita por las partes, las Empresas Públicas de Medellín le reconoció a la convocante los mayores costos administrativos en que incurrió con ocasión de la mayor permanencia en la obra.

Fuera de ello y en relación con lo dicho por la actora sobre la necesidad de instalación de malacates debido a las dificultades en el acceso de materiales, encuentra el Tribunal que el costo de ese transporte adicional también le fue reconocido a la Corporación en las actas de modificación bilateral ya aludidas.

El raciocinio que se ha hecho no le permite al Tribunal concordar con la convocante en que Empresas Púbcas de Medellín hubiera incurrido en el incumplimiento esbozado en el numeral 7.1.4. de la demanda.

3.2.9.7. En el numeral 7.1.5. del escrito de demanda la convocante exterioriza que durante la ejecución del contrato tuvo *Requerimiento de mayor cantidad de mano de obra* fundada en complejidad de la obra generada por una logística que excedía los previsos de cualquier contratista que ocasionó múltiples desplazamientos del personal de administración a los sitios de obra con materiales y herramientas entre otros, riesgos de la zona tales como entorno amenazante cima topografía agreste de alta pendiente peligros entre otros lo cual lo obligó alquilar recuas de mulas para poder transporar el material dada la dificultad de llevarlos hasta algunos lugares apartados escasez de mano de obra calificada y no calificada en la región por el alto requerimiento de mano de obra en el sitio de las obras principales abandono por parte de los subcontratistas de mano de obra ante el poco margen de utilidad por los altos costos de sostenimiento del personal a su cargo y desertión de los trabajadores por ofertas más atractivas lo que generó una alta rotación de personal que hizo muy dispendiosa y onerosa para la Corporación la contratación de personal, sobrecostos por tiempos perdidos causados por el invierno, sujetos a que el contratista de obras principales retirara los constantes derrumbes sobre la vía sustitutiva y las vías de acceso, recorridos largos para llegar al sector de cabuyas, utilizando la ruta puente acacias – puente gao no – Gómez Plata – Guadalupe – cabuyas, generados por el derrumbe de la banca de la vía guanteros para terminar la construcción de las tres viviendas en este sector y del acueducto ma abugo.

Respecto del primer tema es necesario recordar lo dispuesto por el pliego de condiciones en el numeral 5.05, respecto del conocimiento de las condiciones en que se ejecutará el contrato:

*"El CONTRATISTA debe constar expresamente que conoce adecuadamente las condiciones de la zona donde se ejecutará el contrato, el tipo de trabajo a ejecutar, su naturaleza, localización, composición y conformación del terreno, las condiciones normales y extremas del clima que se presentan o puedan presentarse en el paraje donde ellos han de ejecutarse, la situación, calidad, cantidad y disponibilidad de los materiales necesarios para su ejecución, las condiciones de transporte y acceso a los sitios de las obras, la disponibilidad de energía eléctrica, agua y comunicaciones, el tipo de instalaciones técnicas, técnicas constructivas, servicios de alojamiento, máquinas, equipos y herramientas que se requieran durante el desarrollo de los trabajos, la disponibilidad de mano de obra y sus disposiciones de sus leyes relativas a prestaciones sociales. El CONTRATISTA debe también constar de que es consciente de la responsabilidad legal de materiales, herramientas mano de obra, equipos y demás recursos necesarios para la ejecución de las obras, que conoce del sitio del proyecto y sus alrededores y que se ha informado de todas las circunstancias topográficas climatológicas, de acceso, seguridad y orden público y todas las demás asuntos que pueden influir o afectar el trabajo. También deberá*

obtener la información necesaria en cuanto se refiere a artículos de provincia expedición y sobre los diferentes tipos de procedimientos y formas de importación y tiempo necesario para obtenerlas, las obligaciones que adquieren y los costos impuestos, derechos y gravámenes originados en dichas modificaciones. La obtención de cualquier forma de importación será de completa responsabilidad del proponente y no podrá justificarse por esta causa ningún incumplimiento del contrato. Así mismo EL CONTRATISTA hace constar que conoce todos los requisitos e impuestos exigidos por las leyes colombianas que conoce cada una de las estipulaciones del pliego de condiciones y especificaciones y ha considerado éstas en relación con las condiciones de las obras de las obras y ha hecho todos los estudios necesarios para obtener completamente el propósito de todas las partes del contrato y la naturaleza de los trabajos. Tales estos factores (favorables o desfavorables, que puedan influir en la ejecución de las obras y todas las demás condiciones que puedan afectar el costo o plazo de ejecución) fueron tenidos en cuenta por EL CONTRATISTA al formular la propuesta y su insatisfacción no será alegada por EL CONTRATISTA como causal que justifique reclamación alguna o incumplimiento del presente contrato.

Este texto demuestra palmariamente que el contratista era consciente al momento de la presentación de su propuesta, y así quedaba entendido, establecido y dejado como una constancia expresa suya de que conoció y se enteró de las particulares condiciones que en todos los bróenes, rodeaban el sitio de ejecución de los trabajos objeto del contrato. De modo que si la Corporación Antioqueña Presente tuvo la diligencia de conocer detalladamente las características propias particulares y especiales de toda la zona en la que se desarrollaría el proyecto integral de reubicación de las familias o debía observar con esmero ese deber de conducta en la forma como se lo exigía el pliego mal hace el contratista, ahora en elevar reclamaciones a la entidad contratante por situaciones acaecidas en razón a circunstancias que eran conocidas y previsibles por ella y que inexcusablemente debió haber tenido en cuenta al momento de preparar su oferta y mucho menos atribuidas como factores constitutivos de incumplimiento contractual de Empresas Públicas de Medellín. Por lo que los efectos -económicos- desfavorables que pudieron provenir de eventos con incidencia negativa en la ejecución del contrato, derivado de la falta de conocimiento de las singulares peculiaridades de la región, que obviamente influyeron en la elaboración de la propuesta, haciéndola deficiente en ese aspecto, deben ser asumidos por el contratista.

Extraña al Tribunal el reclamo de la convocante con los supuestos perjuicios que dice haber sufrido por causa de los asuntos relacionados en el hecho 7.1.5 de la demanda, teniendo en consideración que los mismos, eran conocidos por el contratista y en consecuencia, bajo su cargo y responsabilidad.

De otro lado es preciso tener en cuenta, conforme se ha venido motivando a lo largo de presente laudo arbitral que la convocada, en virtud de la suscripción de las actas de modificación bilateral números 1, 3 y 4, le reconoció y pagó a la



contratista los valores correspondientes a la ejecución de las obras extras y adicionales que surgieron con ocasión de las diferentes novedades emergidas durante la ejecución del contrato conforme a los precios acordados previamente con la contratista, los cuales contenían el componente del AIU (Administración Imprevistos y Utilidades). Luego, la entidad contratante le reconoció a la contratista los mayores costos en que pudo haber incurrido con motivo de las obras extras y adicionales agregándose que en la transacción suscita por las partes Empresas Públicas de Medellín también le reconoció y pago a la Corporación Antioquia Presente los mayores costos en que incurrió por causa de la mayor permanencia en la obra. Esto lleva al Tribunal a concluir que los aspectos ventilados en este punto fueron resueltos por las partes con la suscripción de los documentos mencionados.

### **3.2.10 DEL PROGRAMA DE OBRA Y FLUJO DE FONDOS HECHO POR LA PARTE CONVOCANTE Y QUE ES EL SUSTENTO DE LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS CONTEMPLADAS EN LA DEMANDA.**

Como se dijo arriba conforme a la interpretación de la demanda el Tribunal considera que el fundamento de las pretensiones de la convocante consiste que en virtud de la visita obligatoria realizada al sitio de ejecución del contrato y con base en los pliegos de condiciones estructuró su propuesta y particularmente un programa o flujo de caja basado en un sistema constructivo lineal según el cual la Corporación contaría con ingresos generados por la ejecución de los trabajos a partir del segundo mes del plazo contractual; todo lo cual afirma, se vino al traste en razón a las modificaciones impuestas por las Empresas Públicas de Medellín al exigir el cambio del sistema lineal diseñado por ella a un sistema por priorización.

En consecuencia, el Tribunal se ocupará de este aspecto a fin de establecer si lo dicho por la parte convocante tiene asidero probatorio y por ende es posible determinar el presunto incumplimiento de las Empresas Públicas de Medellín o si por el contrario no se encuentra fundamento fáctico y probatorio que sustente lo afirmado por el contratista.

En efecto, sobre el programa de trabajo el pliego de condiciones en su numeral 5.15, estableció lo siguiente:

*El CONTRATISTA deberá presentar con la propuesta un programa de trabajo lo más detallado posible en como ejecutará las obras y demás trabajos objeto del contrato; este programa deberá estar asociado al flujo de inversión que se presenta con la propuesta y dentro de los ocho (8) días calendario siguientes a la fecha de la comunicación en la cual LAS EMPRESAS le ordenan iniciar los trabajos, EL CONTRATISTA deberá presentar un nuevo programa de trabajo detallado y ajustado para revisión y aprobación por LAS EMPRESAS.*

El programa deberá elaborarse por el Método de la Ruta Crítica (L.P.M.) y presentar un diagrama de Gantt, con la indicación de la ruta crítica. Además EL CONTRATISTA deberá presentar la metodología, estrategias y el sistema logístico para acomodar los trabajos.

EL CONTRATISTA deberá atender su cumplimiento en los términos acordados; el incumplimiento le causará la sanción respectiva.

EL INTERVENTOR podrá al momento de la presentación del programa de trabajo, o posteriormente durante la realización de las obras solicitar a EL CONTRATISTA una o varias reprogramaciones que se ajusten al plazo vigente del contrato.

EL CONTRATISTA deberá mantener actualizado el programa de trabajo durante todo el tiempo de ejecución de los trabajos.

La aprobación que EL INTERVENTOR de el programa de trabajo no exonera a EL CONTRATISTA del cumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo con el contrato. En consecuencia, deberá entregar los trabajos oportunamente y en forma satisfactoria cuando para ello tenga que utilizar un número mayor o un tipo diferente de equipos a los programados, lo mismo que el personal adicional o que tenga necesidad de reprogramar algunas o todas sus actividades.

EL INTERVENTOR dará la orden de reprogramación siempre que ocurran atrasos en la ejecución de las obras respecto a lo programado y EL CONTRATISTA tendrá un plazo máximo de dos (2) días hábiles para su presentación; la reprogramación no dará lugar a pago de costos adicionales ni a anotación de plazo.

El programa de trabajo deberá acompañarse del plan de inversiones asociado y la memoria técnica de la elaboración del plan en el cual se especifique los rendimientos contemplados para cada una de las actividades, plan de utilización de recursos y toda la información utilizada para la elaboración del programa de trabajo; este programa deberá contener inicios y terminaciones tempranas y tardías, holguras, recursos, ruta crítica y las actividades predecesoras de cada actividad. (Negritas por fuera de texto)

Según esta disposición, los proponentes con su oferta debían presentar un programa de trabajo que debía ser lo más detallado posible de cómo ejecutarían las obras y demás trabajos objeto del contrato, para lo cual debía tener en cuenta sus obligaciones contractuales, las actividades preliminares a inicio de los trabajos, el componente social y las demás circunstancias que le son inherentes a proyectos de la naturaleza y envergadura del que se pretendía contratar.

El programa de trabajo y el plan de inversión mencionados fueron acompañados al proceso por ambas partes y constituyen para el demandante el supuesto fáctico y jurídico de incumplimiento de EPM, como también el supuesto del que parten sus pretensiones indemnizatorias.

Según la norma, dentro de los 5 días calendario siguientes, el Contratista debía hacer entrega a EPM del programa de trabajo acompañado de los demás documentos técnicos exigidos en ella, el cual no fue aportado al proceso como prueba del cumplimiento de esta obligación por parte de la demandante.

Conforme a la misma norma que se viene comentando, EPM se reservó el derecho a introducir reprogramaciones al programa presentado para su revisión dentro del término contractual o durante la ejecución del contrato. Esto significa que el programa de oferta no sería el programa de construcción bajo el cual EPM realizaría el control y supervisión del contrato, sino el que aprobara luego de dada la orden de inicio.

De conformidad con el acto suscrito el 23 de junio de 2006 y atendiendo lo dicho en el numeral 5.15 del pliego de condiciones, las partes acordaron un programa priorizado según necesidades de los beneficiarios a reubicar y la optimización de recursos. Siendo éste el programa de obra contractual aprobado por EPM que debería cumplir el contratista según lo señalado en el pliego.

El programa priorizado de obra tampoco fue aportado al proceso ni su correspondiente plan de inversión.

En consonancia con lo que se viene diciendo y a la atención del Tribunal que la parte convocante no haya aportado como prueba el programa de trabajo entregado por ella a EPM en cumplimiento del numeral 5.15 del pliego de condiciones pues según la apoderada de la convocada en su escrito de respuesta a la demanda y alegatos de concusión dicho programa no fue presentado por la Corporación Antioquia Presente lo que lleva a concluir que hubo un desconocimiento e incumplimiento por parte del Convocante de su primera obligación contractual, lo cual se traduce en un vicio suyo al pretender imponer un programa de trabajo sin la respectiva revisión por parte de las Empresas Públicas de Medellín y que tampoco aportara el programa priorizado con su correspondiente plan de inversión y flujo de fondos.

La presentación de estos programas era a juicio de Tribunal prueba indispensable para realizar la confrontación necesaria entre ellos, verificar si los cambios efectuados, modificaban a su vez el Plan de Inversión en forma sustancial, toda vez que la simple afirmación no es suficiente para establecer la afectación y los perjuicios alegados, puesto que la simple programación priorizada no configura en sí un incumplimiento contractual ni se puede aceptar que por ello se ocasionaron daños y perjuicios al contratista puesto que podría presentarse el hecho que a pesar de las reprogramaciones efectuadas se mantuviera el flujo de fondos esperado por el Convocante, elemento de juicio indispensable para con base en las reglas de la sana crítica establecer si se presentó la situación fáctica

planteada en la demora y la derivación de los daños y perjuicios aducidos por el comandante.

No obstante el nivel de detalle exigido en el pliego de condiciones para el programa de trabajo que debía presentarse con la propuesta, como se señaló éste no se tornaba en definitivo lo cual significa que no podían los proponentes contar con que el mismo programa de trabajo presentado con la propuesta sería el programa de obra contractual con el que acometerían la ejecución de los trabajos como parece haberlo entendido el convocante tal como se prevé expresamente en el pliego de condiciones situación de pleno conocimiento de los proponentes por lo que mal se puede afirmar que FPM incumplió el contrato con la reprogramación prioritaria de la construcción de viviendas, lo cual además era perfectamente viable si se tiene en cuenta el alto componente social del proyecto que obligaba a ajustar la construcción a las necesidades de los beneficiarios.

Según el numeral 8.12 del pliego de condiciones el Contratista debía entregar el PIMMA 15 días antes de iniciar los trabajos. Esta disposición condicionó el inicio de obras a la entrega de PIMMA lo que significa que en los primeros quince días no habría actividad de construcción en tanto se debía cumplir primero con ésta obligación que además debió ser prevista en el programa de obra y además según el numeral 5.15 del Pliego en mención el Contratista debía entregar a Empresas Públicas de Medellín, para su revisión y aprobación el Programa de Trabajo, Plan de Inversión y demás documentos exigidos dentro de los 8 días calendario siguientes a la orden de inicio actividades que debían estar reflejadas en el programa de obra y que impedían el inicio de construcción de obras en el tiempo definido por el contratista en su programa de oferta.

Estos dos requerimientos llevan al Tribunal a concluir que en el primer mes de ejecución del contrato, la actividad constructiva y de diseños sería mínima si se tiene en cuenta que el PIMMA constituía un requisito previo para iniciar las obras arriesgo de que se requería considerar un tiempo razonable para la conciliación con las familias del sitio en que sería construida su vivienda toda vez que el pliego de condiciones fue expreso en señalar que las construcciones se harían en forma dispersa y no línea, por lo que El Tribunal advierte a simple vista que el Plan de Inversión no conculgaba con el Pliego de Condiciones y que como consecuencia estaba sobreesbado desde un comienzo.

El contratista tenía un alto entendimiento de lo que implicaba la ejecución del proyecto en relación al tema social, pues así se desprende de la declaración del Ingeniero Alejandro Echavarría Echavarría asesor de Antioquia Presente en la elaboración de la propuesta y asistió en su nombre a la visita al sitio de las obras, y quien en su dicho visó a folios 1255 y siguientes del cuaderno principal número 3 lo ratificó en los siguientes términos:

Se calcularon los precios unitarios, se hizo primero una visita que era de carácter obligatorio, yo asistí a la visita. Recorrimos todos los lugares, nos mostraron las áreas, las construcciones con las pilas, hicimos una investigación de los costos de material de piers, de los costos de transporte. Había algunas viviendas, que se requirió cuáles eran, qué había que llevar el material en mulas, hicimos un análisis que fue muy interesante en el momento y fue que pesamos una de las casas, calculamos el peso de las casas para poder determinar el costo del transporte de los materiales en las mulas, y estructuramos un sistema de trabajo que nos permitía cumplir el plazo en tiempo casi que record, porque era construir una cantidad de casas rurales en nueve meses. Me parece que era nueve o diez meses. Eso es básicamente lo que hicimos, calculamos la proyección. La CORPORACIÓN yo recuerdo que había un factor importante, y era que los pliegos especificaban que se trataba de un contrato de índole social, y por eso habían llamado unas entidades que tenían la capacidad doble de ser constructoras y al mismo tiempo de prestar el servicio social de asesoría a las familias que estaban siendo desplazadas. Sin embargo en los pliegos de condiciones no existía una fórmula para cuantificar el costo de ese servicio social que había que desarrollar, entonces nosotros lo incluimos en los costos administrativos del contrato. (Negritas por fuera de texto; ítem 1256 del expediente principal No. 3)

Conforme a lo hasta aquí dicho y teniendo en cuenta el conocimiento que tenía el demandante respecto al alto componente social del proyecto y que consignó en su Plan de Gestión Social presentado conforme a disposición del numeral 6.12 del pliego de condiciones, debió como consecuencia en los términos del numeral 6.15 del pliego de condiciones ajustar su programa de trabajo conforme a esa realidad social.

En el mismo sentido, si en el pliego de condiciones se radicó en cabeza del contratista, la elaboración de los diseños de acueductos y redes eléctricas para el Tribunal en sentido lógico el proponente debió contemplar ésta como una actividad previa a su construcción. Sin embargo se observa que en el programa de actividades de oferta no se especifica la actividad de diseño.

En el programa de actividades de la oferta se observa que el proponente incluyó la construcción de 9 viviendas en el predio El Bohío y sus correspondientes redes de acueducto y eléctricas externas. Está demostrado en el proceso que no era posible que el contratista pretendiera recibir recursos a partir del primer mes por la construcción de las nueve viviendas ubicadas del predio El Bohío y su correspondiente sistema de acueducto y redes eléctricas porque conforme se dijo al inicio en el pliego de condiciones la entidad contratante de forma clara y expresa señaló que sólo dentro de los cien días calendario siguientes a la orden de inicio tomaría la decisión de construir o no esas viviendas, de lo cual notificaría al contratista dentro de los 100 días siguientes a la orden de inicio, por lo que mal podría pensarse que la no construcción de esas viviendas durante los primeros

meses de ejecución del contrato le causó una afectación en el flujo de fondos esperado porque únicamente a partir del primer mes podía saber a ciencia cierta si contaba o no con esas obras.

Conforme se desprende de las declaraciones de Alejandro Echavarría Echavarría e Iván Darío Mira Mejan especialmente éste último, folios 1267 cuaderno principal número 3, la Corporación realizó una sola visita hecha al sitio de ejecución de los trabajos en la cual no se recorrieron los puntos, pero se mostraron los sitios, con los planos esquemáticos de los acueductos, de la localización de las viviendas y también los planos de las redes externas de energía, y con dicha información preliminar elaboró su propuesta.

Se acepta por los testigos que los planos y la información entregada en la visita fue preliminar y esquemática mas no definitiva, lo que significa una aceptación expresa de que las ubicaciones de las obras a construir no eran definitivas y que acorde con lo dicho en el numeral 5.15 del pliego de condiciones el programa de trabajo contractual sería el revisado y aprobado por Empresas Públicas de Medellín en el contexto del manejo social que debía dársele al proyecto, bajo el entendimiento además de que las viviendas eran dispersas.

En consecuencia, si el contratista elaboró su programa constructivo y flujo de caja simplemente con base a lo observado en la visita obligatoria y en el pliego de condiciones, como se desprende de la demanda y de las declaraciones de los testigos arrojados por la Corporación y que le dieron asesoría y participaron en la elaboración de la propuesta, sin hacer las verificaciones y constataciones exigidas en el mismo para la elaboración de la misma y con base en ello adoptó un método constructivo lineal a pesar de que el Pliego en ningún momento sugirió el método constructivo sino que por el contrario, habló de construcción en forma dispersa y sin tener en cuenta el alto grado del componente social del proyecto que llevaba a mantener permanentes relaciones y concertaciones con los beneficiarios en diferentes aspectos, y aún así partió de la base de que iba a ejecutar obra desde el día 1 sin haber realizado las actividades contractuales e instalaciones preliminares sin realizar los diseños de los acueductos y redes eléctricas sin conocer si las viviendas del barrio serían o no construidas, se concluye que asumió un riesgo que debía soportar en la medida de su previsibilidad.

Sobre el particular vale la pena citar las consideraciones del Consejo de Estado en un caso que si bien no es exactamente igual al que es objeto de debate, ca cuenta de las consecuencias que deben ser asumidas por el contratista cuando opta por un método constructivo que puede implicar complicaciones durante el plazo de ejecución contractual. En efecto dijo el máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa en sentencia de febrero 26 de 2004 exp 10.043

En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, con las variables ocultas no postencionadas a la celebración del contrato, está exento de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos asumido para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originan por el hecho de una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública, pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos anormales o las denominadas riesgos normales, como sucede en el presente caso. La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acepta a esa distribución cuando siendo partícipe en el proceso de selección y celebrar el contrato indefinidamente. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o atómicos, configuran la fuente de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos con las intenciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al tipo anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato en su perjuicio. La Sala encuentra que mediante el contrato bajo estudio el contratista asumió riesgos adicionales a los que normalmente asume quien celebra el contrato de obra pública, lo cual significa que debe soportar los efectos económicos derivados de hechos relacionados con los riesgos que hayan ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato y no estén cubiertos por la teoría de la imprevisión. En efecto, en el caso concreto el contratista propuso contratar bajo la modalidad *ll, ll*, lo que comportó la asunción de mayores riesgos, relativos a la selección del inmueble en el que se desarrollara la obra; la tramitación de los permisos y licencias; la tramitación e instalación de los servicios públicos; el diseño de las obras; la realización de obras urbanísticas etc. Si hubiera querido asumir menores riesgos debía proponer y contratar bajo la modalidad *l o ll*, que comportaba el adelantamiento previo de algunas etapas, lo que implicaba mayor certeza y seguridad respecto de las características y plazos de ejecución de las obras. De conformidad con lo anterior, la Sala esduca que no es dable afirmar que el equilibrio financiero del contrato no se predice respecto de un contrato como el que se estudia, de obra pública bajo modalidades específicas. Toda vez que por tratarse de un contrato consuntivo, sinagmático y oneroso, con recíprocos obligaciones y derechos recíprocos y equivalentes para las partes, que se gamilizan durante la ejecución del contrato. Lo que sucede es que las obligaciones asumidas por las partes no pueden modificarse durante la ejecución del contrato, con fundamento en que se presentaron causas de rompimiento del equilibrio financiero del contrato. Dicho en otras palabras, si al momento de contratar el contratista asumió contingencias o riesgos, que podían presentarse durante la ejecución del contrato no le es dable solicitar a la entidad que los asuma y cubra sus sobrecostos que haya podido generar.

En conclusión, el contratista asumió los riesgos inherentes al sistema constructivo que adoptó conforme a criterios preliminares como lo son una sola visita al sitio de

ejecución del proyecto y unos planos esquemáticos y por ende preliminares de los sitios de ubicación de las viviendas y acueductos que según afirma se traducen en los costos financieros de los créditos que tuvo que contratar para suplir el faltante de flujo de caja que esperaba recibir en los primeros tres meses de ejecución del contrato lo que trajo como consecuencia que se generara una pérdida y dejara de percibir la utilidad supuestamente esperada y que por circunstancias ajenas a su voluntad y que ya fueron analizadas por el Tribunal impidieron que los percibiera.

De otro lado, no entiende el Tribunal como preferida la convivencia obtener flujo de caja desde el primer mes si conforme a la forma de pago establecida en el pliego de condiciones en el evento de ser posible la ejecución de obra en los primeros meses solo podría recibir los fondos luego de cumplir los trámites establecidos en el numeral 2.03 del pliego de condiciones que reglamenta la medición y forma de pago en los siguientes términos:

*Los costos del contrato que se deriven de la contratación serán cubiertos con fondos propios de LAS EMPRESAS de la siguiente forma:*

**2.03.02. Medida de pago y obra ejecutada**

*Cada mes calendario y con corte el día 25 se medirá conjuntamente entre EL CONTRATISTA y EL INTERVENTOR la obra realizada a satisfacción lo cual se hará constar en actas parciales firmadas por ambas partes con visto bueno de LAS EMPRESAS y en facturas cobro que elaborará EL CONTRATISTA y entregará oportunamente a LAS EMPRESAS para que ejecute los pagos.*

*A los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de la firma de las actas por parte de EL CONTRATISTA y de EL INTERVENTOR y previa aprobación por parte de LAS EMPRESAS, estas pagarán a EL CONTRATISTA los saldos que resulten a su favor, previa deducción de las sumas a que hubiere lugar por anticipación: del anticipo, intereses sobre anticipo, multas, cláusula penal, impuestos, orden de autoridad competente, servicios prestados por LAS EMPRESAS etc. (Ingeniería Intencional).*

Según la norma del pliego de condiciones se creveía que los pagos se efectuarían 30 días después de efectuada la medición de obra en el sitio de ejecución, elaboradas las actas de pago y aprobadas por EPM, presentada la factura, esto lleva al Tribunal a concluir que la forma de pago establecida, solo permitía facturar vencido el primer mes de ejecución de obras y el pago solo sería recibido a los treinta días siguientes lo cual significa que el contratista solo podía aspirar a



obtener pagos efectivos por actividades efectivamente ejecutadas, a partir del vencimiento de los meses 2 de inicio de las obras.

Según el formulario número 2 'Flujo de Inversión de Recursos' que hace parte de la oferta aportada al expediente por EPM con la respuesta a la demanda, el contratista esperaba facturar por actividades constructivas ejecutadas en el primer mes la suma de \$400.247.371. De la apreciación que hace el Tribunal de la prueba respectiva, se observa lo siguiente:

Se incluyeron actividades relacionadas con el Predio El Bohío para construcción de preliminares como localización y replanteo, demoliciones, vías de acceso Tub Corc. 12' pavimento rígido para rieles, construcción de cabezote con CDNE', cuyo valor ascendía a la suma de \$101.285.980.

Se registran actividades para construcción del acueducto El Ilchú por la suma de \$21.807.048 y de las redes eléctricas externas por la suma de \$7.906.957.

La misma situación se observa para los meses 2 y 3 en los cuales el proponente incluyó actividades de construcción en el Bohío por la construcción de vivienda, redes de acueducto y redes eléctricas internas y externas por la suma de \$335.841.222 a razón de \$167.920.611 mensuales que sumadas a las de primer mes arrojarían una inversión por valor de \$497.207.208 en el trimestre.

Como se analizó al inicio del presente análisis, las actividades correspondientes al predio El Bohío constituían una mera expectativa para los propietarios, de manera que no era posible incluirlas como un hecho cierto que incidiera en el Flujo de Caja proyectado para los tres primeros meses de ejecución del proyecto. Razón de fondo para concluir que el Convocante al elaborar su demanda, ha debido excluir los costos correspondientes a estas actividades.

Se incluyó en el mes 1 la construcción del acueducto Juntas y las redes eléctricas externas de 46 viviendas por valor de \$95.101.568, para lo cual debía contar previamente con los diseños, los cuales según el pliego de condiciones eran de su exclusiva responsabilidad. El demandante no acreditó en el proceso que para tal fecha hubiera elaborado los diseños por lo que el Tribunal concluye que no era posible que realizara inversiones de construcción para esos efectos en el primer mes de ejecución.

De la apreciación del documento mencionado respecto de las condiciones establecidas en el pliego el Tribunal concluye que el Plan de Inversión de la oferta y el correspondiente Flujo de Fondos que se presenta por el Convocante en el numeral 11 de la demanda, no consultaban el mismo, lo que lógicamente pudo haber incidido en el desbalance financiero alegado.

Por lo expuesto dicha prueba no es conducente para la demostración del supuesto daño y de los perjuicios reclamados por el Convocante, toda vez que no le permite formarse el grado de certeza exigido por la normatividad procesal civil para determinar lo que en esta instancia arbitral se pretende.

Además considera el Tribunal que mal podía pretender Antioquia Presente que las Empresas Públicas de Medellín le financiaran el proyecto, pues el anticipo y pago anticipado no constituyen una obligación legal y en éste sentido se aparta de la afirmación del censo hecha en su dictamen para el cual las entidades contratantes deben financiar a los contratistas pues jurídicamente los mismos son una mera liberalidad del contratante quien si a bien lo tiene puede decidir por colaborar al Contratista facilitándole recursos para el inicio de las obras. En el presente caso el anticipo era además una opción del proponente quien se acogió voluntariamente a recibirlo en los términos financieros señalados en el pliego de condiciones.

El contrato al que se viene haciendo referencia es de aquellos llamados por la doctrina como sinagmáticos, en los cuales las partes reciben contraprestaciones recíprocas por lo cual, es acertado concluir que la recíproca y legítima contraprestación de contratista era el pago de las obras objeto del contrato conforme el avance de las mismas y previa presentación de las respectivas actas y facturas por lo que se reitera, no es de la naturaleza de este tipo de actos jurídicos que una de las partes, en este caso la contratante le financie a la otra la ejecución del contrato, si ello fuera así no habría tenido razón de ser la exigencia en el pliego de condiciones de la capacidad financiera como requisito de participación.

Al respecto el numeral 1.07.31 del pliego de condiciones se dispuso:

**18. Capacidad Financiera:** Los proponentes deberán incluir dentro de la documentación de la oferta el Balance General de los años 2003 y 2004, firmado por el Representante Legal y su Revisor Fiscal con tarjeta profesional o su Contador Público con tarjeta profesional en caso de no estar obligados a tener Revisor Fiscal.

LAS EMPRESAS verificarán la capacidad financiera de los proponentes en el año 2004, con base en los siguientes indicadores:

**Índice de Liquidez:** Deberá ser mayor o igual a 1.0 y se calculará de la siguiente manera:

**Índice de Endeudamiento:** Deberá ser menor o igual a 0.80 y se calculará de la siguiente manera:

Por lo el Tribunal de la base que la convocante para poder hacerse a la adjudicación del contrato acreditó los indicadores financieros exigidos en el pliego de condiciones cuya finalidad es verificar que los proponentes cuenten con la

solvente financiera suficiente para asumir la ejecución de un contrato de la naturaleza de que es objeto de la litis, solvencia que vale la pena decir es requerida para que el contratista este en la capacidad de asumir y ejecutar sus obligaciones contractuales sin ningún contratiempo mientras recibe su contraprestación (pago) en razón del respectivo contrato.

La figura del anticipo fue contemplada en el pliego de condiciones como una opción para el contratista lo cual no lo releva de contar con la solvencia financiera exigida en el pliego para atender las obligaciones de su contrato.

El pliego lo estableció en el numeral 2.03.01 de la siguiente manera:

*LAS EMPRESAS entregaran a EL CONTRATISTA en calidad de anticipo el valor de las obras, un veinte por ciento (20%) del valor total inicial del contrato, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la presentación de la factura de cobro a LAS EMPRESAS, previa perfeccionamiento y formalización del contrato, salvo que se ordene la retención sin estar formalizado. La aceptación del anticipo por parte de EL CONTRATISTA no es una condición contractual obligatoria.*

Si bien en el pliego no se establece o mejor no se exige que el anticipo tenga una destinación determinada y por ende era de libre disposición por el contratista para ser invertido en bienes y servicios para las obras, las consecuencias de la decisión del Contratista en cuanto a su inversión, es de exclusiva responsabilidad sin que pueda atribuirse a la Entidad contratante, teniendo en cuenta que EPM le exigio solvencia financiera como requisito financiero a fin de que contara con la capacidad suficiente para asumir sus obligaciones contractuales, y como es apenas lógico, la evaluación se limitó a las condiciones financieras del proponente, sin que para ella el anticipo jugara papel alguno.

Ahora bien, desde el punto de vista de la ejecución contractual, se evidencia en las pruebas amparadas al proceso que se presentaron conductas que generaron atrasos al parecer atribuibles al contratista, que no fueron desvirtuados en el proceso por la parte convocante, de los cuales dan cuenta los siguientes documentos:

Acta de reunión de seguimiento de agosto 17 de 2006 ya mencionada en el presente laudo arbitral, en la que el Ingeniero Anibal Salazar Director de Obra de Antioquia Presente, informó que los atrasos en que venía incurriendo la CAP, se debieron a problemas internos, concretamente el cambio de sus oficinas y a algunos robos de equipos y materiales, lo que implicaría que la no ejecución de obras deprecada no se debió a incumplimientos de la convocada ni a situaciones ajenas al Contratista.

En la misma acta se informan otras situaciones por el Director de Obra de la Corporación quien manifestó que a partir del día 16 de agosto (de 2006),

ingresarían a trabajar 6 oficiales de construcción y un maestro encargado todos procedentes de Medellín; y de manera precedente en acta de agosto 3 del mismo año dijo en relación con los acueductos que *"no es exacta la línea donde se identifican los sitios de captación pero los ítem son claros en los diseños para la visita de campo se escribieron 4 ítems. Para la segunda semana de agosto tendrán conocimiento sobre quien será el contratista..."*

Estas actas dan cuenta que el contratista admitió que los atrasos presentados en los dos primeros meses eran de su responsabilidad puesto que el cambio de sede administrativa y los supuestos hurtos, ninguna relación tiene con la ejecución contractual y que solo para la segunda semana de agosto entrarían a trabajar 6 oficiales y un maestro encargado y se podría conocer el contratista de diseño de acueductos. Esto confirma la tesis que ha venido exponiendo el Tribunal en el sentido que el Plan de Inversión y su correspondiente flujo de fondos en cuanto a la construcción de los acueductos no guardaba relación con los pliegos de condiciones que exigían el diseño previo de los mismos, como se evidencia en el acta con la realidad de la ejecución contractual.

Por iniciativa del Tribunal se aportaron al proceso copias de los informes de la interventoría producidos a partir de fines de agosto de 2006 pero allegados al parecer en forma incompleta porque sobre el periodo transcurrido entre el 27 de junio de 2006 (fecha de la orden de inicio) y el mes de agosto de esa anualidad no se encontró en los aludidos documentos registro alguno de los hechos acaecidos durante la construcción de viviendas y acueductos.

En los informes de interventoría mencionados se evidenció la presentación de conductas tales como

Agosto 13 de 2006 Observaciones

*"No se observa llegada de materiales a la obra  
-La retroexcavadora continúa varada"*

Agosto 14 de 2006 la misma funcionaria apunta  
Observaciones

*" Continúa varada la retroexcavadora.  
-No se observa llegada de materiales a la obra"*

Agosto 26 de 2006 se hace constar

*"Lote 21: No se realiza vaciado de vigas de fundación por falta de vibrador."*

OBSERVACIONES

*"No hay cortadora de adobe en la obra lo que retrasa actividades de mampostería"*

Agosto 26 de 2006

DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS

Lote 21: Unidad de fundación 10.00 a m. 2.45 p m. cilindros. Grosno limpieza de agua. **Problema con Planta eléctrica.**

**OBSERVACIONES**

"No se adelantaron actividades de mampostería por falta de pegadores.

"Se dio orden para explicar en el Lote 15 (Nahom)

Agosto 27 de 2006

Lote 26 se realizó apoyo de 2 m de profundidad. No se adelantaron actividades por falta de pegadores

En acta de septiembre 3 de 2006, se reconio

**DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS**

"Lote 24 (Alonso Jaramillo) Se continúa con la excavación para vigas de fundación.

**No se registra actividad en las casas 21 y 22**

**OBSERVACIONES**

"Según programación entrega (sic) por Antioquia Presente se visitó casa 17 (Israel Zapata) y no se encontró personal laborando. Igual en la casa No. 20 y 22".

Después en acta de septiembre 17 se observa

**OBSERVACIONES**

"De las actividades presentadas por el contratista para los días 15, 16 y 17 de septiembre solo se dio cumplimiento en un 25% en la ejecución de la misma"

20 de septiembre de 2006

**DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS**

"Lote 24: **No hay actividad de construcción** - Se encuentran 2 trabajadores organizando entiblo para apoyo de material de playa. **CASA 22:** Se realiza excavación y nivelación del terreno para entiblo. **CASA 21: No hay actividad de construcción.** **CASA 20:** Se realiza encofrado para viga de amarre superior y nivelación del terreno para entiblo. **CASA 17:** Se realiza armado y colocación de acero de refuerzo para viga de amarre superior. **LOTE 16:** Se realiza vaciado de concreto cúbico y microplenas. **LOTE 9: No hay actividad constructiva.** **LOTE 12: No hay actividad constructiva.** **LOTE 13: No hay actividad constructiva.**

**OBSERVACIONES**

"Se hizo corregir acero de refuerzo vigas de amarre superior en casas 22, 20 y 21, así mismo se le recordó al contratista lo especificado para la construcción de andenes"

Septiembre 22 de 2006

"Lotes 9, 17, 24 y 26 en actividad"

Octubre 3 de 2006

**DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS**

"Lote 22: **No hay actividad.** Se realiza configuración acceso al lote con equipos médicos

"Lote 21: **No hay actividad**

"Lote 20: No hay actividad: llegible h=2.25 en columnas y vigas de entarce vaciadas.

"Lote 17: No hay actividad: llegible h=2.25 en columnas vaciadas se hizo cene del lote"

4 de octubre se reportó:

DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS

"No se presentó actividad en ninguno de los lotes"

7 de octubre del mismo año

OBSERVACIONES

"No se trabajó en construcción de obra civil se está en espera de un nuevo subcontratista que cumpla con todos los requisitos por la ley (seguridad social, salud, pensiones y riesgos profesionales)".

11 de octubre de 2006, se reportó en las actas a las que se viene haciendo alusión

DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS

"Lote 26: No hay actividad (No se ha iniciado ninguna de la excavación de cunetas)

"Lote 22: No hay actividad.

13 de octubre de 2006

DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS

"Lote 26: No hay actividad

"Lote 21: No hay actividad"

24 de noviembre de 2006

OBSERVACIONES

En este día se le enseñó en sitio de la captación de la quebrada Mal Abrigo la cual surte las viviendas del predio Cabuyas, a la residente ambiental de la CAP.

Semana de 27 de noviembre al 3 de diciembre de 2006

OBSERVACIONES

En esta semana no hubo actividades en los lotes 4 Jorge Gómez y 2 Julio Madina, ambos lotes ubicados en el predio Juntas El Algarrobo.

No hubo trabajos en el acueducto El Perico."

Diciembre 11 de 2006

Acueducto El Perico Nota: no se colocó tubería de conducción - no hay existencia en la obra

Diciembre 16 de 2006

Acueducto Santa Lucía no se colocó tubería por no tener existencia en la obra..."

Semana del 18 al 24 de diciembre

**DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS**

Acueducto El Perico. Solo el día 20 de diciembre se reinició con la Inst. de tubería, en la bocatoma solo se han hecho las perforaciones para los anclajes del muro.

Acueducto Santa Lucía. No se han acometido trabajos en la bocatoma

**OBSERVACIONES**

Los trabajos en los acueductos se están llevando a ritmo muy lento, por lo que se solicita al contratista mayor celeridad (Bitécom Diciembre 24/2006)

A pesar de que el refuerzo para el tanque de almacenamiento del acueducto El Perico se revisó y aprobó, desde el día 20 de diciembre el contratista no vació el concreto por falta de formateo

Enero 8 de 2007

Se observa suspensión en los trabajos del Bohío desde el día sábado 8 de enero de 2006

Se encuentran suspendidas las viviendas ubicadas en Plan de Pérez y la Isabela

Enero 10 de 2007

Continúan suspendidos los frentes de Plan de Pérez, la Isabela y el Bohío por falta de personal

En el día de hoy tampoco se trasladaron los materiales para el vaciado de la Bocatoma del Perico

Enero 28 de 2007

No se programó actividades...

Marzo 24 de 2007

Acto maj Aengo, inactivo- No se trabajó por falta de tubería

Abril 10 de 2007

Acto El Perico. No hubo actividad"

Abril 17 de 2007

Acto El Perico. No hubo actividad"

Mayo 5 de 2007

Lote No 1. Plan de Pérez: Arriando Contreras: No se registra actividad

Lote 6 . No se registra actividad constructiva Hay muy poco material (adobe

Mayo 16 de 2007

Actos, santa Lucía, El Bohío y el Perico. Inactivos"

Mayo 17 de 2007

"Actos Santa Lucía y El Perico: Inactivos"

Mayo 18 de 2007

"Actos. Santa Lucía y El Perico: Inactivos"

Mayo 19 de 2007

"Actos Perico - El Bohío y Santa Lucía: Inactivos (sin programación)"

Junio 6 de 2007

"Juntas Algarrobo Casa 1: No se registra actividad"

Junio 12 de 2007

"Lote 29: no se registro ninguna actividad"

Junio 13 de 2007

"Plan de Pérez: Casa 2. No se registró actividad"

Junio 16 de 2007

"Vereda El Bohío: No se presentó actividad en ninguna de las 4 viviendas."

"Vereda El Amparo. Heriberto Rodríguez. No hubo actividad"

Julio 8 de 2007

"Nota: No hubo actividad en ningún frente de los acueductos"

Septiembre 1 de 2007

"No se programó actividades en ningún acto, se dio descanso a todo el personal"

Septiembre 7 de 2007

"No se programó actividades en ningún acto, se dio descanso a todo el personal"

Septiembre 3 de 2007

"Actos El Bohío, El Perico, Salamina, Santa Lucía y Malabrigo: Inactivos"

Septiembre 20 de 2007

"No se programaron actividades"

Septiembre 29 de 2007

"No se programaron actividades".

Si bien dichos informes dan cuenta de la ocurrencia de situaciones de inactividad que se presentaron durante la construcción de las viviendas y acueductos, unas



por falta de materiales, equipos personal y otras respecto a las cuales no se identifica la causa y para el Tribunal no son suficientes para determinar con certeza su acañe e incidencia en el contrato; se observa si que en muchas de ellas se consignan suspensiones y/o inactividades de varios frentes de trabajo por causas imputables al Contratista a conforme a las obligaciones que le correspondian según las disposiciones del pliego que regularon lo atañe a disposición de materiales, equipos, herramientas y personal que no fueron desvirtuadas en el proceso por la demandante los medios probatorios idóneos y conducentes, que para el Tribunal consisten en la bitácora de obra a las que remite el resumen aportado por el señor Iván Darío Mira Melan Director de Obra a nombre de Antioquia Presente a partir del mes de febrero de 2007 y la experticia técnica rendida por ingeniero civil o arquitecto constructor sobre el seguimiento técnico al avance de obra y sus reales incidencias en la ejecución del contrato.

Es de resaltar que a folios 501 del cuaderno principal número 2, obra copia de un correo electrónico remitido por la representante de la interventoría Adriana Patricia Araya Villa, a Juan Esteban Ospina Restrepo y Carlos Alberto Arango Guerra (funcionarios de FPM) de fecha semibre 19 de 2006 en el cual llama la atención sobre los reiterados incumplimientos de la contratista en los siguientes términos:

"El siguiente es el reporte de las actividades ejecutadas por el contratista en el fin de semana que acaba de pasar. Con respecto a la programación que presentó el contratista para el fin de semana te cuento que solo se cumplió en un **25%**.

"El **alcataño de trabajo** a un ritmo muy lento en los siguientes frentes:

- 1 Lote 12 Nuev de Jesús Pérez Manpostera
- 2 Lote 13 Nelson de Jesús Montoya Manpostera
- 3 Lote 16 Ferra Ferra Ferra Excavaciones
- 4 Lote 20 Lidia Antuña arriado de viga de anillo nivelación para piso
- 5 Lote 10 Finer Zamudio excavación para viga de fundación

"Como **además** observar no hubo ningún vaciado, el tiempo se avanzó significativamente en la obra.

**Me preocupa que a la fecha incluyendo el día de hoy están suspendidos los siguientes frentes en los cuales se podía estar trabajando pero que no cuentan con el personal suficiente para tal fin:**

- 1 Lote 22 Luz María Londoño suspendido desde hace aproximadamente tres semanas
- 2 Lote 21 Redi Montoya Metro suspendido desde hace aproximadamente dos semanas
- 3 Lote 17 Iván Ángel Moyaño se suspendió desde la semana pasada
- 4 Lote 24 Alvaro Jaramila se suspendió desde la semana pasada solo llegaron hasta y f
- 5 Lote 12 José de Jesús Pérez se suspendió el sábado, porque hoy no tienen manposteros
- 6 Lote 13 Nelson de Jesús Montoya se suspendió el sábado, hoy no tienen manposteros
- 7 Lote 9 Ferra Moyaño llegaron y f el viernes y no avanzaron más

*"Carlos no se qué pasa con este contratista pero parece que no llega el día en que por fin pueda despegar a trabajar en forma constante, ya que lo que avanza en una semana, se atrasa la siguiente, porque después de hacer recorrido hay por todos los frentes de trabajo, te cuento que el panorama hoy no me parece nada alentador"*

No obstante lo denotado en los documentos referidos, el Tribunal no puede determinar a que causas se debieron los incumplimientos y suspensiones de trabajos allí mencionados por parte de la contratista, mas, lo que si aparece como nítido es que de lo descrito no se vislumbró o se ve por asomo siquiera el pretencido incumplimiento de Empresas Públicas de Medellín.

También se allegaron algunas actas de presentación de avances en el proceso constructivo de las viviendas y de la estrategia de comunicación de la Corporación Antioquia Presente, igualmente de manera parcial, ya que no se refieren a todo el periodo de ejecución del contrato sino específicamente a los días 3 y 17 de agosto de 2006 (folios 916 -919 y 912 - 915 cuaderno principal No. 2) y de septiembre 5 de 2006 (folios 921 - 923 cuaderno principal No. 2), y si bien en ellas se registran también algunos sucesos acontecidos como el revelado por el señor Jorge Anibal Salazar Palacio en el acta de agosto 17 de 2006, en el sentido de que "inicia (Jorge Anibal Salazar) reconociendo que hay atraso en la construcción de las viviendas exponiendo que tal situación se presenta debido a imprevistos que ha tenido la Corporación, de un lado se vieron obligados al traslado en Medellín a una nueva sede además añadido que durante el cambio mencionado fueron víctimas de robo de elementos costosos lo que desde el punto de vista administrativo y financiero inciden en el atraso que se presenta actualmente" el Tribunal le queda imposible efectuar un seguimiento de las actividades diarias realizadas por las partes y la responsabilidad que a cada una le cabría en el asunto, pues para ello es indispensable contar con el dictamen técnico de ingeniero experto en control de programación y avance de obra y presupuestos, prueba que no fue solicitada por ninguna de las partes.

Llama la atención del Tribunal que la convocante no haya citado a declarar como testigo a primer director de obra quien tuvo el conocimiento directo de la situación presentada en el contrato durante los primeros meses de ejecución del contrato que fue el periodo en que según la demanda se presentó el déficit financiero que Antioquia Presente reclama a través de este arbitramento, resaltándose que los testigos de la convocante que dan cuenta de los problemas presentados durante la ejecución del contrato en los primeros meses, son todos testigos de oídas por cuanto no tuvieron conocimiento directo de los hechos alegados como problemáticas de la ejecución contractual razón por la cual sus dichos en ese sentido no serán tenidos en cuenta por el Tribunal.

De otro lado, es pertinente mencionar las numerosas comunicaciones que obran en el plenario en las que Empresas Públicas de Medellín, le pone de presente al

Contratista que se encuentra atrasado frente a su Programa de Obra, atrasos que también se registran en los informes de Interventoría, lo que para el Tribunal significa que se presentaron situaciones imputables a la Corporación que bien pudieran afectar el Flujo de Fondos en efecto dichas comunicaciones son:

-Comunicación de julio 28 de 2006 con radicado 01310034 (aportada como prueba 28 con la contestación de la demanda) donde se requiere al contratista para que allegue el organograma programa de obra programa de salud ocupacional PIMMA con las observaciones de EPM.

-Comunicación de agosto 30 de 2006 con radicado 01315507 (prueba 37 de aportada con la contestación) donde de acuerdo a lo observado en el programa de obra EPM hace las siguientes observaciones: 1) El grupo 1 de viviendas debería tener las cinco casas con sobrecimientos terminados y a la fecha se observa que solamente tres de ellas lo tienen, 2) Las actividades de mampostería, instalaciones hidrosanitarias y eléctricas, columnas de confinamiento, vigas de amarre y remate de culatas deberían estar listas para dos de las casas y a la fecha estas han alcanzado difícilmente un 10%, 3) El grupo 2 debería tener a la fecha vigas de fundación y sobrecimientos en bloque, mampostería, instalaciones hidrosanitarias y eléctricas y vaciado de columnas de confinamiento y a la fecha no se ha iniciado ninguna de estas actividades, 4) El grupo 3 debería haber iniciado actividades y a la fecha no ha iniciado ninguna actividad, concluyendo que se observa un atraso de 3 semanas en la programación de obra por lo que solicita informe como se van a programar las actividades para recuperar el atraso.

-Comunicación de octubre 26 de 2006 con radicado 01327022 (aportada como prueba 38 con la contestación), donde se le dice al contratista: *"De acuerdo con la información suministrada por ustedes, el subcontratista encargado de construir los techos debía llegar a la obra el miércoles 26 de octubre de 2006 y según se informó en el comité celebrado el mismo día, este subcontratista solo llegó el lunes 30 de octubre de 2006. Las Empresas Públicas van con suma preocupación que no se vislumbra ninguna recuperación del atraso que se tiene actualmente, ya que muchas actividades tales como pisos y acabados en general, se atrasarían, acumulando mucho más el atraso que se tiene en la construcción de las viviendas."*

-Comunicación de diciembre 28 de 2006 (aportada como prueba 39 con la contestación de la demanda) donde se da cuenta de atrasos de 2.5 semanas en construcción de acueductos el penco y santa lucía, atraso para la entrega de 11 viviendas, atrasos que según la comunicación se encontraban consignados en la bitácora de obra.

-Comunicación de enero 5 de 2007 (aportada como prueba 41 con la contestación de la demanda) donde Empresas Públicas de Medellín le solicita al contratista e

informe sobre las estrategias que va a tomar para desarrollar la programación de la obra

El Tribunal reitera que echa de menos la prueba pericial técnica pues ésta constituye el medio de convicción idóneo para hacer el análisis técnico a los programas de obra y el seguimiento de obra respectivo, porque si bien se acordó un cuadro resumen de intervención de las viviendas visible a folios 677 y siguientes del cuaderno principal número 2, no se cuenta con el sustento probatorio idóneo (biláneas de obra) que den cuenta o mejor que respalden su contenido no siendo posible derivar incumplimiento de las mismas

No encontró El Tribunal en el expediente comunicación que demuestre que el contratista, rechazó o realizó objeción a la reprogramación en forma prioritaria y hubiera puesto en conocimiento previo de EPM, los efectos de la misma respecto al plan de inversión del programa de obra presentado dentro de los 5 días siguientes a la orden de inicio y/o al plan de inversión ajustado a programa priorizado de obras

Al respecto vale la pena hacer mención de la comunicación remida con la Corporación Antioquia Presente a Empresas Públicas de Medellín el 26 de agosto de 2006 radicada en esa entidad bajo el número 02334694 y que obra como prueba número 35 aportada con la contestación de la demanda, donde si bien la convocante hace mención de los cambios hechos a su programa de trabajo, no le advierte a la contratante que con ocasión de los mismos se verá afectado su plan de inversión y el correspondiente flujo de caja sino por el contrario, acepta de manera pacífica esa situación. En efecto, dice el Director de Obra en esa comunicación:

*"localmente se había desarrollado por parte de la Corporación un cronograma técnico comenzando en el mes de julio del 2006 y finalizando en el mes de octubre del 2006 pero de acuerdo a circunstancias reales de intervención social de EPM, ésta programación debió ser ajustada siguiendo las recomendaciones de priorización según el grado de necesidad de las familias objeto de reubicación, información que fue entregada al contratista por el interventor, el día 17 de julio de 2006 y pleneada en el comité técnico de obra celebrado el día 20 de julio de 2006. El pasado 28 de julio en una reunión realizada en las instalaciones de la Corporación con representantes de las EPM y Codosantón, el Director de Obra expuso los criterios adoptados para la reprogramación, ajustados a la priorización de las primeras 20 viviendas cuya construcción se ha iniciado"*

De lo anterior se desprende que EPM en uso de la facultad reservada en el numeral 5.15 del pliego reprogramó en forma oportuna las actividades constructivas, y así lo dio a conocer a la Corporación Antioquia Presente y ésta consciente de dicha facultad y acatando las disposiciones de pliego reprogramó

los trabajos y expuso los criterios para proceder a ella e inicio la construcción de las viviendas priorizadas

Lo anterior lleva al Tribunal a cuestionarse si dicho cambio en la programación resultaba tan nocivo para el contratista por qué éste no se lo puso de manifiesto a a contratante una vez propuesta dicha reprogramación?

Ahora en varias de las declaraciones que obran en el proceso se dijo por parte de los testigos citados por la convocante que todo el componente social, incluida la concertación con las familias acerca del sitio de ubicación de las viviendas estaba en cabeza de la Fundación Codesarrollo, por lo cual el Tribunal considera necesario analizar el contrato suscrito entre esta y la convocada así como las actividades desarrolladas en virtud del mismo a fin de determinar si tal afirmación de los testigos es cierta

En la carpeta número 4 de la exhibición de documentos efectuada por la convocada obra copia del contrato No 030424415 de 21 de noviembre de 2005, suscrito entre las Empresas Públicas de Medellín y la Fundación Codesarrollo, si bien dicho contrato y la documentación que lo acompaña no obra en copia auténtica, es posible tenerla como prueba toda vez que fue aportada por la convocante en virtud de la exhibición de documentos solicitada por el Tribunal

En efecto, el objeto del contrato con la Fundación Codesarrollo se encuentra contenido en la cláusula primera en los siguientes términos:

*“LAS EMPRESAS encargan a EL CONTRATISTA y éste se obliga a ejecutar para aquellas, consiguientemente a los documentos del contrato, lo estipulado en los términos de referencia para la contratación PC-026897, cuyo objeto es la Prestación de servicios para la implementación de la segunda etapa de medidas de mitigación de impactos generados en la comunidad localización en la zona de influencia del proyecto Forca II durante la fase de construcción.”*

Dentro de la minuta del contrato no se encuentra la cláusula de alcance y obligaciones del contratista y tampoco obra dentro del proceso copia del pliego de condiciones de la contratación PC-026897 para determinar el alcance de las medidas de mitigación de impactos que era el objeto contratado

Dentro de la misma exhibición de documentos se entregaron copias de los informes rendidos por la Fundación Codesarrollo, de ellos se puede desprender que tipo de actividades de carácter social desarrolló en virtud de la ejecución de sus contratos

Dichos informes se refieren a actividades de tipo preliminar y de identificación de los predios de la unidad productiva y distribución de viviendas

Luego de verificadas estas actividades, encuentra el Tribunal que la gestión social de la Fundación Codesarrollo se centró más que todo en la socialización de los predios con las familias y principalmente en el acompañamiento respecto de las unidades productivas y la realización de encuestas con los beneficiarios para expresar el orden de sus preferencias en cuanto a la ubicación de los predios, lotes y viviendas, de lo cual se desprende que no fue labor suya la concertación definitiva de los sitios de ubicación de las viviendas dentro de los respectivos lotes por lo que forzoso es concluir que dicha actividad le correspondía a la Corporación Antioquia Presente, tal como se ha dicho a lo largo del presente laudo.

De otra parte, en el Acta de la reunión de Mesa Territorial de Gestión Social llevada a cabo el día 28 de julio de 2005, en las oficinas de la CAP (Prueba Nro 36 aportada por EPM con la respuesta a la demanda) a la cual se anexa la relación de las actividades a cargo de la Fundación Codesarrollo y de la Interventoría de Gestión Social de EPM se observa que la actividad de concertación definitiva del sitio de ubicación de viviendas en los respectivos lotes no era una actividad a cargo de estas entidades, de donde se concluye que la misma era propia de la Corporación Antioquia Presente, quien efectivamente la asumió.

En consecuencia, de las motivaciones expuestas se desprende que no se encuentra acreditado e incumplimiento contractual que la convocante le esgrima a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, razón por la cual no se accederá a la pretensión principal de la demanda.

Por remate, en el discurso del Laudo se transparentó que quien incumplió con las prestaciones obligaciones del contrato N° 29990126316, desde la propuesta y a lo largo de la ejecución del proyecto constructivo, fue la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE, habiendo quedado así fracturado el cúmulo de requisitos insoslayables para declarar la responsabilidad contractual aquí debatida. Porque malogrado uno irremediablemente la acción se derrumba. Y en el caso ventilado no alcanzaron éxito dos de los elementos fundantes de aquella: cumplimiento del demandante e incumplimiento del demandado. Y el Tribunal descubrió probatoriamente todo lo contrario: incumplimiento por parte de la Corporación Antioquia Presente y cumplimiento de Empresas Públicas de Medellín.

### 3.2.11. LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Suntada como está la posición de los Árbitros sobre la normatividad por la que se rige el contrato 2099900126316, el cual se ha venido analizando a través del presente laudo que se rige por las normas de la contratación privada, se ocupa ahora el Tribunal de analizar a la luz de la teoría de la imprevisión, y de acuerdo con lo demandado y alegado por la convocante y con la prueba que obra

en el plenario, si se dan las condiciones legales para dar aplicación a mencionada figura, según la estructura el artículo 868 del Código de Comercio.

En la contratación estatal juegan papel esencial las directrices que fije el pliego de condiciones y especificaciones a que se sujeta la licitación pública, el cual deberá contener todas las condiciones en torno a las cuales se realizará la ejecución del contrato, así como las previsiones para que el proponente pueda presentar su oferta. Éste por su parte, atendiendo las condiciones y especificaciones del pliego, se abona a lo a lo prescrito o propone concretamente las modificaciones técnicas que estime necesarias con base en la información y documentación de la licitación, lo que le permite preparar los costos directos e indirectos de su oferta, incluida su utilidad como contraprestación de su compromiso con el Estado para la ejecución de la obra pública. Los precios propuestos incluyen entonces la remuneración que se obtendrá durante la ejecución del contrato, para lo cual se considerará la iniciación de la obra y el término de ejecución del mismo, en razón de ellos la propuesta deberá determinar si los precios son fijos o variables, según las circunstancias, y si se trata de éstos últimos propondrán fórmulas de reajuste que permitan sostener constante la vigencia de las mismas, con el fin de mantener el equilibrio económico durante toda la ejecución del contrato.

La utilidad esperada de contratista puede verse alterada por muchas causas, como el simple transcurso del tiempo puesto que los precios pueden afectarse, incidiendo incluso, en la misma fórmula de reajuste prevista en el contrato.

La ecuación contractual se mantiene mientras el área sea normal y ella debe ser asumida del contratista, en razón a que al preparar su propuesta estaba obligado a preverla y soportarla.

Pero cuando se presentan situaciones anormales, imprevistas y extraordinarias que rompen el equilibrio entre la remuneración que percibe el contratista y las cargas impuestas por su obligación contractual, la entidad estatal está obligada a mantener la remuneración pactada y conservar las facilidades otorgadas al contratista en la ejecución del contrato, ya que el equilibrio patrimonial es de la esencia del contrato administrativo y por ende está obligada a tomar todas las medidas que permitan corregir y ajustar la contraprestación del contratista cuando sufra deterioro o amenazas por hechos o circunstancias ajenas a la voluntad del último, pero en todo caso le correspondiera al contratista demostrar las causas que determinaron el desequilibrio de las condiciones contractuales.

En suma, el contratista tiene el derecho a mantener intacta su finalidad lucrativa ya que en esta radica el interés que lo llevo a contratar.

### 3.2.11.1. LA IMPREVISIÓN

También conocida por la doctrina con los nombres de "cláusula de imprevisión contractual", "onerosidad sobreviniente", "lesión sobreviniente" y "teoría de investigación de los riesgos imprevistos" se determina por la llamada "tison económica" en razón a que esta es ajena a la voluntad estatal.

El Código de Comercio consagra la teoría de la imprevisión, en su artículo 868, de la siguiente manera:

*‘‘Cuando circunstancias extraordinarias, imprevisas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o impidan la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.*

*El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si aún es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.*

*Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.’’*

Se puede asegurar entonces, que la disposición de artículo 868 transcribe pretende el restablecimiento del equilibrio alterado del contrato por la onerosidad sobreviniente, con aplicación y fundamento de la equidad. Referente a esto inscribió el tratadista Jorge Suescun Melo<sup>1</sup>, expresa:

*‘‘[...] la acción de imprevisión difiere de la de la fuerza mayor como se advierte en el inciso final del artículo 868 del Código de Comercio. Esta última requiere circunstancias imprevisibles e insuperables que impiden de manera absoluta el cumplimiento del contrato, aquella en cambio se basa en hechos extraordinarios, posteriores a la celebración del negocio jurídico, que no hayan sido previstos o que sean imprevisibles, cuyo acaecimiento no hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación. Lo dificulta de manera extrema al hacerlo particularmente oneroso. No representa entonces, un cumplimiento absoluto e insuperable sino una imposibilidad relativa, pero de importantes y adversas repentinas condiciones para una parte [...]’’*

Sucede, pues, que cuando en los contratos conmutativos y de tracto sucesivo el equilibrio se rompe por circunstancias extraordinarias, imprevisas e imprevisibles el contratante afectado tiene derecho a solicitar al juez que determine los reajustes que la equidad indique para subsanar el desequilibrio y si ello no es posible se decreta por éste la terminación del contrato.

La actuación del juez está encaminada a examinar primeramente las bases del contrato con el fin de determinar si las circunstancias extraordinarias, imprevisas o imprevisas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo han alterado la equivalencia que las partes han presupuestado para contratar de suerte que se se han destruido o afectado de tal manera que no pueda hablarse de contraprestación por haberse trastornado la relación de equivalencia propia de los contratos onerosos conmutativos, y en segundo lugar el juez deber ordenar

<sup>1</sup>Jorge Suescun Melo, ‘‘DIRECCIÓN PREVISIONAL, INCIDENCIA DEL EVENTO CAUSAL Y COMERCIO INTERNACIONAL’’ en el Compendio de Doctrina y Jurisprudencia de la Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, Tomo 1, página 179, 1995.



según su criterio y lo que la equidad indique cuáles son los correctivos para restablecer el equilibrio contractual.

Se fundamenta la imprevisión, entonces, en los siguientes presupuestos:

1. **Carácter extraordinario** Ocurrencia de hechos de carácter no ordinarios y excepcionales acaecidos después del surgimiento de las obligaciones contractuales, esto es a partir de la firma de contrato.
2. **Razonablemente imprevisible** Que las partes de manera razonable no pudieron prever por no pertenecer al álea normal del contrato. Se requiere que no haya podido preverse que razonable u ordinariamente, las partes no hayan podido considerar esos acontecimientos. Por ello deben ser hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato.
3. **Que afecte la economía del contrato** No se trata de la simple pérdida o beneficio pretendida por el contratista. La ejecución del contrato se hace más onerosa aunque no imposibilita al contratista a su cumplimiento; no consiste en la imposibilidad de cumplir sino de dificultad fundamentada en la carencia de equilibrio, lo cual hace más gravosa la obligación del deudor reportando en forma como a una un beneficio inesperado para el otro contratante. Se rompe el equilibrio de las prestaciones previsto inicialmente entre los contratantes que era la base misma del contrato.
4. **El hecho no pueda ser causado por una de las partes** Los hechos imprevisos deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes contratantes. La imprevisión es precisamente la falta de conocimiento de lo futuro, por lo es necesario, además, que el acontecimiento no haya sido resultado de las acciones de las partes, como que tampoco ellas hayan agravado sus consecuencias. La lesión sobreviniente no debe responder al hecho o acción del perjudicado, ni tampoco del contratante. Se trata además de una obligación de futuro cumplimiento, es decir, no pueda encontrarse en mora el deudor, pues ello haría inaplicable la institución de la imprevisión.

Pretende la convocante en la demanda:

*"En subsidio de la anterior declaración, se declarará que durante la ejecución del contrato de obra 20980126916 celebrado entre EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELÍN S.P. con la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE y cuyo objeto se describe en el numeral 5 de los hechos, se generaron situaciones ajenas a la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE que rompieron en su contra el equilibrio económico del contrato, situaciones que se encuentran descritas fundamentalmente en el numeral 7 del capítulo de los hechos"*

Al examinar el Tribunal las distintas situaciones narradas en el hecho séptimo de la demanda que, según la convocante, son las que generaron el desequilibrio del contrato, se observa que todas ellas se imputan a incumplimientos de las Empresas Públicas de Medellín alegado por la convocante y no a hechos imprevisos a la celebración del contrato, ajenos a la participación del contratante, como lo requiere el instituto jurídico estudiado.

Prender por ejemplo que "de una entrega de prelos completa al inicio del contrato se pasó a una entrega parcial y fraccionada en el tiempo con diferencias de meses entre unas viviendas y otras" (hecho 7.1.3), o que "demoras en la construcción de los acueductos Mat Abajo y Salamina por trámites pendientes a cargo de EPM como lo fueron los visados pendientes del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para expedición de licencias o sus modificaciones" (hecho 7.1.2.4); se consideren hechos imprevistos cuando en la misma demanda se le imputa responsabilidad a la convocada por esas mismas circunstancias; o que "de una estrategia lineal establecida en la propuesta, según información suministrada en la visita técnica, se cambió a una construcción proxizada, de acuerdo a los requerimientos de la interventoría, por demoras y dificultades que se presentaron en el proceso de negociación con las familias, situaciones no imputables a la Corporación." (hecho 7.1.3.3); cuando en los pliegos de condiciones y especificaciones, y en el contrato mismo se dispone de la construcción debería ser dispersa y sin atender dicha obligación la Corporación Antioquia Presente la planeó estratégicamente como una construcción lineal, que ella misma tuvo que corregir en el transcurso de la ejecución del contrato, se considere como hechos extraordinarios, imprevistos y no causado por una de las partes, no puede ser admitida por el Tribunal razón que considera suficiente para negar la pretensión de desequilibrio contractual.

Dicho en otras palabras, yerra la convocante cuando sustenta la pretensión subsidiaria del rompimiento del equilibrio contractual con los mismos hechos en que fundamentó la pretensión principal de incumplimiento contractual de la convocada, pues el acontecimiento excepcional que rompo el equilibrio financiero del contrato, indudablemente debe ser en todo ajeno a la voluntad de las partes, y por ende, no ha debido entrar en las previsiones normales que tuvieron en cuenta al celebrar el contrato.

Ahora bien, el Tribunal considera que de lo expresado en la demanda en relación con lo expuesto por la convocante respecto con una mayor precipitación de lluvias en la época en que se ejecutó el contrato, pudieran haber afectado gravemente el equilibrio económico del mismo, es necesario detenerse brevemente a un análisis de este aspecto. Invoca la convocante que "En comparaciones realizadas entre la información sobre precipitaciones promedio contenidas en los Pliegos de Condiciones y la suministrada por el controlista de las obras principales de Porco III y los registros de EPM en el período de tiempo de ejecución de las obras se constata que hubo un incremento significativo en las lluvias que rebasó los índices previstos" (hecho 7.1.4.1). Sobre este particular, en aparte anterior del presente laudo, se expresó que la convocada, al momento de contestar la demanda (folio 535 del cuaderno principal No. 1), acompañó como prueba denominada como la 231 copia auténtica del registro de precipitaciones tomado en la estación 'La Bramadora' ubicada en la zona donde se desarrolló el contrato, el cual señala que para el año 2006 el promedio máximo de precipitación fue de 2.157 mm y para el año 2007 de 2.344 mm, de lo cual se

concluye que durante el plazo de ejecución del contrato no se superaron los promedios de precipitaciones estimados en el pliego de condiciones por lo que no puede invocarse como hecho o circunstancia imprevista y extraña lo alegado por la convocante para considerarse como un acontecimiento que amerite declarar por este Tribunal que hubo lugar a que por este hecho hubiere existido un desequilibrio en las prestaciones económicas del contrato.

No se encuentra demostrada la existencia de hechos imprevistos y extraordinarios acaecidos después de la celebración del contrato ajenos a la actuación de las partes que deban ser valorados para decretar la existencia de un desequilibrio en las prestaciones de la contratista con fundamento en el contrato celebrado para que este Tribunal ordene el pago de alguna suma a cargo de Empresas Públicas de Medellín como entidad contratante.

### 3.2.12.2 LA UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR

Otro punto que el Tribunal consideró corresponde al reclamo hecho por la convocante en referencia a que la utilidad esperada por ella no fue posible obtenerla en los términos previstos en su oferta (hecho 16.2). Al respecto expresa la demanda:

*“Fugados derivados de no hacerse percibir la utilidad y de no haberse percibido oportunamente la utilidad esperada.*

*Que es sanción que la utilidad es la remuneración del contratista lo que significa que si en un contrato el contratista no percibe la utilidad esperada por razones ajenas a él e imputables a la entidad contratante o a hechos externos, el resultado es que el contratista trabajó gratuitamente sin percibir la remuneración a la que tenía derecho.*

*Eso significa un empobrecimiento injustificado para el contratista y un enriquecimiento injustificado para la entidad estatal y para el erario público.*

*La existencia de un saldo negativo al finalizar el contrato demuestra que ANTIOQUIA PRESENTE no ha recibido la utilidad esperada, es decir, no ha percibido su remuneración y que fue pactada en el 2.32% de los costos directos del contrato equivalente originalmente a Seiscientos y Nueve Milones Ochocientos Diez y Ocho Pesos (\$19.200.818), pero que con las correcciones y adicionales acordadas debió haber ascendido a la suma de Ciento Veintitrés Milones Seiscientos Cuarenta y Nueve Mil Setenta y Seis Pesos (\$232.649.076).*

*De acuerdo con lo previsto en el flujo de caja esperado, ANTIOQUIA PRESENTE tenía proyectado obtener sus utilidades a medida que iba ejecutando el contrato, de tal manera que de cada cuenta de cobro que se le pagara, pudiera recuperar el porcentaje que tenía previsto como utilidad. Esta aspiración es speritas porque si tenemos en cuenta que la utilidad del contratista es su justa remuneración por el trabajo realizado y en consecuencia lo normal es que la remuneración se perciba a medida que se realizan los diferentes pagos.*

En relación con la utilidad dejada de percibir en lo que se refiere al reclamo que

sobre éste último puede hacer el contratista, el Consejo de Estado<sup>2</sup> ha expresado lo siguiente:

*'Es fundamental e indispensable que la economía del contrato se afiera en forma grave y crecientemente al monto que representa una pérdida significativa o verdadera para el contratista, más no cualquier aumento, pues en esta materia no se trata de asegurar a favor del contratista todo tipo de alza o contingencia a la que esta sometida una relación mercantil, especialmente cuando su ejecución o cumplimiento deba satisfacerse en forma sucesiva o periódica, pues por principio las partes del negocio jurídico deben correr con la suerte de aquellos costos, honorarios o inversiones adicionales a las previstas al momento de celebrar el contrato*

(...)

*Por lo demás, se tendrán en cuenta las pérdidas o perjuicios sufridos y no las ganancias posibles que el contratante hubiera podido obtener de no ocurrir el trastorno del contrato. La imprevisión no cubre ni asegura ganancias, sólo es una ayuda en las pérdidas. Por ello, y ésta es una consideración importante por vía de la teoría de la imprevisión, no deben cubriarse, fuera las pérdidas sufridas por el contratante, sino las que son necesarias para que el alea del contrato pase de un límite extraordinario o anormal a un límite normal o común.'* (Negrilla fuera de texto)

Esta excesiva onerosidad debe ser demostrada mediante la comprobación de los gastos mayores en que incurrió o incurrió una de las partes y que no guardan relación con las prestaciones económicas del contrato.

En las condiciones expresadas, la pretensión subsidiaria de la CORPORACIÓN ANTIOQUIA PRESENTE igualmente fracasa.

### 3.2.12. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

Las excepciones de fondo están constituidas por hechos nuevos, impositivos, modificatorios o extintivos del derecho cuya tutela judicial efectiva se pide y que, probados, enervan el triunfo de las pretensiones.

Dado que los medios excepcionales tienen por destino atacar las pretensiones para contrarrestar su prosperidad, los mismos sólo tienen justificación abordarlos en tanto el *petitum* tenga vocación de acogimiento, total o parcialmente. Pero sino es así, ineficaz y vano sería tratarlas.

No obstante, el Tribunal aburta:

Las excepciones introducidas en la contestación de la demanda por la convocada fueron, según se resumió en la parte introductoria del laudo:

<sup>2</sup> Radicación 15003-96-03740, Decisión Tercera, Consejo de Estado, Sala IV, Sentencia 15003-96-03740-000000000000.

1. **"Cumplimiento del contrato"** Manifestó la convocada que e la cumplió con todos y cada uno de las estipulaciones del contractuales, y que, por el contrario a lo afirmado por la convocante, fue dicha accionante la que no realizó las actividades que le eran obligatorias desde el inicio de contrato, como por ejemplo haber presentado el estudio detallado de programa de construcción incumpliendo de esta forma sus obligaciones negociales
2. **"Inexistencia de la obligación"** La convocada no está obligada a ningún pago frente a la convocante, ya que en primer lugar, no incumplió ninguna de las estipulaciones de contrato y en segundo lugar, porque cuando hubo necesidad, conforme a lo acordado en el contrato, se amplían plazos realizar obra extra obra adicional, reconocer por precipitaciones algún valor, etc., se procedió a su negociación y pacto esono entre el contratante y contratista, y como consecuencia a su pago, según se observa, en las facturas aportadas como prueba documental

La prueba de estas razones, entre otras que se encuentran incorporadas en el audio, fue la que determinó la convicción de Tribunal para negar las pretensiones, por lo cual al fallarse de esa manera la litis, las dos excepciones reproducidas quedaron inmotivadamente resueltas

3. **"La Genérica"** Solició al Tribunal que en el evento de encontrar configurada alguna otra excepción se reconociera de oficio

Aunque innecesario e inutil se agrega que el Tribunal no encontro configurada ninguna excepción que desiera declarar oficiosamente

### 3.2.13. TACHA DE TESTIGO

Respecto del testigo, CARLOS ALBERTO ARANZO GUERRA, el apoderado de a parte convocante formula tacha de sospecha conforme al artículo 217 y 218 del C. de P. C., argumentando *"la doble calidad que tiene el declarante en el presente proceso, esto es, obró como representante legal de la convocante en la audiencia de conciliación y como testigo en la actual audiencia"*

La objeción contra el declarante, en los términos planteados, es decir haber actuado el testigo como tal y como representante legal de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN en la audiencia de conciliación, nada tiene que ver con lo que la ley establece como razones de sospecha, según el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil

**ARTICULO 217. TESTIGOS SUSPECTIVOS.** Son sospechosos para declarar las personas que en proceso del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, servidumbre u

interés con relación a las partes o a sus apoderados, precedentes personales o otros casos.

Que el doctor Arango Guerra hubiera sido calificado de testigo sospechoso por causa de su dependencia con respecto a la convocada, el recato hubiera encajado en una de las hipótesis de la norma invocada, mas lo que se le reprochó fue un suceso -inocuo- que nada le quita ni le agrega el valor de su declaración.

La actuación del doctor Arango en la audiencia de conciliación como representante legal de Empresas Públicas de Medellín delegado para ella exclusivamente, fue de índole meramente formal, pasiva si se quiere, como que se limitó a seguir estrictamente instrucciones impartidas por el comité de conciliación de la entidad oficial.

Este sucedió

*Acta de audiencia de conciliación del 3 de junio de 2010.*

Asistieron además a la audiencia

( : )

Por la convocada el representante legal, señor CARLOS ALBERTO ARANGO GUERRA, identificado con cedula de Ciudadanía No. 70 507 416 designado para intervenir en esta audiencia por el señor gerente general de Empresas Públicas de Medellín S.P., en virtud de la resolución No. 006494 de 2 de junio 2010, la cual acredita con copia de la mencionada resolución y documentos anexos que presenta para su incorporación al expediente, y la apoderada procesal, señora PIEDAD HERRERA RODRÍGUEZ ( : )

#### CONCILIACIÓN

( : )

Luego de un diálogo entre las partes éstas manifiestan que llegaron a la conclusión que entre ellas no existen bases para un acuerdo total o parcial de carácter conciliatorio, y que confirman su decisión en definir a este Tribunal la solución de la presente controversia arbitral. Para el efecto anterior, la señora apoderada de la parte convocada presenta en la audiencia constancia expedida por el Dr. Jorge Raúl Morales Castano, secretario del comité de conciliación de las Empresas Públicas de Medellín S.P., mediante la cual se acredita que el referido comité aprueba no presentar formulación conciliatoria para este proceso arbitral.

Con base en lo anterior, el Tribunal declara incesante la audiencia de conciliación y ordena continuar el trámite de este proceso (Folio 557 del cuaderno principal No. 1).

El gerente general de EPM delegó al señor Carlos Alberto Arango Guerra la facultad de representar a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. mediante La resolución No. 006494-2 de junio de 2010 (Folio 561 a 562 del cuaderno principal No. 1).

La aprobación del comité de conciliación de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. de mayo 31 de 2010 el cual obra a folios 553 del cuaderno principal No. 1.

En cambio, como testigo, destaca el Tribunal, el doctor Carlos Arango quien fue la persona llamada a declarar dentro del proceso que tuvo conocimiento integral y directo del acontecer del contrato desde sus inicios hasta su culminación, mas que cualquier otro testigo, pues los otros a lo sumo tuvieron injerencia temporal ya en la celebración ya en la ejecución.

En la audiencia del 5 de noviembre de 2010 al iniciar con la rendición de su testimonio, en los generales de ley dijo:

**PREGUNTADO:** ¿A usted le toca intervenir, participar en el contrato que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN suscribió con la CORPORACIÓN ANTIOQUEÑA PRESENTE para la construcción de viviendas, por el lado del momento antequello relacionado con el pacto social de las obras de la Horizontal de Fomento?  
**CONTESTO:** Si, efectivamente a mí me tocó participar desde el inicio del contrato como coordinador técnico de la ejecución de esas obras, y en parte también me tocó participar en la etapa de elaboración de los pliegos y sobre todo lo que correspondía en cuestión de diseño pero de las viviendas como la construcción de las viviendas, del diseño de las viviendas (folio 1004 del cuaderno principal No. 1).

Obviamente que la valoración hecha por el Tribunal acerca de este testimonio y de los restantes, se adelantó bajo la óptica de la sana crítica y armonizada y en conjunto con los demás elementos probatorios que obran en el expediente.

Por tanto, no prospera la acción.

### 3.3.- COSTAS

Para decidir sobre costas y agencias en derecho el Tribunal se inclina por acoger lo prescrito en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 habida cuenta de que las divergencias sucedidas entre las partes contendientes provinieron de un contrato estatal. La norma invocada dispone:

*Art. 55. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a*

la vencida en el proceso, mediante el recurso en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Habiendo resultado vencida la entidad convocante, el tribunal piensa que no por ello debe imponerse condena en costas, sin más, sino que hay que ponderar la conducta observada por quien hubiere de soportar la condena a las mismas.

Analizado el comportamiento procesal de Antioquia Presente, quien por las resultas del fallo sería la llamada a sufrir la imposición de costas, el Tribunal llega a la convicción de que no es procedente que se le condene por tal concepto, en atención a que no existió ternura o mala fe o actitud caprichosa al haber promovido el proceso arbitral.

De suerte, entonces, que como no habra condena en costas, los gastos que cada parte sufrió a causa de este proceso arbitral serán de su cargo respectivo.

**CAPITULO TERCERO**

**DECISION**

EN MERITO DE LO EXPOSTO, EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO CONVOCADO E INTEGRADO PARA DIRIMIR EL CONFLICTO EXISTENTE ENTRE LA **CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE Y EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.** ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

**FALLA:**

**PRIMERO.-** Desestimase la tacha de sospecha formulada por la parte convocante frente al testimonio del doctor CARLOS ARANGO GUERRA.

**SEGUNDO.-** Por lo analizado en la exposición de motivos del laudo, dedúzase que no prospera ninguna de las pretensiones formuladas por la **CORPORACION ANTIOQUIA PRESENTE** contra **EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.**

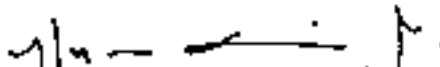
**TERCERO.-** Declárase que las excepciones alegadas por la parte convocada quedan implícitamente resueltas, conforme a los fundamentos contenidos en las consideraciones del laudo.

**CUARTO.-** Declárase que no hay lugar a imposición de costas, por lo discutido en la parte motiva del laudo.

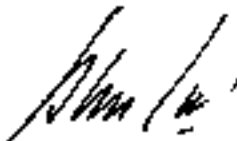



QUINTO.- Protocolícese el expediente en una de las Notarías del Circulo Notarial de Medellin

SEXTO.- Expidase copia autentica del presente laudo para las partes.

  
ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO  
Arbitro Presidente

  
NORA LUGIA GOMEZ PIZA  
Arbitro

  
ALVARO ISAZA UPEGUI  
Arbitro

  
JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ  
Secretario