

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ARBITRAL

**FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. CONTRA
INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN**

RADICADO N° 2019 A 0046

LAUDO ARBITRAL

MEDELLÍN, 10 DE FEBRERO DE 2021

ÍNDICE

I. Antecedentes.....	6
1. Partes y representantes.....	6
i. Parte convocante.....	6
ii. Parte convocada.....	6
2. Contrato objeto de controversia.....	6
3. Pacto arbitral.....	7
4. Trámite del proceso arbitral.....	8
i. Demanda principal.....	8
ii. Designación de los árbitros.....	8
iii. Instalación.....	8
iv. Admisión de la demanda, notificación del auto admisorio y traslado de la demanda.....	9
v. Contestación de la demanda principal.....	9
vi. Traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio.....	9
vii. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos.....	10
viii. Primera audiencia de trámite.....	10
ix. Etapa probatoria.....	14
a. Declaración e interrogatorios de parte:.....	14
b. Declaración de terceros:.....	14
c. Dictámenes periciales:.....	15
d. Contradicción de dictámenes periciales:.....	16
e. Inspección judicial:.....	16
x. Cierre de la etapa probatoria y control de legalidad:.....	17
xi. Alegatos de conclusión.....	17
xii. Audiencia de laudo.....	17
xiii. Término de Duración del Proceso Arbitral.....	17
xiv. La demanda arbitral.....	19
xv. Pretensiones de la demanda presentada por el Fideicomiso para liquidación de Jacaranda... ..	20
xvi. Excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda por Ingetierras.....	23
II. Presupuestos Procesales.....	24
III. Consideraciones del Tribunal.....	25
1. Síntesis de la controversia.....	25
2. Marco jurídico de la controversia.....	26
3. La naturaleza jurídica del Acuerdo Marco del 30 de septiembre de 2016.....	31

4. En cuanto a la credibilidad de los dictámenes periciales elaborados por el ingeniero Luis Carlos Restrepo Arango.	31
5. Resolución de la pretensión primera, relativa al presunto incumplimiento del Acuerdo Marco, al haberse realizado los trabajos de explotación y demás actividades mineras por fuera de la delimitación establecida en el referido Acuerdo Marco.	35
i. Posición de la convocante.	35
ii. Posición de la convocada.....	36
iii. Consideraciones del Tribunal.	37
6. Resolución de la pretensión segunda, relativa al solicitado incumplimiento del Acuerdo Marco en cuanto a la obligación de ejecutar las obras de protección para mitigar el riesgo de inundaciones.	46
i. Posición de la convocante.	46
ii. Posición de la convocada.....	47
iii. Consideraciones del Tribunal.	47
7. Resolución de las pretensiones Tercera, Cuarta y Quinta.	54
7.1. Resolución de la Pretensión Tercera: ¿INGETIERRAS incumplió la obligación prevista en las cláusulas primera (numeral 1.1., literal ii), cuarta (numerales 4.4., 4.6.1, y 4.6.2.), y quinta del Acuerdo Marco, consistente en llevar a cabo todas las obras o actividades de rehabilitación y readecuación de los inmuebles para que el propietario pudiera destinar estos a los desarrollos urbanísticos e inmobiliarios autorizados conforme a las licencias y demás permisos, incluidos los llenos estructurales y no estructurales sobre las áreas, en los plazos y bajo las condiciones técnicas del acuerdo?.....	54
i. Posición de la convocante:	55
ii. Posición de la convocada:.....	56
iii. Consideraciones del tribunal:.....	56
i. Aclaración previa:	57
a. El análisis del Tribunal se circunscribirá al alcance y cumplimiento de las prestaciones contractuales derivadas del Acuerdo Marco, no de aquellas que simplemente fueron propuestas o discutidas durante las tratativas. Inexistencia de cláusulas abusivas.	57
b. La alegada modificación del Contrato por disposición de Interventoría.....	62
ii. Marco contractual relevante para resolver sobre la pretensión. Existencia de obligaciones de resultado. Consecuencias en cuanto a la carga de la prueba.	73
iii. Alcance de la modificación contractual derivada de la variación de los diseños relativos a los lagos. No se varió el cronograma de entrega.....	80
iv. Examen probatorio de los incumplimientos contractuales endilgados en la demanda arbitral respecto de la pretensión tercera.....	84
v. Análisis del incumplimiento endilgado.....	90
7.2. Resolución de la Pretensión Cuarta: ¿INGETIERRAS incumplió la obligación prevista en la cláusula cuarta (numerales 4.6, 4.11 y 4.12) del Acuerdo Marco, consistente en rehabilitar paisajísticamente las zonas de los inmuebles delimitadas en el referido acuerdo, con base en el esquema de diseño paisajístico y las especificaciones técnicas pactadas?.....	104
i. Posición de la convocante.	104

ii.	posición de la convocada.....	105
iii.	consideraciones del tribunal.....	105
7.3.	Resolución de la Pretensión quinta: ¿INGETIERRAS incumplió la obligación prevista en las cláusulas cuarta (numeral 4.8.) y novena del Acuerdo Marco, consistente en restituir materialmente y/o entregar los inmuebles al propietario, en los plazos y condiciones estipuladas?	110
i.	Posición de la convocante.....	110
ii.	Posición de la convocada.....	111
iii.	Consideraciones del Tribunal.....	111
iv.	Análisis de los argumentos de defensa y excepciones de mérito planteados por INGETIERRAS. 118	
a.	Frente a la supuesta expiración del Acuerdo Marco el 30 de julio de 2018, la ejecución posterior de un contrato diferente y la no aplicación de las cláusulas del Acuerdo original.	118
b.	Acerca de la supuesta existencia de cláusulas unilaterales y ambiguas, que deben interpretarse a favor de INGETIERRAS (llave de confinamiento).	119
c.	Respecto de la ausencia de acta de inicio, y que el cronograma solo tenía validez si las obras iniciaban el 1 de agosto de 2016.....	130
d.	Acerca de los cambios de diseño de los lagos y la consecuente ampliación del plazo contractual. 133	
e.	Respecto del Impacto invernal y la pluviosidad.	149
f.	Acerca de la intervención de Serving y la inundación registrada en abril de 2018.	151
g.	Otras causas que explican los retrasos, que fueron omitidas por INGETIERRAS.....	158
h.	Respecto de la falta de pago del exceso de obras ejecutadas y obras distintas a las contratadas. Relación leonina.....	163
8.	Resolución de la pretensión sexta, relativa al endilgado incumplimiento del Acuerdo Marco, al no haberse cancelado la totalidad de la indemnización por concepto de la constitución de la servidumbre.	166
i.	Posición de la convocante.....	166
ii.	Posición de la convocada.....	167
iii.	Consideraciones del Tribunal.....	168
9.	Resolución de la pretensión séptima, relativa al presunto incumplimiento del Acuerdo Marco, al haberse realizado los trabajos de explotación y demás actividades mineras sin cumplir la normatividad vigente, entre otras, la normatividad ambiental.....	172
i.	Posición de la convocante.....	172
ii.	Posición de la convocada.....	173
iii.	Consideraciones del Tribunal.....	173
10.	Resolución de las pretensiones octava (8ª), novena (9ª), décima (10ª), undécima (11ª), duodécima (12ª), décimo tercera (13ª), décimo cuarta (14ª) y décimo quinta (15ª) de la demanda, sobre exigibilidad de la sanción por mora, de la cláusula penal y la indemnización de los perjuicios.....	177
i.	Posición de la convocante.....	177

ii.	Posición de la convocada.....	179
iii.	Consideraciones del Tribunal.	180
i.	Análisis de la sanción por mora (Numeral 13.3.1. de la cláusula trece).	184
ii.	Análisis de la cláusula penal (Numeral 13.3.2. de la cláusula trece).	193
11.	Resolución de las excepciones de mérito formuladas por la Convocada.	203
IV.	<i>Tacha de sospecha de testigos.....</i>	203
V.	<i>Juramento Estimatorio.....</i>	205
VI.	<i>Conducta procesal de las partes</i>	207
VII.	<i>Las costas y su liquidación.....</i>	207
VIII.	<i>DECISIÓN</i>	209

LAUDO ARBITRAL

Medellín, 10 de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I. ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES.

i. PARTE CONVOCANTE.

FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., identificada con NIT. 830.053.812-2, representado por su vocera **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, identificada con NIT. 860.531.315-3.

ii. PARTE CONVOCADA.

INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. – EN REORGANIZACIÓN identificada con NIT. 811.006.779-8.

2. CONTRATO OBJETO DE CONTROVERSIA.

El 30 de septiembre de 2016, fue celebrado entre las partes un contrato denominado “ACUERDO MARCO PARA LA EXPLOTACIÓN MINERA ENTRE INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN Y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.”

La cláusula primera se determinó el objeto de dicho contrato e estableció lo siguiente, el cual reza lo siguiente:

“PRIMERA. - OBJETO: El ACUERDO tiene por objeto establecer los términos y condiciones en los que:

1.1. El PROPIETARIO: permitirá bajo la única y exclusiva responsabilidad del TITULAR MINERO, por cuenta y riesgo de este último: i) el uso de los INMUEBLES para adelantar la actividad minera autorizada en la CONCESIÓN y; ii) llevar a cabo las obras o actividades de readecuación de los INMUEBLES para que el PROPIETARIO pueda destinar estos a los desarrollos urbanísticos e inmobiliarios que, de acuerdo con sus manifestaciones, están autorizados conforme las licencias y demás permisos reseñados en el ACUERDO.

1.2. El TITULAR MINERO pagará al PROPIETARIO como contraprestación por las actividades mineras que adelante en los INMUEBLES en virtud de la CONCESIÓN, las indemnizaciones respectivas, cuyo monto y forma de pago se regulan en el ACUERDO”.

3. PACTO ARBITRAL.

El Pacto Arbitral está contenido en la cláusula Décima Séptima del denominando “ACUERDO MARCO PARA LA EXPLOTACIÓN MINERA ENTRE INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN Y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.”, cuyo texto es el siguiente:

“DÉCIMA SÉPTIMA- SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Todos los conflictos que surjan entre las PARTES por la existencia, interpretación, ejecución, cumplimiento, terminación, modificación y/o los efectos del mismos, que no pudieran ser dirimidas de común acuerdo, en un término no mayor a treinta (30) días calendario contados desde la primera noticia que la parte cumplida o insatisfecha de la otra en el sentido de presentar una reclamación y esta no sea resuelta o solucionada, la misma se resolverá por un Tribunal de Arbitramento.

Los reclamos, disputas, acciones legales, controversia o situación que surja en relación al ACUERDO, incluyendo el incumplimiento, existencia, validez o terminación y que no hubieren sido dirimidas directamente por las PARTES en la forma antes dispuesta, deberán ser resueltas por un Tribunal de arbitramento compuesto por un (1) árbitro cuando las pretensiones sean de mínima y menor cuantía y de tres (3) árbitros para las de mayor cuantía, de acuerdo con lo previsto para los procesos ordinarios en el Código General del proceso. El funcionamiento del Tribunal de arbitramento se sujetará a las reglas y procedimientos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín. Las PARTES designarán de común acuerdo el árbitro o los árbitros dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que sean requeridos por el Director del Centro de Conciliación y Arbitramento mencionado, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 1563 de 2012, quienes deberán ser abogados titulados de Colombia. Si las PARTES no designan los árbitros en la forma antes dispuesta, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín procederá a su nombramiento. El lugar del proceso arbitral será en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de (sic) y se decidirá en Derecho. La decisión arbitral será final y vinculante, sin perjuicio de la impugnación del laudo prevista en la Ley 1563 de 2012.”

4. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL.

El trámite arbitral se desarrolló con apego a las disposiciones legales que rigen el arbitraje nacional, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales.

i. DEMANDA PRINCIPAL.

El 26 de junio de 2019, el **FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.** representado por su vocera **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** mediante apoderado, presentó ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, demanda arbitral contra de la sociedad **INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN**, con fundamento en el Pacto Arbitral estipulado en la Décima Séptima del Acuerdo Marco para la Explotación Minera suscrito entre las partes ¹.

ii. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS.

Previas las citaciones del Centro de Arbitraje, las partes se negaron a nombrar a los árbitros de común acuerdo y, por consiguiente, fue efectuado el sorteo, mediante el cual resultaron elegidos los doctores Luis Hernando Parra Nieto, Carmenza Mejía Martínez y Ricardo Vélez Ochoa, quienes aceptaron su nombramiento en la oportunidad legal y presentaron la declaración de independencia e información consagrada en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012².

Respecto del nombramiento y aceptación del Dr. Ricardo Vélez Ochoa, el apoderado de la parte Convocante solicitó su relevo, bajo las consideraciones que fueron puestas en conocimiento de los 2 árbitros, quienes no encontraron procedente dicha solicitud, manteniendo en firme el nombramiento del Dr. Vélez.³

iii. INSTALACIÓN.

Luego de las citaciones respectivas, mediante Auto N° 1 proferido en Audiencia del 5 de septiembre de 2019, el Tribunal se declaró instalado, fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, reconoció personería a los apoderados de las partes, designó como Secretario al Dr. Juan David Posada Gutiérrez, quien aceptó el nombramiento y suministró la información requerida por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, la cual no mereció reparo de las Partes dentro del término previsto en

¹ Cuaderno principal, folios 1-31

² Cuaderno N° 2, folios 590-602

³ Cuaderno N° 2, folios 603-638

dicha ley, motivo por el cual tomó posesión del cargo el 24 de septiembre de 2019, se advirtió la aplicación del Reglamento del Centro y en lo no regulado la Ley 1563 de 2012 y, subsidiariamente, el Código General del Proceso, respectivamente.

iv. ADMISIÓN DE LA DEMANDA, NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO Y TRASLADO DE LA DEMANDA.

Mediante el Auto N° 3 procedió el Tribunal a inadmitir la demanda, concediendo el término de cinco (5) días para subsanar los requisitos exigidos y se fijó el 18 de septiembre de 2019 para resolver lo que en derecho correspondiera.⁴

El 12 de septiembre de 2019, la parte convocante presentó la subsanación de los requisitos exigidos por el Tribunal, y en la audiencia del 18 de septiembre de la misma anualidad, mediante Auto N° 4, se procedió con la admisión de la demanda y se dispuso su notificación y traslado por el término de veinte (20) días hábiles. Actuación que fue recurrida por la parte Convocante, y en la misma audiencia se confirmó dicha decisión mediante el Auto N° 5⁵.

v. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

La parte Convocada fue notificada personalmente del proceso el 18 de septiembre de 2019⁶ y, dentro de la oportunidad legal, presentó recurso de reposición frente al Auto antes mencionado⁷, el cual fue puesto en traslado de la Convocante, quien formuló su pronunciamiento, el 26 de septiembre de 2019⁸.

Mediante Auto N° 6, el Tribunal confirmó la decisión de admitir la demanda⁹, la cual fue contestada por la Convocada el 7 de noviembre de 2019, proponiendo excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio¹⁰.

vi. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO Y DE LA OBJECIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Integrada debidamente la Litis, el Tribunal, mediante Auto N° 7 del 13 de noviembre de 2019, procedió a dar el respectivo traslado a la Convocante de las excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio formulado por la Convocada, al igual que procedió a fijar fecha para llevar a cabo la

⁴ Cuaderno N° 2, folios 642-645

⁵ Cuaderno N° 2, folios 658-660

⁶ Cuaderno N° 2, folio 657

⁷ Cuaderno N° 2, folios 661-681

⁸ Cuaderno N° 2, folios 687-693

⁹ Cuaderno N° 2, folios 694-698

¹⁰ Cuaderno N° 2, folios 699-951

audiencia de conciliación y, en caso de fracasada ésta, proseguir con la fijación de honorarios y gastos del proceso, para el día 13 de diciembre de 2019¹¹.

Dentro del término otorgado por el Tribunal, la parte Convocante recorrió el traslado antes mencionado, aportando y solicitando pruebas adicionales para hacer valer dentro del proceso¹². Asimismo, el apoderado de la parte Convocante presentó solicitud de aplazamiento de la referida audiencia de conciliación, motivo por el cual, mediante Auto N° 8 del 27 de noviembre de 2019, el Tribunal fijó como nueva fecha el 16 de enero de 2020 a las 10:00 am¹³.

vii. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE HONORARIOS Y GASTOS.

Previo a la audiencia antes programada, el apoderado de la parte Convocada presentó una solicitud de aplazamiento, la cual fue negada por parte del Tribunal, decisión que fue adoptada en la audiencia del 16 de enero de 2020, mediante el Auto N° 9. Agotado el trámite anterior, el 16 de enero de 2020 a las 10:00 a.m., se celebró la audiencia de conciliación y, ante su fracaso, se declaró agotada la etapa de conciliación, luego de lo cual se fijaron los honorarios y costos legales a cargo de las partes, todo ello con sujeción a las tarifas del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (Auto N° 10), decisión que no fue objeto de recurso por ninguna de las partes. Asimismo, dentro de la misma audiencia, se fijó el 18 de febrero de 2020 para llevar a cabo la primera audiencia de trámite, en caso de que los honorarios y gastos del proceso fueran consignados por las partes de manera oportuna¹⁴.

Los gastos y honorarios fijados por el Tribunal en la decisión anterior fueron consignados de forma completa y oportuna por la parte Convocante, no así por la parte Convocada, por lo que, dentro del término adicional otorgado por la Ley, la parte Convocante consignó lo que le correspondía a su contraparte, por concepto de honorarios y gastos del proceso.

viii. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

Concluido debidamente todo el trámite preliminar del proceso, se dio inicio a la primera audiencia de trámite en la fecha anunciada. En esta oportunidad el Tribunal asumió competencia para resolver las controversias presentadas al proceso, a través del Auto N° 12 del 18 de febrero de 2020, la cual no fue objeto de recurso por las partes. Luego, a través del Auto N° 13, fueron decretadas las pruebas solicitadas en el proceso¹⁵.

¹¹ Cuaderno N° 2, folios 953-954

¹² Cuaderno N° 2, folios 955-1140 y Cuaderno N° 3, folios 1141-1217

¹³ Cuaderno N° 3, folios 1219-1222

¹⁴ Cuaderno N° 3, folios 1236-1241

¹⁵ Cuaderno N° 3, folios 1246-1254

Estando en firme la decisión mediante la cual el Tribunal asumió la competencia, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes fijando fecha de las audiencias correspondientes para su práctica, así:

“I. Sobre las pruebas solicitadas por la Convocante

a. Documentales

Téngase como pruebas, con el mérito legal probatorio que a cada uno corresponda, los documentos relacionados y efectivamente aportados con la demanda y el memorial mediante por el cual se recorrió el traslado de excepciones de mérito formuladas por la Convocada.

b. Informe de Interventoría

Se incorpora al proceso como prueba documental dentro del acápite antes referido el informe de interventoría de lecha 16 de enero de 2019, del contrato de ACUERDO MARCO PARA LA EXPLOTACIÓN MINERÍA ENTRE INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN Y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. emitido por GUILLERMO EDUARDO ESCOBAR PENAGOS y MARÍA EUGENIA ZULETA BEDOYA.

c. Dictamen pericial de parte

- Se incorpora al proceso el dictamen pericial de parte de marzo de 2019, elaborado por el ingeniero civil MARCO ALZATE OSPINA, y aportado con la demanda arbitral.*
- Respecto a la solicitud formulada en el pronunciamiento frente a las excepciones de mérito, se concede hasta el 24 de marzo del 2020 para que se aporte la adición v/o actualización del dictamen pericial allegado con la demanda.*

d. Testimoniales

Se decreta la práctica de las declaraciones de los siguientes testigos solicitados por la parte demandante en su escrito de demanda y con el escrito de pronunciamiento frente a las excepciones de mérito:

- 1. CAMILO ANDRÉS HERMIDA CADENA*
- 2. MIGUEL ÁNGEL. BOTERO (Testigo técnico y común)*
- 3. MARÍA EUGENIA ZULETA BEDOYA (Testigo técnico y común)*
- 4. CARLOS VÁSQUEZ (Testigo técnico)*
- 5. GUILLERMO EDUARDO ESCOBAR PENAGOS (Testigo técnico)*
- 6. JOSÉ OTONIEL ARENAS CAMPUZANO (Testigo técnico)*
- 7. DIEGO ARMANDO ROJAS CASTRO (Testigo técnico)*
- 8. JUAN MANUEL GONZÁLEZ GARAVITO*
- 9. PATRICIA CRISTINA AGUILAR BUSTAMANTE*
- 10. ANDRÉS ECHAVARRÍA OLANO*
- 11. ANGELA MARÍA CAICEDO*

12. MARGARITA MARÍA HURTADO LONDOÑO

En relación con la declaración de terceros antes decretada y relacionada, se pone de presente (i) que las mismas se circunscribirán estrictamente a lo indicado en la respectiva solicitud; y (ii) el Tribunal tendrá en cuenta la facultad que confiere el artículo 212 del Código General del Proceso ("C.G.P.") para "limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso."

e. Interrogatorio de Parte

Decretar el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad Convocada, INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A.- EN REORGANIZACIÓN, para que sea interrogado en los términos establecidos en la solicitud planteada en la demanda.

f. Declaración de parte

Teniendo en cuenta lo solicitado en la demanda y de conformidad con los artículos 165, 191 y 198 del Código General del Proceso, se decreta la declaración de parte del representante legal de la Convocante, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la cual actúa de VOCERA Y ADMINISTRADORA DEI. FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.

g. Inspección Judicial

Aplazar la decisión de la petición de inspección judicial, para cuando se hayan practicado los otros medios de prueba, momento en el cual se valorará su procedencia, necesidad y utilidad.

II. Sobre las pruebas solicitadas por la Convocada

a. Documentales

Ténganse como pruebas, con el mérito legal probatorio que a cada uno corresponda, los documentos relacionados y efectivamente aportados con la contestación de la demanda.

b. Testimoniales

Se decreta la práctica de las declaraciones de los siguientes testigos solicitados por la parte convocada en su escrito de contestación a la demanda:

1. VÍCTOR HUGO JIMÉNEZ GIRALDO
2. DIANA MILENA VERGARA HOYOS
3. DIEGO JAVIER JIMÉNEZ GIRALDO
4. ANDRÉS ARBELÁEZ. GÓMEZ
5. JORGE LUIS GIRALDO BOTERO
6. JHON MARIO RAMÍREZ CORREA
7. MARÍA EUGENIA ZULETA BEDOYA (común)
8. HERNANDO ESCOBAR ISAZA

9. MIGUEL ÁNGEL, BOTERO (común)
10. DAVID MARTÍNEZ RODAS
11. MAURICIO VÉLEZ DE BEDOUT
12. UMBRAL PROPIEDAD RAÍZ - Representante legal o quien haga sus veces

En relación con la declaración de terceros antes decretada y relacionada, se pone de presente (i) que las mismas se circunscribirán estrictamente a lo indicado en la respectiva solicitud; y (ii) el Tribunal tendrá en cuenta la facultad que confiere el artículo 212 del Código General del Proceso ("C.G.P.") para "limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso."

c. Interrogatorio le Parte

Decretar el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad Convocante, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. para que sea interrogado en los términos establecidos en la contestación de la demanda.

d. Declaración de parte

De conformidad con la solicitud planteada en el escrito de respuesta a la demanda y de acuerdo con lo previsto en los artículos 165, 191 y 198 del Código General del Proceso se decreta la declaración de parte del representante legal de la Convocada, INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. - EN REORGANIZACIÓN,

e. Inspección Judicial

Aplazar la decisión de la petición de inspección judicial, para cuando se hayan practicado los otros medios de prueba, momento en el cual se valorará su procedencia, necesidad y utilidad.

f. Prueba pericial de parte

En los términos del artículo 227 del C.G.P se concede hasta el 24 de marzo del 2020 para que se aporte el dictamen pericial de parte anunciado en la respuesta a la demanda radicada el 7 de noviembre de 2019. el cual tiene como finalidad establecer la situación real de los trabajos de explotación y restitución de los terrenos de la concesión minera.

g. Prueba pericial artículo 31 de la Ley 1563 de 2012

La prueba pericial acá pedida se niega su decreto, toda vez que no resulta procedente disponer la práctica de dos dictámenes periciales sobre una misma temática fáctica.

h. Contradicción al dictamen pericial aportado por la Convocante

En relación con la solicitud de contradicción del dictamen pericial de parte presentado por la parte Convocante, conforme a lo establecido en el artículo 228 del C.G.P., se ordena la

comparecencia del perito MARCO ANTONIO ALZATE OSPINA, según lo solicitado en la contestación a la demanda.”

ix. ETAPA PROBATORIA.

Durante la etapa probatoria del presente proceso arbitral, se tuvieron y practicaron las siguientes pruebas:

a. DECLARACIÓN E INTERROGATORIOS DE PARTE:

Los interrogatorios y declaraciones de parte de la señora Diana Carolina Prada Giraldo como representante legal de la Convocante ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LA LIQUIDACION DE JACARANDA S.A., y de la Convocada, el señor Héctor Enrique Cortes Pérez como representante legal de la sociedad INGETIERRAS S.A. - EN REORGANIZACIÓN, fueron practicados en audiencia de trámite el 25 de junio de 2020.

b. DECLARACIÓN DE TERCEROS:

Se practicaron los interrogatorios de los siguientes testigos, cuyas intervenciones fueron grabadas y sus transcripciones entregadas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, las cuales fueron incorporadas al expediente:

- Miguel Ángel Botero, el 9 de julio de 2020. Adicionalmente, dado que en la anterior fecha no alcanzó a rendir su declaración de manera completa, ésta continuó el 14 de julio de 2020, en donde para dar respuesta al cuestionario relacionó algunos correos electrónicos, los cuales fueron aportados por orden del Tribunal.
- María Eugenia Zuleta Bedoya, el 14 de julio de 2020. Adicionalmente, dado que en la anterior fecha no alcanzó a rendir su declaración de manera completa, ésta continuó el 21 de julio de 2020, en donde para dar respuesta al cuestionario relacionó un correo electrónico, el cual fue aportado posteriormente por orden del Tribunal.
- Carlos Alberto Vásquez González, el 21 de julio de 2020. Adicionalmente, dado que en la anterior fecha no alcanzó a rendir su declaración de manera completa, ésta continuó el 29 de julio de 2020, en donde para dar respuesta al cuestionario relaciono un correo electrónico, el cual fue aportado posteriormente por orden del Tribunal.

- Andrés Arbeláez Gómez, el 29 de julio de 2020, quien para dar respuesta a su interrogatorio elaboró unas gráficas y dibujos en la audiencia. Adicionalmente, dado que en la anterior fecha no alcanzó a rendir su declaración de manera completa, ésta continuó el 20 de agosto de 2020
- Ángela María Caicedo Rozo, el 20 de agosto de 2020.
- Jhon Mario Ramírez Correa, el 26 de agosto de 2020. Adicionalmente, dado que en la anterior fecha no alcanzó a rendir su declaración de manera completa, ésta continuó el 31 de agosto de 2020, fecha en la que tampoco se agotó su declaración de manera completa, por lo que su declaración finalizó el 3 de septiembre de 2020, donde para dar respuesta al cuestionario relacionó unos documentos, los cuales aportaría posteriormente por medio de correos electrónicos, por orden del Tribunal.
- Camilo Andrés Hermida Cadena, el 7 de septiembre de 2020.
- Diego Armando Rojas Castro, el 7 de septiembre de 2020.
- Patricia Cristina Elvira Aguilar Bustamante, el 10 de septiembre de 2020.
- Guillermo Eduardo Escobar Penagos, el 14 de septiembre de 2020, Adicionalmente, dado que en la anterior fecha no alcanzó a rendir su declaración de manera completa, ésta continuó el 17 de septiembre de 2020.
- Álvaro Andrés Echavarría Olano, el 17 de septiembre de 2020, Adicionalmente, dado que en la anterior fecha no alcanzó a rendir su declaración de manera completa, ésta continuó el 21 de septiembre de 2020.
- Juan Manuel González Garavito, el 21 de septiembre de 2020.

La parte Convocante, el 31 de agosto del 2020 desistió del testimonio de la doctora Margarita Hurtado y el 07 de septiembre de 2020 desistió del testimonio de José Otoniel Arenas. De igual forma, la parte Convocada, el 31 de agosto del 2020 desistió de los testimonios de los señores Víctor Hugo Jiménez, Diana Vergara, Diego Javier Jiménez, Jorge Luis Giraldo, Hernando Escobar, David Martínez, Mauricio Vélez y del representante legal de Umbral Propiedad Raíz.

c. DICTÁMENES PERICIALES:

Dentro del término concedido, las partes aportaron los dictámenes periciales anunciados y decretados debidamente, así:

- La parte Convocante presentó con la demanda trabajo pericial técnico y el 24 de marzo de 2020, aportó actualización del mencionado dictamen pericial técnico.
- La parte Convocada, el 20 de marzo de 2020, presentó dictamen pericial técnico.

d. CONTRADICCIÓN DE DICTÁMENES PERICIALES:

A los dictámenes periciales de parte aportados al proceso se les dio el respectivo traslado en el Auto N° 26 emitido en la audiencia llevada a cabo el día 31 de agosto de 2020, frente a los cuales, tanto la parte Convocante como la parte Convocada, solicitaron la comparecencia de los peritos que elaboraron los dictámenes presentados por su contraparte, e igualmente anunciaron la elaboración de sus respectivos dictámenes de contradicción.

Dentro del término otorgado por el Tribunal para presentar los dictámenes periciales de contradicción, las partes aportaron lo siguiente:

- La parte Convocante, el 28 de agosto de 2020 aportó dictamen pericial técnico.
- La parte Convocada, el 29 de agosto de 2020 aportó dictamen pericial técnico.

En audiencia del 24 de septiembre de 2020, el apoderado de la parte convocada solicitó el desistimiento del interrogatorio al perito Marco Antonio Alzate, lo cual fue aceptado por el Tribunal mediante Auto N° 30.

Posteriormente en la misma audiencia del 24 de septiembre de 2020, se inició con la práctica del interrogatorio al perito Luis Carlos Restrepo Arango, la cual, dada su extensión, tuvo que continuar posteriormente en audiencia del 1 de octubre de 2020.

e. INSPECCIÓN JUDICIAL:

Al estar aplazado el decreto de la prueba de inspección judicial solicitada por las partes, el Tribunal le indagó sobre la insistencia o no en el decreto de ésta, tomando en cuenta la práctica de otros medios probatorios, tales como dictámenes periciales de parte y de contradicción aportados al proceso, y ante ello, las partes manifestaron, en audiencia llevada a cabo el 1 de octubre de 2020 que, no “era indispensable la práctica de esta prueba por hallarse cumplido su objeto (...)”, por lo cual halló procedente el desistimiento de este medio de prueba, mediante el Auto N° 34.

x. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y CONTROL DE LEGALIDAD:

En audiencia del 1 de octubre de 2020, por haberse agotado la fase de instrucción del proceso, y no encontrado el Tribunal, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 132 de Código General del Proceso, vicios que pudieren configurar nulidades u otras irregularidades en el trámite del arbitraje, declaró cerrado el periodo probatorio y procedió a fijar el 18 de noviembre de 2020, como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos de conclusión.

xi. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Los apoderados de las partes, en audiencia del 18 de noviembre de 2020, expusieron sus alegatos de manera oral y entregaron sus alegatos por escrito, junto con algunos anexos, que no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal por las razones que se exponen en la parte considerativa del presente laudo.

xii. AUDIENCIA DE LAUDO.

El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

xiii. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “*al cual se adicionarán los días de suspensión*”- e “*interrupción por causas legales*”-, sin superar la solicitada de consuno por las partes de un “*tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días*”.

No obstante, y dada la contingencia ocurrida con ocasión de la pandemia del Covid-19, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 491 del 28 marzo 2020, el cual modificó, entre otras cosas, el término de los procesos arbitrales iniciados con antelación a la entrada en vigencia de dicho decreto, tal y como ocurre en el presente caso. En ese contexto, resulta importante traer a colación el inciso 5 del artículo 10 de dicho decreto que establece lo siguiente:

“En el arbitraje, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 será de ocho (8) meses; y el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días. Los Tribunales arbitrales no podrán suspender las actuaciones ni los procesos, a menos que exista imposibilidad técnica de adelantarlos por los medios electrónicos o virtuales señalados y una de las partes lo proponga.” (énfasis añadido).

En consecuencia, el término del proceso pasó a ser de ocho (8) meses, contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, para efectos de lo cual se tiene en cuenta que, de conformidad con la sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional se extenderá, en principio, hasta el 31 de agosto de 2020 (Resolución 884 de 2020 del Ministerio de Salud).

Por lo anterior, su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 18 de febrero de 2020, por lo cual dicho plazo vencería el 18 de octubre de 2020. Sin embargo, por solicitud de las partes el proceso estuvo suspendido en los siguientes espacios de tiempo:

Suspensión decretada	Días
Entre el 21 de febrero de 2020 hasta el 23 de marzo de 2020, ambas fechas incluidas.	21
Entre el 25 de marzo de 2020 hasta el 30 de abril de 2020, ambas fechas incluidas.	25
Entre el 14 de mayo de 2020 hasta el 29 de mayo de 2020, ambas fechas incluidas.	11
Entre el 12 de agosto de 2020 hasta el 19 de agosto de 2020, ambas fechas incluidas	5
Entre el 21 de agosto de 2020 hasta el 25 de agosto de 2020, ambas fechas incluidas.	3
Entre el 27 de agosto de 2020 hasta el 30 de agosto de 2020, ambas fechas incluidas.	2
Entre el 1 de septiembre de 2020 hasta el 2 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	2
Entre el 4 de septiembre de 2020 hasta el 6 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	1
Entre el 8 de septiembre de 2020 hasta el 9 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	2
Entre el 11 de septiembre de 2020 hasta el 13 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	1
Entre el 15 de septiembre de 2020 hasta el 16 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	2
Entre el 18 de septiembre de 2020 hasta el 20 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	1

Entre el 22 de septiembre de 2020 hasta el 23 de septiembre de 2020, ambas fechas incluidas.	2
Entre el 2 de octubre de 2020 hasta el 17 de noviembre de 2020, ambas fechas incluidas.	30
Entre el 19 de noviembre de 2020 hasta el 2 de enero de 2021, ambas fechas incluidas.	29

Número total de días en que el proceso estuvo suspendido	137
---	------------

El proceso estuvo suspendido 137 días hábiles, y tomando en cuenta la ampliación legal del término del proceso prevista en el citado artículo 10 del Decreto 491 del 28 marzo 2020, el proceso tendrá como fecha límite el 10 de mayo de 2021.

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo resulta oportuna.

xiv. LA DEMANDA ARBITRAL

EL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. , en su calidad de propietario de los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias números 020-681, 020-682, 020-683, 020-684, 020-685 y 020-686, englobados, y posteriormente desenglobados, con el fin de desarrollar el proyecto urbanístico e inmobiliario “Parcelación Haras Santa Lucía”, el pasado 30 de septiembre de 2016, celebró un contrato de explotación minera con la sociedad INGETIERRAS S.A. – EN REORGANIZACIÓN, denominando “ACUERDO MARCO PARA LA EXPLOTACIÓN MINERA ENTRE INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN Y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. ”

El objeto de dicho contrato era la de permitir a la sociedad INGETIERRAS el uso de los inmuebles: lote 6 (F.M.I. 020-99029) y lote 7 (F.M.I. 020-99030), para adelantar la actividad minera autorizada en la Concesión y llevar a cabo todas las obras de adecuación necesarias, para que el propietario, luego de ello, pudiera ejecutar el proyecto inmobiliario que venía adelantando.

Para cumplir lo anterior se establecieron diferentes obligaciones a cargo de INGETIERRAS, respecto a la delimitación de las áreas para la ejecución de las labores de explotación minera, así como para el correcto uso y posterior adecuación de los inmuebles a utilizar, para lo cual se pactó a título de compensación a favor del propietario del terreno el pago mensual de una suma de dinero.

Para la ejecución del objeto del contrato y cumplimiento de las obligaciones contraídas en el ACUERDO MARCO, se fijaron unos períodos para la entrega y devolución de inmuebles utilizados, y delimitados por zonas, así:

ZONAS	PLAZO DE ENTREGA
Zona 1	30 de septiembre de 2017
Zona 2	15 de febrero de 2018
Zona 3	17 de junio de 2018

Afirma la Convocante, que la Convocada incumplió con los plazos pactados para la entrega oportuna de los terrenos debidamente adecuados, además del incumplimiento de otras obligaciones contractuales, como el pago de algunas de las sumas mensuales pactadas, y además de llevar a cabo excavaciones por fuera de las áreas delimitadas, y con ello, generarse diferentes perjuicios que se vieron reflejados en los ostensible aumentos de los costos de acondicionamiento de los terrenos para la ejecución del proyecto urbanístico Haras Santa Lucía, los cuales son reclamados a través del presente proceso.

xv. PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL FIDEICOMISO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA.

La parte convocante solicitó al Tribunal que en el laudo se pronunciara acerca de las siguientes pretensiones que se transcriben textualmente a continuación:

“III. PRETENSIONES

A) DECLARATIVAS

PRIMERA (1ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ las obligaciones previstas en las Cláusulas PRIMERA (numeral 1.1., literal i.), CUARTA (Numeral 4.1.) del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistentes en ejecutar las actividades de explotación única y exclusivamente dentro de la delimitación de las celdas de explotación señaladas en el acuerdo, al haber realizado labores de explotación por fuera de dicha delimitación.

SEGUNDA (2ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en la Cláusula CUARTA

(Numeral 4.3.) del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistente en ejecutar las obras de protección para mitigar el riesgo de inundaciones.

TERCERA (3ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en las Cláusulas PRIMERA numeral 1.1., literal ii), CUARTA (Numerales 4.4, 4.6.1 y 4.6.2) y QUINTA del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistente en llevar a cabo todas las obras o actividades de rehabilitación y readecuación de los inmuebles para que el propietario pueda destinar estos a los desarrollos urbanísticos e inmobiliarios autorizados conforme las licencias y demás permisos, Incluidos, los llenos estructurales y los llenos no estructurales, sobre las áreas, en los plazos y bajo las condiciones técnicas señaladas en el acuerdo.

CUARTA (4ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en la Cláusula CUARTA (Numerales 4.6., 4.11 y 4.12) del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016 consistente en rehabilitar paisajísticamente las zonas de los inmuebles delimitadas en el acuerdo, con base en el esquema de diseño paisajístico y las especificaciones técnicas pactadas.

QUINTA (5ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en las Cláusulas CUARTA (Numeral 4.8.) y NOVENA del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016. consistente en restituir materialmente y/o entregar los inmuebles al propietario, en los plazos y condiciones estipuladas en el acuerdo.

SEXTA (6ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en las Cláusulas PRIMERA (Numeral 1.2.), CUARTA (Numeral 4.2.) y SÉPTIMA del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistente en efectuar el pago de la indemnización por el ejercicio de las servidumbres.

SÉPTIMA (7ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en la Cláusula CUARTA (Numerales 4.9., 4.10 y 4.13) del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistente en realizar los trabajos de explotación y demás actividades mineras cumpliendo la normatividad aplicable, por haber infringido, entre otras, la normatividad ambiental.

OCTAVA (8ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, al haber incumplido las obligaciones derivadas del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, le ha ocasionado perjuicios al "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A." cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

NOVENA (9ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que por razón y con ocasión de los Incumplimientos de las obligaciones previstas en las Cláusulas CUARTA (Numeral 4.8.) y NOVENA del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, ha surgido para sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, la obligación de pagar la SANCIÓN POR MORA EN LA RESTITUCIÓN prevista en la cláusula DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.1.) del mismo ACUERDO MARCO, multa sucesiva de apremio, que equivale a 10 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por cada día de retraso que deberá ser liquidada a partir del día 2º de octubre de 2017 y hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la obligación de restitución total de los INMUEBLES.

DÉCIMA (10ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que el pago de la sanción por mora en la restitución señalada en la pretensión 9ª, no exime a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, del cumplimiento de la obligación principal de restitución o entrega de los inmuebles derivada del acuerdo marco, así como tampoco de la obligación de reparar todos los daños e indemnizar integralmente los perjuicios sufridos por el "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A."

UNDÉCIMA (11ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, al haber incumplido las obligaciones indicadas en las pretensiones 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de esta demanda, debe pagar al "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A." la CLÁUSULA PENAL prevista en las cláusulas DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.2.) y VIGÉSIMA del acuerdo marco.

DUODÉCIMA (12ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que el pago de la CLÁUSULA PENAL señalada en la pretensión 12ª, no exime a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, del cumplimiento de las obligaciones principales derivadas del acuerdo marco, así como tampoco de la obligación de reparar todos los daños e indemnizar integralmente los perjuicios causados al "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.", en toda suma o monto que exceda el valor de la penalidad.

B) CONDENATORIAS:

DÉCIMOTERCERA (13ª) PRETENSIÓN: Se CONDENE a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, a pagar al demandante "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A." cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., la SANCIÓN POR MORA EN LA RESTITUCIÓN prevista en la cláusula DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.1.) del ACUERDO MARCO, multa sucesiva de apremio, que equivale a 10 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por cada día de retraso que deberá ser liquidada a partir del día 2º de octubre de 2017 y hasta la fecha en que se cumplimiento a la obligación de restitución total de los INMUEBLES.

DÉCIMOCUARTA (14ª) PRETENSIÓN: Se CONDENE a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, a pagar al demandante "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A." cuya vocera y administradora es la

sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., el valor de la cláusula penal de conformidad con lo previsto en la cláusula DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.2.) del ACUERDO MARCO.

DÉCIMOQUINTA (15ª) PRETENSIÓN: Se CONDENE a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, a pagar al "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A." cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., el valor de la indemnización integral de perjuicios causados por los múltiples incumplimientos al acuerdo marco, de acuerdo con la estimación razonada que se efectúa en el presente escrito de demanda en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, en todo aquello que exceda lo cubierto con la cláusula penal solicitada en la PRETENSIÓN 14° de esta demanda.

DÉCIMOSEXTA (16ª) PRETENSIÓN: Se CONDENE a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, al pago de las costas procesales, así como de los gastos y honorarios del Tribunal Arbitral.”

xvi. EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR INGETIERRAS.

Se presentó oportunamente el escrito de contestación de la demanda¹⁶, manifestando que se oponía a la totalidad de las pretensiones de la misma. De igual forma, aceptó algunos hechos y negó otros. Con la contestación de la demanda, INGETIERRAS propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron:

“1. EXCEPCIONES DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR EL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.

2. LA MORA PURGA LA MORA.

MODIFICACIONES AL CONTRATO, A LOS DISEÑOS, PLANOS Y CANTIDADES DE OBRA.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR NO CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE DE TRANSITO

NO PROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL, REDUCCIÓN DE LA MISMA, IMPROCEDENCIA Y REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.

NEGLIGENCIA DE LA DEMANDANTE EN RECIBIR LAS OBRAS

¹⁶ Cuaderno No. 2, Folios 699 a 951

*INEXISTENCIA DEL DAÑO Y AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL IMPROCEDENCIA
DEL COBRO DE PERJUICIOS*

TEMERIDAD, MALA FÉ (sic) Y ABUSO DEL DERECHO

COMPENSACIÓN”

II. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra que los presupuestos procesales, esto es, *“las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”*¹⁷, se encuentran satisfechos, teniendo en cuenta que:

- a) La demanda con la que se dio inicio al trámite arbitral reunió los requisitos de forma señalados en la Ley, tal como se destacó en el Auto No. 04 del 18 de Septiembre 2019 que admitió aquella¹⁸.
- b) La parte convocante es un patrimonio autónomo que ha concurrido al proceso por medio de la sociedad fiduciaria que ejerce su vocería y administración, y su apoderado, el cual fue reconocido formalmente en la causa arbitral.
- c) Por su parte, la convocada es una persona jurídica que a su vez ha concurrido a la presente causa por medio de su representante legal y su apoderado, este último formalmente reconocido en el proceso.
- d) Según quedó definido en la Primera Audiencia de Trámite, este Tribunal Arbitral resulta competente para conocer y decidir sobre las pretensiones de la demanda inicial, así como de las excepciones planteadas.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01: “[...] elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. [...] esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Radicación: 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652): “[...] Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...) y 132 y siguientes del Código General del Proceso.”

¹⁸ Cuaderno No. 2, Folios 658 a 660.

- e) El procedimiento y trámites seguidos por el Tribunal Arbitral se ajustan a los mandatos legales, sin advertir causal alguna que afecte la validez de la actuación surtida, amén de que las partes en diferentes oportunidades fueron interrogadas acerca de la necesidad de alertar respecto de cualquier atisbo de nulidad o afectación del trámite arbitral, frente a lo cual manifestaron su conformidad con el desarrollo del proceso, sin haber puesto de presente ninguna situación adversa al debido curso del trámite.
- f) El Tribunal Arbitral se encuentra en término para proferir el presente laudo.

Con sustento en lo anterior, el Tribunal reitera entonces que se encuentran cumplidos todos los presupuestos procesales¹⁹ requeridos para pronunciarse de fondo acerca de la controversia que ha sido sometida a su determinación. Estas se encuentran involucradas dentro de las previsiones de la cláusula compromisoria -en su integridad transigibles- de manera que no se avizora entonces circunstancia que impida proferir la decisión con la cual concluirá este trámite arbitral.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA.

A partir de la celebración de un Acuerdo Marco entre el FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA e INGETIERRAS, de fecha 30 de septiembre de 2016, cuyo objeto era la exploración y explotación minera en los inmuebles destinados al proyecto urbanístico e inmobiliario Haras Santa Lucía, surgió una disputa entre las partes, que ahora se somete a decisión del Tribunal Arbitral, relacionada con los presuntos incumplimientos contractuales atribuidos por el FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA a INGETIERRAS, consistentes en: i) la realización de labores de exploración por fuera del área delimitada; ii) la falta de ejecución de las obras de protección para mitigar el riesgo de inundaciones; iii) la falta de despliegue de las obras de rehabilitación y readecuación de los inmuebles para que pudieran ser utilizados en los desarrollos urbanísticos e inmobiliarios; iv) la falta de rehabilitación paisajística de las zonas delimitadas en el

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia ha puntualizado lo siguiente acerca de los presupuestos procesales: “Trátase de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a “los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido” del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la litis contestatio (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93). La omisión o deficiencia de los presupuestos procesales, según se trate, conduce a la nulidad del proceso o a un fallo inhibitorio y, en este último caso, no exime al juzgador del deber de proferir una providencia indicativa de las razones por las cuales no define el mérito de la controversia (cas. civ. 21 de julio de 1954, LXXVIII, 2144, 104, 19 de agosto de 1954, 348, 21 de febrero de 1966)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de julio de 2018, M.P. William Namén Vargas, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01).

Acuerdo; v) la falta de restitución material de los inmuebles en el plazo y condiciones estipuladas; vi) la falta de pago de la indemnización por el ejercicio de las servidumbres; y vii) la infracción de normas ambientales.

2. MARCO JURÍDICO DE LA CONTROVERSIA.

Se enmarca la presente controversia en el instituto de la responsabilidad civil contractual, el cual ha sido estructurado por la doctrina y la jurisprudencia con fundamento en el Título XII Libro Cuarto del Código Civil, el cual regula los efectos de las obligaciones convencionalmente pactadas, en particular lo relativo a la indemnización de los perjuicios con ocasión del incumplimiento del deudor, el cumplimiento imperfecto o el cumplimiento tardío de aquellas obligaciones²⁰ y se afina, como principio general, en la culpa imputable a aquél.

En armonía con el artículo 822²¹ del Código de Comercio, los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil y sus efectos son aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, como en el presente caso, salvo lo que esté regulado de manera especial en el régimen mercantil.

No sobra precisar que no se está ejerciendo en este caso la acción alternativa prevista en los artículos 1546 del Código Civil²² y 870 del Código de Comercio²³, conforme a la cual el contratante insatisfecho puede pedir a su arbitrio la terminación o resolución del contrato o su cumplimiento con indemnización de los perjuicios, pues ninguna de las pretensiones de la demanda se encamina a solicitar del Tribunal tales declaraciones.

²⁰ **Artículo 1613. Indemnización de perjuicios.** La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

²¹ **Artículo 822. Aplicación del derecho civil**

Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

²² Código Civil. Artículo 1546. Condición resolutoria tacita. En los contratos bilaterales va envuelta la condición 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.

²³ **Código de Comercio. Artículo 870.** Resolución o terminación por mora. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

Bajo esta perspectiva, se hacen las siguientes consideraciones generales en cuanto resultan pertinentes al litigio que este Tribunal debe dirimir:

La ejecución de las prestaciones del contrato a cargo del deudor obligado a ellas, debe cumplirse a cabalidad en las condiciones de tiempo, modo y lugar pactadas (art.1627 C.C.²⁴) y el acreedor, a su vez, no puede exigir las de modo distinto.

Por el efecto normativo de los contratos (art.1602 CC²⁵) y el principio de buena fe en su ejecución (art.1603 CC y 871 CCo²⁶), no es dable al acreedor alterar el contenido y alcance de las obligaciones ni reclamar su cumplimiento de manera diferente de aquella en la que quedaron convenidas.

Si el deudor retrasa la ejecución de la prestación luego de que se haya hecho exigible, el solo retardo no implica, en todos los casos, que se configure la mora, puesto que para hacerlo debe tratarse del retardo culpable en el cumplimiento de la obligación, es decir la demora imputable a culpa del deudor, unido a la reconvencción del acreedor en los casos en que esta es necesaria, para que traiga consigo las consecuencias indemnizatorias.

Ahora bien, el artículo 1608 del C.C.²⁷.exige la reconvencción judicial para constituir en mora al deudor, a menos que se haya pactado un plazo. Si se ha pactado un término para que se satisfaga la obligación, no se exige el requerimiento del acreedor salvo casos especiales²⁸, puesto que se presume que el plazo estipulado es el que el acreedor necesita para obtener el provecho que deriva de la prestación y es, al propio tiempo, el plazo que el deudor conoce y acepta como suficiente para realizarla. De esta manera, si el deudor deja vencer el plazo sin satisfacer la obligación, será responsable de los perjuicios sin necesidad de reconvencción o requerimiento alguno, y la

²⁴ **Artículo 1627. Pago ceñido a la obligación.** El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

²⁵ **Artículo 1602. Los contratos son ley para las partes.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

²⁶ **Artículo 1603. Ejecución de buena fe.** Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Código de Comercio. Artículo 871 Principio de buena fe. 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 corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

²⁷ **Artículo 1608 CC. Mora del deudor** El deudor está en mora:

1°.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2°.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3°.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

²⁸ **Artículo 2007. Constitución en mora de la restitución.** Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él compete como injusto detentador.

indemnización se causará desde el vencimiento de dicho plazo, momento en él se inicia el periodo moratorio (art. 1615 CC²⁹).

Si no se ha pactado plazo, la *“notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor”* y los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación (artículo 94 CGP).

De otro lado, conforme al artículo 1610 del Código Civil:

“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.

La responsabilidad contractual del deudor está sujeta, como se dijo, a que el incumplimiento de las obligaciones le sea imputable. Así pues, si la inexecución no se ha presentado por su culpa sino del acreedor, esa será una causal eximente de su responsabilidad si lo ha colocado en imposibilidad de cumplir. Pero en este último caso, para que una excepción en tal sentido tenga la fuerza suficiente para enervar las pretensiones del demandante, *“se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irroque al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta”*.³⁰

Doctrinariamente se conoce este concepto bajo la noción de “mora creditoria”, el cual ha sido elaborado a partir de algunos textos legales aplicables a las obligaciones de dar o entregar (arts. 1605, 1739, 1883 CC), y se ha entendido como aplicación particular de los principios generales de la responsabilidad civil. En efecto, si el fundamento de la responsabilidad y de la función indemnizatoria es la imputabilidad a la culpa o dolo del deudor y esta puede verse enervada por circunstancias externas al deudor, como en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, igual efecto debe asignarse al hecho culposo del acreedor, siempre y cuando le haya impedido a aquél ejecutar la prestación.

Respecto de los perjuicios a cargo del responsable, se tienen por tales los daños irrogados al acreedor, derivados de la inexecución total o parcial o de la ejecución defectuosa o tardía de la prestación debida por el deudor.

²⁹ **Artículo 1615. Causación de perjuicios.** Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

³⁰ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, 1980. Pág. 603 “Si tal incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio es irrisorio, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisibles abusos de las vías procesales como lo han declarado la doctrina y la jurisprudencia. (Casación de 23 marzo de 1943 GJ T.LV. Planiol, Ripert y Esmein, T. VI, num. 454).”

Pero si bien los daños generados por el incumplimiento pueden resultar en una cadena indefinida de consecuencias, la ley establece limitaciones para determinar aquellos que son indemnizables, ya sea por su naturaleza o por su relación con el hecho que los genera.

Así, el perjuicio indemnizable debe ser, entre otros atributos, directo en función de la vinculación entre el incumplimiento y el daño irrogado al acreedor, de manera tal que este último sea consecuencia inmediata y necesaria de la inexecución o de la ejecución tardía.

El artículo 1616 del Código Civil³¹ limita la indemnización a *“todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.”*

Al propio tiempo, esta norma dispone que, por regla general, el deudor solo responde de *“los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”*. De los que fueran imprevisibles responde únicamente en caso de dolo o culpa grave. Lo anterior significa que el demandado no está obligado a reparar los daños no previsibles ni previstos, aún si el incumplimiento se ha originado en su culpa.

Por último, se anota que el perjuicio debe ser cierto, no hipotético ni eventual, ni tampoco especulativo, para que genere la obligación del deudor de indemnizarlo.

Conforme con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998³², la reparación de los daños debe ser integral, mediante la demostración de todos aquellos derivados del incumplimiento, salvo en los casos en que las partes hubieran hecho la estimación convencional anticipada de la totalidad de los perjuicios con ocasión del incumplimiento, evento en el cual el acreedor está exento de probarlos si solo pide la pena así estipulada.

Respecto de la indemnización que se debe al acreedor insatisfecho, aquella debe corresponder tanto a los daños por la inexecución total o parcial de la obligación principal o por su ejecución imperfecta, como a los sufridos por la demora en el cumplimiento.

Con fundamento en el artículo 1610 del Código Civil, numeral 3°. *“Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora...que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”* (num. 3°). Pero al demandante que pide la indemnización moratoria *“le incumbe la prueba de la constitución en mora del*

³¹ **Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios.** Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

³² **Ley 446 de 1998. Artículo 16. Valoración de daños.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

demandado, prueba que, según se ha dicho, incluye la del cumplimiento del allanamiento de aquel a cumplir, a falta de la cual tendría efecto el aforismo **la mora purga la mora**³³

Entre las reglas particulares que gobiernan la responsabilidad contractual, está la prevista en el art. 1609 del Código Civil para los contratos bilaterales, según la cual “ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”

Consagra esta norma la denominada “excepción de contrato no cumplido” (*exceptio non adimpleti contractus*), propia de los contratos sinalagmáticos por la reciprocidad en las prestaciones que estos generan, excepción que se funda en el principio de la buena fe porque repugnaría a la justicia contractual que uno de los contratantes rehusara cumplir sus obligaciones y aun así pudiera exigir del otro la ejecución de las suyas.

Esta excepción impide, en efecto, que una de las partes pueda prevalerse del contrato para exigir a otra el cumplimiento mientras aquella no cumpla o no esté dispuesta a hacerlo respecto de sus propias obligaciones.

Finalmente, la responsabilidad contractual adopta particularidades respecto de la extracontractual cuando, por vía de ejemplo, hace graduación de la culpa en atención al beneficio que el contrato le reporte al deudor incumplido (art.63 CC³⁴) o cuando se hace la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para determinar que en estas últimas el acreedor no está obligado a probar la culpa del incumplido ni este puede exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de ausencia de culpa.

A la luz de las anteriores disposiciones el Tribunal procede a continuación a dilucidar los aspectos de la controversia sometidos a su decisión, con base en los hechos que se encuentren probados en el proceso y la interpretación de las estipulaciones del Acuerdo Marco celebrado entre FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA, cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN.

³³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Ed. Temis, 1980

³⁴ **CÓDIGO CIVIL. ARTÍCULO 63. CULPA Y DOLO. LA LEY DISTINGUE TRES ESPECIES DE CULPA O DESCUIDO.**

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

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

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

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

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO MARCO DEL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016.

Conforme a la cláusula primera del Acuerdo Marco, el mismo tenía por objeto establecer las condiciones en las que el FIDEICOMISO JACARANDA permitiría el uso de los inmuebles para adelantar la actividad minera autorizada a Ingetierras, y los términos según los cuales esta última llevaría a cabo las obras y actividades de readecuación de los referidos inmuebles, con el fin de que pudieran ser destinados por el FIDEICOMISO JACARANDA a los desarrollos urbanísticos e inmobiliarios, una vez fueran restituidos. En concordancia con lo anterior, en la cláusula cuarta del Acuerdo Marco se regularon las diversas obligaciones de hacer y no hacer a cargo de Ingetierras, consistentes en la ejecución de actividades dentro de la delimitación de las celdas de explotación, pago de la indemnización por el ejercicio de las servidumbres, la ejecución de las obras para la mitigación del riesgo de inundaciones, la realización de los llenos estructurales y no estructurales, y la rehabilitación paisajística de los inmuebles, junco con la preservación de los árboles identificados y georeferenciados, y la “entrega” los inmuebles, entre otras.

Del análisis del Acuerdo Marco se evidencia que en su objeto se incorporaron prestaciones de diferente naturaleza. De ahí que el Tribunal pueda colegir que el Contrato objeto de la presente controversia es de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado como de “objeto múltiple” o de “prestaciones complejas”, comoquiera que, se itera, convergen en él obligaciones de distinta naturaleza, tales como la ejecución de distintas obras (obligación de hacer, propia del contrato de obra), el pago de la indemnización por la constitución del derecho real de servidumbre (obligación de dar), ejecución de actividades mineras sin exceder la delimitación de las celdas de explotación (obligación de no hacer), “entregar” los inmuebles, en el sentido de restituir su tenencia al FIDEICOMISO JACARANDA, entre otras ya mencionadas. Este tipo de contratos se caracterizan por la existencia entonces de prestaciones mixtas o de tipología diferente, emanadas de un mismo acuerdo de voluntades, las cuales se encuentran vinculadas entre sí “(...) de tal manera que mantengan relaciones de complemento y que permitan predicar su tratamiento sólo como una unidad funcional”³⁵.

Finalmente, es preciso indicar que la existencia, validez y eficacia del Acuerdo Marco celebrado el 30 de septiembre de 2016, no fue cuestionada por ninguna de las partes, por lo cual el Tribunal le reconoce la totalidad de los efectos legales y negociales que emanan de sus estipulaciones.

4. EN CUANTO A LA CREDIBILIDAD DE LOS DICTÁMENES PERICIALES ELABORADOS POR EL INGENIERO LUIS CARLOS RESTREPO ARANGO.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386).

Una parte muy considerable de la estrategia defensiva desplegada por INGETIERRAS a lo largo del litigio, se fincó en las conclusiones y afirmaciones plasmadas en las experticias rendidas por el ingeniero, Luis Carlos Restrepo Arango.

Por tratarse de una prueba pericial, cuya teleología es ilustrar al Tribunal sobre “(...) hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos” (art. 226 CGP), resulta trascendental que el experto designado para dar luces acerca de los varios y complejos temas técnicos discutidos en el proceso, goce de la independencia necesaria para dotar de credibilidad los aportes que haga al acervo probatorio, máxime si los mismos refieren a asuntos complejos que requieren de un apoyo externo para su cabal y correcta comprensión. Por tal motivo, el mismo art. 226 del estatuto procesal prescribe que “(...) [e]l perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su **opinión es independiente** y corresponde a su real convicción profesional” (Énfasis añadido).

No obstante lo anterior, el Tribunal ha detectado que dicha independencia, y la consecuente influencia que la misma ejerce respecto de la fuerza de convicción del trabajo del Ing. Restrepo Arango, se encuentra en serio entredicho.

Ciertamente, inclusive si se quisieran obviar las muy variadas manifestaciones jurídicas que se plasmaron en unos dictámenes cuyo objeto exclusivo debería ser la ingeniería, al Tribunal le llama poderosamente la atención que en la experticia fechada el 20 de marzo de 2020, el perito haga suyas varias afirmaciones que guardan un enorme parecido, por no decir identidad, con lo manifestado al inicio de la contestación de la demanda formulada por INGETIERRAS. Es más, incluso en el dictamen se realiza una “contestación” a los hechos de la demanda, que son prácticamente las mismas que obran en las respuestas que dio la convocada a los supuestos fácticos contenidos en la demanda arbitral. Estas circunstancias permiten sospechar, válidamente, que más que una opinión profesional independiente y objetiva, la labor del Ing. Restrepo Arango fue la de participar muy activamente -casi que nuclearmente- en la elaboración del planteamiento de los argumentos defensivos que INGETIERRAS pretende hacer valer en la controversia, lo cual se confirma al leer los siguientes apartes de la declaración rendida por el profesional de la ingeniería:

PREGUNTADO: Ingeniero, a partir de esa respuesta, por favor precísele al Tribunal desde qué año conoce usted y ha tenido relación con la sociedad INGETIERRAS o consorcios en la que ésta haya participado. **CONTESTÓ:** Desde mediados del año 2019. **PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿esa relación ha sido en condición de asesor o de alguna otra actividad? **CONTESTÓ:** Asesor en contratación. (...) **PREGUNTADO:** Perfecto. Ingeniero, ese informe tiene una fecha, que es 20 de marzo de 2020. Sin embargo, el informe no señala en qué fecha inició usted su labor como perito para llegar a rendir ese informe. Le pido que por favor le informe al Tribunal en qué fecha inició usted la elaboración de ese dictamen, y en consecuencia, cuánto le tomó, cuánto tiempo le tomó elaborar el referido informe. **CONTESTÓ:** Yo empecé mi relación de servicios profesionales más o menos en septiembre del 2019, finalizando esa obra, y los papeles que en ese momento tenían

dispuestos para trabajar. Sobre la marcha resultó el acompañamiento para este Tribunal de Arbitramento, entonces se ha ido agrandando la relación, porque me ha tocado enfrentar más temas diferentes de este dictamen pericial. **PREGUNTADO:** Ingeniero, le pediría que nos aclarara esa última parte, para que nos señale entonces cuál fue la primera actividad para la cual, con relación al Acuerdo Marco, fue contratado usted por la sociedad INGETIERRAS, ya que le entiendo que el tema de la prueba pericial surgió meses después de su vinculación con ellos para estos fines de examinar el Acuerdo Marco. Para que por favor nos explique, de manera muy concreta, cómo fue la evolución entonces de esas labores suyas, respecto del análisis del Acuerdo Marco. **CONTESTÓ:** Los primeros análisis se refirieron al descuadre que había entre las cantidades de obra que ellos aspiraban a cobrar, y las cantidades de obra que les estaban reconociendo. Entonces la primera parte se enfocó en mirar qué pasaba con la ejecución del contrato. **PREGUNTADO:** ¿Eso fue lo que sucedió en septiembre de 2019; fue para eso que lo contrataron? **CONTESTÓ:** Empecé a laborar en esa parte, en septiembre del 2019, estudiando lo que había sucedido con ese Acuerdo Marco, y buscar las causas, las posibles fuentes de discrepancias entre las partes. **PREGUNTADO:** Perfecto. ¿Y cuánto tiempo después, si lo recuerda, le pidieron entonces elaborar un dictamen pericial para los fines de este proceso? **CONTESTÓ:** Yo creo que dos, tres meses después ya se complicó la vaina con la comunicación del pleito arbitral, del litigio arbitral, y entonces empecé ya a enfocarme en la parte del litigio. Me hicieron conocer o pude conocer la demanda arbitral, y estudiarla para hacerles algunas recomendaciones sobre el tema en la parte técnica. (...) **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Doctor Martínez, me disculpa si lo interrumpo, pero antes de entrar en este cuestionario, quisiera que el ingeniero Restrepo le precise al Tribunal cuáles fueron las instrucciones y lo que le solicitó INGETIERRAS para efectos de desarrollar ese trabajo pericial que elaboró. **CONTESTÓ:** Sí doctora. Las instrucciones que recibí, como lo dije ahora, primero fue buscar la fuente de las discrepancias que se estaban dando entre las partes, y de allí verificar las incongruencias, el porqué de esas incongruencias de las cantidades que se estaban dando. Y segundo, cuando ya se entró en forma al dictamen pericial, pues digamos que las preguntas que me hicieron fueron las preguntas que estaban relacionadas con los hechos de la demanda. Entonces me referí a todas y cada una de ellas desde el punto de vista técnico. Hice la valoración también de acuerdo con los resultados que obtuve, la valoración de las obras que en mi concepto se le debían a INGETIERRAS. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Gracias ingeniero. Adelante, doctor Martínez. (...) **PREGUNTADO:** Ingeniero, cuando usted dice “empezamos”, en plural, con esa carta, ¿a quiénes se refiere? **CONTESTÓ:** Empezamos es INGETIERRAS, o empecé yo a hacer la cosa. Pero empezamos es porque considero que estamos en un equipo de trabajo. (...) **PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿cuántas visitas efectuó usted a los predios para elaborar el dictamen? **CONTESTÓ:** Para los predios realicé, yo creo que íbamos uno o dos veces mensualmente, durante agosto del año 19, hasta iniciado este año, y teníamos reuniones semanales ahí cerca de la obra. **PREGUNTADO:** ¿Reuniones con quién, ingeniero? **CONTESTÓ:** Con INGETIERRAS y con los abogados de INGETIERRAS. **PREGUNTADO:** ¿Quiénes de INGETIERRAS, ingeniero; qué personas de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Asistía el gerente, Héctor Enrique; asistían los profesionales del departamento de

minería; asistían unas abogadas y asesoras de la parte de minería; y los abogados, entre ellos el doctor Rayo. **PREGUNTADO:** ¿Qué ingenieros de la parte de minería, ingeniero? **CONTESTÓ:** Ingenieros, que yo recuerde, Jhon Mario, Andrés, Jhonatan, estuvo la ingeniera Diana Hoyos Vergara; frecuentaban las reuniones, no todos hacían presencia en todas las reuniones, pero generalmente sí había varios ingenieros, porque a ellos les pedíamos, o yo les pedía información”³⁶

Sobre el particular, el Tribunal debe dejar en claro que de ninguna manera se reprocha o se valora negativamente el que las partes acudan a los consejos y/o el apoyo de expertos profesionales en temas técnicos o científicos, en aras de mejorar su posición jurídica en un debate contencioso. De hecho, proceder de esa manera resulta lo aconsejable, en búsqueda de brindar a los poderdantes la mejor defensa jurídica posible de sus intereses. Pero lo anterior es muy distinto a pretender mostrar a un asesor, que estuvo -desde antes del surgimiento del proceso arbitral- directamente involucrado en la construcción del discurso argumentativo destinado a mermar las pretensiones de la convocante, como una persona verdaderamente independiente y objetiva. Esto último es lo que se espera de un perito, según las voces de los arts. 226 y 235 CGP.

Por las razones anotadas, y sin perjuicio de otras falencias o vacíos que se anotan a lo largo del laudo, el Tribunal considera que, dentro de las valoraciones propias de la sana crítica, no es racional ni lógico otorgar peso o fuerza de convicción a las apreciaciones del Ing. Restrepo Arango, con mayor razón si

³⁶ **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO:** Gracias, doctora. Entonces retomo, ingeniero, para señalarle: si observa, ingeniero, las páginas del 1 al 6 del escrito de contestación de la demanda, tiene un capítulo que se denomina “antecedentes”, que va de la página 1 al 6 del escrito de contestación de la demanda. Y su informe pericial tiene el mismo capítulo denominado “antecedentes”, de la página 1 a 5 de su informe, con un texto igual al del escrito de contestación de la demanda. Para preguntarle, ingeniero, por qué razón aparece en su dictamen ese capítulo de antecedentes con un texto idéntico al que aparece en un documento que tiene fecha anterior, que es la contestación de la demanda, presentada por el abogado Rayo. Ingeniero, ¿por qué razón está en su dictamen ese capítulo llamado “antecedentes”, que es idéntico al de la contestación a la demanda? **CONTESTÓ:** Bueno, la asesoría la empecé a brindar, como mencioné ahora, en septiembre del 2019. Obviamente había reuniones de trabajo con los representantes de INGETIERRAS y con los apoderados. Entonces yo periódicamente mandaba mi informe; el que está al lado derecho, el que tiene en la parte inferior mi firma, fueron redactados por mí; no he leído el de la mano izquierda, no sé si contiene exactamente lo mismo. De pronto como estábamos trabajando en grupos, se aprovechó y se copió eso. (...)

PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR RICARDO VÉLEZ OCHOA: Perdón doctor Martínez. Ingeniero, quería preguntarle: usted hizo referencia hace un momento a que ha escuchado algunos de los testimonios que se han practicado acá. Quisiera usted indicarle al Tribunal con quiénes se ha reunido y qué testimonios ha escuchado de este Tribunal, por favor. **CONTESTÓ:** He escuchado los testimonios de los técnicos; los testimonios técnicos de Miguel Ángel López, Miguel Ángel Botero, perdón, de Guillermo Escobar Penagos, y el de María Eugenia, también. **PREGUNTADO:** ¿Y se ha sentado a discutir esos testimonios con funcionarios de INGETIERRAS, o con quién de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Los conceptos, para ponerlos a disposición de todo el panel de INGETIERRAS, incluyendo los abogados. (...) **PREGUNTADO:** ¿Ya concluyó, ingeniero? **CONTESTÓ:** Sí señor. **PREGUNTADO:** Gracias. Es que creo que la pregunta del doctor Vélez es supremamente importante y quisiera preguntarle en esa misma línea. En esas reuniones que usted señala tuvo para oír los testimonios, ¿estuvo presente el señor Jhon Mario Ramírez, de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No señor, me he comunicado con Héctor, con el gerente, con Héctor Cortés, y con el abogado Rayo. De pronto he hablado con Andrés, no más, pero fundamentalmente con INGETIERRAS, Héctor Enrique Cortés, y con Alejandro Rayo. **PREGUNTADO:** Sí, quisiera preguntarle si en esas reuniones estuvo presente el señor Andrés Arbeláez, de INGETIERRAS. **CONTESTÓ:** A Andrés Arbeláez le he comunicado algo, pero ha sido más a través de Héctor Enrique. (...)

las mismas se confunden con un alegato jurídico de parte, y no exponen un verdadero sustento técnico ni científico distinto de informaciones surgidas de la propia convocada.

5. RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN PRIMERA, RELATIVA AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO MARCO, AL HABERSE REALIZADO LOS TRABAJOS DE EXPLOTACIÓN Y DEMÁS ACTIVIDADES MINERAS POR FUERA DE LA DELIMITACIÓN ESTABLECIDA EN EL REFERIDO ACUERDO MARCO.

i. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE.

La convocante formuló en su demanda la siguiente pretensión: ***“PRIMERA (1ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ las obligaciones previstas en las Cláusulas PRIMERA (numeral 1.1., literal i.), CUARTA (Numeral 4.1.) del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistentes en ejecutar las actividades de explotación única y exclusivamente dentro de la delimitación de las celdas de explotación señaladas en el acuerdo, al haber realizado labores de explotación por fuera de dicha delimitación”.***

En sus alegatos de conclusión, aseveró que la obligación de Ingetierras de respetar los límites establecidos había sido ampliamente discutida durante las *tratativas “(...) al punto que se demostró que fue INGETIERRAS quien suministró las coordenadas incorporadas como anexo del ACUERDO MARCO y usadas como base para la elaboración del plano que definía los límites de su actividad”*³⁷.

Indicó la convocante además que esta obligación quedó claramente pactada en el contrato, en el literal i), del numeral 1.1., de la cláusula primera; en la cláusula 3ª numeral 3.1.; y en la cláusula 4ª numeral 4.1.

Adicionalmente, afirmó también la convocante que en los Anexos 6A y 6B del Acuerdo Marco se encontraba contenido el plano de *“Celdas de explotación sector norte” [En formato Autocad], en el que aparecen graficados los límites de las celdas 11 y 12 -únicas que podían ser objeto de explotación minera por parte de INGETIERRAS-, y a las respectivas coordenadas que sirvieron de base para su elaboración, ambos anexos producidos de consuno entre INGETIERRAS y el FIDEICOMISO JACARANDA*³⁸, así como el Anexo No. 8 del referido Acuerdo, contentivo de los gráficos *“PLANTA LLENOS INGETIERRAS” y “PERFIL A-A´- INGETIERRAS”, de donde también fue posible determinar los límites y ubicación de las celdas de explotación Nos. 11 y 12*³⁹.

Así mismo, mencionó la convocante que el artículo 34 de la Ley 865 de 2002 indica que ***“No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos***

³⁷ Página 61 de los alegatos de conclusión.

³⁸ Página 62 de los alegatos de conclusión.

³⁹ *Ibid.*

naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras⁴⁰.

En adición, la convocante señaló que quedó demostrado en el plenario que Ingetierras violó los límites fijados al destruir la acequia que dividía las celdas No. 11 y 12, la cual se encontraba "(...) *excluida de las zonas en las cuales INGETIERRAS podía adelantar labores de extracción minera, lo que imponía la carga de mantener indemne y funcional dicho elemento (...) lo que trajo como consecuencia que las aguas que venían naturalmente de los demás predios de Haras Santa Lucía terminaron desembocando de forma directa en los predios explotados por INGETIERRAS, circunstancia que a la postre y de manera adicional implicó un inadecuado manejo de aguas, lo que ocasionó demoras en la ejecución de las actividades por parte de INGETIERRAS en los predios, en tanto el tiempo que invirtieron sacando dichas aguas, bien habrían podido destinarlo a las labores de recuperación y readecuación de los terrenos*"⁴¹.

Finalmente, indicó la convocante que Ingetierras extralimitó las celdas No. 11 y 12, al realizar labores de excavación y extracción dentro de las franjas de aislamiento que debían respetarse dentro del Río Negro.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA.

Acerca del particular la convocada aseveró en sus alegatos que "La primera etapa de la explotación minera es la excavación que permitirá la extracción del material aluvial. La profundidad esperada de esa excavación era de 6,5 m (1,0 m de material orgánico y 5,5 m de material aluvial); en consecuencia, el volumen excavado sería de 327.275 m³ (50.350 m² * 6,5 m); el volumen de material aluvial que se esperaba obtener era de 276.925 m³ (50.350 m² * 5,5 m). Todo lo anterior, sin considerar que el lago allí existente seguiría. Pero el lago existente, según lo inicialmente acordado, debería permanecer. En consecuencia, es necesario tener en cuenta su volumen porque él disminuye esos volúmenes de excavación y de lleno; para calcular el volumen de ese lago es necesario tener en cuenta el área del espejo de agua (2.294 m²) y el área de su contorno vegetal con árboles (2.445 m²); para la profundidad de la excavación (6,5 m), el volumen que se quedaría sin excavar por la permanencia del lago sería 30.804 m³ {(2.294 m² + 2.445 m²) * 6,5 m}. 30 Entonces, el real volumen de excavación para la explotación minera sería de 296.471 m³ (327.275 m³ - 30.804 m³); el volumen de material aluvial que se esperaba obtener sería de 250.861 m³ (276.925 m³ - {(2.294 m² + 2.445 m²) * 5,5 m}. En consecuencia, el hueco de la excavación para extraer el material aluvial sería de 296.471 m³. **Estos datos son importantes por cuanto la actividad minera que se desarrollaría utilizaría únicamente las celdas 11 y 12 de la concesión minera de INGETIERRAS**"⁴² (Énfasis añadido).

⁴⁰ Página 65 de los alegatos de conclusión.

⁴¹ Página 68 de los alegatos de conclusión.

⁴² Página 30 de los alegatos de conclusión.

Adicionalmente aseveró que fue UMBRAL quien dio la orden de efectuar obras por fuera de las celdas No. 11 y 12, y sería esta sociedad la que se encargaría de obtener la licencia.

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

En primera medida, es menester para este panel mencionar que la realización de la explotación minera dentro de los límites establecidos en el Acuerdo Marco, fue consagrada expresamente en dicho Contrato como una obligación a cargo de Ingetierras. Así las cosas, el literal i del numeral 1.1. de la cláusula primera del Contrato indica que *“El PROPIETARIO permitirá bajo la única y exclusiva responsabilidad del TITULAR MINERO, por cuenta y riesgo de este último: i) el uso de los inmuebles para adelantar la actividad minera **autorizada en la concesión**”* (Énfasis añadido). Así mismo, en la cláusula tercera del Acuerdo Marco, regulatoria de las obligaciones del FIDEICOMISO JACARANDA, se consagró:

“3.1. Permitir al TITULAR MINERO, a través del ejercicio de las servidumbres previstas en la Cláusula Sexta del ACUERDO (en adelante “SERVIDUMBRE”), el uso de la parte de los INMUEBLES identificada en los Anexos 6A y 6B, con el fin de que se adelanten las actividades de minería autorizadas en la CONCESIÓN dentro de delimitación de las celdas de explotación señaladas en los Anexos 6A y 6B del ACUERDO”.

Igualmente, en el numeral 4.1. de la cláusula cuarta se incluyó la siguiente obligación a cargo de INGETIERRAS:

“4.1. Ejecutar las actividades de explotación autorizadas en la CONCESIÓN única y exclusivamente dentro de la delimitación de las celdas de explotación señaladas en los Anexos 6A y 6B del ACUERDO”.

Habiendo establecido que era obligación de Ingetierras efectuar la referida explotación dentro de la zona delimitada en los Anexos⁴³ del Acuerdo Marco, es menester para este panel indicar que obran en el expediente pruebas relativas a que efectivamente dicho límite fue excedido por la convocada.

En el dictamen del perito Marco Alzate de marzo de 2019⁴⁴, se señaló que *“[e]l Profesional Minero excedió los límites de explotación minera, en la zona comprendida entre el límite definido en el Título Minero y el Acuerdo Marco, y el Rio Negro, que además incidió en los reiterados eventos de inundación*

⁴³ Anexos respecto de los cuales el representante legal de Ingetierras manifestó no haber tenido inconformidad alguna: “De acuerdo con estos dos documentos, doctor Cortés, sírvase por favor señalar si INGETIERRAS señaló, o expuso, o propuso algún reparo inconformidad, objeción u oposición, frente a los Anexos que fueron, de acuerdo con el correo, previamente circulados y discutidos, y como lo muestra el Acuerdo Marco, posteriormente incorporados al mismo el 30 de septiembre de 2016. Adelante, doctor Cortés, por favor. CONTESTÓ: No señor, no presentó ningún reparo, ninguna inconformidad u oposición” (Página 13 de la transcripción).

⁴⁴ Página 20 del dictamen.

que se presentaron en la obra. El Ingeniero Restrepo, no tiene en cuenta este importante hecho técnico en su informe, por lo que su evaluación y conclusiones no corresponden a una valoración técnica de ingeniería. Para llegar a la conclusión técnica sobre ese exceso en las labores de minería, se debe verificar el plano de coordenadas de los límites mineros y los demás documentos técnicos o evidencias existentes sobre la forma en que se dio la remoción de materiales durante la explotación minera”. Así mismo indicó que “En el plano Anexo 6A del Acuerdo Marco, se delimitaron técnicamente las celdas de explotación 11 y 12, para la actividad minera”, las cuales plasmó en el siguiente plano:



Plano 6ª. Celdas de explotación 11 y 12, para la actividad minera.

Así las cosas, el referido perito Alzate señaló que “(...) Verificada la superposición realizada entre el área de explotación definido en el Acuerdo Marco y el área de explotación por parte del PROFESIONAL MINERO, se encuentra que INGETIERRAS excedió los límites acordados para la explotación minera (delimitación de las celdas 11 y 12)”⁴⁵. En consecuencia, afirmó que “[d]e acuerdo con la evaluación realizada en el presente dictamen pericial, Ingetierras realizó una sobreexplotación de 16.250 metros cuadrados, excediendo los límites definidos en el título minero y en el Acuerdo Marco, lo que causó posteriores inundaciones, y por obvias razones, mayores volúmenes de llenos para su restauración y mayor duración de tiempo en obra, lo que, junto con otros factores, incide en la no terminación oportuna de la recuperación”⁴⁶.

Así mismo, conforme a lo evidenciado por el perito Alzate, Ingetierras efectuó una excavación de la franja al interior del predio que separaba las celdas de explotación No. 11 y 12, franja que correspondía a una acequia que transportaba las aguas de los diferentes lotes del proyecto Haras Santa Lucía al Río Negro⁴⁷.

⁴⁵ Páginas 21 y 85 del DICTAMEN PERICIAL DE CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL DEL FIDEICOMISO DE ALIANZA FIDUCIARIA COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL “FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.” CONTRA INGETIERRAS DE COLOMBIA – EN REORGANIZACIÓN, elaborado por el perito MARCO ANTONIO ALZATE OSPINA.

⁴⁶ *Ibid.* Página 22.

⁴⁷ *Ibid.*

Ahora bien, en relación con este aspecto, el representante legal de Ingetierras en su interrogatorio manifestó que:

“REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: Para preguntarle, doctor Cortés: en su respuesta a la pregunta número 4, reconoció usted o señaló que sí, que este es el plano que fue concertado por las partes para la firma del Acuerdo y que forma parte del Acuerdo. En su respuesta usted señaló que la parte que se ve algo así como amarilla, que es lleno estructural, está por fuera del polígono minero, que la zona gris es el polígono de la explotación minera, de suerte que usted mismo expresó que en este plano hay unas zonas de llenos estructurales que están por fuera del polígono minero. Sin embargo, en la respuesta a la pregunta 17, usted señaló que a INGETIERRAS lo sorprendieron con la aparición – y no precisó el momento – de un nuevo plano, en donde había llenos por fuera del polígono minero. Si es tan amable usted poder explicarnos esa contradicción en su versión. CONTESTÓ: (...) Entonces no sé si es contradicción, no creo; este plano apareció en julio 25 del 2016. INGETIERRAS lo conoció en esa acta, porque participó en esa reunión, pero es muy distinto al plano utilizado para calcular los 2.500 millones de pesos. Pero este sí es el plano que está en el Acuerdo Marco. Ahí fue donde cambió el plano del 1 de abril al 25 de julio del año de 2016. Y la explotación minera va hasta la línea roja que separa el área verde amarilla, como detallamos el doctor Pinilla y yo, y el área rosadita”⁴⁸.

Por su parte, el perito Restrepo afirmó en su interrogatorio, frente a una pregunta relativa a si existía algún permiso para ocupar el cauce por parte de Ingetierras, lo siguiente: *“PREGUNTADO: Si ingeniero, ¿pero entiendo de su respuesta entonces que no se le entregó a usted ningún tipo de permiso de ocupación de cauce por parte de INGETIERRAS, para que fuera valorado por usted desde el punto de vista técnico? CONTESTÓ: No señor, no me lo entregaron. Si ANLA procedió así era que no había permiso o autorización de esa ocupación de cauce”⁴⁹ (Énfasis añadido).*

De igual manera, en Acta No. 1 de Comité Técnico⁵⁰, se indicó lo siguiente:

⁴⁸ Páginas 26 y 27 de la transcripción. Ver también declaración del referido representante legal de Ingetierras: *“PREGUNTADO: La voy a recopilar, señores Árbitros. En una de las actas que se menciona durante sus respuestas, ¿se deduce el compromiso de Umbral en obtener algún tipo de permiso frente al titular minero sobre unas zonas por fuera de las celdas? CONTESTÓ: Sí señor, ese compromiso quedó pactado en el Acta N° 2 del 25 de julio de 2016, en donde una de las tareas de Umbral era conseguir el permiso para hacer llenos en áreas por fuera de la zona de explotación; así dice textualmente el acta. Ese permiso no lo conozco yo, no existe en el expediente, nunca nos llegó. PREGUNTADO: Esas áreas de explotación por fuera de las celdas, ¿es esta misma zona verde del plano que venimos haciendo referencia? CONTESTÓ: No son áreas de explotación, doctor Rayo, son áreas por fuera de la zona de explotación, son áreas que no se explotaron, INGETIERRAS en esa zona no explotó y no obtuvo ningún beneficio. Pero sí en el Acuerdo Marco firmó el compromiso de llenar estructuralmente hasta la cota 2099, con la aclaración de que Umbral iba a aportar el permiso para hacer esos llenos”.*

⁴⁹ Página 9 de la transcripción.

⁵⁰ Contestación a la demanda parte 2 página 34. Acerca de lo consignado en esta Acta, el representante legal de Ingetierras manifestó: *“PREGUNTADO: Correcto. Creo que nos podemos quedar ahí, porque la parte importante del documento es la de: “El lleno estructural deberá llegar hasta la cota de 2099”. Para preguntarle, doctor Cortés: de conformidad con el plano que le fue puesto de presente en la pregunta anterior y en donde se señala expresamente “Terrenos después de*

“1. TEMAS TRATADOS EN LA REUNIÓN:

a) Condiciones para la explotación minera y para la ejecución de los llenos posteriores

- *Se estableció que la zona hidráulica del río Negro, la cual tiene una medida de 50 metros, no va a ser objeto de ninguna intervención.*
- *En la reunión se presentó un plano con la delimitación de las celdas de explotación minera, las cotas de inundación señaladas tanto por CORNARE como por el Ingeniero Fabio Castrellón en su estudio hidráulico y una propuesta de implantación de edificios por parte de UMBRAL. Dicho plano deberá formar parte del acuerdo a firmar como anexo 1, para mayor claridad técnica del documento.*

(...)

- *La explotación minera por parte de INGETIERRAS se desarrollará única y exclusivamente dentro de la delimitación de las celdas de explotación. Sin embargo, para efectos de llevar a cabo la explotación, ellos necesitan ejecutar unos taludes por fuera de las celdas de explotación para facilitar la extracción. Se acordó que INGETIERRAS llenará todas las zonas que intervenga, incluso aquellas que se encuentren por fuera de las celdas de explotación.*

(...)

- *El lleno estructural deberá llegar hasta la cota 2099, se realizará con limos arcillosos y cumpliendo las siguientes condiciones mínimas que fueron acordados en la reunión: (...).*

intervención de INGETIERRAS”, que aparece al frente de la línea de la cota 2099, para que con esa información le explique por favor al Tribunal qué significaba, según el Acuerdo Marco y los documentos que usted ha examinado, “dejar el terreno en la cota 2099 después de la intervención de INGETIERRAS”. Si es tan amable, adelante por favor. CONTESTÓ: Sí señor. El punto original antes de la explotación de los materiales lo pueden ver en el perfil de abajo en el plano que el doctor Pinilla está proyectando. Pero en ese original estaba en la cota 2097. El requerimiento del propietario era que los llenos estructurales, que son los que están delimitados con la línea horizontal roja que termina así diagonal, van hasta la cota 2099. Entonces ahí en la parte izquierda del plano, está el acotamiento de las diferentes líneas. La cota de abajo es la 2097, que es la cota a nivel del río, y la cota del terreno original. Esa cota era del lleno no estructural. Y a partir de la línea delimitada en el plano se debía hacer estructural de la 2097 a la 2099. Quiero aclararle a la Audiencia que el plano mencionado en el Acta 1 que el doctor Pinilla proyectó anteriormente, no coincide con este plano, porque fue un plano fue mucho anterior a la firma del acuerdo. Y lo otro que quiero aclarar es que por obligación el título minero, el titular en este caso INGETIERRAS DE COLOMBIA, se obligaba a restituir el terreno hasta la cota 2097. El acuerdo que se hizo en esa acta de subir el estructural hasta 2099, era por un convenio entre las partes”.

*Se acordó que estas especificaciones podrán ser modificadas por razones técnicas y de ingeniería y que cualquier modificación de estas deberá realizarse **por mutuo acuerdo de las partes** y con el visto bueno de la interventoría” (Énfasis añadido).*

Por su parte, en el Acta de Comité Técnico No. 2 se dispuso que: “(...) UMBRAL verificará si el permiso que tiene actualmente le permite a INGETIERRAS dar inicio al lleno identificado con color verde claro, o si deberá tramitar un nuevo permiso para dichos efectos. En todo caso, la obtención del permiso respectivo para la ejecución de los llenos en las zonas que no están dentro de las celdas de explotación será de responsabilidad de UMBRAL (...)”

Sin perjuicio de lo anterior, es menester para este panel indicar que esta manifestación en manera alguna representa una autorización por parte del FIDEICOMISO JACARANDA para que Ingetierras realizara explotación minera por fuera de las zonas delimitadas para el efecto, comoquiera que los numerales transcritos trataban de la ejecución de llenos, y no de explotación minera.

Adicionalmente, en el testimonio de la interventora María Eugenia Zuleta, esta indicó respecto de su función en relación con la explotación minera, lo siguiente: “**PREGUNTADA: ¿esa interventoría usted la realizaba respecto de la explotación minera que hacía INGETIERRAS en los terrenos? CONTESTÓ: no, exactamente mi función de interventora es únicamente con respecto a los llenos estructurales y todas las actividades que conlleva desarrollar estos llenos, como son los llenos no estructurales, manejo de aguas, la llave de confinamiento, verificar que la línea inundación cumpla cota, se haga por donde debe ir. O sea, en cuanto a la explotación minera, no, porque esa no es mi función**”⁵¹ (Énfasis añadido).

En sentido similar, aseveró el testigo Camilo Arbeláez que: “**PREGUNTADO: De conformidad con el Acuerdo Marco que usted nos dice conocer y con el título minero que esbozó al inicio de sus declaraciones, ¿era INGETIERRAS quién determinaba lo que se podía y no se podía hacer dentro de las zonas de explotación? CONTESTÓ: no, no señor, nosotros estábamos en el proceso de explotación, pero igual siempre estábamos de acuerdo a las órdenes de la interventoría. Entonces en ese momento nosotros ya estábamos en el proceso de llenar y era la interventoría la que siempre nos daba a nosotros la orden, y estaban los otros contratistas de la obra ejecutando sus obras. PREGUNTADO: ¿quién era el responsable de custodiar lo que ocurriera en la zona de explotación minera objeto de la Acuerdo Marco? CONTESTÓ: INGETIERRAS, INGETIERRAS, sí señor**”⁵² (Énfasis añadido).

Acerca de dicho particular, el representante legal de Ingetierras manifestó en su intervención, que: “**REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: Para preguntarle con fundamento, doctor Cortés, en esta información, para que nos explique por favor quién era el que tomaba las decisiones sobre qué tan profundo excavar el terreno para la extracción de los materiales aluviales. CONTESTÓ: Bueno doctor, vea, si la pregunta era quien tomaba esas decisiones, de parte**

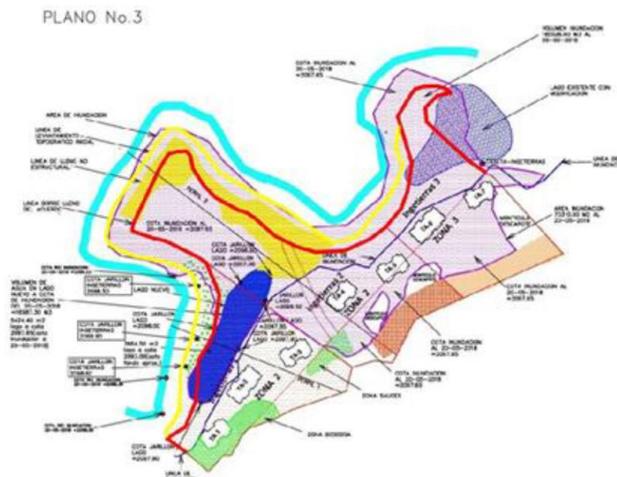
⁵¹ Página 3 de la transcripción.

⁵² Página 23 de la transcripción.

de INGETIERRAS era el personal técnico que adelantaba las explotaciones de título minero, dirigidos por el ingeniero Víctor Hugo Jiménez⁵³.

El referido representante legal también manifestó acerca de este aspecto lo siguiente: “CONTESTÓ: Ese correo surge de una decisión tomada por el PATRIMONIO AUTÓNOMO de solicitarle a INGETIERRAS que no continuara realizando llenos en la Zona 6, una zona ubicada por fuera del área del polígono minero. Tenía el PATRIMONIO AUTÓNOMO la necesidad de terminar eso llenos, por unos compromisos comerciales de unos lotes, particularmente un lote que había ahí que debían entregar. INGETIERRAS venía terminando esos llenos; la demora era la terminación de esos llenos, pero nosotros queríamos dejar presente que la Interventoría había ordenado unas sobre excavaciones en unos descapotés o en un retiro de un material vegetal, buscando que los llenos quedaran con una mejor fundación; eso generó un mayor volumen de excavación y por ende un mayor volumen de terraplén. Entonces a esa premisa es que se dice: “sin desconocer la demora”⁵⁴.

Aunado a ello, resulta relevante el informe de Interventoría⁵⁵ elaborado con corte al 31 de diciembre de 2018, en el que con claridad se reportó: “(...) la interventoría logró establecer que INGETIERRAS realizó la excavación de la franja que al interior del predio separaba las celdas de explotación 11 y 12, y que según el plano Anexo 6A correspondía al paso de una acequia que transportaba las aguas de los demás lotes del proyecto Haras Santa Lucía al Río Negro, lo que también es un desconocimiento de los límites acordados en el Acuerdo Marco “En conclusión de la interventoría INGETIERRAS no respetó los límites acordados para la explotación minera (delimitación de las celdas 11 y 12)”, para lo cual se incluyó el siguiente plano:



Esquema: En azul el río, Rojo límite de explotación del acuerdo, Y amarillo zona de explotación de Ingetierras.

⁵³ Página 16 de la transcripción.

⁵⁴ Página 20 de la transcripción.

⁵⁵ Prueba documental No. 27 de la Demanda Arbitral.

A similar conclusión arribó la interventoría en su informe del 14 de marzo de 2020⁵⁶, en el que se indicó que con corte al 6 de marzo de 2020 *“la interventoría logró establecer que INGETIERRAS realizó excavación de la franja que al interior del predio separaba las celdas de explotación 11 y 12, y que según el plano Anexo 6A correspondía al paso de una acequia que transportaba las aguas de los demás lotes del proyecto Haras Santa Lucía al Río Negro, lo que también es un desconocimiento de los límites acordados en el Acuerdo Marco, situación que además tiene incidencia en la revisión que se hizo del inadecuado manejo de las aguas por parte de INGETIERRAS”*. Acerca de dicho informe, manifestó la interventora María Eugenia Zuleta en su testimonio, lo siguiente:

“PREGUNTADA: gracias. Vaya por favor a las páginas 8 y 9 del informe de interventoría, en donde usted concluye que INGETIERRAS no respetó los límites acordados para la explotación minera. Para que nos explique por favor las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la llevaron a usted a concluir que INGETIERRAS no había respetado los límites de la explotación minera. CONTESTÓ: básicamente en el Acuerdo Marco se delimita la zona de explotación minera hasta dónde se podía llegar, y yo ahí en el informe la puse de color rojo, hasta donde en el Acuerdo, según el plano, ellos podían llegar. un día cualquiera, con topografía, haciendo cálculos de qué faltaba, nos dimos cuenta que ellos se habían pasado de esa línea. Ellos reconocieron que se habían pasado de esa línea y dijeron que ellos iban a subsanar, iban a llenar eso lo antes posible, y así lo trataron de hacer. Pero la verdad sí fue que se pasaron de la línea permitida y la explotaron también. Entonces yo lo único que hice con el plano fue darles a conocer el suceso que había ocasionado esa pasada de esa línea, que implicaba mayor explotación minera y mayor lleno no estructural, que de alguna forma si son mayores los llenos, más también se van a demorar. Pero ellos tienen total conocimiento de eso, y también soy honesta, ellos lo reconocieron que sí se habían pasado, que había sido un error no sé de quién, pero que sí, que iban a tratar lo más pronto posible de llenar ahí y así lo trataron de hacer”⁵⁷.

⁵⁶ Anexo al dictamen del perito Marco Alzate.

⁵⁷ Página 23 de la transcripción. Acerca de dicha declaración, ver también: “PREGUNTADA: arquitecta, ¿de quién era la responsabilidad para el adecuado manejo de las aguas en los predios? CONTESTÓ: Bueno, como muy bien lo dice el Acuerdo Marco, eso es responsabilidad exclusiva de INGETIERRAS. O sea, INGETIERRAS, como tenía el manejo de su explotación, en toda su responsabilidad y su conocimiento ellos tenían o tienen todavía la obligación del manejo de las aguas, que por eso digo yo que ellos en este momento mandar a bombear incluso hasta las inundaciones de las aguas lluvias, porque eso es inherente al Acuerdo Marco, está dentro de las obligaciones, ahí dice muy claro, está escrito, que ese manejo de las aguas lo deben hacer ellos, acorde a los trabajos que vayan ejecutando. PREGUNTADA: arquitecta, en las visitas periódicas que realizaba usted en su calidad de interventora del proyecto, ¿evidenció manejos equivocados de las aguas por parte de INGETIERRAS, y en caso afirmativo, si nos explica cuáles? CONTESTÓ: vea, le digo la verdad, yo no soy persona de peleas pero sí me paro en la raya a veces y muchas veces lo escribí en el libro de obra. Por ejemplo, la conducción de aguas; es cierto que a veces el nivel freático se sube o a veces las aguas de escorrentía se aumentan con las lluvias. Entonces eso lo tiene que prever uno. ¿Cómo lo prevé uno? Haciendo unas zanjas que conduzcan el agua adecuadamente para que entreguen al río tranquilamente y no turbiamente. Por ejemplo, allá había un canal con unas aguas, y en medio de la explotación esa agua empezó a correr ahí libremente, y apenas ellos se vieron encartados, trataron de encauzarlas por medio de unas tuberías, que funcionaba pero a las que ellos no le hacían el debido mantenimiento, ni en el momento que era, ni bajo las condiciones técnicas que eran, que es estar desobstruyendo eso, porque si por ahí bajo un agua, y está lloviendo, eso se va solidificando con los sedimentos. Entonces a lo último esa agua se rebosa, y en vez de pasar por la tubería, pasa por encima y se riega por todo el predio. Al pasar esto, eso tiene incluso otras connotaciones para la misma empresa de INGETIERRAS, porque se les inunda el lote, lo tienen que desaguar, lo tienen que raspar, implica más lleno para ellos, más tiempo, más trabajo. Entonces esa fue una cantaleta mía siempre, siempre,

También, en sentido semejante indicó la interventora María Eugenia Zuleta en su testimonio lo siguiente:

*“PREGUNTADA: Bien. Con la venía del Presidente me voy a permitir ponerle de presente nuevamente el anexo 8 del Acuerdo Marco, correspondiente al plano denominado “perfil de llenos”, aportado como prueba documental número 16 del escrito de demanda. Ahí lo tiene de presente, para que se sirva indicarnos, de conformidad con ese plano, cuál era la obligación de INGETIERRAS en punto de llevar los terrenos a qué índice de nivel, como a qué cota. CONTESTÓ: sí, vemos una línea central recta, que es la que dividía la zona de explotación minera de la zona de no explotación. Estamos hablando lado izquierdo, llamémoslo así, que son las que tienen las rayitas rojas, son la explotación minera, desde la línea recta roja, hacia la izquierda es una explotación minera. Hacia la derecha es una zona donde INGETIERRAS no explotaba, pero que de acuerdo con el Acuerdo Marco, **debía de llenar**, hacer los llenos estructurales hasta la cota 2.099. De la línea roja hacia la izquierda era donde INGETIERRAS explotaba la tierra, explotaba el terreno, y sacaba todo el beneficio de esa explotación, y luego debía de llenar también hasta la cota. La cota de lleno estructural es la cota 2.099, tanto en el lleno estructural en zona de no explotación, que es la del lado derecho, como en la zona del lleno de explotación minera, que es el del lado izquierdo. O sea, ambos llenos debían de quedar en la cota 2099, hubiera que llenar lo que tuviera que llenar INGETIERRAS, porque así lo dice muy claramente el Acuerdo Marco; porque como en la explotación minera él era el que manejaba sus profundidades y sus áreas de explotación, entonces eso era muy difícil de definir y me imagino yo que por eso quedó redactado así en el Acuerdo Marco. Entonces la condición que le ponían era que entregara en la cota 2.099, los llenos estructurales”⁵⁸ (Énfasis añadido).*

Ahora bien, el testigo Carlos Vásquez, quien se encontraba a cargo de la explotación minera por parte de Ingetierras, afirmó en su declaración que en el Acuerdo Marco existía claridad respecto de los límites establecidos para dicha explotación, los cuales fueron conocidos plenamente por Ingetierras, e incluso los planos contentivos de dichos límites fueron elaborados por esta:

“PREGUNTADO: Quisiera ahora que usted nos ha señalado que participó en las reuniones de negociación del Acuerdo Marco, ponerle de presente los anexos 6A, 6B y 7 del Acuerdo Marco, que corresponden a unos planos de delimitación de celdas, unas coordenadas de delimitación, y unas especificaciones técnicas de manejo de aguas, cerramientos de las celdas y manejo de ruido y polvo, que obran como prueba documental del escrito de contestación de la demanda y que ha sido puesto de presente en varias diligencias. Quisiera ponérselo de presente, con la venia del

y en algunas ocasiones hasta enojada, del poco manejo o casi mínimo manejo que le daban a eso. Entonces yo en las fotos de los informes de interventoría mostraba las tuberías obstruidas, en qué momento les había hecho el llamado, colocaba la foto del libro de obra donde les hacía el llamado de atención. Con ellos fue muy dura esa parte, fue muy dura esa parte, porque, no sé, nunca le dieron la importancia que tenía el manejo de las aguas”.

⁵⁸ Página 16 de la transcripción.

Tribunal, para preguntarle, ingeniero Carlos, si recuerda usted haber visto o haber discutido, o haber formado parte de alguna manera de la discusión de estos tres anexos que le estoy poniendo de presente. Si quiere los puede examinar en orden, si quiere primero veamos el plano de coordenadas. ¿Recuerda haber participado en la discusión de las coordenadas de los límites de explotación del Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** Sí, en las coordenadas sí las conocí, en algún momento mandamos a la topografía de nosotros también a revisar y a marcarlas en campo a ver qué influencia tenían.

PREGUNTADO: Quisiera ponerle ahora de presente el anexo 6B, que es el que tiene un listado de coordenadas, para preguntarle si recuerda ese anexo del Acuerdo Marco o esos datos que aparecen allí. Si quiere doctora Margarita, que me está apoyando con la proyección, vamos a la parte inicial del documento. Va a ver usted allí que se habla de coordenadas celda número 11, y entonces viene un listado de coordenadas, que es lo que estamos proyectando en este momento, para que pueda verlo completo, y coordenadas celda número 12. Para preguntarle, ingeniero: ¿recuerda usted quién suministró esas coordenadas para las labores que usted nos relató, esa Comisión de topografía y verificación de la mismas; quién suministró este listado de coordenadas en la negociación del Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** INGETIERRAS, pero a mí me las suministroo la gerencia, entiendo yo que era proveniente de INGETIERRAS⁵⁹.

Para este panel arbitral resulta claro entonces de lo manifestado por el perito Alzate, y también por los testigos cuyas declaraciones en el aparte correspondiente fueron transcritos en antecedencia, que los límites de la explotación minera quedaron claramente establecidos en el Acuerdo Marco, y que respecto de ellos, Ingetierras participó directamente en su determinación, luego no le resultaba dable a ella misma desconocerlos como profesional en el ámbito de ingeniería de minas, y menos utilizar como justificación de la extralimitación -que quedó no solamente demostrada sino reconocida por la convocada-, una supuesta superposición entre las áreas de explotación minera y las áreas de rehabilitación y recuperación, actividades estas últimas que debía atender en desarrollo de lo convenido en el Acuerdo Marco.

Con sustento en lo antes expuesto, para este Tribunal resulta acreditado probatoriamente que Ingetierras excedió el límite de explotación que le imponía el Acuerdo respecto de las celdas No. 11 y 12, entre otras probanzas, por lo aseverado por el perito Marco Alzate en su experticia, y específicamente por cuanto no fue probado que la extralimitación de dichas zonas de explotación hubiere correspondido a un común acuerdo de las partes, tal y como se exigió por disposición de las mismas consignada en el Acta de Comité Técnico No. 1 antes mencionada, ni tampoco aparece acreditado que hubiese mediado autorización para ello por parte de la interventoría, como lo exigía también el acuerdo consignado en dicha Acta. Como si lo anterior no fuera suficiente, tampoco habría podido llevarse a cabo una extralimitación de las zonas de explotación que no fuere debidamente

⁵⁹ Página 5 de la transcripción.

autorizada en la respectiva concesión minera, sino en virtud de una modificación de dicha concesión minera que así lo hubiese permitido, circunstancia que tampoco no apareció acreditada en el presente trámite arbitral.

Con sustento en lo anterior, el Tribunal habrá de reconocer la prosperidad de la pretensión primera de la demanda.

6. RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA, RELATIVA AL SOLICITADO INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO MARCO EN CUANTO A LA OBLIGACIÓN DE EJECUTAR LAS OBRAS DE PROTECCIÓN PARA MITIGAR EL RIESGO DE INUNDACIONES.

i. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE.

En la demanda la convocante formuló la siguiente pretensión:

“SEGUNDA (2ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en la Cláusula CUARTA (Numeral 4.3.) del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistente en ejecutar las obras de protección para mitigar el riesgo de inundaciones”.

En sus alegatos de conclusión, la convocante afirmó que la obligación contractual del manejo adecuado de las aguas implicaba *“(…) la ejecución de una serie de obras que impidieran que este factor afectara el normal desarrollo de las actividades, tanto en la fase de explotación, como en la posterior de recuperación y readecuación”*⁶⁰. Pese a lo anterior, *(…) el Titular Minero obró de forma negligente, al no haber adoptado las medidas que le permitieran garantizar dicho manejo y evitar los efectos asociados a los distintos ingresos de agua a los predios, incluidas las subidas de nivel del Río Negro, lo que generó una serie de eventos que además de constituir en sí mismos incumplimientos contractuales, contribuyeron al incumplimiento de otras obligaciones por parte de INGETIERRAS”*⁶¹.

También, esgrimió en sus alegatos la convocante que la referida obligación debía mantenerse durante la etapa de explotación minera como en la fase de recuperación y adecuación de terrenos, motivo por el cual *“(…) no existía ninguna razón para pensar que la obligación de mantener sistemas de contención de inundaciones [jarillones] cesara junto con las labores de explotación minera”*⁶².

Finalmente, aseveró que, de las pruebas documentales, testimoniales y periciales obrantes en el expediente, había quedado acreditado el incumplimiento de Ingetierras de la referida obligación.

⁶⁰ Página 70 de los alegatos.

⁶¹ Página 70 de los alegatos.

⁶² Página 72 de los alegatos.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA.

Como quiera que no existió una excepción de mérito específicamente dirigida a enervar esta pretensión, únicamente en sus alegatos, Ingetierras aseveró que la afirmación incluida en el Anexo 7 del Acuerdo Marco, relativa a las “*especificaciones de las medidas de mitigación del riesgo de inundación que se tomarán para impedir que las celdas de explotación se inunden*”⁶³, había sido mal interpretada por parte de la convocada, al asumir que esta correspondía a Ingetierras.

En ese sentido, indicó la convocada que “*la forma de mitigar el riesgo de inundaciones mediante el empleo de jarillones era una medida provisional, que debía ser aceptada por el ANLA en el Plan de Trabajo y Obras (PTO), Plan de obligatorio cumplimiento en la explotación minera que se adelantaba, siempre y cuando se tuviera el permiso de ocupación de cauce y los estudios hidrológicos e hidráulicos que respaldaran el respectivo diseño*”⁶⁴. Aseveró además la convocada que en el presente caso “*(...) no se presentó ese permiso de ocupación de cauce y por consiguiente el ANLA solicitó la demolición inmediata de esos jarillones, lo cual significa que esa demolición se dio, no por voluntad del TITULAR MINERO como lo dice abiertamente el PROPIETARIO, sino por una obligación ambiental que el ANLA hizo cumplir*”⁶⁵.

Finalmente, indicó la convocada que la referida obligación era exigible solamente durante la actividad minera, pero “*no de la protección definitiva de esa área contra inundaciones, después de terminada la restauración del terreno, como erradamente lo exige la Interventoría*”⁶⁶.

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

El Acuerdo Marco contempló en la cláusula cuarta la obligación de “*Ejecutar las obras de protección para mitigar el riesgo de las inundaciones con las especificidades y sobre las áreas previstas en el Anexo 7*”. A su vez, el Anexo 7 dispone que “*se realizará por medio de la construcción de jarillones los cuales se levantarán en área de retiro de las rondas hídricas y del polígono de la licencia. Su ubicación permite que las avenidas del río Negro no ingresen a la celda de trabajo ni a las zonas establecidas para almacenamiento y/o acopia de material (...) **Una vez culminada la actividad de extracción se procede a su desmonte y el material que se utilizó para su construcción pasa a ser parte del proceso de recuperación de las celdas a nivel original o cota existente antes de la recuperación***”.⁶⁷ (Énfasis añadido)

⁶³ Página 84 de los alegatos.

⁶⁴ Página 85 de los alegatos.

⁶⁵ Página 85 de los alegatos.

⁶⁶ Página 85 de los alegatos.

⁶⁷ Anexos a la demanda parte 3, página 117.

Resulta necesario para este Tribunal precisar en primera medida de la sola literalidad de los apartes transcritos, e invocados por la convocante, que la instalación de jarillones para evitar inundaciones se limitaba a su permanencia durante la fase de extracción.

No obstante, en la cláusula quinta se establecieron las obligaciones en cabeza de Ingetierras, relativas al lleno estructural, actividad que se llevaría a cabo en la fase de recuperación y rehabilitación del terreno, dentro de las cuales se incluyó: “[s]i se presentan zonas de escorrentías de agua o materiales muy húmedos, se deben construir drenajes con geotextil, tubería drenante y piedra con el objeto de mejorar la capacidad del terreno que soportará el relleno”.

Acerca del pretendido incumplimiento de la obligación antes mencionada, obran pruebas en el expediente que permiten establecer que aquella no fue atendida a cabalidad por parte de Ingetierras.

A propósito de lo anterior, resulta relevante para el efecto el informe de interventoría del 14 de marzo de 2020⁶⁸, en el que se indicó que:

*“La conclusión de esta interventoría es que las obras de protección, no fueron, ni han sido suficientes, ni coordinadas a tiempo de acuerdo con los acontecimientos. Se ha solicitado especificación de las medidas de mitigación del riesgo de inundación, que debe tomar Ingetierras para impedir que en el área que queda, de donde se realizó la explotación, no se inunden nuevamente, ya que pueden causar daños a los llenos ejecutados y/o a cualquier otra obra.
(...)”*

Inicialmente con la explotación minera, INGETIERRAS ejecutó unos jarillones de protección paralelos al río y en la medida en que se empezaron a ejecutar y dar término a los llenos con las cotas indicadas por INGETIERRAS, ellos mismos desmontaron dichos jarillones. Posteriormente Ingetierras, como consecuencia de las inundaciones, implementa nuevamente jarillones de protección en la zona del lleno no estructural, zona 2 y zona 3, impidiendo estos que el agua lluvia y del río inundaran las celdas de explotación. Es muy importante que a la fecha se generen obras adecuadas, técnicas y suficientes de protección necesarias, que cumplan según las normas ambientales, para mitigar los riesgos de inundación.

Las inundaciones producidas por el río Negro han permitido identificar las zonas por donde el agua accede a los predios, esto es por donde no hay jarillones naturales, por lo tanto, queda demostrado que Ingetierras construyó jarillones de manera insuficiente y poco adecuados, y a la fecha en algunas zonas aledañas al río, se puede visualizar claramente como la falta de estos jarillones, facilitan que las inundaciones continúen presentándose periódicamente en época de invierno.

(...)

⁶⁸ Anexo al dictamen del perito Marco Alzate.

La situación por falta de medidas y falta de manejo adecuado de las aguas que ingresan a los predios, y que ya ha sido explicada, se puede resumir en: (i) inexistencia de jarillones para el control de inundaciones, (ii) inexistencia de filtros adecuados, para conducir y entregar las aguas, (iii) la inexistencia de zanjas y cañuelas elaboradas técnicamente, y la falta de mantenimientos de las existentes, también para la conducción y entrega de aguas, (iv) la falta de mantenimiento de las obras existentes, en cuanto a la conducción del agua lluvia de una zona a otra, (v) La destrucción de la acequia que transportaba las aguas del proyecto al Río Negro, excediendo los límites fijados para la actividad minera, y (vi) la falta de bombeo adecuado del agua, que permita sacarla del predio, pueden hacer que afecte las labores del lleno estructural y no estructural y además pueda ocasionar daños a los llenos ya ejecutados” (Énfasis añadido).

Al respecto, en el interrogatorio rendido por el perito Restrepo, éste reconoció lo siguiente:

“PREGUNTADO: (...) desde el punto de vista técnico, a partir de esa orden de ANLA, ¿es posible o era posible para INGETIERRAS, construir los jarillones por fuera de la zona de retiro? Desde el punto de vista técnico, ¿eso es posible? CONTESTÓ: Si llamamos fuera de la zona de retiro, ojo, fuera de la zona de retiro, es decir, hacia la zona de edificación, se podrían hacer porque sería responsabilidad del proyecto urbanístico. En la zona de inundación, en la llanura de inundación, era imposible porque se necesitaban hacer unos estudios especiales, tanto hidráulicos, hidrológicos, como de ocupación de cauce para que se diera ese permiso. PREGUNTADO: ¿Es decir que desde el punto de vista técnico, puramente técnico, la orden de ANLA lo único que impedía era construir jarillones dentro de la zona de retiro, pero no impedía construirlos fuera de la zona de retiro? ¿Es correcto eso? CONTESTÓ: Sí señor, es correcto, fuera de la zona de inundación se podían hacer las obras, que en efecto se hicieron posteriormente⁶⁹”.

Aunado a ello, el dictamen de contradicción elaborado por el perito Marco Alzate indicó que:

“El PROFESIONAL MINERO ha sido el encargado del manejo de los jarillones y las obras de mitigación de inundaciones durante la ejecución de las actividades, incluida la etapa de recomposición o rehabilitación de los terrenos. Ingetierras, además de estar físicamente en el terreno y estar técnicamente encargado de las obras, tiene el conocimiento técnico, los recursos y la experiencia que le permite prever esos riesgos y adoptar las medidas para prevenirlos, mitigarlos o superar sus efectos en obra. Los informes técnicos del ANLA citados en el Auto No. 6187 del 1 de julio de 2020 indican: “Durante la visita de seguimiento realizada los días 17 y 18 de febrero de 2020, se realizó un recorrido por los frentes mineros y en ambos se observó la zona de retiro del cauce del río Negro. En el Frente Haras no se observaron jarillones de protección, sin embargo, en

⁶⁹ Página 3 de la continuación de la transcripción.

el Frente Guayabito, se apreció el jarillón que separa la Celda 2 del cauce del Río Negro y visualmente, no se cumplía la distancia mínima (30 m) requerida para la zona de retiro.” De acuerdo con la evaluación realizada, se puede concluir que ha sido inadecuado el manejo de las aguas en los terrenos por parte de INGETIERRAS, así como deficientes las obras de protección necesarias para mitigar el riesgo de inundaciones, lo que ha tenido efecto directo en los atrasos de las obras. Las obras de protección ejecutadas por el PROFESIONAL MINERO, fueron insuficientes, no se ejecutaron a tiempo, y actualmente se siguen presentando riesgos de inundación de las áreas donde se realizó la explotación, lo que genera un alto riesgo de daños a los llenos ejecutados y a las obras ejecutadas en el proyecto urbanístico. Se requieren obras adecuadas, técnicas y suficientes de protección necesarias, que cumplan según las normas ambientales, para mitigar los riesgos de inundación”⁷⁰.

Adicionalmente, el referido perito Alzate resumió la falta de medidas y manejo adecuado de las aguas en los siguientes puntos:

- “• *inexistencia de jarillones para el control de inundaciones.*
- *inexistencia de filtros adecuados, para conducir y entregar las aguas,*
- *Insuficiencia de zanjas y cañuelas elaboradas técnicamente, y la falta de mantenimientos de las existentes, también para la conducción y entrega de aguas,*
- *la falta de mantenimiento de las obras existentes, en cuanto a la conducción del agua lluvia de una zona a otra,*
- *La destrucción de la acequia que transportaba las aguas del proyecto al Río Negro, excediendo los límites fijados para la actividad minera, que impactó en su momento*
- *la falta de bombeo adecuado para el manejo del agua, que permita sacarla del predio, pueden hacer que afecte las labores del lleno estructural y no estructural y además pueda ocasionar daños a los llenos ya ejecutados”⁷¹.*

Ahora bien, indicó el perito Alzate respecto de la pluviosidad y tendencia a inundaciones de la zona objeto de la explotación, lo siguiente:

“Revisada la información de la bitácora en ese periodo y reportes de pluviometría, encontramos que es completamente erróneo que durante el periodo de octubre 1 de 2016 a diciembre 31 de 2018, en total más de 790 días, se halla presentado “precipitaciones diarias superiores a los 10 mm”. La aseveración del perito es especulativa y se contradice con los reportes de la bitácora, y los índices de pluviosidad de la zona.

(...)

⁷⁰ Página 40 del dictamen.

⁷¹ Página 44 del dictamen.

El Perito confunde la precipitación promedio diaria (6 mm por día) que resulta de dividir la precipitación total del año, por el número de días, con el concepto de eventos de lluvia, los cuales claramente superan en cualquier zona los 20 o 30 mm por evento, Desde el punto de vista técnico es imposible determinar el impacto de la pluviosidad, sin realizar una evaluación de las curvas de intensidad, frecuencia y duración”⁷².

En complemento de lo anterior, resulta preciso resaltar lo indicado por la ANLA en la Resolución No. 01158 del 25 de septiembre de 2017⁷³, con sustento en el Concepto técnico No.04099 del 29 de agosto de 2017 emitido por el Grupo Interno de Subdirección de Evaluación y Seguimiento de la misma entidad, en la que se indicó que:

“Manejo de aguas: no se realiza un adecuado manejo de aguas, y por la cercanía al río el nivel freático es muy superficial, esto sumado a las aguas lluvias y de escorrentía, ocasiona la presencia constante de agua en la celda, la Empresa adecuó un canal en el costado NE de la explotación, pero no se manejan pendientes ni conexión de canales, que busquen encausar las aguas al canal principal, tampoco se evacuan de la celda al canal, por medio de motobomba, lo que ocasiona el represamiento del líquido, sobre todo en el área inicial de la explotación (Fotografía 6).

El canal tiene una longitud aproximada de 350, comienza en el límite superior de la celda 11 bordean todo el costado del Jarillón en el sector NE, en este punto su profundidad es mínima, no se encuentra bien definido y presenta saturación porque el material explotado cae dentro de su cauce (Fotografía 7), sigue su trazado pasando a la celda 12, en el límite de estas dos celdas recibe las aguas provenientes de la parcelación de Haras Santa Lucia, recogidas por medio de antiguos canales que años atrás se utilizaron en el cultivo de flores (Fotografía 9), bordea la vía de acceso en el terreno de la celda 12. En este sector se presenta mayor profundidad y definición del mismo (Fotografía 9), hasta llegar a un pozo donde represa el agua y con la ayuda de un geotextil (Fotografía 10), se proporciona un ineficiente proceso de sedimentación, el agua es bombeada con motobomba, a un lago de propiedad de Haras Santa Lucia que tiene un canal directo al río Negro (Fotografía 11). En general en la visita se pudo ver, que no se le realiza una adecuación efectiva al canal de recolección de aguas freáticas y superficiales, que permita encausar las aguas que llegan al interior de la explotación, la falta de mantenimiento ocasiona represamiento y sedimentación demorando la evacuación de las mismas”.

En concordancia con lo anterior, la interventora María Eugenia Zuleta manifestó en su declaración lo siguiente:

“PREGUNTADA: (...) ¿de quién era la responsabilidad para el adecuado manejo de las aguas en los predios? CONTESTÓ: Bueno, como muy bien lo dice el Acuerdo Marco, eso es responsabilidad exclusiva de INGETIERRAS. O sea, INGETIERRAS, como tenía el manejo de

⁷² Páginas 53 y 54 del dictamen.

⁷³ Anexos a la demanda parte 4, página 68.

su explotación, en toda su responsabilidad y su conocimiento ellos tenían o tienen todavía la obligación del manejo de las aguas, que por eso digo yo que ellos en este momento mandar a bombear incluso hasta las inundaciones de las aguas lluvias, porque eso es inherente al Acuerdo Marco, está dentro de las obligaciones, ahí dice muy claro, está escrito, que ese manejo de las aguas lo deben hacer ellos, acorde a los trabajos que vayan ejecutando⁷⁴.

(...) en las visitas periódicas que realizaba usted en su calidad de interventora del proyecto, ¿evidenció manejos equivocados de las aguas por parte de INGETIERRAS, y en caso afirmativo, si nos explica cuáles? CONTESTÓ: (...) Por ejemplo, la conducción de aguas; es cierto que a veces el nivel freático se sube o a veces las aguas de escorrentía se aumentan con las lluvias. Entonces eso lo tiene que prever uno. ¿Cómo lo prevé uno? Haciendo unas zanjas que conduzcan el agua adecuadamente para que entreguen al río tranquilamente y no turbidamente. Por ejemplo, allá había un canal con unas aguas, y en medio de la explotación esa agua empezó a correr ahí libremente, y apenas ellos se vieron encartados, trataron de encauzarlas por medio de unas tuberías, que funcionaba, pero a las que ellos no le hacían el debido mantenimiento, ni en el momento que era, ni bajo las condiciones técnicas que eran, que es estar desobstruyendo eso, porque si por ahí bajo un agua, y está lloviendo, eso se va solidificando con los sedimentos. Entonces a lo último esa agua se rebosa, y en vez de pasar por la tubería, pasa por encima y se riega por todo el predio. Al pasar esto, eso tiene incluso otras connotaciones para la misma empresa de INGETIERRAS, porque se les inunda el lote, lo tienen que desaguar, lo tienen que raspar, implica más lleno para ellos, más tiempo, más trabajo. Entonces esa fue una cantaleta mía siempre, siempre, y en algunas ocasiones hasta enojada, del poco manejo o casi mínimo manejo que le daban a eso. Entonces yo en las fotos de los informes de interventoría mostraba las tuberías obstruidas, en qué momento les había hecho el llamado, colocaba la foto del libro de obra donde les hacía el llamado de atención. Con ellos fue muy dura esa parte, fue muy dura esa parte, porque, no sé, nunca le dieron la importancia que tenía el manejo de las aguas⁷⁵.

También, el testigo Guillermo Escobar indicó lo siguiente:

“PREGUNTADO: (...) ¿quién era el responsable de tener el cuidado de que no se suspendieran los drenajes, y quién era el responsable de que los jarillones se ejecutaran como debían ser; quién era el responsable de que hubiera contención; quién era el responsable de que hubiera filtros en esa parte del terreno asignada a INGETIERRAS para su explotación? CONTESTÓ: Pues en mi concepto el responsable es el minero, que es quien sabe el oficio, quien encontró un lote en unas condiciones y las modificó totalmente, que es quien conoce la zona⁷⁶.”

⁷⁴ Página 24 de la transcripción.

⁷⁵ Página 24 de la transcripción.

⁷⁶ Página 24 de la transcripción.

Por su parte, el testigo Jhon Mario Ramírez indicó respecto de las inundaciones acontecidas, lo siguiente:

“PREGUNTADO: Gracias ingeniero. Hizo usted referencia a que el proyecto sufrió una inundación importante. ¿Usted puede recordarnos por favor cuál fue la fecha de esa inundación a la que usted hizo referencia? CONTESTÓ: Sí, claro. El proyecto sufrió, grande, grande fueron varios eventos, tres eventos; el primero se produjo en el momento de los retiros de los jarillones, ordenado por el ANLA; ese fue a finales, en la época de invierno del mes de diciembre del 2017, donde el río creció, creció bastante, y ya habíamos retirado los jarillones, entonces las áreas de explotación mientras bregábamos a llenar el área del meandro, para poder volver a colocar jarillones parciales dentro del área que no fuera pedida, que no fuera zona de exclusión; en ese tiempo nos entró agua, esa parte. El segundo gran evento grande fue producido en mayo del 2018, que por efectos de una obra en la zona 1 que realizó Serving, se nos entró el agua y nos inundó todo el trabajo que veníamos haciendo en la zona 2, al reventarse el lago que se había fabricado en esa zona. Todo eso nos inundó toda la zona de explotación en pleno invierno. Por ahí se nos entró el agua y nos hizo ese daño, ya veníamos nosotros en proceso de recuperación del meandro. Y la última fue en ese mismo año, en un proceso de invierno también grande, que íbamos a construir los jarillones y uno de los jarillones que habíamos acabado de hacer, fue sobrepasado por el nivel del río y nos inundó la parte de la recuperación de la zona 2 y de la zona 3, pero de la parte constitutiva de la parte minera. Esa fue la última digamos gran inundación que hubo en esa parte. PREGUNTADO: Gracias ingeniero. Para preguntarle entonces: ha señalado usted que una de las inundaciones importantes ocurrió en mayo de 2018, y como hemos visto, de las anotaciones que le hemos puesto de relieve sobre la motobomba; pues entre abril 20 y julio 27 de 2018, que abarca mayo de 2018, la motobomba tuvo 8 anotaciones de daños. Para preguntarle si esos daños, esos 8 daños o esas 8 anotaciones de daños en la motobomba, ocurridas precisamente en ese periodo que usted ha señalado de inundaciones, ¿tuvo alguna repercusión negativa en la posibilidad de INGETIERRAS de evacuar las aguas y evitar que la crecida del río o el régimen de lluvias produjera un efecto contrario en su cronograma? CONTESTÓ: En tiempo de invierno la varada de la bomba era importante, porque, vuelvo y repito, el nivel de las aguas de escorrentía siempre afectaban mucho la parte, afectaban bastante la zona de recuperación de la celda 12, que es la que más se afectaba con esa parte de las aguas que llegaban de la zona de la construcción. Entonces sí, si la motobomba se varaba en tiempo de invierno y el lago estaba con alguna connotación, vuelvo y le explico; sí, sí nos afectaba. Pero vuelvo y le repito, desde el punto de vista mecánico cualquier aparato, ya sea eléctrico, ya sea netamente mecánico, se vara; lo importante era tratar de recuperar y volver a adelantar eso. Ese podía ser uno de los días que se podía digamos perder parte del trabajo.

(...)

PREGUNTADO: Gracias ingeniero. ¿Recuerda usted en este proyecto, que por lo que usted ha señalado sigue al frente del mismo, cuántas motobombas tenía o tiene INGETIERRAS dedicadas al mismo? ¿Cuántos equipos de motobombas? CONTESTÓ: Nosotros tenemos actualmente dos

motobombas; una en stand by en INGETIERRAS, que se mantienen en la bodega, y la otra activa en el frente de trabajo; en el frente de trabajo se tiene una no más, y la otra se mantiene acá. Cuando hay un daño grande, vuelvo y te digo, un inducido o alguna cosa, a veces se lleva la otra motobomba. ¿Qué problema tiene una de las motobombas que tenemos nosotros? Es del tipo eléctrico de jalonamiento inicial; hay una que tiene un tipo, que su arranque era en estrella y era más difícil de operar; entonces bregábamos a no utilizarla mucho para que no se me enredaran mucho los operadores, los muchachos que tengo allá, porque no tengo una persona, o sea, la persona especialista en la parte eléctrica la tengo en la planta, no allá; entonces bregamos a poner la más sencilla, la que yo le digo a usted que se acciona de un botón, y esa es la que generalmente teníamos allá”⁷⁷. (Énfasis añadido)

Para este panel arbitral entonces, ha quedado acreditado por medio de las piezas procesales antes invocadas, es decir por el dicho de los testigos María Eugenia Zuleta (interventora), Guillermo Escobar y Jhon Ramírez, así como por lo consignado por el perito Alzate en su experticia, por cuanto la vocación de inundación de la zona y los altos índices de pluviometría para las épocas de inundación fueron descalificados técnicamente. En consecuencia, deviene con claridad que Ingetierras no dio cumplimiento a su obligación en materia de manejo de aguas para evitar inundaciones, la cual, si bien se encontraba contenida en disposiciones contractuales distintas (cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco), abarcaba no solo la fase de explotación minera, sino también la de rehabilitación y recuperación del terreno, como se expuso con claridad en los apartes precedentes. Por estas razones, este panel arbitral habrá de declarar la prosperidad de la pretensión segunda de la demanda arbitral.

7. RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES TERCERA, CUARTA Y QUINTA.

El Tribunal procederá a resolver las pretensiones tercera, cuarta y quinta conjuntamente, toda vez que las mismas se refieren a incumplimientos contractuales, cuyo sustento fáctico y probatorio guarda relación entre sí. Asimismo, los argumentos de defensa esgrimidos por la convocada se formularon de forma transversal para estas tres pretensiones.

7.1. RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN TERCERA: ¿INGETIERRAS INCUMPLIÓ LA OBLIGACIÓN PREVISTA EN LAS CLÁUSULAS PRIMERA (NUMERAL 1.1., LITERAL II), CUARTA (NUMERALES 4.4., 4.6.1, Y 4.6.2.), Y QUINTA DEL ACUERDO MARCO, CONSISTENTE EN LLEVAR A CABO TODAS LAS OBRAS O ACTIVIDADES DE REHABILITACIÓN Y READECUACIÓN DE LOS INMUEBLES PARA QUE EL PROPIETARIO PUDIERA DESTINAR ESTOS A LOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS E INMOBILIARIOS AUTORIZADOS CONFORME A LAS LICENCIAS Y DEMÁS PERMISOS, INCLUIDOS LOS LLENOS ESTRUCTURALES Y NO ESTRUCTURALES SOBRE LAS ÁREAS, EN LOS PLAZOS Y BAJO LAS CONDICIONES TÉCNICAS DEL ACUERDO?

⁷⁷ Páginas 27 y 28 de la continuación No. 2 de la transcripción.

i. **POSICIÓN DE LA CONVOCANTE:**

De acuerdo a lo señalado en el hecho décimo sexto del escrito de demanda:

*“(...) El **FIDEICOMISO** e **INGETIERRAS**, procedieron a negociar las condiciones en las que cada una de ellas asumiría derechos y obligaciones para permitir la explotación minera, salvaguardando la recuperación y readecuación de los predios en fechas y condiciones determinadas, para que al finalizar las labores de minería, los predios pudieran ser destinados al desarrollo urbanístico e inmobiliario, (...)”.*

A su turno, en el hecho número diecisiete (17) del mismo memorial, la parte convocante anota que:

*“[d]urante las tratativas, esto es, antes de la suscripción del **ACUERDO MARCO**, el **FIDEICOMISO** puso de manifiesto a **INGETIERRAS**, de forma clara e inequívoca, que para el **PROPIETARIO** resultaba fundamental que los **INMUEBLES**, luego de su explotación por parte del **TITULAR MINERO**, fueran puestos en condiciones necesarias para el desarrollo urbanístico e inmobiliario y restituidos en fechas ciertas que debían ser pactadas tomando en consideración las posibilidades y necesidades de ambas partes”.*

Siguiendo la misma idea, en el hecho trigésimo noveno de la demanda que se viene citando, la convocante también indicó:

*“En el **ACUERDO MARCO** las partes acordaron que **INGETIERRAS** ejecutaría todas las obras necesarias, no solamente para dejar el predio en el estado en que se encontraba antes de la explotación minera -obligación legal que tienen (sic) todo explotador minero- sino además, otras obras y actividades requeridas y definidas por las partes como necesarias para la adecuación de los terrenos de cara a las necesidades propias del proyecto “**HARAS SANTA LUCÍA**” (...)”.*

Por su parte, en el hecho 20.3 de la misma demanda, la parte convocante adujo que, en su sentir, las cláusulas 1.1 literal ii, 4.4., 4.6.1, 4.6.2 y 5 del Acuerdo Marco implicaban el compromiso contractual de **INGETIERRAS** de llevar a “(...) cabo, por su cuenta y riesgo, las obras requeridas para la rehabilitación y readecuación del predio, esto es, no solamente para volverlo al estado en que se encontraba antes de la explotación minera -lo que constituye una obligación legal de todo explotador minero-, sino para dejarlo apto para el desarrollo constructivo de las obras del proyecto “**HARAS SANTA LUCIA**” (...)”.

Más adelante, en el numeral 20.5, la convocante aseveró que, de acuerdo a la delimitación geográfica realizada en el Anexo No. 14 del Acuerdo Marco, la zona 1 debía entregarse el 30 de septiembre de 2017, la zona 2 el 15 de febrero de 2018 y la zona 3 el 15 de junio de 2018; de conformidad con la cláusula 4.8 del acuerdo contractual.

Específicamente, con respecto a lo que la accionante llama “obras de rehabilitación y readecuación”, en el hecho cuadragésimo de la demanda se hace referencia a llenos estructurales y llenos no

estructurales. En respuesta a este supuesto fáctico, INGETIERRAS agregó la existencia de la llave de protección o de confinamiento, entre ambos tipos de lleno. En cuanto a los llenos estructurales, en el hecho número cuarenta y uno de la demanda se menciona que, en el Anexo No. 8 del Acuerdo Marco, se señalaron 2 tipos de llenos estructurales: (i) un bloque o capa para realizar recomposición del terreno antes del estado original o cota en la que se encontraba el terreno antes de la intervención de INGETIERRAS, y (ii) cimentación para edificaciones futuras, lleno que parte desde la cota en la que se encontraba el terreno antes de la intervención de INGETIERRAS hasta la cota 2099 (pactada como nueva cota a la que debe llegar INGETIERRAS después de su intervención).

La convocante indica en el hecho cuadragésimo quinto que, con corte al 28 de mayo de 2019, para la zona 1 faltan por ejecutar las siguientes cantidades de llenos estructurales: 2.549,70 m³, en la zona 2 44.333,35 m³, mientras que en la zona 3 35.386,75 m³; para un total: 82.269,80 m³. En el hecho siguiente, y para la misma fecha, la accionante acota que los llenos no estructurales faltantes son: zona 1 (0 m³), zona 2 (26.632,63), y zona 3 (23.998,41 m³); total: 50.631,04 m³.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA:

Por su parte, la convocada formuló en la contestación a la demanda las excepciones de: “*excepciones de contrato no cumplido por el FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.*”, “*la mora purga la mora*”, “*negligencia de la demandante en recibir las obras*” y “*temeridad, mala fe y abuso del derecho*”.

En los alegatos de conclusión, la convocada no hizo referencia a las pretensiones bajo estudio. Sin perjuicio de lo anterior, puso de presente que la convocante incurrió en incumplimientos graves del Contrato que alteraron el plazo del mismo y las prestaciones económicas a favor del Contratista. En primer término, la convocada evidenció que la información compartida entre las partes en la etapa precontractual difiere de la información contenida en el Acuerdo Marco. Además, puso de presente la presunta falta de claridad del texto del acuerdo traído a este arbitraje, así como la existencia de supuestos vicios e inexactitudes en los planos entregados por la convocante; en segundo lugar, se refirió a modificaciones al contrato ocurridas durante la ejecución del mismo, en particular a las modificaciones causadas por la Interventoría, la cuales conllevaron a la ejecución de obras adicionales; también hizo referencia a la exigencia del cumplimiento de obligaciones inexistentes.

Así las cosas, con base en los anteriores planteamientos fácticos, las respuestas que frente a los mismos brindó INGETIERRAS en su contestación a la demanda, y los argumentos de defensa y medios exceptivos propuestos por la convocada, procederá el Tribunal a analizar la existencia y alcances de las acusaciones de incumplimiento contractual que dan sustento a la pretensión en comento:

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

i. **ACLARACIÓN PREVIA:**

- a. **EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SE CIRCUNSCRIBIRÁ AL ALCANCE Y CUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES DERIVADAS DEL ACUERDO MARCO, NO DE AQUELLAS QUE SIMPLEMENTE FUERON PROPUESTAS O DISCUTIDAS DURANTE LAS TRATATIVAS. INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.**

El Tribunal ha observado que, tanto en la contestación a la demanda arbitral como en sus alegatos de conclusión, INGETIERRAS ha manifestado una serie de reproches al texto contractual constitutivo del Acuerdo Marco, así como de sus anexos técnicos, en razón a que los mismos, en su opinión, no recogen fielmente lo discutido y ofertado a lo largo de la etapa de tratativas precontractuales.

Sobre el particular, el Tribunal quiere dejar claro, desde ya, que, aunque tales elementos anteriores a la suscripción del Acuerdo Marco pueden llegar a ser útiles para la interpretación del mismo, las quejas a las que se ha hecho alusión resultan irrelevantes e inidóneas para que el Tribunal se aleje de la realidad contractual mostrada y desarrollada a partir del tenor del Acuerdo Marco o del documento comprensivo del mismo. Lo anterior, como quiera que no existe ningún elemento jurídico que permita al Tribunal desconocer o apartarse del texto contenido en dicho documento, como punto de partida mandatorio para dilucidar la viabilidad de la pretensión incoada.

En efecto, no obstante que INGETIERRAS se duele que algunos aspectos (v.gr. alcance de los trabajos de los llenos por fuera de la zona de explotación minera) no fueron objeto de discusión entre las partes, lo cierto es que, de todos modos, INGETIERRAS no manifestó salvedad alguna a la hora de suscribir el Acuerdo Marco y sus anexos. Antes bien, admitió de manera explícita que dicha convención recogía holísticamente los acuerdos logrados: ***“VIGÉSIMA SEGUNDA.- INTEGRIDAD: El ACUERDO y el contrato de indemnización de servidumbres mineras que se celebran en forma simultánea, contienen la totalidad de las estipulaciones entre las PARTES sobre las materiales que allí se regulan y dejan sin efecto cualquier otro acuerdo anterior sobre los mismos asuntos”***.

De otra parte, entiende el Tribunal que INGETIERRAS no es ningún neófito en los temas relativos a la exploración y explotación minera, así como a sus actividades consecuenciales o complementarias (v.gr. realización de obras sobre predios). Por ende, resulta inverosímil suponer que INGETIERRAS no tenía la capacidad de comprender y de entender la dimensión del negocio jurídico al cual se estaba comprometiendo. Adicionalmente, dado su objeto social y experiencia, a INGETIERRAS le asiste, indudablemente, una acentuada carga de sagacidad a la hora de informarse respecto de las especificaciones técnicas que se requerían para lograr el cometido pretendido por las partes del Acuerdo: acometer la explotación minera autorizada por el Estado, con la posterior rehabilitación y readecuación de los predios para la materialización de las actividades urbanísticas de las cuales buscaba beneficiarse el propietario de los inmuebles.

Por el contrario, el Tribunal encuentra que el acervo probatorio recopilado enseña que INGETIERRAS no solo no era víctima de barrera alguna a la hora de negociar el clausulado contractual, sino que

participó activamente en dicha actuación; al punto de no formular objeción alguna a la hora de manifestar su voluntad de comprometerse con el cumplimiento del Acuerdo Marco:

Sobre este aspecto, el Ingeniero Héctor Enrique Cortés, representante legal de INGETIERRAS declaró:

*(...) **PREGUNTA # 1:** Muy bien. Señor Héctor Cortés, tiene usted de presente un correo electrónico que está dirigido por Ángela María Caicedo, el viernes 18 de diciembre de 2015, relativo a un asunto denominado “REUNIÓN INGETIERRAS”, y que me voy a permitir leerle en la parte que le interesa a la parte demandante. “Buenas tardes a todos. En el día de hoy nos reunimos con Víctor Jiménez, gerente operativo de Ingetierras, con la finalidad de informar de manera clara a Ingetierras lo que se pretende desarrollar urbanísticamente el predio objeto del título minero y manifestar que la propuesta de recuperación ambiental de esta zona mediante la implementación de lagos artificiales no es de nuestro interés. Como conclusión de la reunión se tiene que aún en estas condiciones Ingetierras sigue interesado en efectuar la explotación minera, y por lo tanto está dispuesto a entregar la tierra después de efectuar la explotación minera en mejores condiciones que las actuales, para lo cual propuso efectuar los siguientes rellenos, lo cual debe de ser analizado en una reunión conjunta de técnicos. 1) Relleno estructural. Se efectuará en los suelos donde se ubicarán las construcciones. 2) Relleno paisajístico. Se efectuará con el descapote de los suelos explotados. Bajo este entendido se advierte que el relleno urbanizable lo asumirá Ingetierras como medida de recuperación del terreno. Para lograr dicho objetivo se deberá firmar un acuerdo de voluntades en el cual quede claro cuál será el beneficio que la tierra obtendrá después de la explotación y se establece la siguiente ruta de trabajo: 1. Enviar a Ingetierras el proyecto urbanístico de la zona en cuestión definitivo con la finalidad de determinar las condiciones de relleno. 2. Reunimos con los técnicos de INGETIERRAS para conocer las condiciones de relleno, tanto estructural como paisajística, materiales, volúmenes, obras. 3. Evaluar y aprobar la propuesta de relleno elaborada por Ingetierras con nuestros técnicos. 4. Con fundamento en la propuesta de Ingetierras y nuestros estudios se elaborarán los términos de referencia de los rellenos que deberán efectuarse. 5. Elaborar el acuerdo de voluntades en el cual se especifiquen las condiciones de relleno, el cronograma de explotación y de recuperación del terreno, las medidas de mitigación que reducirán los impactos negativos que produce la explotación minera y el valor de la indemnización. Quedamos atentos a sus comentarios e inquietudes para coordinar lo antes posible la reunión para definir la forma, el tiempo, y la estrategia, y en estos términos poder definir y firmar el acuerdo de voluntades”. Para preguntarle, señor representante legal y pedirle que informe a este Tribunal, de manera detallada, qué relación ha tenido el señor Víctor Jiménez, mencionado en el anterior correo, con la Sociedad INGETIERRAS durante los últimos 10 años. **CONTESTÓ:** Doy respuesta a la pregunta del abogado: el señor Víctor Jiménez es socio de la empresa INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A., y actuó como gerente técnico de proyectos. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:** Presidente, la pregunta fue que nos explicara de manera detallada, durante los últimos 10 años, qué relación ha tenido Víctor Jiménez. De suerte que le pediría respetuosamente que instara al absolvente a que respondiera la pregunta de manera completa. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Doctor Pinilla, antes de escuchar la*

respuesta del declarante, la persona que firma o que envía el correo, ¿es quién y qué cargo tenía en qué empresa? **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:** Sí señora. Quien emite el correo es Ángela María Caicedo Rozo, para esa época gerente del área de derecho urbanístico de Pinilla González & Prieto Abogados, encargada por el FIDEICOMISO JACARANDA de adelantar o de participar en las negociaciones con INGETIERRAS para la explotación minera de la tierra del FIDEICOMISO JACARANDA, en razón a que sobre la misma o como parte del título minero que tiene INGETIERRAS formaba parte esa tierra. Entonces ella era la encargada o lideraba el equipo que negociaba con INGETIERRAS cuáles serían las condiciones para la explotación minera y la recuperación del terreno que por conocimiento de INGETIERRAS iba a ser destinado a un desarrollo urbanístico, como en efecto lo está siendo hoy; es decir, la construcción de casas, la conformación de lotes y la construcción de torres de apartamentos. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Gracias señor Pinilla. Adelante entonces doctor Cortés. **CONTESTÓ:** Yo aclaro entonces, dando respuesta a la solicitud del abogado. El ingeniero Víctor Hugo Jiménez Giraldo, nombre completo, es socio de INGETIERRAS desde su fundación hace 25 años. En su calidad de socio y gerente técnico ejercía las funciones de manejo de las zonas de explotación, de los títulos mineros, administración, manejo y cobro de los proyectos, y todo lo que tiene que ver con las obras, maquinaria, personal de obra, y personal de minas. Esas eran las funciones, siempre vino ejerciendo esa función, hasta hace dos años donde dejó de ser gerente técnico y hoy funge en calidad de socio activo, accionista activo de la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA. No sé abogado si de pronto ya quedamos claros o quiere que le amplíe más la pregunta. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:** Si el Tribunal me permite mantenerme dentro de la pregunta número 1, le pediría que detallara las funciones de Víctor Jiménez al interior de INGETIERRAS de una manera más precisa, y específicamente en relación con el tema del correo. **CONTESTÓ:** En su función como gerente operativo, gerente técnico, y el manejo de las minas y las zonas de explotación, adicional a administrar los títulos mineros en la parte técnica, hacía directamente los procesos de acercamiento; iniciaba el proceso de negociación con los propietarios de los terrenos donde se encuentran las áreas de los polígonos mineros, buscando unos acuerdos que nos permitiera bajo la ley explotar las reservas de material de cada uno de los títulos, y realizar los acuerdos para la reposición de los terrenos, según los requerimientos minero ambientales y los convenios que tuviera que hacer con los propietarios de los terrenos. (...)

EL TRIBUNAL, SECRETARIO: Perfecto, muchas gracias. Aquí lo tengo enunciado, simplemente lo leo, la prueba 23 es un correo electrónico enviado por Camilo Andrés Hermida Cadena, 16 de septiembre de 2016, a Rosa Esther Rodríguez Pardo, copiado a 11 destinatarios, entre ellos los correos gerenciaoperativa@ingetierrascolombia.com, gerencia@ingetierrascolombia.com, y hescobar1@hotmail.com, este último correspondiente al abogado Hernando Escobar, quien fue el asesor legal de INGETIERRAS en la celebración de esos contratos, con una cita allí. **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTA # 3:** Para formularle, doctor Cortés, la siguiente pregunta: en el correo se señala: “Rosa, atento saludo, gracias, en efecto al momento de circular los acuerdos los remitiremos con los anexos que en todo caso fueron enviados

por este medio el pasado miércoles a todas las partes, salvo la carta de instrucciones cuyo texto ya fue validado por ustedes. De otra parte, por favor, cuénteme si la vinculación de Ingetierras ya fue realizada, pues veo que sería el único pendiente para firmar. Muchas gracias”. Ese documento o ese correo electrónico se está poniendo de presente junto con la cláusula veintitrés del Acuerdo Marco, el que ya quedó firmado. Esa cláusula veintitrés, doctor Cortés, señala que forman parte integral del acuerdo los siguientes anexos, y me voy a referir específicamente a los anexos que se refieren a los documentos relacionados con la explotación minera y los documentos relacionados con los planos. Como usted puede observar, el Anexo 5A es el contrato de concesión celebrado entre la Gobernación de Antioquia y la Sociedad INGETIERRAS para la explotación minera; el Anexo 5B es el certificado de registro minero del contrato único de concesión; el Anexo 6 es el plano de delimitación de las celdas de explotación 11 y 12, denominado “Celdas de Explotación Sector norte”, de 5 de septiembre de 2015 del contrato de concesión para la explotación minera; el Anexo 6B son las coordenadas de delimitación de las celdas de explotación 11 y 12; el Anexo 7 son las especificaciones técnicas enviadas por INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A., que contienen las especificaciones de las medidas de mitigación del riesgo de inundación que se tomarán para impedir que las celdas de explotación se inunden, las especificaciones de los cerramientos de las celdas de explotación, y las especificaciones para el manejo de ruido y polvo; el Anexo 8 es el plano denominado “Plano 04 – Perfil de Llenos”, con fecha 18 de agosto de 2016, que contiene la Planta Llenos Ingetierras, la delimitación de las áreas de los llenos a cargo del titular minero, el perfil A-A’ INGETIERRAS, esquema del terreno antes y después de la intervención del titular minero; el Anexo 9 denominado “Plano 6 – Esquema Parque”, con fecha del 18 agosto de 2018, que contiene el esquema de diseño paisajístico de las zonas a rehabilitar después de la intervención del titular minero; el Anexo 10, plano denominado “Plano 02 – Inventario de Árboles”; el Anexo 11, plano denominado “Plano 01 – Árboles a preservar”; el Anexo 12, “Plano 03 – Zona de reposición de árboles y vivero provisional”; el Anexo 13, “Cronograma de obras”, con fecha 30 de septiembre de 2016; el Anexo 14, plano denominado “Plano 05 – Zonas de entrega”, el cual contiene la delimitación de las zonas de entrega 1, 2 y 3, y la delimitación de la servidumbre de tránsito Vía de Servicios Ingetierras; el Anexo 15, plano denominado “Montaje de Transformador para Bombeo Haras Santa Lucía”, que son los anexos relevantes para la pregunta. De acuerdo con estos dos documentos, doctor Cortés, sírvase por favor señalar si INGETIERRAS señaló, o expuso, o propuso algún reparo inconformidad, objeción u oposición, frente a los Anexos que fueron, de acuerdo con el correo, previamente circulados y discutidos, y como lo muestra el Acuerdo Marco, posteriormente incorporados al mismo el 30 de septiembre de 2016. Adelante, doctor Cortés, por favor. **CONTESTÓ:** No señor, no presentó ningún reparo, ninguna inconformidad u oposición. (...)

(...) **PREGUNTA # 4:** Gracias. Doctor Cortés, con la venía del señor Presidente, para ponerle de presente al interrogado el Anexo N° 8 del Acuerdo Marco el 30 de septiembre de 2016, que corresponde a la prueba documental número 16 del escrito de demanda arbitral, que obra en el CD aportado en el escrito de demanda, y se trata del plano denominado “04 perfil de llenos”, con fecha 18 de agosto de 2016, el cual contiene, primero, la planta de llenos INGETIERRAS, delimitación

de las áreas de los llenos a cargo del titular minero; el perfil A – A´ INGETIERRAS, esquema del terreno antes y después de la intervención del titular minero, y que contiene las convenciones y los gráficos relativos a la planta de llenos y al perfil de llenos, cuya imagen está proyectada, para que por favor usted la examine y, cuando la haya examinado, me señale que la ha examinado para proceder a formular la pregunta. **CONTESTÓ:** Ya la examiné, doctor. **PREGUNTADO:** Gracias. Entonces la pregunta es pedirle que por favor, con fundamento en ese plano, en los gráficos que contiene, en los datos y las convenciones que el mismo muestra, explique a esta Audiencia con la mayor amplitud posible, desde su conocimiento como representante legal del titular de la concesión minera, cuál es el significado que tiene toda la información de este plano, de cara al Acuerdo Marco del 30 de septiembre de 2016. **CONTESTÓ:** Sí señor, esa es una planta de los llenos que se debían ejecutar, una tres áreas: una gris, un área de un color rosado o rojo claro, o como lo queramos llamar, y un área que está la parte central, y un área en la parte derecha de un color algo verde. El área gris son unos llenos no estructurales, tal y como están definidos en el Acuerdo Marco, se hacen con material de las zonas de descapote; el área del centro, el área rojo claro o el área rosada, es el área de los llenos estructurales, ubicados tanto el anterior como este, dentro del polígono del título minero; y el área verde es un área de llenos estructurales, ubicado por fuera del título minero, todas esas tres áreas dentro del predio del propietario. Doctor Pinilla, le pido un favor, ¿usted puede desplazar el plano para acabar de explicarlo? **PREGUNTADO:** Sí señor, por favor Margarita. **CONTESTÓ:** Entonces en la parte de arriba, como les expliqué, son áreas, es una vista en planta del predio, del título minero, y de la zona de llenos estructurales, no estructurales, y llenos estructurales, dentro y por fuera del polígono, y el esquema de abajo es un perfil donde se observa a mano izquierda el cauce del río, en el mismo gris de arriba, es como un corte, se observa el área de los llenos no estructurales, la zona de los llenos no estructurales. A continuación, está la zona de los llenos estructurales en un color similar al de la parte superior, hasta la cota original del terreno, y en la parte de arriba está el diseño de la llave de confinamiento, la cota final, que es la cota 2.099 marcada con rojo, y en la parte derecha, en gris oscuro, es como el área, es la proyección del área verde, que son los llenos estructurales que están por fuera del polígono del título minero. (...)

REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. PREGUNTADO: Entendido señor Árbitro, gracias. Héctor, ¿estamos en línea? **CONTESTÓ:** Sí señor. **PREGUNTADO:** Manifiéstenos si INGETIERRAS tuvo injerencia en la redacción de la minuta que contiene el Acuerdo Marco. **CONTESTÓ:** INGETIERRAS tuvo al doctor Hernando Escobar Isaza, que fue asesor de INGETIERRAS en su momento, para específicamente la elaboración de este Acuerdo Marco. Si alguien de INGETIERRAS tuvo injerencia en esa elaboración de ese Acuerdo, fue el doctor Hernando Escobar Isaza. (...)⁷⁸.

Bajo tal entendido, el Tribunal no puede declarar la existencia de cláusulas abusivas o leoninas en la letra del Acuerdo Marco. Amén de que sería un absurdo considerar que el patrimonio autónomo y sus

⁷⁸ Interrogatorio y declaración de parte al representante legal de INGETIERRAS, Dr. Héctor Enrique Cortés Pérez.

asesores (Umbral) poseían un poder desmedido respecto de un profesional de la minería, que goza de un título minero o autorización estatal para el desarrollo de una actividad de interés general, aceptar que INGETIERRAS desconoció por la deficiente información recibida el alcance de las prestaciones asumidas es invitar al Tribunal a partir de la idea que la falta de pericia o diligencia de la demandada constituye una excusa válida para sustraerse de las obligaciones contractuales aceptadas.

Por otro lado, tampoco INGETIERRAS ha alegado ni demostrado la existencia de algún vicio de consentimiento (error, fuerza o dolo), que habilite al Tribunal a decretar la nulidad relativa de todo o parte del Acuerdo Marco (art. 282 inciso 1⁷⁹ CGP).

Además, no puede perderse de vista que la competencia del Tribunal, estructurada por las pretensiones de la demanda (art. 281 CGP) y la cláusula compromisoria, son diáfanos en dirigir la atención del Tribunal en punto del cumplimiento o violación de las obligaciones contenidas en el documento contractual firmado por las partes el 30 de septiembre de 2016.

En consecuencia, el parámetro básico de referencia que obligatoriamente empleará el Tribunal para el análisis de las imputaciones realizadas por la convocante, al igual que de las defensas propuestas por la convocada, es el contenido y alcance de la letra del Acuerdo Marco y de sus anexos técnicos; sin perjuicio de los elementos contractuales que por la naturaleza de las diversas prestaciones allí incluidas (art. 1501⁸⁰ C.C.), y del principio de la buena fe (arts. 1603⁸¹ C.C. y 871⁸² C.Co), puedan complementar el texto finalmente convenido por las partes.

b. LA ALEGADA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR DISPOSICIÓN DE INTERVENTORÍA.

a. Posición de la convocante:

En primera medida, en su alegato la convocante arguyó que conforme a la cláusula 3 del Acuerdo Marco, la interventoría no tenía facultades de representación del Fideicomiso.

Adicionalmente, y en relación con el argumento de la convocada relacionado con la modificación del Acuerdo Marco por parte de la Interventoría, aquella precisó que:

⁷⁹ “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

⁸⁰ “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

⁸¹ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

⁸² “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 corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

1. *“Se demostró que INGETIERRAS decidió de forma voluntaria acceder a cambios que le fueron solicitados directamente por UMBRAL, conversaciones de las que fue excluido el FIDEICOMISO JACARANDA”, con los testimonios de María Eugenia Zuleta y Miguel Botero.*
2. *“INGETIERRAS nunca informó al FIDEICOMISO JACARANDA de la realización de dichas obras, pese a estar previstos los mecanismos contractuales para el efecto”, para lo cual hizo referencia a la cláusula décima quinta del Acuerdo, relativa a que en el evento de presentarse circunstancias imprevistas, debía ser comunicado a la contraparte para la correspondiente modificación del Contrato, de ser el caso.*
3. *“Se probó que INGETIERRAS supo de estos cambios desde el 13 de junio de 2017, e incluso participó en la demarcación de las zonas efectuada el 23 de junio de 2017, fechas para las cuales no había siquiera culminado la explotación minera y, por supuesto, no había iniciado ninguna labor de llenado de la zona 1”.*
4. *“Se probó que el agrandamiento del Lago 2 fue favorable a INGETIERRAS, pues les implicaba menos lleno, menos actividad y, por ende, menos tiempo y menos costo”, afirmación que sustentó en los testimonios de Andrés Arbeláez y María Eugenia Zuleta.*
5. Finalmente, indicó que *“Se probó que el agrandamiento del Lago 2 se hizo para lograr que INGETIERRAS terminara más rápido dado la excesiva morosidad en la entrega de las zonas 2 y 3”, lo cual fundamentó en los testimonios de Andrés Echavarría y Guillermo Escobar.*

b. Posición de la convocada:

La convocada en la contestación a la demanda formuló la excepción de mérito denominada *“modificaciones al contrato a los diseños, planos y cantidades de obra”*, tanto en la etapa precontractual como durante la ejecución del Acuerdo Marco. Al respecto, adujo la convocada lo siguiente:

Otro grave incumplimiento que sin lugar a dudas, implicó cambio en los diseños y que fueron ordenados por el demandante, es aquel sobre los dos lagos existentes (agosto de 2017) , cambio de diseño que implicó no solo la **ubicación (redirección)** de uno de ellos, sino peor aún, ordenando el **lleno estructural del otro lago**, y posterior creación de un nuevo lago en otro sitio a lo inicialmente acordado, con lo que ello incidió en el plazo y en las condiciones del contrato (ver correo de Interventoría de fecha 14 de Agosto de 2017, adjuntándole incluso nuevo plano para poder construir una nueva torre de apartamentos que no estaban inicialmente contratados en el Plano No. 6:

En su alegato, indicó que: *“El demandado, INGETIERRAS DE COLOMBIA EN REORGANIZACIÓN, por su parte, adujo y demostró fehacientemente que no incumplió esos plazos parciales, dado que el demandante, haciendo uso e interpretando muy mal el objeto del contrato celebrado, le ordenó, a través de la Interventora, que era el representante suyo en la obra, conforme al contrato de Interventoría suscrito y aportado con la demanda, unas mayores cantidades de obra, no sólo del objeto del contrato, (explotación minera), sino obras nuevas, que no encajaban en el objeto contractual, pues fueron obras propias de un constructor y desarrollador inmobiliario. Es decir, obras nuevas, extras y adicionales, que no formaban parte del objeto del contrato inicial y que no fueron cualquier cantidad de obras, fueron colosales y grandes cantidades de obra, tal como consta en el abundante material probatorio allegado al expediente (declaraciones de testigos, documentos, correos, fotos, peritazgos de parte, etc.)”.*

Estas modificaciones en el alcance del contrato consistieron, a juicio de la convocada, entre otros, en: *“por ejemplo: del lago 1, para adicionar una torre (eran 3 con la adición de la torre 4, sobre la marcha del contrato, no estaba en las especificaciones entregadas por el demandante. El mismo gerente de Umbral Guillermo Escobar de la firma Interventora, afirmó en su declaración que iniciaban ventas de la torre 4 en el mes de octubre de 2020)”.*

Acerca de la labor de la interventoría, afirmó en su alegato la convocada lo siguiente: *“Sobra advertir, que el alcance de la función misma de la interventoría en los contratos de construcción, se entiende que el contratante revistió a la interventoría de atribuciones tales que comportaron la facultad de ejercer un control total de la parte técnica, tanto de los planos como de las especificaciones, ejecución de obras y demás, así como se presenta en todas las obras públicas y privadas en Colombia. Era la interventoría el verdadero representante del contratante en la obra, cuya participación y funciones nunca fueron rechazadas, objetadas y aclaradas por el contratante, o, por lo menos, no existe prueba de ello en el expediente. Por el contrario, si existen declaraciones de las partes que demuestran que el contratante nunca estuvo presente en la obra, y nunca interactuó con los ingenieros de la parte demandada, tal como ellos lo expresaron reiteradamente en sus declaraciones. Siguiendo las declaraciones de los responsables de la ejecución de la obra por parte de la demandada, siempre tuvieron la convicción de buena fe y fundada en el contrato de interventoría que la interventora era el organismo al cual debía reportarle todas las inquietudes y problemas técnicos que se presentaban en la ejecución de la obra y así mismo entendían, bajo el principio de confianza legítima, que la interventoría era la representante del demandante, sostener el despropósito alegado por los apoderados de la demandante es no sólo desconocer una relación contractual, sino crear una argucia inaceptable que riñe con la buena fe contractual y procesal”.*

En relación con las modificaciones específicas presuntamente efectuadas por la interventoría, añadió la convocada en su alegato que *“se da otro cambio bien importante en el diseño urbanístico: Otro motivo o causal de incumplimiento del contrato por parte de la demandante en este proceso. Modificación – Adición de Obras Extras no contempladas, pero absolutamente necesarios para el proyecto urbanístico, en beneficio total y mejora sustancial del mismo (...) Se le adiciona al proyecto*

urbanístico un área importante (casi 24.000 m²) por fuera del área de la concesión minera de INGETIERRAS”.

*En concordancia con lo anterior, mencionó la convocada unas “obras nuevas, por fuera del contrato marco (...) que no tienen nada que ver con las actividades mineras: el lleno estructural hasta la cota 2099 para prevenir la inundación de la zona de edificación. Su volumen sería 39.024 m³ (19.512 m² * 2 m), incluyendo el volumen del lago existente; el volumen de este en esa zona sería de 9.478 m³ (4.739 m² * 2 m). Entonces, el volumen de lleno estructural real en esa zona sería de 29.546 m³ (39.024 m³ – 9.478 m³)”.*

En ese sentido, la convocada esgrimió que el Acuerdo Marco “tuvo una ejecución de obra nueva, adicional o extra, superior a 30.000 mts³”, sin contraprestación adicional alguna a favor de INGETIERRAS.

Finalmente, la convocada señaló que dichas modificaciones no habían sido acordadas entre las partes sino impuestas por la interventoría, como sigue: “Acá no puede predicarse ese acuerdo de voluntades porque a INGETIERRAS no le asisten facultades para aprobar o rechazar esos diseños urbanísticos (a pesar de que la Interventoría diga que se concertaron esos cambios de diseño con INGETIERRAS) y el PROPIETARIO no tiene los conocimientos técnicos para ese propósito y, según lo manifiesta, esos cambios no le fueron informados; solo queda la Interventoría, ejercida por UMBRAL S.A., que a su vez es el responsable de esos diseños, o al menos así figura en los planos urbanísticos que se anexaron al Acuerdo Marco. Entonces, la Interventoría, en el presente Acuerdo Marco, hizo múltiples cambios a los diseños, tanto en la etapa precontractual como en la contractual, a tal punto que lo construido hoy día es diferente a lo originalmente contratado, sin que INGETIERRAS conociera documentos en donde el FIDEICOMISO PARA LA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. manifestara expresamente su aprobación a dichos cambios o, al menos que los hubiera autorizado; solo en la etapa precontractual, cuando se introdujeron los cambios de esa época puede decirse que el PROPIETARIO tuvo conocimiento de ellos a través de sus apoderados judiciales (PGP), quienes sí asistieron a esas reuniones”.

c. Consideraciones del Tribunal:

Teniendo en cuenta la excepción de mérito formulada por la parte convocada, el Tribunal acometerá el análisis probatorio que corresponde, con el fin de determinar si el Acuerdo Marco fue modificado en virtud de las órdenes de la Interventoría, tal y como lo sostiene la convocada.

La cláusula cuarta del Acuerdo Marco reguló las obligaciones a cargo de Ingetierras, de las cuales resulta preciso resaltar las siguientes:

“4.4. Efectuar por su cuenta y riesgo los llenos estructurales requeridos para la cimentación de edificaciones futuras, (...) con base en las especificaciones técnicas señaladas en la cláusula

quinta del ACUERDO, sobre todas las zonas que se encuentran delimitadas en el Anexo 8 de este documento.

(...)

4.6.1. En las zonas donde van a levantarse construcciones futuras, el predio deberá ser rehabilitado a los niveles de terreno acordados en el Anexo 8, con limo compactado y sellado.

(...)

4.7. Levantar cerramientos que minimicen el impacto comercial sobre el proyecto inmobiliario Haras Santa Lucía, en los sitios y con las especificaciones que aparecen en el Anexo 7.

4.12. Reconstruir los lagos existentes identificados en el Anexo 9, con las mismas especificaciones actuales”.

Adicionalmente, en la cláusula quinta del Acuerdo Marco las partes dispusieron, respecto del lleno estructural, que las condiciones y especificaciones pactadas “(...) podrán ser modificadas **de mutuo acuerdo** por las PARTES, para cuyo efecto el PROPIETARIO solicitará el concepto previo del INTERVENTOR” (Énfasis añadido). De la cláusula en mención, resulta relevante destacar que las modificaciones a las especificaciones relativas al lleno estructural no podían ser modificadas sino por el mutuo acuerdo de las partes, es decir, Ingetierras y el FIDEICOMISO JACARANDA.

Por su parte, y en relación con el rol a desempeñar por la interventoría, en la cláusula 8 del referido Acuerdo Marco se pactó que aquella estaría encargada de “(...) de **verificar** que los llenos estructurales cumplan con las condiciones técnicas específicas acordadas en el ACUERDO, y de **dar concepto previo favorable** a dichas obras al PROPIETARIO y de suministrar directamente a este último la información sobre su desarrollo, sin interferir con los trabajos que adelantará el TITULAR MINERO (...) La interventoría contratada por el PROPIETARIO, se encargará únicamente de **verificar** los aspectos señalados en las Cláusulas Cuarta, Quinta Y Novena y deberá presentar informes mensuales sobre su desarrollo y ejecución” (Énfasis añadido). Así las cosas, conforme a lo acordado por las partes en el Contrato, la labor de la interventoría consistía en la **verificación** de las condiciones técnicas de las adecuaciones a efectuar por parte de Ingetierras en los inmuebles, más no en la modificación de diseños, ni aprobación de supuestas obras adicionales.

Esta disposición resulta concordante con lo pactado en el Contrato de interventoría suscrito entre el FIDEICOMISO JACARANDA y UMBRAL, en el cual se pactó que esta última sociedad adelantaría la interventoría técnica “(...) sobre las obras de llenos estructurales” y daría “(...) concepto previo favorable de dichas obras al contratante”. Adicionalmente, se pactó que UMBRAL acompañaría al FIDEICOMISO en el proceso de construcción de las obras, aportando sus conocimientos y experiencia, hasta lograr su culminación exitosa en términos de calidad y tiempo.

Acerca de la función desempeñada por la interventoría, la testigo María Eugenia Zuleta, empleada de UMBRAL y quien fungía como interventora, manifestó que **“PREGUNTADA: María Eugenia, explíquenos por favor, con detalle, cuál era su papel concreto en el Proyecto Haras Santa Lucía. CONTESTÓ: (...) En Haras Santa Lucía específicamente, la interventoría se basa principalmente**

en hacer ejercer que se cumpla las especificaciones técnicas del Acuerdo Marco, que eran muy claras y eran supremamente importantes para que el proyecto se desarrollara acorde a un proyecto y a un diseño urbanístico que había (...) **PREGUNTADA:** ¿Esa interventoría usted la realizaba respecto de la explotación minera que hacía INGETIERRAS en los terrenos? **CONTESTÓ:** No, exactamente mi función de interventora es únicamente con respecto a los llenos estructurales y todas las actividades que conlleva desarrollar estos llenos, como son los llenos no estructurales, manejo de aguas, la llave de confinamiento, verificar que la línea inundación cumpla cota, se haga por donde debe ir. **O sea, en cuanto a la explotación minera, no, porque esa no es mi función”** (Énfasis añadido).

En sentido similar, el testigo Andrés Echavarría indicó lo siguiente: “**PREGUNTADO:** Don Andrés, ¿recuerda usted o sabe si en alguna oportunidad o en algún documento, el FIDEICOMISO JACARANDA le haya otorgado facultades a esa interventoría para representarlos a ustedes en la obra o ante INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No, yo no recuerdo, porque nosotros no podemos dar ese tipo de instrucciones; en lo más mínimo le hemos dado atribuciones a la interventoría”.

De igual manera, el testigo Andrés Arbeláez indicó que no se le había impartido la orden de seguir las instrucciones de la interventoría, como sigue: “**PREGUNTADO:** Usted ha señalado de manera insistente, de manera reiterada, que la interventoría les daba órdenes. ¿Podría por favor informarle a este Tribunal quién le indicó a ustedes o quien le indicó a usted de manera particular, que debía acatar de manera indiscutible, de manera absoluta las órdenes que le diera la interventoría? ¿Quién le dio a usted esa instrucción de acatar sin ningún tipo de reparo las órdenes de la interventoría? **CONTESTÓ:** No, **no hubo una persona que me haya dado esa instrucción**, pero siempre la interventoría nos ordenaba y para nosotros era un interlocutor válido” (Énfasis añadido).

También, el testigo Camilo Hermida manifestó respecto de la vocería del FIDEICOMISO JACARANDA por parte de UMBRAL, calidad atribuida por la convocada en la excepción de mérito bajo estudio⁸³, lo

⁸³ Al respecto, ver también testimonio de Guillermo Escobar: “**PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿tiene UMBRAL PROPIEDAD RAÍZ, en su calidad de interventor del lleno o de los llenos estructurales y no estructurales; tiene UMBRAL PROPIEDAD RAÍZ con el FIDEICOMISO JACARANDA, algún acuerdo por virtud del cual UMBRAL PROPIEDAD RAÍZ fuera el representante del FIDEICOMISO JACARANDA frente a INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No, absolutamente ninguno”; Juan Manuel González “**PREGUNTADO:** Doctor González, la calidad del interventor de las obras de los llenos y rellenos en cabeza de Umbral Propiedad Raíz, ¿facultaba a Umbral para actuar en nombre y representación del FIDEICOMISO PARA LA LIQUIDACION DE JACARANDA, frente a INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No, no, la condición de interventor era una condición fundamentalmente, como su nombre lo indica, de aquella persona que genera la verificación o intervención técnica del proyecto, para efectos del cumplimiento de todas las obligaciones que se habían consagrado dentro del proyecto. De tal manera que por su puesto la imposición de interventor le permitía era tomar las decisiones en obra. En esto hay que tener en cuenta que los procesos de interventoría técnica, son procesos que se desarrollan es en el terreno”; y Patricia Aguilar: “**PREGUNTADA:** Gracias arquitecta. Antes de salir de este tema de la interventoría, ¿quizá recuerda usted si de pronto por casualidad en esos diálogos se señaló que esa interventoría fuera a tener algún tipo de poderes adicionales a los anteriores, como por ejemplo para representar y tomar decisiones por el propietario, cambiar el acuerdo, contratar obras adicionales? ¿Recuerda usted si eso fue objeto de discusión y si de acuerdo con los debates que ustedes tuvieron esa iba a ser parte de las funciones de la interventoría? **CONTESTÓ:** Nunca, la única persona que toma las decisiones es el propietario de la tierra”.

siguiente: **“PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted, doctor Hermida, si durante esas negociaciones y esas discusiones entre las partes, FIDEICOMISO JACARANDA e INGETIERRAS, sobre el papel que iba a jugar el interventor; en algún momento se expresó por parte de sus clientes a los ingenieros de INGETIERRAS, que adicional a esa labor de verificación técnica, estos señores iban a quedar facultados como apoderados o representantes, para fines contractuales, del fideicomiso frente a INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No, de ninguna manera y las fiduciarias son extremadamente celosas con eso (...).”

Inclusive, el perito Luis Restrepo afirmó en su interrogatorio que la interventoría había sido enfática en no contar con facultades para ordenar trabajos ni obras adicionales: **“PREGUNTADO:** Ingeniero, yo no le he hecho a usted ninguna de esas preguntas; ¿cómo sabe usted que yo he formulado esas preguntas? **CONTESTÓ:** ¿Cuáles preguntas, doctor? **PREGUNTADO:** Las de que quién autorizó las obras. **CONTESTÓ:** Pues doctor, si usted se lee el memorial que mandó, bastante extenso, regañando a la interventoría que dizque porque había llegado a un acuerdo en cantidades, **fue enfático en decir que ella no estaba autorizada, no tenía competencia, no tenía potestad para realizar ninguno de esos trabajos; que tenía que ser ese trabajo única y exclusivamente autorizado o realizado directamente por el propietario o sus apoderados. Pero resulta que ni los apoderados, ni el propietario estuvieron permanentemente en la obra. Permanentemente en la obra estuvo Umbral, que es el desarrollador urbanístico del proyecto. Entonces lo estoy diciendo por eso**” (Énfasis añadido).

Acerca de la labor de la interventoría, doctrinalmente se ha afirmado también que “(...) el interventor es el agente del dueño del proyecto durante la fase de construcción y en el lugar de la obra, y su consultor o asesor técnico permanente en todos los aspectos que conciernen a la ejecución de los planos por parte del constructor. Vela por la calidad de la obra, y por ello le corresponde verificar que la construcción se adelante de conformidad con lo estipulado en el contrato de obra, los reglamentos aplicables y los diseños y especificaciones del proyecto”⁸⁴.

De las anteriores definiciones del rol del interventor, es preciso clarificar lo relativo a la representación del contratante por parte del interventor. Si bien es cierto que el interventor ejerce vocería en la obra, en lo que tiene que ver su labor, “(...) dentro del alcance del interventor no se encuentran las actividades que corresponden ejecutar a la entidad contratante, a manera de ejemplo citamos las siguientes: i) modificar el contrato, ii) transar o conciliar diferencias y iii) suspender el contrato.”⁸⁵

Así las cosas, se itera, “(...) el interventor no tiene facultades de modificación del contrato, ni facultades distintas al contrato de interventoría, o manual de interventoría, tampoco puede exonerar al contratista del cumplimiento o ejecución de las obligaciones que este asumió, ni modificarlas, ni puede dar órdenes que impliquen variación del plazo o variación de las condiciones de cantidad y calidad o adición del valor del contrato (...) De ahí que el interventor vea restringido su actuar a la obtención del cumplimiento

⁸⁴ Vallejo, Felipe. Responsabilidad profesional en la construcción de obras. Disponible en: Revistas.uexternado.edu.co

⁸⁵ Sánchez, J. Análisis del contrato de interventoría desde la visión de la jurisprudencia colombiana. Universidad Sergio Arboleda, Cuadernos de la maestría en derecho No. 6.

*de obligaciones por parte del contratista y que no pueda reemplazar a ninguna de las partes en los actos que requieran de manifestaciones de voluntad*⁸⁶.

Habiendo verificado que la labor de la interventoría en el presente caso **no** se encontraba relacionada con la representación del FIDEICOMISO JACARANDA, más allá de su labor de verificación de las especificaciones técnicas del Acuerdo Marco, y que tampoco se extendía al otorgamiento de facultades de modificación del Acuerdo Marco ni de aprobación de obras o cantidades adicionales, es menester analizar la labor ejercida por UMBRAL en la etapa precontractual y a lo largo de la ejecución del Acuerdo Marco.

En cuanto al rol de UMBRAL en la etapa precontractual, obran en el expediente pruebas documentales que dan cuenta de la referida labor ejercida por esta última. En efecto, en el Acta No. 1 de Comité Técnico⁸⁷, del 1 de abril de 2016, al cual asistió la firma legal asesora del FIDEICOMISO JACARANDA, UMBRAL e Ingetierras, UMBRAL asumió labores de ajuste de planos de llenos, de inventario de árboles y de la servidumbre de tránsito para el acceso a la celda de explotación. Circunstancia similar aconteció en el Acta No. 2 del Comité Técnico del 26 de julio de 2016⁸⁸. Es menester para este panel indicar que dichas actividades en manera alguna riñen con la labor de asesoría a cargo de UMBRAL, y en todo caso, resulta de particular importancia señalar que dichos ajustes se efectuaron con anterioridad a la celebración del Acuerdo, razón por la cual en manera alguna pueden ser calificadas como modificaciones al mismo.

Acerca de la intervención de UMBRAL durante la ejecución del Acuerdo Marco, obran en el expediente correos electrónicos en los que se vislumbra que la interventoría impartía lineamientos para la correcta ejecución del Contrato, lo que *per sé*, desde luego, no implica la modificación del mismo, sino que representa el ejercicio de las labores propias de la interventoría. Así las cosas, mediante correo electrónico del 5 de abril de 2016⁸⁹ UMBRAL manifestó a Ingetierras lo siguiente: *“No dejar lagos diferentes a los dos existentes en esta zona. Volver a encapotar luego del lleno. Suministro de materiales para construcción HARAS SANTA LUCÍA a precio costo”*. En sentido similar, mediante correo electrónico del 14 de agosto de 2017⁹⁰ UMBRAL remitió a Ingetierras un plano relativo al lleno estructural y se efectuaron dos “notas”: *“(…) 1. Por favor recordar el lleno estructural de Torre 1, llenar solo hasta la cota 97. 2. Ver planos al final del correo”*.

Adicionalmente, mediante correo electrónico del 23 de enero de 2018⁹¹ UMBRAL solicitó a Ingetierras *“(…) tener en cuenta la imagen que adjunto como esquema de zonas para la ppta del nuevo*

⁸⁶ Jiménez Morriones, F. (2007). Interventoría de proyectos públicos. Bogotá: Universidad Nacional, p. 87. Citado por: Sánchez, J. Análisis del contrato de interventoría desde la visión de la jurisprudencia colombiana. Universidad Sergio Arboleda, Cuadernos de la maestría en derecho No. 6.

⁸⁷ Página 34, archivo No. 2 Contestación a la demanda.

⁸⁸ Documento 101 del expediente, página 38.

⁸⁹ Página 124, documento No. 2 Contestación a la demanda.

⁹⁰ Página 128, documento No. 2 Contestación a la demanda.

⁹¹ Documento 101, página 57.

cronograma de entrega”, y la revisión de cuatro puntos para “conciliar” su ejecución. De manera semejante, por medio de correo electrónico del 20 de febrero de 2018⁹² UMBRAL indicó a Ingetierras los pendientes del recorrido de lleno estructural efectuados el 16 y 19 de febrero del mismo año. Circunstancia similar se puso de presente mediante el correo electrónico del 6 de marzo del 2018⁹³, en el cual UMBRAL consagró su informe periódico de lleno estructural, e indicó ciertos puntos pendientes por cumplir: “(...) *No tienen la altura mínima de 2.8 m. Algunos árboles están muertos. Otros árboles no tienen las condiciones cualitativas de un árbol sano (...)*”. Además, en correo electrónico del 2 de noviembre de 2019⁹⁴ la interventoría indicó a Ingetierras la altura total de la llave de confinamiento entre el lleno estructural y no estructural.

En total consonancia con lo anterior, obran en el expediente comunicaciones posteriores, en las que consta que tanto la firma legal asesora como UMBRAL clarificaron a Ingetierras la labor de la interventoría únicamente circunscrita a la verificación de las obras antes descrita. Así las cosas, mediante correo electrónico del 17 de septiembre de 2017⁹⁵ la firma legal asesora “Pinilla, González y Prieto”, manifestó a Ingetierras que “(...) *La empresa UMBRAL cumple respecto de dicho contrato un rol de interventora, por lo que si bien puede emitir opiniones, conceptos y recomendaciones técnicas y económicas, y tiene además la facultad de validar a partir de criterios objetivos el cumplimiento de las obligaciones del ACUERDO MARCO, carece de legitimidad y facultades para conciliar o transigir con Ustedes sobre derechos que son del resorte y titularidad exclusiva del patrimonio autónomo*”.

De otro lado, obra en el expediente una comunicación sin fecha⁹⁶ remitida por Ingetierras a la firma legal asesora del FIDEICOMISO JACARANDA “Pinilla, González y Prieto”, en la que indicaron que “*Cabe resaltar que el acuerdo ha sufrido modificaciones en el diseño **sin previo acuerdo con la contraparte**, como se puede observar en las figuras 4 y 5, donde se evidencia cambio en la ubicación de uno de los lagos y la adición de una torre más de apartamentos, esto hizo que la empresa INGETIERRAS DE COLOMBIA asumiera trabajos adicionales que significó cambios en las labores a realizar como la extracción completa del material que compone la zona del lago de unas especificaciones muy malas que no nos permiten usarlo como relleno y aumentar las cantidades de lleno estructural para el lleno de la zona 1. Adicional a las actividades que se vienen realizando para la recuperación de los terrenos y con el fin de llevar este proceso de la mejor manera, se ha debido acometer una serie de trabajos tanto en la parte ambiental como en la atención a las quejas de la comunidad, que han ocasionado una cantidad de erogaciones económicas adicionales a las que usualmente se incurre en una explotación minera, debido a que la construcción del condominio de Haras Santa Lucía encierra una serie de ejecutorias que impactan de la misma manera en la zona donde se desarrolla el proyecto*” (Énfasis añadido).

⁹² Documento 101, página 57.

⁹³ Documento 101, página 57.

⁹⁴ Documento 107, página 42.

⁹⁵ Documento de contestación a la demanda No. 2, página 102.

⁹⁶ Documento No. 11.

Sin perjuicio de lo anterior, los testimonios practicados en el presente trámite arbitral permiten clarificar a este panel que fueron efectuadas modificaciones a los planos pactados inicialmente en el Acuerdo Marco, en relación con las obras de rehabilitación y readecuación a cargo de Ingetierras.

Afirmó la testigo María Eugenia Zuleta:

*“PREGUNTADA: Arquitecta, ¿sabe usted si esa modificación del lago 1, reemplazado por el lago número 1 nuevo, y esa modificación del lago 2, le ocasionaron a INGETIERRAS problemas, obstáculos, demoras o impedimentos en el cronograma de actividades que debían desarrollar ellos? CONTESTÓ: No, nunca, antes al contrario, ellos siempre lo recibían muy bien (...) PREGUNTADA: Arquitecta, la inclusión de esa séptima torre en el sitio en donde ha señalado usted, ¿implicó alguna afectación al valor de las obras que debía ejecutar INGETIERRAS? CONTESTÓ: No, no abogado. ¿Por qué? Porque de todas formas ellos hicieron un lleno estructural (...) PREGUNTADA: ¿Podría decirnos, doña María Eugenia, si recuerda usted la fecha en la cual se le indicó de parte suya a INGETIERRAS la modificación según los diseños urbanísticos, en relación a cuando el proyecto decidió vincular una nueva torre y modificar los lagos con el lleno de uno y la creación del otro? ¿Recuerda usted la fecha en la que se le comunicó eso a INGETIERRAS? CONTESTÓ: Abogado, sé que yo mandé un correo exactamente, y si no estoy mal, abogado, exactamente fecha no le doy, pero sé que está corroborado por un correo por el que yo les mandé los planos, donde se decía la reubicación del lago 1 (...) **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA.** PREGUNTADA: arquitecta, ¿podría usted indicarnos si durante la ejecución del Proyecto, ha habido cambios de diseño en los cuales INGETIERRAS haya tenido que cambiar su actividad a la inicialmente acordada en el Acuerdo Marco? CONTESTÓ: sí abogado, ha habido cambios urbanísticos, pero a nivel de planos, nunca que le haya implicado a INGETIERRAS, en su proceso de ejecución, le haya implicado algún deterioro o algún contratiempo, o mayor tiempo, o digamos mayor valor”.*

En todo caso, si bien estas modificaciones fueron objeto de salvedades por parte de Ingetierras en el Acta No. 2 de septiembre de 2018⁹⁷, relativa a que consideraba que el cronograma de entrega contenido en Acuerdo Marco fue modificado debido a la ejecución de la obra extra y adicional conforme al cambio de diseño efectuado por el propietario, lo cierto es que no existe evidencia en el expediente en el sentido de que las partes hubiesen alcanzado un acuerdo respecto de la modificación en el cronograma de entrega, ni mucho menos acerca de un reconocimiento económico por dichas obras. Acerca del particular, la testigo María Eugenia Zuleta aseveró que *“PREGUNTADA: Arquitecta, ¿sabe usted si esa modificación del lago 1, reemplazado por el lago número 1 nuevo, y esa modificación del lago 2, le ocasionaron a INGETIERRAS problemas, obstáculos, demoras o impedimentos en el cronograma de actividades que debían desarrollar ellos? CONTESTÓ: No, nunca, antes al contrario,*

⁹⁷ Anexos a la demanda No. 3 (página 140) y 4 (página 1).

ellos siempre lo recibían muy bien, porque lógico: menos área a construir, menos área a ejecutar. Entonces como le digo, jamás ni escrito ni verbalmente nos dijeron: “no estamos de acuerdo”, o “nos deben algo por esto”, o “nos están causando un impedimento en la programación (...) PREGUNTADA: Arquitecta, ¿en algún momento INGETIERRAS manifestó su oposición a que la torre séptima se ubicara en el sitio en donde ha señalado usted que hoy se encuentra? CONTESTÓ: No, abogado, nunca recibí ni correos, ni WhatsApp, ni llamada telefónica, ni personalmente, nunca, nunca” (Énfasis añadido).

Ahora bien, tampoco encuentra este Tribunal evidencia de que dichas modificaciones a los diseños de planos urbanísticos tuvieran una relación directa con los incumplimientos contractuales que en el presente trámite se endilgan a Ingetierras. Al respecto, el perito Marco Alzate en su dictamen de contradicción manifestó que:

*“(…) los reportes de la interventoría de las obras, y los demás documentos técnicos que aparecen mencionados en este informe, **son claros en indicar como causas técnicas del atraso del proyecto la sobreexplotación minera, el abandono temporal de las obras, la insuficiencia de las obras de protección y el lento avance en la ejecución por parte de INGETIERRAS, además de faltas absolutas de métodos, comprobaciones y soportes técnicos de sus conclusiones.***

(…)

El Profesional Minero excedió los límites de explotación minera, en la zona comprendida entre el límite definido en el Título Minero y el Acuerdo Marco, y el Río Negro, que además incidió en los reiterados eventos de inundación que se presentaron en la obra”⁹⁸ (Énfasis añadido).

Acerca de las causas a las que obedecen los incumplimientos endilgados por el FIDEICOMISO JACARANDA a Ingetierras, el perito Alzate indicó a lo largo de su dictamen que, entre otras razones, consistían en:

“El permiso (sic) omitió mencionar que el titular minero dio inició a la explotación del frente HARAS sin haber recuperado el 100% de las celdas del frente guayabito, situación que desde el punto de vista técnico y de obra terminó afectando las labores de explotación y recuperación.

(…)

El profesional minero excedió los límites del permiso de explotación y menospreció el impacto que ese exceso tuvo en el desarrollo de las obras del acuerdo marco.

(…)

La explotación por fuera de los límites definidos tanto en el Acuerdo marco, como en el título minero por parte del PROFESIONAL MINERO, implicó una mayor cantidad de llenos, así como

⁹⁸ Página 6 del dictamen.

una ampliación de las estructuras de contención, lo que incidió tanto en las inundaciones, como en el atraso del proyecto.

(...)

El plazo de ejecución de las obras de restauración y entrega de terrenos y el atraso generado por causas de la imprevisión técnica e inadecuado manejo de obras y recursos por parte del titular minero”, tales como la falta de combustible y daños en las maquinas utilizadas, insuficiencia de personal y material.

En consecuencia, para el Tribunal resulta evidente que no se encuentra acreditado en este plenario el supuesto de hecho de la excepción de mérito invocada por Ingetierras y denominada “*modificaciones al contrato a los diseños, planos y cantidades de obra*”, toda vez que no quedó probado que las intervenciones por parte de la interventoría tanto en los planos como en otras facetas de las obras, hubieren sido causa eficiente de la demora en la restitución o determinado los hechos configurativos de los incumplimientos que el FIDEICOMISO JACARANDA endilga a Ingetierras. En ese sentido, dichas modificaciones a nivel de planos de diseño urbanístico tampoco tuvieron la virtualidad de modificar el Acuerdo Marco en relación con el cronograma de entrega y las obligaciones a cargo de Ingetierras, comoquiera que las partes no alcanzaron un acuerdo, ni tácito ni expreso, en ese sentido, tal y como se pasará a ampliar más adelante.

Finalmente, resulta de suma relevancia para este panel arbitral también indicar que no es objeto del presente trámite determinar si dichas modificaciones implicaron costos adicionales a los previstos inicialmente por las partes, y mucho menos si existe la obligación por parte del FIDEICOMISO JACARANDA de reconocer alguna suma a Ingetierras, comoquiera que esta última no formuló demanda de reconvención.

ii. MARCO CONTRACTUAL RELEVANTE PARA RESOLVER SOBRE LA PRETENSIÓN. EXISTENCIA DE OBLIGACIONES DE RESULTADO. CONSECUENCIAS EN CUANTO A LA CARGA DE LA PRUEBA.

En este orden de ideas, resulta procedente traer a colación el marco contractual relevante que le permitirá al Tribunal decidir de fondo frente a la pretensión de la convocante (texto del Acuerdo Marco):

“(…) I. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

Las consideraciones y antecedentes que rodean la celebración del presente ACUERDO, son las que a continuación se detallan; ellas revelan de manera expresa los motivos determinantes que han inducido a las PARTES a contratar y su manifestación explícita tiene como finalidad, la de que sean tenidas en cuenta, siempre que se trate de aplicar o interpretar alguna estipulación de este ACUERDO o de solucionar alguna diferencia entre las PARTES o de fijar o determinar derechos u obligaciones por razón de las relaciones que el presente documento regula entre ellas: (...)

1.1.5. En virtud de los antecedentes expuestos, los INMUEBLES hacen parte del área útil parcelable del proyecto de parcelación indicado y se encuentran sometidos al Régimen de Propiedad Horizontal de la Agrupación de Lotes Haras Santa Lucía P.H. En consecuencia, existen derechos de desarrollo de los INMUEBLES, en los términos aprobados en la respectiva licencia de parcelación y de conformidad con lo señalado en el régimen de propiedad horizontal constituido.

1.1.6. El predio identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 020-99029 (denominado Lote 6) se encuentra afecto irrevocablemente al desarrollo de la Etapa 6 del proyecto inmobiliario de vivienda Haras Santa Lucía, que se ejecuta en los términos del contrato de fiducia de administración inmobiliaria suscrito el 23 de diciembre de 2015 por el que se constituyó el patrimonio autónomo denominado "PROYECTO HARAS DE SANTA LUCÍA NUEVAS ETAPAS, cuyo vocero es FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA y en el que ostentan la calidad de fideicomitentes desarrolladores UMBRAL PROPIEDAD RAÍZ S.A., LONDOÑO GÓMEZ S.A.S. y PROMOTORA DE PROYECTOS HARAS SANTA LUCÍA S.A.S.

1.1.7 Que para el PROPIETARIO resulta fundamental que los INMUEBLES, luego de su uso por parte del TITULAR MINERO en los términos del ACUERDO y de la CONCESIÓN sean puestos en condiciones de desarrollo urbanístico e inmobiliario para construcción a más tardar el 15 de junio de 2018. (...)

1.3.2. En los términos de ley, las PARTES están facultadas para acordar las condiciones en los que el TITULAR MINERO ejercerá los derechos derivados de la CONCESIÓN y en los que se obligará a: i) usar los INMUEBLES para los efectos previstos en la CONCESIÓN; ii) hacer la readecuación de los INMUEBLES y ponerlos en condiciones de ser destinados al desarrollo de proyectos urbanísticos e inmobiliarios, en la forma y términos previstos en el ACUERDO, y; iii) realizar los pagos de las indemnizaciones acordadas en el ACUERDO a favor del PROPIETARIO.

1.3.5. Que, con base en lo anterior, las PARTES hemos acordado las siguientes

CLÁUSULAS (...)

PRIMERA. - OBJETO: El ACUERDO tiene por objeto establecer los términos y condiciones en los que:

1.1. El PROPIETARIO permitirá bajo la única y exclusiva responsabilidad del TITULAR MINERO, por cuenta y riesgo de este último: i) el uso de los INMUEBLES para adelantar la actividad minera autorizada en la CONCESIÓN y; ii) llevar a cabo las obras o actividades de readecuación de los INMUEBLES para que el PROPIETARIO pueda destinar estos a los desarrollos urbanísticos e inmobiliarios que, de acuerdo con sus manifestaciones, están autorizados conforme las licencias y demás permisos reseñados en el ACUERDO. (...)

TERCERA. - OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO: En desarrollo del ACUERDO constituyen obligaciones a cargo del PROPIETARIO las siguientes: (...)

3.2. Abstenerse de ejecutar en la zona de explotación minera y en la zona de rellenos, cualquier actividad o actuación que entorpezca la explotación minera y su restauración.

3.3. Realizar la contratación del interventor del ACUERDO (en adelante "INTERVENTOR"), siendo claro que la designación del mismo estará a cargo del fideicomitente del PROPIETARIO y que ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como Vocera y Administradora del "FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A." no asumirá responsabilidad alguna respecto a la misma. (...).

CUARTA. - OBLIGACIONES DEL TITULAR MINERO: En desarrollo del ACUERDO, constituyen obligaciones a cargo del TITULAR MINERO, las siguientes: (...)

4.4. Efectuar por su cuenta y riesgo los llenos estructurales requeridos para la cimentación de edificaciones futuras, que ascienden a la suma de dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500.000.000), con base en las especificaciones técnicas señaladas en la Cláusula Quinta del ACUERDO, sobre todas las zonas que se encuentran delimitadas en el Anexo 8 de este documento. Lo anterior, con independencia de la calidad y el volumen que pueda extraer y extrapolar el TITULAR MINERO. (...)

4.6. Rehabilitar las zonas delimitadas en el Anexo 8 del ACUERDO, con base en el esquema de diseño paisajístico contenido en el Anexo 9 y a las especificaciones técnicas que se indican enseguida:

4.6.1. En las zonas donde van a levantarse construcciones futuras, el predio deberá ser rehabilitado al nivel del terreno acordado en el Anexo 8, con limo compactado y sellado;

4.6.2. En las zonas donde no van a existir construcciones futuras, el predio deberá ser rehabilitado a los niveles de terreno acordados en el Anexo 8 con: i) material estéril o capa vegetal formando un tapete verde y; ii) con los árboles que se mantuvieron y compensaron en los términos del numeral 4.11 de esta cláusula. (...)

4.8. Realizar la entrega de los INMUEBLES, en los plazos y condiciones estipuladas en la Cláusula Novena del ACUERDO. (...)

4.16. Atender las recomendaciones formuladas por el PROPIETARIO con base en los informes presentados por el INTERVENTOR para el cumplimiento del ACUERDO por parte del TITULAR MINERO. (...)

QUINTA. - CONDICIONES ESPECÍFICAS DEL LLENO. Constituye obligación esencial en cabeza del TITULAR MINERO en cumplimiento del objeto del ACUERDO, realizar por su cuenta y riesgo exclusivos, el lleno estructural sobre las áreas delimitadas en el Anexo 8 y cumpliendo las siguientes condiciones mínimas:

5.1. Material: limos arcillosos.

5.2. Actividades:

5.2.1. Descapote: Consiste en el retiro de toda la capa vegetal antes de comenzar a depositar el material de lleno.

5.2.2. Terraplén: Consiste en la tierra con que se rellena un terreno para levantar su nivel y formar un plano de apoyo adecuado para hacer una obra. En el borde de la zona del relleno en contacto con la zona de inundación se debe realizar un terraplén con sub-base no procesada por encima de una capa de 0,4 a 0,50 m de piedra, con una berma en la parte superior de 1,5 m, cuando la altura del lleno llegue a los tres metros o H/2. El talud contra la zona de inundación es 1h: 1v y contra la parte inferior del lleno 1h: 1,5v. La llave de confinamiento debe ubicarse entre el lleno estructural y la zona inundable del proyecto;

5.2.3 Lleno General: Se deberá regar en capas de 0,4 metros de altura compactadas con equipo vibratorio pesado hasta alcanzar una compactación como mínimo del 90% de la densidad proctor modificada, teniendo en cuenta la humedad del área;

5.2.4. Si se presentan zonas de escorrentías de agua o materiales muy húmedos, se deben construir drenajes con geotextil, tubería drenante y piedra con el objeto de mejorar la capacidad del terreno que soportará el relleno.

5.3. Cronograma: El lleno estructural deberá realizarse conforme al cronograma previsto en el Anexo 13.

Parágrafo: Las anteriores condiciones y especificaciones, podrán ser modificadas de mutuo acuerdo por las PARTES, para cuyo efecto el PROPIETARIO solicitará el concepto previo del INTERVENTOR. (...)

NOVENA. - CLÁUSULA. - RESTITUCIÓN DE LOS INMUEBLES: El TITULAR MINERO se obliga a realizar la restitución de los inmuebles, mediante entregas parciales de las celdas de explotación recuperadas, identificadas en el Anexo 14 de este documento. La entrega de dichas celdas recuperadas se realizará en las siguientes fechas y deberán contar con el visto bueno previo del INTERVENTOR:

Zonas	Plazo de Entrega
Zona 1	30 de septiembre de 2017
Zona 2	15 de Febrero de 2018
Zona 3	15 de Junio de 2018

La entrega material de los INMUEBLES se hará constar en un acta firmada por ambas PARTES y el INTERVENTOR, en la que se indicará el cumplimiento y aprobación de las obras realizadas por el TITULAR MINERO, en los términos previstos en las Cláusulas Cuarta y Quinta del ACUERDO. (...)

DÉCIMO PRIMERA: INDEMNIDAD: *Las PARTES se obligan a defender y mantener indemne a la otra PARTE, por lo que asumirán la obligación de indemnizar a la otra parte así: (...)*

PARÁGRAFO PRIMERO: *Queda entendido que el PROPIETARIO no será titular de licencias ambientales o licencias urbanísticas derivadas de la ejecución del ACUERDO, cuya titularidad recaerá sobre el TITULAR MINERO, salvo aquellas mencionadas en el antecedente del 1.1.3. del presente ACUERDO. (...)*

VIGÉSIMO TERCERA. - ANEXOS: *Forman parte integral del ACUERDO los siguientes anexos: (...)*

Anexo 8: *Plano denominado “Plano 04 – Perfil de Llenos” con fecha del 18 de agosto de 2016, el cual contiene: i) Planta Llenos Ingetierras: Delimitación de las áreas de los Llenos a cargo del Titular Minero; ii) Perfil A-A’ – Ingetierras: Esquema del terreno antes y después de la intervención del Titular Minero.*

Anexo 13: *Cronograma de obras con fecha del 30 de septiembre de 2016.*

Anexo 14: *Plano denominado “Plano 05 – Zonas de Entrega” con fecha 18 de agosto de 2016, el cual contiene la siguiente información: i) Delimitación de las zonas de entrega 1, 2 y 3; ii) Delimitación de la servidumbre de tránsito “Vía de Servicio Ingetierras” (...)*

En señal de aceptación las PARTES suscriben el presente documento en dos (2) ejemplares del mismo tenor en Bogotá a los treinta (30) días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis (2016). (...).

De la lectura de las cláusulas contractuales citadas, el Tribunal puede llegar a una conclusión de cardinal importancia para la definición del asunto: las prestaciones contractuales cuyo incumplimiento se solicita en la tercera pretensión, constituyen verdaderas obligaciones de resultado.

Frente a esta tipología obligacional, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente, en apartes que, si bien hacen referencia a la responsabilidad civil médica, están fincados en instituciones medulares del derecho contractual patrio:

“(...) En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica no es el mismo. En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil); y en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

En este último caso, porque como desde antaño ha sentado esta Corporación, “[l]a prueba (...) no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable (...)”⁹⁹. (...)

Para elucidar la cuestión, la Sala tiene dicho que “(...) lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma”¹⁰⁰.

En esa dirección, la Corte también ha asociado la aleatoriedad del fin perseguido, según el grado de ocurrencia, al decir que “(...) en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

“En la actualidad (...), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario”¹⁰¹.

De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la lex artis, independientemente del fin perseguido; y si son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas creadas. En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.

⁹⁹ CSJ. Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938 (XLVI-573).

¹⁰⁰ CSJ. Civil. Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

¹⁰¹ CSJ. Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013, expediente 00025.

*De esa manera, si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida. Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente, basta para el efecto la diligencia y cuidado, pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros. (...)*¹⁰².

Ciertamente, en primer lugar, el Tribunal nota que el objetivo del Acuerdo Marco era conciliar la actividad minera que el Estado ha autorizado en cabeza de INGETIERRAS con la entrega posterior de las zonas prediales delimitadas en el mismo, en condiciones aptas para el desarrollo del proyecto urbanístico mencionado en los considerandos del contrato. Para lograr este último propósito a cabalidad, el Tribunal no ignora que resultan relevantes varios factores geológicos, ambientales, acuíferos, etc., que sin duda pueden escapar al control de las partes (v.gr. puede no ser ciento por ciento previsible la manera como el terreno vaya a reaccionar a la explotación minera). Tampoco pasa por alto el Tribunal que la posibilidad de materializar el desarrollo inmobiliario se cristaliza, en gran parte, por factores externos a INGETIERRAS (v.gr. obtención de las licencias urbanísticas necesarias, aspectos financieros del desarrollador, etc.).

Pero también es verdad que INGETIERRAS se obligó, libre y voluntariamente, a ejecutar una serie de llenos estructurales y no estructurales bajo las condiciones técnicas plasmadas en el Acuerdo Marco y sus anexos (materiales, cotas, etc.). Y, adicionalmente, la convocada se comprometió a entregar las zonas 1, 2 y 3, con la totalidad de las obras atinentes a los llenos plenamente realizadas, en unas fechas específicas. Son circunstancias constructivas que, en una proporción más que significativa, INGETIERRAS debería tener bajo su control. En tal virtud, al menos las prestaciones contractuales que, de cara a la tercera pretensión, la convocante estima incumplidas, sí se erigen en obligaciones de resultado.

Lo anterior, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina nacional, conlleva una serie de implicaciones en cuanto a la carga probatoria absolutoria que deberá acometer el deudor, en el evento en el que el acreedor acredite la inexecución obligacional de la prestación de resultado:

“(…) La doctrina y la jurisprudencia colombianas han señalado las consecuencias más importantes de la clasificación de Demogue entre obligaciones de medio y de resultado, a saber, que en estas últimas pesa una presunción de culpa sobre el deudor y que la carga de la prueba se invierte pues corresponderá a éste, en caso de una demanda de perjuicios por incumplimiento, demostrar al juez que la falta de ejecución o el cumplimiento defectuoso y el daño consecuente provienen de una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva del acreedor). Sobre dicho efecto ha dicho la Corte:

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de mayo de 2017, Exp. No. 05001-31-03-012-2006-00234-01 (SC7110-2017), MP. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

“Si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el artículo 1604 del C.C.”¹⁰³

Y en cuanto a los medios de defensa, se ha afirmado que “el deudor de obligaciones de resultado sólo puede defenderse con la prueba de la causa extraña en sus distintas variedades: la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima.”¹⁰⁴ (...)”¹⁰⁵.

De acuerdo con la cita precedente, correspondía al deudor, en este caso a Ingetierras, probar la causa extraña, con el propósito de resultar exonerado de la responsabilidad por el presunto incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

iii. ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL DERIVADA DE LA VARIACIÓN DE LOS DISEÑOS RELATIVOS A LOS LAGOS. NO SE VARIÓ EL CRONOGRAMA DE ENTREGA.

Antes de entrar en materia conforme a las premisas conceptuales que acaban de sentarse, el Tribunal también considera necesario precisar que, dentro de la delimitación del contexto contractual a partir del cual se debe evaluar si los incumplimientos aducidos por la demandante tuvieron lugar, debe incluirse la modificación de los diseños que implicaron el cambio de localización y de tamaño del lago No. 2, cambio generado y convenido por la interventoría desplegada por Umbral.

Al respecto, y como fue mencionado en apartes anteriores, el Tribunal aclara que la anterior conclusión no se deriva a partir de un dimensionamiento general de la interventoría como un mandatario representativo o representante aparente de la sociedad convocante en todo lo relativo a la ejecución del Acuerdo Marco.

En cuanto a lo primero, se reitera, las facultades de representación que INGETIERRAS le pretende atribuir a Umbral no se derivan del campo obligacional establecido para el desarrollo del contrato de interventoría:

*-“(…) **OCTAVA.- INTERVENTORIA DEL ACUERDO:** La interventoría del ACUERDO, será seleccionada y contratada por el PROPIETARIO, y se encargará de verificar que los llenos estructurales cumplan con las condiciones técnicas específicas acordadas en el ACUERDO, y de dar concepto previo favorable a dichas obras al PROPIETARIO y de suministrar directamente a este último la información sobre su desarrollo, sin interferir con los trabajos que adelantará el TITULAR MINERO.*

¹⁰³ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 19 de abril de 1993. M. P.: Pedro Lafont Pianetta.

¹⁰⁴ SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I, 2ª edición. Legis – Uniandes, 2003, Pág. 406.

¹⁰⁵ Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudo del 26 de marzo de 2009, Tribunal de Arbitramento de Contact Center America S.A. contra Colombia Móvil S.A. E.S.P., Árbitros: Dra. Marcela Castro de Cifuentes, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y Dr. Ramón Eduardo Madrián de la Torre.

Sin perjuicio de las obligaciones que con tal fin se definan en el contrato que celebre el PROPIETARIO con el INTERVENTOR, deberá incluirse en todo caso la obligación de presentar informes escritos mensuales sobre los aspectos señalados en esta cláusula.

*La interventoría contratada por el PROPIETARIO se encargará únicamente de verificar los aspectos señalados en las Cláusulas Cuarta, Quinta y Novena y deberá presentar informes mensuales sobre su desarrollo y ejecución. (...)*¹⁰⁶.

“(...) ANTECEDENTE Y CONSIDERACIONES

Las consideraciones y antecedentes que rodean la suscripción de este documento, son las que a continuación se detallan; ellas revelan de manera expresa los móviles o motivos determinantes que han inducido a las Partes a contratar y su manifestación explícita tiene como finalidad, la de que sean tenidas en cuenta, siempre que se trate de aplicar o interpretar alguna cláusula, regla o estipulación de este Contrato o de solucionar alguna diferencia entre las Partes o de fijar o de determinar derechos u obligaciones por razón de las relaciones que el presente documento regula entre ellas: (...)

8. La Contratista es una sociedad que junto a LONDOÑO GÓMEZ S.A.S., y PROMOTORA DE PROYECTOS HARAS SANTA LUCIA S.A.S., ostentan la calidad de fideicomitentes desarrolladores en el contrato de fiducia de administración inmobiliaria suscrito el 23 de diciembre de 2015, por el que se constituyó el patrimonio autónomo denominado “PROYECTO HARAS DE SANTA LUCÍA NUEVAS ETAPAS, cuyo vocero es FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. sociedad fiduciaria y que tiene entre otras por objeto, el desarrollo del proyecto inmobiliario de vivienda Haras Santa Lucía a ejecutarse en parte de los inmuebles que son objeto del Acuerdo.

9. Es interés del Contratista que el Acuerdo sea cumplido íntegramente por el Titular Minero, dadas las graves consecuencias que podría traer para el desarrollo del proyecto inmobiliario arriba mencionado.

10. El Contratista inició las labores de interventoría objeto del Contrato que aquí se documenta el 24 de enero de 2017, en las condiciones y términos que aquí se documentan y bajo las cuales continuará ejecutando la labor en mención. (...)

CLÁUSULAS

PRIMERA: OBJETO. *Por virtud del contrato que aquí se documenta, el Contratista está obligado en favor del Contratante a: i) realizar la interventoría técnica sobre las obras de llenos estructurales que en los términos del numeral 4.4 de la Cláusula Cuarta del Acuerdo, el Titular Minero está obligado a realizar y, ii) dar el concepto previo favorable a dichas obras al Contratante y suministrar*

¹⁰⁶ V. Acuerdo Marco del 30 de septiembre de 2016.

directamente a este último la información sobre su desarrollo, sin interferir con los trabajos que adelantará el Titular Minero.

SEGUNDA: ALCANCE. *El Contratista seguirá acompañando al Contratante en la totalidad del proceso de construcción de las obras, hasta su liquidación y entrega final aportando sus conocimientos y experiencia para lograr la culminación exitosa en términos de calidad y tiempo. (...).*

CUARTA: VALOR DEL CONTRATO. *Las labores que el Contratista viene realizando y que continuará ejecutando en el marco del Contrato que aquí se documenta, no generarán contraprestación alguna a su favor a cargo del Contratante.*

QUINTA: DURACIÓN. *La duración del Contrato será igual a la del Acuerdo. Si el plazo del Acuerdo se llegare a ampliar el plazo del Contrato se ampliará en la misma forma. (...)*

*Para constancia se firma en la ciudad de Bogotá D.C., a los quince (15) días del mes de noviembre de dos mil diecisiete (2017). (...)*¹⁰⁷.

Frente a lo segundo, el Tribunal tampoco observa en las probanzas recopiladas y practicadas que se den las condiciones para predicar la existencia de la figura de la representación aparente, consignada en el art. 842 C.Co: “*Quién dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa*”.

En efecto, además de que sería casi inverosímil suponer que una sociedad profesional y con la trayectoria de INGETIERRAS no tenga clara la distinción fáctica y de experiencia que existe entre el interventor y el sujeto contratante -lo que impide tomar a la convocada como un tercero de buena fe exenta de culpa-, tampoco ve el Tribunal que la interventoría le hubiese hecho creer a INGETIERRAS, fundadamente, que sus indicaciones, instrucciones, sugerencias u órdenes, se impartían en nombre y representación del FIDEICOMISO. Por ello, aunque es indudable que en la práctica sí se generó una relación epistolar y comunicativa muy fluida entre INGETIERRAS y Umbral (interventoría), mal haría el Tribunal en hacer extensiva cualquier consecuencia jurídica derivada de dicha situación al FIDEICOMISO.

En punto de este tópico, no sobra anotar que la regla interpretativa contractual de la aplicación práctica (art. 1622 CC), solo tiene lugar, frente a las cláusulas relevantes, a partir de la ejecución que “(...) *hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.*” (art. 1622 C.C.). En el presente caso, se reitera, no hay evidencia de que el FIDEICOMISO hubiese tolerado que INGETIERRAS se apartara de las especificaciones del Acuerdo Marco, incluso con la aquiescencia de la interventoría para ello.

¹⁰⁷ V. el contrato de interventoría técnica de las obras de llenos estructurales: FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. y Umbral Propiedad Raíz S.A.

Sin embargo, respecto del caso particular del cambio de diseño y ubicación de los lagos existentes en los predios, el Tribunal sí cuenta con al menos dos (2) ítems probatorios sumamente dicentes, que denotan claramente que el FIDEICOMISO sí consintió e hizo suyos tales cambios en las especificaciones contractuales del Acuerdo Marco.

En primer lugar, se destaca la redacción del hecho cuadragésimo noveno de la demanda arbitral: *“Todas las condiciones allí señaladas se mantuvieron inmodificadas, a excepción de lo relacionado con uno de los lagos, que ambas partes aceptaron modificar en su ubicación y características, circunstancia que no varió en manera alguna las demás obligaciones del contrato y que tampoco afectó de manera determinante su ejecución”* (resaltado no original). Es decir, el FIDEICOMISO confesó espontáneamente que sí manifestó su voluntad en la admisión de la aludida modificación contractual. Y puesto que en el hecho antes citado se habla de cambio de ubicación, resulta forzoso colegir que se está haciendo referencia al lago No. 1, pues respecto del lago. No. 2 se dio un agrandamiento, mas no una relocalización¹⁰⁸.

En todo caso, al margen de lo anterior, e incluso si se aceptara, solo en gracia de discusión, que los cambios válidos respecto del Acuerdo Marco cobijan cualquier otro aspecto posiblemente hablado o discutido entre INGETIERRAS y la interventoría (v.gr. obras adicionales, etc.), de todas maneras, ello no tiene o genera una modificación del cronograma de entrega de las zonas, fijado en la cláusula novena del Acuerdo.

Sobre este particular, el Tribunal no ignora que las fechas de incumplimiento pactadas en dicho aparte contractual, responden a las condiciones, cantidad y calidad de las prestaciones contractuales convenidas por INGETIERRAS, así como de las necesidades del propietario para el inicio del proyecto constructivo que se edificaría sobre los inmuebles de su propiedad.

Empero, en el acervo probatorio no existe prueba cierta alguna de que las partes del Acuerdo hubieran sostenido discusiones ni menos que hubieran acordado una extensión o anticipación de las fechas contempladas en el cronograma en comento. No hay ningún elemento de juicio que invite al Tribunal siquiera a sospechar que el FIDEICOMISO o INGETIERRAS tocaron el esquema de entregas escalonado previsto en el Acuerdo. Nada que permita inferir, así sea tácitamente, una manifestación de voluntad directamente encaminada a dicho propósito. De hecho, la misma INGETIERRAS aceptó, en respuesta al hecho quincuagésimo tercero de la demanda, *“(…) que nunca hubo una ampliación de plazo para las entregas de las zonas restauradas que fuera consecuente con las modificaciones de los diseños (…)”*.

Recuérdese que la competencia del Juez del contrato consiste en interpretar su exacto alcance y contenido, a la luz de los derroteros hermenéuticos prescritos en los arts. 1618 a 1624 CC, así como del postulado de la buena fe (arts. 1603 CC y 871 C.Co.). Pero también téngase en mente que el objetivo de la labor interpretativa -judicial o arbitral- es, en últimas, desentrañar la verdadera voluntad de las partes contratantes, así como su acoplamiento -si se habla de normas imperativas- o

¹⁰⁸ V. p. 167 del escrito de alegatos de la parte convocante.

complementación- en el caso de las reglas supletivas-, con las pautas jurídicas que regulan la materia. Nunca podrá el Juez contractual sustituir a las partes en lo atinente a sus expresiones volitivas, y menos desfigurar las existentes, so pena de atentar directamente con el principio de la autonomía privada (art. 1602 C.C.).

De este modo, considerando que se está en presencia de un contrato en el que la necesidad de unas fechas ciertas de entrega es clave para que se puedan satisfacer las causas expresas manifestadas por el FIDEICOMISO como propietario del terreno (inicio del desarrollo urbanístico)¹⁰⁹, no puede este Tribunal obviar esta circunstancia, y sencillamente concluir que el cronograma primigenio ha perdido eficacia, sin que exista uno que lo remplace, admitido por ambas partes. Adicional a que resulta insensato pensar que INGETIERRAS puede esperar a perpetuidad para desarrollar las obras contractuales, y que el FIDEICOMISO debe aguardar indefinidamente a que en algún momento la convocada termine las obras y haga entrega correcta y cabal de los predios. El Tribunal no puede interpretar el Acuerdo Marco en contraposición a la causa real que inspiró su celebración, ni tampoco entrar a suponer unas fechas de entrega totalmente ficticias.

Es decir, sin una prueba clara y contundente que demuestre un cronograma debidamente pactado en contrario, el Tribunal no ha de privar de efecto útil a los días de entrega signados en el Acuerdo Marco (art. 1620¹¹⁰ CC).

En consonancia con todo lo anterior, para el Tribunal las fechas fijadas en la cláusula novena del Acuerdo Marco permanecieron incólumes. De ahí que a la única conclusión a la que, sobre esta materia, puede llegarse es que, la modificación en los diseños de los lagos No. 1 y No. 2 no conllevó a una variación del momento de exigibilidad de las prestaciones obligacionales a las que se comprometió con el FIDEICOMISO.

iv. EXAMEN PROBATORIO DE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ENDILGADOS EN LA DEMANDA ARBITRAL RESPECTO DE LA PRETENSIÓN TERCERA.

- Obligación de realizar los llenos estructurales y no estructurales.

Recapitulando, con respecto a lo que la accionante llama “obras de rehabilitación y readecuación”, en el hecho cuadragésimo de la demanda se hace referencia a llenos estructurales y llenos no estructurales. En respuesta a este supuesto fáctico, INGETIERRAS agregó la existencia de la llave de protección o de confinamiento, entre ambos tipos de lleno. En cuanto a los llenos estructurales, en el hecho número cuarenta y uno de la demanda se menciona que, en el Anexo No. 8 del Acuerdo Marco, se señalaron 2 tipos de llenos estructurales: (i) un bloque o capa para realizar recomposición del terreno antes del estado original o cota en la que se encontraba el terreno antes de la intervención de

¹⁰⁹ V. Acuerdo Marco: “1.1.7 Que para el PROPIETARIO resulta fundamental que los INMUEBLES, luego de su uso por parte del TITULAR MINERO en los términos del ACUERDO y de la CONCESIÓN sean puestos en condiciones de desarrollo urbanístico e inmobiliario para construcción a más tardar el 15 de junio de 2018”.

¹¹⁰ “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

INGETIERRAS, y (ii) cimentación para edificaciones futuras, lleno que parte desde la cota en la que se encontraba el terreno antes de la intervención de INGETIERRAS hasta la cota 2099 (pactada como nueva cota a la que debe llegar INGETIERRAS después de su intervención).

Para mayor ilustración respecto del alcance e importancia los anteriores conceptos -lentos estructurales y no estructurales- el Tribunal considera necesario traer a colación los siguientes medios probatorios:

En primer lugar, obsérvese lo aseverado por el ingeniero Héctor Enrique Cortés Pérez, representante legal de INGETIERRAS, citado en antecedencia y del cual se destacan los apartes más relevantes:

- La convocada no manifestó objeción alguna con respecto a los anexos técnicos que integraban el Acuerdo Marco, incluyendo el relativo a los lentos estructurales y no estructurales:

*“(…) **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTA # 3:** Para formularle, doctor Cortés, la siguiente pregunta: en el correo se señala: “Rosa, atento saludo, gracias, en efecto al momento de circular los acuerdos los remitiremos con los anexos que en todo caso fueron enviados por este medio el pasado miércoles a todas las partes, salvo la carta de instrucciones cuyo texto ya fue validado por ustedes (...)”. Ese documento o ese correo electrónico se está poniendo de presente junto con la cláusula veintitrés del Acuerdo Marco, el que ya quedó firmado. Esa cláusula veintitrés, doctor Cortés, señala que forman parte integral del acuerdo los siguientes anexos, y me voy a referir específicamente a los anexos que se refieren a los documentos relacionados con la explotación minera y los documentos relacionados con los planos. Como usted puede observar, el Anexo 5A es el contrato de concesión celebrado entre la Gobernación de Antioquia y la Sociedad INGETIERRAS para la explotación minera; el Anexo 5B (...). De acuerdo con estos dos documentos, doctor Cortés, sírvase por favor señalar si INGETIERRAS señaló, o expuso, o propuso algún reparo inconformidad, objeción u oposición, frente a los Anexos que fueron, de acuerdo con el correo, previamente circulados y discutidos, y como lo muestra el Acuerdo Marco, posteriormente incorporados al mismo el 30 de septiembre de 2016. Adelante, doctor Cortés, por favor. **CONTESTÓ:** No señor, no presentó ningún reparo, ninguna inconformidad u oposición. (...)”*

- INGETIERRAS conoce las especificaciones del Anexo 8, atinente a los lentos:

*“(…) **PREGUNTA # 4:** Gracias. Doctor Cortés, con la venía del señor Presidente, para ponerle de presente al interrogado el Anexo N° 8 del Acuerdo Marco el 30 de septiembre de 2016, (...), y se trata del plano denominado “04 perfil de lentos”, con*

fecha 18 de agosto de 2016, el cual contiene, primero, la planta de llenos INGETIERRAS, delimitación de las áreas de los llenos a cargo del titular minero; el perfil A – A´ INGETIERRAS, esquema del terreno antes y después de la intervención del titular minero, y que contiene las convenciones y los gráficos relativos a la planta de llenos y al perfil de llenos, cuya imagen está proyectada, para que por favor usted la examine y, cuando la haya examinado, me señale que la ha examinado para proceder a formular la pregunta. **CONTESTÓ:** Ya la examiné, doctor. **PREGUNTADO:** Gracias. Entonces la pregunta es pedirle que por favor, con fundamento en ese plano, en los gráficos que contiene, en los datos y las convenciones que el mismo muestra, explique a esta Audiencia con la mayor amplitud posible, desde su conocimiento como representante legal del titular de la concesión minera, cuál es el significado que tiene toda la información de este plano, de cara al Acuerdo Marco del 30 de septiembre de 2016. **CONTESTÓ:** Sí señor, esa es una planta de los llenos que se debían ejecutar, una tres áreas: una gris, un área de un color rosado o rojo claro, o como lo queramos llamar, y un área que está la parte central, y un área en la parte derecha de un color algo verde. El área gris son unos llenos no estructurales, tal y como están definidos en el Acuerdo Marco, se hacen con material de las zonas de descapote; el área del centro, el área rojo claro o el área rosada, es el área de los llenos estructurales, ubicados tanto el anterior como este, dentro del polígono del título minero; y el área verde es un área de llenos estructurales, ubicado por fuera del título minero, todas esas tres áreas dentro del predio del propietario. Doctor Pinilla, le pido un favor, ¿usted puede desplazar el plano para acabar de explicarlo? **PREGUNTADO:** Sí señor, por favor Margarita. **CONTESTÓ:** Entonces en la parte de arriba, como les expliqué, son áreas, es una vista en planta del predio, del título minero, y de la zona de llenos estructurales, no estructurales, y llenos estructurales, dentro y por fuera del polígono, y el esquema de abajo es un perfil donde se observa a mano izquierda el cauce del río, en el mismo gris de arriba, es como un corte, se observa el área de los llenos no estructurales, la zona de los llenos no estructurales. A continuación está la zona de los llenos estructurales en un color similar al de la parte superior, hasta la cota original del terreno, y en la parte de arriba está el diseño de la llave de confinamiento, la cota final, que es la cota 2.099 marcada con rojo, y en la parte derecha, en gris oscuro, es como el área, es la proyección del área verde, que son los llenos estructurales que están por fuera del polígono del título minero. (...)"

- La obligación de INGETIERRAS, conforme al título minero, consistía en dejar el terreno en su nivel original (cota 2097). Pero, por gracia del Acuerdo Marco, en varias zonas se llevó a la cota 2099 para hacer los llenos estructurales.

“(...) **PREGUNTA # 5:** Muchas gracias, doctor Cortés. Para ponerle de presente por favor al absolvente la prueba documental número 1 que aparece enlistada como tal en el escrito de contestación de la demanda, denominada “Acta N° 1 – Comité

técnico”, del 1 de abril de 2016, y que obra en las páginas 34 a 37 del segundo PDF que contiene el escrito de contestación de la demanda. Doctor Rayo, ¿sí la tiene? ¿La puede ver? (...) **PREGUNTADO:** Gracias. El documento Acta N° 1 – Comité técnico – Temas de minería y llenos – PROYECTO HARAS SANTA LUCÍA, que como usted lo observa tiene los membretes de INGETIERRAS, de UMBRAL PROPIEDAD RAÍZ, y de PINILLA GONZÁLEZ & PRIETO. Señala que el viernes 1 abril del 2016 en el Proyecto Haras Santa Lucía, con la asistencia de Víctor Jiménez de INGETIERRAS, Diana Hoyos, de INGETIERRAS, Milena Vergara, de INGETIERRAS, J. Andrés Cardona, de INGETIERRAS, Miguel Ángel Botero, de Umbral, Carlos Vásquez, de Umbral, Patricia Aguilar, de Pinilla, González & Prieto, y Laura Parra, de Pinilla González & Prieto, trataron los siguientes temas: “a) Condiciones para la explotación minera y para la ejecución de los llenos posteriores. Se estableció que la zona de ronda hidráulica de Río Negro, la cual tiene una medida de 50 metros, no va a ser objeto de ningún tipo de intervención. En la reunión se presentó un plano con la delimitación de las celdas de explotación minera, las cotas de inundación señaladas tanto por CORNARE como por el ingeniero Fabio Castrillón en su estudio hidrológico, y una propuesta de implantación de edificios por parte de Umbral. Dicho plano deberá formar parte del acuerdo a firmar como Anexo 1, para mayor claridad técnica del documento”. Voy a ir, doctor Cortés, a la viñeta más adelante, si se ubica por favor en donde se dice: “El lleno estructural deberá llegar hasta la cota del 2099. Se realizará con limos arcillosos y cumpliendo las siguientes condiciones mínimas que fueron acordadas en la reunión: Descapote: Retirar toda la capa vegetal antes de comenzar a depositar el material de lleno. Terraplén (se denominó en la reunión “Llave de confinamiento”). En el borde de la zona de relleno en contacto con la zona de inundación se deberá realizar un terraplén con sub base no...”. (...) **PREGUNTADO:** (...) la parte importante del documento es la de: “El lleno estructural deberá llegar hasta la cota de 2099”. Para preguntarle, doctor Cortés: de conformidad con el plano que le fue puesto de presente en la pregunta anterior y en donde se señala expresamente “Terrenos después de intervención de INGETIERRAS”, que aparece al frente de la línea de la cota 2099, para que con esa información le explique por favor al Tribunal qué significaba, según el Acuerdo Marco y los documentos que usted ha examinado, “dejar el terreno en la cota 2099 después de la intervención de INGETIERRAS”. Si es tan amable, adelante por favor. **CONTESTÓ:** Sí señor. El punto original antes de la explotación de los materiales lo pueden ver en el perfil de abajo en el plano que el doctor Pinilla está proyectando. Pero en ese original estaba en la cota 2097. El requerimiento del propietario era que los llenos estructurales, que son los que están delimitados con la línea horizontal roja que termina así diagonal, van hasta la cota 2099. Entonces ahí en la parte izquierda del plano, está el acotamiento de las diferentes líneas. La cota de abajo es la 2097, que es la cota a nivel del río, y la cota del terreno original. Esa cota era del lleno no estructural. Y a partir de la línea delimitada en el plano se debía hacer estructural de la 2097 a la 2099. Quiero aclararle

a la Audiencia que el plano mencionado en el Acta 1 que el doctor Pinilla proyectó anteriormente, no coincide con este plano, porque fue un plano fue mucho anterior a la firma del acuerdo. Y lo otro que quiero aclarar es que por obligación el título minero, el titular en este caso INGETIERRAS DE COLOMBIA, se obligaba a restituir el terreno hasta la cota 2097. El acuerdo que se hizo en esa acta de subir el estructural hasta 2099, era por un convenio entre las partes. (...)

- Las decisiones sobre la profundidad de excavaciones las tomaba INGETIERRAS (Anexo 8, perfiles de los llenos):

*(...) **PREGUNTADO # 6:** Le voy a poner de presente nuevamente por favor el Anexo 8 del Acuerdo Marco de septiembre 30 de 2016, que corresponde a la prueba documental número 16 del escrito de demanda arbitral, que obra en el CD aportado con el escrito de demanda. Se trata del plano denominado "04 – Perfil de llenos", que tiene fecha 18 agosto del 2016 que contiene la planta de llenos y el perfil A - A', y es el esquema de terreno antes y después de la intervención del titular minero. Tiene unas determinadas convenciones. Entonces usted me dirá cuando lo haya examinado, doctor Cortés. **CONTESTÓ:** Sí señor, ya está examinado. (...) Para preguntarle con fundamento, doctor Cortés, en esta información, para que nos explique por favor quién era el que tomaba las decisiones sobre qué tan profundo excavar el terreno para la extracción de los materiales aluviales. **CONTESTÓ:** Bueno doctor, vea, si la pregunta era quien tomaba esas decisiones, de parte de INGETIERRAS era el personal técnico que adelantaba las explotaciones de título minero, dirigidos por el ingeniero Víctor Hugo Jiménez. Eso se debió de hacer según el plan de trabajo y obras aprobado por la Secretaría de Minas, y con el cumplimiento de la licencia ambiental, que en el momento todavía está bajo jurisdicción de la Autoridad Nacional de licencias ambientales, solamente dentro del polígono minero, y la profundidad de la excavación se hacía hasta que se encontrara material granular apto para su uso en la industria a la cual INGETIERRAS se dedica, que es construcción. Entonces las profundidades eran variables, y dependían de las condiciones, de las alturas y de las diferentes áreas. Pero era potestad y decisión directa de INGETIERRAS. (...)*

En cuanto al mismo tema, el ingeniero geólogo Andrés Arbeláez, funcionario de Ingetierras, se expresó así:

*(...) **CONTESTÓ:** Bueno, respondiendo la pregunta del doctor Alejandro Rayo, hay que decir que primero que todo, nosotros lo que teníamos que hacer era una recuperación, se había firmado un acuerdo para la explotación de un título minero que tiene INGETIERRAS en el predio, las celdas 11 y 12, y allí nosotros, se comprometió a restaurar el lleno con tres tipos de llenos diferentes, un lleno de tipo no estructural, que es el lleno normal que nosotros hacemos durante la actividad minera nuestra, es un lleno que tiene que llegar a la cota 2.097,*

que era la cota original del terreno. También un lleno que se llamó en el Acuerdo Marco, de tipo lleno estructural, que era un lleno que tenía que llegar no sólo a la cota 2.097, que era la original y la obligación nuestra como titulares mineros, sino que había que llegar a la cota 2.099; y un lleno por fuera del título minero nuestro, de las dos celdas, también de tipo estructural, y había que llegar a la cota 2.099. (...).

A su vez, el ingeniero John Mario Ramírez Correa, Director de producción de INGETIERRAS, indicó:

*“(...) **PREGUNTADO:** Gracias. Usted ahora en una de sus respuestas nos manifestó algo acerca de en qué consistía la explotación minera de este Acuerdo Marco. Yo quiero que nos traté de explicar: en la ejecución de este Acuerdo Marco se hablaba de unas cotas de llenos y el contrato se trata de aquellos de explotación minera. Quiero preguntarle: ese contrato de Acuerdo Marco, según las características y obligaciones que tiene con INGETIERRAS, ¿se entiende como aquellos de explotación minera en su integridad? **CONTESTÓ:** A ver si le entendí la pregunta, doctor Rayo. En la explotación minera es muy claro; o sea, el Plan de manejo ambiental y el PTO le permiten a usted trabajar hasta cierto nivel que ellos le establecen. Ellos le dicen: “Respéteme el nivel original del terreno”, eso es lo que dicen: “respéteme el nivel original del terreno; reintegren el terreno en las condiciones en que estaba o mejores a las condiciones en que estaba”. Hasta ahí son los compromisos desde la parte minera. ¿Cuál sería en este caso la cota? La cota sería la 2097; esa es la cota que teníamos nosotros que cumplir desde el punto de vista minero, la cota 2097. Cualquier cota adicional de ahí para arriba no tiene nada que ver con el lleno que hay que hacer para recuperar los suelos de explotación minera. Fuera de eso, entra dentro de las mejoras que se le hacen al suelo del dueño la tierra. En este caso de la cota 2097, 2099, que están dentro de los llenos, dentro de las celdas de explotación que no era poquito, eran 19.000 m³, en un área de 19.000 m², que equivalía a casi 40.000 m³ de tierra hasta la cota 2097, y fuera de eso tenía la ñapa de los dos metros encima para la cota 2099, que eso se explica es para evitar inundación del terreno, que es una zona bastante inundable. Esa zona, esos dos metros le protegían al dueño de la tierra, que de ahí para atrás no se le puede inundar su terreno. Entonces esos dos metros para arriba no tienen nada que ver con la parte de la explotación; se pactó dentro del Acuerdo Marco, pero no tenía nada que ver con la explotación ni la recuperación de suelos, ni con lo que tenemos que respetar en el PMA y en el PTO. Todo lo que sea de ahí en adelante, va a condición del dueño del terreno, su mejora de sus suelos; eso es lo que se lograba con eso. ¿Qué lograba el dueño del terreno con eso? Una cosa muy sencilla: lograr que su terreno no se inundara, porque ese terreno, toda esa zona, más allá de las líneas de inundación y de todo, son zonas completamente inundables. (...)” (subraya fuera de texto).*

Por su parte, el ingeniero Guillermo Eduardo Escobar Penagos, Gerente de Umbral, explicó la diferencia entre los llenos estructurales y los no estructurales:

*“(...) **PREGUNTADO:** ¿Puede usted explicarle al Tribunal, ingeniero; en la misión de restablecer los lotes del terreno a su estado original o el necesario para poder acometer el desarrollo urbanístico del proyecto, ¿cuál es la importancia o la diferencia entre los así*

*denominados llenos estructurales y los llenos no estructurales? **CONTESTÓ:** Sí señor. Digamos que allá existía un lote que tenía unas condiciones y que eran unas condiciones que se estudiaron para las fundaciones de las torres. Digamos que las torres respetan un retiro, un aislamiento contra el río de mínimo 50 metros, un poco más de acuerdo a unos lineamientos de Cornare; entonces cuando el FIDEICOMISO PARA LA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA decidió autorizar la explotación minera, vimos que en resumen se iba a hacer un gran hueco que debía ser rellenado, y le manifestamos que tampoco había necesidad de botar plata, simplemente que se debía de hacer un lleno con unas condiciones en la parte donde se iban a construir torres, y con unas condiciones menores de resistencia en las partes donde no se construiría torres. Digamos que es así como se llegó con los técnicos a un análisis y en la parte donde se construiría torres se diseñó un lleno de carácter estructural, con unas condiciones de compactación equis, y en las partes donde no irían torres se autorizó que fuera un lleno digamos con casi ningún requerimiento técnico, donde se ha podido hacer con varios tipos de materiales y sin ningún tipo de compactación exigida. (...)*”

De la mano de las especificaciones técnicas plasmadas en el Acuerdo Marco y sus anexos, así como de los apartes que acaban de transcribirse, salta a la vista, entonces, que para ambas partes del Acuerdo Marco, así como para la interventoría del mismo, era perfectamente claro cómo debían acometerse las prestaciones correspondientes (cotas que debían alcanzarse, material a emplear), el propósito que se buscaba con la recuperación del terreno (lleno no estructural) y el aumento del mismo, para evitar inundaciones y propender por la estabilidad del proyecto urbanístico a desarrollarse en el sector.

v. ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO ENDILGADO.

Ahora bien, como ya se refirió anteriormente, JACARANDA indicó en el hecho cuadragésimo quinto de la demanda arbitral que, con corte al 28 de mayo de 2019, para la zona 1 faltaban por ejecutar las siguientes cantidades de llenos estructurales: 2.549,70 m³, en la zona 2 44.333,35 m³, mientras que en la zona 3 35.386,75 m³; para un total: 82.269,80 m³. En el hecho siguiente, y para la misma fecha, la accionante acotó que los llenos no estructurales faltantes son: zona 1 (0 m³), zona 2 (26.632,63), y zona 3 (23.998,41 m³); total: 50.631,04 m³.

Al respecto, el Tribunal observa que, con posterioridad a las fechas de entrega estipuladas en el Acuerdo Marco¹¹¹, dentro de las probanzas recopiladas y practicadas sí se da cuenta de la existencia de faltantes por ejecutar respecto de los llenos estructurales y no estructurales, aunque las cantidades enseñadas por cada elemento probatorio varían, en razón a la fecha de su existencia o producción.

¹¹¹ La zona 1 debía entregarse el 30 de septiembre de 2017, la zona 2 el 15 de febrero de 2018 y la zona 3 el 15 de junio de 2018.

Así, en primer lugar, vale la pena traer a colación los informes que, frente al tema que se viene comentando, expidió Umbral como interventora.

Empero, antes de entrar en la realidad mostrada por tales reportes, el Tribunal considera necesario atender, de manera previa, las observaciones y reproches elevados por INGETIERRAS en su contestación y alegatos, en torno a una supuesta falta de objetividad de la labor realizada por el interventor.

Según la convocada, no es factible atender a las manifestaciones realizadas por Umbral y sus funcionarios, como quiera que, al ser parte interesada (desarrollador del proyecto urbanístico), y ejercer como “representante” de la convocante (art. 6.1¹¹². del Decreto 2089 de 1989), no puede obrar con objetividad en su tarea de verificación. Además, agrega INGETIERRAS que ninguno de sus trabajadores o directivos participó en las mediciones efectuadas por Umbral. Aunado a lo anterior, las acciones de la interventoría serían tardías -y ello constituye un incumplimiento de JACARANDA- ya que el contrato correspondiente se firmó solo hasta el 15 de noviembre de 2017.

En punto de lo anterior, el Tribunal manifiesta que ninguno de los anteriores argumentos resulta idóneo para mermar la credibilidad de las actuaciones desplegadas por Umbral, así como las afirmaciones y conclusiones que esta sociedad plasmó en los diversos documentos que reposan en el plenario.

Como primera medida, llama la atención del Tribunal que, desde un principio, INGETIERRAS tenía toda la información pertinente en relación con cuáles eran los intereses o motivos jurídicos y económicos que movieron a Umbral a actuar como interventora. Por ejemplo, véase los apartes que ya figuraban en el propio Acuerdo Marco:

“(…) I. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

Las consideraciones y antecedentes que rodean la celebración del presente ACUERDO, son las que a continuación se detallan; ellas revelan de manera expresa los motivos determinantes que han inducido a las PARTES a contratar y su manifestación explícita tiene como finalidad, la de que sean tenidas en cuenta, siempre que se trate de aplicar o interpretar alguna estipulación de este ACUERDO o de solucionar alguna diferencia entre las PARTES o de fijar o determinar derechos u obligaciones por razón de las relaciones que el presente documento regula entre ellas: (...)

1.1.5. En virtud de los antecedentes expuestos, los INMUEBLES hacen parte del área útil parcelable del proyecto de parcelación indicado y se encuentran sometidos al Régimen de Propiedad Horizontal de la Agrupación de Lotes Haras Santa Lucía P.H. En consecuencia, existen

¹¹² “6.1 DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS. Se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción. El Interventor es el representante de la entidad contratante durante todas las etapas del proyecto: planos, etapa previa, ejecución y liquidación”.

derechos de desarrollo de los INMUEBLES, en los términos aprobados en la respectiva licencia de parcelación y de conformidad con lo señalado en el régimen de propiedad horizontal constituido.

1.1.6. El predio identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 020-99029 (denominado Lote 6) se encuentra afecto irrevocablemente al desarrollo de la Etapa 6 del proyecto inmobiliario de vivienda Haras Santa Lucía, que se ejecuta en los términos del contrato de fiducia de administración inmobiliaria suscrito el 23 de diciembre de 2015 por el que se constituyó el patrimonio autónomo denominado “PROYECTO HARAS DE SANTA LUCÍA NUEVAS ETAPAS, cuyo vocero es FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA y en el que ostentan la calidad de fideicomitentes desarrolladores UMBRAL PROPIEDAD RAÍZ S.A., LONDOÑO GÓMEZ S.A.S. y PROMOTORA DE PROYECTOS HARAS SANTA LUCÍA S.A.S.

1.1.7 Que para el PROPIETARIO resulta fundamental que los INMUEBLES, luego de su uso por parte del TITULAR MINERO en los términos del ACUERDO y de la CONCESIÓN sean puestos en condiciones de desarrollo urbanístico e inmobiliario para construcción a más tardar el 15 de junio de 2018. (...)

OCTAVA.- INTERVENTORIA DEL ACUERDO: *La interventoría del ACUERDO, será seleccionada y contratada por el PROPIETARIO, y se encargará de verificar que los llenos estructurales cumplan con las condiciones técnicas específicas acordadas en el ACUERDO, y de dar concepto previo favorable a dichas obras al PROPIETARIO y de suministrar directamente a este último la información sobre su desarrollo, sin interferir con los trabajos que adelantará el TITULAR MINERO.*

Sin perjuicio de las obligaciones que con tal fin se definan en el contrato que celebre el PROPIETARIO con el INTERVENTOR, deberá incluirse en todo caso la obligación de presentar informes escritos mensuales sobre los aspectos señalados en esta cláusula.

La interventoría contratada por el PROPIETARIO se encargará únicamente de verificar los aspectos señalados en las Cláusulas Cuarta, Quinta y Novena y deberá presentar informes mensuales sobre su desarrollo y ejecución. (...)

Para los efectos que interesan al proceso, lo cierto es que en ningún momento la convocada manifestó objeción alguna frente a estas circunstancias, razón suficiente para tomar por extemporáneas e improcedentes sus quejas en torno a un posible conflicto de interés por parte de la interventoría. Recuérdese que repugna al principio de la buena fe contractual que una parte contratante pretenda obtener provecho a partir de contradicciones incurridas por ella misma, de cara a sus actos previos.

Y es más, no siendo ningún secreto el jamás negado interés de Umbral en que la ejecución del Acuerdo Marco facilitara la materialización de los negocios jurídicos constructivos atinentes al Proyecto Haras Santa Lucía, ello, antes que invitar a sospechar de un motivo obstructivo para torpedear el cumplimiento de las prestaciones contractuales a cargo de INGETIERRAS, se erige en un incentivo para suponer exactamente lo contrario. Amén de la convocante, nadie más interesado que Umbral en que INGETIERRAS pudiera cumplir con los plazos, ejecutando sus obligaciones de manera correcta, de forma que se cumpliera con uno de los objetivos del Acuerdo Marco: conciliar la

explotación minera con la existencia de las condiciones requeridas para edificar el Proyecto Haras Santa Lucía.

De otra parte, y sin perjuicio de lo manifestado acerca del particular en antecedencia, en torno a la alegada potestad representativa de la interventoría frente al contratante de la obra (Decreto 2090 de 1989), el Tribunal considera que tal condición no puede ser interpretada de manera ligera y descontextualizada, como si cualquier acción u omisión de la interventoría resultare automáticamente atribuible a la contratante, al punto que las opiniones y decisiones de ambas se confundan irremediamente. La representación de la que habla la referida norma administrativa, conforme su texto, se circunscribe solamente a “(...) *el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción (...)*”. Se itera, en modo alguno ello implica la facultad para el interventor de cambiar las condiciones contractuales. Solamente podrá reportar y vigilar la cabal ejecución de lo realmente convenido por quienes sí fusionaron sus voluntades en el Acuerdo Marco.

En el caso que nos ocupa, de acuerdo a la lectura conjunta de la ya citada cláusula octava del Acuerdo Marco y del propio contrato de interventoría, se colige que la función encomendada a Umbral era únicamente ejercer el control de los llenos¹¹³.

La falta de participación de funcionarios de INGETIERRAS en las mediciones acometidas por UMBRAL, tampoco se antoja suficiente para poner en tela de juicio las conclusiones alcanzadas por la interventoría. En el expediente no solo obran las explicaciones correspondientes a la forma como Umbral desplegó su labor (comisiones de topografía). También debe señalarse que tal metodología, así como sus resultados, no fueron cuestionados por parte del perito ingeniero Marco Antonio Alzate Ospina. Por el contrario, este experto -que sí es totalmente independiente de las partes en contienda y de Umbral-, basó gran parte de sus análisis en los informes de interventoría y expresamente anunció que, en su criterio profesional, tales informes son verosímiles (v. dictamen emitido en marzo de 2020):

-Testimonio de la arquitecta, María Eugenia Zuleta Bedoya (funcionaria de Umbral)¹¹⁴:

¹¹³ “PRIMERA: OBJETO. Por virtud del contrato que aquí se documenta, el Contratista está obligado en favor del Contratante a: i) realizar la interventoría técnica sobre las obras de llenos estructurales que en los términos del numeral 4.4 de la Cláusula Cuarta del Acuerdo, el Titular Minero está obligado a realizar y, ii) dar el concepto previo favorable a dicha sobras al Contratante y suministrar directamente a este último la información sobre su desarrollo, sin interferir con los trabajos que adelantará el Titular Minero”.

¹¹⁴ Ver también: Testimonio del Ing. Guillermo Eduardo Escobar Penagos (Gerente de Umbral): “(...) PREGUNTADO: Ingeniero, en este informe de interventoría a 31 de diciembre de 2018, está establecido la cantidad de llenos estructurales y no estructurales faltantes por ejecutar por parte de INGETIERRAS. Como lo puede ver usted, ingeniero, en el numeral 2, cantidad de llenos estructurales que hacen falta aún por ejecutar, dice a la letra, y continúa: “De acuerdo con la evolución mostrada en los distintos levantamientos topográficos y los resultados del último de ellos, la interventoría concluye en que, a la fecha del 31 de diciembre de 2018, los faltantes de llenos estructurales por zonas son: Zona 1, 2.549,7 m³; Zona 2, 53.147,79 m³; Zona 3, 39.566,07 m³; para un total de 95.263,56 m³”. ¿Nos puede explicar, ingeniero por favor, cuál fue el mecanismo, la técnica o el procedimiento a través del cual la interventoría llega a esa conclusión aquí plasmada? CONTESTÓ: Sí, a ver, voy a tratar de ser un poquito ilustrativo. Nosotros partimos de una cota a la que debía llegar los llenos a ser realizados por INGETIERRAS, 2097 en algunas partes, 2098, 2099, y simplemente mediante una topografía se mira el volumen de la excavación realizada, lo que habían realizado en ese momento, y por diferencia sacamos el volumen de llenos que estaban faltando. Digamos que era relativamente fácil hacer unas topografías, porque las cotas inferiores de los llenos digamos que nosotros al iniciar la explotación no las conocíamos, eso dependía de la explotación

*“(…) **PREGUNTADA:** Arquitecta, ha señalado usted que conoce los predios desde octubre de 2016. ¿A partir de esa fecha usted los visita con frecuencia y, con qué frecuencia, en caso afirmativo? **CONTESTÓ:** Sí, abogado, normalmente, periódicamente yo estoy yendo, y hay veces cuando salga a vacaciones lo que hacemos es que siempre pactamos con compañeros de por ahí cerquita de otros proyectos, para que me reemplacen, porque la idea es hacer este acompañamiento continuamente. Entonces es muy, o sea, el acompañamiento es continuo, y no solamente en el sitio sino en reuniones que hemos hecho, que hemos visto que se requieren, inclusive a veces también con las reuniones con los vecinos que a veces hacían llamadas de atención, o que las volquetas les hacían daño, nosotros también participábamos como parte del compromiso de que las cosas funcionaran, y funcionaran para bien de todos. Periódicamente yo trato mínimo de subir dos veces a la semana. (...) **PREGUNTADA:** Arquitecta, en su informe cortado al 31 de diciembre de 2018, que es el que estamos examinando, llega usted a la conclusión de la cantidad específica de llenos estructurales y no estructurales faltantes por ejecutar por parte de INGETIERRAS. ¿Nos puede por favor explicar el método y la manera a través de la cual llega usted a esas conclusiones? **CONTESTÓ:** Sí abogado, nosotros siempre nos apoyamos en Comisión de topografía. ¿Por qué? Porque esto con mediciones de obra, de verdad no quedan los cálculos bien hechos. Entonces la Comisión de topografía, con sus equipos, saca y hace una trazabilidad muy confiable, y fuera de eso dejan las memorias, las que uno revisa. ¿Por qué las revisamos? Porque ellos de pronto hay alguna mención o algún cálculo matemático que de pronto no da; o sea, debe tener siempre la revisión de uno para uno también avalar ese cálculo. Entonces siempre, siempre, nunca la hicimos directamente en obra ni bajo medidas de lienzo, ni de metros, sino siempre con topografía. Es más, incluso las últimas mediciones las estábamos haciendo en conjunto, porque inicialmente los únicos que poníamos mediciones con Comisión de topografía, éramos nosotros la interventoría. Entonces yo un día le hice la llamada de atención al director de obra y le dije que por favor, que tanto a ellos como a nosotros nos convenía que estuviéramos de acuerdo en la medición, porque si yo mido hoy y el otro mide mañana, nunca nos van a dar las mediciones, o si él mide hoy y yo mido en un mes, tampoco vamos a llegar a un acuerdo en la medición. Entonces por eso siempre las mediciones se hicieron con Comisión de topografía, e incluso las últimas mediciones las comparábamos y nos daba muy similares. Lógico que una comisión no puede dar exactamente igual a la otra Comisión, pero sí daban muy parecidas las mediciones. (...)”.*

Por otro lado, en relación con el hecho de que el contrato de interventoría se hubiere firmado solo hasta el 15 de noviembre de 2017, de esta situación tampoco se sigue la falta de idoneidad de la función ejercida por Umbral. Esto, habida cuenta que se rindieron informes que, basados en observaciones topográficas, evaluaron lo concerniente a los llenos (v. anexos de los dictámenes presentados por el Ing. Alzate). Adicionalmente, quedó demostrado en el expediente que solo después del trimestre julio - septiembre de 2017 INGETIERRAS inició con la labor de los llenos en las zonas

que hizo INGETIERRAS y hasta dónde decidió llegar en su explotación. Nosotros lo que conocíamos era la cota final a la cual debía llegar el lleno realizado por INGETIERRAS, tanto estructural como no estructural. Entonces simplemente realizamos unas topografías y se hizo el cálculo de los metros cúbicos faltantes. (...)”.

de explotación minera. Por ende, si en gracia de discusión, se aceptare que la interventoría solo empezó a trabajar en noviembre de 2017, tendría sentido que pudiere desarrollar el objeto de su contrato con posterioridad a la fecha en que INGETIERRAS empezó a desplegar las labores cuyo cumplimiento debía supervisar, al menos en las áreas en los que el terreno se vería impactado por las tareas mineras. Al respecto, es preciso para este Tribunal resaltar las siguientes probanzas:

-Testimonio del ingeniero, Guillermo Eduardo Escobar Penagos (Gerente de Umbral):

*“(…) **PREGUNTADO:** Okey, gracias. ¿Recuerda usted la fecha de suscripción e inicio de actividades de la interventoría para este contrato? **CONTESTÓ:** Sí señor, el contrato se empezó a ejecutar desde la misma fecha que INGETIERRAS empezó a explotar los predios, y se formalizó a finales del 2017, tal vez. **PREGUNTADO:** Según su respuesta, ¿nos manifiesta entonces que el contrato de interventoría comenzó en el año 2016 para cuando se suscribió el Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** Sí señor. **PREGUNTADO:** ¿Podría indicarnos cuál fue la razón de que el mismo haya sido suscrito entre UMBRAL y el propietario a finales del año 2017? **CONTESTÓ:** El proyecto, perdón, el contrato de interventoría se empezó a ejecutar desde el mismo momento que inició INGETIERRAS, y se formalizó cuando digamos empezó la labor formal del contrato de interventoría, que era la vigilancia de los llenos. **PREGUNTADO:** Según eso y atendiendo a la fecha de suscripción del contrato, que le indico data del 15 de noviembre de 2017, ¿se concluye entonces que para esta fecha comenzó INGETIERRAS con la labor de los llenos? **CONTESTÓ:** Sí señor, INGETIERRAS terminó la explotación alrededor de septiembre del 2017; a partir de ahí debía comenzar con los llenos. (...) **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted un aproximado de cuánto tiempo pudo haber pasado entre el episodio en que INGETIERRAS, según usted realiza esta explotación por fuera de celdas, y lo deja de realizar en relación al informe que nos dice que le pasaron a usted? ¿Recuerda un aproximado de tiempo? ¿Cuánto tiempo pudo haber sido esta intervención? ¿Un tiempo largo? ¿Recuerda más o menos cuánto pudo haber sido este episodio? **CONTESTÓ:** Sí señor, INGETIERRAS terminó la explotación alrededor de septiembre del 2017; en octubre se retiraron del proyecto aduciendo que había un invierno especial, y entre octubre, noviembre y diciembre, UMBRAL y su equipo realizó las topografías y los análisis, y en enero presentamos un informe formal donde manifestamos que habían sobre excavado las celdas. (...)”*

-Testimonio del ingeniero, Andrés Arbeláez, geólogo de INGETIERRAS:

*“(…) **PREGUNTADO:** Puede que no recuerde que esté anotado en el libro, ¿pero recuerda la fecha o la época en la que INGETIERRAS dio inicio a las actividades de llenos de recuperación de esos terrenos? **CONTESTÓ:** Sí, eso fue en febrero o marzo del 2017, yo recién entraba y ahí fue donde empezamos nosotros con los llenos. Por eso te digo que por ejemplo en la imagen anterior que estábamos viendo, ya habíamos empezado a realizar llenos estructurales por fuera del título minero en Zona 2 y Zona 3. **PREGUNTADO:** Febrero o marzo de 2017, entendido, iniciaron las obras de llenos. Para preguntarle: ¿cuánto tardaron las obras de llenos de la Zona 1 de entrega? **CONTESTÓ:** En meses exactos de cuánto tardaron esas obras, nosotros empezamos más o menos en... No, no lo recuerdo bien. A mitad de año más o menos del 2017 ya empezamos con el*

llo estructural. El llo no estructural sí empezó más o menos en junio o julio, el no estructural, que era un pedazo pequeño en esa zona, pero el estructural más o menos también a mediados, no lo recuerdo bien; en Zona 1 no lo recuerdo bien. **PREGUNTADO:** ¿No recuerda cuánto se demoraron en terminar de recuperar Zona 1, en meses? **CONTESTÓ:** En meses nos demoramos unos siete meses, ocho meses más o menos. **PREGUNTADO:** ¿Y la Zona 2? **CONTESTÓ:** La Zona 2, más o menos eso mismo. No lo recuerdo bien, esa Zona 2 estuvo muy intervenida en la parte del llo estructural por fuera de las celdas, por todas estas sobre excavaciones. Nosotros ya hicimos una entrega parcial de esta Zona 2, en este momento ya está totalmente recuperada también con su tramo de llave de confinamiento. Pero no recuerdo bien en meses exactos cuánto nos demoramos. **PREGUNTADO:** ¿Y la Zona 3? **CONTESTÓ:** Tampoco, y a la Zona 3 le falta el tramo, le falta un tramo de la llave de confinamiento, que era el que yo hablaba ahorita que faltaba unos 160 metros de longitud, es en Zona 3. Los dos llos ya están completamente recuperados, pero el tramo de la llave de confinamiento de Zona 3 es el que falta. (...)

REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: Señor declarante, por favor infórmele al Tribunal si para el mes de junio de 2017, INGETIERRAS había iniciado o no había iniciado actividades de llo estructural o llo no estructural en la zona de explotación minera. **CONTESTÓ:** En la zona de explotación minera, no señor, pero ya habíamos empezado con la zona por fuera de la explotación minera en Zona 2 y Zona 3, ya habíamos empezado a depositar limo. (...)

-Testimonio del ingeniero Carlos Alberto Vásquez¹¹⁵, funcionario de Umbral:

¹¹⁵ Ver también: -Testimonio del Ing. Miguel Ángel Botero, de Umbral: "(...) **PREGUNTADO:** Ingeniero, para el momento en que se llega al acuerdo con INGETIERRAS sobre la modificación de la ubicación de los lagos, ¿cuál era el estado del avance de obras de parte de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Esta foto nos puede dar una luz, porque esta foto incluso fue el 26 de junio del 17, que fue la época en que ellos debían, en el año en que ellos debían de entregar, y a ellos se les mandó, a principios de junio se les mando el plano con esta ubicación. Entonces como se puede ver ahí en la foto, todavía estaban en plena explotación, estaban todavía con las máquinas, con la maquinaria, incluso aquí estaba todavía el centro de lo que ellos tenían, que ahí recopilaban todo el material que iban sacando, lo clasificaban y de aquí lo iban sacando en volquetas. Entonces aquí todavía estaba la planta, eso es como una planta que llaman ellos ahí, que es como clasificadora. Entonces esta foto nos puede ayudar para eso, para dar una certeza de que todavía no habían empezado llo, mejor dicho, estaban todavía en explotación, porque aquí todavía no se ve ningún material de llo; el llo se ve, así como este de aquí abajo de la vía, que es como un rojito. Si existiera llo, existiría ese rojito, entonces todavía no habían empezado a llenar nada. (...); y testimonio del Ing. John Mario Ramírez, funcionario de Umbral: "(...) **CONTESTÓ:** Sí, claro, la fecha, la entrega fue en el momento que estábamos extrayendo el material. Nosotros en septiembre del 2017 terminamos la extracción, nosotros antecitos de septiembre, finalizando el mes de septiembre, terminamos la extracción del material. El material del crudo que yo le estoy diciendo a usted, era extraído directamente de la (inaudible) que estábamos explotando; o sea que ese material se le entregó antes de septiembre del 2017. (...) **PREGUNTADO:** Muchas gracias. Ingeniero, ¿en qué fecha, la más aproximada posible si es tan amable, terminó INGETIERRAS la explotación minera en los predios de Haras Santa Lucía, en los predios del FIDEICOMISO JACARANDA? **CONTESTÓ:** Perdón doctor Pinilla, se está oyendo interrumpida la señal. ¿Me puede repetir otra vez la pregunta, por favor? **PREGUNTADO:** Sí señor, de pronto es que usted es tan enfático que me hace temblar la voz. La pregunta es ingeniero, si es tan amable, en qué fecha, lo más aproximadamente posible, terminó INGETIERRAS de explotar o de efectuar la explotación minera que se llevaba a cabo en los predios de Haras Santa Lucía, del FIDEICOMISO JACARANDA. **CONTESTÓ:** Nosotros terminamos la extracción, no la explotación, y le quiero hacer esa aclaración, y es muy importante para nosotros como ingenieros de minas aclarar esas expresiones. Extracción es extraer el mineral, y la explotación se termina cuando yo haga mi recuperación, y eso es parte integral del proceso minero. La parte de la extracción la terminamos en septiembre del 2017; en los días del 20 al 22

“(…) **PREGUNTADO:** ¿Y recuerda si además del cambio de ubicación del lago¹¹⁶, se hizo algún cambio en el tamaño del lago? **CONTESTÓ:** Sí, considerablemente, el lago quedó más grande, se cambió el que había ahí, el que está ahí que se muestra en este esquema, es más o menos el lago, un lago existente que había en el lote, que inicialmente estaba ahí planteado. Luego, con los urbanistas, con los arquitectos y los desarrolladores, revisaron y miraron y cambiaron el lago hacia la otra zona, y lo hicieron más grande, un lago más grande en una zona diferente a la que estaba el lago actual. **PREGUNTADO:** Ingeniero, ese cambio de tamaño del lago, ¿implicaba algún efecto en tiempo y en cantidad de llenos para la sociedad INGETIERRAS que debía restituir y restablecer estos terrenos? **CONTESTÓ:** Pues pudo haber un cambio de actividad; se cambió un lleno, un lago más pequeño en un lleno en una parte que podía tener una zona de lleno estructural, a un lago mucho más grande en una parte de lleno no estructural, pero fue en mayor proporción y esto se desarrolló en un momento en que no estaba, no habían actividades de lleno en ese momento, entonces no implicó un reproceso; es un cambio de cantidades, cambiar una parte menor en un lleno estructural, por otra parte en una zona no estructural, un lleno diferente, más grande. **PREGUNTADO:** Nos dice usted en su relato que no había llenos en ese momento. ¿Por qué le consta o cómo sabe que en ese momento no había actividades de llenos? **CONTESTÓ:** No, porque en esa época precisamente mirando cómo era la ubicación del urbanismo y las torres, se realizó una marcación con topografía y unas fotos aéreas como para mirar el desarrollo, la interventoría realizó unas tomas aéreas para mirar precisamente la ubicación de las torres o del urbanismo con respecto al avance de los trabajos de explotación. (...). Para preguntarle, ingeniero, si esta aerofotografía que le estoy poniendo de presente, si lo recuerda, formó parte de aquellas con fundamento en las cuales usted afirma tiene conocimiento que para el momento en que se hicieron los cambios del lago 1 y la incorporación de la torre 7, INGETIERRAS no estaba ejecutando llenos. **CONTESTÓ:** Sí, correcto, con el urbanismo que planteó la gerencia, la promotora, se mandaron a marcar, y como se ve en esa foto, en esa parte ahí no hay llenos, apenas está en etapa de explotación y se marcó precisamente para ver la injerencia, la ubicación de esas torres en la explotación de INGETIERRAS. **PREGUNTADO:** Usted utiliza la expresión “se marcó”. Las marcas a las que usted hace referencia, ¿es posible advertirlas en esa fotografía? **CONTESTÓ:** Sí, la cal blanca, las marcas blancas que se ven, ahí se ve el lago, se ve la ubicación de unas torres, del lago propuesto, ahí se ve la ubicación del lago propuesto, y el planteamiento urbanístico que tenía en ese momento. Eso se realizó con topografía, la ubicación de las torres y los lagos, y después se demarcó con cal para poder observarlo en las fotografías aéreas. (...)”

de septiembre, toda la parte extractiva estaba terminada. (...) **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted, ingeniero, la fecha en que INGETIERRAS terminó, culminó las labores de explotación minera en los predios de Haras Santa Lucía? **CONTESTÓ:** La explotación minera, no; todavía estamos entregando la parte de recuperación que hace parte de la explotación. Si me está hablando de extracción, fue en septiembre del 2017. (...)”

¹¹⁶ INGETIERRAS señaló que este cambio tuvo lugar mediante el correo electrónico remitido el 14 de agosto de 2017, por parte de la Arq. María Eugenia Zuleta, de la interventoría – Umbral.

- Informe de interventoría del 16 de enero de 2019: Según el cual las labores de minería por parte de INGETIERRAS terminaron en septiembre de 2017, iniciando el desmonte el 20 de ese mes y finalizando el día 30.

- Informe de interventoría del 14 de marzo de 2020 (anexo al dictamen de marzo de 2020 del Ingeniero Marco Antonio Alzate), en el cual se evidencia:

“(...) Aunque en este caso no se firmó entre las partes un acta o documento formal de finalización de labores de minería, la interventoría tiene registros fotográficos y registros ciertos que indican que las labores de minería por parte de INGETIERRAS culminaron en el mes de septiembre del año 2017, iniciando el desmonte el día 20 de septiembre de 2017 y culminando el día 30 de septiembre de 2017, cuando terminó el desmonte del respectivo entable y maquinaria, llevándose esta última del lugar de la explotación mineral por parte de INGETIERRAS (...)”.

Así las cosas, y máxime cuando el perito independiente Ingeniero Alzate basó sus dictámenes en los informes de interventoría en cuestión, el Tribunal considera que el contenido de los mismos constituye un elemento de juicio sumamente relevante para evaluar el grado de cumplimiento que, en punto de los llenos estructurales y no estructurales, mostró la sociedad convocada.

En tal sentido, obsérvese lo señalado por Umbral en los siguientes documentos:

- De acuerdo con el informe de interventoría emitido con corte al 31 de diciembre de 2018, actividades pendientes de ejecutar en zona 1 son: Descapote: 3.011,20 m², Lleno estructural: 2.549,70 m³, Comisión de topografía: 2 días, Capa de tierra negra vegetal: 3.011,20 m², Cañuelas y drenes: 100 m, Manejo de aguas, etc.
- De acuerdo con el informe de interventoría emitido con corte al 31 de diciembre de 2018, actividades pendientes de ejecutar en zona 2 son: Descapote: 2.500,00 m², Lleno estructural: 53.147,79 m³, Lleno no estructural: 43.699,53 m³, Base en piedra llave confinamiento: 391,68 m³, Terraplén sub-base, llave confinamiento: 1.027,65 m³, Comisión de topografía = 15 días, Capa de tierra negra vegetal 39.909,07 m², Cañuelas y drenes: 450 m, Manejo de aguas, etc.
- De acuerdo con el informe de interventoría emitido con corte al 31 de diciembre de 2018, actividades pendientes de ejecutar en zona 3 son: Descapote: 2.000,00 m², Lleno estructural: 39.566,07 m³, Lleno no estructural: 23.998,41 m³, Base en piedra llave confinamiento: 300,72 m³, Terraplén sub-base, llave confinamiento: 1.167,79 m³, Comisión de topografía = 10 días, Capa de tierra negra vegetal 22.588,71 m², Cañuelas y drenes: 258 m, Manejo de aguas, etc.
- Informe de interventoría del 16 de enero de 2019:
 - “Con estos criterios, puede concluirse que la cantidad de llenos estructurales requeridos para lograr la rehabilitación y la readecuación de los terrenos sobre los

cuales van a levantarse edificaciones de acuerdo con las licencias urbanísticas y demás permisos otorgados para el desarrollo del proyecto, una vez finalizadas las labores de minería, corresponde al número total de metros cúbicos (m³) de lleno estructural que resulten necesarios para dejar esas zonas específicas en la cota 2099, cantidad que depende del área intervenida con la explotación minera y de las profundidades de las excavaciones realizadas por INGETIERRAS.

De esta manera, para esta interventoría es claro que la forma de establecer el cumplimiento de esta parte del contrato es verificar que estas zonas específicas hayan sido rehabilitadas y readecuadas hasta la cota 2099, tal y como está en el plano 04, Anexo 8 del Acuerdo y que los llenos existentes a dicha cota cumplan con las especificaciones técnicas requeridas en el Acuerdo Marco.

Del seguimiento técnico efectuado y los documentos que lo soportan, es evidente que a la fecha del 31 de diciembre de 2018 INGETIERRAS no ha alcanzado la cota 2099 en la totalidad de las zonas que requieren llenos estructurales, encontrándose pendiente una importante cantidad de obra que procedemos a estimar a continuación. (...)

- Al 31 de diciembre de 2018, en la zona 1 faltaban por ejecutar 2.549,70 m³, en la zona 2 53.147,79 m³ y en la zona 3 39.566,07 m³, total: 95.263,56 m³.
- Llenos no estructurales: de acuerdo con anexo 8, hasta la cota 2097 (terreno antes de intervención de INGETIERRAS). Es sobre terrenos sobre los cuales no van a levantarse edificaciones del proyecto, una vez finalizadas las labores de minería. Al 31 de diciembre de 2018, en zona 1 faltan 0 m³, en zona 2 43.699,53 m³, y en zona 3 23.998,41 m³, total 67.697,94 m³.
- Llave de confinamiento: debe ubicarse por toda la línea de inundación, separando el lleno estructural del no estructural. A 31 de diciembre de 2018 en la zona 1 faltan 0 m³, en zona 2 faltan 178,20 m³ y en zona 3 125,30 m³, total 303,50 m³.
- Predios dejados en situación de abandono desde el 25 de octubre de 2018.
- Obras pendientes por ejecutar:
 - Zona 1 (área 3.011,20 m², destinada a construcción, zonas verdes o arbóreas y/o lagos): Descapote: 3.011,20 m², Lleno estructural: 2.549,70 m³, Comisión de topografía: 2 días, Capa de tierra negra vegetal: 3.011,20 m², Cañuelas y drenes: 100 m, Manejo de aguas, etc.

- Zona 2 (área 39.909,07 m², destinada a construcción, zonas verdes o arbóreas y/o lagos): Descapote: 2.500,00 m², Lleno estructural: 53.147,79 m³, Lleno no estructural: 43.699,53 m³, Base en piedra llave conf: 372,00 m³, Terrap sub-base, llave conf: 1.027,65 m³, Comisión de topografía = 15 días, Capa de tierra negra vegetal: 39.909,07 m², Cañuelas y drenes: 450 m, Manejo de aguas, etc.
 - Zona 3 (área 22.588,71 m², destinada a construcción, zonas verdes o arbóreas y/o lagos): Descapote. 2000,00 m², Lleno estructural: 39.566,07 m³, Lleno no estructural: 23.998,41 m³, Terrap sub-base, llave conf: 830,74 m³, Comisión de topografía = 10 días, Capa de tierra negra vegetal 22.588,71 m², Cañuelas y drenes: 258 m², Manejo de aguas, etc.
- Obras y actividades pendientes por ejecutar en zona 1, conforme a informe de interventoría con corte al 6 de marzo de 2020: Descapote: 3.011,20 m²., Lleno estructural: 2.549,70 m³, Comisión de topografía: 2 días, Capa de tierra negra vegetal: 3.011,20 m², Cañuelas y drenes: 100 m, Manejo de aguas.
- Obras y actividades pendientes por ejecutar en zona 2, conforme a informe de interventoría con corte al 6 de marzo de 2020: Zona 2 (39.909,07 m² de área, “destinada a construcción, zonas verdes o arbóreas y/o lagos”), Lleno estructural: 1.328,01 m³, Lleno no estructural: 1437,50 m³, Base en piedra llave conf: 223,49 m³, Terrap sub – base, llave conf: 977,76,00 m³, Comisión de topografía = 4 días, Capa de tierra negra vegetal = 4 días, Capa de tierra negra vegetal: 39.909,07 m², Cañuelas y drenes: 350 m, Manejo de aguas.
- Obras y actividades pendientes por ejecutar en zona 3, conforme a informe de interventoría con corte al 6 de marzo de 2020: Lleno estructural: 2.486,14 m³, Lleno no estructural: 6.963,2 m³, Base en piedra llave conf: 450,68 m³, Terrap sub – base, llave conf: 1.971,74 m³, Comisión de topografía = 6 días, Capa de tierra negra vegetal = 4 días, Capa de tierra negra vegetal: 22.588,71 m², Cañuelas y drenes: 208 m, Manejo de aguas.
- Informe de interventoría del 14 de marzo de 2020:
 - “Luego del reporte anterior, INGETIERRAS no ha devuelto los predios al propietario, y ha seguido adelantando actividades en el mismo por fuera de los plazos del contrato, lo que le ha impedido a esta interventoría dar por cumplidas las obligaciones técnicas del contrato”.
 - “Como se puede observar de las imágenes comparativas, entre el pasado informe de interventoría y éste, INGETIERRAS ha adelantado un número significativo de obras

nuevas que debía ejecutar según el Acuerdo Marco, sin haberlas terminado aún en un 100%. Todas las obras nuevas encontradas de acuerdo con este informe de interventoría, han venido siendo ejecutadas por fuera de los tiempos señalados en el Acuerdo Marco. A la fecha de este informe, las obras nuevas no han sido validadas por la interventoría y tampoco han sido entregadas, y por supuesto, los predios tampoco han sido entregados, lo que impide a esta interventoría determinar cómo cumplidas estas obligaciones desde el punto de vista técnico y de los tiempos del Acuerdo Marco”.

- Con corte al 6 de marzo de 2020, los llenos estructurales que faltan por ejecutar son: zona 1 (2.549,70 m3), zona 2 (1.328,01 m3), y zona 3 (2.2486,14 m3), total: 6.363,85 m3.
- Llenos no estructurales pendientes por ejecutar, con corte al 6 de marzo de 2020: zona 1 (0 m3), zona 2 (1.438,50 m3) y zona 3 (6.963,20 m3), total: 8.401,70 m3.
- Con corte al 6 de marzo de 2020: llave de confinamiento base en piedra H = 0.40 pendientes: zona 1 (0 m3), zona 2 (223,49 m3), zona 3 (450,68 m3), total: 674,17 m3.
- Con corte al 6 de marzo de 2020: llave de confinamiento Terraplén en sub-base no procesada pendiente: zona 1 (0 m3), zona 2 (977,76 m3), zona 3 (1.971,74 m3), total: 2.949,50 m3.
- Obras pendientes por ejecutar en zona 1 (*“área 3.011,20 m2, destinada a construcción, zonas verdes o arbóreas y/o lagos”*):
 - *“Descapote 3.011,20 m2.*
 - *Lleno estructural: 2.549,70 m3*
 - *Comisión de topografía: 2 días*
 - *Capa de tierra negra vegetal 3.011,20 m2*
 - *Cañuelas y drenes: 100 m*
 - *Manejo de aguas”.*
- Obras pendientes de ejecutar zona 2 (*“área 39.909,07 m2, destinada a construcción, zonas verdes o arbóreas y/o lagos”*):
 - *Lleno estructural: 1.328,01 m3*
 - *Lleno no estructural: 1.438,50 m3*
 - *Base en piedra llave conf: 223,49 m3*
 - *Terrap sub – base, llave conf: 97776,00 m3*
 - *Comisión de topografía = 4 días.*

- Cañuelas y drenes: 350 m
 - Manejo de aguas”.
- Obras pendientes zona 3: “(área 22,588,71 m2, destinada a construcción, zonas verdes o arbóreas y/o lagos).
- Lleno estructural: 2,486,14 m3
 - Lleno no estructural: 6.963,20 m3
 - Base en piedra llave conf: 450,68 m3
 - Terrap sub-base, llave conf: 450,68 m3
 - Comisión de topografía = 6 días
 - Capa de tierra negra vegetal 22.588,71 m2
 - Cañuelas y drenes: 208 m
 - Manejo de aguas”.

En este orden de ideas, con fundamento en los documentos de la interventoría a los que acaba de hacerse referencia, el perito Ing. Marco Antonio Alzate Ospina anotó lo siguiente: “*Posterior a la fecha prevista contractualmente en el Acuerdo Marco Ingetierras ha ejecutado algunas de las obras pendientes, pero a la fecha, las obras nuevas no han sido validadas por la interventoría y tampoco han sido entregadas, y los predios tampoco han sido entregados (...) [d]e acuerdo con la evaluación realizada a la fecha, INGETIERRAS no ha alcanzado la cota 2009 en su totalidad de las zonas que requieren llenos estructurales*”¹¹⁷.

Así las cosas, el Tribunal concluye que para las fechas en las cuales debía hacerse entrega de las tres zonas convenidas en el Acuerdo Marco - la zona 1 debía entregarse el 30 de septiembre de 2017, la zona 2 el 15 de febrero de 2018 y la zona 3 el 15 de junio de 2018-, INGETIERRAS no había cumplido con sus obligaciones correspondientes a la realización cabal de los llenos estructurales y no estructurales, bajo los criterios libremente convenidos en el Acuerdo Marco del 30 de septiembre de 2016.

Incluso, a pesar de que por razones técnicas hubo sectores en los que la interventoría aceptó una cota menor, la situación de incumplimiento se mantuvo, al menos respecto de las zonas 2 y 3, según las declaraciones de los siguientes funcionarios de la interventoría: Arquitecta María Eugenia Zuleta¹¹⁸,

¹¹⁷ V. dictamen de marzo de 2020. En esta prueba, el Ingeniero Alzate indicó haber revisado el Acuerdo Marco y sus anexos, el informe consolidado de interventoría al 31 de diciembre de 2018, la información visita al proyecto del 27 de febrero de 2018, el informe de interventoría actualizado al 6 de marzo de 2020 y sus anexos técnicos. También el estudio topográfico, y propuestas de mercado.

¹¹⁸ “(...) **PREGUNTADA:** Gracias arquitecta. ¿Nos puede explicar, a grandes rasgos, cuál es el estado actual de las obras en la Zona 2 y la Zona 3, que según su dicho no han sido entregadas? **CONTESTÓ:** Sí, lleno estructural de la Zona 2 yo diría que está por ahí en un 90, 95%. Ahorita con este invierno eso siempre tiene afectaciones, porque hay algunas partes que no están totalmente niveladas, ni confinadas, ni selladas, entonces el invierno sí le hace, eso tienen que entrar a repararlo; por eso me atrevo a decir que puede estar en ese porcentaje. Y en Zona 2 también la llave de confinamiento, le

Ingeniero Carlos Antonio Vásquez¹¹⁹, Ingeniero Miguel Ángel Botero¹²⁰ e Ingeniero Germán Penagos¹²¹.

Es más, en el dictamen de contradicción del ingeniero Marco Antonio Alzate Ospina, fechado el 28 de agosto de 2020, se indicó lo siguiente:

- Llenos estructurales pendientes por ejecutar: según información de levantamientos topográficos dados por la interventoría: zona 1 (2.549,70 m3), zona 2 (1.328,01 m3) y zona 3 (2.486,14 m3), total 6.363,85 m3.

falta yo diría que la llave de confinamiento, va por ahí en un 80% de ejecución; eso es en Zona 2. En Zona 3 sí falta más, en Zona 3 la llave de confinamiento no la han ejecutado absolutamente nada; o sea que falta aproximadamente toda su longitud, si no me falla su memoria creo que son aproximadamente 125 metros lineales, en toda su altura de los 3 metros, más la base de piedra de 40 centímetros en altura, y falta aproximadamente entre 3 y 4 metros de lleno en altura para llegar a la cota 2.099. O sea que si miramos de acuerdo a la magnitud del todo el lleno que han realizado, sobre todo del año pasado para acá cuando ellos en una forma muy ágil empezaron a trabajar fuertemente a toda velocidad y muy coordinada, lograron un avance voluminoso, que sacaron a la obra yo diría que en un promedio altísimo de ejecución; yo diría que ellos dándole duro lo sacan muy rápido, muy rápido, lo poquito que falta. Falta poquito pero aún está sin terminar, como les acabo de comentar. (...).

¹¹⁹ “(...) **PREGUNTADO:** Ingeniero, aprovechando que usted nos ha contado que visita con una periodicidad importante los predios del Proyecto Haras Santa Lucía, quisiera preguntarle si conoce cuál es el estado actual de la zona o de los terrenos que son objeto del Acuerdo Marco al que nos hemos venido refiriendo a lo largo de este interrogatorio. **CONTESTÓ:** Perdón, ¿cuál es el estado? **PREGUNTADO:** Sí, ¿cuál es el estado actual? ¿Qué nos podría contar sobre el estado actual de esos terrenos? **CONTESTÓ:** El estado actual por cantidad de lleno y de terminar parte del trabajo, está muy avanzado; hay una parte inundada, esta parte que como no han estado de pronto en los últimos tiempos, hay parte de inundación en la parte de los lagos, y está en un porcentaje de avance de los llenos. En este momento hasta la última, hasta la semana que estuve, estaban ya de pronto interviniendo para bombear las aguas, o algo así, que fue lo último que estuve enterado allá en el terreno. **PREGUNTADO:** A partir de su respuesta anterior, para tenerlo muy claro quisiera preguntarle: ¿los llenos estaban terminados en su totalidad, de acuerdo con lo que usted pudo establecer de sus visitas? **CONTESTÓ:** No, no están totalmente terminados, y falta un último tramo también de la llave de confinamiento para completar el lleno. (...)”.

¹²⁰ “(...) **PREGUNTADO:** ¿Y sabe usted si INGETIERRAS ha retomado sus actividades de llenos en los terrenos de Haras Santa Lucía? **CONTESTÓ:** No, ellos no han iniciado llenos después de eso. Han ido una o dos veces a sacar como el agua de la explotación, de lo que todavía no está lleno, el agua que se les acumuló la han ido sacar algunas veces, pero para llenar no han vuelto, desde el 25 de mayo que se puede entrar no han vuelto hasta hoy. **PREGUNTADO:** Y para la fecha del 25 de mayo en que ha señalado usted que sí estaban allí, ¿qué labores se estaban llevando a cabo dentro de los predios? **CONTESTÓ:** Estaban terminando el lleno de las zonas que faltaban, que es como la zona 3, donde dice ahí “INGETIERRAS 3”, lo que les marqué ahorita en un planito, de lo que falta por llenar y parte de la llave de confinamiento que es como un elemento en roca que divide los dos elementos, el estructural y no estructural se dividen como por una roca. Esa llave les falta en una parte y todavía lleno estructural y no estructural, y la conformación del último lago. Les falta esa parte la Zona 3 todavía. (...)”

¹²¹ “(...) **PREGUNTADO:** ¿Y le han aducido razones para no haber terminado los llenos o para no haberlos hecho de manera más diligente como usted expresa? **CONTESTÓ:** Pues ellos en algún momento han hablado de que el invierno los ha afectado mucho, pero digamos que en 3 años ha habido invierno, verano, ha habido todo tipo de condiciones. Ellos claramente se desentendieron de esos llenos aproximadamente un año, ellos vinieron a ponerle interés a este tema a mediados del año pasado tal vez o a mediados del primer semestre del año pasado, y ahí sí se pusieron en forma a realizar los llenos y a trabajar, y es digamos el único momento donde han avanzado en forma decidida. Pero ellos estuvieron todo el 2018 y medio 2019 sin mucho afán para trabajar en esos llenos. (...)”.

- Llenos no estructurales pendientes por ejecutar: según información de levantamientos topográficos dados por la interventoría: zona 1 (0 m3), zona 2 (1.438,50 m3) y zona 3 (6.963,20m3), total 8.401,70 m3.

A tal punto se evidencian las anteriores conclusiones que, incluso si se quisieran dejar de lado las mediciones efectuadas por la interventoría, uno de sus funcionarios, reconocen abiertamente la existencia de faltantes:

-Testimonio del ingeniero, Andrés Arbeláez, funcionario de INGETIERRAS, quien indicó que hasta el año 2019, después de las fechas de entrega, no se había terminado con el lleno no estructural:

“(…) **PREGUNTADO:** Señor Andrés, por favor infórmele al Tribunal en qué fecha INGETIERRAS dio inicio a los trámites para obtener lo que usted ha denominado el visto bueno o el aval de la Autoridad Ambiental, para entregarle los predios al propietario de la tierra. ¿Cuándo arrancaron ustedes con ese trámite, en qué época? **CONTESTÓ:** En el 2019, el año pasado, porque entre otras cosas también tenemos que demostrar que la recuperación se hizo, tenemos que mostrar análisis de laboratorio, del material que utilizamos, topografía. Entonces también teníamos que esperar a que el lleno cumpliera con la cota 2.097, que era la obligación nuestra como titulares mineros llegar a la cota 2.097. Entonces cuando cumplimos con esta cota 2.097, iniciamos los trámites para que el ANLA nos recibiera. No recuerdo bien la fecha, pero más o menos junio o julio, mediados del año pasado (…)”

En consecuencia, y con sustento en las pruebas citadas, obrantes en el plenario, y bajo una perspectiva fáctica, ha quedado acreditado el incumplimiento obligacional referido por la sociedad convocante en su demanda. No obstante, con fines de organización lógica y metodológica del laudo, más adelante se procederá a examinar los restantes argumentos de defensa y excepciones perentorias propuestas por INGETIERRAS, para resolver la pretensión tercera. Lo anterior en razón a que tales argumentos y excepciones son transversales a las pretensiones tercera, cuarta y quinta de la demanda arbitral.

7.2. RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN CUARTA: ¿INGETIERRAS INCUMPLIÓ LA OBLIGACIÓN PREVISTA EN LA CLÁUSULA CUARTA (NUMERALES 4.6, 4.11 Y 4.12) DEL ACUERDO MARCO, CONSISTENTE EN REHABILITAR PAISAJÍSTICAMENTE LAS ZONAS DE LOS INMUEBLES DELIMITADAS EN EL REFERIDO ACUERDO, CON BASE EN EL ESQUEMA DE DISEÑO PAISAJÍSTICO Y LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS PACTADAS?

i. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE.

Al tenor de lo anunciado en el hecho 20.4 del memorial contentivo de la demanda arbitral, el FIDEICOMISO aseveró que le correspondía a INGETIERRAS la rehabilitación paisajística de las

zonas delimitadas en el Acuerdo Marco; lo cual incluía la preservación y reemplazo de especies arbóreas y la reconstrucción de lagos. Todo ello de conformidad con los siguientes anexos técnicos: Anexo 9 (esquema de diseño paisajístico), Anexo 11 (planos de inventarios de árboles), anexo 12 (árboles a preservar), y Anexo 13 (vivero profesional).

Posteriormente, en el cuadragésimo octavo hecho del mismo escrito, la convocante anotó: “*En los planos y otros anexos incorporados al contrato, se especificó de manera clara el esquema paisajístico al cual estaba obligado **INGETIERRAS**, especialmente en la preservación y remplazo de especies arbóreas y la reconstrucción de lagos*”. En el siguiente hecho se anunció: “*Todas las condiciones allí señaladas se mantuvieron inmodificadas, a excepción de lo relacionado con uno de los lagos, **que ambas partes aceptaron modificar** en su ubicación y características, circunstancia que no varió en manera alguna las demás obligaciones del contrato y que tampoco afectó de manera determinante su ejecución*” (resaltado no original).

A renglón seguido, en el hecho número cincuenta, la sociedad accionante aterriza la acusación de incumplimiento, en función de lo acotado por el informe de interventoría del 16 de enero de 2019: con corte al 31 de diciembre de 2018, en la zona 1 faltaban 20 árboles por sembrar y 20 por adecuar, en la zona 2 no se habían sembrado 62 árboles y no se habían adecuado 15, y en la zona 3 no se habían sembrado 61 árboles y no se habían adecuado 15.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA.

Por su parte, la convocada formuló en la contestación a la demanda las siguientes excepciones: “excepciones de contrato no cumplido por el FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.”, “la mora purga la mora”, “negligencia de la demandante en recibir las obras” y “temeridad, mala fe y abuso del derecho”.

Como se mencionó en el acápite relativo a la resolución de la pretensión tercera, en los alegatos de conclusión no hizo referencia específica a la pretensión objeto de estudio. Sin embargo, se refirió a múltiples incumplimientos graves del Contrato que alteraron el plazo del mismo y las prestaciones económicas a favor del Contratista, lo cuales se mencionaron en antecedencia.

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

- EXAMEN PROBATORIO DE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ENDILGADOS EN LA DEMANDA ARBITRAL.

De acuerdo con el principio procesal de congruencia (art. 281 CGP), las reflexiones del Tribunal deben circunscribirse a la imputación fáctica consignada en el quincuagésimo hecho del escrito de demanda y en la pretensión cuarta referida al incumplimiento de las pretensiones 4.6, 4.11 y 4.12. En función

de lo acotado por el informe de interventoría del 16 de enero de 2019: con corte al 31 de diciembre de 2018, en la zona 1 faltaban 20 árboles por sembrar y 20 por adecuar, en la zona 2 no se habían sembrado 62 árboles y no se habían adecuado 15, y en la zona 3 no se habían sembrado 61 árboles y no se habían adecuado 15.

Nótese, de entrada, que en la demanda no se incluyó ningún supuesto fáctico atinente al desconocimiento de la obligación consignada en el numeral 4.12¹²² del Acuerdo Marco. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal acometerá el análisis de la pretensión en mención, con sustento en el acervo probatorio obrante en el expediente.

Por el contrario, es evidente que la *causa petendi* sí se encuentra relacionada con las demás obligaciones contractuales mencionadas en la pretensión: las cláusulas 4.6.2¹²³, 4.11 y 4.12¹²⁴ del Acuerdo Marco.

Así las cosas, el Tribunal encuentra que en el informe de interventoría emitido el 16 de enero de 2019, con corte al 31 de diciembre de 2018¹²⁵, el cual tiene la credibilidad suficiente conforme lo explicado al desarrollar la tercera pretensión, se consignó lo siguiente: las actividades pendientes de ejecutar en zona 1 son: siembra árboles: 46, y adecuación árboles: 20. En lo tocante a la zona 2, siembra árboles: 62, Adecuación árboles: 15. Y, en torno a la zona 3, siembra árboles: 61, adecuación árboles: 15. Es decir, con posterioridad a las fechas de entrega establecidas en la novena cláusula del Acuerdo Marco (30 de septiembre de 2017, 15 de febrero y 15 de junio de 2018), la interventoría certificó que no se había cumplido con las especificaciones relativas a la siembra y conservación de las especies arbóreas correspondientes.

Igualmente, el Tribunal destaca que en ningún momento INGETIERRAS desvirtuó estas aseveraciones. Antes bien, existen elementos probatorios que ratifican que sí se había verificado un desconocimiento de las antedichas obligaciones, al menos con respecto a la zona No. 1:

-Testimonio del ingeniero Andrés Arbeláez, geólogo y funcionario de INGETIERRAS¹²⁶:

¹²² “4.12. Reconstruir los lagos existentes identificados en el Anexo 9, con las mismas especificaciones actuales”.

¹²³ “4.6. Rehabilitar las zonas delimitadas en el Anexo 8 del ACUERDO, con base en el esquema de diseño paisajístico contenido en el Anexo 9 y a las especificaciones técnicas que se indican enseguida: (...) 4.6.2. En las zonas donde no van a existir construcciones futuras, el predio deberá ser rehabilitado a los niveles de terreno acordados en el Anexo 8 con: i) material estéril o capa vegetal formando un tapete verde y; ii) con los árboles que se mantuvieron y compensaron en los términos del numeral 4.11 de esta cláusula. (...)”.

¹²⁴ “4.11. Preservar los árboles identificados y georreferenciados en el Anexo 10 y talar y reemplazar los árboles inventariados y georreferenciados en el Anexo 11, en una proporción de 1 a 3, esto es, por cada árbol talado sembrar tres (3), garantizando que los árboles que se siembren: i) tendrán una altura mínima de 2,8 metros; ii) serán de la misma especie; iii) serán provisional y previamente sembrados en el área identificada en el Anexo 12, con el fin de garantizar su crecimiento mínimo para el momento en que se vayan a replantar de manera definitiva, siguiendo el cronograma y en las zonas, definidos por el PROPIETARIO”.

¹²⁵ Anexo al dictamen pericial del Ing. Marco Antonio Alzate Ospina, fechado en marzo de 2019.

¹²⁶ Ver también: Testimonio del Ing. John Mario Ramírez Correa, ingeniero de minas y funcionario de INGETIERRAS: “(...) PREGUNTADO: Ingeniero, y para esa fecha de enero de 2018, ¿qué grado de retraso presentaban los trabajos? CONTESTÓ: (...), que nosotros les dijimos a ellos que nos recibieran la zona en esa misma reunión, les dijimos: “la zona está lista, la parte estructural está lista; falta sino los árboles que se sembraron y no cumplen con la altura”. Pero en ninguna parte del acuerdo, si usted va a ver, doctora, fuera de la altura que teníamos que entregarlo, nos dicen en qué tiempo lo

“(…) **PREGUNTADO:** Por favor podría explicarle al Tribunal, por qué razón pese a que usted nos acaba de señalar que los llenos estaban supuestamente terminados o las obras de la Zona 1 estaban supuestamente terminadas para mayo del 2018, INGETIERRAS solamente ejecutó la entrega de la Zona 1 meses después en la fecha que usted nos acaba de referir. **CONTESTÓ:** Sí señor, a ver, nosotros más o menos a principios del año 2018 le habíamos escrito y tuvimos unas reuniones con interventoría, y recuerdo también con el gerente del proyecto, Miguel, para que nos recibieran esta Zona 1, esta Zona 1 que ya estaba terminada, incluido los llenos ya estaban realizados tanto el lleno estructural como el lleno no estructural, ya estaba ejecutado también el tramo que le correspondía a la llave de confinamiento, y ya estaba también el nuevo lago 2. En su momento no nos quisieron recibir 75 árboles sembrados; nosotros sembramos los árboles, pero para el momento no cumplían con la altura del Contrato Marco que era 2.80 metros. Pero nosotros les decíamos: “no, ya está listo el lleno, ya pueden empezar con sus obras, por favor recíbanos”, y no se recibió por el tema de los árboles, pero ya estaba listo. (…)” (subrayado no original).

-Testimonio del ingeniero, Miguel Ángel Botero, funcionario de Umbral¹²⁷:

teníamos que entregar; para eso teníamos nosotros todo el resto de tiempo para que los árboles alcanzaran la altura que necesitaban para recibirnos. Esa fue la parte que no cumplimos en enero, en esa fecha que nos reunimos con ellos. (…)
PREGUNTADO: Ingeniero, ¿recuerda usted la fecha en que finalmente entregó la zona 1 a satisfacción? **CONTESTÓ:** A ver, en esta parte quiero ser claro: toda la parte de la obra, o sea, lo que son llenos no estructurales y estructurales, y el lago nuevo que nos hicieron hacer; estaba listo para finales de enero del 2018, estaba lista esa obra a finales de enero de 2018. El inconveniente que nos colocó la arquitecta María Eugenia era que los árboles que había que sembrar, que los pasaran para esta zona para sembrar; nosotros sembramos los 75 árboles en esta área. En esos árboles que se sembraban ahí, según la doctora, la arquitecta María Eugenia, no cumplía con las alturas, y yo le dije a ella, especialmente en ese tiempo, que nos recibiera la obra tal como estaba, que ya estaba el lleno estructural, que los árboles, que no había en ningún parte que dijera que tenía que estar en esa fecha de la zona 1; se tiene entendido que en el momento en que termináramos toda la obra, los árboles tenían que estar a una altura arriba de 2.80. De los árboles que sembramos, había unos que cumplían ya con esa altura; de los 75, digamos que unos 20, 25 árboles, no me acuerdo bien cuántos cumplían, pero los otros tampoco estaban tan pequeños; nosotros estábamos seguros que terminando la obra ya los árboles cumplirían con la altura como actualmente lo hacen, hay árboles que tienen hasta 8, 9 metros de altura en este momento ya, ningún árbol presenta alturas de menores de 4 metros. O sea que esa parte por la cual la arquitecta no nos recibía, nunca la entendí, según lo que yo conversaba, teniendo ya la obra en enero, la parte de los llenos no estructurales y estructurales completamente llena, y el lago construido, el lago 1. Entonces esa parte nunca la entendí. Entonces oficialmente se le hizo entrega al dueño del terreno, no me acuerdo, espérese y verá le digo la fecha, creo que en septiembre, pero no me acuerdo exactamente el día, tal vez septiembre 12, no me acuerdo exactamente el día, pero como septiembre del 2018 se entregó oficialmente la zona 1. (…)

¹²⁷ Ver también: -Testimonio de la Arq. María Eugenia Zuleta Bedoya, funcionaria de Umbral: “(…) **PREGUNTADA:** Gracias arquitecta. Ya en el cierre de sus respuestas, cuando el doctor Rayo le preguntó sobre el tema de los árboles, sobre la obligación de la resiembra de árboles, usted nos dijo “INGETIERRAS sí cumplió”, pero después nos dijo que unos árboles hasta ahora estaban creciendo. Entonces yo quisiera que nos aclarara, para que nos quede absolutamente diáfano la respuesta técnica de la interventoría en ese sentido, y es: por favor aclárenos, dentro de los plazos establecidos en el acuerdo y con las características técnicas pactadas en el Acuerdo Marco, ¿INGETIERRAS cumplió o no cumplió con la obligación de rearborear los predios? **CONTESTÓ:** Abogado, en esos términos INGETIERRAS no cumplió, porque, primero, no cumplió con la primera fecha que era 30 de septiembre de 2017, que era la entrega de Zona 1 donde estaban los árboles. Incluso en la misma acta de la entrega de Zona 1, se hizo la observación de que los árboles no se recibían porque no cumplían técnicamente, o sea, no eran árboles constituidos de 2.80, como se habían solicitado, sólo una proporción de ellos cumplía con el requerimiento. Pero a medida que fue pasando el tiempo ellos le hacen mantenimiento y los árboles fueron creciendo, pero es que estamos dos años después de la primera entrega que se debió de haber hecho de Zona 1. Entonces digamos que en este momento los árboles ya sí son árboles que han crecido y que ya pasan de los 2.80 muchos. Pero en su momento, en la entrega, no se cumplió, ni ha habido una entrega oficial de esos árboles. (…)

“(…) REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: Gracias ingeniero. ¿Ustedes le expresaron esa preocupación a INGETIERRAS, que no iban a cumplir, que no iban a poder cumplir? CONTESTÓ: Sí, por medio de la interventoría nosotros le decíamos a los ingenieros que estaban allá, a medida que se iba acercando el plazo, que sí nos preocupaba mucho que se fuera acercando el plazo y que no se viera todavía como la conformación del terreno para irlo a entregar, porque es que faltaba también la sembrada de los árboles, incluso el vivero que en el plano que ahorita mostró el abogado Rayo, se mostraba una zona que nosotros delimitamos como vivero; esa zona del vivero lo que buscaba era que ellos desde el principio fueran sembrando los árboles, con el fin de que cuando se fueran a sembrar, sí tuvieran la altura que se requirió en el Acuerdo Marco, que era creo que 2.4 metros. Entonces lo que nosotros les dijimos es: “Nosotros les habilitamos un espacio, les damos un espacio, para que puedan sembrar ahí los árboles y dejarlos crecer, para cuando los vayan a pasar, ya estén grandes”. Ellos nunca hicieron el vivero, nunca hicieron la siembra, incluso una de las observaciones en las actas, cuando se recibió, es que los árboles no cumplían con la altura por eso. Entonces digamos que había muchas características o muchas cosas que se veían que no se iban a cumplir, y eso se le fue manifestando a INGETIERRAS en su medida. (...)”

A la luz de lo expuesto en este último testimonio, lo único que el Tribunal puede inferir es que, a hoy, se pudieron haber subsanado los problemas arbóreos de la zona 1. Empero, nada hace pensar al Tribunal que haya ocurrido lo mismo, respecto de las dos zonas restantes descritas en el Acuerdo Marco.

De hecho, más que intentar contradecir los datos suministrados por la interventoría, el esfuerzo argumentativo y probatorio desplegado por INGETIERRAS se focalizó en dos aspectos principalmente: (i) Umbral no gestionó el permiso de aprovechamiento arbóreo necesario (zona 1)¹²⁸, y (ii) los cambios de diseño atinentes a los lagos trastocaron los anexos técnicos a partir de los cuales se debía ejecutar la obligación de reposición y adecuación arbórea.

En cuanto a la alegada ausencia del permiso de aprovechamiento, debe señalarse que ni en la defensa de la sociedad convocada ni en el acervo probatorio se establecen cuál es la naturaleza, contenido y necesidad de dicho permiso, así como su relación con la ejecución del objeto contractual. Del mismo modo, no se explica por qué motivos el Tribunal debería comprender que tal permiso no está incluido dentro de la previsión plasmada en la parte final de la cláusula 4.11 del Acuerdo Marco: “*La tala de árboles aquí autorizada deberá adelantarse con sujeción a las normas y autorizaciones que le hubiere otorgado o le otorgue CORNARE al TITULAR MINERO*”. Por tales razones, deviene imposible justificar el incumplimiento de INGETIERRAS, con base en dicho argumento.

De otra parte, el Tribunal sí observa que la carga probatoria que le correspondía ejercer a INGETIERRAS para sustentar su defensa, tuvo un despliegue más elaborado en cuanto a las

¹²⁸ V. la respuesta de INGETIERRAS al hecho 20.3 de la demanda y el dictamen de contradicción del Ing. Luis Carlos Restrepo Arango, expedido el 28 de julio de 2020.

modificaciones registradas a los diseños y ubicación de los lagos, de conformidad con los apartes de las pruebas que se destacan a continuación:

-Testimonio del ingeniero, Andrés Arbeláez, funcionario de INGETIERRAS¹²⁹:

“(…) REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: Señor declarante, por favor infórmele al Tribunal si para el mes de junio de 2017, INGETIERRAS había iniciado o no había iniciado actividades de lleno estructural o lleno no estructural en la zona de explotación minera. CONTESTÓ: En la zona de explotación minera, no señor, pero ya habíamos empezado con la zona por fuera de la explotación minera en Zona 2 y Zona 3, ya habíamos empezado a depositar limo. PREGUNTADO: De acuerdo con esa respuesta, señor declarante, el cambio de posicionamiento y tamaño del lago 1, ¿no implicó entonces – pregunto, para que usted me diga si es así o no – ningún tipo de modificación o alteración de alguna obra que ya estuviera ejecutada por parte de INGETIERRAS? CONTESTÓ: Implicó el movimiento de este material orgánico que he venido hablando, implicó que cambiara ya la zona donde íbamos a sembrar los árboles. Entonces implicó en la zona del lago 1, del antiguo lago 1, implicó todo este lleno adicional del que ya hemos hablado. PREGUNTADO: Señor Andrés, la pregunta es muy concreta, y es si

¹²⁹ Ver también: -Testimonio del Ing. John Mario Ramírez Correa, funcionario de INGETIERRAS:

“(…) PREGUNTADO: Usted ha hecho referencia a que hubo una modificación en la ubicación y el diseño del lago. ¿Con fundamento en esta imagen nos puede explicar por favor en qué consistieron esas modificaciones? CONTESTÓ: ¿En total del proyecto, doctor Pinilla, de todas las modificaciones que tuvimos? PREGUNTADO: No, me estoy refiriendo a este lago, al que usted ha hecho referencia. Usted ha señalado que el lago fue modificado. ¿Nos puede explicar aquí, sobre esta imagen, el tamaño del lago; si la modificación implicó que el tamaño fuera más grande, si el lago fuera más pequeño, si pasara de qué sitio a qué sitio, si es tan amable? CONTESTÓ: Bueno, este lago de aquí, si no me equivoco, el espejo de agua de este lago, de este lago que estoy señalando, el espejito de agua, era 2.300 metros cuadrados, el área. Con toda esta zona arbórea, que dentro del anexo 10, 11 y 12 está; toda esta zona arbórea, todo esto que se iba a conservar, todo eso suma creo que como 4.700 metros cuadrados, toda esta zona que queda aquí, a la cota 2097. Este lago fue pasado para esta zona de por acá, donde le mostrábamos o donde me estaba mostrando la foto; fue pasado para esta zona de por acá, y el área del nuevo lago era el doble, el espejo, perdón, era el doble del lago viejo; o sea, el espejo más o menos del agua de esa parte, no me acuerdo si era como, toda esta zona sumaba como 4.700 metros cuadrados, y el área no me acuerdo bien, casi como 4.700 también era el espejo de agua de este lago nuevo. Doblaba en todo caso un poco más, un pelito más el lago antiguo, el espejo de agua. Eso es el cambio. Pero es que el cambio no se refiere solamente al espejo del agua; el cambio se refiere a que fuera del espejo del agua que era 2.300, toda esta zona arbórea, que inicialmente estaba pactada en los anexos 10, 11 y 12; dejarla sembrada de árboles, aquí alrededor del lago, toda esta zona se tuvo que extraer porque estaba sobre material negro, como ustedes lo pudieron ver en esa fotografía que me mostró; todo este material que había en esta área era un material oscuro, un material negro, un material orgánico en esta zona. Esta zona fue el traslado. Entonces nos trasladamos, el lago aquí; y fuera de eso, la zona donde teníamos que sembrar los árboles se definió en esta área de acá, en esta área de acá, aquí quedaron los nuevos árboles sembrados. Entonces todo esto recibió, todo esto fue un cambio total, toda esta parte de aquí. Lo que era 4.700 metros cuadrados de árboles y lago, se cambiaron para otra zona, a un lago que también tiene espejo de agua, de espejo tiene 4.700, porque no tiene zona árboles, y la zona de árboles quedó por este lado de acá, donde tuvimos que sembrar los árboles, setenta y punta de árboles en esta área de acá. Esto fue el cambio. Esta parte de aquí es en lleno no estructural, esta parte de aquí es en lleno estructural, que ese es el gran cambio. Ustedes con ese cambio, ¿qué lograron? Pues hombre, una nueva, esta torre, una torre nueva que hicieron aquí que ya está construida; esa torre ahí, hasta le quedó muy bonita, está muy bonita, esa torre ya la tienen construida en esa zona, la tienen bien bonita, y se ganaron, y en esta parte de aquí ya tienen tres zonas construidas, doctor Pinilla. (...)”

implicó modificar alguna obra que ya estuviera ejecutada por INGETIERRAS. **CONTESTÓ:** No, no señor. (...) (subrayado no original).

-Testimonio del ingeniero, Miguel Ángel Botero, funcionario de Umbral:

*“(…) **PREGUNTADO:** Y el plano 3 denominado “Zona de reposición de árboles y vivero provisional”. En conclusión, le estoy exponiendo este plano 3 de árboles, plano de árboles a preservar, inventario de árboles, y esquema parque, en el cual se contemplan seis torres y dos lagos, como nos lo explicó en la audiencia pasada, con las modificaciones a que ha habido lugar. Yo quiero reiterarle la pregunta: atendiendo a que estos planos son anexos del Acuerdo Marco, con la modificación que ha sufrido el proyecto, como nos lo explicó ampliamente, con la inclusión de una nueva torre y la modificación de los lagos, quiero preguntarle si con esa modificación considera usted que los planos 6 que le acabo de exhibir, plano 2, plano 1 y plano 3, conservan en su totalidad plena validez para los efectos correspondientes a INGETIERRAS. **CONTESTÓ:** El último, que es la ubicación de los árboles para reponer, se cambia por la ubicación del lago nuevo; o sea, al reubicar el lago los árboles a reponer se ubican en otro sector, pero es la misma cantidad de árboles. Entonces en cuanto a la ubicación de árboles, cambia ese plano para ubicarlos en otro sector. El de los inventarios de los árboles, sí sigue siendo el mismo, porque los árboles existentes, los que existían antes y los que se respetaron, esos planos sí siguen iguales. (...)” (subrayado fuera de texto).*

Frente a las pruebas transcritas, el Tribunal puede concluir: (i) que el cambio de ubicación del lago No. 1 afectó también la ubicación de los árboles a reponer, mas no la cantidad de los mismos, (ii) que dicha variación fue relevante para la zona No. 1, y que (iii) no afectó para nada los temas arbóreos tocantes a las zonas 2 y 3. En tal virtud, la modificación tocante al lago No. 1 no avala ni excusa los incumplimientos de INGETIERRAS, máxime cuando, según se vio anteriormente, sus propios funcionarios reconocieron que los árboles sembrados en la zona No. 1 no tenían la altura mínima requerida, meses después de vencido el plazo para la entrega de dicho sector.

Así las cosas, con fundamento en el acervo probatoria ha quedado acreditado el incumplimiento obligacional referido por la sociedad convocante en su demanda. No obstante, la pretensión cuarta, objeto de estudio, será resuelta en acápite ulterior una vez se proceda a examinar los restantes argumentos de defensa y excepciones perentorias propuestas por Ingetierras.

7.3. RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN QUINTA: ¿INGETIERRAS INCUMPLIÓ LA OBLIGACIÓN PREVISTA EN LAS CLÁUSULAS CUARTA (NUMERAL 4.8.) Y NOVENA DEL ACUERDO MARCO, CONSISTENTE EN RESTITUIR MATERIALMENTE Y/O ENTREGAR LOS INMUEBLES AL PROPIETARIO, EN LOS PLAZOS Y CONDICIONES ESTIPULADAS?

i. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE.

Según los hechos 20.5, quincuagésimo segundo y quincuagésimo tercero de la demanda, en la cláusula novena del Acuerdo Marco se estipuló que, según la delimitación fijada en el Anexo 14 del mismo Acuerdo, la zona 1 debía entregarse el 30 de septiembre de 2017, la zona 2 el 15 de febrero de 2018 y la zona 3 el 15 de junio de 2018. Se asegura en el hecho quincuagésimo tercero, que la convocada no dio cumplimiento a las fechas y entregas acordadas.

Afirmó el FIDEICOMISO, en el hecho siguiente que se han registrado algunas entregas parciales extemporáneas, que han sido aceptadas solo para mitigar daños, sin que se modifiquen los plazos y condiciones sustanciales del contrato.

En relación con las mismas, en los hechos quincuagésimo quinto, quincuagésimo sexto, quincuagésimo séptimo, quincuagésimo octavo quincuagésimo noveno y sexagésimo se hace mención de las entregas parciales aceptadas por INGETIERRAS, con la inclusión de una serie de salvedades, en los cuales se indicó no se convalidaba ni purgaba la mora, ni había remisión o novación de obligaciones, a partir de la aceptación de las entregas parciales. Éstas, según el FIDEICOMISO, tuvieron lugar, así:

- Zona 3: 19 de julio de 2018, 775,91 m3. Pendiente por entregar el 96,57% restante.
- Zona 1: 12 de septiembre de 2018, entrega incompleta, desacuerdo sobre obras no ejecutadas y modificación cronograma actividades zona 1.
- Zona 2: 27 de marzo de 2019, 3.212,33m2, quedando el 91,95% restante pendiente.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA.

Por su parte, la convocada formuló en la contestación a la demanda las siguientes excepciones: “excepciones de contrato no cumplido por el FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.”, “la mora purga la mora”, “negligencia de la demandante en recibir las obras” y “temeridad, mala fe y abuso del derecho”.

En los alegatos de conclusión, se reitera, la convocada no hizo mención específica a la pretensión bajo análisis, sino que puso de presente que la convocante incurrió en incumplimientos graves del Contrato que alteraron el plazo del mismo y las prestaciones económicas a favor del Contratista.

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

- MARCO CONTRACTUAL RELEVANTE PARA RESOLVER SOBRE LA PRETENSIÓN.

A continuación, se transcriben las cláusulas contractuales relevantes para el estudio de la presente pretensión:

“(…) CLÁUSULAS (…)

NOVENA.- CLÁUSULA.- RESTITUCIÓN DE LOS INMUEBLES: *El TITULAR MINERO se obliga a realizar la restitución de los inmuebles, mediante entregas parciales de las celdas de explotación recuperadas, identificadas en el Anexo 14 de este documento. La entrega de dichas celdas recuperadas, se realizará en las siguientes fechas y deberán contar con el visto bueno previo del INTERVENTOR:*

Zonas	Plazo de Entrega
Zona 1	<i>30 de septiembre de 2017</i>
Zona 2	<i>15 de Febrero de 2018</i>
Zona 3	<i>15 de Junio de 2018</i>

La entrega material de los INMUEBLES se hará constar en un acta firmada por ambas PARTES y el INTERVENTOR, en la que se indicará el cumplimiento y aprobación de las obras realizadas por el TITULAR MINERO, en los términos previstos en las Cláusulas Cuarta y Quinta del ACUERDO. (…)”.

- **EXAMEN PROBATORIO DE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ENDILGADOS EN LA DEMANDA ARBITRAL.**

Al margen de lo discutido entre las partes durante las tratativas, lo cierto es que en la cláusula novena del Acuerdo Marco se dejó perfectamente sentado que, previo cumplimiento y aprobación de las obligaciones contenidas en las cláusulas cuarta y quinta del mismo documento contractual, la zona 1 debía restituirse el 30 de septiembre de 2017, la zona 2 el 15 de febrero de 2018 y finalmente la zona 3 el 15 de junio de 2018. Acerca del particular, este panel resalta las siguientes probanzas:

-Interrogatorio al Dr. Héctor Enrique Cortés Pérez, representante legal de INGETIERRAS:

“(…) REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: (…) Doctor Cortés, si usted observa esos dos documentos que le hemos puesto de presente, al compararlos en la minuta del 16 de septiembre de 2016, para la Zona 1 está previsto el 30 de agosto de 2017 su entrega, pero en el acuerdo firmado quedó 30 de septiembre de 2017; para la Zona 2 el plazo de entrega era el 30 de diciembre de 2017 en la minuta, en el acuerdo firmado quedó una fecha posterior el 15 de febrero de 2018; y lo propio ocurrió para la Zona 3, cuya fecha inicial era el 30 abril del 2018, pero quedó firmado el 15 de junio de 2018. Para preguntarle, y para que por favor le explique al Tribunal, cuál fue la razón para que las fechas que se venían negociando hasta antes de la firma del Acuerdo, se extendieran en favor de INGETIERRAS o en beneficio de

INGETIERRAS, tanto para la Zona 1, la Zona 2 y la Zona 3, en los lapsos en los que se extendieron de acuerdo con la comparación que surge de los dos documentos, si es tan amable. Adelante, doctor Cortés. **CONTESTÓ:** Si señor, las fechas, como usted lo dijo, las fechas finales son las que están en el Acuerdo Marco, y en el proceso de negociación o de las tratativas que se mencionan se había convenido entre las partes que al momento de firmar el Acuerdo Marco se definirían las fechas de entrega, porque el proceso de negociación fue largo, prueba de ello es ese correo de la primera pregunta, donde mostraron unas fechas, inclusive de entrega, de abril, y la firma del Acuerdo fue el 30 de septiembre, a partir de ese momento, y ese día se fijaba las fechas finales de entrega. Por ende el correo que está en la pantalla a mano izquierda, que es de 16 de septiembre, todavía no se había definido la fecha de la firma del Acuerdo, y las partes habían acordado que el día de la fecha de firma del Acuerdo se ponían las fechas de entrega. (...).

APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE: Con el debido respeto, señor Presidente, la pregunta no es en qué momento quedaron definidas las fechas, sino la pregunta es: ¿cuáles fueron las razones materiales, cuáles fueron las razones prácticas, concretas, en virtud de las cuales las fechas que se venían negociando, se extendieron? ¿Cuál fue la razón para que se extendieran esas fechas? No cuándo se definieron las fechas, porque todos entendemos que se definieron con el Acuerdo firmado, sino cuál fue la razón para que las fechas que se venían negociando se extendieran en favor de INGETIERRAS, que para la Zona 1 fue un mes, para la Zona 2 fue mes y medio, y para la Zona 3 fue mes y medio. **CONTESTÓ:** Las partes hicieron dos reuniones en las tratativas. Hubo una reunión en abril del 2016, y otra el 25 de julio del 2016. De esas reuniones se realizaron actas y en esas reuniones se convino que las fechas se irían moviendo en la medida en que avanzara el proceso de negociación, y la fecha final se definiría al momento de firmar el Acuerdo. Por ende, miren ustedes en la contestación de la demanda, en la página 30 de la contestación de la demanda, hay un acta de reunión con fecha viernes 1 de abril, en la que hay unas fechas de entrega, se esbozaron unas fechas de entrega, donde si ustedes comparan con lo que están viendo en la pantalla, se había pensado que la Zona 1 se entregaría en mayo del 2017, la Zona 2 en agosto del 2017, y la Zona 3 finalizando 2017. Si estas fechas se esbozaron en abril 1 del 2016, con esas fechas tentativas, se puede concluir que la fecha final es la del Acuerdo Marco por el proceso de negociación que se venía avanzando. Aun el 16 de septiembre, en el correo que están presentando en la pantalla, a mano izquierda, era todavía un borrador del Acuerdo Marco para revisión. (...)

PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ: Presidente, me permite, antes de que continúe el interrogatorio, hacer una pregunta al doctor Cortés, en relación con la pregunta que le hizo el apoderado. ¿Quién propuso, señor Cortés, las nuevas fechas que finalmente quedaron acordadas en el Acuerdo Marco; quién las propuso y por qué? **CONTESTÓ:** ¿Las fechas, doctora? **PREGUNTADO:** Las fechas del 30 de septiembre de 2017 para la Zona 1, la del 15 de febrero de 2018 para la Zona 2, y el 15 de junio de 2018 para la Zona 3, como fechas para la restitución de los inmuebles. ¿Quién propuso esas fechas? **CONTESTÓ:** Ese correo está enviado desde la parte demandante... **PREGUNTADO:** No, no es mi pregunta. ¿Quién propuso las fechas que finalmente quedaron acordadas que fueron esas, pero

quién las propuso y por qué razón se propusieron esas fechas distintas de las que venían en la minuta? **CONTESTÓ:** Eran convenidas entre las partes en las reuniones que se hacían, a partir de las necesidades de entrega de las áreas que tenía el propietario del terreno. Pero las fechas siempre eran conciliadas entre ambas partes, porque el demandante necesitaba el terreno y el titular minero tenía que considerar esos tiempos para poder hacer la recuperación de los terrenos. Por eso eran convenidas entre las partes; de parte de INGETIERRAS DE COLOMBIA, el ingeniero Víctor Hugo Jiménez Giraldo. (...)

La cardinal relevancia para la estricta sujeción a dichas fechas se lee sin dificultad en los considerandos del Acuerdo Marco, como sigue: “1.1.7 Que para el PROPIETARIO resulta fundamental que los INMUEBLES, luego de su uso por parte del TITULAR MINERO en los términos del ACUERDO y de la CONCESIÓN sean puestos en condiciones de desarrollo urbanístico e inmobiliario para construcción a más tardar el 15 de junio de 2018”.

Teniendo en mente todo lo anterior, el Tribunal resalta que, conforme a lo probado, la zona 1 es la única que hasta el momento ha sido totalmente entregada, aunque dicha entrega fue abiertamente extemporánea. Para la fecha de finalización de la etapa probatoria no se hallaba demostrado que se hubieran entregado, en su integridad, las zonas 2 y 3, como se evidencia de los siguientes elementos probatorios:

-Acta No. 1. Recibo parcial de área y obra del 19 de julio de 2018. “ENTREGA Y RECIBO PARCIAL DE UN ÁREA DE 775,91 M2 CON LLENOS ESTRUCTURALES – ZONA 3 DEL CONTRATO”. La interventoría concluye que es técnicamente factible recibir el área parcial:

“5. Que la aceptación de esta entrega parcial no implica, bajo ninguna circunstancia, que se estén convalidando, purgando, remitiendo, condonando, novando o modificando en manera alguna las obligaciones derivadas del “ACUERDO MARCO”, ni su incumplimiento, así como tampoco su cumplimiento inoportuno, tardío o imperfecto, siendo claro que la entrega parcial se acepta con el propósito de minimizar o mitigar en lo posible los impactos negativos o perjudiciales de la no entrega oportuna y adecuada de las zonas y obras pactadas entre las partes, por lo que este acto no implica renuncia alguna de derechos, indemnizaciones, reparaciones o acciones. Tampoco implica que se estén modificando en manera alguna las facultades y obligaciones de la Interventoría, que deberá seguir funcionando y ejecutando sus labores observando lo pactado en el “ACUERDO MARCO” y en el contrato de interventoría. (...).”

-Acta No. 2. Recibo parcial de área y obra del 12 de septiembre de 2018. “ENTREGA Y RECIBO DE LA ZONA 1 DEL CONTRATO” (20.621,32 m2):

- Llenos estructurales y fijación de capa vegetal.
- Llenos no estructurales y siembra de 75 sauces
- Construcción de parte del lago nuevo (la otra parte está en la zona 2). Igual se recibe completamente el lago nuevo.

- INGETIERRAS deja la salvedad que el cronograma de entrega se modificó por la realización de la obra extra y adicional conforme al cambio de diseño del propietario, pero éste y la interventoría no aceptan.
- Disputa sobre actividad de bombeo, limpieza y lleno estructural del lago inicial, así como sobre ejecución de nuevo lago.
- Disputa entre ambas partes sobre la no ejecución de las siguientes actividades (INGETIERRAS dice que por falta del permiso de aprovechamiento forestal a cargo del propietario, éste dice que por razones externas):
 - Descapote: 3.072,95 m2.
 - Área de lleno estructural: 3.072,95 m2 con volumen de 2.549,70 m3.
 - Aplicación de la capa vegetal o tierra negra como acabado superficial del lleno.
 - Ejecución de cañuelas y drenes en el terreno, para encausar las aguas lluvias y de escorrentía.
 - Manejo de aguas en general.
 - Manejo arbóreo de especies existentes.
- Interventoría dice que es técnicamente posible recibir los llenos realizados.
- *“4. Las partes declaran además, que la aceptación de esta entregano (sic) implica, bajo ninguna circunstancia, que se estén convalidando, purgando, remitiendo, condonando, novando o modificando en manera alguna las obligaciones derivadas del “ACUERDO MARCO”, ni su incumplimiento, así como tampoco su cumplimiento inoportuno, tardío o imperfecto, siendo claro que la entrega parcial se acepta con el propósito de minimizar o mitigar en lo posible los impactos negativos o perjudiciales derivados para las partes de la no entrega oportuna y adecuada de las zonas y obras pactadas entre las partes, por lo que este acto no implica renuncia alguna de derechos, indemnizaciones, reparaciones, reembolsos de obras o actividades pendientes que deba ejecutar el propietario o de las acciones a que tenga derecho. Tampoco implica que se estén modificando en manera alguna las facultades y obligaciones de la Interventoría, que deberá seguir funcionando y ejecutando sus labores observando lo pactado en el “ACUERDO MARCO” y en el contrato de interventoría. (...).”*

-Acta No. 3. Recibo parcial de área y obra del 27 de marzo de 2019. “ENTREGA Y RECIBO PARCIAL DE UN ÁREA DE 3.212,33 M2 CON LLENOS ESTRUCTURALES – ZONA 2 DEL CONTRATO”. La interventoría concluye que es técnicamente factible recibir el área parcial:

“5. Las partes declaran además, que la aceptación de esta entrega parcial y extemporánea no implica, bajo ninguna circunstancia, que se estén convalidando, purgando, remitiendo, condonando, novando o modificando en manera alguna las obligaciones derivadas del “ACUERDO

MARCO, ni su incumplimiento, así como tampoco su cumplimiento inoportuno, tardío o imperfecto, siendo claro que la entrega parcial y extemporánea se acepta con el propósito de minimizar o mitigar en lo posible los impactos negativos o perjudiciales derivados, para el propietario y el proyecto, de la no entrega oportuna y adecuada de las zonas y obras pactadas entre las partes, por lo que este acto no implica renuncia alguna de derechos, indemnizaciones, reparaciones, reembolsos de obras o actividades pendientes que deba ejecutar el propietario o de las acciones a que tenga derecho. Tampoco implica que se estén modificando en manera alguna las facultades y obligaciones de la Interventoría, que deberá seguir funcionando y ejecutando sus labores observando lo pactado en el **“ACUERDO MARCO”** y en el contrato de interventoría. (...).”

-Interrogatorio al representante legal de INGETIERRAS (Dr. Héctor Enrique Cortés Pérez):

*“(...) **PREGUNTA # 15:** Gracias, doctor Cortés. Doctor Cortés, informe por favor al Tribunal en qué fecha tiene previsto INGETIERRAS restituir los terrenos al FIDEICOMISO JACARANDA. **CONTESTÓ:** Esa fecha la debemos definir entre ambas partes, porque nosotros estamos con una lesión económica muy grande por ocasión de las mayores inversiones que de buena fe hemos hecho en el proyecto, y el PATRIMONIO AUTÓNOMO ha desconocido esas mayores ejecuciones y ha desconocido el cambio de diseño de la llave de confinamiento. Estamos hablando de unos valores en volúmenes hasta tres veces más del diseño original planteado en el Anexo 4, plano 8, que usted expuso ahorita en una pregunta anterior. Entonces esa terminación está condicionada a que ambas partes logremos un acuerdo de los puntos mencionados, porque nos sentimos lesionados económicamente bastante. (...)”*

-Testimonio de la arquitecta María Eugenia Zuleta Bedoya, funcionaria de Umbral¹³⁰:

*“(...) **PREGUNTADA:** Cuando se refiere a cada etapa, ¿se está refiriendo a etapas del Proyecto, o se está refiriendo a etapas de entrega de las zonas de llenos? **CONTESTÓ:** Yo me refiero a las entregas de las zonas de los llenos que fueron tres; se dividieron entre zonas: Zona 1, Zona 2, y Zona 3, para la entrega final al propietario. **PREGUNTADA:** Arquitecta, la entrega de esas zonas 1, 2 y 3, ¿constituían un prerrequisito para poder iniciar el desarrollo urbanístico del Proyecto Haras Santa Lucía? **CONTESTÓ:** Sí, sí, claro, y creo de acuerdo a conversaciones que de pronto escuché, que era muy importante esa entrega, porque ustedes saben que en la construcción y en*

¹³⁰ Ver también: Testimonio del Ing. Miguel Ángel Botero, funcionario de Umbral: “(...) **PREGUNTADO:** Ahora me quiero referir al Acuerdo Marco en donde se establece en su cláusula novena la fecha de entrega de la Zona 2, y la fecha de entrega de la Zona 3. La Zona 2, como lo ve usted ingeniero, estaba prevista para ser entregada el 15 de febrero de 2018, y la Zona 3 el 15 de junio de 2018. Usted ha señalado que la Zona 1 ya fue entregada un año tarde. Quiero preguntarle, respecto de la Zona 2 y la Zona 3, ¿cuáles son las circunstancias actuales que rodean su entrega; si ya se hizo, si no se ha hecho? Que nos cuente el detalle de lo que está pasando alrededor de eso. **CONTESTÓ:** Esa Zona 2 y Zona 3 todavía no han sido entregadas, ninguna de esas dos, solamente se entregó la Zona 1, y digamos que, por la falta de esas entregas, de la Zona 2 y Zona 3, es que no hemos podido continuar con el proyecto del resto de las cuatro torres que faltan, que ese sí nos ha dado un poquito más duro, porque llevamos más o menos dos años sin poder hacer ventas de ese proyecto nuevo. Las primeras tres torres se vendieron muy rápido, en menos de un año se vendieron los 36 apartamentos que son esas primeras tres torres, y desde hace más o menos dos años, más o menos año y medio, no tenemos producto para vender con respecto a estos apartamentos, porque no podemos salir a ventas de algo que no nos han entregado y que tenemos la incertidumbre de cuándo nos la entregan. (...)”

los proyectos son muy importantes los gastos generales. ¿Por qué? Porque son muy costosos y son un ítem, un porcentaje muy importante de las construcciones. Entonces uno lo que hace, al desarrollar por etapas, es que uno no va traslapando esos gastos generales, para tratar de disminuirlos. La idea de que fuera por etapas es que en la medida que se iba avanzando en la Zona 1, Zona 1 de entrega de INGETIERRAS, se iba desarrollando, a la vez que esa se iba avanzando, digamos sus fundaciones, su estructura, su mampostería, sus acabados, se podían ir siguiendo las demás etapas paulatinamente en las otras etapas para que se fueran escalonando la construcción. Eso nunca se pudo realizar, debido a que hasta el momento la única zona que hemos recibido es la Zona 1. La Zona 2 que comparte el 70% de la torre 4, no ha sido entregada aún a la fecha. Entonces esa torre por ejemplo, por el momento no se ha podido iniciar. (...)

PREGUNTADA: Arquitecta, ¿sabe usted si esas zonas 2 y 3 ya han sido entregadas por parte de INGETIERRAS al Proyecto, terminados los llenos, y efectuadas las labores de recuperación morfológica? **CONTESTÓ:** No, abogado, la única zona que ha sido entregada es la Zona 1, ni Zona 2, ni Zona 3 han sido entregadas. Hubo unas entregas parciales, porque eran requerimiento casi que inmediato por el área comercial, dado que los dueños de los lotes así lo estaban solicitando; entonces les solicitamos a INGETIERRAS que por favor, para no perjudicar más el proyecto, accedieran a entregarnos una parte en Zona 2 y otra en Zona 3, parcialmente, para poder entregárselos al área comercial y que a su vez hicieran entregas a los dueños de esos lotes. Pero de resto en general no ha habido entrega de Zona 2 ni de Zona 3. Perdón, hago una aclaración: cuando se entregó Zona 1, también fue extemporáneamente, porque Zona 1 se tardó casi un año con respecto a la entrega que tenía inicialmente en el Acuerdo Marco. O sea que ninguna parte de estas recuperaciones fue entregada de acuerdo a las fechas del contrato del Acuerdo Marco. (...).

-Testimonio del ingeniero, Miguel Ángel Botero, funcionario de Umbral:

“(...) **PREGUNTADO:** Ahora me quiero referir al Acuerdo Marco en donde se establece en su cláusula novena la fecha de entrega de la Zona 2, y la fecha de entrega de la Zona 3. La Zona 2, como lo ve usted ingeniero, estaba prevista para ser entregada el 15 de febrero de 2018, y la Zona 3 el 15 de junio de 2018. Usted ha señalado que la Zona 1 ya fue entregada un año tarde. Quiero preguntarle, respecto de la Zona 2 y la Zona 3, ¿cuáles son las circunstancias actuales que rodean su entrega; si ya se hizo, si no se ha hecho? Que nos cuente el detalle de lo que está pasando alrededor de eso. **CONTESTÓ:** Esa Zona 2 y Zona 3 todavía no han sido entregadas, ninguna de esas dos, solamente se entregó la Zona 1, y digamos que por la falta de esas entregas, de la Zona 2 y Zona 3, es que no hemos podido continuar con el proyecto del resto de las cuatro torres que faltan, que ese sí nos ha dado un poquito más duro, porque llevamos más o menos dos años sin poder hacer ventas de ese proyecto nuevo. Las primeras tres torres se vendieron muy rápido, en menos de un año se vendieron los 36 apartamentos que son esas primeras tres torres, y desde hace más o menos dos años, más o menos año y medio, no tenemos producto para vender con respecto a estos apartamentos, porque no podemos salir a ventas de algo que no nos han entregado y que tenemos la incertidumbre de cuándo nos la entregan. (...).

-Testimonio del ingeniero, John Mario Ramírez Correa, Director de producción de INGETIERRAS:

*“(...) **PREGUNTADO:** Gracias ingeniero. Para la fecha del 17 y 18 de febrero de 2020, ¿la Zona 2 estaba lista por parte de ustedes para ser entregada? **CONTESTÓ:** Estábamos ya terminando la zona, lo que era Zona 2 lleno estructural estaba lista, estaba lista toda la zona de la Zona 2 del lleno estructural que correspondía a la parte donde iban a levantar las torres. Lo único que faltaba era la parte final, por ahí unos, no sé, por ahí unos 40 o 50 metros de la llave estructural, que estamos en la misma discusión, porque ya esa llave estructural nos la estaban exigiendo a 3.5 metros de altura, y la gerencia decidió frenar eso porque no había reconocimiento económico ninguno para la construcción de esa parte de la llave. Eso es lo que faltaba no más de la Zona 2, como 40 o 50 metros de la llave estructural, y lo que falta en la Zona 3; sumando esas dos zonas es lo que nos quedaba faltando en esa parte, de resto los llenos estaban completos. De pronto vuelvo y le digo, ya terminando uno de llenar la parte de eso, algún hueco, alguna cosa que quede para llenar, digamos una zona pandita que se pueda dar, ya finalmente con la topografía final la acaba de arreglar, esa es ya la parte final, pero la parte constructiva como constructiva de la zona del lleno estructural, estaba terminada, y el lleno no estructural, por supuesto, que eso fue lo que vino a revisar el ANLA, cómo iba el avance en las zonas de las celdas de explotación, que es lo que le interesa al ANLA. (...)”*

En consecuencia, es evidente que las obligaciones convenidas en las cláusulas 4.8¹³¹ y 9 del Acuerdo Marco, no fueron satisfechas de forma oportuna y debida por parte de la convocada. No obstante, la pretensión quinta, objeto de estudio, será resuelta en acápite ulterior una vez se proceda a examinar los restantes argumentos de defensa y excepciones perentorias propuestas por INGETIERRAS.

iv. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA Y EXCEPCIONES DE MÉRITO PLANTEADOS POR INGETIERRAS.

a. FRENTE A LA SUPUESTA EXPIRACIÓN DEL ACUERDO MARCO EL 30 DE JULIO DE 2018, LA EJECUCIÓN POSTERIOR DE UN CONTRATO DIFERENTE Y LA NO APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL ACUERDO ORIGINAL.

Este Tribunal considera que admitir que la fecha de terminación del 30 de julio de 2018 liquida totalmente la relación contractual y sus cláusulas, así se hubieren desatendido los términos y obligaciones a los que se comprometió INGETIERRAS, llevaría al absurdo de privar de toda fuerza vinculante al acuerdo de voluntades, y de elevar al terreno de la impunidad los incumplimientos de INGETIERRAS. Le bastaría a la convocada simplemente esperar el advenimiento del 30 de julio de

¹³¹ “4.8. Realizar la entrega de los INMUEBLES, en los plazos y condiciones estipuladas en la Cláusula Novena del ACUERDO. (...)”.

2018 para entenderse liberada de toda obligación contractual, y de toda consecuencia indemnizatoria que debía causarse a partir de sus inobservancias negociales.

Claramente, resulta inadmisibles entender el funcionamiento de un contrato en tal contexto. Mientras INGETIERRAS no cumpla cabalmente con sus prestaciones, y sin perjuicio de la expiración de la vigencia del contrato, continúa obligada a su ejecución, y en su cabeza se radicarán los efectos patrimoniales derivados de sus incumplimientos.

b. ACERCA DE LA SUPUESTA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS UNILATERALES Y AMBIGUAS, QUE DEBEN INTERPRETARSE A FAVOR DE INGETIERRAS (LLAVE DE CONFINAMIENTO).

De acuerdo con las pruebas recopiladas y practicadas, la llave de confinamiento tenía la siguiente función en el marco de la ejecución del objeto contractual del Acuerdo Marco, al tenor de lo señalado en su testimonio por el ingeniero, Germán Escobar, Gerente de Umbral:

-“(…) **PREGUNTADO:** (...) Quisiera preguntarle, porque no me quedó muy claro de sus respuestas, que nos explicara si esa llave de confinamiento realmente tiene alguna importancia, o si simplemente es un elemento ahí adicional de las obras. **CONTESTÓ:** A ver, como lo dice su nombre, es una llave de confinamiento; esa llave de confinamiento es una estructura en piedra que confina el lleno estructural y lo contiene a que, por ponerlo de alguna forma gráfica, no se derrame ni repte hacia el lleno no estructural. La llave de confinamiento digamos que es la vida del lleno, sin esa llave de confinamiento el lleno estructural podría ser totalmente inestable. La llave de confinamiento es el alma del trabajo que se ha hecho allá”¹³².

Dicha llave de confinamiento o terraplén¹³³, se encuentra estipulada en el numeral 5.22 del Acuerdo Marco, en los siguientes términos:

¹³² **PREGUNTADO:** (...) ¿podría aclararnos si podría tener algún grado de incidencia en la estabilidad de las torres que se construyan? **CONTESTÓ:** Sí señor, por supuesto. El sistema de fundación de las torres se basa en unos pilotes profundos que trabajan con fricción, y por efecto de punta. Fricción significa que ellos de alguna forma se sostienen en el lleno estructural; parte de su capacidad portante la aporta es la fricción que se genera contra el lleno estructural. El lleno estructural, como por poner un ejemplo, podría ser como una bolsa de arroz que está contenida por la llave estructural, que para efectos sería la bolsa, pero en el momento en que no tuviera la llave, pues ese arroz se podría derramar hacia los lados y las fundaciones quedarían sin ninguna, es decir, el efecto de fricción que ayuda a la carga a sostener la carga de la torre, se perdería totalmente, y podríamos tener un efecto desestabilizador que afecta totalmente a las fundaciones de las estructuras. **PREGUNTADO:** ¿Y eso podría poner en peligro a las personas que habitan esas edificaciones? **CONTESTÓ:** Totalmente, absolutamente. (...)”.

¹³³ V. el testimonio del Ing. John Mario Ramírez, funcionario de INGETIERRAS: “(...) **SE REANUDA LA AUDIENCIA. EL TRIBUNAL, SECRETARIO:** Ya estamos grabando. Gracias. **EL TRIBUNAL, PRESIDENTA:** Entonces por favor doctor Pinilla, continúe con su interrogatorio. **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO:** Sí señora. Ingeniero, ¿nos puede indicar por favor si cuando en el Acuerdo Marco, en la cláusula que hemos visto, la 5.2.2.2, se habla de terraplén; si esa expresión es idéntica o igual a la expresión “llave de confinamiento”? **CONTESTÓ:** Por lo que leí del contrato de lo que me mostró, sí, terraplén equivale a la llave de confinamiento, y la definición de terraplén la tienen ahí en lo que usted me leyó; eso lo hemos tomado como lo mismo, terraplén y la llave de confinamiento, hasta ahora. (...)”.

“5.2.2. Terraplén: Consiste en la tierra con que se rellena un terreno para levantar su nivel y formar un plano de apoyo adecuado para hacer una obra. En el borde de la zona del relleno en contacto con la zona de inundación se debe realizar un terraplén con sub-base no procesada por encima de una capa de 0,4 a 0,50 m de piedra, con una berma en la parte superior de 1,5 m, cuando la altura del lleno llegue a los tres metros o H/2. El talud contra la zona de inundación es 1h: 1v y contra la parte inferior del lleno 1h: 1,5v. La llave de confinamiento debe ubicarse entre el lleno estructural y la zona inundable del proyecto; (...)”

Pues bien, aduciendo la previsión hermenéutica contenida en el art. 1624¹³⁴ del Código Civil, INGETIERRAS indicó que el referido numeral 5.22 del Acuerdo Marco, el cual fue supuestamente predispuerto unilateralmente por JACARANDA, no gozaba de la claridad técnica necesaria para su materialización en las zonas de trabajo (v.gr. falta de definición del factor H). Ello, a juicio de la convocada, dificultó la ejecución obligacional a su cargo, e impidió que la interventoría admitiera las obras ejecutadas. La problemática descrita, según la demandada, se agravó por causa de dos (2) cambios de diseño impulsados por Umbral. Adicionalmente, agregó INGETIERRAS, que resulta relevante que Umbral hubiera ocultado documentos clave para la comprensión de los diseños.

En aras de evaluar la veracidad y consecuencias de las anteriores afirmaciones, el Tribunal encuentra indispensable remitirse a los siguientes elementos probatorios:

-Declaración del perito ingeniero, Luis Carlos Restrepo:

*“(...) **PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿existe un método o existen métodos en ingeniería para poder determinar la altura real a la que se construyó esa llave? **CONTESTÓ:** La primera sería hacer la que hizo, la primera y más costosa, la que hizo UMBRAL, que era tomar perforaciones de la base menor, hasta la base inferior; esa perforación te da exactamente cuánto es la altura. Pero si tú al lado de donde termina la pendiente de la base que va contra la edificación, excavas pequeños apiques, encuentras hasta dónde bajó, y no es sino de ahí hacia arriba medir la altura, y una vez abajo la altura y ya sabes cuál es la altura que tiene esa base. Es más simple, más rápido, y menos costoso. Pero bueno, hicieron la otra, hicieron el taladro, y lo debieron haber medido con base en esa perforación, y sobre todo perforar piedra suelta o cascajo, es mucho más costosa la perforación, pero se pueden hacer las dos cosas. Entonces para que no se diga que no resumí: la primera parte hasta septiembre 3 del 2018, que se introdujo el cambio por parte del ingeniero Vieco, se construyó con base en 2 metros de altura; es decir, el esquema, el anexo 8, esquema de perfiles de llenos; y a partir de septiembre 3 hubo otro cambio, quedó la base con 10,25 metros; afortunadamente ahí no se construyó más, hasta noviembre del 2019 cuando se cambió a 9 metros de ancho, y ahí se empezó a construir con 9 metros de ancho, y creo que llevan como 170 metros, algo así, no sé cuánto. Entonces se hace ver el costo tan tremendamente diferente por el consumo*

¹³⁴ “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

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

de material que hay entre el diseño con 2 metros de altura, y el diseño con 3 metros de altura; que UMBRAL se negó a reconocer ese sobrecosto y entonces le dice el contratista: “¿con cuál diseño lo hago?”. –“Con el que está en el plano, en el Acuerdo Marco”, y en el Acuerdo Marco está a 2 metros de profundidad. (...)

PREGUNTADO: Ingeniero, usted señala que esos planos son esquemas, acaba usted de afirmar que ahora se dice que son esquemas. ¿Quién hace esa afirmación o quién hizo esa afirmación?

CONTESTÓ: Pues es lo que ha dicho siempre y, si usted lee las comunicaciones de la interventoría, siempre ha dicho que son esquemas ilustrativos, que no son planos sino esquemas ilustrativos, y desde hace mucho tiempo, desde hace mucho tiempo, antes de terminar el peritaje, como una de las dudas que más tenía yo sobre el dictamen que estaba realizando para convalidar todo lo que decía, era tener idea de dónde salía la famosa llave de confinamiento, el diseño de la llave de confinamiento, y por fin, con la información que me entregaron, ahora en agosto de este año, a finales de agosto de este año, pude constatar cuál era la realidad de ese diseño y cuáles eran las fallas que existían en la información que se le entregó a INGETIERRAS en su momento por parte del FIDEICOMISO JACARANDA para realizar la obra. Yo no entiendo y tendré que esperar a que termine este proceso, para saber si se logra esclarecer por qué por ejemplo en todas las tratativas preliminares, estuvieron el dueño del terreno, representado por sus apoderados, PGP, INGETIERRAS como trabajador minero, y apareció en todas las reuniones Umbral; y en esas tratativas preliminares, se conviene que las partes, Umbral e INGETIERRAS, definirán todos los aspectos técnicos inherentes al trabajo que se iba a desarrollar. Entonces después se pregunta, concretamente usted ha hecho preguntas de que quién autorizó, que si el dueño está o que si el propietario ha estado en la obra para autorizar esos trabajos. En las tratativas preliminares no sé quién autorizó a Umbral para estar allí, porque era un tercero en desarrollo, me imagino que lo invitó el FIDEICOMISO JACARANDA, que era el que tenía relaciones comerciales con él. (...) ¿Por qué se omite, por qué el FIDEICOMISO omite entregar información valiosísima sobre drenajes, sobre la llave de confinamiento, que la estructura de esa llave de confinamiento no sólo tiene la importancia que dice, sino que es la estructura más costosa que hay allí. Y entonces, como lo mostró el contratista en su momento, pasar del diseño que tenían en el anexo 8, con una llave de 2 metros de altura; pasar a 3.50 metros de altura, equivaldría a incrementar en más de un 200% la cantidad de material granular que es el más costoso en ese proyecto, es el material de mayor calidad, el más costoso, y se incrementaba por esa simple variación del 200% en cantidad. Y se habla, estoy hablando de simple variación, porque así lo tildaron, que no era variación, que se conservaba. (...)

Acerca del particular, resulta relevante lo manifestado en el testimonio del ingeniero, John Mario Ramírez Correa, funcionario de INGETIERRAS, que se cita a continuación:

(...) PREGUNTADO: (...) Eso es lo que dice ese 5.2.2. Esa lectura que le acabo de hacer de esa cláusula del contrato, ¿tiene alguna relación, reflejo, correspondencia, con la parte inferior del plano que usted tuvo a la vista en la parte denominada perfil de lleno? **CONTESTÓ:** Sí señor, tiene relación directa con él, tiene relación directa con ese perfil. Lo que usted me acaba de leer es

exactamente cómo definieron el Terraplén, en el momento, y lo explica, dice: la parte alta debe tener 1.5, la parte lateral es una horizontal por una vertical, y la parte, cómo va el lleno; va con 1.40 de piedra, y el resto es con un crudo, un crudo sub base que se debe colocar ahí. ¿Qué problema tiene la lectura que no es clara, no fue clara para nadie, ni para la interventoría, ni para nadie? Es la definición de esa H. Resulta que como nadie, ni usted, ni yo sabíamos cuál era la altura que iba a tener la explotación, porque nadie sabía hasta dónde se iba a profundizar el aluvi6n; esa H no tiene definici6n ninguna. O sea, usted mira esa H/2 y a qué se refiere, no sé a qué se refiere, si la altura arranca de la parte basal hacia arriba, o si la altura arranca desde la 1.50 hacia abajo, no dice exactamente qué representa esa H. Entonces habla, cuando el lleno lleve 3 metros y/o H/2, entonces ahí se queda uno en el aire. ¿Entonces qué se habló con la arquitecta que en ese momento era la voz con la cual nosotros teníamos contacto? Íbamos a construir ya terminando el lago nuevo, el lago nuevo en la zona 1, nos faltaba sino la llave estructural. O sea que eso no fue ni siquiera a principio del lleno, sino ya terminando la zona 1. Se le dijo a la doctora: “doctora, vamos a construir eso, entonces la única parte que tenemos es definamos bien cómo es la llave estructural para ya cerrar el lago, hacer el cierre del lago, del lago nuevo, que va en zona de contacto con esa llave”. Entonces ella muy claramente nos dijo: “mire, ahí tienen el perfil, ahí se ve la diferencia de cota, ahí se ve la altura que usted me está preguntando; esa altura son 2 metros”. –“Listo doctora, entonces con esa explicaci6n que usted me está dando, y ya que no está claro en el 5º punto (en ese punto que usted me acaba de leer), porque H/2 no se defini6 y la altura no se defini6, porque la altura tampoco la conocía usted ni yo, sino que la parte aluvial es la que digamos se hiciera con respecto a la parte aluvial, o la parte alta, o la parte baja”, ninguno conocía eso, entonces donde se veía la altura de la llave estructural era en ese perfil y se arranc6 a construir con ese perfil. Construimos con eso 200 y punta de metros, creo que son 220 metros como habíamos hablado de esa llave de confinamiento. Ahí fue cuando después lleg6 el cambio que se dio en septiembre del 2018, donde la arquitecta nos hace saber que el señor Vieco, del cual es consultor ella, es consultor de ustedes, hacía una apreciaci6n de la llave y que había que cambiarle la altura, y ahí fue donde se hizo el cambio de altura. Pero vuelvo y te repito, léalo bien, vuelvo y lo releímos, volvemos y lo hicimos para no equivocarnos, y en ninguna parte es H/2 sale definido. Esa misma H es lo que usted me preguntaba la otra vez. En cualquier formulaci6n, cualquier perfil, cualquier plano, es muy importante que todo salga bien definido, para que no haya ningún inconveniente. Que esa H la toma desde la parte alta para abajo, listo; que la toma de la parte basal para arriba, listo; que esa H significa esto, listo; ahí no es claro, no es claro, y tan cierto es eso que mirá como de la mano de la arquitecta, en la zona 1 y en la zona de contacto con el lago, se construyeron 220 metros de esa llave estructural. Después ya con la asesoría del doctor Vieco, que no lo conozco personalmente, vino el cambio que ella nos dijo. Para nosotros fue muy impactante ese cambio, porque era un cambio grande, y se lo hicimos saber a ella. Le dijimos: “mira, estamos pasando de una base de 6 metros, a una base de 10 metros fija, y fuera de eso,

eso en volumen en casi un 180% más”. Eso para traer crudo y para traer piedra, es bastante costoso. (...)”¹³⁵.

En adición, acerca del particular el testigo ingeniero, Andrés Arbeláez, funcionario de Ingetierras, indicó:

“(…) **PREGUNTADO:**(…) ¿conoce usted acerca del diseño original, según Acuerdo Marco, en relación a la llave de confinamiento? **CONTESTÓ:** Sí, sí señor, esta llave de confinamiento según el Acuerdo Marco, y no sé si de pronto sea posible como volver a hacer un esquemita de la llave

¹³⁵ **PREGUNTADO:** Perdóneme, y una precisión: ¿y cómo fue entonces que interpretó ese valor INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Mire el perfil que tiene ahí doctora, está la cota, esta cota que muestran ahí es el nivel 2097 del perfil, hasta el 2099 del perfil. Esos son los 2 metros que son claros desde ese punto de vista, porque como usted observa el gráfico, observe de ahí para abajo, si vamos hablar de altura, esa es indefinida, nadie sabe cuál es la altura del aluvión en ese momento.(...).

PREGUNTADO: Gracias señora Presidente. Ingeniero, con fines de aclaración, atendiendo a su respuesta dada, en donde manifiesta que la zona de entrega 1 fue recibida, y en la cual no se reparó de parte del propietario en su recibida situación alguna frente a la llave de confinamiento; indiquenos esos 20 metros lineales, que aproximadamente usted dice que fueron entregados de llave de confinamiento, ¿bajo qué preceptiva se ejecutó? Es decir, ¿con base en el acuerdo, o con base en interpretaciones que se hizo con la arquitecta, o con base en la anotación que se había señalado en su momento que hacía parte de la bitácora en relación a recomendación de la interventora? **CONTESTÓ:** Esta Zona 1 fue entregada, la Zona 1 fue entregada con altura de 2 metros, y siguiendo los parámetros de 1.50 arriba, y las partes laterales. Esa fue la forma constructiva de la llave de confinamiento en la Zona 1. ¿De dónde se sacaron los 2 metros? Lo que les explicaba: del perfil que está dentro del Acuerdo Marco, que lo hemos hablado muchas veces. Y una parte que se dice de los 40 centímetros de piedra y el crudo, se sacó de la literatura del punto que me señalaba el doctor Pinilla, también en esa parte constructiva. Eso lo hicimos de acuerdo con la doctora María Eugenia Zuleta, porque ella; o sea, eso fue en la parte final ya de la Zona 1 para terminar y rematar esa obra donde estaba construido el lago. Entonces ya esa parte la definimos y empezamos a construir; la altura, vuelvo y repito, se sacó del perfil, porque la parte netamente, o sea, la literatura, vuelvo y le explico, no es clara, entonces se decidió tomarla así y fue aceptado por la arquitecta, y así fue recibido por el dueño del terreno cuando en septiembre de 2018 nos recibieron ese terreno, esa zona. (...) **PREGUNTADO:** Sí, es correcto. Quiero reformular la pregunta para que tengamos el entendimiento entonces. En relación a Zona 2, con base en la llave de confinamiento, para no hablar de otros aspectos diferentes de Zona 2; quiero que nos aclare si sobre la Zona 2 se ha ejecutado parte parcial o total de llave de confinamiento, y si en la misma se ha hecho con los mismos lineamientos que venía de llave de Zona 1, o pudo haber introducción de cambios y las diferencias que ha habido frente al tema. **CONTESTÓ:** Sí, nosotros la parte contigua a lago nuevo, se siguió construyendo la llave de confinamiento con los 2 metros, se construirían tal vez 20 o 25 metros siguiendo de la Zona 1 hacia la Zona 2. En ese momento se recibió de la doctora María Eugenia Zuleta el cambio de profundidad que debería llevar la llave de confinamiento, y así nos lo escribió en la bitácora, que debiera ser de 3.5, y ella pone en la bitácora “cambio de altura”. Ese cambio de altura, no sé, ella como que tuvo una reunión con el experto Vieco, que yo no conozco, ella nos lo puso ahí, nos dijo que el doctor Vieco había dado la orden, que es el experto de ellos en suelos y cosas de confinamiento, de esta parte estructural, y que les había recomendado de que la altura de esa llave de confinamiento debería de ser de 3.5 metros. Nosotros recibimos la orden, le hice caer en cuenta que la diferencia entre esa llave que veníamos en ese momento haciendo, y la llave nueva que había ordenado ella, a través del doctor Vieco; incrementaba ampliamente el volumen de piedra y de crudo que había que llevar para fabricarla, casi en un 180%, un 200% se aumentaba el volumen. Ella tomó anotación de eso, dijo que eso lo seguíamos negociando en esos términos, y luego empezamos nosotros a construirla, de esa llave construimos 85 metros lineales aproximadamente con esa nueva dimensión. Yo recibí la orden de parar la construcción de eso, porque la gerencia de INGETIERRAS había escrito unas cartas para tratar de que nos pagaran eso, que si íbamos a seguir haciendo la dimensión tan grande de esa llave de confinamiento, hubiera un pago. Parece que no se logró aceptación de eso y a nosotros nos dieron orden de parar esa parte constructiva, que era la última que estábamos realizando en esa Zona 2, porque la Zona 2 ya estaba lista, faltaba sino esa llave de confinamiento. (...)”. (subrayado fuera de texto).

de confinamiento cómo era, según el Acuerdo Marco. **EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** Adelante, puede hacerlo, don Andrés. **CONTESTÓ:** Listo. A ver, según el Acuerdo Marco y según el anexo 8 del Acuerdo Marco, que muestra un perfil, esta llave de confinamiento era de esta forma, donde tenía según el Acuerdo Marco, en el Acuerdo Marco se nombra que tenía una berma superior de 1.5 metros, que es ésta que estamos viendo acá; se tenía una cama en piedra, una cama en piedra que la voy a poner aquí como en este colorcito gris oscuro, y encima de esta cama en piedra una sub base no procesada. Esta cama en piedra tenía entre 0.4 metros a 0.5 metros de espesor; teníamos también las pendientes a lado y lado, digamos que este era el lleno estructural, la llave de confinamiento, el lleno estructural, que era 1H y 1.5 OE. Esto quiere decir que por 1 metro que nosotros bajemos en la horizontal, es 1.5 en la vertical. Y para el lado del lleno no estructural, era 1H y 1V, lo mismo: para 1 metro que nosotros bajemos en la horizontal, nos movemos 1 metro en la vertical. Entonces ya por geometría nosotros podíamos sacar, esta base era de 6.5 metros, y se especificaba la altura de la llave, en el anexo 8, se especificaba la altura total de la llave, de 2 metros. Esta era la llave original que se contempló en el Acuerdo Marco. Nosotros de esta llave alcanzamos a hacer un tramo más o menos de 220 metros de longitud con este diseño de esta llave, incluida la Zona 1, fue recibida a satisfacción con este diseño de la llave, que es más, la interventoría siempre era muy reiterativa diciéndonos: “Mucho cuidado, es el anexo del perfil, mucho cuidado, fíjense en el perfil, tiene que tener 2 metros, tiene que tener 6.5 de base, tiene que tener 1.5”. Entonces de este tramo nosotros alcanzamos a realizar, ya está ejecutado en la obra un tramo de 220 metros. Esta era la llave que estaba contemplada en el Acuerdo Marco. (...)

REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. PREGUNTADO: Gracias Andrés. Según su respuesta, ¿podría concluirse que en la actualidad la llave de confinamiento se ha venido ejecutando con dos diseños diferentes? **CONTESTÓ:** Sí, sí señor, se ejecutaron dos diseños diferentes. Como les decía, con el diseño original nosotros hicimos una longitud de 220 metros aproximadamente, y con el nuevo diseño llevamos construidos 84 metros de esta llave de confinamiento”¹³⁶.

También, resulta preciso resaltar lo manifestado en el testimonio del ingeniero, Carlos Alberto Vásquez, funcionario de la interventoría:

“(…) **PREGUNTADO:** Una pregunta: ¿conoció usted la forma en que se describió en el Acuerdo Marco el elemento constructivo denominado “llave de confinamiento”? **CONTESTÓ:** Sí, claro.

¹³⁶ **PREGUNTADO:** Quisiera, doctora Margarita, que amplíemos el Acuerdo Marco, la cláusula 5.2.2. Si quiere podemos dejar por ahora solamente en pantalla el Acuerdo Marco, para que el señor declarante pueda ver con todas sus letras lo que dice el numeral 5.2.2. Señor Andrés, ¿usted nos podría señalar técnicamente en cuál de las expresiones que están en el numeral 5.2.2, se señala que la altura de la llave era de 2 metros? **CONTESTÓ:** Por eso repito, doctor Oscar, la altura de la llave estaba en el anexo 8, en el que estábamos viendo. El resto de las medidas se encuentran en este numeral 5.2.2. Encontramos una berma superior de 1.5, esa berma se mantuvo, siempre se mantuvo a pesar de los cambios, esa berma se mantuvo. Encontramos un terraplén, una cama en piedra de 0.4, 0.5 metros de piedra, esa también se mantuvo. Se mantuvieron también las pendientes 1.1 y 1.5, pero acá no está especificada la altura; la altura quedó especificada y siempre nos recalcaron a nosotros en ese anexo 8 ese perfil. **PREGUNTADO:** Por favor indiquenos si en el Acuerdo Marco, en esta cláusula, si lo recuerda, o en alguna otra estipulación, se señala que la altura debe ser la del anexo 8. **CONTESTÓ:** No, en el Acuerdo Marco no lo dice. (...).”

PREGUNTADO: ¿Qué recuerda de la descripción que se hace de ese elemento constructivo en el Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** Eso queda muy claro, porque eso es un trapecio, es una geometría muy sencilla, y como dice en el Acuerdo, tiene una altura de 3 metros de base granular, todo ese trapecio tiene una altura, desde la cota 2.099 hacia abajo tiene una altura de 3 metros, debajo va una cama de piedra de 40 a 50 centímetros. ¿Por qué ponen de 40 a 50 centímetros? Por el tamaño de la piedra, alguna cosa. Entonces tiene una cama entre 40 y 50, y de ahí hacia arriba una altura de 3 metros, y ahí habla de los taludes de qué inclinación ahí del talud hacia la zona del lleno no estructural, y qué talud hacia la zona del lleno estructural. Es un trapecio sencillo, y arriba una berma de 1.50. Esa es la descripción clara que aparece en el acuerdo. **PREGUNTADO:** Ingeniero, quisiera ponerle de presente el Acuerdo Marco, que insisto es el anexo 16 de la demanda, con el apoyo de la doctora Margarita y la venia del honorable Tribunal. En particular la página número 9 de ese documento, el numeral 5.2.2, para que lo identifique, ingeniero, y cuando esté ubicado en el numeral me avisa para hacerle una pregunta. **CONTESTÓ:** Sí, ya está ahí claro. **PREGUNTADO:** Quisiera preguntarle, ingeniero, si esa descripción clara que usted nos acaba de señalar se hizo de la llave de confinamiento, corresponde a lo que aparece señalado en ese numeral 5.2.2 del Acuerdo Marco. **CONTESTÓ:** Sí, claro. **PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿podría usted ahora volver a ver el plano en el que estábamos ahora, con el apoyo de la doctora Margarita, que es el plano que estábamos examinando ahora, que es el anexo 8 del Acuerdo Marco, ese trapecio que aparece allí graficado? Para preguntarle, ingeniero, de acuerdo con su conocimiento, con lo que se discutió entre las partes, con lo que finalmente quedó plasmado en los documentos que le acabo de poner de presente, quisiera preguntarle: el diseño de la llave de confinamiento, ¿es el que está plasmado el numeral 5.2.2 que le acabo de poner de presente, o es el que está graficado en este plano? **CONTESTÓ:** No, el que está en el numeral 5.2.2 del Acuerdo Marco. En este plano sólo se quería distinguir cuáles eran las partes de los llenos y esquemáticamente se colocó ahí dónde iba una llave para separar los tipos de llenos.”¹³⁷.

Además, el testigo ingeniero, Miguel Ángel Botero, Gerente de proyecto de Umbral, indicó en su declaración lo siguiente:

“(…) **PREGUNTADO:** Gracias, Miguel Ángel. Quiero hablar un poco acerca de la llave de confinamiento. Para eso teníamos un plano que fue analizado en su interrogatorio pasado y que hace parte de la demanda presentada por la convocante, en donde se hace alusión a una llave de confinamiento. Espere me trato de ubicar el plano. Es este plano, el plano 4. Este plano fue contemplado en su interrogatorio interior, en sus respuestas, para hablar acerca de la llave de confinamiento. Quiero preguntarle: si el diseño que usted nos señaló frente a la llave de confinamiento de este plano, ha tenido o ha sido objeto de alguna modificación o aclaración posterior. (...) **CONTESTÓ:** Bueno, la primera aclaración es que ese plano no está descrito ni

¹³⁷ **PREGUNTADO:** ¿Es posible ubicar en este plano que le estoy poniendo de presente, es posible ubicar la altura de la llave de confinamiento con ese gráfico que está ahí? **CONTESTÓ:** En este, no, porque este es perfil de los terrenos, no hay ni una especificación en este momento ahí; este plano no hace referencia a la llave de confinamiento. **PREGUNTADO:** ¿Es posible ubicar la sub base no procesada en ese dibujo? **CONTESTÓ:** No, ahí no está tampoco. **PREGUNTADO:** ¿Es posible ubicar la berma, sus dimensiones y diseño en ese dibujo? **CONTESTÓ:** No. (...).

especificada la llave de confinamiento. Ese plano es como dice su nombre arriba a la izquierda, es zona de llenos, es el plano que se hizo para ubicar donde están las zonas y de qué tipo de llenos son, si son estructurales o no son estructurales, y hasta dónde llegan. Ahí en ese plano no está ningún detalle, ni está la especificación técnica de la llave. Tan es así que en ninguna parte está mencionando la palabra llave a ningún elemento el plano. Entonces en ese plano no hay nada de la llave, y con respecto a la pregunta de que si la especificación que yo comenté en el anterior interrogatorio, fue modificada, como lo dije en ese interrogatorio, la especificación del Acuerdo Marco sobre la llave técnica sí fue modificada para poder disminuir su altura y no tenerla que hacer de la profundidad total de la explotación, que como lo puse en el ejemplo podría llegar a ser de 8, 10 o 12 metros, y esta especificación se corrigió o se actualizó o se modificó buscando que la altura no fuera tan alta, para poder disminuir costo y tiempo en la construcción de la llave. Por eso la llave cuando se modificó por la visita de Bernardo Vieco, el especialista de suelos, se delimitó solamente de tres metros, reduciendo así en más de la mitad la construcción de esa llave (...). **PREGUNTADO:** Esos parámetros, directrices, características, nos acaba de señalar anteriormente que por recomendación del ingeniero Vieco tuvieron lugar alguna modificación. ¿Cierto o falso? **CONTESTÓ:** Sí, se modificaron para poderlas reducir y que no fuera tan grande ni tan costosa; entonces se redujo en más de la mitad la especificación.¹³⁸

Aunado a ello, testimonio el ingeniero, Guillermo Eduardo Escobar Penagos, Gerente de Umbral, señaló:

*(...) **PREGUNTADO:** El estado de avance de las obras por parte INGETIERRAS en las zonas 2 y 3, con respecto a las condiciones en que deben entregar el lote, ¿en qué condiciones se encuentran*

¹³⁸ **PREGUNTADO:** ¿Puede indicarnos esa modificación en qué fecha fue contemplada y socializada para INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Eso está en el libro de obra y la fecha exacta no me acuerdo, pero si no estoy mal fue en el 2018, cuando se iba a comenzar a hacer la llave de una altura mayor, porque la Zona 1, que fue la primera que se entregó en el 2018, cuando se empezó a hacer esa Zona 1 y se entregó la Zona 1, en esa Zona 1 no hubo llenos mayores a 3 metros. Entonces como no hubo llenos mayores a 3 metros, la llave ahí no había que hacerla más profunda, sino que había que hacerla de los 3 metros. Cuando se iba a empezar hacer la llave de la Zona 2, ahí fue cuando estuvo la visita de Bernardo Vieco y fue cuando el comentó e hizo la observación que no había necesidad de hacerla de la totalidad de la profundidad de la explotación, sino que solamente de 3 metros, que con 3 metros podía cumplir la especificación técnica del lleno, para que el lleno estuviera conforme y estuviera contenido. Entonces eso fue más o menos por ahí a final del 2018, si no estoy mal, septiembre del 2018 o algo así debió haber sido la primera modificación. (...) **PREGUNTADO:** Gracias. Te pregunto: posterior a esta recomendación del ingeniero Vieco con unas nuevas características, ¿ha habido, con posterioridad a este documento que te expuse, algún otro cambio en donde se le haya requerido a INGETIERRAS una nueva modificación con otras características, así sean mínimas? **CONTESTÓ:** Las características ya seguían siendo las mismas del Acuerdo Marco; solamente con esto se cambió fue lo de la altura, que se redujo; ya de resto todas las características seguían siendo las del Acuerdo Marco. **PREGUNTADO:** ¿Podría afirmarse entonces que la llave de confinamiento en la actualidad se debe o se aplicó en un 100% en base a esta última recomendación que estoy exponiendo? **CONTESTÓ:** Debería estar así construida. Hubo una observación también en el libro de obra, más adelante en la interventoría, en donde ella observó que la construcción no estaba haciendo tal cual como estaba en esta especificación, sino que estaba siendo un poco diferente. Entonces ella volvió a aclarar y volvió a confirmar cómo era la especificación para que no existieran dudas. Entonces volvió a detallar la especificación del Acuerdo Marco y teniendo en cuenta esta nueva altura que Vieco puso, que fue la reducción de la altura. Entonces hay otra nota en el libro, que creo que ahí debe de estar, que era donde se les volvió a reconfirmar dígame que está misma especificación. **PREGUNTADO:** Cuando acabas de dar esa respuesta, lo primero que nos dijiste es que hubo una modificación. Entonces quiero que sea clara la respuesta, porque me generó una duda, con el debido respeto Miguel Ángel. ¿Obedece a una modificación, u obedece a una ratificación de este diseño? **CONTESTÓ:** A una ratificación del diseño. (...)

hoy? **CONTESTÓ:** Hoy están entre un 90 y un 95% de avance. Digamos que INGETIERRAS está en este momento trabajando de forma lenta, pero está trabajando; con una salvedad y es que informaron aproximadamente hace un mes o dos meses y medio, que la llave diseñada por el ingeniero de suelos ellos la iban a hacer de una forma diferente a la que se encuentra diseñada. Nosotros oportunamente informamos al FIDEICOMISO PARA LA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA, y sabemos que la llave que separa el lleno estructural del lleno no estructural, últimamente está siendo realizada a una altura de 2 metros cuando lo estipulado es mínimo 3 metros, 3.50 en realidad. (...) **PREGUNTADO:** Gracias. ¿Sabe usted si la interventoría en algún momento requirió a INGETIERRAS aclarar o modificar esta llave de confinamiento? **CONTESTÓ:** En varias oportunidades INGETIERRAS fue el que solicitó aclarar el diseño de la llave de confinamiento. Fue necesario que el ingeniero Vieco visitara la obra e hiciera varias aclaraciones que siempre estuvieron dentro de lo pactado inicialmente. Inclusive en alguna parte del camino el ingeniero Bernardo Vieco alivió un poquito el diseño de la llave para que fuera más fácil para INGETIERRAS construirla¹³⁹.

¹³⁹ **PREGUNTADO:** Gracias. Según lo anterior se deduce, se dice, reitero la pregunta o se la reformulo, mejor: según su anterior respuesta se entendería entonces que la llave de confinamiento ha tenido. Se la reformulo: nos manifestó en su respuesta que en algún momento dice usted que INGETIERRAS pidió aclaración y que el ingeniero Vieco así lo ordenó. ¿Estoy en lo correcto frente a esa conclusión? **CONTESTÓ:** No señor, el ingeniero Bernardo Vieco visitó la obra y él había pedido que se hiciera una llave de mínimo 3 metros o de H/2 de la altura del lleno. En la visita a la obra dijo que aceptaba que fuera de 3 metros, no importa la altura del lleno. (...)

PREGUNTADO: O sea, ¿nunca fueron modificadas, ingeniero, las medidas de la llave de confinamiento que estaban desde el Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** Doctora, fueron modificadas en favor de INGETIERRAS en una visita que hizo el ingeniero de suelos, donde él había dicho que la llave tenía que ser de mínimo 3 metros o la mitad de la altura del lleno, y así quedó plasmado en el Acuerdo Marco. En una visita posterior que hizo el ingeniero de suelos, por solicitud nuestra, les dijo: “no, vamos a trabajar con 3 metros; si el lleno es superior a 6 metros, no tengo necesidad de que superen los 3 metros”, o 3.40, si ponemos una base que tenía la llave. Entonces el único cambio que hizo el ingeniero de suelos, fue reducir la altura de la llave en las partes donde el lleno superaba ciertos límites. (...)

PREGUNTADO: No se preocupe, doctor Martínez, no hay problema. Ingeniero, voy a tratar de recopilar la pregunta. A partir del Acuerdo Marco, con unas especificaciones que usted nos dice que se dieron de llave de confinamiento, surge una aclaración o modificación por solicitud de UMBRAL, dice cambio de altura a 2018, y posteriormente la que le acabé de exhibir en el documento que hizo parte de la declaración del testigo, para que nos indique: yo quedo con la duda de si el tema llave de confinamiento está tan claro desde el Acuerdo Marco, ¿por qué ha sido objeto de aclaraciones y modificaciones de parte de UMBRAL? **CONTESTÓ:** Doctor, yo estoy leyendo ese documento que usted me expone, y ese documento es imposible que sea más claro. Leo lo que dice: “Según contrato y especificación, la llave debía conservar la altura total del lleno, pero de acuerdo a consulta a la empresa Vieco Ingeniería, del estudio de suelos, la altura total se puede disminuir a 3.50m., según indicación de acuerdo al dibujo y escrita así”, y describen la llave. Eso es lo que leí exactamente hace 10 minutos; la llave tenía una especificación que tenía una altura muy superior a 3.50m., y lo que se pactó en el contrato era una llave mucho más onerosa que la que finalmente se hizo. INGETIERRAS o alguien dijo: “esto está saliendo muy costoso, tratemos de ver cómo hacemos una llave menos costosa”. Se llamó al ingeniero de suelos Bernardo Vieco y finalmente aceptó que la llave fuera de máximo 3.50m. Eso es absolutamente lo que dice ese documento: “ojo, cambio de altura”; pero cambio de altura a favor de INGETIERRAS, la llave se bajó a 3.50m., y eso con aprobación y visita del ingeniero Bernardo Vieco. Eso es lo que dice este documento exactamente. **PREGUNTADO:** Ingeniero, y si ya estaba tan definido que era a beneficio de INGETIERRAS, quiero que me dé el alcance en el correo anterior, del 2019, de por qué nuevamente se modifica, si ya estaba tan a beneficio de INGETIERRAS, como usted lo manifiesta; cuál es la razón. **CONTESTÓ:** Doctor, como le dije anteriormente, no se modificó. INGETIERRAS en el 2019, por un motivo que desconozco, puede ser por que cambiaron de ingenieros, porque hayan decidido hacer una cosa distinta, nuevamente le

Resulta para este asunto también menester anotar lo contenido en el dictamen de contradicción del ingeniero Marco Antonio Alzate Ospina (documento fechado el 28 de agosto de 2020, presentado por la parte convocante):

“(…) En el acuerdo marco y sus anexos se detalla con claridad el alcance técnico del mismo, incluyendo áreas de intervención, niveles de los llenos estructurales y no estructurales, geometría y características de la llave de confinamiento, especificaciones técnicas de construcción de los llenos estructurales y no estructurales. (…)

También se definen las actividades forestales y de restauración paisajística, plazos de entrega de las zonas en que se dividió el proyecto para su intervención y posterior restauración, y demás aspectos técnicos relacionados con el alcance técnico.

(…)”.

En la misma experticia, el Ingeniero, Alzate hizo mención de la verificación directa de profundidad de llaves de confinamiento, el 20 de agosto de 2020, y se señaló que: **“La evaluación realizada, indica que las cantidades de obra de la llave de confinamiento ejecutadas por Ingetierras *son inclusive inferiores a las definidas en el Acuerdo Marco, al corresponder a un promedio de 2,8 metros de altura para la zona 1 y de 2.9 metros de altura para la zona 2, y el convenio marco establece mínimo 3 metros*”** (Énfasis añadido).

Así las cosas, la llave de confinamiento pendiente por ejecutar es la siguiente, conforme al dictamen citado:

- Base en piedra H = 0.40: zona 1 (0 m3), zona 2 (223,49 m3), zona 3 (450,68 m3), total 674,17 m3.
- Terraplén en sub-base no procesada: zona 1 (0 m3), zona 2 (977,76 m3), zona 3 (1.971,71 m3), total 2.949,50 m3.

Pues bien, conforme a la lectura conjunta y racional de las probanzas antes traídas a colación, el Tribunal puede concluir lo siguiente:

Es evidente que se presenta una clara discrepancia entre INGETIERRAS y Umbral, en lo que tiene que ver con la claridad del diseño necesario para la construcción de la llave de confinamiento. La convocada sostiene que la interpretación válida del acuerdo comercial, con miras a llenar los vacíos de la cláusula 5.22, reside en cálculos derivados del Anexo 8, los cuales permitieron inferir una altura de 2 metros. La interventoría, por el contrario, indicó que el texto del aparte 5.22 del Acuerdo Marco era claro, por sí solo.

solicitaron a la arquitecta María Eugenia que les aclarara cuál era la altura de la llave, y María Eugenia volvió y les dijo que esta era la llave, la misma que hay en el documento de septiembre de 2018. (…)”

A pesar de la indudable confusión generada por la situación descrita en el párrafo anterior, el Tribunal no puede pasar por el alto que el Ingeniero Alzate, perito independiente respecto del cual no obra duda o tacha alguna sobre su imparcialidad y credibilidad, precisó tajantemente que la llave de confinamiento era un elemento técnico claramente definido en el Acuerdo Marco, con una altura promedio de 3 metros. Por supuesto, esta apreciación independiente contradice abiertamente la interpretación de INGETIERRAS con respecto a la altura de los dos metros de la llave de confinamiento, con mayor razón si en la zona 1, en la cual la convocada adujo que la interventoría admitió dicha altura, el Ingeniero Alzate encontró un promedio de altura de 2,8 metros.

No obstante lo anterior, el Tribunal no puede obviar que de las probanzas antes referenciadas se encuentra acreditado que INGETIERRAS, siendo un profesional experto, después de unas tratativas profusas que se encuentran documentadas en el plenario, hubiera firmado un contrato, sin estar plenamente enterada de las especificaciones técnicas de las obras a las que se estaba comprometiendo. Como se señaló en un aparte anterior del presente laudo, la buena fe contractual impone a los contratantes el cumplimiento de cargas de información y de sagacidad, que no pueden ser luego desconocidas, en búsqueda de justificar violaciones contractuales. Si INGETIERRAS manifestó su consentimiento a un acuerdo de voluntades, en cuya negociación no se vislumbra ningún atisbo de vicios del consentimiento o imposición por parte del FIDEICOMISO JACARANDA, no puede posteriormente pretender mostrarse como una parte débil y víctima de tergiversaciones.

De todos modos, incluso aceptando en gracia de discusión que el diseño original de la llave de confinamiento sí implica solamente dos metros de altura, y que los diseños de la llave fueron variados por la interventoría, tampoco ello excusaría los incumplimientos en los que ha incurrido INGETIERRAS.

En efecto, si INGETIERRAS pudo construir aproximadamente 200 metros de llave de confinamiento en la zona 1, ello descarta que se encontrare impedida de proceder a la ejecución de la obligación correspondiente. Es decir, independientemente de si la altura edificada era o no la correcta, lo cierto es que, conforme a sus propios dichos, la convocada entendió que esa era la manera correcta de materializar la llave de confinamiento, y así obró. Por ende, no resulta una defensa atendible que una supuesta falta de entendimiento de los diseños le bloqueara para desarrollar el terraplén.

Además, los alegados cambios de diseño incitados por Umbral no pueden serle atribuibles u oponibles al FIDEICOMISO JACARANDA, en tanto ya se ha explicado antes en esta providencia que la interventoría no actuaba como representante de la convocante para efectos de modificaciones contractuales. Y, de todos modos, las mismas solo tuvieron lugar en septiembre de 2018 y noviembre de 2019, encontrándose vencidos los plazos de entrega fijados en la cláusula novena del Acuerdo Marco, con lo cual no produjeron ningún impacto respecto del desarrollo de las prestaciones que la convocada debía satisfacer antes de las fechas convenidas para la devolución de la tenencia de la zona.

Por todo lo anterior, el argumento defensivo de INGETIERRAS será rechazado por el Tribunal.

C. RESPECTO DE LA AUSENCIA DE ACTA DE INICIO, Y QUE EL CRONOGRAMA SOLO TENÍA VALIDEZ SI LAS OBRAS INICIABAN EL 1 DE AGOSTO DE 2016.

Por otra parte, INGETIERRAS señaló en su contestación a la demanda y en los alegatos de conclusión, que una de las razones por las cuales el cronograma establecido en la cláusula novena del Acuerdo Marco no podía surtir efecto alguno, residía en que las fechas allí establecidas tenían sentido siempre que las obras pudieran iniciarse el 1 de agosto de 2016. Lo anterior, de conformidad con lo consignado en el acta del 26 de julio de 2016. Puesto que no existió acta de inicio alguna, y las obras iniciaron mucho después de agosto, el cronograma no puede gozar de efectos jurídicos, a juicio de la convocada.

Al respecto, el Tribunal empieza por aclarar que, conforme se lee en el Acta No. 2 del Comité Técnico del 26 de julio de 2016, el cronograma que dependía de iniciar obras el 1 de agosto de 2016 era el siguiente: zona 1 (30 de agosto de 2017), zona 2 (30 de diciembre de 2017), y zona 3 (30 de abril de 2018). Claramente, la anterior propuesta no fue la que finalmente quedó consignada en el Acuerdo Marco, el cual, se reitera, fue libremente suscrito por INGETIERRAS. De hecho, en el Acta se observa que si las obras no empiezan el 1 de agosto de 2016, se ajustaría el cronograma, que fue lo que finalmente ocurrió y fue consignado en el Acuerdo Marco. Por ende, salta de bulto la irrelevancia del argumento planteado por INGETIERRAS.

Adicionalmente, tampoco la ausencia de un acta formal de inicio repercute en el cumplimiento de las prestaciones negociales a las que se comprometió la convocada. Ésta tenía absoluta claridad de las fechas para las cuales debía satisfacer sus obligaciones. A tal punto ello es cierto, que desde el mismo mes de octubre de 2016, mes siguiente a la firma del Acuerdo Marco, inició sus labores, como puede vislumbrarse de las siguientes pruebas obrantes en el plenario:

En el informe de interventoría del 14 de marzo de 2020¹⁴⁰ se indicó lo siguiente: “(...) *la interventoría tiene registros fotográficos ciertos que indican que las labores de minería por parte de INGETIERRAS iniciaron en el mes de octubre del año 2016, es decir, luego de firmado el Acuerdo Marco que es de fecha 30 de septiembre de 2016 (...)*”.

-Declaración del perito ingeniero, Luis Carlos Restrepo Arango:

“(...) **PREGUNTADO:** *Listo, ahí estoy bajando ingeniero, página 40, y aparece una de las manifestaciones de su informe en donde se señala lo siguiente: “Las obras de dicho acuerdo se iniciaron en noviembre 20 de 2016, es decir, 50 días después de firmado el Acuerdo Marco, según lo asevera INGETIERRAS en el informe presentado en diciembre 11 de 2017”. Para preguntarle, ingeniero: la única fuente que usted consultó para establecer la fecha real en que INGETIERRAS inició actividades en los predios, ¿fue ese informe presentado en diciembre 11 del 2017?* **CONTESTÓ:** *Y otro que conocí alguna vez, porque en su momento no lo pude ver, de noviembre de 2017, que no tuve oportunidad de conocer en su momento, pero lo conocí ahora en el desarrollo*

¹⁴⁰ Anexo al dictamen del Ing. Marco Antonio Alzate, emitido en marzo de 2020.

del proyecto, de este litigio arbitral. **PREGUNTADO:** ¿Cuál, perdóneme? **CONTESTÓ:** Y trata de lo mismo, el contratista hacía el reclamo por los cambios que se le han dado a las cantidades de obras adicionales que hacían, y narra que empezaron en diciembre 20, perdón, en noviembre, por el fuerte invierno que había en ese momento. **PREGUNTADO:** ¿Y en ese documento también se dice que en noviembre 20? **CONTESTÓ:** Sí señor, en ese también. **PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿usted consultó? De acuerdo con su dictamen veo que usted consultó las bitácoras de obras de INGETIERRAS, ¿verdad? **CONTESTÓ:** Consulté especialmente donde había la información de interventoría. **PREGUNTADO:** ¿Por qué solamente esas, ingeniero? **CONTESTÓ:** Porque cuando era la posición del contratista única y exclusivamente, no tenía mucha mayor validez que tener a la interventoría escribiendo, que era la controversia. **PREGUNTADO:** Okey. Pero me llama la atención: si en este dictamen que estamos viendo usted encontró importante establecer la fecha de inicio de actividades en los terrenos, le pregunto: ¿existió alguna razón para no consultar, por ejemplo, la primera bitácora de obra del proyecto, el primer folio? **CONTESTÓ:** No doctor, simplemente en un contrato de estos, un contrato de tracto sucesivo; pues hombre, hay una interventoría, y usualmente la interventoría es la encargada de plasmar el acta de inicio y regular la relación que hay con el contrato. Generalmente el acta de inicio la debe hacer la interventoría; en un contrato de este tipo es fundamental que exista acta de inicio. Si no hay acta de inicio, pues todo lo que pongamos es eso. Aquí estoy diciendo, esta es la fecha de INGETIERRAS; por eso se habla según lo asevera INGETIERRAS, no sé qué otra fecha tendrán de inicio. (...) **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE.** **PREGUNTADO:** Por supuesto que sí, doctora Carmenza. Bien, le pedía al ingeniero que por favor me contestara la pregunta, que no era cuál era su opinión sobre el acta de inicio; eso no fue lo que yo le pregunté. Lo que yo le pregunto, ingeniero es si existió alguna razón particular por la cual usted no consultara el primer folio de la primera bitácora de obra, elaborada por la sociedad INGETIERRAS, que fue además la que lo contrató a usted para el dictamen. ¿Hay alguna razón para que usted no hubiera hecho esa consulta? **CONTESTÓ:** Porque, doctor, la razón es muy simple: si yo encuentro un documento donde el director del proyecto dice que la obra se inició en tal fecha, tengo que creerle, no tengo que ir a buscar en todas partes a ver si está o no en lo cierto. Si el director del proyecto escribe una carta, y más que una carta para la persona interesada como era UMBRAL, y decir que se inició en esa fecha; no veo por qué no se le pueda creer, y menos aún que la carta no fue rebatida por UMBRAL como interventora. **PREGUNTADO:** Ingeniero, dos preguntas: cuando usted se refiere al gerente del proyecto, ¿a quién se refiere? **CONTESTÓ:** Al director del proyecto. **PREGUNTADO:** Al director del proyecto, ¿a quién se refiere? **CONTESTÓ:** A la ingeniera que estaba a cargo del proyecto, creo que era Milena, no recuerdo el apellido en ese momento. **PREGUNTADO:** Okey. Y lo otro es: ¿qué entiende usted por rebatir? **CONTESTÓ:** Es controvertir o discutir. **PREGUNTADO:** Muy bien. **CONTESTÓ:** Si UMBRAL recibió esa carta de su contraparte, su investigado, o investigado no, de su vigilado, cuando le dice que se inició la obra en tal fecha, y no dice que es falso o que no es cierta esa apreciación; pues tiene uno que considerar que es válida. **PREGUNTADO:** ¿Y usted le pidió a UMBRAL que le mostrara documentaciones relacionadas o escritos relacionados con la fecha de inicio de las obras? **CONTESTÓ:** No las encontré en el archivo de INGETIERRAS, pero no debían existir. **PREGUNTADO:** Muy bien. Quisiera ponerle de presente, con la venia del

Tribunal, el primer folio del primer libro de bitácora de obras, de la sociedad INGETIERRAS que señaló usted no consultó. Para mostrarle, ingeniero, cómo ese libro de bitácora de obra tiene una anotación de actividades, primera anotación desde el 1 de noviembre de 2016: “con inicio de actividades a las 7:00 a.m., terminación de actividades a las 7:00 p.m. Equipos utilizados: retroexcavadora, motoniveladora, vibro compactador; con 12 personas en terreno; con recibo de 6 viajes de material de peña; con actividades de cajeo de vía; con actividades de viaje de material proveniente de perfilación; con actividades de aclaración de duda sobre tubería; con actividades de continuidad del cerramiento del perímetro”. Para preguntarle, ingeniero: viendo este documento que es la bitácora de obra de INGETIERRAS, ¿sigue usted considerando que es acertado afirmar que INGETIERRAS inició actividades hasta el 20 de noviembre? **CONTESTÓ:** ¿Me puede indicar quién firma ahí? **PREGUNTADO:** Con mucho gusto, sí señor. Jennifer Montoya. **PREGUNTADO:** No sé el cargo de Jennifer Montoya, y no sé quién le dio el revisado, no aparece la niña que entiendo yo estuvo dirigiendo eso al principio, que ahora está Jhon Mario, pero sí puede tomarse perfectamente noviembre primero, no hay ningún problema. No veo yo para qué tienen buldócer y retroexcavadoras y compactador, para ponerla o delimitar el área de trabajo; puede ser que se estaban instalando. Pero bueno, no hay ningún problema. **PREGUNTADO:** ¿No hay ningún problema? Okey. **CONTESTÓ:** No hay ningún problema. Si la directora del proyecto dijo que pudo empezar labores en noviembre 20, le creo más que lo que está escrito allí, porque esto puede ser instalación del contratista. **PREGUNTADO:** Okey, entonces veamos la actividad del día siguiente. “2 de noviembre de 2016. Inicio a las 7:00 a.m., terminación a las 7:00 p.m. Retroexcavadora, motoniveladora, vibro compactador. Se reciben 9 viajes de material de peña aproximadamente, y 6 viajes de crudo de Guayabito 2. Se continúa con el cerramiento del perímetro. Se inicia la construcción de la caseta provisional. Se hace viaje de material”; bueno, lo que se dice en ese libro. **CONTESTÓ:** Sí, están haciendo instalaciones. **PREGUNTADO:** Muy bien. Ingeniero, ¿y esas no son actividades de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Actividades provisionales usualmente no se cuentan dentro del programa, pero no hay ningún problema en que se ponga desde el principio, noviembre 1; al fin y al cabo la sola duda de que no haya concertación, es que ahí no se vio que la interventoría esté aprobando; por eso entre las partes no debe haber acuerdo en el acta de inicio, de la fecha de inicio. (...).”

Nótese que los documentos consultados por el Ing. Restrepo Arango, a que hizo referencia en su declaración, y que encontró necesarios para establecer la fecha de inicio de obras, se limitaron a informes de INGETIERRAS, sin que hubiera revisado la bitácora de obra. Empero, finalmente reconoce que la bitácora de obra puede ser válida para establecer fecha de inicio el 1 de noviembre de 2016.

En tal virtud, independientemente de la existencia o no de un acta de inicio, lo único cierto es que INGETIERRAS el 30 de septiembre de 2016 se obligó voluntariamente a cumplir unos plazos contractuales, y empezó en el mes siguiente con las labores para dicho propósito. Por consiguiente, ello en nada afecta la eficacia del cronograma pactado en el Acuerdo Marco.

d. ACERCA DE LOS CAMBIOS DE DISEÑO DE LOS LAGOS Y LA CONSECUENTE AMPLIACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL.

Uno de los argumentos que con mayor énfasis esgrimió la parte convocada, consistió en alegar que los cambios de diseño atinentes a los lagos, generados por la interventoría el 14 de agosto de 2017 (correo electrónico enviado por la Arq. María Eugenia Zuleta¹⁴¹), y los consecuentes beneficios patrimoniales (posibilidad de construcción de una nueva torre de apartamentos), produjeron una variación sustancial en las condiciones de ejecución contractual, al punto que implicaron la imposibilidad práctica de cumplir con los plazos contemplados en la cláusula novena del Acuerdo Marco, así como sobrecostos nada despreciables para INGETIERRAS. Acerca del particular resulta relevante destacar las siguientes pruebas aportadas y practicadas en el proceso:

En el testimonio del señor, Andrés Arbeláez, ingeniero geólogo de INGETIERRAS, se indicó que:

*“(…) Los cambios consistieron básicamente, y a los que nosotros también nos habíamos comprometido, en que había dos lagos dentro del proyecto: uno sí quedaba dentro de una de las celdas de explotación, y el otro sí estaba por fuera. Ese fue el primer cambio grande; fue un cambio que a INGETIERRAS no le benefició en nada, porque, a ver, no sólo es hablar del espejo del lago, sino de todo lo que es la zona del lago; este era un lago que ya existía en el predio, y alrededor de este espejo del lago había unos árboles sembrados. Todo este material INGETIERRAS lo tuvo que sacar de alguna forma para poder llenarlo. Perdón, no sé si de pronto sea posible mostrarles como un gráfico para hablar del tema del lago y como para mostrar cantidades, áreas y qué fue lo que pasó, no sé si es posible graficar este tema. **EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** Puede hacer uso de ese gráfico y aportarlo al expediente como parte de su declaración. Adelante. **CONTESTÓ:** Bueno, me gustaría como hacer aquí muy sencillo un gráfico como para explicarles más o menos qué fue lo que pasó con ese lago. Lo voy a hacer en Paint, muy sencillo, para que se entienda qué fue el cambio en el lago. Tenemos entonces acá la cota, esta es más o menos la cota 2.097, que es la cota original del terreno. Entonces tenemos que esta es la cota 2.097, tenemos por acá el lago, digamos que era como un lago típico, esto era lo que había en su momento, y teníamos lo que yo acabé de nombrar como la zona donde estaban sembrados los árboles y donde INGETIERRAS se había comprometido a volver a reponer los árboles en esta zona, digamos que estos rectángulos que estoy dibujando son los árboles. Esto es lo que nosotros nos encontramos y esto es lo que había. Cuando nosotros iniciamos la explotación en el anexo 10, en el anexo 11, anexo 12 del Acuerdo Marco, donde se habla del tema de los árboles, se habían designado unos árboles que INGETIERRAS podía talar. Casi todos estos árboles estaban alrededor de este lago, entonces INGETIERRAS procedió a talar los árboles para facilidad de la explotación minera, y cuando empezamos nosotros con las excavaciones, mantener este lago era muy difícil porque era un*

¹⁴¹ V. Correo electrónico del 14 de agosto de 2017 de María Eugenia Zapata, interventora – Umbral, a INGETIERRAS: para socializar con ingenieros la explotación y lleno estructural del plano anexo, de acuerdo a solicitud de gerencia plano de urbanismo. Dice que recordar el lleno estructural Torre 1, solo hasta la cota 97.

material que estaba a su alrededor, confinado con un material, una materia orgánica. INGETIERRAS en ningún momento encontró debajo de este lago ningún material aprovechable, económicamente aprovechable para la empresa, esto era digamos un material. Cuando INGETIERRAS empezó a explotar, estas paredes de este lago se empezaron a desconfinar, entonces el lago hubo como que drenarlo y desapareció el lago. Entonces vamos a poner acá las medidas del lago, este lago tenía una profundidad más o menos de 4 metros, entonces esto llegaba a la cota 2.093, y tenemos que la cota final de explotación nuestra fue más o menos, nosotros tuvimos una explotación promedio más o menos de 6 metros, y esta es la cota 2.091. Esto fue lo que nosotros nos encontramos en ese lago. Según el Contrato Marco, este lago tenía que quedar tal cual como estaba, pero ya a nosotros se nos ordenó, eso fue en el 2017, el 14 de agosto de 2017, la interventoría nos ordenó a nosotros: “No, venga, vamos a hacer un lleno estructural aquí, ya no queremos un lago acá, lo que vamos a hacer es quitar todo este material que hay alrededor del lago, todo este café”, que era un material que nosotros íbamos a utilizar para reconformar otra vez el lago, según el Acuerdo Marco, y la interventoría nos ordenó a nosotros quitar este lleno. Lo quitamos, con todo lo que implica, transporte, obras de excavación, pero nosotros lo realizamos siempre con la promesa de que todos esos trabajos iban a ser reconocidos. Entonces además de quitar todo esto que nosotros lo estamos viendo acá, se nos ordenó llenarlo, con lleno estructural, y como tenía que llegar a la cota 2.097, tuvimos que llenar nosotros 2 metros más por encima de la cota original del terreno. Entonces al final llegamos nosotros a la cota 2.099 con este cambio que indiqué. Este lleno de tipo estructural es un lleno muy particular, porque es un lleno que nosotros normalmente no hacemos en las zonas de explotaciones nuestras. Es un material que requiere una compactación del 90%, como lo dice en el Acuerdo Marco, entonces esto requiere como una maquinaria especial que es un vibro compactador todo el tiempo encima del lleno, es un material que no lo podemos llenar cuando hay invierno; es un material más caro que el otro conformarlo y hacer todo el tratamiento que tenemos que hacer es más caro que el no estructural. Entonces nosotros tenemos ya como para hablar de medidas, del volumen, de todo lo que sucedió ahí, tenemos una profundidad, como lo estamos viendo, una profundidad de 8 metros. Toda esta área, no sólo el espejo del lago, sino toda el área que nosotros llamamos “Zona lago”, es un área de más o menos 4.740 m²; eso incluye tanto el espejo del lago, como lo que hay alrededor, que nos tocó retirar adicionalmente. Esto nos da un volumen de lleno, sin contar las excavaciones, más o menos de 38.000 m³. Entonces esto fue lo que a nosotros nos tocó ejecutar con ese cambio ordenado por la interventoría el 14 de agosto del 2017. Todo esto se hizo para poder agregar una torre acá encima, todo se acomodó. Nosotros en el Contrato Marco se tenía un esquema que eran 6 torres, y se hizo este cambio en este lago para poder agregar una torre más. Esta torre más son 12 apartamentos, apartamentos que en ventas indicaban más de 12.000 millones de pesos, es un cambio que benefició mucho a la interventoría y a los constructores. En cambio a nosotros nos dijeron: “Ya no vamos a hacer este lago acá, sino el lago ya sobre el lleno no estructural”. Este lago sobre el lleno no estructural tiene una profundidad promedio, porque nosotros más o menos llegamos en la explotación a 6 metros de profundidad. Para conformar un lago hay que hacer una impermeabilización tanto de la base como de las paredes del lago, y este lago, el nuevo lago, quedó con una profundidad de 4 metros. En este lago el espejo es más grande, el espejo es más

o menos de 4.700 m², y un volumen de lleno no estructural que nosotros no ejecutamos. Esto da más o menos 19.000 m³. Entonces ese cambio en el lago a nosotros nos implicó realizar un lleno estructural de 38.000 m³, comparado con 19.000 m³ que nos ahorramos de cierta forma de lleno no estructural. Eso fue básicamente lo que sucedió con el primer cambio, que fue el cambio en la posición del lago. No sé si de pronto quieren ver más o menos dónde está exactamente el lago, y donde quedó el nuevo lago 1. Pero esto es básicamente el cambio que hubo: adicionalmente las cantidades que nos tocó a nosotros llenar con el lleno estructural, y las cantidades que nos ahorramos con el lleno no estructural”¹⁴².

¹⁴² **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. PREGUNTADO:** Gracias Andrés. Indíquenos frente a esa explicación, para no salirnos del contexto de su gráfico, qué injerencia tuvo ese lleno adicional versus factor tiempo. ¿Qué implicaba desde el punto de vista temporal para el cumplimiento de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** A ver, primero es todas las actividades adicionales que tuvimos que hacer por este cambio; la excavación adicional de toda esta materia orgánica que había alrededor del lago; el transporte de ese material, porque nosotros teníamos entonces que poner volquetas, que poner maquinaria, solamente para realizar esto. Según el contrato marco a nosotros se nos exigía una compactación cada 40 centímetros; cada 40 centímetros de lleno estructural que nosotros regamos, teníamos que compactarlo para poder llegar al 90%. Entonces necesitábamos el vibro compactador todo el tiempo solamente en esta zona. Esto ya nos incrementa a nosotros tanto costo como tiempo, porque era una actividad que nosotros no teníamos contemplada, no teníamos en su momento planeada hacer, y esto llegó un mes antes, un mes larguito antes de la primera entrega, y era para INGETIERRAS imposible cumplir ya con este cronograma, con este cambio y con esos 38.000 m³ adicionales que se ordenaron. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Por favor responda la pregunta, si puede, en tiempo cuál fue la incidencia. **CONTESTÓ:** Sí, a nosotros nos retrasó esto más o menos unos 4 o 5 meses, porque este limo, este lleno, es un material que en la zona es muy apetecido para este tipo de llenos, entonces nos tocaba que salir a buscar 38.000 m³ más, con lo que ya expliqué, con todo lo que implica llenar esto. Sí, fueron unos 4 o 5 meses que a nosotros nos tomó para poder dejarlo según las órdenes que la interventoría nos dio en su momento. **PREGUNTADO:** Disculpe, quisiera ser más explícito: ¿por qué les tomó ese tiempo que usted menciona? **CONTESTÓ:** Bueno, eso fue porque no estaba contemplado dentro del... Me gustaría, si es posible, mostrarles un poquito en un plano dónde estaba lago, dónde estaba ubicado, qué había en la zona, y dónde quedó nuevamente el otro lago, para poder dimensionar qué fue el cambio. **PREGUNTADO:** Sí, pero por favor, usted ha mencionado que estima que les retrasó o les tomó en tiempo 4 meses o 5, por las condiciones que usted ha mencionado. ¿Cuál fue la razón de eso que está diciendo? ¿Por qué dice usted que les tomó ese tiempo? **CONTESTÓ:** Doctora, porque en principio nosotros no teníamos que hacer esta actividad, nosotros teníamos que reconfigurar el lago como estaba, y ya teníamos el material, está misma materia orgánica que nosotros nos encontramos alrededor del lago, ya la teníamos ahí para conformar nuevamente el lago, ya teníamos todo el material ahí. Con este cambio a nosotros tocó 38.000 m³ más de un material, de un material tipo limo, nos tocó excavarlo, nos tocó transportarlo, nos tocó compactarlo, y nos tocó ya todo el tema de las densidades, todo el tema del muestreo con el laboratorio. Entonces ahí con todo ese cambio sí fue que se nos demoró 4 o 5 meses más. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** Muchas gracias. Adelante, doctor Rayo. (...)

PREGUNTADO: De acuerdo con las respuestas que usted suministró, una de ellas atendiendo una pregunta del panel arbitral y otra más adelante del doctor Rayo, señaló usted que los cambios en el lago 1 implicaron, según su relato, una demora de entre 4 y 5 meses, y más adelante señaló que otras obras de modificación, como la sobre excavación, también les tomó un tiempo adicional ejecutarlo. ¿Podría usted por favor indicarle con precisión al Tribunal, de acuerdo con esos cálculos, según su relato esos cambios implicaron en total en meses una demora de cuánto? **CONTESTÓ:** No doctor Martínez, es que a ver, no sólo fueron esos cambios, también digamos fueron las inundaciones, la imposibilidad de trabajar cuando estábamos en invierno; fue un conjunto de cosas, no sólo fue la parte de todos estos cambios que se ordenaron, todas estas sobre excavaciones. No, meses exactos que nos hayamos demorado, no, no lo sé, no quiero ser impreciso como con tantos días. **PREGUNTADO:** ¿Es decir que las causas que ustedes atribuyen a las demoras, no son solamente aquellos cambios que discutieron con la interventoría? **CONTESTÓ:** Sí, o sea, fueron los cambios, las actividades adicionales y las actividades que se realizaron dentro del predio, esta inundación que no teníamos contemplada, que ya hemos hablado por la intervención de Serving. Lo digo es por la particularidad que tiene este lleno estructural, que es un lleno estructural que no me permite trabajarlo cuando está húmedo, el lleno no estructural sí me permite esto. Entonces cuando estaba muy húmedo era mejor esperar para poder hacer un buen lleno. (...)

También, el testimonio del ingeniero, John Mario Ramírez Correa, ingeniero de minas y director de producción de INGETIERRAS, quien manifestó en su declaración lo siguiente:

*“(…) **PREGUNTADO:** Muchas gracias. Quisiera tratar de hacer de manera lo más precisa posible, hacer las siguientes preguntas. Indíquenos de forma detallada si conoce usted de cambios de diseños que haya habido durante la ejecución de este Acuerdo Marco en comparación a los diseños que originalmente hacían parte del mismo Acuerdo Marco. **CONTESTÓ:** Sí, se conocieron varios cambios de diseño; los cambios de diseño van ligados a diferentes zonas de trabajo. La primera zona de trabajo que fue afectada con cambio de diseño fue la zona 1; en la zona 1 hubo un cambio de un lago, un lago que debíamos conservar según el Acuerdo Marco, instaurar en el momento de terminar la explotación y dejarlo en la posición en que estaba, y en ella habilitar una zona de árboles alrededor del mismo lago. Ese fue el primer cambio que se dio en zona 1. Luego, digamos en la Zona 2 estábamos en la construcción de la llave; ese cambio se dio en agosto 14 del 2017. En la llave estructural hubo un cambio, digamos una llave estructural pactada directamente con la ingeniera María Eugenia, la llevamos desarrollando en la zona 1, todo se completó con esa llave estructural, y estábamos desarrollando en la Zona 2 esa llave estructural, cuando recibimos de ella una orden el 3 de septiembre de 2018 recibimos el cambio de la llave estructural, en el cual nos indicaba un cambio en altura que por la forma de trapecio que tiene la llave de confinamiento daba un aumento de casi el 200% del material que había que actuar. Ese fue el cambio que se diseñó en esa fecha. Luego sufrimos otro cambio de la misma llave estructural, en la cual nos recortaban la parte del fondo, y finalmente en la parte de cambios, en el lago, que relativamente hace poco que tuvimos la reunión, el ingeniero Andrés me había informado un cambio en el lago de una forma brusca y abrupta, en la cual la topografía que ellos nos mandaron influenciada tanto en un área que nosotros no podíamos tocar y que ya estaba completamente recuperada, que es una zona cercana al río Negro, que no respetaba los tres metros que tiene que tener cualquier obra con respecto al río, sobre todo si es una obra minera, y la otra parte se metió en un terreno que no era; esa fue el 3 de marzo la última. Y en la parte locativa, en la parte local que da sobre los llenos, que está en el área de explotación, hubo cambios porque había zonas completamente llenas de material de desecho, de material de desecho de una floristería que había anteriormente ahí, eran materiales orgánicos, desechos del mismo material orgánico y de los materiales plásticos que utilizaban ahí, los cuales tenían alturas promedio de 1.50 o 2 metros de más, lo que implicaba llenos estructurales mucho mayores y que implicaba un desarrollo de obra diferente. Con esos cambios era muy difícil; o sea, cualquier cambio que nosotros hubiéramos hecho en esa parte, nos implicaba a INGETIERRAS DE COLOMBIA unos gastos supremamente altos”¹⁴³.*

¹⁴³ **PREGUNTADO:** Gracias. Quiero que nos aclare algo, porque ahora manifestó cuando le pregunté acerca de los diseños, manifestó agosto de 2017, y manifestó marzo. Yo quisiera que nos aclarara si para el año 2020 en curso, aún se están hablando de cambios de diseños en relación si su respuesta de marzo tiene que ver para este año, o a qué año se refiere ese cambio de diseño de marzo. **CONTESTÓ:** Ese cambio de diseño de marzo fue el 3 de marzo de este año 2020, y le voy a explicar el por qué. A mí el geólogo, que es Andrés Arbeláez, me pasó una información en la cual la ingeniera

Acerca del particular, la testigo arquitecta, María Eugenia Zuleta, señaló:

*“(…) **PREGUNTADA:** Para posteriormente verificar que el correo el 14 agosto Carlos Vásquez lo reenvía, para llegar nuevamente al documento que inicialmente le expuse, que el 14 de agosto de su parte hacía INGETIERRAS se envía un documento que dice: “Planta urbana a la fecha”. Le pregunto: ¿considera usted que este correo que se envía el 14 agosto, de su parte, a INGETIERRAS, es el documento que contiene la Planta urbana a la fecha con la modificación de las torres y de los lagos? **CONTESTÓ:** A ver abogado, si la mente no me juega malas pasadas, inicialmente arrancamos con las torres que están de lleno estructural, y arrancamos inicialmente con un plano de un lago existente. Luego ese lago posteriormente se volvió un lago más grande hacia la zona ya no ubicada en lleno estructural sino en lleno no estructural. Listo, esto aproximadamente, o sea, vuelvo y reitero, ¿cuándo entregamos esto? Nosotros incluso hicimos, primero, entrega del plano a INGETIERRAS, se mandó por correo, y luego, posteriormente con eso, que lo corroboran las imágenes del dron, hicimos entrega a INGETIERRAS físicamente con marcación de topografía en el sitio del lago. En ese momento INGETIERRAS estaba en zona de explotación minera, o sea, todavía Zona 1 no estaba en procesos de llenos estructurales, estaba en zona de explotación minera. No sé si aclaré la pregunta o quiere que le informe algo más. (...)”*

En torno a este tema, considera el Tribunal necesario insistir, como ya se explicó en un capítulo anterior del presente laudo, que cualquier cambio de diseño que hubiere sido aceptado por INGETIERRAS, hubiere sido o no avalado por la parte convocante, de ninguna manera conllevó a la variación del cronograma de entrega. INGETIERRAS, por su propia voluntad, se avino al cambio de ubicación y características del lago No. 1 -modificación contractual que sí es oponible al FIDEICOMISO JACARANDA-, y a las demás alteraciones que fueron únicamente convenidas con la Interventoría (v.gr. lago No. 2). Por consiguiente, era responsabilidad de la convocada seguir cumpliendo con los plazos para la restitución de los terrenos, así como cualquier consecuencia que sobre la ejecución contractual significara el haberse atendido voluntariamente a las propuestas que vinieran exclusivamente de Umbral.

Por otra parte, también se descarta que la modificación de las especificaciones contractuales atinentes al lago No. 1 bloquearan o dificultaran la ejecución de las obligaciones relativas a los llenos

María Eugenia le pasaba el diseño del lago que iba a quedar; que nosotros las coordenadas y la topografía que ella nos pasó y el mapa que ella nos pasaba, vuelvo y le repito, tocaba terrenos que no eran del dueño de la tierra, y tocaba una zona que nosotros no podemos desde el punto de vista minero tocar en el momento de la recuperación y dejarla como terreno libre, que son 30 metros de retiro al río Negro. Con esos 30 metros, el lago que nos pasó ella, no cumplía ninguna de las dos, se pasaba a un terreno. Yo le pedí a Andrés que hablara con ella, para que hiciéramos una reunión, y efectivamente tuvimos una reunión el día siguiente de carácter urgente, porque nosotros en ese momento estábamos ya en el proceso último de la recuperación de la celda 12, que era donde estaba el lago 2, el lago 2 nuevo; porque ese lago 2 no existía, ese lago en el Acuerdo Marco no existía, porque en esa zona había un lago, pero ese lago no lo tocó la explotación; ese lago se conserva aún el día de hoy, y no lo tocamos para nada. Ese lago se conserva actualmente. Entonces fue un nuevo laguito que nos hicieron hacer. Tuvimos que ir ese día, el 3 de marzo del 2020, recibimos el último cambio de diseño de este año del lago, con unas nuevas coordenadas y unas nuevas instrucciones, y tuvieron en cuenta los inconvenientes que les presentábamos nosotros como constructores del lago que nos habían pasado inicialmente, de ese lago 2. (...)”

estructurales, arborización y entrega oportuna de las zonas previstas en el anexo 14 del Acuerdo Marco.

Lo anterior obedece, en primer lugar, a que haciendo hincapié en un aspecto que ya fue explicado al analizar la cuarta pretensión, para el momento en que dicho cambio contractual tuvo lugar -junio o agosto de 2017-, INGETIERRAS continuaba en fase de extracción minera, sin que hubiera podido comenzar en forma las obras de urbanismo y paisajísticas a las que se comprometió.

Ciertamente, quedó demostrado en el expediente que solo después del trimestre julio - septiembre de 2017 INGETIERRAS inició con la labor de los llenos en las zonas de explotación minera, como puede vislumbrarse de las siguientes probanzas:

En el testimonio del ingeniero, Guillermo Eduardo Escobar Penagos (Gerente de Umbral), se manifestó:

*“(...) **PREGUNTADO:** Okey, gracias. ¿Recuerda usted la fecha de suscripción e inicio de actividades de la interventoría para este contrato? **CONTESTÓ:** Sí señor, el contrato se empezó a ejecutar desde la misma fecha que INGETIERRAS empezó a explotar los predios, y se formalizó a finales del 2017, tal vez. **PREGUNTADO:** Según su respuesta, ¿nos manifiesta entonces que el contrato de interventoría comenzó en el año 2016 para cuando se suscribió el Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** Sí señor. **PREGUNTADO:** ¿Podría indicarnos cuál fue la razón de que el mismo haya sido suscrito entre UMBRAL y el propietario a finales del año 2017? **CONTESTÓ:** El proyecto, perdón, el contrato de interventoría se empezó a ejecutar desde el mismo momento que inició INGETIERRAS, y se formalizó cuando digamos empezó la labor formal del contrato de interventoría, que era la vigilancia de los llenos. **PREGUNTADO:** Según eso y atendiendo a la fecha de suscripción del contrato, que le indico data del 15 de noviembre de 2017, ¿se concluye entonces que para esta fecha comenzó INGETIERRAS con la labor de los llenos? **CONTESTÓ:** Sí señor, INGETIERRAS terminó la explotación alrededor de septiembre del 2017; a partir de ahí debía comenzar con los llenos. (...) **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted un aproximado de cuánto tiempo pudo haber pasado entre el episodio en que INGETIERRAS, según usted realiza esta explotación por fuera de celdas, y lo deja de realizar en relación al informe que nos dice que le pasaron a usted? ¿Recuerda un aproximado de tiempo? ¿Cuánto tiempo pudo haber sido esta intervención? ¿Un tiempo largo? ¿Recuerda más o menos cuánto pudo haber sido este episodio? **CONTESTÓ:** Sí señor, INGETIERRAS terminó la explotación alrededor de septiembre del 2017; en octubre se retiraron del proyecto aduciendo que había un invierno especial, y entre octubre, noviembre y diciembre, UMBRAL y su equipo realizó las topografías y los análisis, y en enero presentamos un informe formal donde manifestamos que habían sobre excavado las celdas. (...)”*

Además, en la declaración del ingeniero, Andrés Arbeláez, geólogo de INGETIERRAS, se indicó:

*“(...) **PREGUNTADO:** Puede que no recuerde que esté anotado en el libro, ¿pero recuerda la fecha o la época en la que INGETIERRAS dio inicio a las actividades de llenos de recuperación de esos terrenos? **CONTESTÓ:** Sí, eso fue en febrero o marzo del 2017, yo recién entraba y ahí fue donde empezamos nosotros con los llenos. Por eso te digo que por ejemplo en la imagen anterior que*

estábamos viendo, ya habíamos empezado a realizar llenos estructurales por fuera del título minero en Zona 2 y Zona 3. **PREGUNTADO:** Febrero o marzo de 2017, entendido, iniciaron las obras de llenos. Para preguntarle: ¿cuánto tardaron las obras de llenos de la Zona 1 de entrega? **CONTESTÓ:** En meses exactos de cuánto tardaron esas obras, nosotros empezamos más o menos en... No, no lo recuerdo bien. A mitad de año más o menos del 2017 ya empezamos con el lleno estructural. El lleno no estructural sí empezó más o menos en junio o julio, el no estructural, que era un pedazo pequeño en esa zona, pero el estructural más o menos también a mediados, no lo recuerdo bien; en Zona 1 no lo recuerdo bien. **PREGUNTADO:** ¿No recuerda cuánto se demoraron en terminar de recuperar Zona 1, en meses? **CONTESTÓ:** En meses nos demoramos unos siete meses, ocho meses más o menos. **PREGUNTADO:** ¿Y la Zona 2? **CONTESTÓ:** La Zona 2, más o menos eso mismo. No lo recuerdo bien, esa Zona 2 estuvo muy intervenida en la parte del lleno estructural por fuera de las celdas, por todas estas sobre excavaciones. Nosotros ya hicimos una entrega parcial de esta Zona 2, en este momento ya está totalmente recuperada también con su tramo de llave de confinamiento. Pero no recuerdo bien en meses exactos cuánto nos demoramos. **PREGUNTADO:** ¿Y la Zona 3? **CONTESTÓ:** Tampoco, y a la Zona 3 le falta el tramo, le falta un tramo de la llave de confinamiento, que era el que yo hablaba ahorita que faltaba unos 160 metros de longitud, es en Zona 3. Los dos llenos ya están completamente recuperados, pero el tramo de la llave de confinamiento de Zona 3 es el que falta. (...)

REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: Señor declarante, por favor infórmele al Tribunal si para el mes de junio de 2017, INGETIERRAS había iniciado o no había iniciado actividades de lleno estructural o lleno no estructural en la zona de explotación minera. **CONTESTÓ:** En la zona de explotación minera, no señor, pero ya habíamos empezado con la zona por fuera de la explotación minera en Zona 2 y Zona 3, ya habíamos empezado a depositar limo. (...)

“(...) **PREGUNTADO:** De acuerdo con esa respuesta, señor declarante, el cambio de posicionamiento y tamaño del lago 1, ¿no implicó entonces – pregunto, para que usted me diga si es así o no – ningún tipo de modificación o alteración de alguna obra que ya estuviera ejecutada por parte de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Implicó el movimiento de este material orgánico que he venido hablando, implicó que cambiara ya la zona donde íbamos a sembrar los árboles. Entonces implicó en la zona del lago 1, del antiguo lago 1, implicó todo esté lleno adicional del que ya hemos hablado.. **PREGUNTADO:** Señor Andrés, la pregunta es muy concreta, y es si implicó modificar alguna obra que ya estuviera ejecutada por INGETIERRAS. **CONTESTÓ:** No, no señor. (...)”.

Aunado a lo anterior, el testigo del ingeniero, Carlos Alberto Vásquez, funcionario de Umbral, aseveró:

“(...) **PREGUNTADO:** Ingeniero, ese cambio de tamaño del lago, ¿implicaba algún efecto en tiempo y en cantidad de llenos para la sociedad INGETIERRAS que debía restituir y restablecer estos terrenos? **CONTESTÓ:** Pues pudo haber un cambio de actividad; se cambió un lleno, un lago más pequeño en un lleno en una parte que podía tener una zona de lleno estructural, a un lago mucho más grande en una parte de lleno no estructural, pero fue en mayor proporción y esto se desarrolló en un momento en que no estaba, no habían actividades de lleno en ese momento,

entonces no implicó un reproceso; es un cambio de cantidades, cambiar una parte menor en un lleno estructural, por otra parte en una zona no estructural, un lleno diferente, más grande. **PREGUNTADO:** Nos dice usted en su relato que no había llenos en ese momento. ¿Por qué le consta o cómo sabe que en ese momento no había actividades de llenos? **CONTESTÓ:** No, porque en esa época precisamente mirando cómo era la ubicación del urbanismo y las torres, se realizó una marcación con topografía y unas fotos aéreas como para mirar el desarrollo, la interventoría realizó unas tomas aéreas para mirar precisamente la ubicación de las torres o del urbanismo con respecto al avance de los trabajos de explotación”¹⁴⁴.

También, en el testimonio del ingeniero, Miguel Ángel Botero, de Umbral, se afirmó:

“(…) **PREGUNTADO:** Ingeniero, para el momento en que se llega al acuerdo con INGETIERRAS sobre la modificación de la ubicación de los lagos, ¿cuál era el estado del avance de obras de parte de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Esta foto nos puede dar una luz, porque esta foto incluso fue el 26 de junio del 17, que fue la época en que ellos debían, en el año en que ellos debían de entregar, y a ellos se les mandó, a principios de junio se les mando el plano con esta ubicación. Entonces como se puede ver ahí en la foto, todavía estaban en plena explotación, estaban todavía con las máquinas, con la maquinaria, incluso aquí estaba todavía el centro de lo que ellos tenían, que ahí recopilaban todo el material que iban sacando, lo clasificaban y de aquí lo iban sacando en volquetas. Entonces aquí todavía estaba la planta, eso es como una planta que llaman ellos ahí, que es como clasificadora. Entonces esta foto nos puede ayudar para eso, para dar una certeza

¹⁴⁴ **PREGUNTADO:** Ingeniero, en el sitio en el que está ubicado ese primer lago que le mostré, ¿se ubicó posteriormente una torre adicional? **CONTESTÓ:** Sí, en esa zona, se modificó, en este plano es muy esquemático, pero sí, en esa zona se ubica cerquita otra, actualmente hay otra torre en esa zona. **PREGUNTADO:** De acuerdo con su conocimiento y su explicación anterior, la inclusión de esa nueva torre afectó en alguna manera los tiempos de ejecución de INGETIERRAS o los costos de ejecución de obras por parte de INGETIERRAS. **CONTESTÓ:** Lo único que cambia es que ahí había que hacer un lago, un desarrollo, ahí eso ya estaba explotado, pero en el momento en el que se especificó se hizo, es más, se pasó un lago a una parte que era no estructural, sin tocar la parte estructural. Desde el punto de vista mío, no influyeron los tiempos de ejecución de la explotación, o del lleno, porque la explotación ya estaba realizada, entiendo yo. (...) **PREGUNTADO:** Gracias señor Presidente, y Margarita, con tu ayuda por favor, para poder ver el documento de presentación aportado por el testigo Miguel Ángel Botero, y en concreto ese es uno de los enviados en el correo, doctora Margarita, por favor, presentación en PowerPoint. Gracias. Ingeniero, para ponerle de presente el folio número 2 de esa presentación en PowerPoint que contiene una aerofotografía, y preguntarle: en sus respuestas anteriores señaló usted que para el momento en el que se comunicó el cambio del lago 1, y la incorporación de la séptima torre, INGETIERRAS no estaba ejecutando llenos, y cuando le pregunté por qué le constaba de eso, de dónde tenía usted ese conocimiento, me habló de que se habían hecho unas aerofotografías, con topografía nos dijo, en las que se había advertido o constaba esa circunstancia. Para preguntarle, ingeniero, si esta aerofotografía que le estoy poniendo de presente, si lo recuerda, formó parte de aquellas con fundamento en las cuales usted afirma tiene conocimiento que para el momento en que se hicieron los cambios del lago 1 y la incorporación de la torre 7, INGETIERRAS no estaba ejecutando llenos. **CONTESTÓ:** Sí, correcto, con el urbanismo que planteó la gerencia, la promotora, se mandaron a marcar, y como se ve en esa foto, en esa parte ahí no hay llenos, apenas está en etapa de explotación y se marcó precisamente para ver la injerencia, la ubicación de esas torres en la explotación de INGETIERRAS. **PREGUNTADO:** Usted utiliza la expresión “se marcó”. Las marcas a las que usted hace referencia, ¿es posible advertirlas en esa fotografía? **CONTESTÓ:** Sí, la cal blanca, las marcas blancas que se ven, ahí se ve el lago, se ve la ubicación de unas torres, del lago propuesto, ahí se ve la ubicación del lago propuesto, y el planteamiento urbanístico que tenía en ese momento. Eso se realizó con topografía, la ubicación de las torres y los lagos, y después se demarcó con cal para poder observarlo en las fotografías aéreas. (...)”

de que todavía no habían empezado lleno, mejor dicho, estaban todavía en explotación, porque aquí todavía no se ve ningún material de lleno; el lleno se ve así como este de aquí abajo de la vía, que es como un rojito. Si existiera lleno, existiría ese rojito, entonces todavía no habían empezado a llenar nada. (...)

También, el testigo del Ingeniero, John Mario Ramírez, aseveró en su declaración:

*(...) **CONTESTÓ:** Sí, claro, la fecha, la entrega fue en el momento que estábamos extrayendo el material. Nosotros en septiembre del 2017 terminamos la extracción, nosotros antecitos de septiembre, finalizando el mes de septiembre, terminamos la extracción del material. El material del crudo que yo le estoy diciendo a usted, era extraído directamente de la (inaudible) que estábamos explotando; o sea que ese material se le entregó antes de septiembre del 2017. (...)*

***PREGUNTADO:** Muchas gracias. Ingeniero, ¿en qué fecha, la más aproximada posible si es tan amable, terminó INGETIERRAS la explotación minera en los predios de Haras Santa Lucía, en los predios del FIDEICOMISO JACARANDA? (...) **CONTESTÓ:** Nosotros terminamos la extracción, no la explotación, y le quiero hacer esa aclaración, y es muy importante para nosotros como ingenieros de minas aclarar esas expresiones. Extracción es extraer el mineral, y la explotación se termina cuando yo haga mi recuperación, y eso es parte integral del proceso minero. La parte de la extracción la terminamos en septiembre del 2017; en los días del 20 al 22 de septiembre, toda la parte extractiva estaba terminada. (...) **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted, ingeniero, la fecha en que INGETIERRAS terminó, culminó las labores de explotación minera en los predios de Haras Santa Lucía? **CONTESTÓ:** La explotación minera, no; todavía estamos entregando la parte de recuperación que hace parte de la explotación. Si me está hablando de extracción, fue en septiembre del 2017. (...)*

Acerca del particular, también resulta preciso anotar lo afirmado en el testimonio de la arquitecta, María Eugenia Zuleta, funcionaria de Umbral:

***PREGUNTADA:** (...) si usted considera posible un cambio de diseño como implicó la nueva torre, la modificación de lagos, la cuestión de los árboles, todas estas situaciones que esto conllevó; si considera usted posible que en 45 o 47 días con que se avise previamente para tales cambios, era posible que INGETIERRAS en 45 o 47 días llevara a ejecución y a satisfacción los cambios que se propusieron. (...) **CONTESTÓ:** Sí, yo también le quiero hacer una claridad al abogado Alejandro y es: eso es posible que pase, o sea, con tal de que a uno le digan algo, si yo tengo en proceso un lleno, y a mí con ese rango de tiempo, con ese lapso de tiempo me dicen, es posible que uno haga y no cause ningún tipo de perjuicio. Pero la claridad que yo le quiero hacer es que esos cambios se avisaron desde la explotación minera, ni siquiera se había puesto un m³ de lleno estructural; o sea, fue con mucho tiempo, y lo puedo demostrar con las filmaciones y las fotos del dron. (...)*

***PREGUNTADA:** Usted nos señaló en una respuesta al interrogatorio del doctor Rayo, que cuando se les informó el cambio del lago número 1 y la inclusión de la séptima torre, ellos estaban en explotación, creo que fue la expresión que usted indicó. ¿Podría por favor aclararnos qué significa que ellos estaban en explotación cuando ustedes informaron esos cambios de la séptima torre del*

lago 1? ¿Qué significa eso de ellos estaban en explotación, por favor? **CONTESTÓ:** Abogado, explotación minera es que estaban excavando la tierra; o sea, ni siquiera como lo expresé yo habían colocado 1 m³ de lleno. O sea, ese cambio, que era un cambio de diseño, no implicó en la realidad absolutamente ningún contratiempo, ni atraso en programación, o sea, no implicó nada de eso, porque lo único que estaban ejecutando en ese momento era la explotación minera; de lleno estructural solamente habían hecho un pedazo de vía por donde iban a entrar hacia la Zona 1. Es más, en los videos y fotos de este proceso explotación minera, se ve claramente la zona donde estaban en explotación, y la zona virgen de Zona 1 que estaba todavía sin explotar. (...)”¹⁴⁵.

Adicionalmente, se manifestó en el testimonio del ingeniero, Miguel Ángel Botero Báez, de la interventoría Umbral, lo siguiente:

“(…) **PREGUNTADO:** Gracias. Por último, quiero reiterarle si considera usted, Miguel Ángel, que con la socialización del correo electrónico que le expuse de parte de María Eugenia Zuleta, del 14 de agosto de 2017 a INGETIERRAS, en donde socializa un plano de agosto del 2017; quiero preguntarle si a escasos 45 días que transcurren entre la socialización de ese correo electrónico, a la fecha de entrega de la primera etapa, de la primera zona de entrega 1, considera que si esos cambios daban lugar a que INGETIERRAS cumpliera las instrucciones que se le dieron, en virtud de los cambios, en esos 45 días o 47 días restantes para cumplir con la primera fecha de entrega. **CONTESTÓ:** Primero, tengo que volver a reiterar y a confirmar que es que no se informó el 14 de agosto; se informó fue el 13 de junio por medio de correo electrónico, y el 26 de junio en físico, en el terreno, con una marcación con cal en el sitio. Entonces teniendo en cuenta que fue desde junio, o sea, tres meses antes, y teniendo en cuenta el estado como estaba el terreno, que también me parecería muy bueno mostrar la foto que les he mencionado varias veces que la puedo mostrar, el estado en que se encontraba ese 26 de junio el terreno, no implicaba ningún cambio adicional para INGETIERRAS; por el contrario, simplificaba más aún lo llenos y los trabajos de llenos para que pudieran cumplir con ese compromiso. Como les expliqué la semana pasada, la cantidad de lleno se reducía tanto en volumen como en dinero, porque el dinero proporcional que se estaba

¹⁴⁵ “(…) **PREGUNTADA:** Para posteriormente verificar que el correo el 14 agosto Carlos Vásquez lo reenvía, para llegar nuevamente al documento que inicialmente le expuse, que el 14 de agosto de su parte hacia INGETIERRAS se envía un documento que dice: “Planta urbana a la fecha”. Le pregunto: ¿considera usted que este correo que se envía el 14 agosto, de su parte, a INGETIERRAS, es el documento que contiene la Planta urbana a la fecha con la modificación de las torres y de los lagos? **CONTESTÓ:** A ver abogado, si la mente no me juega malas pasadas, inicialmente arrancamos con las torres que están de lleno estructural, y arrancamos inicialmente con un plano de un lago existente. Luego ese lago posteriormente se volvió un lago más grande hacia la zona ya no ubicada en lleno estructural sino en lleno no estructural. Listo, esto aproximadamente, o sea, vuelvo y reitero, ¿cuándo entregamos esto? Nosotros incluso hicimos, primero, entrega del plano a INGETIERRAS, se mandó por correo, y luego, posteriormente con eso, que lo corroboran las imágenes del dron, hicimos entrega a INGETIERRAS físicamente con marcación de topografía en el sitio del lago. En ese momento INGETIERRAS estaba en zona de explotación minera, o sea, todavía Zona 1 no estaba en procesos de llenos estructurales, estaba en zona de explotación minera. No sé si aclaré la pregunta o quiere que le informe algo más. (...) **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. PREGUNTADA:** Arquitecta, ¿podría usted indicarnos si durante la ejecución del Proyecto, ha habido cambios de diseño en los cuales INGETIERRAS haya tenido que cambiar su actividad a la inicialmente acordada en el Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** Sí abogado, han habido cambios urbanísticos pero a nivel de planos, nunca que le haya implicado a INGETIERRAS, en su proceso de ejecución, le haya implicado algún deterioro o algún contratiempo, o mayor tiempo, o digamos mayor valor. (...).

ahorrando por ser el lago nuevo más grande con respecto al que existía, hacía que INGETIERRAS pudiera ahorrarse un dinero, y en tiempo, mucho tiempo, porque el lago nuevo tenía cuatro veces más en volumen que el lago viejo, entonces en tiempo se ahorraban muchísimo tiempo para poder llenar. Entonces teniendo en cuenta cómo estaba el terreno en junio, al nosotros haberle informado ese cambio, antes lo que hicimos fue poderle ayudar en menos tiempo de obra, para que pudiera cumplir con la entrega, con la primera entrega de septiembre del 2017. (...) **CONTESTÓ:** Muchas gracias. Entonces esta foto del 26 de junio de 2017, que fue unos cuatro o cinco días, o una semana después de haberles socializado la nueva ubicación del lago, es donde se puede ver el estado de la explotación de INGETIERRAS. Todo lo que se vea gris, es lo que hace parte de la explotación; o sea lo que está todo el movimiento de tierras. Como se puede ver, en el momento en que nosotros les mandamos el plano el 13 de junio, y luego este 26 de junio que tomamos la foto aérea con la marcación de los lagos, acá pueden ver en blanco la ubicación del nuevo lago, la demarcación; entonces en este momento, como ven no había que hacer ningún, no influía o esto no significaba que INGETIERRAS tuviera que hacer algo adicional por cambiar el lago; simplemente era que cuando empezaran a llenar, que todavía no habían empezado, o sea, aquí todavía se ven incluso dos, tres máquinas moviendo tierras y haciendo trabajos de explotación en lo que era la Zona 1; en ese lago simplemente lo que tenían que hacer era que todo ese sector que está rodeado como la forma de lago, como en blanco, como lo estoy moviendo con el cursor, esa parte simplemente no se llenaba. Entonces al no llenarla, se ahorraban mucha parte del lleno que tenían que hacer en esa zona. Entonces eso era lo que quería como exponer ahorita y poder explicar, que con la parte gráfica que es un poquitico más fácil la explicación y el entendimiento como técnico de todo eso. Y el lago que antes existía, que el lago anterior era aquí, en este lago donde existía antes, también se ve que ya estaba totalmente explotado, ya había movimiento de tierras, no había que desaguar nada, aquí ya estaba todo en su explotación. Entonces no les tocaba hacer ninguna modificación ni nada con respecto a ese cambio; antes por el contrario, llenar menos y hacer menos trabajo. (...).”

Además, en el dictamen de contradicción del Ingeniero Marco Antonio Alzate Ospina, presentado por la parte convocante, fechado el 28 de agosto de 2020 se señaló: “Cuando se reubicó el lago 1, Ingetierras, se encontraba realizando labores de explotación minera, y no habían iniciado ninguna labor en la zona 1, por lo tanto ese cambio no afectó el desarrollo de las actividades del PROFESIONAL MINERO. Inclusive se cuenta con un registro aero-fotográfico del 23 de junio de 2017, en el que claramente se observa que Ingetierras se encontraba en etapa de explotación minera, sin realizar actividades de restauración, y obviamente sin iniciar actividad de restauración alguna en la zona 1 (...). (foto respaldada con certificado de la Corporación IPAH y anotación en bitácora)”. Por ende, “(...) para el 23 de junio de 2017, El PROFESIONAL MINERO, no había iniciado las actividades de restitución de la zona 1, ya que estaba en plena operación minera”.

Ahora bien, debe tomarse en consideración que existen elementos probatorios, incluido el dictamen independiente del Ingeniero Alzate, que denotan un impacto en tiempo y económico mucho menor al aducido por INGETIERRAS, los cuales se relacionan a continuación.

En el testimonio del ingeniero, Andrés Arbeláez, funcionario de INGETIERRAS, se aseveró lo siguiente:

*“(…) **PREGUNTADO:** (...) Mi pregunta es, con la misma claridad con la que le contestó al doctor Rayo, que me conteste a mí qué implicación tiene en tiempo y en costos hacer menos llenos. Es una pregunta muy sencilla. **CONTESTÓ:** Bueno, a ver, en términos de costos, si hablamos de costos, como yo lo dije ahorita, el lleno estructural tiene 38.000 m³ adicionales. Este tiene un precio más o menos en el mercado de 27.000 mil pesos el metro cúbico. El lleno no estructural que nosotros dejamos de hacer tenía unos 19.000 m³ de un material que puede valer en el mercado más o menos 20.000 mil pesos. Entonces en términos de costos a nosotros el lleno estructural sí nos sale menos favorable hacerlo. En términos de tiempo, sí, nos ahorramos nosotros un tiempo porque no tuvimos que llenar completamente el nuevo lago 2, que era un espejo con un área de 4.700, tuvimos simplemente que hacer un lleno en la base para dejarlo más o menos de unos 4 metros de profundidad y nos ahorramos un tiempo ahí, sí señor. **PREGUNTADO:** Muy bien. ¿El lleno no estructural también tiene un costo, o no cuesta nada? **CONTESTÓ:** Sí, los dos tienen un costo, claro; el lleno no estructural y todo el trabajo en su conjunto tienen un costo más o menos de 20.000 mil pesos el metro cúbico, estamos hablando unitario de 20.000 mil pesos. (...) **PREGUNTADO:** Luego entiendo de su respuesta que lo que ustedes hicieron fue retirar material dentro de la zona de explotación, y se dieron cuenta que ese material que estaban retirando no servía para efectos de su negocio. **CONTESTÓ:** Sí, lo que hicimos nosotros fue: primero, drenar el lago, sacar el agua del lago; y ese material negro que estaba ahí debajo, nosotros no lo teníamos que tocar, porque ese mismo material lo teníamos que utilizar para la reconfiguración de lo que iba a ser el lago 1. Ya con el cambio del lago, se nos ordenó a nosotros quitar todo este material, despejar la zona, por así decirlo, y ya el posterior lleno. Nosotros tuvimos que mover toda esa tierra negra y todo ese material que nos encontramos ahí, para la zona del lleno no estructural. Pero dentro de lo normal nosotros no tendríamos que moverlo, no tendríamos que tocarlo. Cuando nosotros nos encontramos un material de ese tipo, no lo movemos, no lo tocamos; porque implica mayores costos, implica transporte, implica horas de maquinaria no más haciendo esa labor. Entonces en las labores normales lo dejamos ahí, no lo tocamos. **PREGUNTADO:** ¿Y por qué lo tocaron en éste caso? **CONTESTÓ:** Porque la interventora nos ordenó quitarlo para poder realizar el lleno estructural, entonces lo tuvimos que remover, lo pasamos para el lleno no estructural, para poder llenar con el lleno estructural, que ya se nos había ordenado con el cambio. **PREGUNTADO:** Y ese material que removieron, ¿qué hicieron con él? **CONTESTÓ:** Lo llevamos para el lleno no estructural, toda esta tierra negra, todo esto lo que nosotros pudimos recuperar, como para el lleno no estructural; lo transportamos y lo llevamos para la parte del lleno no estructural. **PREGUNTADO:** ¿O sea que ese material les sirvió para llenar otros sectores del mismo predio? **CONTESTÓ:** Sí señor. (...) **PREGUNTADO:** ¿Se opusieron ustedes a ese cambio que dice se que les informó desde agosto? Es decir, ¿dijeron: “no, no, por favor no agranden el lago N°2; nosotros queremos hacer todo el lleno y por favor no lo agranden”? **CONTESTÓ:** No, no señor. **PREGUNTADO:** ¿Ese agrandamiento los favorecía? **CONTESTÓ:** Ese agrandamiento nos ahorró un lleno no estructural. (...)”.*

En adición, el testigo ingeniero, John Mario Ramírez, funcionario de INGETIERRAS, afirmó:

*“(…) **PREGUNTADO:** Gracias Presidente. Ingeniero, generar allí un lago nuevo, que como usted ha indicado no existía, y respecto del cual usted ha dicho que aproximadamente tiene un espejo de agua de 2 mil metros, sírvase por favor indicar si la existencia de un nuevo lago, significa para INGETIERRAS tener que realizar menores llenos en el terreno. **CONTESTÓ:** Sí, doctor Pinilla, nosotros habíamos hablado anteriormente de eso: construir lagos evita llenos, y el lleno en esa parte nos evitó una altura más o menos de, ese tiene más o menos una altura de 4 metros, evitó llenar esa área con ese espejo; ese no tiene tampoco ninguna zona verde alrededor, nada de eso, simplemente se organizó esa parte. Pero vuelvo y le repito, son llenos no estructurales que son mucho más fáciles de ejecutar que los llenos estructurales, esa es la parte que queda claro. El ahorro no es muy significativo por el tipo de lleno. Que fuera un lleno estructural, como fue el anterior, sí es muy significativo, pero no. Sí se ahorra algo de material, del lleno no estructural, pero es un material mucho más fácil de trabajar, mucho más fácil. **PREGUNTADO:** (...) ¿nos puede decir eso cuántos metros cúbicos de relleno significa? **CONTESTÓ:** Teniendo un área de 2 mil metros y siendo por 4 metros, serían 8 mil metros cúbicos de material, aproximadamente con el área que tenemos ahí establecida. Si son 2 mil metros el área, el espejo; el lago más o menos ahorraría unos 8 mil metros cúbicos de lleno no estructural. (...)”.*

También, en el testimonio de la arquitecta, María Eugenia Zuleta, funcionaria de Umbral, se indicó lo siguiente:

*“(…) **PREGUNTADA:** ¿A la fecha de hoy existe un reemplazo de ese lago número 1 aproximadamente en ese sitio que se encuentra construido? **CONTESTÓ:** (...) Incluso para INGETIERRAS eso implicaba un menor costo, porque al ser el lago casi tres veces más grande que el lago que existía, pues INGETIERRAS ahí se ahorra dinero porque no iba a tener que utilizar ni maquinaria, ni personal, ni materiales para hacer ese lleno. Ese lago lo denominamos posteriormente como lago nuevo 1; y el lago que está mostrando ahí en el lado izquierdo, se llenó con lleno estructural. **PREGUNTADA:** ¿Sabe usted o recuerda si INGETIERRAS fue informado debidamente de la modificación del lago número 1, por el lago número 1A, o nuevo, perdón, como lo ha señalado usted, por el lago número 1 nuevo? **CONTESTÓ:** (...) Ese lago fue marcado con topografía, ubicamos también las proyecciones de las torres, y fueron recibidos por ellos sin ninguna objeción; digo yo porque a ellos también les convenía hacer menor trabajo; si el lago se iba a hacer en otro lado, no les tocaba como lo dice muy bien el Acuerdo Marco, a ellos les tocaba reconstruir los lagos tal cual estaban. En este caso no tenían que reconstruir nada, llenaban con un lleno estructural, hacían un lago mucho más grande, donde en realidad iban a tener un ahorro también significativo. (...) (...)”.*

***PREGUNTADA:** Con mucho gusto se la repito o se la reformulo. Arquitecta, ¿sabe usted si las modificaciones introducidas al lago 1 y al lago 2, implicaron para INGETIERRAS algún ahorro en dinero respecto de las obras que debían de ejecutar originalmente? **CONTESTÓ:** Sí, para INGETIERRAS sí implican un ahorro, claro, porque si ellos fueran a reconstruir el lago 1 original existente, es un lago con unas áreas y un volumen mucho más pequeñito del lago 1 nuevo.*

Entonces como de todas formas lago 1 es en un área mucho más grande, lógicamente lo es en volumen, y cuando es en volumen mucho más grande, pues eso implica un ahorro. O sea, es que lago 1 nuevo es mínimo dos veces y media o tres veces más grande que el lago 1 existente, y lo mismo pasa con lago 2: en la adición que se le hizo al lago 2 implicó menos lleno ejecutado en la Zona 3, en la zona de lleno no estructural. Por lo tanto, lago 1 y lago 2, implicaron para INGETIERRAS menor trabajo, menor lleno ejecutado, y menor dinero en inversión, porque no ejecutaron llenos. (...) **PREGUNTADA:** Arquitecta, la inclusión de esa séptima torre en el sitio en donde ha señalado usted, ¿implicó alguna afectación al valor de las obras que debía ejecutar INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No, no abogado. ¿Por qué? Porque de todas formas ellos hicieron un lleno estructural. Digamos que ejecutaron mayor área y mayor volumen de lleno estructural; eso es cierto y uno tiene que ser honesto con las cosas que dice. Si inicialmente iba un lago y luego lo llenaron, es un lleno estructural digamos que adicional. Pero con respecto a los otros dos lagos, allí ejecutaron menor obra. Entonces digamos que sería una cosa como de compensación”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ **PREGUNTADA:** Cuando se refiere usted a que en los otros dos lagos ejecutaron menor obra, ¿se está refiriendo a lleno estructural o a lleno no estructural? **CONTESTÓ:** No abogado, donde estaba el lago existente que hicieron lleno estructural en la Zona 1, ahí ejecutaron lleno estructural, y el lago nuevo 1 y la adición del lago 2, allí ejecutaron menos lleno no estructural. Pero digamos que matemáticamente uno simplemente es una cosa de multiplicar y restar: este lleno vale tanto, el lleno estructural, y fue tanto volumen, y el lleno no estructural que no se ejecutó en lago 1 y en lago 2, vale tanto; entonces es una cosa de restar. **PREGUNTADA:** Y después de hacer esa operación de restar o lo que usted ha llamado compensación, ¿quién sale perjudicado: INGETIERRAS o el Proyecto? **CONTESTÓ:** A ver, yo pienso que la idea, y siempre fue de la gerencia y la mía también, es no perjudicar a nadie, porque si hoy estamos aquí como interventores, mañana podemos ser nosotros los que estemos ejecutando obra, y la idea es hacer las cosas lo más honesta posible y bajo los criterios profesionales. Entonces incluso ante una reclamación que hizo INGETIERRAS, nosotros, cuando digo nosotros es la gerencia porque yo siempre partía bajo los parámetros de gerencia; se hizo una evaluación y se hizo unas compensaciones de las obras que INGETIERRAS hacía “adicionales” entre comillas, por así llamarlas, y las obras que dejaron de ejecutar; y según los cálculos que se realizaron, estaban muy compensados, o sea, básicamente casi que INGETIERRAS antes debía. (...)

PREGUNTADA: Gracias, señor Secretario. Como la voluntad de esta parte es esclarecer la verdad, creo que no va a ser posible imprimirle el acelerador por el hecho de que tengamos disposición hasta las 5:30. Arquitecta, respecto del lago número 2, ¿puede informar al Tribunal si ese lago hoy en día se encuentra ejecutado, construido? **CONTESTÓ:** El lago número 2 tuvo una ampliación, una ampliación hacia el lado del lleno no estructural. Esta ampliación, que también la recibió INGETIERRAS por medio de correo electrónico, con planos no tuvimos ninguna objeción de parte de ellos, porque de la misma manera que en el lago 1, esto implica menos llenos para ellos, entonces implica también un menor costo para ellos. Este lago en este momento, en cuanto a su conformación externa, le faltan unos llenos naturales, y continuar con los llenos estructurales que le conforman la pared de un lado del lago. Ese lago pues diríamos que está en su proceso de fase de terminación, porque ya está como tal la conformación; faltaría el lleno en altura hasta llegar por el lado de los llenos estructurales a la cota 2.099. (...)

PREGUNTADA: Arquitecta, ¿recuerda usted cuál era el estado del avance de las obras de llenado y de recuperación morfológica a cargo INGETIERRAS para el momento en que se acordó con ellos la modificación o ampliación de este lago número 2? **CONTESTÓ:** Sí, este lago número 2, a ver, básicamente nosotros el plano me llegó a mí, exactamente no recuerdo la fecha, pero antes, mucho antes de que ellos llegaran ahí, porque ellos venían más o menos en el lleno estructural equivalente a la Zona 2, y con el lleno no estructural también, porque en algún momento acordamos de que se vinieran más parejos para que a ellos les rindiera más el trabajo. Cuando digo a ellos es a los señores de INGETIERRAS. Esto fue, muy aproximadamente, yo creo que fue como ahorita en enero de este año que les pasamos ese plano. Puedo estar equivocada, pero fue muy a principio de año. (...)

De igual manera, el testigo ingeniero, Carlos Alberto Vásquez (Coordinador de Urbanismo de Umbral), señaló en su declaración:

*“(...) (...) **PREGUNTADO:** Gracias ingeniero. Para preguntarle y tener absoluta claridad, cuando usted dice que “se amplió un poquito”, significa que ese lago va a ser más grande de lo que está planteado allí, y si es así para que nos precise si lo sabe, si esa ampliación de ese lago le genera algún tipo de beneficio a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA. **CONTESTÓ:** Sí, sí, porque la idea, en parte lo que el urbanista y el arquitecto se integró y se amplió, era para agilizar los tiempos y para disminuir llenos. Entonces parte de la decisión, entiendo yo de los arquitectos y del urbanismo, era agilizar esa parte para no tener que realizar llenos adicionales, que era más fácil ampliar el lago. (...) **PREGUNTADO:** Gracias por la aclaración, ingeniero. Tratando de concluir el tema del alcance de la reunión, comprendo entonces que efectivamente ese plano que se socializó en el 2017, INGETIERRAS, para marzo del 2020 se detectaron algunas falencias, como usted nos lo acaba de señalar, que de pronto estaban muy cercanas a la torre. **CONTESTÓ:** Qué pena, no, pero en ese plano hacía énfasis en el lago 1, ya aquí finalizando marzo me imagino que la interventoría envió otras coordenadas y con esas coordenadas fue que se realizó, nos citaron a la reunión. **PREGUNTADO:** ¿Puede concluirse que para la reunión sostenida en el mes de marzo, en el periodo de marzo de este año del 2020, se detectaron que los diseños que habían sido enviados anteriormente, independiente de las fechas, a INGETIERRAS, aún presentaban falencias o inconsistencias que debían ser objeto de aclaración o de mejoras? ¿Es eso cierto? **CONTESTÓ:** No, no doctor, porque es que la idea de modificar esos lagos no era ninguna, no obedecía; se hicieron pensando en si yo hago más lago, es menos excavación. Entonces se buscó realizar más lago, para que de pronto pudieran terminar, agilizar de pronto los trabajos de INGETIERRAS y poder entregar el terreno. Entonces no es un diseño de falencias; se trató, cuando se hizo este cambio o alguna marcación del lago, pues sí, en el transcurso de la construcción se observó que había alguna inquietud, entonces se citó a la reunión y se miró. (...)”*

También, en el testimonio del ingeniero, Miguel Ángel Botero Báez (interventoría Umbral), se señaló:

*“(...) **PREGUNTADO:** ¿Y en esa respuesta está incluyendo lo que usted marcó ahí como lago 1 y lago 2? **CONTESTÓ:** Ah, perdón, espere que me equivoqué con algo. La suma de estos dos, 3.700 y 4.200, suman 7.900 que es lo del lago, 7.900. Y lo del lago que se dejó de hacer fueron 6.984. Entonces eso es más ahorro que se hace por los lagos nuevos, que el que se hizo por el lago que se cambió. La comparación es: 6.984 con 7.900. O sea, que son 916 más o menos de metros cúbicos que se llenó de menos. **PREGUNTADO:** Entonces si le comprendo, ¿la reubicación de los lagos le significó a INGETIERRAS ese ahorro en llenos estructurales? **CONTESTÓ:** Sí, de 916 m³, sí, es que estaba viendo en este una cifra diferente, los 2.500 que no eran. Era el lleno faltante 3, que son 7.900. (...) (...) **PREGUNTADO:** Ubicar esa torre en ese sitio, ¿le significó a INGETIERRAS un mayor esfuerzo o una mayor cantidad de obra en punto de llenos estructurales o no estructurales. **CONTESTÓ:** No, es lo mismo que vimos ahorita: digamos que para nosotros poder poner esa torre ahí, cambiamos el lago de ubicación; al cambiar el lago de ubicación, vimos*

que se tenía ese ahorro en la cantidad de lleno. Entonces al contrario, digamos que beneficiaba a INGETIERRAS en el sentido que se ahorran casi 1.000 m³ de lleno”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ **PREGUNTADO:** Quisiera ponerle de presente nuevamente el plano denominado “Perfil de Llenos”, para referirme a alguna alusión que hizo usted en respuestas anteriores y preguntarle si la obra final que INGETIERRAS debió ejecutar allí, llegó efectivamente hasta la cota 2.099, o si hubo alguna condición que hiciera menos onerosa esa obligación, por ser una cota menor. **CONTESTÓ:** Lo único es lo de los lagos que al ampliarse eran, bueno, dos condiciones: una, lo del lago, que los lagos al crecerse hacía que no se tuviera que llenar en partes donde tocaba suelo estructural, la 99, y en el resto sí al hueco normal del lago; y por la pendiente, que ahorita les expliqué, digamos que ahí como se ve en ese perfil, toda la línea roja que cubre, espere yo les marco que se ve chiquito. Aquí se especificaba que hasta la línea de inundación debían de llenar, hasta la 99, o sea, hasta este borde acá, pero por la condición técnica ahorita que les expliqué de la pendiente, realmente se fue como yendo hacia abajo y llegó hasta la cota 98 en esta parte. Entonces este triangulito de acá arriba, o sea, la parte que se deja, yo veo si lo puedo hacer más claro, que está muy grueso; digamos que de aquí arranco y se fue yendo hacia acá. Entonces esta esquina de acá, esta esquina de acá arriba se dejó de llenar, o sea, no se tuvo que hacer el lleno por esta esquina que era como la contra pendiente para llegar a la 99. Entonces por ese sentido hubo sectores, todo lo que es el lleno estructural, que no se llegó hasta la 99, hasta el borde, sino que iba bajando y se llegaba hasta la 98. Entonces esa esquina no se tuvo que hacer, entonces en eso no hubo necesidad de llegar hasta la 99. Y lo de los lagos y ya, yo creo que ya esas dos cosas. Y una última, y es que por acá en este sector no hubo que hacer lleno, porque había unos árboles que no dejaban llenar, entonces en este sector hubo también un ahorro que no se tuvo que llenar. **PREGUNTADO:** Sobre este tema específico de la cota 2.099, que no hubo que llegar a ella, sino hasta la 2.098, según su dicho, ¿usted puede estimar eso qué ahorro le significó a INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Sí, es el que estaba mostrando ahorita. ¿Vuelvo y lo muestro para tomar nota de eso? **PREGUNTADO:** Si nos puede dar un valor aproximado. **CONTESTÓ:** Por lo de la pendiente si no estoy mal eran 8.000 m³, y de los 8.000 m³ eran por ahí 180 millones de pesos, por lo de la pendiente, por ahí 180 millones por lo de la pendiente, y por la parte de los árboles que fueron 2.500 metros, esos 2.500 son por ahí 40 millones. (...) **PREGUNTADO:** Sí. ¿Le correspondió a INGETIERRAS hacer o complementar las excavaciones en debida forma para efectos de la nueva ubicación del nuevo lago? **CONTESTÓ:** No, antes por el contrario, fue menos trabajo que les tocó hacer, porque lo que se hizo fue el lago más grande, como les expliqué la semana pasada, y al lago ser más grande le tocaba a INGETIERRAS tener que llenar menos tierra, por ende mover menos tierra, y lo que se hizo fue que simplemente el nivel que llegó en la explotación, lo dejó así tal cual, y llenaba alrededor y dejaba el espacio hueco del lago. **PREGUNTADO:** De pronto me perdí un poco en su respuesta, porque tuve una ida de sonido. ¿Me la podría repetir? **CONTESTÓ:** Sí. Digamos que la respuesta es no, que es antes al contrario; le tocó hacer menos movimiento de tierra a INGETIERRAS y menos adecuación del terreno, porque como el lago nuevo, para donde se movió el lago 1 era más grande, como lo vimos hace 8 días, el jueves pasado, entonces al contrario, le tocó mucho menos trabajo: uno, porque al ser más grande se tenía que llenar menos tierra, entonces menos movimiento de tierra, y lo que se hizo fue que hasta donde explotó INGETIERRAS, en ese sector, se dejó hasta ahí el hueco, y se llenó alrededor para poder conformar el lago. Entonces se llenó al rededor, y donde está el lago nuevo, no se hizo nada, se dejó tal cual como estaba en la explotación (...) **PREGUNTADO:** En respuestas de la diligencia pasada señaló usted que al final INGETIERRAS resultaba favorecido en el sentido de que les había tocado hacer menos volumen, menos metros cúbicos de llenos. Cuando usted se refiere a este que acaba de mencionar, ¿eso está incluido en ese mayor valor que beneficiaba a INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** Sí, ese es el de la otra vez que hablamos de varias opciones, esta era una que era lo del cambio del agua; o sea, por solamente el cambio del lago ellos se vieron beneficiados en menor volumen de lleno. (...) **PREGUNTADO:** Gracias. Por último, quiero reiterarle si considera usted, Miguel Ángel, que con la socialización del correo electrónico que le expuse de parte de María Eugenia Zuleta, del 14 de agosto de 2017 a INGETIERRAS, en donde socializa un plano de agosto del 2017; quiero preguntarle si a escasos 45 días que transcurren entre la socialización de ese correo electrónico, a la fecha de entrega de la primera etapa, de la primera zona de entrega 1, considera que si esos cambios daban lugar a que INGETIERRAS cumpliera las instrucciones que se le dieron, en virtud de los cambios, en esos 45 días o 47 días restantes para cumplir con la primera fecha de entrega. **CONTESTÓ:** Primero, tengo que volver a reiterar y a confirmar que es que no se informó el 14 de agosto; se informó fue el 13 de junio por medio de correo electrónico, y el 26 de junio en físico, en el terreno, con una marcación con cal en el sitio. Entonces teniendo en cuenta que fue desde junio, o sea, tres meses antes, y teniendo en cuenta el estado como estaba el terreno, que también me parecería muy bueno mostrar la foto que les he mencionado varias veces que la puedo mostrar, el estado en que se encontraba ese 26 de junio el terreno, no implicaba ningún cambio adicional para INGETIERRAS; por el contrario, simplificaba más aún lo llenos y los trabajos de llenos para que pudieran cumplir con ese compromiso. Como les expliqué la semana pasada, la cantidad de lleno se reducía tanto en volumen como en dinero, porque el dinero proporcional que se estaba ahorrando por ser el lago nuevo más grande con respecto al que existía, hacía que INGETIERRAS pudiera ahorrarse un dinero, y en tiempo, mucho

Al respecto, en el testimonio del Ingeniero, Guillermo Eduardo Escobar Penagos, Gerente de Umbral, se aseveró:

*“(…) **PREGUNTADO:** ¿Nos puede explicar, ingeniero, si esa reubicación del lago le implicó a INGETIERRAS retrasos en el cronograma de ejecución de sus obras, para efectos de poder entregarle a tiempo el FIDEICOMISO JACARANDA la tierra ya restablecida con sus niveles de lleno? **CONTESTÓ:** Yo estoy seguro de que no representa ningún retraso, porque lo que se hizo fue un lago mucho más grande, donde los volúmenes de llenos son menores, y tampoco hubo ninguna manifestación en el sentido de que eso estaba generando algún retraso. (...)”*

También, en el dictamen de contradicción del Ingeniero, Marco Antonio Alzate Ospina (28 de agosto de 2020), se indicó:

“(…) De acuerdo con la evaluación realizada, los ajustes urbanísticos implicaron un “ahorro” en el volumen de llenos estructurales para el PROFESIONAL MINERO de 6.585 metros cúbicos, dado que el aumento en el volumen de los lagos, implicaba menos actividad de llenos, y tomando en consideración, que Ingetierras no había iniciado labores de restauración en esas áreas, por su considerable atraso, (atraso acumulado de 30 meses), por lo que estos ajustes no tuvieron impacto económico para el PROFESIONAL MINERO (...)”

En virtud de todo lo anterior, queda acreditado para el panel arbitral que los cambios de diseño de los lagos no ampliaron el plazo del contrato.

e. RESPECTO DEL IMPACTO INVERNAL Y LA PLUVIOSIDAD.

*tiempo, porque el lago nuevo tenía cuatro veces más en volumen que el lago viejo, entonces en tiempo se ahorran muchísimo tiempo para poder llenar. Entonces teniendo en cuenta cómo estaba el terreno en junio, al nosotros haberle informado ese cambio, antes lo que hicimos fue poderle ayudar en menos tiempo de obra, para que pudiera cumplir con la entrega, con la primera entrega de septiembre del 2017. (...) **CONTESTÓ:** Muchas gracias. Entonces esta foto del 26 de junio de 2017, que fue unos cuatro o cinco días, o una semana después de haberles socializado la nueva ubicación del lago, es donde se puede ver el estado de la explotación de INGETIERRAS. Todo lo que se vea gris, es lo que hace parte de la explotación; o sea lo que está todo el movimiento de tierras. Como se puede ver, en el momento en que nosotros les mandamos el plano el 13 de junio, y luego este 26 de junio que tomamos la foto aérea con la marcación de los lagos, acá pueden ver en blanco la ubicación del nuevo lago, la demarcación; entonces en este momento, como ven no había que hacer ningún, no influía o esto no significaba que INGETIERRAS tuviera que hacer algo adicional por cambiar el lago; simplemente era que cuando empezaran a llenar, que todavía no habían empezado, o sea, aquí todavía se ven incluso dos, tres máquinas moviendo tierras y haciendo trabajos de explotación en lo que era la Zona 1; en ese lago simplemente lo que tenían que hacer era que todo ese sector que está rodeado como la forma de lago, como en blanco, como lo estoy moviendo con el cursor, esa parte simplemente no se llenaba. Entonces al no llenarla, se ahorran mucha parte del lleno que tenían que hacer en esa zona. Entonces eso era lo que quería como exponer ahorita y poder explicar, que con la parte gráfica que es un poquitico más fácil la explicación y el entendimiento como técnico de todo eso. Y el lago que antes existía, que el lago anterior era aquí, en este lago donde existía antes, también se ve que ya estaba totalmente explotado, ya había movimiento de tierras, no había que desaguar nada, aquí ya estaba todo en su explotación. Entonces no les tocaba hacer ninguna modificación ni nada con respecto a ese cambio; antes por el contrario, llenar menos y hacer menos trabajo. (...)”*

Particularmente al responder varios de los hechos de la demanda, INGETIERRAS alegó que una situación invernal anormal también dificultó sus trabajos, al punto que no le fue dable iniciar obras en octubre de 2016.

Adicional a que, como ya se expuso, INGETIERRAS sí empezó a realizar labores en los meses de octubre y noviembre de 2016, es menester destacar las apreciaciones contenidas en el dictamen de contradicción del Ingeniero, Marco Antonio Alzate Ospina, documento fechado el 28 de agosto de 2020 se manifestó que en el informe del Ing. Restrepo se omitió que el exceso en los límites de la explotación minera incidió en inundaciones. Señaló además que INGETIERRAS destruyó el recorrido de la acequia que figura en el Anexo 8: “(...) *En visita técnica del ANLA desde el 25 de septiembre del año 2017, se identificó la sobreexplotación de Ingetierras en la margen del Rio Negro, generando procesos erosivos y riesgo de inundaciones, por lo que se solicitó su restauración. (...)*”.

Igualmente, el Ingeniero Alzate acotó que el estudio geomorfológico no define niveles de inundación y los datos de pluviosidad no superaron los históricos, como se destaca a continuación: “*Desde el punto de vista técnico es imposible determinar el impacto de la pluviosidad, sin realizar una evaluación de las curvas de intensidad, frecuencia y duración (...) Desde el punto de vista profesional, se debe contar con criterios técnicos para establecer cualquier tipo de conclusión, en especial en áreas tan especializadas como la geología y la hidrología, respaldándolas con análisis técnicos, máxime, cuando quien emite el concepto no es un especialista en el área*”.

En adición a la carencia de un soporte probatorio idóneo de los argumentos de INGETIERRAS, el Tribunal considera conveniente mencionar que el sector de ejecución del Acuerdo Marco es propenso al riesgo de inundación, circunstancia que debía y fue conocida por la convocada.

A dicho conocimiento sobre el peligro de inundaciones se le suma que no existe prueba alguna de que INGETIERRAS hubiere hecho uso del mecanismo previsto en la cláusula décima quinta¹⁴⁸ del Acuerdo Marco para los casos de eventos imprevistos. Así las cosas, con mayores veras fuerza colegir la inviabilidad del alegato de la convocada:

También, en el interrogatorio al representante legal de INGETIERRAS se indicó: “(...) *Con fundamento en esas dos cláusulas o teniendo de presente esas dos cláusulas, y teniendo de presente que en la contestación de la demanda INGETIERRAS manifestó que no pudo iniciar las obras en el mes de octubre de 2016, por una oleada invernal, la pregunta es la siguiente: informe por favor al Tribunal*

¹⁴⁸ **“DÉCIMA QUINTA.- CLÁUSULA DE IMPREVISIÓN:** Cuando se presenten circunstancias extraordinarias de orden técnico o económico imprevistas o imprevisibles, que alteren substancialmente el equilibrio financiero del ACUERDO haciendo extremadamente gravoso su cumplimiento, cualquiera de las PARTES, podrá informar a la restante de su ocurrencia, por escrito, incluyendo la propuesta de modificación del ACUERDO. Dicha comunicación podrá ser enviada por cualquier medio que permita verificar su recepción, a la dirección de las partes indicada en este ACUERDO. Si en los quince (15) días siguientes no se hubiere obtenido un acuerdo directo entre las PARTES sobre la modificación del ACUERDO, se entenderá que la propuesta fue rechazada y se procederá, por cualquiera de las PARTES a dar aplicación a la Cláusula de Arbitramento a que se refiere este documento. **Parágrafo:** Las PARTES acuerdan que no invocarán las circunstancias de imprevisión en relación con la calidad y volumen del material minero que pueda extraer y explotar el TITULAR MINERO”

cuál es la razón por la cual INGETIERRAS no comunicó ni informó por escrito a ALIANZA FIDUCIARIA, como vocera del FIDEICOMISO PARA LA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA, la ocurrencia de esa circunstancia de oleada invernal. ¿Por qué no utilizó el procedimiento que está expresado en esas cláusulas, para haberle comunicado al FIDEICOMISO, de manera oficial, la existencia de esa circunstancia? **CONTESTÓ:** El Contrato Marco, el Acuerdo Marco firmado el 30 de septiembre del 2016. Inmediatamente INGETIERRAS, después de esa firma, procedía, debería proceder a iniciar las actividades de explotación de los materiales dentro del área. Entró el invierno, como usted lo dijo, y a INGETIERRAS le tocó esperar el invierno, porque no pudo iniciar. No conozco comunicaciones que se hayan enviado al respecto. Había también otra cláusula en el Acuerdo Marco, hay una parte que se refiere a la Interventoría, y en su momento INGETIERRAS no tuvo Interventoría a quién dirigirse, pero tampoco conozco oficios que haya enviado ALIANZA haciendo uso de esta. Sí se limitó INGETIERRAS a verificar la pluviosidad de la época para, en algún eventual caso, probar el no ingreso al sitio. (...).”

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal concluye que los argumentos de INGETIERRAS en relación con que la alta pluviosidad y riesgo de inundación afectaron el cumplimiento de sus obligaciones emanadas del Acuerdo Marco, no tienen asidero a la luz del acervo probatorio obrante en el expediente.

f. ACERCA DE LA INTERVENCIÓN DE SERVING Y LA INUNDACIÓN REGISTRADA EN ABRIL DE 2018.

Otro de los eventos que INGETIERRAS arguyó como causal de justificación para la imposibilidad de terminar las obras, incluso atribuible a la interventoría y por extensión al FIDEICOMISO JACARANDA, consistió en una inundación causada el 4 de mayo de 2018, a raíz de la intervención de un contratista de la interventoría (Serving). Según la convocada, la forma incorrecta como este contratista pretendió construir un desagüe, causó el insuceso referido. Acerca del particular, resultan de relevancia para este Tribunal Arbitral las siguientes probanzas:

En el testimonio del Ingeniero, Andrés Arbeláez, ingeniero geólogo al servicio de INGETIERRAS, se afirmó:

“(…) **PREGUNTADO:** Gracias. Quiero salirme ya en este punto del escenario de las modificaciones, y le agradezco su explicación, para preguntarle otro aspecto diferente. ¿Podría decirnos si sabe o le consta que durante la ejecución del proyecto, del contrato, el propietario o un tercero ha realizado obras de intervención dentro de la zona de explotación minera? **CONTESTÓ:** Sí, sí señor, hubo una intervención que buscaba hacer un canal de desagüe de las aguas que venían del proyecto, estas aguas estaban contempladas meterlas, por decir así de alguna forma, al nuevo lago 1 que ya estaba construido. Entonces se hizo un canal buscando la salida de estas aguas, se hizo un canal y se intervino la Zona 1, la zona de entrega 1 que estaba ya totalmente recuperada, pero no se había entregado, no se había hecho la entrega. Se hizo un canal buscando

las salidas de estas aguas y se realizó también un canal buscando la salida del agua de ese lago al río. Ese fue el cambio que hubo en la Zona 1. **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted quién adelantó esta intervención, el nombre, qué empresa o quién realizó este tipo intervención en esta zona? **CONTESTÓ:** Sí señor, esto lo hizo la Constructora Serving, es una empresa que está llevando a cabo la construcción de las torres, de las tres torres que en este momento se están construyendo, creo que también realizó el urbanismo en la obra. Pero sí, fue la Constructora Serving la que hizo esta intervención. **PREGUNTADO:** ¿Podría indicarnos, si recuerda, la fecha en la que se realizó esta intervención? Le reitero la pregunta y se la reformulo: frente a esta intervención de parte de INGETIERRAS, ¿se le puso en conocimiento a la interventoría lo que venía sucediendo de parte de Serving? **CONTESTÓ:** Sí, bueno, esta intervención fue a finales de abril del 2018, a finales de abril del 2018 se hizo la intervención y se empezó con la construcción de los canales. Estábamos en plena época de lluvias y el 4 de mayo, fue exactamente el 4 de mayo del 2018, el canal que debería expulsar las aguas del lago al río, funcionó al revés; entonces el río por ese mismo canal entró al lago, por esta intervención que se hizo, en lago subió su nivel y rompió el lago por una de las paredes. Esto nos causó a nosotros una inundación, en su momento estábamos recuperando Zona 2 y Zona 3, y nos inundó totalmente Zona 2 y Zona 3, que es donde estábamos trabajando. En ese momento había un encargado llamado Felipe de Barros, y él me informa a mí de lo que había sucedido y me envía un informe, un informe con los hechos, con lo que sucedió y con unas fotografías. Ese informe yo se lo envié a la arquitecta María Eugenia de la interventoría, yo se lo envié ese mismo día, ese mismo 4 de mayo diciéndole: “Arquitecta, nos acaba de pasar esto con la intervención, con estas obras que se hicieron”, yo tengo por acá el correo donde también se muestra el informe por si lo quieren tener en conocimiento para más o menos tener la magnitud de lo que sucedió. (...) Lo que estamos viendo acá en esta primera fotografía es la entrada del tubo, la entrada del río al lago, y por dónde rompió este lago, esta fue la pared de dicho lago destruida, y nos generó toda la inundación de lo que sería Zona 2 y Zona 3, inundándose también acá la vía, estamos viendo aquí como a la izquierda que es la vía de entrada a Zona 3, a lleno no estructural. Este fue en su momento el correo que yo le envié a la interventoría informándole sobre estas inundaciones y los perjuicios que a nosotros nos causaron, porque estábamos en pleno proceso de recuperación. Entonces de Zona 2 y Zona 3 nos tocó esperar a que nosotros mismos fuimos los que bombeamos toda el agua, y nos tocó también recomponer nuevamente el lago. (...)”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ **PREGUNTADO:** Gracias. Por último, frente a este mismo tema, quisiera que nos indicara si tiene en su memoria, frente a la reparación de este daño que nos dice que no obtuvo respuesta de parte del contratante, ni de Serving, en la reparación de este daño fue un tema que le implicó a INGETIERRAS qué tiempo para efectos de poder solucionar este daño; ¿tiene un aproximado, recuerda cuánto se pudo demorar este ejercicio de recuperación del daño? **CONTESTÓ:** Pues nosotros, a ver, nosotros nos demoramos, teníamos que esperar a evacuar toda el agua. En julio cuando fue el doctor Oscar Martínez al predio, todavía estaba el daño, nosotros más o menos en agosto, antes de la entrega de Zona 1, que fue septiembre, nosotros más o menos en agosto realizamos el arreglo de este lago. (...)

PREGUNTADO: ¿Podría informarnos si el evento de la construcción de los canales por parte de Serving le fue informado por escrito a mi cliente, FIDEICOMISO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA, por parte de INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No, no señor, fue a la interventoría, en el correo que acabé de mostrar. **PREGUNTADO:** ¿Podría usted informarle al Tribunal si INGETIERRAS le formuló alguna reclamación escrita a Serving como consecuencia de los hechos que usted acaba de relatar? Me explico, ¿enviaron alguna solicitud a Serving pidiendo que reparara o le pagara por los daños o

También, en el testimonio del Ingeniero, John Mario Ramírez Correa, Director de producción de INGETIERRAS, se manifestó:

*“(…) **PREGUNTADO:** Gracias. ¿Sabe usted si en algún momento hubo alguna intervención del propietario directa o indirectamente dentro de la zona de explotación minera? **CONTESTÓ:** Vea, nosotros en la Zona 1 habíamos terminado todo el proceso de extracción, recuperación, ya estaba el lago hecho, ya estaba el lago conformado para finales de enero. Eso se les dijo en la reunión del 30 de enero. Todo esto a colación es porque en abril 30 recibí el informe de que una empresa que se llama Serving había entrado a la zona nuestra a hacer unos canales de desagüe del lago que habíamos acabado de construir, y de acceso al lago. Inicialmente hicieron dos canales, yo fui y revisé la obra al día siguiente de que recibí la información, a los dos días, perdón, después de haber recibido la información. Miramos la obra, hablé con la arquitecta María Eugenia, y le dije el inconveniente de la obra que habían realizado; porque hicieron un canal con un tubo, con un tubo directamente al río, y con un agravante e inconveniente: que el río llega por ahí; o sea, caía casi de frente a la dirección del río. Uno nunca coloca una salida de agua en la dirección donde el río viene y pega, nunca; porque eso es invitar al río a entrar a la zona o al terreno que uno está trabajando. ¿Entonces qué es lo que uno hace generalmente? Siempre en la zona del retiro de los ríos coloca la salida de las aguas. Yo le dije a la doctora María Eugenia, como interventora de la obra, le dije: “No estoy de acuerdo con lo que hizo ahí”, y el problema es muy grave, porque colocaron un tubo sencillo más bajito del nivel del río, para que pudiera desaguar el lago al río; o sea, no es la cota 2097, era una cota 2 metros más o menos abajo del río, o sea, queda mucho más bajito que lo que viene el río. En época de invierno el río crece, y se lo advertimos a ellos: ya el tubo en vez de sacar el agua del lago al río, coge el agua del río y la entra al lago; con el agravante de que en la posición en la que quedó, era para que entrara el río totalmente ahí. Eso lo hizo Serving, que era para nosotros alguien muy allegado al dueño de la tierra, y voy a explicar el por qué. Serving, dentro de las tratativas que nos dijeron a nosotros que teníamos que cumplir, había que entregar un material crudo al dueño del terreno, como parte de las tratativas, al costo de lo que nos saliera a nosotros la explotación; o sea, ni siquiera el transporte. Nosotros como INGETIERRAS nunca, nunca vendemos crudo; nosotros cogemos todo el material que hay ahí aluvial y lo llevamos a nuestras plantas y lo procesamos para producir nuestro producto, pero nunca vendemos crudo. A la empresa Serving, en representación de su dueño, se le entregaron 7000 m³ de mineral, de material aluvial. Entonces para nosotros Serving iba en nombre de eso, acolitado directamente por la interventoría, que fue la que nos dijo que autorizó el contrato, esa entrada; una entrada antitécnica, y una entrada que nos produjo un daño muy grande, porque el 4 de mayo, ese*

*ejecutara obras para reparar lo que había hecho? **CONTESTÓ:** Por escrito, no, no señor. Nosotros, como vuelvo y repito, nosotros todo era con la interventoría, entonces nosotros se lo comunicábamos a la interventoría con el fin de que ella le diera trámite, nosotros no sabíamos si a Serving o quién era el que tenía, pero el interlocutor siempre, para nosotros, fue la interventoría. Para los cambios, para esto y para las órdenes, para este tema también fue la interventoría, nosotros se lo comunicamos a ella. (...)”.*

tubo, entró el agua al lago, produciendo que una de las paredes del lago de la celda 12, se desestabilizara y colapsara, y nos inundara todo el trabajo que veníamos llevando de limos de lleno estructural y lleno no estructural, en esa celda. Eso nunca fue reconocido; o sea, nos dijeron: “Sí, qué pena, de pronto les vamos a recuperar el terreno”, Y cuando pasamos nosotros a hacer el lleno, porque para poder recuperar el lago, para poder recuperar la celda 12 teníamos que recuperar el lago; tuvimos que contratar nuevas cosas, traer con la interventoría y con el ingeniero que habló de unas piedras para fortalecer el área donde se había colapsado la estructura del lago; esa piedra me tocó traerla de la mina San Francisco nuestra, con un costo bastante elevado. Ese trabajo nos costó casi 3 meses de elaboración, llevando piedras, llevando de todo, para tratar de que esa área que aquellos habían dañado se recuperara en una zona, y que se quedaban como una especie de filtros, que cuando los filtros se hacen a nivel de eso, serían no más como una parte estructural, pero se colocaron esas piedras en esa zona y se recuperó el lago que ellos habían destruido en la zona 1. Ellos nos recibieron en septiembre, en mayo fue el daño, y nosotros en ese momento estuvimos haciendo recuperación parte del lago de eso, y llevando unas piedras que quedamos de fortalecer esa área. Eso fue lo que nos tocó hacer con esa intervención que hizo esa empresa en la zona minera. Vuelvo y repito, ahí no había terrenos del dueño, de construcción del dueño de la tierra; era netamente minera, y se nos metieron ahí. Y dentro del contrato marco, parece que se establece un área donde se prohíbe expresamente que sea en un área de explotación minera. Entonces eso sí que quede claro”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ **PREGUNTADO:** Ingeniero, quiero tratar de que me aclare de una vez, para evitar la ronda de aclaraciones posteriores a que puedo tener derecho, y en lo que usted me acaba de decir, tratar de puntualizar dos o tres dudas que tengo. Usted menciona que en abril 30; cuando yo le hice la pregunta de si había habido alguna intervención por un tercero o por el propietario directa o indirectamente, usted comienza su respuesta en abril 30, pero me pierdo, no le escuché de qué año. **CONTESTÓ:** Abril 30 de 2018, y la inundación fue en mayo 4 del 2018, y la entrega de esa Zona 1 fue en septiembre del 2018. Todo fue en el año de 2018 cuando se hizo toda esa parte de la intervención de la que estamos hablando. (...)

PREGUNTADO: Gracias ingeniero. Hizo usted referencia a que el proyecto sufrió una inundación importante. ¿Usted puede recordarnos por favor cuál fue la fecha de esa inundación a la que usted hizo referencia? **CONTESTÓ:** Sí, claro. El proyecto sufrió, grande, grande fueron varios eventos, tres eventos; (...) El segundo gran evento grande fue producido en mayo del 2018, que por efectos de una obra en la zona 1 que realizó Serving, se nos entró el agua y nos inundó todo el trabajo que veníamos haciendo en la zona 2, al reventarse el lago que se había fabricado en esa zona. Todo eso nos inundó toda la zona de explotación en pleno invierno. Por ahí se nos entró el agua y nos hizo ese daño, ya veníamos nosotros en proceso de recuperación del meandro (...)

PREGUNTADO: Ingeniero, ha hecho usted mención a la intervención en obra que hizo Serving y, que según su dicho, les ocasiona una inundación para el mes de mayo. ¿Nos puede indicar, por favor, en la fotografía, cuál fue el punto en donde según su dicho, efectuó Serving esa intervención? **CONTESTÓ:** Claro doctor, aquí en la foto, aquí en esta área, aquí en esta zona, en abril 30 del 2018, Serving hizo una conexión directa al río, con un tubo, en esta área; conectando este lago que ya estaba creado, que ya estaba hecho, conectando el tubo al río Negro directamente. (...) El río, el crecimiento de esta zona, o sea, el tubo sirvió para que el río Negro se nos metiera directamente al área donde estábamos trabajando. Toda esta área, toda esta zona quedó completamente inundada, toda esta zona de acá quedo completamente inundada, que es donde estábamos haciéndole el lleno en la parte baja, y la carreterita, que estábamos terminando de llenar unas áreas aquí de la parte de eso, quedó también suprimida; toda esta zona por acá quedó completamente inundada en ese tiempo con la obra de Serving, que era la empresa que actuó sin ningún permiso, porque ella se metió a esa área y no tuvo ningún permiso. (...)

-Declaración del perito Ingeniero, Luis Carlos Restrepo:

*“(…) **PREGUNTADO:** Gracias ingeniero. Quiero preguntarle también, porque en su amplia respuesta manifestó acerca del evento en el cual se construyó una salida hacia el río Negro, que después se llenó, y nos mencionó unos daños en su respuesta, y dice que eso obedeció para la fecha, excúseme, no sé si mencionó mayo o abril del 2018, ahí tengo un desliz en su respuesta. **CONTESTÓ:** Principios de mayo de 2018. **PREGUNTADO:** Quisiera preguntarle cómo llegó usted a corroborar, en su dictamen, la fecha de ocurrencia de ese evento. **CONTESTÓ:** Porque tuve oportunidad de ver los documentos que en su momento elaboró INGETIERRAS para comunicarle a la interventoría el daño que se había producido. En ese momento no sólo el ingeniero residente describió el daño que se había producido, sino que anexaron fotos, fotos que son complementadas en mi informe con otras que se hicieron con posterioridad, mediante drones, y por eso vamos a ver fotos desde mayo hasta septiembre, no recuerdo, ahí en el informe está, hasta septiembre del 2018. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:** Eso era lo que quería que me aclarara frente a su respuesta, ingeniero. (…)”*

Por su parte, la testigo Arquitecta, María Eugenia Zuleta Bedoya, funcionaria de la interventoría, aseveró:

*“(…) **INTERROGA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADA:** Para que nos aclare, arquitecta: Cervin, quien hizo esos canales, ¿es contratista de quién? **CONTESTÓ:** Cervin es un contratista de una fiduciaria que es la dueña del proyecto, no es el dueño de la tierra, sino es dueña del proyecto urbanístico, del desarrollo urbanístico de Haras Santa Lucía, a eso me refería, y el gerente del proyecto como tal es Miguel Botero. **PREGUNTADA:** Entonces, arquitecta, para que quede completa la aclaración, quisiera que me aclare: mi cliente, y le voy a decir el nombre completo, FIDEICOMISO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA, cuya vocera es ALIANZA FIDUCIARIA, ¿contrató la ejecución de esas obras? **CONTESTÓ:** No abogado, no. En realidad eso hace parte de un proceso técnico que se decidió que había que hacer, que son esos canales de entrega al río, que había que hacer por obra, entonces eso se decidió en una parte técnica, lo que llamamos Comité técnico de obra, donde participa el gerente de la parte urbanística del desarrollo del proyecto, Miguel Botero. **PREGUNTADA:** Y para que nos aclare también, porque esa es la parte de la contratación: ¿en ejecución de la obra, en algún momento los señores de INGETIERRAS solicitaron que para antes de ejecutar esa obra se informara a mi cliente FIDEICOMISO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA? (...) **CONTESTÓ:** No abogado, en ningún momento, en ningún momento me solicitaron a mí, ni en el libro de obra, ni por correo, ni por WhatsApp, ni verbalmente. (…)*

***PREGUNTADA:** Entonces aclárenos por qué jugó usted un papel, según sus respuestas a mi testimonio, por qué jugó usted un papel como interventora diciendo en qué consistió el daño, que faltó esto, habló de una tubería, de unas cuestiones, si eso no era un tema de interventoría y no tenía por qué meterse en el ejercicio de un tercero para el contrato. O sea, ¿por qué la relación ahí*

*sí entra, y aclárenos esa parte si es tan amable; por qué ahí sí entra la interventoría a decir a qué obedece el daño, por qué pasó, que el río se devolvía y las demás circunstancias, pero me da a entender que no tenía por qué decirle a INGETIERRAS quién era Cervin? **CONTESTÓ:** Porque estamos buscando la causa de la inundación, y ahí buscando la causa de la inundación estaban los canales al río, que los había hecho Cervin. Por eso entré a Cervin a contarles quien hizo los canales, y los hizo después de la entrega del lago, después de la entrega de Zona 1 (...)*

En punto del referido argumento de INGETIERRAS, de entrada advierte el Tribunal que el mismo no tiene la virtualidad de afectar la entrega de las zonas 1 y 2. Esto, por cuanto si los plazos atinentes a tales sectores vencieron el 30 de septiembre de 2017 y el 15 de febrero de 2018, respectivamente, salta a la vista que un evento acaecido el 4 de mayo de 2018 resulta lógicamente extemporáneo para explicar, fehacientemente, el incumplimiento de los términos contractuales.

Asimismo, el evento descrito tampoco es suficientemente idóneo para salvaguardar la responsabilidad de INGETIERRAS en cuanto a la falta de cumplimiento satisfactorio de las prestaciones contractuales relativas a la zona 3. Amén de que no resultó comprobado que la misma se encuentre terminada totalmente en la actualidad, nótese que los elementos de prueba que se citan a continuación, incluyendo la experticia independiente del Ing. Alzate y un funcionario de la convocada, ponen de manifiesto que la inundación no tiene ninguna relevancia, de cara al nivel de atraso que arrastraba INGETIERRAS en su gestión contractual:

En efecto, en el dictamen de contradicción del Ingeniero, Marco Antonio Alzate Ospina (avaluador, ingeniero civil) (presentado por la parte convocante Jacaranda), fechado el 28 de agosto de 2020, se señaló:

- *“De acuerdo con la bitácora de obras de Ingetierras, las inundaciones se generaron por deficiencias de los jarillones de contención, lo que se agravó por problemas de funcionamiento de la motobomba que tenía dispuesta el PROFESIONAL MINERO, que no contaba con recursos de contingencia para asumir estos eventos”*
- *“Adicionalmente, la inundación de 4 de mayo de 2018, se generó faltando solo 41 días para la terminación del plazo de entrega de todas las obras de restauración del proyecto, cuando debían estar terminadas las zonas 1 y 2, y al menos el 93% de la zona 3 (aplicando el criterio de proporcionalidad en el periodo de ejecución)”. El perito Alzate indicó que Como la cota de inundación era la 2097, si tuvieran la cota 2099 no se hubiesen inundado sino en un 7% de faltante de llenos estructurales, como sigue: “En términos sencillos, si Ingetierras hubiera cumplido con la sobras a tiempo, los propios llenos habrían reaccionado frente a la inundación si mayor percances, pero la no estar construidas las obras a tiempo, esa zonas excavadas y no recuperadas se convirtieron en el escenario perfecto para un empozamiento de agua de mayor escala que técnicamente requiere un manejo des-inundación distinto”.*

Además, en el testimonio del Ingeniero, Andrés Arbeláez, funcionario de INGETIERRAS se aseveró que la inundación fue posterior a la fecha de entrega de la zona 1. Así mismo, indicó que la zona 1 no se había recibido por un problema de árboles, y que no alcanzaron a cumplir el cronograma debido a sobre excavaciones y cambios de diseño, así como que no habían avanzado de forma suficiente en las zonas 2 y 3, como se resalta a continuación:

*“(..) **PREGUNTADO:** Muchas gracias, señor geólogo Andrés. Quisiera preguntarle ahora por el evento de la inundación del 4 de mayo de 2018, en la que también hubo insistentes preguntas por parte del doctor Rayo. Para preguntarle, para que nos precise en primer lugar o nos informe: esas obras a las que usted hizo referencia, que fueron ejecutadas según su relato por Serving, ¿se ejecutaron en la Zona 1? **CONTESTÓ:** Sí, en la Zona 1. **PREGUNTADO:** ¿De las zonas de entrega en la Zona 1? **CONTESTÓ:** Sí, sí señor, en la zona de entrega 1; dentro de las celdas de explotación en la zona de entrega 1, sí señor. **PREGUNTADO:** De acuerdo con su relato esas obras se ejecutaron el 30 de abril de 2018, según lo que usted nos contó, y usted reportó el evento de la inundación el 4 de mayo de 2018. ¿Estoy bien con las fechas? **CONTESTÓ:** Sí, sí señor. **PREGUNTADO:** Perfecto. Quisiera con el apoyo de la doctora Margarita Hurtado, ponerle de presente la prueba documental número 16 aportada con el escrito de demanda arbitral, que consiste en el Acuerdo Marco para la explotación minera celebrado entre INGETIERRAS DE COLOMBIA y el FIDEICOMISO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA, cuya vocera es ALIANZA FIDUCIARIA y que en lo sucesivo en las siguientes preguntas me referiré a él simplemente como el Acuerdo Marco. Para que la doctora Margarita, con la venía del Tribunal, pongamos de presente la cláusula novena del Acuerdo Marco. Señor Andrés, ¿reconoce esa parte del Acuerdo Marco? **CONTESTÓ:** Sí, sí señor, los plazos de entrega que se tenían. **PREGUNTADO:** (...) señor Andrés, si para la fecha en la que se presentó la inundación del 4 de mayo de 2018, INGETIERRAS ya había terminado o no de ejecutar los llenos y la recuperación de la Zona 1. **CONTESTÓ:** Sí, ya se había terminado; o sea, de ejecutar los llenos ya habíamos terminado, sí señor, pero la entrega de esta Zona 1 se hizo en septiembre del 2018. **PREGUNTADO:** Por favor podría explicarle al Tribunal, por qué razón pese a que usted nos acaba de señalar que los llenos estaban supuestamente terminados o las obras de la Zona 1 estaban supuestamente terminadas para mayo del 2018, INGETIERRAS solamente ejecutó la entrega de la Zona 1 meses después en la fecha que usted nos acaba de referir. **CONTESTÓ:** Sí señor, a ver, nosotros más o menos a principios del año 2018 le habíamos escrito y tuvimos unas reuniones con interventoría, y recuerdo también con el gerente del proyecto, Miguel, para que nos recibieran esta Zona 1, esta Zona 1 que ya estaba terminada, incluido los llenos ya estaban realizados tanto el lleno estructural como el lleno no estructural, ya estaba ejecutado también el tramo que le correspondía a la llave de confinamiento, y ya estaba también el nuevo lago 2. En su momento no nos quisieron recibir 75 árboles sembrados; nosotros sembramos los árboles, pero para el momento no cumplían con la altura del Contrato Marco que era 2.80 metros. Pero nosotros les decíamos: “no, ya está listo el lleno, ya pueden empezar con sus obras, por favor recíbanos”, y no se recibió por el tema de los árboles, pero ya estaba listo. **PREGUNTADO:** ¿Podría usted informarle al Tribunal entonces si para el 4 de mayo*

del 2018, fecha en que ocurrió la inundación a la que usted acaba de hacer referencia, si para el 4 de mayo de 2018 se habían culminado las obras de la Zona 2? **CONTESTÓ:** De la Zona 2, no, no señor. **PREGUNTADO:** ¿Si quiera se habían iniciado? **CONTESTÓ:** Sí, ya estábamos trabajando en Zona 2 y en Zona 3, estábamos trabajando a la par. Es más, en julio del 2018 entregamos una zona parcial de Zona 3, ya estábamos trabajando en esa. **PREGUNTADO:** ¿Pero no habían terminado ni Zona 2, ni Zona 3? **CONTESTÓ:** No, no señor. **PREGUNTADO:** ¿Pero eran conscientes que la Zona 2 estaba para entrega el 15 de febrero el 2018? **CONTESTÓ:** Sí, claro, sí señor, siempre estuvimos conscientes de los plazos de entrega, claro, pero a raíz de todos estos cambios y de las sobre excavaciones, se nos volvió imposible poder cumplir con ese cronograma. **PREGUNTADO:** ¿Qué porcentaje de la Zona 3 habían avanzado ustedes para el 4 de mayo de 2018, ya que nos ha dicho que estaban trabajando en la recuperación de la Zona 3? (...) **CONTESTÓ:** Sí, sí señor. Perdón, ¿para el 4 de mayo de 2018? **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO:** Sí. **CONTESTÓ:** Nosotros teníamos, no sé, más o menos, esta Zona 3 era la zona más grande que contemplaba todo el lleno no estructural, ya estábamos avanzando en el lleno no estructural; podríamos estar en un 40% más o menos para esa época, más que todo del lleno no estructural. **PREGUNTADO:** Entendido. ¿Significa su respuesta anterior que a un mes y once días de la fecha que tenían que entregar estos terrenos recuperados al propietario, apenas iban en el 40% de la Zona 3? **CONTESTÓ:** Sí, sí señor, en ese momento nosotros le estábamos avanzando en la parte del lleno estructural por fuera. Para nosotros se volvió muy grande ese lleno estructural por fuera, porque al principio eran dos metros, y resultó que terminamos llenando más de cuatro metros. Entonces la interventoría nos había manifestado su afán y su necesidad de empezar a entregar primero esa zona. Entonces nos concentramos en Zona 2 y Zona 3, en esa parte del lleno estructural por fuera, pero realizando todas las sobre excavaciones que se nos estaban ordenando. (...) **PREGUNTADO:** Señor Andrés, si para el 4 de mayo de 2018, los llenos de las zonas 1 y 2 ya hubiesen estado terminados, y el lleno de la Zona 3 hubiese estado en un avance acorde con la fecha de entrega del 15 de junio de 2018, ¿los impactos de esa inundación hubiesen sido menores? **CONTESTÓ:** Sí, sí, porque en su momento el impacto mayor fue que no pudimos seguir llenando. Si ya hubiese estado lleno, no hubiera pasado, por así decirlo, nada. Pero en su momento como estábamos en el proceso del llenado, nos interrumpió a nosotros el proceso. (...)"

Por todo lo antes expuesto, la inundación acontecida en abril de 2018 no tuvo incidencia negativa alguna en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de INGETIERRAS.

g. OTRAS CAUSAS QUE EXPLICAN LOS RETRASOS, QUE FUERON OMITIDAS POR INGETIERRAS.

Ahora bien, otro elemento de juicio muy importante que desvirtúa los argumentos de defensa y excepciones de la convocada consiste en haber pasado por alto otras causas intrínsecas al ámbito funcional de INGETIERRAS, que contribuyeron al atraso de las obras. Consecuentemente, ello faculta

al Tribunal a concluir que las inexistentes causas extrañas que pretendió hacer valer la convocada, en realidad, de haberse demostrado, no se erigían en la explicación exclusiva o excluyente de las prestaciones obligacionales mencionadas en la demanda.

Sobre el particular, resulta sumamente ilustrativo el dictamen de contradicción del Ingeniero, Marco Antonio Alzate Ospina, calendado el 28 de agosto de 2020, cuyas afirmaciones gozan de independencia, no fueron desvirtuadas a lo largo del litigio, y están respaldadas por la bitácora de obra adjunta a la experticia e informes técnicos ambientales. De este dictamen, se destacan los siguientes hallazgos:

- INGETIERRAS empezó a explotar el frente Haras sin haber recuperado el 100% de las celdas del frente Guayabito, lo que terminó afectando tareas de explotación y recuperación, según informes técnicos del ANLA mencionados en el auto No. 6187 del 1 de julio de 2020. Se mencionó también la existencia de varios frentes de obra, y la subsiguiente desviación de recursos humanos y técnicos, (anotaciones bitácora de obra). Incluso, para el mes agosto de 2018, cuando terminó el plazo de obras de restauración, seguían trabajando en el frente Guayabito.
- Acerca de los incumplimientos en plazos de entrega, se manifestó: “(...) *el análisis de la información técnica del proyecto indica que Ingetierras incurrió en varios errores técnicos y manejos inadecuados de su actividad, siendo las causas determinantes de la no terminación de los trabajos en los plazos establecidos*”. También se indicó en el dictamen:
 - La falta de combustible para la maquinaria y equipo destinados al frente Haras, conforme a las 16 anotaciones en la bitácora de obra entre el 8 de noviembre de 2016 y el 10 de septiembre de 2019.
 - Los daños permanentes a las maquinas o equipos (en la bitácora de obra, entre el 10 de noviembre de 2016 y el 12 de marzo de 2020 aparecen 308 anotaciones).
 - El desvío de maquinarias o equipos para atender otras obras de Ingetierras (en bitácora de obra, entre el 15 de diciembre de 2016 y el 24 de octubre de 2019 aparecen 29 anotaciones).
 - La insuficiencia de personal para las actividades y/o desvío de personal (en bitácora de obra, entre el 23 de noviembre de 2016 y el 14 de marzo de 2020, aparecen 51 anotaciones).
 - La insuficiencia de material y/o desvíos de material para recuperación (en bitácora de obra, entre el 22 de mayo de 2017 y el 23 de diciembre de 2019 aparecen 69 anotaciones). Adicionalmente, entre el 1 de noviembre de 2016 y el 15 de junio de

2018, fueron muy pocos los días en los que se cumplió con el ingreso de cantidades suficientes y adecuadas de limo.

- Las reparaciones de daños causados por INGETIERRAS (en bitácora de obra, entre el 7 de diciembre de 2016 y el 27 de agosto de 2019, aparecen 17 anotaciones).
- El inadecuado manejo de aguas.
- La sobreexplotación minera.
- El abandono de las obras: (en bitácora no se reportan actividades entre el 20 de octubre de 2018 y el 2 de enero de 2019). Adicionalmente, mediante bombeo se podía solucionar la inundación que se presentó, además de que ésta fue parcial (podían trabajar en las zonas 1, 2 y 3 y llenos estructurales de etapa 6).
- El atraso de 30 meses en entrega de obras (12 meses en zona 1, 30 meses en zona 2 y 26 meses en zona 3).

Además, la existencia de frentes de trabajo simultáneos y la repartición de recursos y herramientas que impidieron la dedicación exclusiva a la ejecución del Acuerdo Marco, quedó evidenciada así:

En el testimonio del Ingeniero, Andrés Arbeláez, ingeniero geólogo de INGETIERRAS, se manifestó:

*(...) **PREGUNTADO:** No lo han enterado. Señor Andrés, ¿usted sabe actualmente cuántas celdas de explotación tiene pendientes por recuperar en total INGETIERRAS de ese contrato de concesión minera? **CONTESTÓ:** Una. **PREGUNTADO:** ¿Solamente una? **CONTESTÓ:** Sí señor. **PREGUNTADO:** ¿Qué entiende usted, a partir de esa respuesta, por la recuperación de las celdas? **CONTESTÓ:** Volver el terreno a la cota original, o en forma de lagos como lo tenemos nosotros autorizado en el plan de manejo ambiental. **PREGUNTADO:** Le había entendido de su declaración en la vista pasada, que ustedes lo que entendían es que eso solamente se podía tener por recuperado cuando había un visto bueno del ANLA. ¿Me podría explicar finalmente cuál es entonces ese momento a partir del cual INGETIERRAS considera que ha cumplido con la recuperación? **CONTESTÓ:** Nosotros ya ejecutamos los llenos a nivel original del terreno, que es lo que le interesa a la ANLA; eso ya está cumplido. Por eso te digo que a nosotros en este momento nos falta una sola celda por recuperar. Otra cosa es que ellos nos hayan recibido estas celdas o no; estamos en ese trámite. Nosotros ya les hemos enviado documentación: “vea, ya terminamos”; pero todavía no hemos recibido ese aval. Pero que nos falte a nosotros llenar, de todo el título minero – porque ni siquiera estamos hablando solo de Haras, de este tema, sino de todo el título minero – nos falta una celda por recuperar a nivel original. **PREGUNTADO:** “De todo el título minero”, ¿se refiere usted no solamente al frente ARAS sino al frente Guayabito también? **CONTESTÓ:** Sí señor. (...)”*

De igual modo, en el testimonio del Ingeniero, John Mario Ramírez Correa, Director de producción de INGETIERRAS, se señaló lo siguiente:

*“(…) **PREGUNTADO:** Gracias ingeniero. Para entender, ya que se trata de un tema muy técnico, para entender su respuesta, quería preguntarle si eso significa que la explotación de las celdas 11 y 12, se inició sin haber estado totalmente recuperados los terrenos correspondientes a las celdas 1, 2 y 3. **CONTESTÓ:** Las celdas 2 y 3 estaban totalmente recuperadas de tiempo atrás; la celda 2 faltaba un proceso de recuperación, y se dio la interpretación de que cuando uno ya está terminando la última celda de explotación, puede dar inicio a la explotación de otra celda, pero tiene que haber terminado una parte de la celda de explotación con el Plan de manejo del PTO que tiene, ya uno terminando la parte de la celda de explotación. Pero vuelvo y te repito, en la parte de la celda 2 hay una discrepancia con el ANLA, de las cuales nosotros los respectivos estudios ya se los presentamos; estamos esperando la respuesta del ANLA para ya terminar esa obra, si eso es lo que me estás preguntando y estás interesado por esas celdas. (…)* **REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿sabe usted si de conformidad con la licencia expedida por CORNARE y que declaró usted en diligencia pasada conocer, era requisito de esa licencia que para poder proceder a iniciar la explotación de las celdas 11 y 12, ubicadas en los terrenos de propiedad del FIDEICOMISO JACARANDA, era requisito previo, repito, condición sine qua non, el haber recuperado el ciento por ciento de los terrenos correspondientes a las celdas 1, 2 y 3 del frente Guayabito? **CONTESTÓ:** Hice la parte del Plan de manejo ambiental y del PTO, que exige que cada frente de trabajo tenga recuperadas las celdas de explotación para pasar al siguiente frente. Sí, se exige eso. (…) Para preguntarle, señor ingeniero, cuál fue la razón para privilegiar la explotación de Guayabito por encima de la del FIDEICOMISO JACARANDA. **CONTESTÓ:** A ver, abogado Pinilla, yo tendría que mirar las dos, vuelvo y le digo, la bitácora tanto de la mina Guayabito 2, como la bitácora de qué estaba pasando en Guayabito 2 en ese momento. Puede ser que el D5H en ese momento que se necesitaba en Guayabito 2, vuelvo y le repito, había algún tipo de problema adicional en la zona de esa mina. Las minas están en el mismo sector de Llanogrande, entonces de pronto en algún momento se piensa que había que pasar D6, por su capacidad, a comparación del D5, por algún motivo, razón o circunstancia, que no me recuerdo en este momento, con Guayabito 2, que es otra mina. ¿Entonces qué es lo que pasa? Nosotros en todo momento hemos hecho cambios de maquinaria, como usted lo puede ver. La maquinaria no es solamente asignada a Haras como Haras, sino que nosotros vamos viendo las necesidades de cada maquinaria y las vamos pasando de frente a frente. Por eso usted puede ver que la maquinaria no es igual. O sea, la maquinaria, como hoy pudimos tener la excavadora 345, mañana no la podemos tener; la tenemos en otra parte y la suplimos con otra máquina. Entonces seguramente el paso de esta máquina allí, era por la capacidad de esa máquina para lo que se estaba haciendo en Guayabito 2. Entonces se pasa para la otra máquina. Pero el sentido del buldócer, son dos máquinas que cumplen la misma labor. ¿Qué es la misma labor? Regar el material y pisar. Simplemente que la empresa va viendo la necesidad de tenerlo en un área o en otra, pero si usted revisa toda la bitácora, el cambio de maquinarias era constante, a veces en beneficio mismo de agilizar la obra en Haras, dependiendo de lo que uno

necesitara, y eso se hacía, o sea, dependiendo de lo que presentara cada frente de trabajo, se iba cambiando las maquinarias de cada una de las zonas, y en las bitácoras lo puede usted ver; las maquinas no son las mismas. (...)"¹⁵¹.

Incluso, este mismo testigo declaró acerca de la importancia de la bitácora, el hecho de que sí la llevaba INGETIERRAS, y la relevancia de los elementos referidos en el dictamen del Ingeniero Alzate Ospina:

*(...) **PREGUNTADO:** Gracias ingeniero. Señor ingeniero, ha mencionado usted la expresión "bitácora". ¿Puede explicarle al Tribunal, para el caso concreto del Proyecto Haras Santa Lucía, FIDEICOMISO JACARANDA, qué era la bitácora? **CONTESTÓ:** A ver, en INGETIERRAS las obras todas tienen un libro. El libro va enumerado; el libro se le entrega al residente de la obra y él tiene que registrar en el libro todo lo que pasa en la obra día a día. Eso para INGETIERRAS es muy importante, porque nos permite desde el punto de vista de maquinaria, desde el punto de vista de obra, de todo, registrar los avances, y en el proceso de los que no estamos en la obra, no solamente los residentes la van desarrollando, otros la van supervisando, vamos mirando la bitácora, pero no necesariamente la llevamos nosotros; simplemente en ella se registran las cosas que considere el residente que sea importante llevar del día a día, para que en el momento de cualquier cosa, digamos de un registro, de una llevada de material, cualquier cosa, esté el registro de lo qué pasó. Eso es lo que uno hace, y esas son las bitácoras que llevamos en INGETIERRAS. Esa es una bitácora que se lleva no solamente en Haras Santa Lucía, sino que en la otra mina que tenemos*

¹⁵¹ **PREGUNTADO:** Gracias ingeniero. ¿Sabe usted si INGETIERRAS inició la explotación de las celdas 11 y 12 de los terrenos del FIDEICOMISO JACARANDA, sin haber terminado al ciento por ciento la recuperación de los terrenos correspondientes a las celdas 1, 2 y 3 del frente Guayabito? **CONTESTÓ:** Sí, INGETIERRAS inició obras sin terminar de recuperar la celda 2 que es la única que falta del frente Guayabito. Como le venía diciendo, ese frente está parado por la misma ANLA, para unos estudios que hay que presentarle, para poder seguir haciendo. Se sigue haciendo un retro-llenado, pero eso está parado, no directamente por INGETIERRAS sino directamente por el ANLA hasta que no se presentaran unos estudios. **PREGUNTADO:** Ingeniero, ¿sabe usted si como lo ha señalado en esta respuesta inmediatamente anterior, el haber iniciado ustedes INGETIERRAS la explotación de las celdas 11 y 12, sin haber recuperado al ciento por ciento los terrenos de las celdas 1, 2 y 3 del frente Guayabito, le acarreo a INGETIERRAS alguna sanción, castigo, pena, como lo queramos llamar, por parte de la Autoridad Ambiental? **CONTESTÓ:** En la resolución del ANLA, que digamos suspende la extracción de material, hace alusión a ese ítem, en el cual se empezó la explotación sin haber terminado de recuperar el ciento por ciento de Guayabito. Eso en la resolución que planteó el ANLA, en ese tiempo que cerró la extracción, no la recuperación, la extracción de material, mientras se subsanaba este problema. Entonces, sí, en esa parte la Autoridad Ambiental en este momento, el ANLA, una de las razones que adujo fue esa. **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Ingeniero perdón, ¿quiere responder completamente la pregunta? ¿Se impuso alguna sanción? ¿En qué consistió? **CONTESTÓ:** Sí, por eso; suspendieron la extracción de material en los frentes celda 11 y celda 12 de Haras Santa Lucía, pero la extracción no más, doctora Carmenza. La otra parte, lo que va en explotación, en recuperación, toda esa parte, la Autoridad Ambiental deja seguir trabajando para entregar recuperadas las celdas 11 y 12. La extracción si fue suspendida y fue a finales de septiembre que se suspendió, pero ya las labores de extracción de INGETIERRAS habían terminado, ya estábamos en el proceso de recuperación. Esa labor no fue suspendida, doctora. **EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Gracias ingeniero. (...)

PREGUNTADO: Tampoco procede. Vamos entonces por favor al libro 2, folio 158. Para que primero miremos la fecha por favor, 21 de noviembre de 2017, que corresponde al periodo del ingeniero en el proyecto. Vayamos por favor a la parte relevante. En esa anotación, señor ingeniero, se lee que "Javier Daza operador del buldócer DGN, que lo ha llamado don Leónidas Chaverra, pues lo van a mandar para la mina Guayabito 2, ya que el buldócer D5H no está dando el rendimiento esperado y deben arreglar y abrir esta mina urgentemente".

en San Francisco se lleva bitácora igual, y en las obras que tenemos se lleva bitácora igual. O sea, esta es la forma de trabajo de INGETIERRAS y se desarrolla en los libros; se le entrega numerado al muchacho, al qué este de residente, llámese ingeniero, llámese tecnólogo, y la llena, con lo que él considere que es importante en la obra. Si yo llego y quiero tener un registro de la obra, yo pongo en la bitácora para que quede ese registro claro de una orden que yo pueda dar, en el caso de que sea necesario. A no ser de que sea una cosa interna que se maneja ya con códigos internos de la empresa, que eso es diferente. Pero la bitácora es eso: es un control de la empresa con respecto a sus obras. (...)”¹⁵².

Por lo anteriormente expuesto, resulta claro para el Tribunal que existieron circunstancias adicionales e imputables a la convocada, que sí contribuyeron notablemente en el incumplimiento de sus obligaciones, y que, desde luego, no tienen la virtualidad de exonerarlo del mismo.

h. RESPECTO DE LA FALTA DE PAGO DEL EXCESO DE OBRAS EJECUTADAS Y OBRAS DISTINTAS A LAS CONTRATADAS. RELACIÓN LEONINA.

En cuanto este alegato de defensa, el Tribunal comienza por anotar que en el texto del Acuerdo Marco no se observa ningún fundamento en virtud del cual INGETIERRAS deba ser remunerada por la realización de las obras a las que se comprometió. Tampoco observa el Tribunal que se hubiese llegado a algún acuerdo con el FIDEICOMISO JACARANDA para compensar lo que la convocada consideró como obras adicionales. Acerca del particular, el Tribunal resalta las siguientes probanzas:

En correo electrónico del 17 de septiembre de 2019, del Dr. Óscar Javier Martínez (abogado de la convocante) se indicó que solo el propietario, y no la interventoría, podían conciliar valores y

¹⁵² **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTORA CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ:** Ingeniero, una pregunta: a usted se le han puesto de presente anotaciones puntuales sobre incidencias a la maquinaria, daños, en fin, de la maquinaria y equipos, y el apoderado le ha preguntado sobre el impacto o los efectos de estas incidencias en el desarrollo de los trabajos. En el mismo sentido le quiere preguntar el Tribunal si esos incidentes implicaron una modificación del programa de trabajo y un retraso en el cronograma, y en tal caso, de qué magnitud en el tiempo habría sido ese efecto o ese impacto. **CONTESTÓ:** A ver doctora Carmenza, quiero ser claro en dos cosas: todo efecto, o sea, todo daño en una máquina o en un equipo, ocasiona cierto retraso en obras, pero dependiendo de la máquina y del equipo. Nosotros para la extracción y recomposición teníamos varias máquinas en el momento, o sea, no se tenía una sola máquina sino varias máquinas para el movimiento y entrada de tierra. Eso implicaba un atraso porque la máquina se necesita para regar la tierra. La magnitud depende es del daño; si el daño dura días o dura horas. Si dura horas, el atraso no es muy grande. Si dura días, ya nosotros, cuando los daños eran muy grandes, se llevaba otro tipo de máquina, y se puede ver en la bitácora que se usaron varias máquinas en el tiempo de trabajo en la excavación y en la recuperación. Eso sí atrasa; o sea, evidentemente, vuelvo y le repito, todo lo que usted haga de más o deje de hacer, es acumulativo en el tiempo y va atrasado los cronogramas; lo mismo que la lluvia, lo mismo que muchas cosas que ocurren doctora en esa parte, siendo a veces la pluviosidad aún más importante que el mismo retraso que se lleva con las máquinas. Pero claro, todo eso es acumulativo en el tiempo y todo va atrasando. (...).”

volúmenes ejecutados. Adicionalmente, se indicó que solo el propietario puede definir válidamente los aspectos relativos al cumplimiento del acuerdo.

También, en el testimonio de la Arquitecta, Maria Eugenia Zuleta, funcionaria de la Interventoría, se manifestó:

*“(…) **PREGUNTADA:** Arquitecta, en otra de sus respuestas usted refirió unas mediciones y unos reconocimientos que fueron dialogados con, señaló usted, la residente de INGETIERRAS. ¿Recuerda esa respuesta? **CONTESTÓ:** Sí, sí abogado. **PREGUNTADA:** Quisiera que nos aclarara lo siguiente: cuando usted señaló en esas respuestas, que se le hizo un reconocimiento o que se emitió una opinión sobre el reconocimiento de unas labores, ¿podría por favor precisarnos o aclararnos, quién efectuó esa manifestación de reconocimiento? Y me explico, para hacer aún mucho más claro en esta pregunta, y es: mi cliente, FIDEICOMISO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA, ¿hizo esa manifestación de los reconocimientos de los que usted habló en esa respuesta? **CONTESTÓ:** No abogado, y yo creo que eso fue, no sé, de pronto una ligereza mía, impertinencia, desconocimiento. La verdad no, yo simplemente lo vi como desde mi punto de vista, lo vi que para mí era algo lógico hacer esa medida, entonces se lo pasé Miguel, pero jamás ni con el FIDEICOMISO ni con el dueño del lote ni con nadie más; yo sólo lo escalé hasta la gerencia, Miguel Ángel Botero. (...)”*

De otro lado, es relevante hacer la claridad de que el monto de dos mil quinientos millones de pesos m/cte (\$2.500.000.000,00) señalados en el Acuerdo Marco, solamente hace referencia a los llenos estructurales¹⁵³. Adicionalmente, los llenos dependen de las excavaciones efectuadas por el profesional minero. Acerca del particular, se destacan las siguientes pruebas obrantes en el expediente:

En el dictamen de contradicción del 28 de agosto de 2020, presentado por el Ingeniero, Marco Antonio Alzate Ospina, se indicó:

“(…) El valor estimado de 2.500 millones, corresponde a las actividades de restauración por encima de la cota de terreno original previo a las actividades de explotación por parte del PROFESIONAL MINERO, por lo tanto, es equivocada la manifestación del perito, en el sentido de indicar que este valor correspondiera a la totalidad de las obras de restauración.

Adicionalmente, el alcance técnico del acuerdo marco, incluía:

¹⁵³ **CUARTA.- OBLIGACIONES DEL TITULAR MINERO:** En desarrollo del ACUERDO, constituyen obligaciones a cargo del TITULAR MINERO, las siguientes: (...) 4.4. Efectuar por su cuenta y riesgo los llenos estructurales requeridos para la cimentación de edificaciones futuras, que ascienden a la suma de dos mil quinientos millones de pesos (\$2.500.000.000), con base en las especificaciones técnicas señaladas en la Cláusula Quinta del ACUERDO, sobre todas las zonas que se encuentran delimitadas en el Anexo 8 de este documento. Lo anterior, con independencia de la calidad y el volumen que pueda extraer y extrapolar el TITULAR MINERO. (...)” (subrayado del Tribunal).

- Restauración de las zonas 1, 2 y 3 delimitadas en el anexo 8
- Nivel de los llenos no estructurales cota 2.097, y llenos estructurales 2.099
- Geometría de la llave de confinamiento definida en el numeral 5.2.2
- Especificaciones técnicas de los llenos estructurales y no estructurales, llave de confinamiento y actividades de revegetalización y arborización.
- Plazo de entrega de las zonas 1, 2 y 3
El alcance técnico, contempla unos niveles de restauración, sin definir niveles inferiores del mismo, los cuales dependían claramente de la actividad extractiva del PROFESIONAL MINERO, ni valores económicos de cuantificación de dichas intervenciones.

Los niveles y volúmenes de restitución, dependen única y exclusivamente de la actividad del operador minero en desarrollo de su negocio empresarial, que como se demostró anteriormente, excedió en por lo menos 16.250 metros cuadrados el límite de explotación definido técnicamente en el título minero y en el Acuerdo Marco.

Por consiguiente, los límites de la excavación, que posteriormente debía restaurarse, estuvieron a cargo del PROFESIONAL MINERO, y los límites de restauración en el nivel del terreno, los definió técnicamente el ACUERDO MARCO.

Por lo anteriormente expuesto, es errónea la apreciación del perito, en el sentido de definir un valor fijo de obras de restauración, ya que el alcance técnico de las mismas se definió por niveles de terreno y áreas de restauración, no por volúmenes y cantidades y precios de obra. (...).

En sentido conteste, el testigo Ingeniero, Andrés Arbeláez, ingeniero geólogo de INGETIERRAS, señaló en su declaración:

*“(...) **PREGUNTADO:** Señor Andrés, ¿quién toma la decisión durante la fase de explotación minera? Quiero ubicarlo en la fase en la que ustedes hacen la explotación minera en los predios del Proyecto Haras Santa Lucía. Durante la fase de explotación minera, ¿quién toma la decisión de cuál es la profundidad hasta la cual se deben hacer excavaciones para obtener los materiales aprovechables? **CONTESTÓ:** Pues esa decisión, a ver, esa decisión no es de nadie, por así decirlo, es como de la naturaleza misma y hasta donde encontremos nosotros el material, y más en estas llanuras de inundación tan variables como la del Río Negro, donde las zonas de depositación pueden llegar hasta 15 metros, y en otros tramos puede llegar 3, 4, 5 metros. Entonces nosotros empezamos las excavaciones y hasta que encontramos ya el material aprovechable económicamente, como lo decíamos ahorita, para nosotros, hasta ahí llegamos. Ya después uno se empieza a encontrar un material que es más parecido como a un suelo, por así decirlo, que es una descomposición de la roca, y entonces hasta llegamos. Entonces no es una decisión de nosotros decir “queremos excavar aquí 10 metros y lo vamos a hacer”, o “queremos excavar 20*

metros y lo vamos a hacer". No, va dependiendo de lo que nos encontremos en esta llanura de inundación del Río Negro"¹⁵⁴.

Finalmente, es necesario acotar que resulta completamente irrelevante si, como consecuencia de las obras adicionales, o incluso de las originales, INGETIERRAS no pudo verse compensada con la obtención de material explotable. Aunado a lo indicado por el último testigo citado, el párrafo de la cláusula décima cuarta del Acuerdo Marco es diáfano al prescribir que "[l]as PARTES acuerdan que no invocarán las circunstancias de imprevisión en relación con la calidad y volumen del material minero que pueda extraer y explotar el TITULAR MINERO".

En este orden de ideas, ninguno de los incumplimientos contractuales de INGETIERRAS, correspondientes a las pretensiones tercera, cuarta y quinta, ha sido desmerecido por causa de los argumentos defensivos y excepciones perentorias que han sido estudiadas y negadas, en los términos ya expuestos. Así las cosas, el Tribunal declarará no probadas las excepciones de "1. EXCEPCIONES DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR EL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A." "2 LA MORA PURGA LA MORA." "MODIFICACIONES AL CONTRATO, A LOS DISEÑOS, PLANOS Y CANTIDADES DE OBRA." "NEGLIGENCIA DE LA DEMANDANTE EN RECIBIR LAS OBRAS" "TEMERIDAD, MALA FÉ (sic) Y ABUSO DEL DERECHO", formuladas por la convocada en la contestación a la demanda.

8. RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN SEXTA, RELATIVA AL ENDILGADO INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO MARCO, AL NO HABERSE CANCELADO LA TOTALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE.

i. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE.

En la demanda la convocante formuló la siguiente pretensión:

"SEXTA (6ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en las cláusulas PRIMERA (Numeral 1.2.), CUARTA (Numeral 4.2.) y SÉPTIMA del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistente en efectuar el pago de la indemnización por el ejercicio de las servidumbres".

¹⁵⁴ **PREGUNTADO:** De acuerdo con esa respuesta que nos acaba de dar, antes de arrancar una excavación en sede de explotación minera o en desarrollo de la explotación minera, ¿es posible para ustedes determinar cuánto les va a costar luego volver a llenar los terrenos que excavaron, antes de haber hecho esa excavación, o eso no es posible? **CONTESTÓ:** Sí, pues uno puede hacer una estimación. Como nosotros tenemos este título minero, a ver, este título minero existe desde el 2003, es un título minero 5837, y antes de estas explotaciones en estas celdas tuvimos otras explotaciones. Entonces uno puede hacer como un ejercicio de extrapolar, uno geológicamente puede medir la continuidad del cuerpo y extrapolar más o menos: "a este lado nos encontramos, al otro lado del río nos encontramos esto", una especie de triangulación, para saber más o menos qué nos podemos encontrar en esa zona, y hacer también los cálculos de si es rentable, primero explotar, sacar el material, y ya segundo, hacer la recuperación. Entonces se puede hacer, pero es algo preliminar, porque es una actividad igual de riesgo que no sabemos qué nos vamos a encontrar. (...)"

Como sustento de la referida pretensión, la convocante indicó en sus alegatos que la inclusión del pago de la suma líquida en dinero como compensación o indemnización a favor del propietario fue un asunto discutido desde las *tratativas* del Acuerdo Marco¹⁵⁵. Lo anterior, afirmó la convocante, se plasmó en la cláusula cuarta numeral 4.2. y en la cláusula séptima del referido contrato.

Frente a la falta de pago de la suma debida, en la cual se sustenta la pretensión en comento, la convocante aseveró en sus alegatos de conclusión que la afirmación de no pago “(...) *de las cuotas a que se hizo referencia en la demanda, constituye nuevamente una negación indefinida, lo que implica que la carga demostrativa pesa sobre la demandada INGETIERRAS, quien no desvirtuó en forma alguna este impago, y por el contrario confesó no haber seguido honrando esta prestación, al decir “Se incumplió parcialmente con el pago de las cuotas mensuales, ya que se pagaron solo nueve cuotas de las veinte que estaban contempladas en el acuerdo marco”*”¹⁵⁶.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, la convocante manifestó en sus alegatos haber dado cumplimiento a lo establecido en la cláusula 7 del Acuerdo Marco, consistente la emisión y radicación de las respectivas cuentas de cobro para que dicho pago se efectuara contablemente¹⁵⁷.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA.

En la contestación a la demanda, la convocada formuló la excepción denominada “*Incumplimiento del contrato por no constitución de servidumbre de tránsito.*”

En sus alegatos de conclusión, la convocada indicó que en la cláusula 6 y 6.1.1. quedó establecida la obligación a cargo del propietario de constituir la servidumbre minera, a la luz del artículo 177 y siguientes de la Ley 685 de 2001 “(...) *sobre unos inmuebles según los anexos 6ª Y 6 B y adicionalmente la servidumbre de tránsito y energía sobre los predios de los lotes de los anexos 14 y 15*”¹⁵⁸. No obstante dicha obligación, esgrimió la convocada que “(...) *está probado documentalmente con los certificados de tradición y libertad que obran en el plenario y que fueron allegados por la misma demandante, además de las escrituras públicas Nos 3644 del 25 de octubre de 2016 y 2571 del 21 de julio de 2017 ante la notaria 25 de Medellín y registradas tan solo el día 09 de noviembre de 2017, y de la prueba testimonial llevada a cabo al señor CAMILO ANDRES HERMIDA CADENA , que la constitución de la servidumbres a la luz del acuerdo marco, presentó sendas irregularidades, que configuran a leguas un grave incumplimiento de parte del propietario*”¹⁵⁹.

También manifestó la convocada en sus alegatos que, por remisión expresa a las normas civiles y procesales, resultaba necesaria no solo la constitución de servidumbres mineras “(...) *sino también de*

155 Página 185 de los alegatos.

156 Página 187 de los alegatos.

157 *Ibíd.*

158 Página 5 de los alegatos.

159 *Ibíd.*

servidumbres civiles de tránsito y energía, prueba de ello es que en los certificados de tradición y libertad de estos inmuebles, se observan registradas en diferentes 7 anotaciones, por ejemplo, en el folio No 020-99029 en la anotación 10 se tiene inscrita la servidumbre minera y en la anotación 11 la de energía Es decir, que de alguna manera estas últimas sin lugar a dudas debieron aplicar a normas civiles”¹⁶⁰.

Adicionalmente, señaló la convocada en sus alegatos que “(...) se tiene que las servidumbres NO FUERON CONSTITUIDAS EN DEBIDA FORMA por el propietario en los términos del acuerdo marco y que incluso las mismas solo fueron debidamente registradas tan solo el día 09 de noviembre de 2017, es decir, más de un año después de haberse surgido la obligación y que tal motivo solo obedeció por causa atribuible al demandante o quizás a la misma oficina de los abogados del demandante en relación a un problemas de AGRUPACION DE LOTES o ley 675 de 2001 de la propiedad horizontal como se indica en la página 2 de la escritura de aclaración No 2571 del 21 de julio de 2017 ante la notaria 25 de Medellín”¹⁶¹. Así las cosas, “Lo que mi cliente tuvo en este sentido NO FUE EL DERECHO REAL DE SERVIDUEMBRE sino un simple acto de buena vecindad o mera tolerancia que no le otorgaba ningún derecho, tan es así, que no debe olvidarse que incluso para poder entrar a la obra, según los testigos, siempre estaban supeditados a que los vigilantes del proyecto les permitieran el ingreso, es decir NO TENIAN EL DERECHO SOBRE LA COSA ni a disfrutar plenamente su derecho de servidumbre, de ser así, no se verían supeditados a dicha autorización o verificación, es decir, NUNCA TUVIERON LA POSIBILIDAD DE PUBLICAR ANTE TERCEROS Y EN ESTE CASO ANTE LOS VIGILANTES O VIGILANCIA PRIVADA DEL PROYECTO EL DERECHO DE SERVIDUMBRE QUE SUPUESTAMENTE TENIAN, SINO QUE LES CORRESPONDIA MANIFESTAR QUE TENIAN ERA UN PERMISO MAS NO UN DERECHO”¹⁶².

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

La cláusula sexta del Acuerdo Marco reguló el mecanismo jurídico para el uso de los inmuebles. Conforme a dicha cláusula “Contra la celebración del presente ACUERDO las PARTES procederán a elevar a escritura pública una **servidumbre minera**, en los términos del artículo 177 y siguientes de la Ley 685 de 2001 y las demás normas aplicables, sobre parte de los INMUEBLES identificada en los Anexos 6A y 6B. **Adicionalmente se constituirá servidumbre de tránsito y de energía sobre los predios identificados en los Anexos 14 y 15**” (Énfasis añadido).

Como contraprestación a la constitución de las referidas servidumbres, en la cláusula cuarta del Acuerdo Marco se estipuló que INGETIERRAS estaría obligado a “Realizar el pago de la indemnización por el ejercicio de las servidumbres prevista en la Cláusula Séptima del ACUERDO en favor del PROPIETARIO”. Así las cosas, en la cláusula séptima del contrato se dispuso que “El

160 *Ibíd*, página 7 de los alegatos.

161 *Ibíd*, página 8 de los alegatos.

162 *Ibíd*.

PROPIETARIO como contraprestación por el ejercicio de las servidumbres mineras previstas en el ACUERDO, requeridas para realizar las actividades mineras autorizadas en la CONCESIÓN, tendrá derecho a recibir del TITULAR MINERO a título de indemnización la suma de mil doscientos cuarenta y tres millones ochenta y nueve mil pesos (\$1.243.089.000)” (Énfasis añadido).

Conforme a la cláusula en mención, la referida indemnización sería cancelada “(...) mensualmente a partir de la suscripción del ACUERDO por el TITULAR MINERO, en veinte (20) cuotas de sesenta y dos millones ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$62.154.450), cada una contra la presentación de la correspondiente cuenta de cobro, que será entregada por LA PROPIETARIA dentro de los primeros diez (10) días de cada mes”.

Acerca de la obligación de pagar la indemnización a la que se hizo referencia, el testigo Andrés Echavarría afirmó que “(...) ellos tenían la obligación de entregar una plata por la servidumbre, una suma por la servidumbre, que si no me equivoco eran alrededor de 1.200 millones de pesos”¹⁶³.

Ahora bien, por medio de la Escritura Pública No. 3644¹⁶⁴ del 25 de octubre de 2016, es decir menos de un mes después de celebrado el Acuerdo, otorgada ante la Notaría 25 de Medellín, se estableció el ejercicio de servidumbres mineras, respecto de los lotes 5A (bajo folio de matrícula inmobiliaria No. 020-99027), 6B (bajo folio de matrícula inmobiliaria No. 020-99029), y 7 (bajo folio de matrícula inmobiliaria No. 020-99030). Así mismo, conforme la cláusula cuarta de la referida Escritura Pública, se dispuso que:

“(...) se ejercerán las servidumbres legales o forzosas para la realización de las actividades mineras de exploración, explotación, beneficio, transporte, aprovechamiento, procesamiento, transformación, comercialización, restauración y las demás actividades previstas en la ley, en especial los arts 13 y 166 y ss y demás disposiciones aplicables del Código de Minas, contenido en la Ley 685 de 2001 y demás concordantes.

*En adición a lo anterior y como complemento de la servidumbre minera descrita, **se determina la constitución de las siguientes servidumbres:***

4.1. SERVIDUMBRE DE OCUPACIÓN (...)

4.2. SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO: (...) sobre los predios identificados con el folio de matrícula inmobiliaria No. 020-88708 (...).

4.3. SERVIDUMBRE DE CONDUCCIÓN ELÉCTRICA sobre los predios identificados con los folios de matrícula Nos. 020-99029 y 020-99030 (...)” (Énfasis añadido).

163 Página 4 de la transcripción.

164 Contestación a la demanda parte 2, página 77.

Por su parte, conforme a la cláusula sexta de la referida Escritura Pública se pagaría una indemnización de mil doscientos cuarenta y tres millones ochenta y nueve mil pesos (\$1.243.089.000), de forma mensual a partir de la suscripción del ACUERDO por el TITULAR MINERO, en veinte (20) cuotas de sesenta y dos millones ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$62.154.450).

Es preciso mencionar que la Escritura Pública No. 3644 fue objeto de aclaración mediante la Escritura Pública No. 2.571¹⁶⁵ del 21 de julio de 2017 otorgada ante la Notaría 25 de Medellín “(...) con el fin de atender la NOTA DEVOLUTIVA emitida por la Oficina de Registro de Instrumento (sic) Públicos de Rionegro el día 5 de diciembre de 2016, a través de la cual se determinaron los motivos de no inscripción de la Escritura Pública No. 3.644 (...)”.

En todo caso, en el certificado de libertad y tradición del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 020-99029¹⁶⁶ consta: i) la anotación No. 10 del 9 de noviembre de 2017 de la Escritura Pública No. 3.644 del 25 de octubre de 2016, en virtud de la cual se constituyó la servidumbre minera; y ii) la anotación No. 11 de la misma fecha y de la misma Escritura Pública, por medio de la cual se constituyó la servidumbre eléctrica. Las mismas anotaciones obran en el certificado de libertad y tradición del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 020-99030¹⁶⁷.

En consecuencia, de las pruebas documentales aquí indicadas resulta evidente advertir para este panel que las servidumbres pactadas en el Acuerdo Marco fueron efectivamente constituidas.

Acerca de lo anterior, el representante legal de Ingetierras manifestó que “Aclaro que el Acuerdo Marco se firmó el 30 de septiembre del 2016, la escritura de la servidumbre es del 25 octubre del 2016, son 25 días posteriores a la firma, se hizo la escritura, pero ella solamente se registró en el 2017, en noviembre del 2017, y tal como lo contempla”¹⁶⁸.

También, el testigo Camilo Hermida afirmó en su declaración lo siguiente: “Pues yo creo que una primera aclaración es que la escritura pública se otorgó en el mes de octubre, luego de obtenerse los comprobantes fiscales. Después de que se otorgó yo hablé con Hernando y quedamos en que ellos, INGETIERRAS, sería el encargado, el responsable de hacer el trámite respectivo de registro de la escritura pública de la Oficina de Instrumentos Públicos. La escritura pública fue presentada en la Oficina de Instrumentos Públicos, yo hice un par de correos y lo llamaba a él, preguntándole que como iba eso y en diciembre nos fue notificado que fue devuelta la escritura pública, y a partir de eso hubo unos acercamientos con la Oficina de Instrumentos Públicos, un debate jurídico si había o no mérito para que hubiese generado esa devolución de esa escritura pública, y finalmente lo que llevó al traste fue que se tocó nuevamente otorgar una escritura pública aclaratoria, y que Registro también se tomó

165 Contestación a la demanda parte 2, página 94.

166 Anexos a la demanda parte 1, página 96.

167 Anexos a la demanda parte 1, página 102.

168 Página 4 de la transcripción.

varios meses finalmente en registrar, que eso fue hasta, no sé cuánto tiempo más, pero fue mucho tiempo después de la firma de la escritura pública, perdón, del Acuerdo Marco”¹⁶⁹.

En relación con la falta de pago de la indemnización pactada en el mismo Acuerdo por la constitución de dichas servidumbres, es menester para este panel resaltar que en la contestación al hecho “20.6.” de la demanda, la convocada confesó abiertamente que *“Se incumplió parcialmente con el pago de las cuotas mensuales, ya que se pagaron solo nueve cuotas de las veinte que estaban contempladas en el acuerdo marco”,* dejándose entonces de cancelar las facturas Nos. 5573, 5405, 5495, 5559, 5665, 5718, 5782, 5984, 5933 y 6058. Como justificación a dicho pago parcial, la convocada en la contestación al mismo hecho arguyó a renglón seguido que *“Empero, debe decirse que el TITULAR MINERO se vio obligado a adelantar obras para la restitución adecuada de los terrenos cuyo monto superó con creces el valor límite de \$2.500.000.000 fijado en el acuerdo marco, y el PROPIETARIO no ha cancelado a la fecha suma alguna para atender esa deuda, a pesar de que hubo promesas en el sentido de que se adelantaran esas obras, que luego se reconocería su valor, según lo manifiesta INGETIERRAS”.*

En sentido conteste, el testigo Camilo Hermida indicó en su declaración lo siguiente: **“PREGUNTADO:** (...) *¿Quisiera usted contarnos en qué circunstancia se enteró usted de eso, si le contaron cuál había sido la razón de dejar de pagar, cuánto tiempo habían dejado de pagar, qué le consta en esa circunstancia que nos ha referido, que tiene que ver con el no pago de sumas de dinero por parte de INGETIERRAS? CONTESTÓ:* (...) *ahí si le diría a usted, no sé, tengo en la cabeza que pagaron como 4 meses quizá, eso fue hace mucho rato, ya 4 años, pero ellos si nos iban contando qué pasaba con esas cuentas de cobro e inclusive nos contaban cuando por ejemplo eran rechazadas o no eran recibidas por INGETIERRAS; siempre nos mantenían al tanto (...)*”¹⁷⁰.

Lo antes expuesto entonces permite apreciar de manera evidente por parte de este Tribunal, que Ingetierras incumplió con su obligación de efectuar los pagos por concepto de indemnización derivados de la constitución de servidumbres, según lo dispuesto en el Acuerdo Marco. Ahora bien, sin perjuicio de haberse encontrado acreditado que el FIDEICOMISO JACARANDA cumplió con su obligación de constituir las respectivas servidumbres, resulta necesario para este panel señalar que la exigibilidad de la obligación a cargo de Ingetierras de cancelar la indemnización o compensación no se encontraba sujeta a que las servidumbres se constituyeran por medio de escritura pública o que fueran objeto de registro. Por el contrario, en el Acuerdo se consagró que dicha obligación comenzaría a atenderse de forma mensual a partir de la suscripción del Acuerdo, circunstancia que era plenamente conocida por Ingetierras, tanto que atendió debidamente las primeras erogaciones correspondientes a la satisfacción de dicha obligación, y solo posteriormente cesó intempestivamente su cumplimiento.

169 Página 28 de la transcripción.

170 Página 1 de la transcripción.

Adicionalmente, tampoco resulta atendible el argumento esgrimido por Ingetierras en la contestación a la demanda, relativo a que esta última dejó de pagar la mencionada indemnización por constitución de servidumbres, en razón a costos adicionales que tuvo que asumir para ejecutar las obras, comoquiera que este Tribunal no encontró demostrado que las partes hubieren pactado tal situación como evento que exonerara a la convocada del cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización por constitución de servidumbres, o que se configurare compensación alguna en razón de ello.

Por lo expuesto, este Tribunal no encuentra probada la excepción de mérito formulada por la convocada y denominada “*Incumplimiento del contrato por no constitución de servidumbre de tránsito*”, y por el contrario, encuentra suficientemente acreditado el incumplimiento de la convocada por el concepto en estudio, de suerte que declarará entonces la prosperidad de la pretensión sexta de la demanda.

9. RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN SÉPTIMA, RELATIVA AL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO MARCO, AL HABERSE REALIZADO LOS TRABAJOS DE EXPLOTACIÓN Y DEMÁS ACTIVIDADES MINERAS SIN CUMPLIR LA NORMATIVIDAD VIGENTE, ENTRE OTRAS, LA NORMATIVIDAD AMBIENTAL.

i. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE.

En la demanda la convocante formuló la siguiente pretensión:

“SÉPTIMA (7) PRETENSIÓN: *Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, INCUMPLIÓ la obligación prevista en la Cláusula CUARTA (Numerales 4.9., 4.10 y 4.13) del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, consistente en realizar los trabajos de explotación y demás actividades mineras cumpliendo la normatividad aplicable, por haber infringido, entre otras, la normatividad.”*

En sus alegatos afirmó la convocante que las partes incluyeron esta obligación en la cláusula 4ª, numeral 4.9. del ACUERDO MARCO; y en cláusula 4ª numeral 4.13. Adicionalmente esta obligación también se encontraba contenida en el contrato de concesión minera, como sigue: “*Guías Minero Ambientales, adoptadas por los Ministerios del Medio Ambiente y Minas y Energía mediante la resolución número 18-0861 del 20 de agosto de 2002*” [Ver cláusula 1ª, numeral 1.3. del contrato Minero], y además a “*dar cabal cumplimiento a las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental que se señalen en este contrato y en el Código de Minas*”¹⁷¹.

Aseveró igualmente que “*De acuerdo con lo establecido en el artículo 85 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas), el desarrollo de las actividades mineras exige la previa obtención de una Licencia Ambiental, acto administrativo cuyas obligaciones, por expreso mandato del mismo estatuto minero,*

171 Página 190 de los alegatos de la convocante.

*quedan incorporadas como obligaciones del concesionario*¹⁷². Así mismo, señaló la convocante que esta obligación también se encuentra contenida en el Decreto 1220 de 2005 y la Ley 1333 de 2009.

De igual manera, también mencionó la convocante que las causas del incumplimiento de la normatividad vigente fueron: i) haber iniciado la explotación de forma previa a la culminación de la recuperación del frente Guayabito, de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones Nos. 112-0020 del 14 de enero de 2005 y 112-5877 del 14 de noviembre de 2007; ii) el incumplimiento de las obligaciones previstas en la licencia, relativas al manejo de aguas y obtención del permiso de vertimientos; iii) no respetar *“la franja de retiro existente con el Rio Negro, no solamente por la construcción de los Jarillones, sino también por las labores de sobreexplotación que ejecutó en la mismas, lo que vulnera las normas ambientales y la Licencia Ambiental”*; e iv) incumplir *“el PLAN DE TRABAJOS Y OBRAS (PTO), conducta que además de influir negativamente en los tiempos de desarrollo de las labores de INGETIERRAS, constituyó una violación de los artículos 59 y 84 del Código de Minas, del CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA, y por supuesto, del ACUERDO MARCO”*.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA.

Acerca de esta pretensión, en la contestación a la demanda no se formuló excepción de mérito alguna tendiente de manera específica a enervar esta pretensión, así como tampoco fue mencionado ninguna defensa material y concreta en sus respectivos alegatos de conclusión.

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

En primera medida, es menester señalar que en el Acuerdo Marco celebrado por las partes se encontraba consagrada la obligación del Ingetierras de respetar la normatividad aplicable en la explotación minera, tal y como se transcribe a continuación (Cláusula cuarta, numeral 4.9):

“4.9. Realizar los trabajos de explotación y demás actividades mineras, cumpliendo la normatividad aplicable.”

Ahora bien, resulta de suma relevancia para el estudio de esta pretensión analizar la medida cautelar de suspensión de la licencia ambiental decretada por la ANLA, el 25 de septiembre de 2017, que a la fecha de presentación de la demanda no ha sido objeto de levantamiento. En la referida Resolución se mencionó que conforme al Concepto Técnico No. 02922 del 20 de junio de 2017¹⁷³, también proferido por el Grupo Interno de Subdirección de Evaluación y Seguimiento de la ANLA, entre otras cosas, se había podido concluir que Ingetierras: i) *“(…) no realiza un manejo adecuado aguas, y por la cercanía al río el nivel freático es muy superficial, esto sumado a las aguas lluvias y de escorrentía,*

172 Ibid., página 191.

173 Página 74 de los anexos a la demanda parte 4.

ocasiona la presencia constante de agua en la celda (...) no se manejan pendientes ni conexión de canales, que busquen encausar las aguas al caudal principal, tampoco se evacuan de la celda al caudal, por medio de la motobomba"; ii) los dos sedimentadores contiguos al pozo no suplen las necesidades en épocas de lluvias, así como tampoco se cuenta con permiso de vertimiento; y iii) el Jarillón en la margen derecha del río Negro incumple lo señalado en el numeral 1 del artículo primero de la Resolución 1758 de 2008, que modificó el ancho de la franja de aislamiento. Por otro lado, en otro aparte de la Resolución, se hizo alusión al Concepto Técnico No. 04099 del 29 de agosto de 2017¹⁷⁴, proferido por Grupo Interno de Subdirección de Evaluación y Seguimiento de la ANLA, en el cual se pudo evidenciar también: i) la ausencia de permiso de vertimiento para los frentes Guayabito y Haras; y ii) una indebida planificación minera, al efectuarse una disposición desordenada de materia estéril en la margen de protección del río Negro.

Ahora bien, el levantamiento de la mencionada medida cautelar fue negado mediante la Resolución No. 01386 del 21 de agosto de 2018 de la ANLA, bajo el sustento transcrito a continuación:

*"Ahora bien, como se evidenció en el Concepto Técnico 04272 del 01 de agosto de 2018, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales determinó técnicamente que la sociedad INGETIERRASDE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN con NIT 811006779-8, no allegó los soportes probatorios suficientes que acrediten el cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad ambiental para el levantamiento de la medida preventiva impuesta por la Resolución 01158 del 25 de septiembre de 2017."*¹⁷⁵

La ausencia de levantamiento de la medida preventiva fue reconocida por el representante legal de Ingetierras, como sigue: *"PREGUNTA # 12: Gracias, doctor Cortés. Para pedirle por favor, doctor Cortés, que examine la cláusula 4.9 del Acuerdo Marco de fecha 30 de septiembre de 2016, ya pluricitado en esta Audiencia, relativas el 4.9 a realizar los trabajos de explotación y las demás actividades mineras cumpliendo la normatividad aplicable, y el 4.10, en donde a INGETIERRAS se le señala que debe asumir todas las responsabilidades jurídicas y patrimoniales que se deriven de la actividad minera desplegada en los términos del acuerdo y de la concesión. Para preguntarle, doctor Cortés, si teniendo en cuenta esas obligaciones del Acuerdo Marco, y teniendo en cuenta las medidas cautelares, o las medidas preventivas impuestas por la Autoridad Ambiental, que obviamente impactan el terreno, preguntarle si INGETIERRAS ya obtuvo el levantamiento de esas medidas preventivas de carácter ambiental, de manera que le permitan restituir los predios al FIDEICOMISO libres de cualquier contingencia o medida de esta índole. Adelante, doctor Cortés. **CONTESTÓ: No lo ha obtenido, está en proceso**"*¹⁷⁶ (Énfasis añadido).

Igualmente, fue reconocida la vigencia de la medida cautelar decretada por la ANLA, por parte del testigo Camilo Arbeláez, como se destaca a continuación: *"Para preguntarle, señor Andrés, si sabe si*

174 Página 86 de los anexos a la demanda parte 4.

175 Anexo al dictamen rendido por Luis Restrepo.

176 Página 21 de la transcripción.

esa sanción, o más bien, si esa medida preventiva de suspensión, ya les fue levantada a ustedes. **CONTESTÓ:** no señor, no ha sido levantada, pero hay que hacer claridad en que esta medida de suspensión de actividades es de la actividad de la extracción del material, obviamente cuando uno suspende la actividad de los llenos, la recuperación de las celdas. Pero no, no se ha levantado, no señor”¹⁷⁷.

Por su parte, el perito Restrepo manifestó en su interrogatorio no compartir el discernimiento de la ANLA al imponer la medida preventiva, al no haber presenciado físicamente el lugar, sin embargo sus argumentos no resultan plausibles para este Tribunal, toda vez que no se demostró su procedencia técnica frente a la medida decretada por la ANLA, toda vez que la vigencia de la misma permanece inalterada. Acerca del particular, el referido perito indicó en su interrogatorio, lo siguiente: **“PREGUNTADO:** Y sobre la falta de mantenimiento que aparece señalada por los técnicos del ANLA que hicieron la visita, ¿tampoco está de acuerdo usted con esa evidencia que encontraron ellos? ¿Tampoco la comparte, tampoco está de acuerdo? **CONTESTÓ:** **Pues doctor, que la hubiera presenciado físicamente, podría pronunciarme más fácilmente sobre el tema. Pero en las respuestas que en mi concepto dio INGETIERRAS en su momento al ANLA, y los descargos que presentó, me dan la impresión de que no había lugar a esa situación**¹⁷⁸ (Énfasis añadido) (...) **PREGUNTADO:** Sí ingeniero, pero excúseme y con la venia del Tribunal; es que mi pregunta no es si usted está de acuerdo o no con la opinión de ANLA o quien considera usted que tenía que construir y diseñar esas obras. La pregunta es más simple que eso y es: ¿encontró usted si esos canales, cunetas que exigía ANLA en esas visitas de 2018, fueron o no fueron construidas por INGETIERRAS? **CONTESTÓ:** No señor, no vi cunetas y no observé problema con que no las hubiera, por lo que he mencionado: es una zona de altísimo riesgo de inundación, y no es posible lo que se pretendía por parte de la interventoría que se taponaran entradas del río, dizque porque estaban muy visibles y entonces se debían haber taponado o haber construido elementos que perturbaran la circulación libre del agua; porque estaba completamente prohibido”¹⁷⁹.

Ahora bien, acerca del referido incumplimiento de la normatividad ambiental, en el dictamen del perito Marco Alzate de marzo de 2019¹⁸⁰ se reiteraron las razones esgrimidas en las Resoluciones de la ANLA ya referenciadas. En adición, se manifestó en dicha experticia que Ingetierras incumplió el requisito contenido en la concesión minera, relativa a que antes de abrir un nuevo frente de explotación, debía haber recuperado en su totalidad el frente anteriormente iniciado, como sigue:

“La Licencia Ambiental del contrato de concesión minera de Ingetierras establece como requisito técnico que antes de abrir un nuevo frente de explotación, Ingetierras debió haber

177 Página 42 de la transcripción.

178 Página 6 de la transcripción.

179 Página 9 de la transcripción.

180 Páginas 10 y 11 del DICTAMEN PERICIAL DE CONTRADICCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL DEL FIDEICOMISO DE ALIANZA FIDUCIARIA COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL “FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.” CONTRA INGETIERRAS DE COLOMBIA – EN REORGANIZACIÓN, elaborado por el perito MARCO ANTONIO ALZATE OSPINA.

recuperado el 100% del frente anteriormente iniciado (este requerimiento técnico aparece en la licencia ambiental y su modificación, adjuntas a este dictamen).

A pesar de lo anterior durante todo el desarrollo del Acuerdo Marco firmado el 30 de septiembre de 2016, el PROFESIONAL MINERO, ha estado realizando labores en el frente de Guayabito, tal y como se describe en los informes técnicos del ANLA citados en el auto No. 6187 del 1 de julio de 2020 (anexo a este dictamen).

(...)

La AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – ANLA, mediante la resolución 1158 del 25 de septiembre del año 2017, ordenó una “medida preventiva de suspensión inmediata de las actividades de explotación del proyecto “explotación de materiales de construcción, sector de llano grande, Vereda de Guayabito, Tablacito y Tablazo”, amparado por el Título Minero número 5837, localizado en inmediaciones del municipio de Rionegro – Antioquia, por las razones ampliamente expuestas en la parte motiva de la presente Resolución”.

Es decir, un año después de haber iniciado el ACUERDO MARCO, Ingetierras seguía explotando materiales en Guayabito.

Posteriormente, en la resolución N° 01368 del 21 de agosto de 2018, “por la cual se niega el levantamiento de una medida preventiva y se adoptan otras determinaciones” se informa: “En el proyecto se cuenta con los dos (2) frentes mineros adelantados por la sociedad: frente de explotación Guayabito y frente de explotación Las Haras.

- *Frente de explotación Guayabito Este (sic) frente comenzó sus trabajos en el año 2005, en la vereda Guayabito, en predios de la familia Isaza Escobar, con quienes la Sociedad realizó un contrato de servidumbre minera para explotación (...)¹⁸¹.*

También se encuentra en el acervo probatorio el informe de interventoría del 14 marzo de 2020¹⁸² anexo al dictamen, en el cual se indicó que la interventoría “(...) ha podido verificar que la AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES – ANLA, mediante la resolución 1158 del 25 de septiembre del año 2017, ordenó una “medida preventiva de suspensión inmediata de las actividades de explotación del proyecto “explotación de materiales de construcción, sector de llano grande, Vereda de Guayabito, Tablacito y Tablazo”, amparado por el Título Minero número 5837, localizado en inmediaciones del municipio de Rionegro – Antioquia, por las razones ampliamente expuestas en la parte motiva de la presente Resolución. (...) Las razones de esa decisión están explicadas en la misma resolución, y se resumen en incumplimientos por manejo de aguas a través de un canal mal hecho;

181 *Ibíd.*

182 Anexo al dictamen del perito Marco Alzate.

insuficiencia de los sedimentadores en época de lluvias; inexistencia de permiso de vertimientos de las aguas residuales y no respetar el retiro respecto del cauce del Río Negro”.

Con sustento en lo anteriormente expuesto, no existe duda para este Tribunal acerca de que Ingetierras quebrantó el Acuerdo Marco, al no atender la normatividad ambiental vigente, de lo cual brindan cuenta las Resoluciones de la ANLA a que se ha hecho mención, y contentivas de la medida cautelar de suspensión de actividades, así como los pronunciamientos referidos a la negativa de la misma autoridad para su levantamiento, todo lo cual configura para este panel una evidencia clara, objetiva e incuestionable de la infracción de las normas ambientales por parte de Ingetierras. En consecuencia, este panel arbitral declarará entonces la prosperidad de la pretensión séptima de la demanda.

10. RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES OCTAVA (8ª), NOVENA (9ª), DÉCIMA (10ª), UNDÉCIMA (11ª), DUODÉCIMA (12ª), DÉCIMO TERCERA (13ª), DÉCIMO CUARTA (14ª) Y DÉCIMO QUINTA (15ª) DE LA DEMANDA, SOBRE EXIGIBILIDAD DE LA SANCIÓN POR MORA, DE LA CLÁUSULA PENAL Y LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS.

i. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE.

La convocante en la demanda formuló las siguientes pretensiones:

“OCTAVA (8ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, al haber incumplido las obligaciones derivadas del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, le ha ocasionado perjuicios al “FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.” cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

NOVENA (9ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que por razón y con ocasión de los incumplimientos de las obligaciones previstas en las Cláusulas CUARTA (Numeral 4.8.) y NOVENA del ACUERDO MARCO celebrado el día 30 de septiembre de 2016, ha surgido para la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, la obligación de pagar la SANCIÓN POR MORA EN LA RESTITUCIÓN prevista en la cláusula DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.1.) del mismo ACUERDO MARCO, multa sucesiva de apremio, que equivale a 10 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por cada día de retraso que deberá ser liquidada a partir del día 2 de octubre de 2017 y hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la obligación de restitución total de los INMUEBLES.

DÉCIMA (10ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que el pago de la sanción por mora en la restitución señalada en la pretensión 9ª, no exime a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, del cumplimiento de la obligación principal de restitución o entrega de los inmuebles derivada del acuerdo marco, así como tampoco de la obligación de reparar todos los

danos e indemnizar integralmente los perjuicios sufridos por el FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.

UNDÉCIMA (11ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que la sociedad INTEGIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, al haber incumplido las obligaciones indicadas en las pretensiones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, y 7ª de esta demanda, debe pagar al FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA la CLÁUSULA PENAL prevista en las cláusulas DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.2.) y VIGÉSIMA del acuerdo marco.

DUODÉCIMA (12ª) PRETENSIÓN: Se DECLARE que el pago de la CLÁUSULA PENAL señalada en la pretensión 12ª, no exime a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, del cumplimiento de las obligaciones principales derivadas del acuerdo marco, así como tampoco de la obligación de reparar todos los danos e indemnizar integralmente los perjuicios causados al FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. en toda o suma o monto que exceda el valor de la penalidad.

(...)

DÉCIMO TERCERA (13ª) PRETENSIÓN: Se CONDENE a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, a pagar al demandante FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., la SANCIÓN POR MORA EN LA RESTITUCIÓN prevista en la cláusula DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.1.) del ACUERDO MARCO, multa sucesiva de apremio, que equivale a 10 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por cada día de retraso que deberá ser liquidada a partir del día 2 de octubre de 2017 y hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la obligación de restitución total de los INMUEBLES.

DÉCIMO CUARTA (14ª) PRETENSIÓN: Se CONDENE a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, a pagar al demandante FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., el valor de la cláusula penal de conformidad con lo previsto en la cláusula DÉCIMA TERCERA (Numeral 13.3.2.) del ACUERDO MARCO.

DÉCIMA QUINTA (15ª) PRETENSIÓN: Se CONDENE a la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA EN REORGANIZACIÓN, a pagar al FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA cuya vocera y administradora es la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., el valor de la indemnización integral de perjuicios causados por los múltiples incumplimientos al acuerdo marco, de acuerdo con la estimación razonada que se efectúa en el presente escrito de demanda en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, en todo aquello que exceda lo cubierto con la cláusula penal solicitada en la PRETENSIÓN 14ª de esta demanda”.

En relación con la multa sucesiva de apremio por la mora en la entrega o restitución de los terrenos al FIDEICOMISO JACARANDA, en sus alegatos de conclusión la convocante indicó que la condena a INGETIERRAS a pagar la referida multa, pactada en la cláusula 13 del Acuerdo Marco, resulta procedente *“Habiéndose establecido el grave incumplimiento de la obligación de restitución de los predios, debidamente recuperados y readecuados en las condiciones del ACUERDO MARCO”*¹⁸³. Dicha multa, para la fecha de presentación de los alegatos de conclusión, fue calculada por la convocante en \$9.388'160.030.

Por su parte, y habiendo mencionado que *“la multa sucesiva de apremio que se reclama en este proceso, no es excluyente de la cláusula penal (...)”*¹⁸⁴, la convocante manifestó respecto de la obligación a cargo de Ingetierras de pagar la cláusula penal que *“(...) todos los incumplimientos contractuales, exceptuando la mora en la entrega o restitución de los predios, tienen la virtud de generar la causación de la cláusula penal prevista en el numeral 13.3.2., lo que implica que para la procedencia de una condena en por este concepto, debe previamente haberse acreditado la infracción de alguna de las demás obligaciones previstas a cargo del TITULAR MINERO”*¹⁸⁵. Adicionalmente indicó la convocante en sus alegatos que el valor de la cláusula penal ascendía a \$748'617.800.

Finalmente, la convocante señaló en sus alegatos que *“no obstante el pago de la cláusula penal, EL FIDEICOMISO puede exigir tanto el “cumplimiento de la obligación principal”, como la “reparación de todos los daños sufridos por o con ocasión de dicho incumplimiento que excedan el valor de la presente penalidad”*¹⁸⁶, los cuales acreditó mediante *“(...) dos (2) informes de interventoría para acreditar el estado de obras faltantes (daño) y dos (2) dictámenes periciales para acreditar su valor (perjuicio) (...)”*¹⁸⁷.

ii. POSICIÓN DE LA CONVOCADA.

En la contestación a la demanda, la convocada formuló las siguientes excepciones de mérito, tendientes a enervar las pretensiones bajo estudio: *“No procedencia de la cláusula penal, reducción de la misma”, “Improcedencia y reducción de la sanción moratoria”, “Reducción de la cláusula penal”, “Inexistencia del daño y ausencia del nexo causal. Improcedencia del cobro de perjuicios”, y “Compensación”.*

Acerca del particular, en sus alegatos la convocante señaló que *“No existe en el abundante inventario documental del proceso, una sola prueba de la existencia y del monto o la cuantía del daño que dice haber sufrido el demandante. Según la acción incoada por el demandante este tiene la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad civil de naturaleza contractual. No hay un solo elemento*

¹⁸³ Página 203 de los alegatos.

¹⁸⁴ Página 207 de los alegatos.

¹⁸⁵ Página 209 de los alegatos.

¹⁸⁶ Página 212 de los alegatos.

¹⁸⁷ Página 212 de los alegatos.

de convicción que lleve al fallador a ordenar el pago de perjuicios o daños ocasionados al demandante. No solo no sufrieron los perjuicios, sino que por el contrario, además se beneficiaron y de gran manera, con la ejecución de las obras ejecutadas por la parte demandada. Por lo tanto, los perjuicios no se presentaron, solo beneficios expresados en miles de millones de pesos para el demandante y el proyecto, el detrimento, en cambio, lo sufrió el demandado a quién no le pagaron las obras ejecutadas, tal como aparece en los abundantes documentos anexados al expediente”¹⁸⁸.

iii. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

El Tribunal abordará de manera integrada el estudio de las pretensiones octava a décimo quinta de la demanda, en cuanto se refieren todas ellas a la exigibilidad de las sanciones estipuladas en la CLÁUSULA TRECE del Acuerdo Marco, conjuntamente con las de indemnización de los perjuicios.

Para el análisis sobre estos aspectos del litigio, se hacen las siguientes consideraciones preliminares:

En los términos del artículo 1592 del Código Civil *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

Conforme con esta definición, la cláusula penal (i) genera una obligación distinta de la principal, cuyo objeto es la pena convenida consistente en dar o hacer algo; (ii) es accesoria a la obligación principal (art.1593 CC¹⁸⁹); y (iii) se halla condicionada al incumplimiento o al retardo de la obligación a cargo de quien debe cumplirla¹⁹⁰.

La estipulación penal se dice accesoria porque su causa final es la de sancionar el incumplimiento de otra obligación, a la cual está ligada, de tal manera que en caso de ineficacia de la principal, la pena también queda sin efectos.

Por disposición del artículo 1594 del Código Civil¹⁹¹ *“[A]ntes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación*

¹⁸⁸ Página 4 de los alegatos.

¹⁸⁹ **Artículo 1593. Nulidad y validez de la cláusula penal.** La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal.

Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona.

Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.

¹⁹⁰ **Artículo 1530. Definición de obligaciones condicionales.** Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.

¹⁹¹ **Artículo 1594. Tratamiento de la obligación principal y de la pena por mora**

Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la

principal". Al propio tiempo, el artículo 1595 del Código Civil (inc.1º)¹⁹² señala que "*Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora si la obligación es positiva*".

Así las cosas, para hacer exigible la pena no basta el solo retardo en la ejecución, sino que es necesario que se constituya en mora al deudor para que quede definido con certeza el incumplimiento, condición a la cual está sujeta la exigibilidad de la pena, así como también se requiere la mora para que se cause la indemnización de los perjuicios.

Aquí cabe hacer una precisión: Conforme con lo dispuesto en el artículo 1608¹⁹³ del Código Civil, el deudor está en mora (i) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado (*dies interpellat pro homine*); ii) cuando no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla y, en los demás casos; iii) cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

De esta manera, si está fijado un término para que se cumpla la obligación, vencido este sin cumplimiento por parte del deudor, quedará constituido en mora sin necesidad de requerimiento.

El artículo 1594 del Código Civil¹⁹⁴ establece además que, una vez constituido en mora el deudor, el acreedor puede exigir a su arbitrio el cumplimiento o la pena, esto es, una u otra, más no en forma acumulada. No obstante, la propia norma faculta al acreedor para exigir el cobro de la **pena**

obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

¹⁹² **Artículo 1595. Causación de la pena**

Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.

¹⁹³ **Artículo 1608. Mora del deudor.** El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

¹⁹⁴ **Artículo 1594. Tratamiento de la obligación principal y de la pena por mora.**

Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

conjuntamente con la obligación principal si se ha pactado de esa forma¹⁹⁵, caso en el cual la cláusula penal cumple una función de apremio tendiente a compeler al deudor a cumplir la obligación principal ante la amenaza de que se haga exigible la sanción.

Según como quede pactada, la cláusula penal puede tener distinta naturaleza: O bien puede ser: (i) la tasación anticipada de perjuicios, caso en el cual tiene una función indemnizatoria, resarcitoria de los efectos del incumplimiento o bien (ii) tener carácter puramente sancionatorio.

A su turno, conforme con lo dispuesto por el artículo 1600 del Código Civil¹⁹⁶, es acumulable **la pena y la indemnización de los perjuicios** si se ha pactado dejando a salvo esta última, caso en el cual el acreedor se reserva el derecho a ser resarcido íntegramente por la inejecución total o parcial o por la ejecución imperfecta de la obligación principal.¹⁹⁷

En cuanto al límite legal de las sanciones y la posibilidad de rebajar las penas pactadas, el tratamiento es distinto en la legislación civil y en la mercantil.

Según el artículo 1601 del Código Civil:

“Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

¹⁹⁵ Art. 1594 C.C. “(...) o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.”

¹⁹⁶ Artículo 1600. Pena e indemnización de perjuicios. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

¹⁹⁷ “Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”. Corte Suprema de Justicia, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. 4823.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.”

A su vez, el artículo 1596 del Código Civil dispone que “*Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal*”.

Por su parte, en la regulación mercantil el artículo 867¹⁹⁸ señala que:

“Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

A la luz de las anteriores consideraciones, el Tribunal procede a examinar las sanciones pactadas en la CLAÚSULA TRECE del Acuerdo Marco celebrado entre el FIDEICOMISO JACARANDA e INGETIERRAS, y a decidir sobre la procedencia de su aplicación.

Al respecto se observa que fueron convenidas dos cláusulas penales con distinta finalidad. En el numeral 13.3.1 de la CLAÚSULA TRECE se dispuso la (i) **sanción por mora** en la obligación a cargo de INGETIERRAS de entregar los inmuebles¹⁹⁹, al paso que en el numeral 13.3.2 se pactó la (ii) **pena por incumplimiento** de cualquiera de las partes por obligaciones distintas de la de restitución de los terrenos.

¹⁹⁸ **Artículo 867 C.Co.** Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.

¹⁹⁹ Cláusula CUARTA num.4.8 y NOVENA del Acuerdo Marco.

i. ANÁLISIS DE LA SANCIÓN POR MORA (NUMERAL 13.3.1. DE LA CLÁUSULA TRECE).

Se examina en primer lugar la referida en el numeral 13.3.1 de la CLÁUSULA TRECE, la cual quedó estipulada en los siguientes términos:

“DECIMA TERCERA.- SANCIONES: 13.3.1. Sanción por mora en la restitución. En caso de que TITULAR MINERO incumpla total o parcialmente sus obligaciones establecidas bajo la Cláusula Novena y no restituya los INMUEBLES en los plazos señalados en el ACUERDO, el TITULAR MINERO pagará al PROPIETARIO a título de multa sucesiva de apremio, una suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada día de retraso contado a partir del día hábil siguiente a aquél en que debía efectuarse la restitución de los INMUEBLES al PROPIETARIO previo visto bueno del INTERVENTOR. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que el PROPIETARIO tiene de exigir: a) el cumplimiento del ACUERDO; b) la reparación de todos los daños sufridos por o con ocasión de dicho incumplimiento.

A efectos de hacer exigible el pago de la sanción a que se refiere esta Cláusula, las PARTES acuerdan y establecen que, no será necesario constituir en mora al TITULAR MINERO, ni reconvenirle judicialmente.”

Destaca el Tribunal, en primer lugar, que esta cláusula (numeral 13.3.1) del ACUERDO MARCO prevé una “multa” sucesiva de apremio equivalente a 10 SMLMV por cada día de retraso en la restitución de los terrenos.

Acerca del particular, adujo la convocada en su contestación a la demanda que estas sanciones nunca fueron impuestas ni notificadas mientras estuvo vigente el plazo del Acuerdo Marco, sino que se “imponen” con la demanda, por lo tanto no se observó el derecho de defensa de toda actuación sancionatoria y constituye así un incumplimiento del FIDEICOMISO JACARANDA.

Se precisa, sin embargo, que a diferencia del tratamiento legal de las multas en los contratos estatales²⁰⁰, en que la entidad pública tiene la facultad de imponerlas unilateralmente y debe hacerlo

²⁰⁰ **LEY 1150 DE 2007. ARTÍCULO 17.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y

mediante un procedimiento que garantice el derecho de defensa del contratista, en este caso se trata de una cláusula penal sancionatoria pactada conforme con la legislación civil y comercial, caso en el cual ante el incumplimiento de las obligaciones se debe acudir al juez del contrato para solicitar su imposición²⁰¹.

En segundo lugar²⁰², la pena quedó prevista únicamente en relación con la obligación de INGETIERRAS de restituir los inmuebles, obligación estipulada en las Cláusulas CUARTA (4.8) y NOVENA del Acuerdo Marco, para ser cumplida en fechas determinadas, así:

Zonas	Plazo de Entrega
Zona 1	30 de septiembre de 2017
Zona 2	15 de Febrero de 2018
Zona 3	15 de Junio de 2018

Habiendo sido fijado para cada una de las zonas de terreno el momento en que debía producirse su restitución por parte de INGETIERRAS, la sanción por mora se causa por el solo hecho del retardo y sin necesidad de que el obligado sea reconvenido judicialmente para constituirlo en mora, no solo por la renuncia expresa que este hizo, sino también por disposición del artículo 1608 del Código Civil, el cual señala que:

“El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. (...)”

En consonancia con la estipulación contractual (13.3.1), la sanción se causa *“por cada día de retraso contado a partir del día hábil siguiente a aquél en que debía efectuarse la restitución”*.

Es claro, por lo demás, que la pena allí estipulada (num.13.3.1) fue pactada con carácter sancionatorio cuya liquidación correspondería, según lo convenido, al monto diario fijado como sanción equivalente a 10 SMLMV por cada día de retardo, desde el 2 de octubre de 2017, día hábil siguiente al primer

en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

²⁰¹ Sobre las multas en derecho civil, expresa FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág.218: “A diferencia de la cláusula penal, que es una estimación adelantada de perjuicios, en cuantía fija preestablecida, la “multa” es una amenaza con finalidad y función intimidatoria, de fuente exclusivamente judicial, aplicable en la hipótesis de desobediencia de una orden o condena pronunciada en proceso... En nuestro derecho, dicho mecanismo ha sido extraño al funcionamiento del derecho privado.”

²⁰² Sobre las multas en derecho civil, expresa FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág.218: “A diferencia de la cláusula penal, que es una estimación adelantada de perjuicios, en cuantía fija preestablecida, la “multa” es una amenaza con finalidad y función intimidatoria, de fuente exclusivamente judicial, aplicable en la hipótesis de desobediencia de una orden o condena pronunciada en proceso... En nuestro derecho, dicho mecanismo ha sido extraño al funcionamiento del derecho privado.”

plazo previsto para la entrega, y hasta la fecha en que aquella se produzca o se hubiese producido de forma total y definitiva para las tres zonas, si fuere el caso, todo ello sin perjuicio de aplicar el límite legal de la pena según corresponda.

Ahora bien, para resolver sobre la pretensión DÉCIMA (10ª) de la demanda, consistente en que se declare que el pago de la sanción por mora en la restitución no exime del cumplimiento de la obligación principal de restitución, ni tampoco de la obligación de reparar integralmente los perjuicios, el Tribunal observa que se solicita declarar lo que corresponde exactamente al tenor literal de lo pactado por las partes en el numeral 13.3.1. de la cláusula TRECE del Acuerdo Marco, por lo cual huelga cualquiera otra consideración para declarar su prosperidad.

En cuanto a las pretensiones NOVENA (10ª) y DÉCIMOTERCERA (13ª), que buscan que se declare que se encuentran cumplidos los supuestos para la aplicación de la sanción por mora y hacerla exigible, el Tribunal encontró demostrado, tal como fue analizado en otro acápite del presente Laudo, que la ejecución de la obligación de restitución de los inmuebles se cumplió solo parcial y tardíamente, de la siguiente forma:

Zona	Fecha pactada	Área total M2 *	Área entregada	Fecha
Zona 1	30-09-2017	20.621,31	20.621,31	12-09-2018
Zona 2	15-02-2018	16.253,58	3.212,33	27-03-2019
Zona 3	15-06-2018	37.480,90	775,91	19-07-2018

Así las cosas, es procedente en principio aplicar la sanción por mora en la restitución de los inmuebles prevista en el numeral 13.3.1. de la cláusula TRECE del Acuerdo Marco, conforme a la siguiente liquidación, sin perjuicio de aplicar a la pena el límite legal, y proceder a su reducción proporcionalmente al porcentaje de cumplimiento, si a ello hubiere lugar.

Los días en mora se cuentan a partir del 2 de octubre de 2017, primer día hábil siguiente a la fecha en que debía haberse producido la entrega de la Zona 1, y se liquidan a la fecha del laudo -10 de febrero de 2021- para un total de 1.227 días. Para el cálculo de la sanción se debe tener presente que está pactada en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) por cada día de retraso, razón por la cual se debe tomar el salario mínimo vigente para cada período, así:

Periodo	Número de Días	Salario Mínimo	10 SMLMV	Valor Multas del Período	Zonas en mora de entrega
02-10-2017 a 31-12-2017	91	\$737.717	\$7.377.170	\$671.322.470	Zona 1, 2 y 3

01-01-2018 a 31-12-2018	a	365	\$781.242	\$7.812.420	\$2.851.533.300	Zona 1 hasta el 12-09-2018, Zonas 2 y 3.
01-01-2019 a 31-12-2019	a	365	\$828.116	\$8.281.160	\$3.022.623.400	Zonas 2 y 3.
01-01-2020 a 31-12-2020	a	365	\$877.802	\$8.778.030	\$3.572.658.210	Zona 2 y 3.
01-01-2021 a 10-02-2021	a	41	\$908.526	\$9.085.260	\$372.495.660	Zonas 2 y 3
TOTAL		1.227			\$10.490.633.040	

INGETIERRAS alegó en sus excepciones que no todo el retardo en la entrega de los inmuebles le es imputable, puesto que se presentaron causas ajenas a su conducta por las cuales no pudo acometer los trabajos para dejar los terrenos en condiciones de ser restituidos al FIDEICOMISO, así como por razón de la inundación de una parte de los terrenos y la incidencia de los factores climáticos, y también por los trabajos adicionales con ocasión de los cambios de diseño, que implicaron -según dijo- una demora en la ejecución que no le resulta atribuible.

Al margen de que tales eventos no quedaron demostrados ni fueron cuantificados, sobre este aspecto el propio convocante hace notar²⁰³ que, aún si se aceptara sustraer los períodos de retardo por las mayores cantidades de obra como consecuencia de los cambios de diseño pactados entre INGETIERRAS y UMBRAL y por las otras incidencias, el valor de la sanción excedería en todo caso el monto pretendido en la demanda pues, en efecto, al descontar de la sanción los retrasos aducidos por INGETIERRAS como no imputables, de 150 días por razón de los cambios de diseño a partir de junio de 2017 y de 90 días con ocasión de la inundación ocurrida el 4 de mayo de 2018, por la cantidad de \$1.809.693.300²⁰⁴, la sanción correspondería a \$8.690.939.740. En cuanto a la reducción que legalmente procede, cualquiera que sea la naturaleza de la cláusula penal -sancionatoria o indemnizatoria-²⁰⁵, se encuentra admitido por la propia convocante que INGETIERRAS realizó entregas parciales de los terrenos, y así ha quedado demostrado por otros medios de prueba aportados válidamente en el curso del presente trámite²⁰⁶, de la siguiente forma:

Zona	Área total M2	% de área por zona	Área entregada	% entregado por zona	% cumplido sobre total
------	------------------	-----------------------	-------------------	-------------------------	---------------------------

²⁰³ Pág.205 del alegato de conclusión del convocante.

²⁰⁴ Esta cantidad resulta de calcular un período de 150 días del año 2017, a razón de 7.377.170 (10 SMLMV) diarios y 90 días del año 2018 a razón de 7.812.420 (10 SMLMV) por cada día.

²⁰⁵ Artículos 1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

²⁰⁶ Acta No.1 de 19 de julio de 2018, sobre entrega de área parcial de la Zona 3; Acta No.2 de 12 de septiembre de 2018, sobre entrega de la Zona 1 y Acta No.3 de 27 de marzo de 2019 sobre entrega parcial de la Zona 2.

Zona 1	20.621,31	28%	20.621,31	100%	27.33
Zona 2	16.253,58	22%	3.212,33	19.7%	4.32
Zona 3	37.480,90	50%	775,91	2.07%	1.04
TOTAL	74.355,79	100%	24.609,55		33.10%

Así las cosas, con fundamento en el artículo 867 del Código de Comercio, según el cual, el juez reducirá la pena “*cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*”, procede el Tribunal a rebajar del monto de la pena establecido en **\$10.490.633.040**, la cantidad equivalente al 33.10%, porcentaje correspondiente a la parte cumplida por INGETIERRAS de la prestación de entregar los inmuebles, es decir la suma de **\$3.472.399.520**, así:

Valor de la sanción:	\$10.490.633.040
Menos la parte cumplida:	\$ 3.472.399.520
Total de la sanción:	\$ 7.018.233.520

En cuanto al tope máximo de la sanción, en la oportunidad en que la parte convocante subsanó la demanda indicó la cantidad de \$6.737.560.200 como el valor reclamado por concepto de la sanción por mora en la restitución de los inmuebles y agregó que “*si bien el valor que se causaría por esta penalidad excede el monto efectivamente reclamado con la demanda arbitral*”, solamente reclama el valor de las penalidades que no exceda el límite legal del artículo 1601 del Código Civil²⁰⁷ para que no se configure cláusula penal enorme.

Como ya fue mencionado en antecedencia, en contra de esta pretensión el convocado formuló las **excepciones** que denominó “NO PROCECEDENCIA DE LA CLAUSULA PENAL – REDUCCION DE LA MISMA – IMPROCEDENCIA Y REDUCCIÓN DE LA SANCION MORATORIA”.

Adujo INGETIERRAS que la sanción reclamada es “*confiscatoria, escandalosa y desproporcionada*” respecto de un contrato que está beneficiando de manera “gigante” el patrimonio del convocante mediante la valorización de los terrenos, con notable provecho para el patrimonio autónomo, que en todo caso debe ser reducida en proporción al porcentaje de cumplimiento parcial del Acuerdo Marco

²⁰⁷Código Civil. Art.1601. “*Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.*

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.”

por parte de Ingetierras. Como fundamento de lo anterior, Ingetierras citó el artículo 867 del Código de Comercio.

Para decidir el aspecto del litigio relativo al monto máximo de la sanción, este panel arbitral dará aplicación, en efecto, al artículo 867 del Código de Comercio²⁰⁸, que señala que la pena no podrá ser superior al monto de la obligación principal, disposición especial aplicable en el presente caso en razón de la naturaleza jurídica del Acuerdo Marco, de la naturaleza mercantil de las partes que lo celebraron, esto es la Fiduciaria Alianza S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. y la sociedad INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A EN REORGANIZACIÓN, y de la naturaleza de las obligaciones que se encuentran vinculadas al giro ordinario de los negocios de cada una de ellas.

De esta manera, habiendo sido determinada la obligación principal en la cantidad de **\$3.743.089.000**, según la cláusula VIGÉSIMA²⁰⁹ del Acuerdo Marco, que señaló ese como el valor para efectos de lo previsto en la cláusula penal, a esa cifra corresponde legalmente el tope máximo de la sanción en cuanto *“la pena no podrá ser superior al monto de aquella”* (art.867 C.Co.), por lo que a esa cifra queda limitada en el presente caso la sanción por mora a cargo de INGETIERRAS en la restitución de los inmuebles, y a ella habrá de condenarse en la parte resolutive del laudo.

Por último, es preciso para este Tribunal resaltar que las consideraciones precedentes y las decisiones que adopta en el presente laudo se han sustentado en los hechos que fueron acreditados con las pruebas aportadas y practicadas legalmente y en el momento procesal oportuno, respecto de las cuales se garantizó su contradicción, de conformidad con el artículo 164 del Código general del Proceso, el cual señala que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.”*

Se anota, sin embargo, que con la presentación escrita de los alegatos (18 de noviembre de 2020), el apoderado de la parte convocante entregó copia de una comunicación con fecha **10 de noviembre de 2020**, dirigida por Héctor Enrique Cortés Pérez a María Eugenia Zuleta – Interventoría Proyecto Haras, a la cual se refiere el apoderado como una *“confusa comunicación en la que se advierte sobre la verificación de obras y el retiro de maquinarias y equipos”* de INGETIERRAS, que fue recibida por el FIDEICOMISO y que, según afirma, constituye prueba adicional de la falta de entrega total de las

²⁰⁸ Art.867 Código de Comercio. “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

²⁰⁹ ACUERDO MARCO. CLÁUSULA VIGÉSIMA: “VALOR DEL ACUERDO: Para efectos de lo previsto en las estipulaciones “Garantías” y “Cláusula Penal” el valor del ACUERDO asciende a la suma de TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 3.743.089.000)”.

zonas 2 y 3, junto con la respuesta que dice haberse dado a esa misiva el **15 de noviembre de 2018** (sic), en los términos que transcribe en el texto del alegato.

La siguiente es la copia facial de la comunicación aludida:

Enviada, 2020/11/10 14:20:41
Rad - 2020200098
Ingetierras de Colombia S.A.



INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A

Rionegro, 10 de Noviembre de 2020

Arquitecta
MARIA EUGENIA ZULETA BEDOYA
Interventoría Proyecto Haras Santa Lucía
Correo electrónico: diobra2@umbralconstruccion.co
UMBRAL

ASUNTO: Terminación de actividades-2-

Cordial saludo:

Acusamos recibo de su comunicación via correo electrónico del día 9 de Noviembre de 2.020. Al respecto anotamos:

1. Nuestra comunicación se envió a usted únicamente para adelantar el proceso de verificación en campo, verificación de la información existente y de lo faltante en cuanto a actividades de campo y registros de laboratorio. El presente oficio va con copia al propietario del terreno.
2. El personal técnico de Ingetierras asiste periódicamente al proyecto para verificar la terminación de las actividades, por lo tanto queda la coordinación directa entre ustedes para revisar las observaciones que usted considere.
3. Como consecuencia de la terminación de las obras se procederá retirar los equipos, sin desconocer la voluntad de atender las observaciones que usted realice en el proceso de verificación final de las obras ejecutadas.

1

Atentamente,

HÉCTOR ENRIQUE CORTÉS PÉREZ
Representante Legal
INGETIERRAS DE COLOMBIA EN REORGANIZACIÓN S.A.

Copia: Francisco José Schwitzer Sabogal
Representante Legal Alianza Fiduciaria S.A. como vocera y
administradora del patrimonio autónomo denominado "Fideicomiso de
Parqueo para Liquidación de Jacaranda S.A."

Oficina: Antigua Vía El Tranvía-Frente a Coltejer PBX: 562 56 00 Telefax: 562 81 85 Rionegro-Ant.

www.ingetierrasdecolombia.com

A su vez, el apoderado de la convocada allegó a su escrito de alegatos copia de una imagen de correo electrónico de fecha **14 de noviembre de 2020**, remitido desde la dirección electrónica mineria@ingetierrasdecolombia.com por el señor Andrés Arbeláez a Héctor Enrique Cortes Pérez, e gerencia@ingetierras.com, sobre “Reunión haras 13 de noviembre del 2020”.

El contenido que se observa en dicha imagen es el siguiente:

“Buenos días Ingeniero Héctor.

El día de ayer 13 de noviembre del 2020 se realizó una reunión en los terrenos de haras santa lucía con el fin de empezar a recibir el predio por parte de la Interventoría, a la reunión asistimos el Ingeniero Mario, la Interventora María Eugenia, el topógrafo del proyecto Diego Rojas y yo (Andrés).

La reunión inició con la presentación de un plano del levantamiento topográfico realizado esta misma semana por parte de Diego Rojas a los llenos tanto estructurales como no estructurales, en el lleno estructural se veía que en general todo estaba por la cota 2099 aunque había zonas puntuales con centímetros de más o de menos que generaban el encharcamiento en algunos puntos.

El levantamiento concluyó que en la zona del lleno estructural faltan 75 m³ cantidad que para la interventora como para el topógrafo no es representativa teniendo en cuenta la calidad de material que se ha depositado, aunque para ellos el lleno está totalmente terminado aclararon que ellos envían la información y su concepto a los abogados y ellos toman la decisión o no de recibir los predios.

En cuanto a la llave de confinamiento, el levantamiento también concluyó que está totalmente terminada a la cota 2099 (No se tocó el tema de discusión en cuanto a la altura)

El tema que preocupa a la interventora es el de los charcos que se forman sobre el lleno estructural producto de las fuertes lluvias de los últimos días, se le explicaba que el contrato nos obligaba a realizar un lleno estructural parejo a la cota 2099 sin ningún tipo de pendiente o canales que ayudaran a desaguar y que cualquier actividad que realizáramos debajo de esa cota lo iban a cobrar a Ingetierras como ya había sucedido en zona 1 pero que nosotros estábamos dispuestos a realizar obras de desagüe manuales buscando salir del frente haras siempre y cuando haya una autorización escrita por parte de ellos, ella manifestaba que aunque para ella era una muy buena solución y que recibe el predio con dichos canales no era decisión de ella, que va a hablar con los abogados y proponerles el tema de los canales para poder recibir de esa forma.

En conclusión la reunión se llevó en muy buen término y las dos partes manifestamos el deseo de que se reciban los predios, para la interventora y topógrafo las actividades están terminadas; la

arquitecta quedó de hablar con los abogados, enviarles topografía, fotografías aéreas y manifestarles lo hablado para ir programando fechas de entrega.

*Andrés Arbeláez Gomez
Ingetierras de Colombia S.A.”*

Sobre los referidos documentos, debe destacarse lo dispuesto por el artículo 281 del Código General del Proceso, relativo al principio de congruencia de los fallos, según el cual “[E]n la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, **siempre que aparezca probado** y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.” (Énfasis añadido).

Así las cosas, el Tribunal no encuentra probado ningún hecho adicional que pueda desvirtuar o modificar lo que ha quedado establecido con las pruebas oportuna y regularmente aportadas al proceso pues, en efecto, no puede asignar valor probatorio a los documentos que los apoderados allegaron con sus escritos de alegaciones, por ser extemporáneos y no haber sido objeto de contradicción con observancia del debido proceso.

Aun si se tuviera por ejercido el derecho de contradicción con lo alegado por la parte convocante respecto de la comunicación del 10 de noviembre de 2020, esta última solo da cuenta de que INGETIERRAS estaba solicitando a la interventora María Eugenia Zuleta adelantar el proceso de verificación en campo “de la información existente y de lo faltante”, más no que se hubiera realizado la entrega de los inmuebles ni las condiciones técnicas de ejecución.

Lo propio puede predicarse de la imagen del correo electrónico de 14 de noviembre de 2020, mensaje interno cruzado solo entre funcionarios de INGETIERRAS, que no fue objeto de contradicción por la parte convocante, por lo que el Tribunal no encuentra que se hubiera presentado ni quedado probado “cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio”²¹⁰.

En todo caso, al margen de que tales documentos fueran o no demostrativos de la entrega final de los inmuebles, para esa época (noviembre de 2020) estaría superado el tope legal de la sanción por la mora presentada hasta ese momento, por lo que ninguna incidencia tendría entonces en su cálculo.

Con sustento en las consideraciones que anteceden, se declarará no probada la excepción de mérito consistente en la “improcedencia de la sanción moratoria” y, a su vez, declarará probada la excepción relativa a la “REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA” planteada por INGETIERRAS en la contestación de la demanda y se declarará, así mismo, la prosperidad de la pretensión DÉCIMA (10ª) de la demanda y parcialmente de las pretensiones NOVENA (9ª.) y DECIMOTERCERA (13ª).

²¹⁰ Artículo 281 del CGP.

ii. **ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA PENAL (NUMERAL 13.3.2. DE LA CLÁUSULA TRECE).**

Pasa a referirse ahora el Tribunal a **la cláusula penal pactada en el numeral 13.3.2.** de la cláusula TRECE (13) del ACUERDO MARCO, la cual quedó estipulada en los siguientes términos:

*“13.3.2. **Cláusula Penal.** El incumplimiento del ACUERDO por cualquiera de las PARTES de cualquiera de sus obligaciones dará derecho a la otra PARTE, a solicitar al tribunal de arbitramento previsto en el ACUERDO, la aplicación de una cláusula penal equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del ACUERDO. Lo anterior, sin perjuicio de: a) la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación principal y b) la posibilidad de exigir la reparación de todos los daños sufridos por o con ocasión de dicho incumplimiento que excedan el valor de la presente penalidad. La cláusula penal aquí prevista no aplicará en caso de incumplimiento de la cláusula Novena del ACUERDO, en dicho caso aplicará la sanción contemplada en el numeral 13.3.1. de la presente cláusula”.*

Observa el Tribunal que esta cláusula penal está pactada para el incumplimiento de múltiples obligaciones de diversa índole y que, entre ellas, la única obligación que tiene valor determinado es la de “[E]fectuar el pago de la indemnización por el ejercicio de las servidumbres”²¹¹, obligación dineraria que fue convenida en la suma de \$1.243.089.000.

Se vislumbra, además, que esta cláusula fue convenida para el caso de incumplimiento en que incurriera cualquiera de las partes, de las obligaciones derivadas del Acuerdo Marco distintas de la relativa a la restitución de los inmuebles, sin perjuicio de la posibilidad expresamente acordada de exigir tanto el cumplimiento de la obligación principal, como “*la reparación de todos los daños sufridos por o con ocasión de dicho incumplimiento **que excedan el valor de la presente penalidad***” (Énfasis añadido).

Acerca del particular, es preciso mencionar que el artículo 1594 del Código Civil señala que el acreedor no puede pedir al tiempo el **cumplimiento de la obligación principal y la pena**, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya previsto que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal, como fue convenido en el presente caso.

Se advierte, no obstante, que ninguna de las pretensiones de la demanda de la convocante se encamina a solicitar el cumplimiento de la obligación principal, sino a su resarcimiento por razón del incumplimiento.

²¹¹ Referida en las Cláusulas PRIMERA, num.1.2, CUARTA, num.4.2 y SÉPTIMA del Acuerdo Marco

De otro lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1600 del Código Civil “*No podrá perseguirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente...*” (Énfasis añadido).

El Tribunal observa que en el numeral 13.3.2. de la cláusula TRECE del Acuerdo Marco, quedó pactada expresamente la aplicación de la cláusula penal sin perjuicio de “*b) la posibilidad de exigir la reparación de todos los daños sufridos por o con ocasión de dicho incumplimiento que excedan el valor de la presente penalidad*”, con lo cual es preciso señalar que, en este caso, no está convenida la acumulación de la pena, estipulada como resarcitoria de los perjuicios, con la indemnización de la misma índole, pues tan solo se autoriza la reparación en cuanto exceda de la penalidad, de manera que no habría lugar a que el acreedor obtenga doble compensación por ello.

En tal sentido, por expreso designio de las partes, el contratante insatisfecho tiene derecho a exigir tanto la pena como la reparación de los perjuicios -pero sólo en lo que exceda del valor de aquella- y tiene la carga de probar esto último si pretende su resarcimiento.

En la referida cláusula 13.3.2 las partes estipularon como pena el equivalente al 20% del valor del contrato que fue fijado en \$3.743.089.000, lo cual significa que el valor de la penalidad es de **\$748.617.800** para el caso de incumplimiento de las obligaciones distintas de la entrega de los terrenos.

Bajo esta estipulación contractual (num.13.3.2.), la exigibilidad de la pena está sujeta tanto al incumplimiento total o parcial de las obligaciones, como al retardo en su ejecución y a su cumplimiento imperfecto o inadecuado.

Así las cosas, las obligaciones del Acuerdo Marco respaldadas por esta cláusula 13.3.2 son las siguientes:

- Ejecutar las actividades de minería exclusivamente dentro de la delimitación de las celdas de explotación señaladas en el Acuerdo Marco (Cláusula PRIMERA num.1.1 (literal i) y CUARTA num.4.1)
- Ejecutar las obras de protección para mitigar el riesgo de inundaciones (Cláusula CUARTA num.4.3)
- Llevar a cabo todas las obras o actividades de rehabilitación y readecuación de los inmuebles para que el propietario pueda destinarlos a los desarrollos urbanísticos e inmobiliarios, incluidos los llenos estructurales y no estructurales sobre las áreas, en los plazos y bajo las condiciones técnicas pactadas (Cláusula PRIMERA num.1.1. (literal ii), CUARTA num.4.4., 4.,6.1 y 4.6.2).
- Rehabilitar paisajísticamente las zonas de los inmuebles delimitadas en el Acuerdo Marco (Cláusula CUARTA num.4.6, 4.11 y 4.12).
- Pagar la indemnización por el ejercicio de las servidumbres (Cláusula PRIMERA num.1.2, CUARTA num.4.2 y SÉPTIMA).

- Realizar los trabajos de explotación y demás actividades mineras cumpliendo la normatividad aplicable (Cláusula CUARTA num.4.9, 4.10 y 4.13).

En cuanto a la exigibilidad, como ya se indicó, para las obligaciones cubiertas por la cláusula penal del num.13.3.2, el convocante tiene derecho en este caso a exigir la pena fijada y el resarcimiento de los perjuicios que, en exceso de aquella, tengan origen en el incumplimiento y siempre que hayan quedado demostrados.

Para despachar las pretensiones UNDÉCIMA y DECIMO CUARTA el Tribunal anota, en primer lugar, que con la valoración de las pruebas que ha quedado consignada en las consideraciones precedentes del Laudo, quedó establecido el incumplimiento de INGETIERRAS de las obligaciones cubiertas bajo la cláusula penal del numeral 13.3.2, ya sea porque no las ejecutó o porque lo hizo de manera defectuosa, imperfecta o tardía.

Se reitera, en segundo lugar, lo normado por el artículo 1595 del Código Civil según el cual *“Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora si la obligación es positiva”* y, adicionalmente, lo previsto en el artículo 1608 del Código Civil, que señala que cuando la obligación está sujeta a plazo, basta el hecho del retardo imputable al deudor, para que se configure la mora sin necesidad de requerimiento alguno²¹².

Sobre la constitución en mora como requisito para la exigibilidad de la cláusula penal se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:²¹³

“Significa entonces lo anterior que exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, ya porque nunca han estado sujetas a una cualquiera de estas modalidades, ora porque éstas ya se realizaron y, por ello el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aún acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, sólo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento éste a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos

²¹² **Código Civil. Artículo 1608. Mora del deudor.** El deudor está en mora:

1°.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2°.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3°.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

²¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 30 de mayo de 1938. M.P. Juan Francisco Mujica

1610 y 1615 del Código Civil, o reclamarse el pago de la cláusula penal, que entonces se torna exigible de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil”

Como fue mencionado, este panel observa que la obligación relativa a la indemnización por el ejercicio de las servidumbres mineras fue pactada en la suma de \$1.243.089.000, pago que debía hacerse en veinte (20) cuotas mensuales de \$62.154.450 a partir de la suscripción del Acuerdo Marco (septiembre 13 - 2016).

De estas cuotas la convocada confesó²¹⁴ haber cumplido con el pago de solo nueve (9) de ellas²¹⁵, lo cual resulta conteste con lo aseverado por la convocante en su demanda.

Tratándose de una obligación sujeta a plazos, la convocada habría quedado constituida en mora en el pago de las cuotas restantes, sin necesidad de más requisitos, a partir de la fecha en que debía haberse efectuado el pago de cada una de ellas. Adicionalmente, observa el Tribunal que se encuentra vencido, incluso, el último de los plazos mensuales correspondiente a la cuota veinte (20) de la mencionada obligación

Respecto de las otras obligaciones a cargo de INGETIERRAS que no quedaron sujetas a plazo ni condición, para la exigibilidad de la cláusula penal (num.13.3.2) sería necesaria la reconvención judicial para constituirlo en mora. Para tal efecto, y de conformidad con el artículo 94 del Código General del Proceso, “[l]a notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin”. Así las cosas, INGETIERRAS habría quedado constituida en mora desde la notificación del auto admisorio de la demanda del presente proceso arbitral, que se produjo el 18 de septiembre de 2019.

Habiendo quedado probado el incumplimiento imputable a INGETIERRAS de las obligaciones del Acuerdo Marco, indicadas en las pretensiones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª y 7ª, distintas a la de restituir o hacer

²¹⁴ Artículo 165 CGP. *“Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”*

Artículo 191 CGP. *“La confesión requiere:*

- 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
- 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
- 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
- 4. Que sea expresa, consciente y libre.*
- 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
- 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada”.*

Sobre el valor probatorio de la confesión ver Sentencia Corte Suprema de Justicia de 15 de diciembre de 2017. STC21575-2017. MP Luis Armando Tolosa Villabona.

²¹⁵ Contestación de la demanda pág.105

entrega de los inmuebles, el Tribunal declarará en la parte resolutive del presente Laudo que prospera la pretensión UNDÉCIMA (11ª) de la demanda y, como consecuencia de esta determinación, se condenará al convocado al pago de la cláusula penal por valor de \$748.617.800 conforme a la pretensión DÉCIMO CUARTA (14ª). Al propio tiempo, se declararán no probadas las excepciones enfrentadas a esta pretensión relativas, a la “No procedencia de la cláusula penal - Reducción de la misma”. Análisis de la exigibilidad de la indemnización de perjuicios en cuanto exceda del valor de la cláusula penal.

Las pretensiones OCTAVA, DUODÉCIMA y DECIMOQUINTA de la demanda se relacionan con la petición de indemnización de los perjuicios, en cuanto exceda la cláusula penal, ocasionados al FIDEICOMISO JACARANDA por el incumplimiento de las obligaciones del Acuerdo Marco.

Como quedó dicho en precedencia, en el marco de la presente acción la responsabilidad contractual genera la obligación de resarcir el daño sufrido por el acreedor por el incumplimiento del deudor con origen en un contrato. Así las cosas, con fundamento en el Título 12 del Libro Cuarto del Código Civil²¹⁶ y, habiendo quedado probada la inejecución a cargo de INGETIERRAS, la pretensión OCTAVA (8ª) de la demanda ha de prosperar en su totalidad. De igual forma, se accede a la pretensión DUODÉCIMA (12ª) en cuanto esta se refiere, estrictamente, a lo previsto por las partes en la cláusula TRECE del Acuerdo Marco.

La responsabilidad civil surge, en este caso, del daño que se habría producido al FIDEICOMISO JACARANDA por el incumplimiento de obligaciones concretas, válida y voluntariamente contraídas por INGETIERRAS en el Acuerdo Marco, quien debía haberlas ejecutado de manera adecuada y en forma oportuna, de suerte que, si la ejecución solo fue parcial, imperfecta o tardía, aquella debe indemnizar al FIDEICOMISO los perjuicios irrogados.

La indemnización tiene como propósito, por regla general, el de compensar al acreedor insatisfecho dentro de los límites que, como en el presente caso, estipularon las partes respecto de reclamar el valor integral de perjuicios en todo aquello que exceda el valor de la cláusula penal.

Ahora bien, para que el acreedor tenga derecho a la reparación es necesario que haya quedado demostrado no solo la existencia del perjuicio como consecuencia del incumplimiento, sino también que la inejecución es imputable al deudor y que éste se haya constituido en mora. Encuentra el Tribunal que tales requisitos han quedado acreditados en el presente caso, toda vez que habiendo sido probada la inejecución a cargo de INGETIERRAS sin que, a su turno, esta hubiera demostrado la configuración de una causa extraña que la exonerara tanto del débito como de su responsabilidad, surge para ella de manera indubitable la obligación de resarcir el daño ocasionado.

Al propio tiempo, igual que como se señaló para la exigibilidad de la cláusula penal, INGETIERRAS se habría constituido en mora en la ejecución de aquellas obligaciones del Acuerdo Marco que no se encontraban sujetas a plazo ni condición, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda,

²¹⁶ Sentencia de 09 de junio de 2015. SC7220-2015. MP. Álvaro Fernando García

actuación que produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor (art.94 C.G.P.).

Así las cosas, la pretensión OCTAVA (8ª) de la demanda ha de prosperar en su totalidad y de igual forma se accede a la pretensión DUODÉCIMA (12ª) en cuanto esta se refiere, estrictamente, a lo previsto por las partes en la cláusula TRECE del Acuerdo Marco.

Respecto de la pretensión DÉCIMOQUINTA (15ª), que se encamina a hacer exigible el resarcimiento de los perjuicios, el Tribunal encuentra que al haber quedado demostrado el incumplimiento imputable a INGETIERRAS de las obligaciones derivadas del Acuerdo Marco, se encuentran configurados los supuestos para reconocer el derecho del convocante a la indemnización, en el monto que exceda el valor de la pena, según fue convenido por las partes.

En cuanto a la demostración y liquidación de los perjuicios estos han quedado probados en el curso del presente trámite con el dictamen pericial elaborado por el perito Marco Antonio Alzate Ospina, con fecha marzo de 2020, el cual fue aportado por la parte convocante a manera de actualización a esa fecha de los trabajos pendientes por ejecutar a cargo de INGETIERRAS.

A esta prueba debe remitirse el Tribunal en tanto es la que oportuna y legalmente fue aportada al proceso, y en cuanto no quedó desvirtuada por la convocada con el trabajo pericial elaborado para su contradicción por el perito Restrepo ni con su declaración en audiencia, por las razones que ya quedaron expuestas en otro aparte del presente Laudo, así como tampoco quedó descartada mediante las restantes pruebas aportadas y practicadas válidamente en el curso del proceso.

En el dictamen pericial elaborado por Marco A. Alzate Ospina se hizo la observación que este se funda en la información contenida en el Acuerdo Marco y sus anexos; el informe consolidado de interventoría con corte al 31 de diciembre de 2018; la información verificada por el perito en la visita al proyecto el 27 de febrero de 2018; el informe de interventoría actualizado con corte al 6 de marzo de 2020 y sus anexos técnicos, así como en informes de topografía y las evaluaciones realizadas por el experto.

Se destaca de ese trabajo que, conforme a la evaluación realizada por el perito, a la fecha del dictamen se encontraban pendientes de ejecución por INGETIERRAS: (i) los llenos estructurales y no estructurales requeridos para lograr la rehabilitación y la readecuación de los terrenos; (ii) las obras conexas, adecuaciones y labores para recuperar o restablecer el estado del predio y dejarlo apto para el desarrollo del proyecto; (iii) el terraplén sub-base, o llave de confinamiento; (iv) la comisión de topografía; (v) las cañuelas y drenes; y (vi) el manejo de aguas.

Precisa también el dictamen que la cantidad de llenos estructurales requeridos para lograr la rehabilitación y la readecuación de los terrenos sobre los cuales van a levantarse edificaciones una vez finalizadas las labores de minería corresponde al número total de metros cúbicos (m³) de lleno estructural necesario para dejar esas zonas específicas en la cota 2099, según lo establecido en el Acuerdo Marco.

Señala además que *“Posterior a la fecha prevista contractualmente en el Acuerdo Marco Ingetierras ha ejecutado algunas de las obras pendientes, pero a la fecha, las obras nuevas no han sido validadas*

por la interventoría y tampoco han sido entregadas” y que las tres zonas previstas para la intervención de INGETIERRAS se encuentran “pendientes de terminación”.

En cuanto al valor de mercado de las obras pendientes de ejecución, éste se obtuvo del análisis de las ofertas de mercado de empresas de Ingeniería reconocidas y de oferentes del sector, indexados de acuerdo con la variación del Índice de Costos de la Construcción Pesada – ICCP, elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), con el siguiente resumen de resultados:

Valor total de las obras o actividades pendientes por ejecutar en las Zonas 1, 2 y 3:

Zona	Vr. obra o actividad	Con A.I.* (15%)
Zona 1	\$ 120.304.643	\$ 138.350.339
Zona 2	\$ 529.886.759	\$ 609.369.773
Zona 3	\$ 701.014.326	\$ 806.166.475
TOTAL	\$1.351.205.728	1.553.886.587

*Con Administración (A) e Imprevistos (I)

El perito estableció dos escenarios, según se acepte imputar a los costos directos los correspondientes a administración (A) e imprevistos (I) y recomendó incluir tales conceptos bajo la consideración de que los perjuicios deben comprender los costos para que el propietario o un tercero procedan a terminar las obras pendientes por ejecutar, los cuales abarcan los costos por las actividades administrativas y los asociados a situaciones imprevistas de común ocurrencia en todo proyecto.

Para dilucidar si tales costos deben ser incluidos como perjuicios indemnizables, se trae de nuevo a examen la norma del artículo 1616 del Código Civil²¹⁷ según el cual el deudor incumplido es responsable de “*todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento*” y, al propio tiempo, solo responde de “*los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato*”, salvo en caso de dolo o culpa grave.

El Tribunal anota que, conforme al criterio legal, los perjuicios indemnizables son solo aquellos que de manera **cierta y directa** corresponden al daño infligido al acreedor por razón del incumplimiento, esto

²¹⁷ **Artículo 1616. Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios**

Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

es que sean consecuencia inmediata y necesaria de la inejecución, lo cual descarta la posibilidad de indemnizar aquellas circunstancias que puedan llegar a darse -eventualmente- como consecuencia del incumplimiento pero de las cuales no se tenga certeza de que ocurrirán. Esto es más evidente si se trata de eventos “imprevistos”, es decir aquellos que no solo no fueron previstos a la celebración del contrato, sino que pudieran presentarse de manera solo eventual en la posterior ejecución de las obras pendientes que llegue a hacer un tercero, si fuere el caso.

Así las cosas, para la presente controversia los costos de administración, contratación de personal, gastos legales y demás que fueron estimados por el perito en el 12% de los costos directos, así como los imprevistos que lo fueron en el 3%, eventos todos ellos de los cuales no se puede predicar certeza alguna de su ocurrencia como tampoco de su cuantía, no pueden ser valorados como perjuicios indemnizables a cargo de INGETIERRAS.

Lo anterior significa que para la liquidación de los perjuicios se toma la cifra de **\$1.351.205.728** correspondiente a los costos de las obras faltantes, que no incluye gastos de administración (A) ni Imprevistos (I).

Teniendo en cuenta que en la cláusula TRECE del Acuerdo Marco las partes convinieron el derecho a la indemnización de perjuicios en todo aquello que excediera del valor de la penalidad, el Tribunal observa que la cantidad de \$1.351.205.728, establecida como perjuicios, excede en **\$602.587.928**, el valor de la pena fijada (\$748.617.800), por lo cual, aquella suma quedará fijada como condena a cargo de INGETIERRAS y en favor del FIDEICOMISO JACARANDA a título de indemnización de perjuicios, todo de conformidad con lo pactado por las partes en el Acuerdo Marco, las pretensiones de la demanda y lo que resultó probado en el proceso.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, el Tribunal se referirá a la excepción que formuló la convocada frente a las pretensiones resarcitorias del FIDEICOMISO JACARANDA, y que denominó *“Inexistencia del daño y ausencia de nexo causal. Improcedencia del cobro de perjuicios”*, bajo el argumento de que no se produjo daño al patrimonio autónomo pues, por el contrario, se dio una altísima valorización de los predios con las obras ejecutadas al menor precio del mercado y, de otro lado, porque la licencia de construcción de las obras del Proyecto Haras Santa Lucía solo fue otorgada el 5 de febrero de 2019, cuando las obras ya estaban adelantadas, de manera tal que si legalmente no se podía construir por no tener licencia, no se podían generar derechos ante la ilegalidad.

El Tribunal observa que ninguno de tales argumentos guarda relación con las obligaciones y derechos contraídos en el Acuerdo Marco, ni con la acción de responsabilidad civil impetrada por el FIDEICOMISO JACARANDA, como tampoco con el objeto del litigio. En efecto, el nexo causal que es indispensable para la procedencia de la demanda de responsabilidad contractual y para la consiguiente indemnización de perjuicios, es la necesaria vinculación entre el incumplimiento o inejecución de las obligaciones y el daño que se produzca a consecuencia de ello.

Esta relación de causalidad quedó establecida nítidamente en el presente litigio, mediante la demostración de la inejecución imputable a INGETIERRAS y del daño representado en el valor de las

obras que quedaron sin ejecutar. Este nexo no se desvirtúa ni se rompe por ninguno de los conceptos aducidos por el convocado, como sería el eventual provecho que a futuro derive el propietario con la construcción del proyecto inmobiliario en los predios intervenidos por INGETIERRAS, o porque las actividades de minería o rehabilitación de los terrenos se hubieran ejecutado antes de obtener la licencia para el proyecto inmobiliario, porque a esa condición no estuvieron sujetas las obligaciones de INGETIERRAS en el Acuerdo Marco.

Así las cosas, encuentra el Tribunal que los argumentos de defensa planteados por la convocada en esta excepción carecen de toda virtualidad para enervar las pretensiones indemnizatorias del FIDEICOMISO.

Por las consideraciones que anteceden, el Tribunal declarará la prosperidad de las pretensiones OCTAVA (8ª), DUODÉCIMA (12ª) y DÉCIMOQUINTA (15ª) de la demanda, y así habrá de expresarlo en la parte resolutive del presente laudo. Al propio tiempo, se declarará como no probada la excepción denominada *“Inexistencia del daño y del nexo causal. Improcedencia del cobro de perjuicios”*.

Por último, en su escrito de contestación a la demanda la convocada solicitó se efectuara una COMPENSACIÓN, con fundamento en el artículo 1714 del Código Civil, según el cual *“Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas”*, bajo el entendido de que en el proceso arbitral se habría de demostrar que el FIDEICOMISO debe a INGETIERRAS la cantidad de \$4.300.000.000 y que, por lo tanto, en el evento de prosperar la demanda, se compensen esta sumas con aquellas que le adeuda a INGETIERRAS.

Anota el Tribunal que para que opere la **compensación legal** (art.1714 C.C.) es necesario que (i) ambas obligaciones existan recíprocamente entre las mismas personas, (ii) se trate de deudas líquidas y (iii) ambas sean actualmente exigibles (art.1715 CC)²¹⁸.

Estos requisitos indispensables para que por ministerio de la ley se produzca la extinción recíproca de las obligaciones de ambas partes, no se encuentran cumplidos en el presente litigio pues se trata de obligaciones cuya existencia, liquidez y exigibilidad solo se habrían de declarar, llegado el caso, con ocasión del laudo.

En cualquier caso, tal como quedó dicho en otro acápite del Laudo, en el Acuerdo Marco no se encuentra ninguna estipulación por virtud de la cual el FIDEICOMISO tuviera que remunerar a

²¹⁸ CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 1715. OPERANCIA DE LA COMPENSACIÓN. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

INGETIERRAS por la realización de las obras a las que estaba obligado, ni quedó establecida en el proceso una contraprestación en tal sentido por las obras adicionales que dice haber ejecutado.

En efecto, la existencia de la obligación que aduce INGETIERRAS a cargo del FIDEICOMISO JACARANDA habría dependido de que hubiese sido objeto del presente proceso y hubiese quedado demostrada, al igual que su cuantía. Así mismo, las obligaciones a cargo de INGETIERRAS, cuyo incumplimiento y consecuente indemnización sólo se declara y liquida a favor del FIDEICOMISO mediante el presente laudo, no resultaban exigibles de manera pura y simple de forma anterior a la expedición de la presente providencia. Al respecto, se ha afirmado doctrinariamente lo siguiente: *“Una obligación discutible en cuanto a su existencia y que requiera una declaración judicial para establecer dicha existencia no es exigible y, por tanto, no puede entrar en compensación (art. 1715 C.C.ord.3)”*²¹⁹

Ahora bien, para que opere la compensación, la ley exige que ambas deudas sean líquidas, es decir que su monto debe estar determinado para que puedan ser compensables (art.1715 C.C. ord. 2º). De manera que si la cuantía solo puede establecerse mediante el trámite de un proceso o una vez fijada la indemnización de perjuicios *“la obligación cuantitativamente indeterminada no puede entrar en compensación legal”*²²⁰.

Al margen de que en el presente proceso no hubiera operado la **compensación legal**, precisa el Tribunal que tampoco resulta procedente en este caso la **compensación judicial** o reconvenzional²²¹, tendiente a que se declare la compensación entre obligaciones recíprocas de las partes establecidas en el Laudo, puesto que con independencia de que no quedó demostrado el crédito que aduce INGETIERRAS a su favor, habría sido necesario que la convocada hubiera presentado la correspondiente demanda de reconvección para que el Tribunal pudiera pronunciarse en el fallo sobre pretensiones formuladas en tal sentido.

Así las cosas, el Tribunal no encuentra demostrada la excepción de mérito de **“COMPENSACIÓN”** propuesta por la parte convocada y así habrá de declararlo en el Laudo.

²¹⁹ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, Edit. TEMIS 1980, pág.457

²²⁰ *Ibidem*. *“No es suficiente que dichas obligaciones sean ciertas, que su existencia pueda establecerse en forma que no de lugar a discusión sería. Es también indispensable que su cuantía esté determinada. En consecuencia, si el monto de una de las obligaciones recíprocas solo puede ser conocido una vez que se haya surtido un proceso de rendición de cuentas, o de fijación de una indemnización de perjuicios, la obligación cuantitativamente indeterminada no puede entrar en compensación legal. Pág.459*

²²¹ *Ibidem*. *“La compensación judicial, llamada también reconvenzional, solo tiene cabida cuando el demandante ejerce una acción encaminada a que se declare un crédito suyo, en forma tal que posteriormente preste mérito ejecutivo contra e demandando y este formula contra aquel una demanda de reconvección para que, a la vez, se declare en la misma forma, un crédito contra el actor y se pronuncie la compensación entre ambos créditos. Esta compensación reconvenzional, que pretermite nuestro código civil, supone que la demanda original pretenda la declaración de la obligación, que el proceso pertinente admita la reconvección y que las opuestas sean acumulables entre sí. Para la compensación judicial es necesario que se hubiera presentado la demanda de reconvección para que el juez falle las pretensiones encontradas.” Pág.459*

11. RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR LA CONVOCADA.

De acuerdo con lo expuesto en el aparte sexto del presente acápite el Tribunal declarará no probadas las excepciones de: “1. EXCEPCIONES DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR EL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.” “2. LA MORA PURGA LA MORA.”; “MODIFICACIONES AL CONTRATO, A LOS DISEÑOS, PLANOS Y CANTIDADES DE OBRA.”, “NEGLIGENCIA DE LA DEMANDANTE EN RECIBIR LAS OBRAS” “9. TEMERIDAD, MALA FÉ (sic) Y ABUSO DEL DERECHO”, formuladas por la convocada en la contestación a la demanda.

Con sustento en lo consignado en el aparte séptimo del presente acápite, el Tribunal declarará no probada la excepción de: “INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR NO CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO”.

De conformidad con el aparte noveno del presente acápite se declararán no probadas las excepciones relativas a la “NO PROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL - REDUCCIÓN DE LA MISMA”, “INEXISTENCIA DEL DAÑO Y DEL NEXO CAUSAL. IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE PERJUICIOS” y “COMPENSACIÓN”.

El Tribunal declarará probada la excepción de mérito denominada “REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA” y no despachará favorablemente el medio exceptivo titulado “IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA” planteada por INGETIERRAS en la contestación de la demanda, con sustento en las consideraciones contenidas en el aparte noveno del presente acápite.

IV. TACHA DE SOSPECHA DE TESTIGOS

4.1 El apoderado de la parte Convocante, en audiencia llevada a cabo el 3 de septiembre de 2020, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso, presentó tacha de sospecha por falta de imparcialidad del testigo Jhon Mario Ramírez Correa, por lo siguientes motivos:

- Argumenta la existencia de una relación laboral entre el ingeniero Jhon Mario Ramírez y la sociedad demandada, reconocida por el propio declarante.
- El ingeniero Ramírez fungió como el responsable y director de las obras que debía ejecutar la Convocada en los terrenos para dar cumplimiento al acuerdo marco.
- El comportamiento selectivo del declarante en cuanto a los aspectos de su memoria, pues en algunos eventos en los que existe la posibilidad de declarar en favor de su empleador INGETERRAS, su memoria fue amplia, detallada y consistente. Mientras que las preguntas relacionadas con hechos adversos a su empleador, señaló no recordar, no tener el dato preciso y demás.

- La forma en que el declarante varió algunas de las afirmaciones de la versión inicial de su relato.
- Finalmente, afirma el apoderado de la Convocante, que varias de las manifestaciones del declarante son abiertamente contradictorias con las de otro testigo, de la misma sociedad INGETIERRAS.

Procede entonces este Tribunal, a resolver la tacha de sospecha formulada por la parte Convocante y para lo cual, deben analizarse los motivos que sustentaron la solicitud de tacha.

Sea lo primero advertir que, la relación de dependencia del testigo y el haber estado implicado directamente con las labores ejecutadas por la Convocada, *per se*, no tiene como consecuencia la parcialidad en su declaración, pues quién mejor que un empleado de la parte que haya tenido relación directa con los hechos discutidos, quien brinde elementos de juicio al Tribunal.

Por tal razón, la mencionada circunstancia no comporta un motivo suficiente para sospechar de la imparcialidad y espontaneidad del testigo.

En ese orden de ideas, el examen en conjunto de la declaración cuestionada, le permite al Tribunal afirmar que los requisitos de tal medio de prueba están satisfechos a cabalidad para ser valorada puesto que, en particular, no encuentra motivos serios de duda que permitan excluir la versión de dicho testigo.

Por su parte las supuestas contradicciones en su declaración, y la falta de memoria que, según la Convocante, solo le permitía recordar los hechos que favorecerían o convenían únicamente a la demandada, no tienen el sustento necesario para demostrar la tacha interpuesta, pues dichas circunstancias, y la declaración como tal, fueron objeto de estudio, en conjunto con el material probatorio, por parte del Tribunal, no encontrando ningún motivo fundado que le permitiera desecharla como prueba.

4.2 A su vez, el apoderado de la parte Convocada en audiencia llevada a cabo el 7 de septiembre de 2020, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso, presentó tacha de sospecha por falta de imparcialidad del testigo Camilo Andrés Hermida Cadena, por cuanto éste se encuentra vinculado a la firma de abogados que representa judicialmente a la parte Convocante, además del hecho de haber sido requerido por el Tribunal con ocasión de que estaba revisando notas o documentos durante su declaración, lo cual considera que incide nítidamente en su declaración.

Además, en audiencia llevada a cabo el 10 de septiembre de 2020, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso, presentó tacha de sospecha por falta de imparcialidad de la testigo Patricia Aguilar Bustamante, por cuanto ésta estuvo vinculada a la firma de abogados que es apoderada de la parte Convocante, lo cual, considera que incide directamente en su declaración.

Procede entonces este Tribunal, a resolver las tachas de sospecha formuladas por la parte Convocada y para lo cual, deben analizarse los motivos que fundamentan la solicitud de tacha.

Sea lo primero advertir que los motivos formulados dentro de la tacha de sospecha, en ambos declarantes apunta a la relación de dependencia con la sociedad de abogados que representa a la Convocante, situación que, por sí sola, no implica la parcialidad de la declaración, pues resultó probado que tales profesionales sí participaron en la ejecución del proyecto en su fase de conformación o estructuración del negocio y posterior seguimiento al mismo. En razón de ello, son testigos que tuvieron conocimiento directo de tales hechos discutidos en el proceso.

En consecuencia, las circunstancias aducidas por la Convocada como sustento de la tacha no comportan una causa suficiente para poner en duda la imparcialidad y espontaneidad de los testigos.

En ese orden de ideas, el examen en conjunto de las declaraciones cuestionadas, le permite al Tribunal afirmar que los requisitos de tal medio de prueba se encuentran satisfechos a cabalidad para ser valorada puesto que, en particular, no encontró motivos relevantes de sospecha que llevaran a excluir la versión de dichos testigos, otra cosa es el mérito o alcance que se le asigna a las declaraciones en la apreciación del resultado del litigio.

V. JURAMENTO ESTIMATORIO

Corresponde al Tribunal determinar si hay lugar o no a aplicar las sanciones establecidas en la ley en relación con el juramento estimatorio.

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, establece lo siguiente:

*“**Juramento estimatorio.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

[...]

Parágrafo. *También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Al respecto, el artículo 206 del Código General del Proceso establece la obligación de formular juramento estimatorio cuando se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación, o el pago de frutos o mejoras. Adicionalmente, prevé entre sus consecuencias unas sanciones que pueden imponerse, en caso de que se adviertan pretensiones sobreestimadas o temerarias.

Esta institución contempla la posibilidad de condena para quien incurra en un exceso superior al cincuenta por ciento (50%) en la estimación de su pretensión, frente a aquello que se determine como lo efectivamente acreditado en el proceso. Igualmente, esta figura prevé una sanción equivalente al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda, cuando se niegan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. No obstante, cabe precisar que estas dos sanciones contempladas en el mentado artículo 206 no son de naturaleza objetiva sino, todo lo contrario, de naturaleza subjetiva, tal como lo destacó, en un primer momento, la Corte Constitucional en la sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013, con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo²²² y, posteriormente, el legislador con la modificación introducida a dicha disposición legal a través del artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. En efecto, la aplicación de las mencionadas sanciones está sujeta a la valoración de la conducta desplegada en el proceso por la parte que realizó la estimación, de suerte que la condena sólo será procedente en el evento en que el juez encuentre debidamente acreditado en el expediente

²²² En la sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013, con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, “bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”.

que “la causa de la falta de demostración de los perjuicios es imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

En el presente trámite arbitral, la convocante formuló juramento estimatorio en su demanda, el cual fue objetado en la oportunidad respectiva por la parte contraria.

Conforme a los lineamientos trazados, de un lado, por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-157 de 2013 y, de otro lado, en la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 al parágrafo único del artículo 206 del C.G.P., estima el Tribunal que en el actual proceso no se abre paso la objeción al juramento estimatorio, ni procede la imposición de la mencionada sanción para la parte Convocante, habida cuenta de la prosperidad de la casi totalidad de las pretensiones declarativas y de condena, lo que, por supuesto, no permitiría advertir temeridad, mala fe o ligereza en la estimación realizada por **FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. REPRESENTADO POR SU VOCERA ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, para efectos de la tasación de las indemnizaciones reclamadas en el litigio.

VI. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

Como quiera que el Artículo 280 del Código General del Proceso conmina al juez a calificar siempre la conducta procesal de las partes, y de ser el caso deducir indicios de ella, el Tribunal pone de presente que tanto las partes como sus apoderados procuraron sustentar sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso y, si bien, como en todo trámite jurisdiccional, se presentaron momentos o circunstancias en donde se hicieron evidentes las diferencias existentes entre ellas, no pueden deducirse de allí comportamientos temerarios o reprochables que ameriten derivar ninguna consecuencia procesal.

VII. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Resta por determinar cómo se deben distribuir las costas y agencias en derecho en el presente trámite. El Tribunal encuentra que como no prosperaron la totalidad de las pretensiones de la demanda, INGETIERRAS deberá reconocer al FIDEICOMISO JACARANDA, el **90%** en materia de costas y agencias en derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con el Art. 365 numeral 5 del C.G.P.²²³, **INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. – EN REORGANIZACIÓN** pagará a **FIDEICOMISO DE**

²²³ “Artículo 365. Condena en costas En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...).

PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. REPRESENTADO POR SU VOCERA ALIANZA FIDUCIARIA S.A. las siguientes sumas de dinero a título de costas (gastos y honorarios):

CONCEPTO	CONDENA (90%)
HONORARIOS Y GASTOS PAGADOS POR LA CONVOCANTE	CONDENA A LA CONVOCADA POR CONCEPTO DE COSTAS A PAGAR A FAVOR DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., EL 90% DE LOS HONORARIOS ASUMIDOS POR ÉSTA.
\$425.296.178	\$382.766.560
HONORARIOS Y GASTOS PAGADOS POR LA CONVOCANTE EN NOMBRE DE LA CONVOCADA	CONDENA A LA CONVOCADA POR CONCEPTO DE COSTAS A REEMBOLSAR EN FAVOR DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., EL 90% DE LO PAGADO POR ÉSTA EN NOMBRE DE LA CONVOCADA.
\$427.267.094	\$384.540.384
HONORARIOS POR ELABORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL Y DE CONTRADICCIÓN DEL INGENIERO MARCO ANTONIO ALZATE, APORTADO POR LA PARTE CONVOCANTE. ²²⁴	CONDENA A LA CONVOCADA POR CONCEPTO DE COSTAS A PAGAR AL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., EL 90% DE LO PAGADO POR ÉSTA AL PERITO MARCO ANTONIO ALZATE.
\$23.390.070	\$21.051.063

Conforme a lo antes descrito y por no obrar en el proceso la acreditación del reembolso de los honorarios y gastos asumidos por la Convocante en nombre de la Convocada, ésta será condenada a pagar la suma de **\$788.358.007** por concepto de honorarios y gastos del proceso.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

²²⁴ Ello con base en el memorial presentado por correo electrónico el 4 de febrero de 2021, en el cual se anexa pago de honorarios al perito Marco Antonio Alzate y paz y salvo emitido por éste.

En cuanto a la agencias en derecho, luego del estudio razonable de lo pretendido en la demanda, lo discutido en el proceso y la gestión realizada por el apoderado, el Tribunal fijará como agencias en derecho la suma de **\$157.800.000**, a cargo de la parte Convocada y en favor de la Convocante.

Así las cosas, la totalidad de la condena en costas, incluidas las agencias en derecho, a cargo de la Convocada y a favor de la Convocante, es de **\$946.158.007**.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en ejercicio de la competencia deferida por las partes, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre el **FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.** cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., como parte convocante, e **INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN**, como parte convocada,

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar que no prospera la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la convocante, FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., respecto de la declaración testimonial de Jhon Mario Ramírez Correa, conforme a lo prevenido en el presente laudo.

SEGUNDO. - Declarar que no prospera la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la convocada, INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, respecto de las declaraciones testimoniales de Camilo Andrés Hermida Cadena y Patricia Aguilar Bustamante, conforme a lo prevenido en el presente laudo.

TERCERO. - Declarar no probadas las excepciones formuladas por la convocada, INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN, denominadas: “1. EXCEPCIONES DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR EL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.”; “2. LA MORA PURGA LA MORA.”; “MODIFICACIONES AL CONTRATO, A LOS DISEÑOS, PLANOS Y CANTIDADES DE OBRA.”; “INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR NO CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO”; “NO PROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL - REDUCCIÓN DE LA MISMA”; “IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA”; “NEGLIGENCIA DE LA DEMANDANTE EN RECIBIR LAS OBRAS”; “INEXISTENCIA DEL DAÑO Y DEL NEXO CAUSAL. IMPROCEDENCIA DEL COBRO DE PERJUICIOS”; “TEMERIDAD, MALA FÉ (sic) Y ABUSO DEL DERECHO”; y “COMPENSACIÓN”, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

CUARTO. - Declarar que prosperan las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, décima, undécima, duodécima, decimocuarta y decimoquinta formuladas por la convocante, FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., en la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

QUINTO. - Declarar que prosperan parcialmente las pretensiones novena y decimotercera, relativas a la sanción por mora en la restitución de los inmuebles prevista en la cláusula DÉCIMO TERCERA (numeral 13.3.2) del Acuerdo Marco, la cual ha sido liquidada a la fecha del presente laudo con el límite establecido en el artículo 867 del Código de Comercio, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEXTO. - Declarar probada la excepción relativa a la “REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA” planteada por INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN en la contestación de la demanda, con sustento en las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

SÉPTIMO. - Condenar a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN a pagar a favor del FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., a partir de la ejecutoria del presente laudo, la suma de **TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL PESOS COLOMBIANOS (COP \$3.743.089.000)**, por concepto de sanción moratoria prevista en la cláusula Décimo Tercera (numeral 13.3.1) del Acuerdo Marco, conforme a lo dispuesto en la parte motiva del presente laudo.

OCTAVO. - Condenar a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN a pagar a favor del FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., a partir de la ejecutoria del laudo, la suma de **SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS PESOS COLOMBIANOS (COP \$748.617.800)**, por concepto de cláusula penal prevista en la estipulación Décimo Tercera (numeral 13.3.2) del Acuerdo Marco, conforme a lo dispuesto en la parte motiva del presente laudo.

NOVENO. - Condenar a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN a pagar a favor del FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., a partir de la ejecutoria del laudo, la suma de **SEISCIENTOS DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS COLOMBIANOS (COP \$602.587.928)**, por concepto de los perjuicios que exceden el valor de la cláusula penal, conforme a lo dispuesto en la parte motiva del presente laudo.

DÉCIMO. - Abstenerse de decretar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente laudo arbitral.

DÉCIMO PRIMERO. - Declarar que prospera la pretensión decimosexta formulada por la convocante, FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., en la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

DÉCIMO SEGUNDO. - Condenar a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN a pagar a favor del FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., a partir de la ejecutoria del laudo, la suma de **NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL SIETE PESOS COLOMBIANOS (COP\$ 946.158.007)**, por concepto de costas, conforme a lo dispuesto en la parte motiva del presente laudo.

DÉCIMO TERCERO. - En firme este laudo se causará el saldo de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente y, adicionalmente, rendirá cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal y devolverá a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 28 de la Ley 1563 de 2012. Las partes entregarán en un plazo de quince (15) días hábiles a los Árbitros y el Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con este 50% de sus honorarios.

DÉCIMO CUARTO - De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1743 de 2014, descontar del pago final de los honorarios de los Árbitros y del Secretario el valor correspondiente a la contribución especial arbitral y consignarla a la orden del Consejo Superior de la Judicatura.

DÉCIMO QUINTO. - Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

DÉCIMO SÉXTO. - Ordenar que en los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, se haga entrega por Secretaría del expediente completo del trámite arbitral, para su archivo en el Centro de Arbitraje.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Medellín, a los diez (10) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Se deja constancia que el presenta laudo es suscrito por los Árbitros y el Secretario, mediante firma digitalizada, tal como lo autoriza el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020.



HERNANDO PARRA NIETO
- Presidente



CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ
Árbitro



RICARDO VÉLEZ OCHOA
Árbitro



JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ
Secretario

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA
LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A. REPRESENTADO POR SU VOCERA ALIANZA
FIDUCIARIA S.A. EN CONTRA INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. - EN
REORGANIZACIÓN**

Radicado No. 2019 A 0046

**AUDIENCIA PARA DECIDIR SOLICITUD DE ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y
ADICIÓN DEL LAUDO**

MEDELLÍN, VEINTICINCO (25) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

A las once de la mañana (11:00 a.m.), se constituyó el Tribunal en audiencia, con el fin de resolver la solicitud de aclaración, corrección y adición del laudo presentada por la parte Convocada.

Asistieron a la audiencia por el sistema de telepresencia:

- Los árbitros, doctores **HERNANDO PARRA NIETO (Presidente)**, **CARMENZA MEJÍA MARTINEZ**, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, y el secretario del Tribunal, **JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ**.

- El apoderado judicial del **FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A.**, doctor **CARLOS FELIPE PINILLA ACEVEDO**.

- El apoderado judicial de **INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. - EN REORGANIZACIÓN**, doctor **ALEJANDRO RAYO BUENO**.

Informe secretarial: El secretario informó que la primera audiencia de trámite finalizó el día 18 de febrero de 2020 y teniendo en cuenta que el proceso fue suspendido por mutuo acuerdo de las partes por 137 días hábiles, lo cual se encuentra debidamente relacionado en el laudo arbitral, el término del proceso expiraría el 10 de marzo de 2021. Ahora, tomando en cuenta la ampliación legal del término del proceso prevista por el artículo 10 del Decreto 491 del 28 marzo 2020, por el cual se modificó lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012¹, el proceso tendrá como fecha límite el 10 de mayo de 2021.

¹ Fundamentado en los impactos sanitarios y económicos del Covid-19, se extendió el plazo de duración de los procesos arbitrales hasta por ocho (8) meses. Véase artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 2020, expedido por el Presidente de la República, Ministerio de Justicia y del Derecho, el 28 de marzo del 2020.

Además, el secretario informó que la parte convocada, a través de apoderado judicial y estando dentro del término oportuno para ello, solicitó aclaración, corrección y/o adición del laudo arbitral notificado en audiencia del 10 de febrero de 2021, mediante memorial del 17 de febrero de 2021.

Igualmente, el secretario informó que el apoderado de la parte convocante, se pronunció frente a la solicitud de aclaración, corrección y adición del laudo, mediante memorial radicado el 19 de febrero de 2021.

Finalmente, se informa que el día 23 de febrero de 2021, el apoderado de la parte Convocada presentó al final de la tarde memorial por correo electrónico, en el cual solicitó el aplazamiento de la presente audiencia por tener fijada con anterioridad otra diligencia judicial.

Tomando en cuenta el anterior informe, el Tribunal se ocupará de decidir la petición del aplazamiento de esta audiencia para lo cual profirió el siguiente:

AUTO N° 38

I. CONSIDERACIONES

1.- El Tribunal luego de analizar la solicitud de aplazamiento de la presente audiencia y la prueba aportada para ese efecto por el apoderado de la parte Convocada, encuentra que la audiencia que se va surtir en el proceso judicial adelantado ante el Juzgado de Sabaneta (Antioquia), fue fijada desde el 11 de febrero de 2021 y notificada por estados del 12 de febrero de 2021, por lo que, para el momento en que fue notificado el auto que fijó la actual audiencia arbitral, esto es, el 18 de febrero de 2021, el apoderado tuvo la posibilidad de solicitar el cambio de la fecha con suficiente antelación y no como ahora se planteó.

2.- Además de lo anterior, el apoderado de la Convocada teniendo en cuenta las fechas antes indicadas en las que se notificaron los diferentes autos de convocatoria a audiencia pudo gestionar, en un tiempo razonable, la sustitución del poder para la atención adecuada de las mismas.

3.- Por último, cabe recordar que con la celebración de la presente audiencia se pone fin al proceso en sede arbitral, porque ésta tiene como único objeto la lectura de la decisión de las peticiones de aclaraciones, corrección y/o adición del laudo planteadas por la parte Convocada.

II. DECISIÓN

En virtud de lo anterior, el TRIBUNAL ARBITRAL,

RESUELVE:

No acceder al aplazamiento de la presente audiencia arbitral pedido por la parte Convocada, de acuerdo a lo antes motivado.

Lo decidido queda notificado en estrados, sin manifestaciones de los apoderados.

Cumplido lo anterior, el Tribunal se ocupó de decidir los otros puntos relacionados en el informe secretarial, para lo cual profirió el siguiente:

AUTO N° 39

I. CONSIDERACIONES

1.- Previo al estudio de las solicitudes de aclaración, corrección y adición, el Tribunal procede a precisar el alcance éstas figuras procesales frente al laudo arbitral.

Los laudos arbitrales son susceptibles de ser aclarados, corregidos o complementados, de oficio o a petición de parte, según lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley 1563 de 2012, que indica:

“Dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado de oficio; asimismo, podrá serlo a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término.”

Ahora, como la citada ley no precisa en qué consiste la aclaración y complementación de los laudos arbitrales, resulta necesario acudir a la regulación procesal civil y a lo señalado por la jurisprudencia.

En relación con la aclaración, el artículo 285 del Código General del Proceso (C.G.P.) advierte que la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció y agrega que ésta se podrá aclarar *“cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.”*

Así, las solicitudes de aclaración de la sentencia deberán ser analizadas en cuanto a su alcance y pertinencia por el juzgador *“siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.”*²

En relación con la aclaración de providencias, la Corte Constitucional en sentencia T-1082 de 2006³, reiterando jurisprudencia anterior, expresó lo siguiente:

*“«Al respecto, es importante resaltar que el ordenamiento jurídico, con el fin de proteger la intangibilidad de las decisiones judiciales definitivas, le ha fijado al juez reglas específicas y estrictas sobre la aclaración, adición o corrección de sentencias, pues como ya se dijo, está en juego uno de los valores sobre los que el propio sistema sienta sus bases: el de la seguridad jurídica, sin la cual es imposible que el Derecho, aplicado por los jueces al caso concreto, cumpla el fin de lograr la convivencia pacífica (Preámbulo y artículo 2). [...]»*⁴.

[...] Así pues, la procedencia excepcional de la aclaración de sentencias está condicionada a que exista una razón objetiva de duda que nuble el entendimiento de la providencia. Se aclara que tal duda debe estar reflejada en la parte resolutive del fallo o en la parte motiva cuando, de manera directa, esta última influya sobre aquella. De no cumplir tal requisito, debe mantenerse el carácter intangible e inmutable de las sentencias⁵” (Énfasis añadido).

Por su parte el Consejo de Estado, a partir de lo regulado en la normativa procesal civil, se ha pronunciado sobre la aclaración del laudo arbitral, en los siguientes términos:

“[L]os conceptos que pueden aclararse no son los que surgen de dudas de las partes acerca de las afirmaciones del juez, sino aquellas provenientes de redacción ininteligible o del alcance de un concepto o de frases que ofrezcan verdadero motivo

² Corte Suprema de Justicia – Sentencia del 23 de marzo de 2012: *“El ordenamiento jurídico procesal ha instituido como principio general que una vez proferida una sentencia, no es factible revocarla ni reformarla por el juzgador que la emitió, es decir, que para éste tal acto es intangible o inmutable.”*

³ Corte Constitucional. Sentencia T-1082 del 13 de diciembre de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1410321. Lo manifestado por la Corte en vigencia del Código de Procedimiento Civil se mantiene en su totalidad bajo la legislación procesal vigente.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, Auto 313 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Ver, igualmente, autos A-058 de 2002, A-018 de 2004.

*de duda, siempre que, como exige el artículo, estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.”*⁶ (Subrayas del Tribunal).

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷ ha señalado lo siguiente:

“1. El artículo 309 del CPC, retomado casi en su integridad por el artículo 285 del CGP y aplicable por remisión expresa del artículo 267 del CCA, establece que la sentencia no es revocable ni modificable por quien la dictó. Sin embargo el precepto agrega que, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, es posible mediante auto aclarar los conceptos, frases o ideas que ofrezcan duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.

*De modo que la aclaración no es un medio procesal para reformar la sentencia, sino que se predica de las dudas que surjan de ella, que no son las que tengan las partes sobre la legalidad de las consideraciones del fallador, porque ello iría contra el principio de inmutabilidad o intangibilidad de la sentencia por el mismo juez que la profirió”*⁸ (Énfasis añadido).

A su turno, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado en relación con el punto bajo examen, que existen ciertos requisitos cuyo cumplimiento se exige para obtener la aclaración de un fallo, a saber:

“En cuanto a los requisitos cuyo cumplimiento es necesario para obtener la aclaración del fallo, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado los siguientes: «a) Que se haya pronunciado una sentencia susceptible de aclaración ... b) Que el motivo de duda de conceptos o frases utilizados por el sentenciador sea verdadero y no simplemente aparente ... c) Que dicho motivo de duda sea apreciado como tal por el propio fallador, no por la parte, por cuanto 'es aquel y no ésta quien debe explicar el sentido de lo expuesto por el fallo ...' (G.J., XVIII, pág. 5) ... d) Que la aclaración tenga incidencia decisoria evidente, pues si lo que se persigue con ella son explicaciones meramente especulativas o provocar controversias semánticas, sin ningún influjo en la decisión, la solicitud no procede, y ... e) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la discusión sobre la juridicidad de las cuestiones ya

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Sentencia del 29 de noviembre de 1996 – Radicación 7821.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del 15 de noviembre de 2016. Radicado: 11001-03-26-000-2015-00092-00(54405) A. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 28 de abril de 2005, Rad. 25.560.

resueltas en el fallo, como tampoco buscar explicaciones tardías sobre el modo de cumplir las decisiones en él incorporadas (Cas. Civ., auto de 25 de abril de 1990, citado en auto No. 215 de 16 de agosto de 1995, expediente No. 4355)» (CSJ AC, 6 Abr. 2011, Rad. 1985-00134-01)”⁹ (resaltado fuera de texto).

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la aclaración solo procede si se cumplen los siguientes requisitos en materia arbitral:

- i. Que se trate del laudo.*
- ii. Que el motivo de duda sobre el alcance de la frase o expresión sea verdadero o real y no simple o aparente.*
- iii. Que el motivo de duda sea apreciado por el tribunal.*
- iv. Que no se trate de puntos meramente académicos y especulativos.*
- v. Que si la aclaración es solicitada por una de las partes ésta indique de manera precisa las partes oscuras, ambiguas o dudosas.*
- vi. Que con la aclaración no se produzca la modificación alteración o reforma del laudo*
- vii. Que la aclaración no tenga como fin renovar las controversias sobre la legalidad de las cuestiones resueltas en el Laudo”.¹⁰*

Ahora bien, el artículo 286 del C.G.P., establece que la corrección de una providencia procede cuando “(...) se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto (...) Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Así, la corrección, a su turno se abre paso cuando se encuentren acreditados errores puramente aritméticos o existan yerros que surjan de la omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, ello, siempre y cuando tales errores estén contenidos en la parte resolutive de la providencia o influyan en ella.

De otro lado, la complementación o adición de providencias está prevista en el primer inciso del artículo 287 del C.G.P., el cual señala: “Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.”

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto AC6007-2016 del 9 de septiembre de 2016. Radicado n° 11001-31-03-036-2006-00119-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Gaceta Judicial – Tomo CXVIII – Página 6. Citada en auto del 6 de septiembre de 2013 por el Tribunal Arbitral de *Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - EAAB vs. Aguas Kapital Bogotá S.A. E.S.P. – En Liquidación Judicial y Fiduciaria Colpatria S.A.*

Al respecto, la mencionada Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó en relación con los laudos arbitrales, lo siguiente: *“Resulta claro que, tratándose de adición de laudos arbitrales, el caso en que ésta procede se refiere a que en el laudo no se haya resuelto completamente la controversia presentándose omisión sobre algún punto del litigio o que debía ser materia de decisión, y se debe efectuar mediante un laudo complementario.”*¹¹

Consignado lo anterior, pasa el Tribunal a evaluar las solicitudes sometidas a su consideración.

2.- En memorial presentado en oportunidad, el apoderado de Ingetierras elevó a este Tribunal una solicitud de aclaración, corrección y/o adición del laudo, la cual dividió en dos capítulos.

2.1 El primero de los capítulos se dirigió a formular solicitudes de aclaración respecto de distintos apartes del laudo arbitral, los cuales, con fines metodológicos, y sin perjuicio de tenerse en cuenta la totalidad del memorial radicado por el apoderado de Ingetierras, este panel presentará de la siguiente manera:

- a) Solicitud relacionada con el análisis del Tribunal en relación con el valor definido en el Contrato respecto de los llenos estructurales, sin consideración a la comunicación remitida el 22 de febrero de 2016 por Ingetierras al Fideicomiso Jacaranda:

“Se solicita, entonces, que el Honorable Tribunal explique por qué en el folio 164 del laudo afirma categóricamente que: “De otro lado, es relevante hace la claridad de que el monto de dos mil quinientos millones de pesos m/cte (\$2.500.000.000 señalados en el Acuerdo Marco, solamente hace referencia a los llenos estructurales”, aseveración que fundamenta en el peritaje del Ing. Alzate Ospina, con la salvedad de que este dice, sin sonrojarse siquiera, que “(...) El valor estimado de 2.500 millones, corresponde a las actividades de restauración por encima de la cota del terreno original previo a las actividades de explotación por parte del PROFESIONAL MINERO, por lo tanto, es equivocada la manifestación del perito, en el sentido de indicar que esta valor corresponde a la totalidad de las obras de restauración (...) Por lo anteriormente expuesto, es errónea la apreciación del perito, en el sentido de definir un valor fijo de obras de restauración, ya que el alcance técnico de las mismas se definió por niveles de terreno y áreas de restauración, no por volúmenes y cantidades y precios de obra.” (citas que aparecen en los folios 164 y 165 del laudo)”.

¹¹ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Concepto 1408 del 25 de abril de 2002.

- b) Solicitud relacionada con la falta de sustento del laudo en el Código de Minas, como sigue: *“Siendo el Acuerdo Marco un contrato para la explotación minera de un título minero, ¿por qué razón de excluye del marco jurídico, en el laudo arbitral, el Código de Minas, ¿Ley 685 de 2001?”*
- c) Solicitudes respecto del análisis probatorio del Tribunal en relación con la pretensión relacionada con el incumplimiento de la obligación de Ingetierras de mitigar el riesgo de inundaciones, específicamente, respecto de si el Tribunal conoció el informe elaborado por VIECO INGENIERÍA, y el mérito probatorio otorgado al dictamen pericial del Ingeniero Alzate y los informes de interventoría:

“Se le pide al Honorable Tribunal aclarar si conoció el informe elaborado por VIECO INGENIERÍA DE SUELOS para UMBRAL S.A., en septiembre de 2014, mucho antes de empezar las tratativas para definir el Acuerdo Marco, en el cual se hizo el estudio y diseño de los llenos requeridos para proteger de inundaciones la zona de desarrollo habitacional del proyecto, hecho que coincide con la afirmación hecha por Ingetierras en el sentido de que ese diseño era vital para el éxito del proyecto: (...)

Se solicita al Honorable Tribunal que analice la situación y se pronuncie sobre la omisión de información técnica importante sobre estas obras de urbanismo, que tenía guardada UMBRAL, como responsable de los diseños pertinentes, máxime si se tiene en cuenta que esa información debió ser entregada al momento de solicitar la licencia de urbanismo y construcción para el proyecto, obras que no tienen nada que ver con las actividades mineras. (...) Se solicita al Honorable Tribunal aclarar por cuáles razones considera válidas las aseveraciones dadas por la Interventoría y el perito Alzate de construir jarillones permanentes en la zona de inundación del Río Negro, tal como aparece consignado en los últimos párrafos de los folios 48 y 49 del laudo, respectivamente, a sabiendas de que no es permitida la construcción de obras que impidan la libre circulación del agua por la zona de inundación. (...) Y esta aceptación deberá ser aclarada por el Honorable Tribunal por cuanto va en contravía de los estudios técnicos realizados por CORNARE (nada tiene que ver con Ingetierras) y presentados por Ingetierras (...)

- d) Solicitudes relacionadas con las variaciones de diseño y las consecuencias jurídicas otorgadas a las órdenes efectuadas por la interventoría, como sigue:

“Si a ello se le suman los casi 40.000 m³ del lleno estructural por encima de la cota 2097 dentro del título minero se podrá concluir que esos llenos adicionales alcanzan aproximadamente el 50% del volumen de llenos inicialmente

contemplados, sin que Ingetierras pudiera percibir alguna compensación con la explotación de material aluvial. Si no se reconocen esos costos, claramente se genera un detrimento patrimonial en contra de Ingetierras con el consiguiente enriquecimiento sin justa causa para el PROPIETARIO. Se pide, en consecuencia, que el Honorable Tribunal aclare por qué no se tornan en abusivas las cláusulas contractuales que incrementan las obligaciones de una de las partes sin que la otra deba dar la debida contraprestación.

(...)

Se le solicita al Honorable Tribunal aclarar por qué considera normal que UMBRAL haya entregado diseños de obras que corresponden al desarrollo urbanístico del proyecto y, siendo parte interesada en él, hubiera adicionado esas labores a las obligaciones de Ingetierras, sin que hubiera mediado autorización expresa del FIDEICOMISO JACARANDA, solo buscando eludir su pago en el contrato de construcción que debió haberse hecho para ese fin.

(...)

Se solicita al Honorable Tribunal por qué razón omite referirse claramente a la notoria variación en el diseño del desarrollo urbanístico del proyecto al darse en esa misma fecha un drástico cambio en el lago 1, que ya se eliminaba de su posición original y se trasladaba a otro sitio, modificando totalmente no solo la instrucción inicial de conservar los lagos existentes sino el mismo diseño urbanístico del proyecto, incluido lo concerniente a la planta arbórea, tal como se aprecia en las dos figuras siguientes, ampliamente divulgadas por Ingetierras en el proceso:

(...)

En la misma idea anterior se solicita al Honorable Tribunal manifestar en dónde encontró la autorización del FIDEICOMISO JACARANDA (propietario) para que UMBRAL cambiara no solo el diseño del proyecto urbanístico, sino que modificara el Acuerdo Marco, como quiera que dejó sin validez varios anexos de ese acuerdo.

(...)

En el folio 79 del laudo el Honorable Tribunal acepta que sí se efectuaron modificaciones a los planos pactados inicialmente en el Acuerdo Marco pero “lo cierto es que no existe evidencia en el expediente en el sentido de que las partes hubiesen alcanzado un acuerdo respecto de la modificación en el cronograma de entrega, ni mucho menos acerca de un reconocimiento económico por dichas

obras”. Se solicita al Honorable Tribunal si las nuevas condiciones contractuales ameritaban esos acuerdos en cuanto a plazo y valor, como lo solicita Ingetierras, o si por el contrario, esas nuevas situaciones no conllevan variaciones importantes y por ende no hay lugar a cambios en el plazo y en el valor del contrato, como lo afirma el FIDEICOMISO JACARANDA (PROPIETARIO).

(...)

Se solicita al Honorable Tribunal aclarar si bajo esas nuevas condiciones no habría lugar a reconsiderar los términos del Acuerdo Marco, en cuanto a plata y plazo se refiere.

Se solicita al Honorable Tribunal que aclare a nombre de quién impartió la Interventoría las órdenes de cambiar los diseños del proyecto urbanístico y mostrar la abierta oposición del FIDEICOMISO para que ello se diera (...).

Se solicita al Honorable Tribunal explicar cuándo solicitó Ingetierras hacer el cambio aludido y en dónde aceptó que ello no le originaría cambios en la ejecución del contrato, porque en el expediente reposa una carta - informe, de noviembre 17/2017, en la cual deja clara constancia del rompimiento del equilibrio contractual, habida cuenta de las condiciones realmente encontradas durante las excavaciones por fuera del área de la concesión minera y adiciona comentarios sobre los problemas derivados del cambio introducido en el proyecto por la eliminación del lago 1 (...).

- e) Solicitud relacionada con las especificaciones técnicas de la llave de confinamiento, en la que se señaló lo siguiente:

“Resulta que UMBRAL participó en las negociaciones preliminares para elaborar el Acuerdo Marco, es la encargada de los diseños del proyecto urbanístico pertinente (al menos así se colige de la rotulación de los planos entregados), introdujo como obligaciones de Ingetierras la ejecución de obras de urbanismo que sabía las tendría que ejecutar después de terminados los trabajos mineros (llenos estructurales por encima de la cota 2097 en el área de la concesión, llenos estructurales por fuera de la concesión minera, llave de confinamiento del lleno estructural por encima de la cota 2097, solicitar la construcción de filtros en los llenos estructurales por encima de la cota 2097, etc.), obras de urbanismo que ella debía diseñar y construir, tanto que ya tenía esos diseños (desde septiembre de 2014 informe del Ing. Bernardo Vieco Q.), pero por razones no justificadas los ocultó y omitió su entrega, remplazando esos planos por la vaga y errada descripción de las obras allí diseñadas, con lo cual creó la confusión entre todos los interesados, incluyendo los funcionarios de UMBRAL

*que rindieron testimonios en el proceso arbitral que no sabían cuál era la altura de la llave de confinamiento, hablando incluso de que esa altura era de más de 8 m, cuando en el informe geotécnico elaborado por el Ing. Vieco se habla de entre 1 m y 3 m, claro, para las condiciones del subsuelo de esa época (2014), que variaron notoriamente por la explotación minera en el sector pertinente, variación que no se tiene constancia de que hubiera sido informada al asesor geotécnico, condición establecida en ese informe geotécnico. **El Honorable Tribunal deberá explicar por qué los hechos descritos no constituyen un grave indicio de la conducta abusiva de UMBRAL en el desarrollo de ese contrato***

(...)

*Sobre las cláusulas ambiguas habla el Honorable Tribunal en el folio 118 y siguientes. Se solicita al Honorable Tribunal las explicaciones para considerar que las especificaciones para la construcción de la llave de confinamiento no fueron claras sino, por el contrario, confusas y ambiguas, a tal punto que ni los mismos funcionarios no sabían definir claramente la altura de esa llave de confinamiento, como queda demostrado en sus testimonios durante el proceso, cuando hablaron incluso de 8 y más metros de altura, ignorando que ya existía un diseño para esa obra de protección. (...) **El Honorable Tribunal deberá explicar si el ocultamiento del informe que contiene los diseños de la llave de confinamiento y de filtros en los llenos estructurales, elaborado desde septiembre de 2014 por el Ing. Vieco para UMBRAL, ocultado por esta empresa, constituye una falta de ética profesional que indujo a error a todas las partes que intervinieron en la construcción de la obra**” (Énfasis añadido).*

- f) Solicitud relacionada con el mérito probatorio otorgado por el Tribunal al dictamen del perito Alzate, en relación con las obras faltantes, como sigue:

*“Entre los folios 98 y 103 del laudo arbitral se consignan apartes de los informes de Interventoría y del perito Alzate (quien no solo fundamentó su dictamen en los informes de la Interventoría sino que copió textualmente apartes de ellos, sin dar la debida explicación, amén de cometer otros graves errores e imprecisiones que fueron resaltados en su momento) en los cuales se habla de las obras faltantes u obras por ejecutar a cargo de Ingetierras, entre las cuales se citan: cañuelas y drenes, en metros lineales y no se conoce ningún plano que permita hacer esa evaluación; comisión de topografía, en días de trabajo, tiempo definido arbitrariamente, sin fundamento técnico alguno. **Se solicita al Honorable Tribunal que explique si tuvo a su disposición los planos que***

permitieran definir los metros de longitud faltantes para cañuelas y drenes, amén de información confiable para definir trabajos de la comisión de topografía” (Énfasis añadido).

- g) Solicitud respecto del mérito probatorio otorgado al perito Alzate, a pesar de no contar con constancia de que el mismo hubiere estado en la obra en febrero de 2018, la cual se formuló de la siguiente manera:

“En el folio 102 del laudo dice el Honorable Tribunal acoge lo dicho por el perito Alzate en el sentido de que para elaborar su informe pericial tuvo en cuenta el Acuerdo Marco y sus anexos, el informe consolidado de la Interventoría al 31 de diciembre de 2018, la información de visita al proyecto del 27 de febrero de 2018, etc. Se le solicita al Tribunal que explique cómo corroboró que el Ing. Alzate estuvo en la obra en febrero de 2018 porque Ingetierras no tiene ninguna prueba de ello” (Énfasis añadido).

- h) Solicitud en relación con la incidencia de la supuesta mayor cantidad de obra: ***“Se solicita que el Honorable Tribunal explique por qué considera que la adición de una cantidad de obra, independientemente de su cuantía, en este contrato no ocasiona problemas si ello se hace antes de que el contratista estuviera en condiciones para iniciarla”.***
- i) Solicitud en relación con una de las conclusiones a la que arribó el Tribunal, respecto de la pretensión relacionada con la falta de pago de la indemnización por concepto de las servidumbres pactadas en el Acuerdo Marco, como sigue: ***“Se solicita al Honorable Tribunal explicar la aseveración hecha en el folio 170 que reza: “En consecuencia, de las pruebas documentales aquí indicadas resulta evidente advertir para este panel que las servidumbres pactadas en el Acuerdo Marco fueron efectivamente constituidas”, lo cual, si bien es cierto, deberá tenerse en cuenta que su cumplimiento fue extemporáneo, habida cuenta de que la escritura pública, debidamente registrada, solo se obtuvo mucho después de iniciadas las obras por parte de Ingetierras” (Énfasis añadido).***
- j) Solicitud respecto de la resolución del Tribunal en relación con la exigibilidad de la sanción por mora, como se indica a continuación: ***“Sobre la exigibilidad de la sanción por mora, de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios deberá tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 13.3.3.2. en el sentido de que la cláusula penal no aplicará en caso de incumplimiento de la cláusula novena del Acuerdo Marco, ya que en dicho caso aplicará la sanción contemplada en Página 18 el numeral 13.3.1., situación que no es respetada en los resúmenes 7° y 8° del laudo. Analizar la***

justificación de los resuelve 9° y 12° (verificar pago que ya se hizo por este concepto)”.

2.2 Por otro lado, en el segundo capítulo el apoderado de Ingetierras formuló una solicitud de aclaración y corrección respecto de la condena en costas impuesta en el laudo arbitral, comoquiera que el concepto de las costas denominado “honorarios y gastos que la convocante pagó en nombre de la convocada” fue reembolsada por parte de Ingetierras a la Convocante. Acerca del particular aseveró la convocada que pagó a la convocante la suma de “(...) \$435.824.207 el día 02 de marzo de 2020 (...)”, correspondiente a los gastos y honorarios que había cancelado en nombre de la Convocada. Para acreditar el pago de este rubro, el apoderado de la convocada acompañó pruebas documentales.

2.3 Por su parte, el apoderado de la Convocante al pronunciarse frente a las solicitudes de aclaración, corrección y complementación del laudo elevadas por la parte Convocada, afirmó que *“el laudo arbitral proferido el 10 de febrero de 2021, resulta absolutamente claro, comprensible e inequívoco tanto en sus consideraciones como en sus resoluciones, por lo que es evidente que sobre el mismo no hay nada que aclarar”*. Indicó igualmente el citado apoderado, que *“en punto del reembolso de los gastos y honorarios que en su día debió asumir mi poderdante, en lealtad procesal y sin necesidad de que el Tribunal nos requiera para el efecto, confirmo a los Honorables Árbitros que el pago que aparece acreditado en el memorial del Honorable Dr. Rayo sí se realizó”*.

3.- Para efectos metodológicos, el Tribunal procederá a analizar las solicitudes efectuadas por el apoderado de la Convocada utilizando la división por capítulos presentada por el referido apoderado.

SOLICITUDES DE ACLARACIÓN CONTENIDAS EN EL CAPÍTULO I.

- 3.1 Resulta preciso para este panel arbitral anotar que las solicitudes de aclaración formuladas por la Convocada, y que fueron sintetizadas en el acápite precedente de este auto, de ninguna manera pueden considerarse como solicitudes merecedoras de pronunciamiento por parte de este Tribunal, al no obedecer a verdaderos motivos de duda en el laudo arbitral, tal como lo exige la normatividad y la jurisprudencia.
- 3.2 En efecto, y como puede vislumbrarse de la sola lectura de las varias solicitudes, estas corresponden a cuestionamientos respecto del análisis probatorio acometido por el Tribunal, y cuyo sustento se encuentra en el laudo arbitral proferido por este panel, razón por la cual, no corresponde efectuar aclaración alguna.

- 3.3 Adicionalmente, las solicitudes de pronunciamiento respecto de interrogantes específicos que formula la Convocada, desde luego no serán absueltas por este Tribunal, comoquiera que se encuentran únicamente dirigidas a cuestionar las conclusiones a las que se arribó acerca de algunas pretensiones, por no haber acogido la tesis esbozada por la Convocada durante el trámite, cuyo fundamento también se encuentra suficientemente plasmado a lo largo del fallo proferido por el panel arbitral.
- 3.4 Así las cosas, advierte con facilidad que los diferentes motivos de duda surgen de la particular lectura e interpretación del laudo que hace el peticionario y no de verdaderos conceptos o frases oscuras o ambiguas ofrecidas en las consideraciones del laudo o que hayan influido en su parte resolutive.
- 3.5 En consecuencia, el Tribunal negará todas las solicitudes de aclaración formuladas por la parte Convocada en el capítulo primero de su memorial.

SOLICITUD DE CORRECCIÓN Y ACLARACIÓN CONTENIDA EN EL CAPÍTULO II.

- 3.6 Acerca de la presente solicitud, es menester para este panel indicar que Ingetierras no probó durante el trámite del proceso haber efectuado el pago a la Convocante de las sumas que ésta canceló en su nombre. No obstante, y dado que ha sido reconocido por ambas partes, con posterioridad a que se profiriera el laudo arbitral, el reembolso de la suma de \$435.824.207, por concepto de los honorarios y gastos cancelados por la Convocante, este panel corregirá de oficio el capítulo VII del laudo, relativo a la liquidación de las costas, la cual quedará de la siguiente manera:

CONCEPTO	CONDENA (90%)
HONORARIOS Y GASTOS PAGADOS POR LA CONVOCANTE	CONDENA A LA CONVOCADA POR CONCEPTO DE COSTAS A PAGAR A FAVOR DEL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., EL 90% DE LOS HONORARIOS ASUMIDOS POR ÉSTA.
\$425.296.178	\$382.766.560
HONORARIOS POR ELABORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL Y DE CONTRADICCIÓN	CONDENA A LA CONVOCADA POR CONCEPTO DE COSTAS A PAGAR AL FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA

DEL INGENIERO MARCO ANTONIO ALZATE, APORTADO POR LA PARTE CONVOCANTE. ¹²	LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., EL 90% DE LO PAGADO POR ÉSTA AL PERITO MARCO ANTONIO ALZATE.
\$23.390.070	\$21.051.063

- 3.7** Así las cosas, la convocada será condenada a pagar la suma de \$403.817.623 por concepto de honorarios y gastos del proceso, más el valor establecido en el laudo por agencias en derecho, a saber, \$157.800.000, puesto que este concepto no será corregido.
- 3.8** Finalmente, si bien en el encabezado de la petición presentada por la parte Convocada se planteó la adición del laudo, el Tribunal luego de analizar nuevamente la controversia puesta a su consideración, encuentra que ésta fue resuelta de forma completa, no quedando por fuera de lo decidido en el laudo ningún extremo de la Litis, por lo que tampoco procedería la adición o complementación del laudo.

II. DECISIÓN

En virtud de lo anterior, el **TRIBUNAL ARBITRAL**,

RESUELVE:

PRIMERO. - Negar la solicitud de aclaración, corrección y adición del laudo presentada por la Convocada el 17 de febrero de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este auto.

SEGUNDO. - Corregir de oficio el numeral décimo segundo de la parte resolutive del laudo arbitral proferido el 10 de febrero de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este auto, el cual quedará de la siguiente manera: ***“DÉCIMO SEGUNDO.- Condenar a INGETIERRAS DE COLOMBIA S.A. EN REORGANIZACIÓN a pagar en favor del FIDEICOMISO DE PARQUEO PARA LIQUIDACIÓN DE JACARANDA S.A., cuya vocera y administradora es la sociedad Alianza Fiduciaria S.A., a partir de la ejecutoria del laudo, la suma de QUINIENTOS SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS***

¹² Memorial presentado por correo electrónico el 4 de febrero de 2021, en el cual se anexa pago de honorarios al perito Marco Antonio Alzate y paz y salvo emitido por éste.

VEINTITRÉS PESOS COLOMBIANOS (COP\$561.617.623), por concepto de costas, conforme a lo dispuesto en la parte motiva del presente laudo”.

TERCERO. - Expedir por secretaría: **(i)** copia autentica de la presente decisión, con destino a las partes **(ii)** constancia de ejecutoria del laudo proferido el 10 de febrero de 2021 y de la presente decisión de corrección del citado laudo, de conformidad con el artículo 114 del Código General del Proceso.

Todo lo decidido queda notificado en estrados, sin manifestaciones de los apoderados.

Cumplido el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 11:30 a.m. y se deja constancia de las personas que intervinieron en ésta sin necesidad de su firma por haberse llevado a cabo a través del sistema de telepresencia, de la cual quedará evidencia en el expediente tanto del video y de la grabación de la audiencia.

Árbitros,

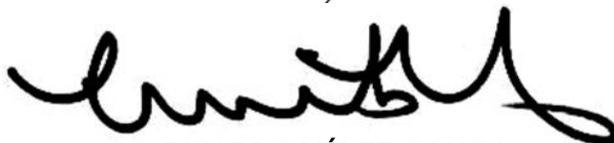


HERNANDO PARRA NIETO

(Presidente)



CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ



RICARDO VÉLEZ OCHOA

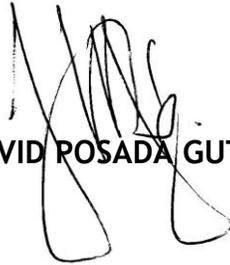
Apoderado de la parte Convocante,

CARLOS FELIPE PINILLA ACEVEDO

Apoderado de la parte Convocada,

ALEJANDRO RAYO BUENO

El Secretario,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned above the name of the signatory.

JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ