

CAMARA DE COMERCIO DE CALI

Centro de Conciliación y Arbitraje

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO
PROCESO ARBITRAL PROMOVIDO POR “CONSTRUCTORA
COMAVSA DE OCCIDENTE S.A.” CONTRA “CAJA DE
COMPENSACION DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI,
COMFANDI.**

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, diez (10) de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento institucional, la Ley 23 de 1.991 y los Decretos 2279 de 1.989 y 2651 de 1.991, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

CAPITULO I

CLAUSULA COMPROMISORIA

En el contrato de cofinanciación para la construcción de un programa de 552 soluciones de vivienda denominado “MULTIFAMILIARES ASIA COMFAMILIAR DE CALI”, celebrado entre CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A. y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR “ASIA CONFAMILIAR DE CALI”, suscrito en la ciudad de Cali el 15 de Abril de 1.994, se estipuló en su cláusula DECIMA SEXTA lo siguiente: **“ARBITRAMIENTO. Las controversias o diferencias que ocurrieren entre las partes por motivo de la ejecución, interpretación, cumplimiento o liquidación del presente contrato, que no hubieren sido resueltas en forma directa serán sometidas a un tribunal de arbitramento, conformado por tres abogados en ejercicio nombrados por la Cámara de Comercio de Cali quienes decidirán regidos por el Decreto 2279 de 1.989 y la Ley de 1.991”.**

CAPITULO II

LA DEMANDA

En escrito presentado al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el día 23 de Junio de 1.997, la sociedad “CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A.” por conducto de apoderado, instauró DEMANDA ARBITRAL contra

la entidad CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFAMILIAR ANDI (COMFANDI), con las siguientes pretensiones principales:

- “6.3.- Que mediante laudo, con efectos de cosa juzgada se declare que COMFANDI obró con culpa, negligencia y descuido y abuso del derecho en el cumplimiento de las obligaciones emanadas por razón del contrato de Cofinanciación y su Otrosí celebrado por la CAJA DE COMPENSACION ASIA, absorbida por COMFANDI con la sociedad CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A celebrado el 15 de abril de 1.994, cuyo objeto era vincular a la Caja en el programa de vivienda denominado MULTIFAMILIARES ASIA COMFAMILIAR CALI.
- 6.4.- Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a COMFANDI a pagar a la sociedad CONSTRUCTORA DE OCCIDENTE COMAVSA S.A. todos los daños causados de daño emergente y lucro cesante, cuya cuantía resulta determinada y aprobada en el curso del proceso.
- 6.5.- Que como consecuencia de la condena anterior, igualmente se establezca que COMFANDI debe pagar a COMAVSA los intereses comerciales corrientes causados por razón de los sobrecostos en la construcción de los MULTIFAMILIARES, desde su causación hasta la admisión de esta demanda arbitral, serán liquidados a la tasa de interés bancario y a partir de la notificación de la admisión de esta demanda, se condene a COMFANDI a pagar intereses de mora a la máxima tasa que autorice a la Superintendencia Bancaria.
- 6.6.- En subsidio de la anterior petición solicito que los valores que resulten de los sobrecostos administrativos, fiscales, financieros que ha asumido COMAVSA por el desplazamiento en la venta de las unidades de vivienda de MULTIFAMILIARES ASIA, se incremente con los índices de inflación, tomados de los índices de precios al consumidor que señala el Departamento Nacional de Estadísticas DANE.
- 6.-7.- Que se condene a la entidad demandada COMFANDI a pagar todos los gastos y costas del proceso arbitral.”

En escrito de fecha marzo 30 del presente año el apoderado sustituto de CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A. (COMAVSA) reformó la DEMANDA inicial y adicionó las **pretensiones** de la misma, en los siguientes términos:

El punto 6.3 de las pretensiones contenido en el escrito de la DEMANDA lo adicionó interpolando el siguiente texto: “ ... **en especial la obligación de presentar a los adjudicatarios de los apartamentos**”.

Igualmente en el escrito de reforma de la DEMANDA el apoderado de la parte Convocante presentó como nueva la siguiente **pretensión**:

- “6.8.- Revisar el contrato, por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva, que alteraron el cumplimiento a cargo de COMAVSA, en grado tal que resulta excesivamente onerosa.”

HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA

Las pretensiones anteriores las fundamenta la actora en diversos hechos relacionados con la celebración de un "CONTRATO DE COFINANCIACION" suscrito entre la CAJA DE COMPENSACION ASIA COMFAMILIAR CALI y CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A, cuyos objeto y causa consistieron en una **"asociación de esfuerzos y recursos"**, para **"...vincular a la CAJA en la ejecución de un programa de vivienda que denominaron "MULTIFAMILIARES ASIA COMFAMILIAR CALI"**, para la construcción de 552 soluciones de vivienda, con destino prioritario a los afiliados de la CAJA y en el que "COMAVSA" ejecutará en terrenos de propiedad de la CAJA, todas las obras, trabajos y servicios requeridos para el diseño, construcción promoción y ventas hasta la total terminación". "La causa determinante que llevó a "COMAVSA" a la celebración del Contrato de Cofinanciación con CONFAMILIAR ASIA, fue el hecho de que COMFAMILIAR ASIA se obligaba a presentar a los adjudicatarios de los apartamentos". "En el momento en que se celebró el contrato, el único plan de vivienda de interés social de COMFAMILIAR ASIA era Multifamiliares Asia, por lo tanto, todos los afiliados de COMFASIA que cumplieran con los requisitos exigidos por la Corporación que financiara el proyecto, constituían posibles compradores, debido a que la única opción de esas características para los afiliados era Multifamiliares Asia". "Lo anterior aseguraba el éxito del proyecto como efectivamente ocurrió con la primera etapa de Multifamiliares Asia, pues en tan solo una semana se vendieron la totalidad de los apartamentos." "El valor del contrato se pactó en la suma de \$ 773.556.000.00 y el valor del programa de \$ 7.341.600.000.00, de lo cual LA CAJA aportaba el mismo la suma de \$ 773.556.000.00 pesos y COMAVSA la suma de \$ 6.568.044.000.00 pesos. Los aportes por LA CAJA estaban representados por el aporte del lote al proyecto antes citado y definido por un valor de \$ 773.556.000.00 pesos".

Como una de las principales obligaciones de la CAJA señalada, en los hechos de la DEMANDA, se resalta la de **"... presentar ante COMAVSA los adjudicatarios de los apartamentos..."**.

Los anteriores apartes y compendios aparecen en los hechos 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11 del escrito de la DEMANDA, todos repetidos en el de su REFORMA.

En los hechos 3.12, 3.13, 3.14, 3.15, 3.16 y 3.17 relacionados en los mismos documentos la parte Convocante da cuenta de la celebración de **".....un contrato de fusión, con base en el acuerdo firmado el 29 de septiembre de 1.994, en el cual pactaron el compromiso de FUSION de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA COMFAMILIAR ANDI - y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CALI – ASIA COMFAMILIAR CALI - , fusión que se llevó a cabo absorbiendo la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFAMILIAR ANDI - a la CAJA ASIA COMFAMILIAR CALI..."**. "El acuerdo de fusión no se dio a conocer a COMAVSA. Si COMAVSA hubiese conocido tal situación el negocio habría sido objeto de modificación, por cuanto era de público conocimiento que COMFAMILIAR ANDI venía desarrollando varios proyectos de las características del que venía construyendo COMAVSA ". "A partir del momento que se fusionaron COMFASIA Y COMFANDI, cambiaron las condiciones del negocio, pues COMFANDI tenía varios proyecto de vivienda de interés social, por lo tanto, los afiliados tenían para escoger. La causa determinante del negocio que llevó a COMAVSA a contratar se desdibujó ". El contrato de fusión dio lugar a que **"...esta última Caja se subroga totalmente en las obligaciones y derechos de la CAJA DE COMPENSACION**

FAMILIAR DE CALI – ASIA COMFAMILIAR CALI”, lo cual trajo como consecuencia que los “...**derechos contractuales**, acciones y créditos de que fuere titular la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE CALI – ASIA – COMFAMILIAR CALI – pasan a ser de propiedad de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFAMILIAR ANDI – y esta Corporación asume la totalidad de las obligaciones que existiere a cargo de aquélla”, señalando que en el numeral 20 de la escritura pública 6.612 del 23 de agosto de 1.995, otorgada en la Notaría Décima del Círculo de Cali se estableció que “... por razón de la fusión pasan a ser de propiedad de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFAMILAIR ANDI - los derechos de dominio que la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – CALI – ASIA COMFAMILIAR DE CALI – tiene en el conjunto Residencial Multifamiliares Asia Comfamiliar de Cali...” .

Continúa la parte Convocante en el punto 3.15 de los hechos relacionados en los escritos señalados transcribiendo los siguientes apartes de la escritura de fusión para precisar los alcances de la misma: “..... por razón de la fusión pasan a ser de propiedad de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFAMILAIR ANDI - los derechos de dominio que la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CALI – ASIA COMFAMILIAR DE CALI – tiene en el Conjunto Residencial Multifamiliares Asia Comfamiliar de Cali, primera etapa, ubicado en la ciudad de Cali, en la carrera 1A 5Bis y distinguido con el No. 83-40 de la actual nomenclatura urbana, cuyo Reglamento de Propiedad Horizontal se protocolizó por Escritura Pública No. 3755 de junio de 1.995, otorgada en la Notaría Tercera de Cali, registrada el 21 de julio del mismo año, en la Matrícula Inmobiliaria No. 370-0496167. La segunda etapa del Conjunto Residencial mencionado está siendo construida por la sociedad CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A., en virtud del Contrato de Cofinanciación celebrado con ASIA COMFAMILIAR DE CALI en documento privado de 15 de abril de 1.994...” concretando que los inmuebles por razón de la fusión que eran de propiedad de la entidad absorbida pasan “...a ser de propiedad de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA –COMFAMILAIR ANDI...” los cuales “...los ha entregado en esta fecha en forma material a esta última entidad (Art.178 del Código de Comercio)” .

Termina expresando la parte Convocante en el punto 3.17 del escrito de la demanda original, y en el de la misma corrección, que COMFAMILIAR – ANDI, “...en su condición de absorbente, dirigida por un representante legal, con obligación de asumir la representación de la sociedad disuelta, no significa en manera alguna que en su ejercicio pueda haber discriminación, descuido o negligencia en el manejo y administración de los negocios en que la sociedad absorbida aportó a la fusión. Quien así obre, por si o por sus subalternos “estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. (Art. 830 del Código de Comercio).

“ Como consecuencia de la fusión entre COMFANDI y COMFAMILIAR ASIA, los móviles o causas que motivaron la celebración del Contrato de Cofinanciación fueron totalmente borradas, desdibujadas, anuladas, pues el contrato de COMAVSA entró a competir, en situaciones muy desfavorables con la serie de contratos de construcciones de vivienda familiar que venía adelantando COMFANDI antes de su fusión”.

En el punto 3.18 de los escritos de la DEMANDA y de la REFORMA de la misma, los apoderados de la parte Convocante más que un hecho formulan algunas consideraciones en donde manifiestan que COMFAMILIAR ANDI ejerció un trato desigual y discriminatorio en la promoción de sus proyectos en detrimento del programa de cofinanciación que venía adelantando COMAVSA con ASIA COMFAMILIAR CALI.

En el punto 3.19 los mismos apoderados en los señalados escritos relacionan y transcriben apartes de diversas comunicaciones cruzadas entre COMFAMILIAR ANDI y COMAVSA con posterioridad a la fusión referenciada, las cuales citamos y hacemos de ellas los siguientes compendios:

- “ a) Carta del 2 de marzo de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA al Jefe del Departamento de Vivienda COMFANDI...”.

En ésta comunicación se solicitaba a su destinatario diera su autorización para publicar un aviso de prensa convocando a los afiliados a COMFANDI para que se interesaran en el proyecto de COMAVSA.

Igualmente se le solicitaba a COMFANDI promocionara en sus publicaciones y carteleras el proyecto de COMAVSA.

- “ b) Carta del 6 de marzo de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA al doctor NELSON GARCES VERNAZA, Director de COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le informaba a su destinatario el hecho de que COMFASIA detuvo la promoción del proyecto para que COMFANDI lo realizara una vez se efectuara la fusión entre las cajas, que se estaba fraguando para lo cual esta última entidad le había exigido la obtención de la resolución por parte del INURBE de declaratoria de Interés Social del proyecto de vivienda para poder promocionarlo y otorgar los subsidios de vivienda.

También se le reclamaba que no se estaba suministrando a los afiliados de COMFANDI información alguna por parte de esta entidad sobre el proyecto de MULTIFAMILIARES ASIA.

Igualmente se le solicitaba al director de COMFANDI se le definiera a COMAVSA si podía efectuar ventas de los apartamentos del proyecto a personas sin subsidio y/o a terceros.

Además se consideraba en dicha comunicación que el proyecto de COMAVSA era uno de los mejores que se ofrecían en la ciudad de Cali.

- “ c) Carta del 12 de mayo de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA al Jefe del Departamento de Vivienda COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le informaba al destinatario de la misma que COMAVSA había decidido hacer una nueva estrategia de ventas, de acuerdo al programa que le transmitía en dicha comunicación.

- “ d) Carta del 18 de mayo de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA a la Directora de Vivienda COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le informaba a su destinataria la decisión de suspender la construcción de la 3ª. y 4ª. Etapas del proyecto, de acuerdo a lo convenido en reciente reunión celebrada entre las partes interesadas, con el compromiso de reiniciarlas en septiembre de 1.995.

- “ e) Carta del 2 de junio de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA al Jefe del Departamento de Vivienda COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le informaba al destinatario de la misma que ante la imposibilidad de obtener una respuesta o aceptación por parte de COMFANDI de la suspensión de la 3ª. y 4ª. etapa del proyecto, COMAVSA había decidido continuar con la ejecución de la obra.

- “ f) Carta del 5 de junio de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA al Director Administrativo de COMFANDI...”.

En ésta comunicación le hacía a su destinatario la consideración que ante la circunstancia de que COMFASIA no podía seguir presentando adjudicatarios de vivienda ni otorgar subsidios, se hacía necesario vender a terceros.

- “ g) Comunicación del 6 de junio de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA al Director Administrativo COMFANDI...”.

En ésta comunicación COMAVSA le remitía las cartas por medio de las cuales se notificaba a COMFASIA de la obtención de la licencia de construcción y de la aprobación del crédito del proyecto por parte del Banco Central Hipotecario.

Además se le solicitaba a COMFANDI el listado de las empresas afiliadas a esa entidad para hacer entre las mismas la promoción del proyecto, solicitud que decía no fue atendida.

- “ h) Carta del 22 de Agosto de 1.995, del Director Administrativo de COMAVSA al Director Administrativo de COMFANDI...”.

En ésta comunicación COMAVSA acusaba recibo de dos cuentas de cobro presentadas por COMFANDI por valor de \$ 25.200.000.00 cada una por conceptos de compromisos atrasados en desarrollo del contrato celebrado con COMFASIA, ocasionado por el incumplimiento generado por la no presentación oportuna de clientes para los apartamentos debido al proceso de fusión, que afectó el flujo de caja que al respecto se tenía.

- “ i) Carta del 9 de enero de 1.996, del Director Administrativo de COMAVSA a la Subdirectora de Vivienda y obras de COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le señalaba a su destinataria las condiciones de precio y pago de las unidades de vivienda del proyecto Multifamiliares ASIA, con el objeto de que COMFANDI inicie la promoción del mismo entre sus afiliados.

- “ j) Carta del 5 de febrero de 1.996, del Director Administrativo de COMAVSA a la Directora de Vivienda de COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le señalaba a su destinatario que las ventas del proyecto Multifamiliares ASIA venía siendo muy escasa dentro de los afiliados a COMFANDI, lo cual su reflejaba en el flujo de caja para el desarrollo del proyecto.

Además solicitaba se le autorizara a COMAVSA iniciar en forma inmediata la venta a terceros distintos a los afiliados a COMFANDI, todo con el ánimo de terminar el proyecto durante del año de 1.996.

- “ k) Carta del 11 de marzo de 1.996, del Director Administrativo de COMAVSA al Director de COMFANDI , Doctor NELSON GARCES VERNAZA...”.

En ésta comunicación se le solicita al director de COMFANDI una entrevista con el Gerente General de COMAVSA con el ánimo de plantearle situaciones derivadas del contrato celebrado entre COMFASIA Y COMAVSA.

- “l) Carta del 11 de marzo de 1.996 del doctor DANIEL MARTINEZ VILLALBA GONZALEZ, Gerente General de COMAVSA, al doctor NELSON GARCES VERNAZA, Director de COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le planteaba al director de COMFANDI el malestar que se tenía por parte de las directivas de COMAVSA por el poco interés que ha demostrado la caja en involucrarse en el desarrollo del programa, específicamente por el no aporte de compradores.

Además solicitaba el concurso de COMFANDI para evitar los perjuicios que COMAVSA viene sufriendo por la no presentación de los compradores, la disminución del precio de los apartamentos, y el costo financiero que están asumiendo.

También solicitaban en esta comunicación intentara COMFANDI abrir el mercado entre terceros no afiliados a la caja.

- “ ll) Carta del 14 de agosto de 1.996, del Director Administrativo de COMAVSA al Subdirector de Vivienda de COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le reclamaba a su destinatario su colaboración para agilizar el trámite de los documentos, pues el mismo no se esta haciendo con la celeridad requerida.

- “ m) Carta del 25 de octubre de 1.996, del Director Administrativo de COMAVSA al doctor NELSON GARCES VERNAZA, Director de COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le reclama al Director de COMFANDI no haberse destacado en la feria CONSTRUExPO 96 el programa Multifamiliares ASIA, tal como si lo hizo con otros proyectos propios de COMFANDI.

- “n) Carta del 6 de febrero de 1.997 del doctor MARTINEZ VILLALBA, Director de la Agencia en Cali de COMAVSA, al doctor NELSON GARCES VERNAZA, Director Administrativo de COMFANDI...”.

En ésta comunicación se le reclamaba al Director de COMFANDI por no haber sido publicada en la revista de esta entidad un bono promocional del proyecto Multifamiliares ASIA y se le solicitaba que en la próxima publicación de la misma se le incluyera esa información a sus afiliados para promocionarlo.

En el punto 3.20 se hace referencia de una comunicación de fecha Junio 14 de 1.995, que la Subdirectora de Vivienda de COMFANDI le dirige al Director Administrativo de COMAVSA dándole respuesta a una solicitud de autorización para vender a terceros los apartamentos de la 2ª. y 3ª. etapa del proyecto dado que **“COMFAMILIAR ASIA no presentó ante COMAVSA la totalidad de los adjudicatarios para las etapas I y II del proyecto, dentro de los plazos estipulados en el literal b de la cláusula tercera del contrato de cofinanciación”**.

En los hechos siguientes de la demanda se recalca el hecho de que durante el curso de dos años la parte Convocante fue víctima de un trato discriminatorio por parte de la parte Convocada en el manejo del Contrato de Cofinanciación para la construcción del proyecto Multifamiliares ASIA, violándose el espíritu del contrato, y acarreándole a COMAVSA la imposibilidad de generar provecho económico alguno y, llevándola a incumplir sus obligaciones financieras para con la entidad crediticia que financió el proyecto.

CAPITULO III

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

Al contestar la DEMANDA, y la REFORMA de la misma, la parte Convocada aceptó los HECHOS enumerados como 3.2, 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 3.11, 3.12, 3.13, 3.14 y 3.16. El HECHO 3.1 aparece demostrado con el Certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio

De Bogotá, agregado a la demanda. El HECHO 3.3 fue impugnado en razón de la denominación del cargo del representante legal de COMFANDI y fueron negados los HECHOS 3.6, 3.18, 3.19, 3.21, 3.22, 3.23, 3.24 y 3.25, mientras el HECHO 3.9 fue aceptado con aclaración, el 3.10 fue aceptado en parte, el 3.17 rebatido por implicar conceptos, y el 3.20 aceptado pero con aclaraciones.

Habiendo la parte Convocante reformado la demanda hizo en la REFORMA igual enumeración y contenido de los HECHOS del libelo original, corrigiendo la denominación del cargo del representante legal de COMFANDI, HECHO 3.3, como también el error de transcripción que aparece en el HECHO 3.15 de la DEMANDA inicial, para finalmente invocar como CAUSA DETERMINANTE y **“ que llevó a COMAVSA a la celebración del Contrato de Cofinanciación con COMFAMILIAR ASIA. . . el hecho de que COMFAMILIAR ASIA se obligaba a presentar a los adjudicatarios de los apartamentos”** (HECHO 3.6 de la REFORMA resalta el Tribunal).

Al recorrer el traslado de la DEMANDA el apoderado de la parte Convocada formuló - como EXCEPCIONES DE FONDO – las siguientes, en su orden: 1) Contrato no cumplido por parte de CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A. 2) Inexistencia de la obligación por cuanto “ en el contrato celebrado el 15 de abril de 1.994 no se pactó a cargo de la CAJA obligación alguna relacionada con la promoción y venta de los apartamentos no cabe alegar incumplimiento de una obligación inexistente” agregando entonces el excepcionalmente que “ Tampoco existe en el contrato obligación a cargo de la CAJA de conseguir candidatos como posibles compradores de los apartamentos” Y 3) La innominada de que trata el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

Consecuente con su respuesta a los hechos de la DEMANDA y a los de la REFORMA de la misma la parte Convocada se opuso en su totalidad a las pretensiones de la parte Convocante.

CAPITULO IV

EL ACERVO PROBATORIO

El Tribunal, en su oportunidad procesal, ordenó se tuvieran como pruebas los documentos aportados por las partes en los escritos de demanda y respuesta, y decretó la práctica de la totalidad de las pruebas por ellas solicitadas, las cuales fueron oportunamente practicadas.

En este orden de ideas, el acervo probatorio quedó integrado así:

A.- PRUEBAS DOCUMENTALES

Primero: La parte Convocante acompañó a la DEMANDA los siguientes documentos:

- a. Copias auténticas de los certificados de existencia y representación de la sociedad CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A., el de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA, COMFAMILIAR ANDI, y, el de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE CALI - ASIA COMFAMILIAR DE CALI.
- b. "Copia auténtica del Contrato de Cofinanciación suscrito entre la CAJA DE COMPENSACION "ASIA COMFAMILIAR DE CALI" y CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A.", firmado el 15 de abril de 1.994".
- c. "Copia auténtica del Otrosí al Contrato de Cofinanciación, firmado el 20 de diciembre de 1.994 en Cali".
- d. "Copia auténtica de la Escritura Pública No. 6.612 de 23 de Agosto de 1.995 de la Notaría Décima de Cali, que contiene la FUSION de la CAJA DE COMPENSACION, FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA, COMFAMILIAR ANDI y la CAJA COMPENSACION FAMILIAR DE CALI, ASIA COMFAMILIAR DE CALI".
- e. "Copias auténticas de las diversas comunicaciones cruzadas entre Constructora COMAVSA DE OCCIDENTE S.A. y las señaladas Cajas de Compensación, que hacen relación a la celebración y ejecución del mencionado Contrato de Cofinanciación.

B.- DECLARACIONES

Primero: INTERROGATORIO DE PARTE. En audiencia celebrada el día 3 de Junio de 1.998, se recibió declaración de parte del representante legal de CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A., doctor Daniel Martínez Villalba González.

El interrogatorio de parte del Doctor NELSON GARCES VERNAZA, representante legal de COMFANDI, el cual había sido solicitado por la parte Convocante y decretado por el Tribunal, se desistió a petición de la solicitante.

Segundo: DECLARACIONES DE TESTIGOS. Por solicitud exclusiva de la parte Convocante se recibieron declaraciones de las siguientes personas: de ALBA LUCIA BUITRAGO, de ORLANDO QUINTERO LOPEZ, de SOE REINA RAMIREZ, del INGENIERO ARMANDO GARCIA, del doctor OSCAR HINCAPIE RAMIREZ, y del doctor MARCO TULIO VALENCIA.

Tercero: Por solicitud exclusiva de la parte Convocada, se oyeron en declaraciones las siguientes personas: a JAIME CIFUENTES BORRERO, a ADIELA ARANGO, a MARIA ELENA LOPEZ TENORIO, a MARIA NELLY ALZATE MARTINEZ y a JUAN JOSE URIBE DE FRANCISCO.

La declaración de GUSTAVO MORENO MONTALVO, la cual había sido solicitada por la parte convocada, no se recepcionó por la no asistencia del testigo a la audiencia para cual se le había citado para ese fin.

C.- INSPECCIONES JUDICALES

A.- INSPECCION A LAS OBRAS CON INTERVENCION DE PERITOS.

A petición de la parte Convocante el día 4 de Junio de 1.998 el Tribunal en asocio de los apoderados de las partes y de los peritos designados, ingeniero ENRIQUE CUCALON MILLAN y arquitecto DIEGO FERNANDEZ TORRES, se trasladó al lugar en donde esta situado en la ciudad de Cali el conjunto residencial Multifamiliares Asia Comfamiliar de Cali, ubicado en la carrera 1A 5Bis No. 83-40, con el objeto de constatar el estado de la construcción, el tiempo y situación de la obra, la calidad de los acabados, el número de viviendas vendidas, las áreas construidas y por construir, y el valor comercial de los inmuebles.

En esta diligencia se constató que la tercera etapa de dicho conjunto residencial se encuentra en la carrera 1A 5Bis No. 83-39, la segunda etapa se encuentra en la carrera 1A 5Bis No. 83-40 y la primera etapa en la carrera 1A 5C Bis -56.

Por su parte los señores peritos designados para esta prueba rindieron en forma oportuna su dictamen, para el cual ambas partes solicitaron adición y aclaración del mismo, habiendo sido satisfecha esta solicitud por parte de los señores peritos.

B.- INSPECCION A LOS LIBROS Y DOCUMENTOS DE COMFANDI CON INTERVENCION DE PERITOS.

1.- Esta prueba se practicó por petición de ambas partes en audiencia celebrada el día 5 de Junio de 1.998, para lo cual se trasladó el Tribunal a las oficinas de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMFAMILIAR ANDI-COMFANDI, ubicadas en la carrera 23 No. 26B-46 de la nomenclatura urbana de Cali.

A dicha diligencia asistieron además de los miembros del Tribunal los peritos economista y contador GUSTAVO JULIAN OREJUELA MICOLTA y CARLOS ALBERTO MILLAN LONDOÑO, respectivamente.

En las dependencias de COMFANDI, ubicadas en el salón del piso 6 de las oficinas señaladas, estuvieron presentes CARLOS FERNANDO GOMEZ y MARIA ELENA

LOPEZ, Jefes de la Sección de Contabilidad y del Departamento de Vivienda, de esa entidad, respectivamente, quienes facilitaron en la diligencia realizada el día 9 de Junio pasado parte de los documentos y libros objeto de la diligencia, habiéndoseles exigido por los peritos la exhibición de otros documentos que no se encontraron a disposición para la practica de la diligencia, lo cual llevó a que esta se continuara los días 9, 16 y 24 de Junio siguientes.

Los señores peritos designados para esta prueba rindieron en forma oportuna su dictamen después de una ampliación del término inicialmente otorgado, habiendo la parte Convocante solicitado la aclaración del mismo. Producida tal aclaración, el dictamen fue objetado por error grave por la parte Convocante.

2.- Por haber sido objetado por error grave por parte de la parte Convocante el anterior peritazgo, el Tribunal designó como nuevos peritos a los señores JAIRO ARENAS DUQUE y HENRY ANTE POTES, quienes rindieron en forma oportuna su dictamen.

D.- PRUEBA PERICIAL.

1.- Se rindió un dictamen pericial a solicitud de la parte Convocante por parte de los peritos en costos de construcción, señores GABRIEL REYES OTERO y ARMANDO GANDINI PRICE, el cual abarcó el presupuesto de la obra, el estimativo de los sobrecostos en que incurrió COMAVSA por la demora en la venta de las unidades de vivienda por el desplazamiento del programa de la obra y el de los intereses corrientes y de mora causados por la tardanza en la venta de las unidades de vivienda.

El anterior dictamen fue objetado por ambas partes por error grave, pero sólo la parte Convocante solicitó la práctica de una nueva prueba.

2.- El Tribunal decretó ésta nueva prueba y designó como árbitros para la práctica de la misma a los señores GUIDO JACOME SANTANDER y BAERNARDO IZQUIERDO ABLANQUE, quienes después de haberseles ampliado el término para rendir su dictamen, lo presentaron en forma oportuna.

CAPITULO V

ALEGATOS DE CONCLUSION

En la audiencia del día 4 de Diciembre de 1.998, Acta No. 31, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, definiendo cada parte su posición final frente al proceso, con planteamientos que se resumen así:

Primero: ALEGATO DEL APODERADO DE LA CONVOCANTE:

El apoderado sustituto de la parte Convocante presentó en la audiencia un escrito que contenía su alegato de conclusión e intervino en la misma para fortalecer sus razonamientos, de los cuales transcribimos importantes apartes de su alocución:

“ Deseo reiterar al respecto dos puntos con precisión con la venia del Tribunal, esa es una obligación que está escrita, que se discutió, que se negoció y es la causa determinante del contrato, fue lo que motivó a Comfandi a celebrar el negocio, obviamente un negocio como bien comprenderán ustedes se hace para obtener un beneficio recíproco, ese beneficio recíproco consistía en que Asia al momento de celebrar el contrato solamente tenía dos proyectos, el primero Los Mangos con cien unidades de vivienda, de características diferentes al de Asia y el segundo Multifamiliares Asia, el beneficio recíproco consistía en concreto en que en virtud de una ley promovida por el gobierno del Presidente Gaviria las Cajas de Compensación están obligadas a colocar subsidios de vivienda, eso quería decir que el esquema contractual que el gobierno previó en ese momento, era que las Cajas no se volvieran constructoras directamente sino que colocara los subsidios de vivienda para que hubiera una libre competencia entre los constructores en beneficio del afiliado a la Caja, eso significaba señores árbitros que al no existir sino un proyecto de las características de Multifamiliares Asia, el mercado estaba asegurado, los compradores estaban asegurados, por una razón elemental es que el lote de terreno que colocó y abordó Asia se pagaba con el cruce de los subsidios, es decir, pro cada comprador o afiliado que presentaba Asia ésta le debía pagar un subsidio que correspondía al comprador, se lo debía pagar al Comfandi, pero como Comfandi a su vez le debía el precio del lote de terreno se cruzaba a través de una cuentas y de unos soportes contables, ese mecanismo está claramente explicado en una carta que obra en el expediente, de tal manera que Com..Asia no pagó un solo peso en subsidios, no hubo flujo de fondos, no hubo erogación de dinero porque todo se cruzó contra el precio del lote e igualmente sucedió con Comfandi.

El beneficio recíproco consistía en que Asia podía cumplir su obligación legal, que era un mandato por la ley de colocar subsidios entre sus afiliados a través de ese contrato de Cofinanciación y Comavsa asu vez hacia su negocio de construcción que ha realizado por más de 40 años, Asia obtenía beneficios porque podía cumplir una disposición legal Comfandi realizaba su objeto social lícito y legal, Asia realmente no tenía que hacer un desembolso real, no afectaba realmente su flujo de fondos sino que colocaba un terreno que le era pagado con el cruce de los subsidios y para Comfandi para Comavsa discúlpeme el beneficio recíproco consistía en que los compradores estaban asegurados en una relación de uno a siete, por esto fue que Comavsa realizó el contrato con Asia, por eso es que firmó el contrato porque era un proyecto con un mercado asegurado y en virtud de esa causa determinante del contrato que fue el móvil que llevó a Comavsa de Occidente a contratar, que si no hubiera sido así no habría contratado se estipuló la cláusula tercera , declara expresamente y diáfananamente sin ánimo de discusión ninguno, dice que Asia se obliga a presentar ante Comavsa los adjudicatarios de los apartamentos en las siguientes fechas: Comfandi en sus excepciones plantea que es, hay una inexistencia de la obligación.

Yo respecto profundamente la actuaciones de los profesionales porque yo el día de mañana estoy allá y usted doctor está aca, pero la inexistencia de la obligación , yo no la veo con todo respeto por ningún lado , la obligación existe, está pactada, no solamente pactada sino ratificada después de la fusión, pero más aún después de la fusión, pero más aún el argumento inteligente y hábil de Comfandi es, es que señores yo debía presentar los beneficiarios de vivienda, compradores del proyecto , pero si no los presentaba usted quedaba en libertad

de venderlos, es una presentación inteligente hábil pero la obligación primigenia, la obligación inicial era para Comfandi presentar los compradores y existe un principio de derecho civil consagrado expresamente en nuestro código civil, es que nadie puede alegar en su propio beneficio, su propio incumplimiento, yo no puedo decir, muy bien incumplí la obligación de presentar los compradores, pero entonces alego en mi beneficio ese incumplimiento y entonces usted quedaba en libertad de vender, porque sino no se habría pactado la cláusula, no se habría pactado la obligación ”.

Segundo: ALEGATO DEL APODERADO DE LA CONVOCADA:

A su turno el apoderado sustituto de la parte convocada intervino en la audiencia para presentar igualmente por escrito su alegato de conclusiones y para hacer unas explicaciones al mismo, según los términos que en parte transcribimos a continuación:

“ En los alegatos como ustedes tendrán oportunidad de verlo hablamos, empezamos sobre el foco primero, sobre los fundamentos de la demanda y después hacemos un análisis de todas las pruebas frente a esos tres fundamentos de la demanda, entonces frente al primer fundamento que es de exclusividad, ya dije que Asia en los peritazgos está demostrado si tenía otros proyectos de vivienda de interés social, frente al segundo fundamento de la demanda que es la promoción del proyecto, quiero ser muy claro que el contrato está ahí escrito y creo que uno no tiene por que inventarse cosas que no están escritas en el contrato y es que en la cláusula primera del contrato dice expresamente que la promoción y las ventas del proyecto se encuentra a cargo de Comavsa y nunca de Asia.

A pesar de que no era obligación contractual COMFANDI sí promocionó el proyecto, y lo promocionó más que cualquiera de los otros de sus propios proyectos, se promocionó como lo dijo en los alegatos a través de la información que se suministraba en la sección de vivienda de interés social ubicadas en el primer piso del edificio de Comfandí sede el Prado de unos afiches que mensualmente se enviaron a todas las empresas afiliadas a Comfandí, de la revista institucional Mano Amiga, de unas publicaciones en radio y prensa, a través de una promotora de Comavsa que se ubicó en la recepción del edificio de Comfandí, a través de trece promotoras de Comfandí que explicaron los diferentes programas y a través de Construxpo, esto está soportado pues debidamente en los testimonios en los alegatos indicamos en que páginas de los testimonios se encuentra eso.

No es cierto como lo afirma el doctor Bernal que en el contrato ha sido beneficios para las dos partes eso lo quiero aclarar, el contrato que se celebró Asia, la verdad siempre se ha dicho es que ha sido un contrato que solamente estaba enfocado a beneficiar a Comavsa, en ningún momento Asia, ustedes miran el contrato Asia lo único que aportó fue un lote se les debía devolver el valor del lote sin indexación, sí ahí la razón por la cual Comfandí quería promocionar el proyecto, presentar los adjudicatarios rápido, por que quería que le devolvieran la plata ya que él no estaba ganando intereses ni nada, por ese valor del lote que se aportó ”.

CAPITULO VI

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

2.1 DICTAMENES PERICIALES

Cada una de las denominadas pruebas periciales se estimaron conducentes a establecer los hechos que pretendían demostrar las partes y pertinentes en cuanto al objeto litigioso en el proceso. Ellas arrojaron, en síntesis, los resultados que se expresan a continuación.

Tal como se solicitó por parte interesada, se ordenó por el Tribunal la práctica de cada prueba pericial, sobre bienes, sobre los libros y documentos de la entidad demandada y la cuantificación de perjuicios.

Con relación a tales medios probatorios el Tribunal considera necesario hacer desde ahora algunos comentarios sobre el particular. Los experticios contienen unas consideraciones de carácter eminentemente técnico, las cuales son brevemente analizadas y sopesadas en sus consecuencias en cuanto se encuentra tienen incidencia en el resultado del proceso, especialmente consideradas dentro del conjunto, como parte del total del material probatorio allegado al expediente, para deducir las consecuencias que en derecho debe inferir el Tribunal.

2.1.1 Del avalúo rendido por los peritos Ingeniero Enrique Cucalón Millán y el arquitecto Diego Fernández Torres, junto con la ampliación que en ambos casos se acompañó de documentos de respaldo, realizada simultáneamente con la inspección practicada a los inmuebles, debemos destacar : 1) La Etapa I que consta de ocho bloques con 160 apartamentos, en total, se encuentra terminada y de ellos se han vendido 159. 2) La Etapa II, igualmente terminada consta de seis bloques con 116 apartamentos, también terminada y con 114 unidades vendidas.) De la Etapa III se estableció que se encuentran terminados los 116 apartamentos que la conforman y vendidos un total de 112. Adicionalmente anotaron los peritos que las obras de urbanismo se encuentran terminadas. Dan cuenta de que aún sin terminar se encuentran los locales comerciales. Con respecto al valor que tienen individualmente los bienes objeto del avalúo indicaron los que se establecen a continuación en lo que llamaremos Cuadro de Valores :

ETAPA	ESPECIFICACIONES	M2	VALOR \$	TOTAL
I	Terreno	6.001.99	80.000.00	480.159.200
	Edificaciones (área Privada)	8.636.00	335.000.00	2.859.560.000
II-	Terreno	4.709.23	80.000.00	376.738.400
	Edificaciones (área Privada)	6.188.00	329.000.00	2.035.852.000
	Locales comerciales	352.07	224.000.00	78.863.680
III-	Terreno	4.709.23	80.000.00	376.738.400
	Edificaciones (área Privada)	6.188.00	239.000.00	2.035.852.000
	Locales Comerciales	352.07	224.000.00	78.863.680

IV-	Terreno	6.398.53	80.000.00	511.882.400
	Cimentaciones	2.417.92	57.800.00	139.755.776
Zona Verde				
Comunal	Terreno			
	Caseta comunal	192.00	100.000.00	19.200.000
TOTAL	Terreno y Edificaciones		8.974.265.536	

Con referencia al citado dictamen el Tribunal considera necesario hacer algunos comentarios sobre particular. El experticio contiene unas consideraciones de carácter eminentemente técnico que han sido tomadas en cuenta por el Tribunal y analizadas y sopesadas sus consecuencias a la luz de todo el material probatorio allegado al expediente, para deducir las consecuencias de derecho respectivas, como se expondrá más adelante en cada caso. No se formuló objeción por error grave contra el dictamen pericial.

2.1.2 Del informe rendido por los peritos, que junto con sus anexos conforman un cuaderno de 271 folios, señores HENRY ANTE Y JAIRO ARENAS, con posterior ampliación, merecen especial atención los apartes que se establecen a continuación:

Los costos, medios y volumen de la publicidad realizada por COMFANDI para promover la venta de los programas de vivienda en general, lo realizan mediante un prorrato para estimar la proporción correspondiente a Multifamiliares Asia Comfamiliar de Cali, en cuanto guardan relación los mismos inmuebles descritos en el dictamen de los peritos Enrique Cucalón y Diego Fernández.

Indican allí los adjudicatarios entre el 15 de abril de 1994 (fecha del contrato de cofinanciación) y el 23 de agosto de 1995 (fecha de fusión entre las cajas Asia y Comfandi), precisando fechas y consecuentemente las etapas del proyecto.

Advierten los peritos que difiere el procedimiento general utilizado por la otra Caja en cuanto al envío de listados a los constructores del proyecto indicando "a quienes se les asignaron apartamento"(Folio 6 del informe). Con respecto al periodo indicado relacionan de la etapa I un total de 126 beneficiarios del subsidio.

Para el periodo entre el 23 de agosto de 1995 (fecha de la fusión entre las cajas) y la fecha de presentación de la demanda (junio 23 de 1997) relacionan en un listado a 450 beneficiarios del subsidio. En nota adicional afirman los peritos: "no observamos ni carta de presentación de adjudicatarios, ni carta enviando listados de Comfandi a Comavsa de occidente S.A." (Folio 19 del informe original).

Con relación a los apartamentos vendidos y la cantidad de ellos con subsidio indican (Folios 19 y 20 ídem) que son 50 con subsidio de Comfandi en la etapa II y 62 en la etapa III. Adicionalmente como trasladados de otros programas de Comfandi a Multifamiliares Asia son 24 en la etapa II y 17 en la etapa III.

Respecto a circunstancias que han podido incidir en la ejecución del contrato y que evaluará el Tribunal, registran en su documento los peritos que en cuanto al promedio de días tomado para las negociaciones, entre la promesa de compraventa y la escritura de compraventa aparecen para la etapa II un promedio de 132 días y para la etapa III de 565 días.

2.1.3 Sobre la prueba pericial de los peritos contador y economista destacamos lo que adelante registramos.

Los peritos contador y economista GABRIEL REYES Y ARMANDO GANDINI expresaron inicialmente el 19 de agosto en relación con lo sometido a su valoración, en los cuestionarios correspondientes, especialmente lo relativo al valor presupuestado para las obras y los sobrecostos que pudo tener por la demora en las ventas.

En cuanto al presupuesto inicial señalan (Folio 2 ídem) que ascendía a la suma de \$8.527'238.022 los cuales discriminan por etapas así :

I ETAPA	2.132'038.022
II ETAPA	1.918'560.000
III ETAPA	1.918'560.000
IV ATAPA	2.558'080.000

La utilidad presupuestada (folio 4) para obtener por COMAVSA en cada una de las etapas del proyecto es:

I ETAPA	-x-
II ETAPA	106'616.832
III ETAPA	106'616.832
IV ATAPA	142'155.776
Total	355'389.440

Este presupuesto corresponde a una ejecución ideal de las obras (ver folios 29, 37, 45, 53,), entendida como ceñida a la programación proyectada.

Con respecto a los sobrecostos conviene previamente transcribir la frase a manera de advertencia de los peritos : "Nosotros como peritos no es nuestra función determinar si el desfase es ocasionado por Comfandi, pretensiones de Comavsa, o si era una responsabilidad de Comavsa llevar a cabo todo el proceso de la venta". Sobre tal advertencia, respetando su punto medio o de equidistancia entre las partes, retomamos la comunicación de julio 22 de 1998 del representante legal de Comavsa (folio 10) respecto a los sobrecostos en que incurrió esa parte convocante y, en consecuencia, proceden a registrar las pretensiones de Comavsa, hacen un breve análisis técnico de ellas y luego realizan el "Cálculo de los peritos con base en el modelo de Flujo de Fondos", último aspecto sobre el cual detendremos nuestra atención.

Conforme con la metodología explicada por los peritos se llega a la conclusión que el sobrecosto en forma agregada sería la suma de \$824'671.000. Para esto es importante recordar que la información suministrada por Comavsa es en forma agregada, por lo que no les fue posible realizar la evaluación ítem por ítem. (Folio 18 del dictamen).

Entre las fechas programadas para la terminación de las obras y la fecha en que sucedió realmente la ejecución de las obras encontraron :

	PROYECCION	EJECUCION
Etapas I	Enero 1995	Junio 1995
Etapas II	Abril 1995	Diciembre 1995
Etapas III	Julio 1995	Diciembre 1996
Etapas IV	Octubre 1995	Inconclusa

De esta última etapa se valoró la obra ejecutada, por los peritos Fernández y Cucalón, en \$139'755.766.

2.1.4 La PRUEBA PERICIAL de los peritos JACOME E IZQUIERDO.

Con respecto al dictamen de los peritos GUIDO JACOME Y BERNARDO IZQUIERDO, resaltamos únicamente lo siguiente por su pertinencia:

De los costos reales de obra el total de los costos financieros por la cantidad de \$5.986'706.000 (folio 5 del informe), que contrasta con el presupuesto de dichos costos por \$655'200.00 (folio 7 ídem).

Para efectuar este cálculo tienen en cuenta la fecha del vencimiento del crédito (29-02-97).

Con las anteriores anotaciones el Tribunal puede señalar su valoración de la prueba pericial. Sobre ello es necesario mencionar previamente las apreciaciones que merecen por igual los dictámenes periciales en conjunto, sin perjuicio de las observaciones particulares. Hablamos de ellas en su conjunto para significar que ni las pruebas que fueron objetadas por error grave difieren en estos aspectos de las otras destinadas a establecer esa clase de error.

Pese a que se objetaron por error grave los dictámenes periciales rendidos por Gabriel Reyes Otero - Armando Gandini Price y Gustavo Orejuela Micolta no se llegó a probar tal error. La objeción por error grave es de tal trascendencia que la conclusión debe ser necesariamente equivocada por partir de supuestos incorrectos. Las bases se estiman ciertas y su evaluación adecuada, explicada satisfactoriamente. Con las pruebas periciales empleadas para establecer el error grave no se demostró tal aserto y tampoco existen pruebas que los desvirtúen ni se ha declarado su falsedad. El fundamento que sirve a todos los peritos se mantuvo incuestionado, por lo que se puede afirmar sin duda razonable que las conclusiones todas son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos, existe unidad entre tales partes, además de resultar convincentes y corresponder a reglas generales de la experiencia en las respectivas áreas del conocimiento.

Este error, el error grave, es de tal naturaleza que no puede ser útil, no auxilia al juez en su labor de comprensión de aspectos propios de otras áreas del conocimiento diferentes a aquellas en las cuales la formación del juzgador lo lleva a estimarse con suficiencia para decidir sobre los asuntos que debe declarar conforme a derecho. Para determinar el alcance del error grave, es unificado el concepto en cuanto a la trascendencia de un error en esa prueba, como para que no sea útil al juez para administrar justicia. Estimamos suficiente lo anterior para desestimar la calificación de error grave respecto de los dictámenes cuestionados con tal controversia jurídica por lo que será necesario determinar previamente si se debe escoger entre los diferentes dictámenes rendidos sobre un mismo hecho el de mayor aceptación para el Tribunal o si no se excluyen y pueden complementarse.

Los estudios básicos realizados por los peritos Enrique Cucalón Millán- Diego Fernández Torres - Gustavo Orejuela Micolta - Carlos Alberto Millán Londoño - Guido Jacome Santander - Bernardo Izquierdo - Henry Ante - Jairo Enrique Arenas Duque para la realización de los dictámenes fueron hechos personalmente por los peritos. De ello da fe la asistencia a la inspección judicial, las comunicaciones e informaciones suministradas por las partes y los documentos que les facilitaron y entregaron, parte de los cuales constituyen anexos de sus respectivos informes. Las pruebas periciales pedidas y practicadas constituyen medio conducente respecto del hecho a probar en

cada caso. Igualmente en esos eventos el hecho sí es pertinente probarlo por este medio. Las diferencias que entre los distintos medios se observan, no alcanzan a minar su fuerza probatoria con respecto a lo que era pertinente y conducente demostrar, todo lo cual se infiere en cuanto repercute en la convicción formada por el Tribunal sobre la relación contractual entre las partes y la ejecución del mismo contrato. Sin menospreciar el resto del contenido en lo demás, estas pruebas tiene su utilidad parcial.

En parte alguna se vislumbra deseo de favorecer o perjudicar a alguna de las partes, luego no existe motivo serio para dudar de su desinterés, imparcialidad y sinceridad.

Siendo que por las partes no se llegó a establecer un error grave y no existe retractación o rectificación de los peritos, no surge motivo alguno para desconocer la utilidad probatorio de tales medios. Ellos reúnen los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia y no existen otras pruebas mejores o iguales en contra lo que da certeza al Tribunal de Arbitramento respecto de esas conclusiones. La coherencia entre los distintos medios, su recíproca complementariedad, dan la certeza necesaria para fundar en sus exposiciones y en lo que se necesita la decisión que corresponda. Las distintas peritaciones se refuerzan recíprocamente, se complementan en sus condiciones intrínsecas y métodos seguidos para obtener los resultados expuestos.

Adicionalmente, para efectos de la legalidad, debemos destacar que fueron entregados los respectivos informes de manera oportuna, habiendo procedido los peritos con la libertad necesaria y la colaboración requerida de las partes. Los peritos no exceden los límites de su encargo. La prueba se ha controvertido en ejercicio pleno del debido proceso en la medida en que cada parte estimó resultaba útil a sus propios intereses, para lo cual el Tribunal no limitó ni en la forma ni en el contenido los cuestionarios presentados.

En fin, como medio probatorio, los dictámenes rendidos le dan total confianza al Tribunal para considerar que los hechos susceptibles de demostración a través de estos medios, se probaron en lo necesario.

2.1 DICTAMENES PERICIALES

2.11 Dictamen pericial por el Ingeniero Enrique Cucalón Millán y el arquitecto Diego Fernández Torres, y sus documentos anexos, como la ampliación y la aclaración, y los documentos anexos, tanto el dictamen como la solicitud correspondiente.

“ De acuerdo a la inspección practicada al lugar donde se encuentra construidas las edificaciones que compone el Conjunto Residencial en mención, tenemos la siguiente descripción:

1.1 ETAPA I

1.1.1 LOCALIZACION : Calle 84 No. 1A 5C- Bis- 56

1.1.2 URBANIZACION: Calimío

1.1.3 DISTRIBUCION ESPACIAL: Consta de 8 torres de 5 pisos cada una, cuatro apartamentos por piso para un total de 160 apartamentos.

1.1.4 ASPECTOS CONSTRUCTIVOS: Todos los apartamentos se encuentran terminados:

2.1 ETAPA II

- 2.1.2 LOCALIZACION : Carrera 1A 5-Bis-No. 83-40
- 2.1.3 URBANIZACION Calimío
- 2.1.4 DISTRIBUCION ESPACIAL: Consta de 5 torres de 5 pisos cada una, cuatro apartamentos por piso y un edificio de 4 pisos, 4 apartamentos por piso, para un total de 116 apartamentos.
- 2.1.5 ASPECTOS CONSTRUCTIVOS: Todos los apartamentos se encuentran terminados.

3.1 ETAPA III

- 3.1.2 LOCALIZACION: Carrera 1A 5- Bis- No. 83-39
- 3.1.3 URBANIZACION : Calimío
- 3.1.4 DISTRIBUCION ESPACIAL: Consta de 5 torres de 5 pisos cada una, cuatro apartamentos por piso y un edificio de 4 pisos, 4 apartamentos por piso, para un total de 116 apartamentos.
- 3.1.5 ASPECTOS CONSTRUCTIVOS: Todos los apartamentos se encuentran terminados

2. Etapas previstas en el proyecto MULTIFAMILIAR ASIA COMFAMILIAR CALI y etapas ejecutadas.

De acuerdo a los planos suministrados y la información recogida de COMAVSA, el proyecto está diseñado para cuatro etapas y una zona verde común, adecuada de acuerdo a las normas urbanísticas del Municipio de Cali.

Al momento de la visita al sitio en donde está construido el Conjunto Multifamiliar, se constató que se encuentran construidas tres Unidades así:

ETAPA I: Ocho bloques con 160 apartamentos, 53 parqueaderos comunes dentro del cerramiento de la unidad, y 10 parqueaderos para visitantes en el exterior del cerramiento.

ETAPA II: Seis bloques con 116 apartamentos comunes situados dentro el cerramiento de la unidad, y 7 parqueaderos para visitantes en el exterior del cerramiento, dos locales comerciales y 6 parqueaderos para visitantes.

ETAPA III: Seis bloques con 116 apartamentos, 39 parqueaderos comunes situados dentro del cerramiento de la unidad, 7 parqueaderos para visitantes en el exterior del cerramiento, 2 locales comerciales y 6 parquesderos para visitantes.

ETAPA VI: Esta construida en losa de cimentación de 8 bloques, con sus desagües sanitarios respectivos.

ZONA VERDE COMUN: Cedida al Municipio de Cali, de área 6.419,96 m², según consta en la Escritura Pública Propiedad Horizontal No.1271 de la Notaria 3 de Cali del 7/ 03/ 95. Está construida una edificación en una planta, kiosco comunal, con acabados completos en estado de deterioro y abandono, pues han desvalijado los aparatos sanitarios y parcial la cubierta. La zona verde esta en igualmente en estado de deterioro, enmalezada y tiene un andén en concreto perimetral , carece de iluminación.

3. Fecha en la cual se terminaron cada una de la primera, segunda y tercera etapas del proyecto MULTIFAMILIAR ASIA COMFAMILIAR CALI.

De acuerdo a la información suministrada por los respectivos administradores entrevistados de las unidades habitadas, tenemos las siguientes fechas

ETAPA I : Entregada para habitarla en Junio de 1.995

ETAPA II: Entregada para habitarla en Diciembre de 1.995

ETAPA III: Habitada desde Febrero de 1.997, no entregada oficialmente por COMAVSA

4.- Número de unidades construidas.

De acuerdo a la visita al sitio se constató la construcción de TRES UNIDADES, las cuales se encuentran construidas así:

ETAPA I : 8 edificios con 160 apartamentos, 53 parqueaderos comunes, 10 parqueaderos para visitantes.

ETAPA II: 6 edificios con 116 apartamentos, 39 parqueaderos comunes, 7 parqueaderos para visitante, 6 parqueos para comercio, dos unidades comerciales sin acabados arquitectónicos

ETAPA III : 6 edificios con 116 apartamentos, 39 parqueos comunes, 7 parqueos para visitantes, 6 parqueos para comercio, 2 unidades comerciales sin acabados arquitectónicos.

ETAPA IV : Cimentaciones y desagues para 8 bloques.

5. Número e unidades vendidas

De acuerdo a la información recogida en el sitio por los administradores de las unidades y de Comavsa, tenemos:

ETAPA I: Apartamentos vendidos 159 de un total de 160

ETAPA II: Apartamentos vendidos 114 de un total de 116

ETAPA III: Apartamentos vendidos 112 de un total de 116

6. Número de unidades habitadas

De acuerdo a la información recogida en el sitio, suministrada por los administradores de las unidades residenciales tenemos:

ETAPA I: Apartamentos habitados 145, sobre un total de 150

ETAPA II: Apartamentos ocupados 111 sobre un total de 116

ETAPA III: Apartamentos ocupados 80, sobre un total de 116

7.- Existencia de obras de urbanismo y zonas comunes, terminados, su estado de construcción, tales como vías de acceso, módulo de servicios, determinando el área construida en este módulo

De la observación del lugar donde está construido el CONJUNTO MULTIFAMILIAR pudimos constatar:

Las obras de urbanismo están terminadas con vías pavimentadas en asfalto, sardineles, andenes en concreto, zona verde en grama, alumbrado público, instalaciones eléctricas de la red pública a 110/220 V, alcantarillado sanitario y pluvial, parqueaderos para visitantes, cerramiento en alambre de púas y postes de concreto prefabricado en cada una de las etapas construidas. El módulo de servicios esta concluido, y lo compone una edificación octogonal, con estructura en concreto reforzado a la vista, cubierta en teja tipo Cindu, área central de servicios de cocina con su mesón en concreto y enchapado en granito pulido, baterías de bajos para mujeres y hombres. Su área es de 192 m2 aproximadamente presenta un estado de abandono y de semidestrucción, pues han desvalijado alguna parte de la teja de cubierta, los aparatos sanitarios

8.- Existencia de los locales comerciales, número y metros cuadrados de cada uno

Están construidos dos módulos en total, cada uno en las ETAPAS II y III. Están construidos en obra negra, sin acabados arquitectónicos, ni dotación de aparatos sanitarios para sus baños. El área construida de cada módulo es de 352,07m2. Cada módulo consta de dos locales comerciales. Su área privada es de 155.99 m2 y consta de un espacio para el local, administración, bodega, dos baños y circulación común.

CAPITULO VII

CONSIDERACIONES PREVIAS

Habiéndose originado la controversia sometida a decisión arbitral en el denominado CONTRATO DE COFINANCIACION celebrado en Cali, en abril 15 de 1.994, entre la CAJA DE COMPENSACION ASIA COMFAMILIAR DE CALI y la firma CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A., contrato que en virtud de la fusión ocurrida en agosto de 1.995 entre la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR antes citada y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA, COMFAMILIAR ANDI (COMFANDI) vino a obligar a esta última por la subrogación consecuente con la fusión antedicha, es obvio que la piedra angular de las CONSIDERACIONES del Tribunal deba ser el análisis del susodicho CONTRATO.

Análisis que será el punto de partida para determinar: 1) Sí, como lo sostiene la parte Convocante, la entidad subrogataria (en adelante y en gracia a la brevedad simplemente COMFANDI) cumplió o no frente a CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S. A. (en adelante y por razones de brevedad tan sólo COMAVSA) las obligaciones contraídas en el referido contrato por la CAJA DE COMPENSACION ASIA COMFAMILIAR DE CALI (en adelante y para simplificar tan sólo COMFASIA). Y 2) Sí, como resultado del eventual incumplimiento de tales obligaciones, debidamente demostrado, COMFANDI deba resultar condenada a indemnización de perjuicios o reembolso de sobrecostos producidos por la ejecución del proyecto.

En capítulo aparte, y supuesto que la REFORMA de la DEMANDA solicita la REVISION del contrato, el Tribunal hará las consideraciones pertinentes al respecto a dicha petición, como respaldo a su decisión sobre la misma.

Sea lo primero recordar, no por lo sabido menos conducente, el denominado principio de la LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS, consagrado por el Código Civil (art. 1.602) con la expresión lapidaria de que “ Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes ”, principio que el artículo 822 del Código de Comercio declara rector de las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, salvo disposición legal en contrario.

Dentro de los términos del contrato, por consiguiente - y sin que le sea dado apartarse de ellos so pretexto de interpretación - deberá el Tribunal analizar la conducta de la parte Convocada, a fin de decidir sobre su presunto incumplimiento contractual. Conducta que deberá juzgarse en función de los HECHOS enumerados en la DEMANDA y reiterados en la REFORMA de la misma, y que totalizan 25.

Al detenerse en el análisis de tan nutrida fronda de HECHOS, nuevamente presentados de manera virtualmente idéntica en la REFORMA de la DEMANDA, y al considerar la respuesta a la misma, y a su REFORMA dada por la parte Convocada, se observa con claridad que la controversia entre las partes se reduce, en esencia, a los cuatro PUNTOS que a continuación se enumeran bajo acápites A) B) C) y D). Sin que sobre apuntar que la DEMANDA NO INDIVIDUALIZA LA CLAUSULA CONTRACTUAL QUE A SU JUICIO HAYA SIDO VIOLADA POR COMFANDI, ya que ella se limita a quejarse, una y otra vez, de la falta de interés de ésta última CAJA en el proyecto asumido por COMAVSA, como también de la presunta discriminación ejercida por COMFANDI contra COMAVSA y a favor de otros proyectos de vivienda de interés social que a la época desarrollaba o patrocinaba COMFANDI. Tales puntos de controversia pueden definirse así:

- A) Que la causa por la cual COMAVSA contrató con COMFASIA para la ejecución del proyecto MULTIFAMILIARES ASIA COMFAMILIAR CALI fue la circunstancia de que, a la fecha del contrato y para decirlo en términos de la REFORMA de la DEMANDA., “ El único plan de vivienda de interés social de COMFAMILIAR ASIA era MULTIFAMILIARES ASIA ” . . . “ lo que aseguraba el éxito del proyecto ” (HECHO 3.6 de la REFORMA) subraya el Tribunal.
- B) Que, según voces de la DEMANDA original, HECHO 3.17, “ como consecuencia de la fusión entre COMFANDI y COMFAMILIAR ASIA los móviles o causas que motivaron la celebración del Contrato de Cofinanciación fueron totalmente borradas, desdibujadas o anuladas, pues el contrato de COMAVSA entró a competir, en situaciones muy desfavorables, con la serie de contratos de construcciones de vivienda familiar que venía adelantando COMFANDI antes de la fusión ” (Subraya el Tribunal).
- C) Que, al decir de la demanda original, COMNFANDI obró con descuido y negligencia, en forma discriminatoria, contra el proyecto asumido por COMAVSA, “ con abuso del derecho y con violación de sus obligaciones de aunar esfuerzos en la ejecución del proyecto ” (Subraya nuevamente el Tribunal) (PRETENSIONES PUNTO 6.3).
- D) Que, como consecuencia de todo lo anterior, el proyecto sufrió demoras, sobrecostos y aún parálisis en su última etapa, con perjuicios financieros sufridos por COMAVSA y que deben ser indemnizados por COMFANDI.

Frente a lo cual arguye COMFANDI :

- A) Que en el Contrato de Cofinanciación COMFASIA no se obligó a realizar como único plan de vivienda el contratado con COMAVSA (Respuesta al HECHO 3.6).
- B) Que en el referido contrato COMFASIA no se obligó “ a llevar a cabo la promoción y venta de los apartamentos objeto del contrato ”, sino que al contrario aquella fue “ Obligación perfectamente clara a cargo de COMAVSA ”, según respuesta a la demanda, punto 3.18 (Subraya el Tribunal).
- C) Que al no haber solicitantes de las unidades de vivienda y al no haber presentado por lo tanto la CAJA posibles adjudicatarios dentro de los plazos señalados, quedaba COMAVSA automáticamente en libertad de vender a terceras personas los apartamentos (Respuesta a la demanda, 3.22).
- D) Finalmente, que al no existir obligación contractual de la CAJA para promover las ventas, no puede atribuírsele a ella culpa contractual ni, por ende, puede ella resultar responsable de indemnización alguna de perjuicios o de reembolso por concepto de sobrecostos del proyecto.

CAPITULO VIII

EL CONTRATO DE COFINANCIACION

El Contrato de Cofinanciación, como lo denominaron las partes, origen de la presente controversia, consta en documento privado suscrito entre COMAVSA y COMFANDI en abril 15 de 1.994 y es un convenio de naturaleza bilateral, oneroso y del tracto sucesivo o ejecución continuada. Es, además, un típico contrato innominado, por cuanto no corresponde a ninguno de los tipos o modelos específicamente consagrados en la Ley . De allí que, como se desprende de su texto, deba y pueda regirse únicamente por sus cláusulas, en lo tocante a las obligaciones recíprocas de las partes. Hecha esta calificación preliminar, procede el Tribunal a examinarlo en detalle.

Implica tal convenio una asociación o suma de esfuerzos y recursos entre una compañía constructora, de naturaleza comercial y por ende orientada a la obtención de lucro dentro de sus fines específicos – la explotación del negocio de urbanización y construcciones de vivienda – o sea CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A., y una institución privada sin ánimo de lucro, dedicada al cumplimiento de fines de seguridad social, originalmente COMFASIA, y luego en virtud de la fusión entre ésta y COMFANDI, la misma COMFANDI, institución ésta última también de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y con funciones de seguridad social.

Si bien el texto contractual en estudio no constituye propiamente un modelo de precisión jurídica, su finalidad quedó establecida en forma inequívoca: La vinculación de la CAJA (primero COMFASIA y luego COMFANDI) a la ejecución de un programa de vivienda denominado en su inicio MULTIFAMILIARES ASIA COMFAMILIAR DE CALI, y consistente en la construcción de 552 soluciones de vivienda (otros tantos apartamentos) “ con destino prioritario a los afiliados a la caja ” (Subraya el laudo). Programa que debía adelantarse, como en efecto se adelantó, “ en terrenos de la CAJA ”.

Tratándose, como ya se observó, de un contrato bilateral y oneroso, la obligación fundamental de la CAJA sería “ el aporte ” de los terrenos antes mencionados. Sin que sobre acotar, como corolario de la ya anotada falta de precisión jurídica en el texto contractual, que los tales terrenos aparecen mencionados sólo en función de su propietario, pero sin identificarlos - como es de rigor tratándose de bienes raíces – por su ubicación, cabida y linderos. Y sin que huelgue además anotar la impropiedad del término “ aporte ” que se da a la prestación fundamental que debía satisfacer la CAJA, impropiedad resultante de que – según los términos del contrato – dicho “aporte” sería cancelado o pagado por COMAVSA hasta concurrencia de su estimado total, la cantidad de setecientos setenta y tres millones quinientos cincuenta y seis mil pesos(\$ 773.556.000.00), mediante “ cruce contable ” de los subsidios de vivienda que otorgare la CAJA y mediante pagos periódicos que haría COMAVSA a la CAJA, “ en forma proporcional a cada una de la etapas ” (Cláusula CUARTA, literal f). De allí que pudiera sostenerse, en rigurosa hermenéutica jurídica, que el CONTRATO DE COFINANCIACION fue, en el fondo y en la realidad de los hechos, una compra- venta de naturaleza “ sui generis ” entre la CAJA como vendedora y COMAVSA como compradora, la que – además de quedar obligada a cubrir, directa o indirectamente, el “ aporte ” convenido – debía destinar el bien adquirido, específica y exclusivamente, al programa de vivienda pactado entre los contratantes, o sea las 552 “ soluciones de vivienda ” con destino prioritario a ser ofrecidos a los afiliados a la CAJA ”, tal como se estipuló en el OBJETO DEL CONTRATO.

A dicha obligación fundamental de la CAJA de “ aportar los terrenos ”, según la terminología del contrato, corresponde – como contrapartida lógica dentro de la economía contractual – la obligación de COMAVSA de ejecutar “ todas las obras, trabajos y servicios requeridos para el diseño, construcción, promoción y ventas hasta la total terminación ” (Se entiende, del proyecto). Lo subrayado es del Tribunal y la cita corresponde a la cláusula PRIMERA del contrato, OBJETO del mismo.

Como consecuencia de tales OBLIGACIONES CAPITALES y corolario lógico de dichas cargas recíprocas, aparecen: PRIMERO – A cargo de la CAJA: constitución de hipoteca sobre el lote “ aportado ” para garantizar el crédito que COMAVSA habría de gestionar para financiar la obra, presentar a COMAVSA “ adjudicatarios ” para los apartamentos, comparecer al otorgamiento de las escrituras de venta a tales adjudicatarios, el otorgamiento de subsidios de vivienda a los tales, el adelantar los trámites necesarios para que el proyecto fuera considerado como vivienda de interés social. Y, SEGUNDO.- A cargo de COMAVSA: la construcción total de las 552 “ soluciones de vivienda ”, “ gestionar, obtener y pagar el crédito que le fuere concedido por la entidad crediticia financiadora del proyecto, garantizar el pago de tal crédito mediante la suscripción de pagarés a favor de tal financiador, destinar el terreno “ aportado ” por la CAJA a la construcción de las mencionadas 552 “ soluciones de vivienda ” y venderlas (en forma prioritaria, no exclusiva) a los afiliados a la CAJA con capacidad de compra y aceptables a tal financiador, a determinados precios, el reembolso o reintegro del “ aporte ” hasta la totalidad de su valor estimado, la donación de un módulo de servicios a la CAJA con extensión de 338 mts 2, y otras menores sin relevancia para efectos de la decisión de la litis.

CAPITULO IX

LAS OBLIGACIONES CAPITALES

Quedó ya anotado atrás, al considerar la naturaleza del contrato, que la obligación fundamental de COMFASIA consistía en el “aporte” de los terrenos de su propiedad necesarios para la construcción de las 552 “soluciones de vivienda” que constituían el programa denominado MULTIFAMILIARES ASIA COMFAMILIAR DE CALI. Y que, como contraprestación a dicho “aporte”, COMAVSA asumió la obligación de ejecutar, en tales terrenos, “todas las obras, trabajos y servicios requeridos para el diseño, construcción, promoción y ventas hasta la total terminación” (Se entiende, del proyecto. De nuevo subraya el Tribunal).

No aparece en el contrato por parte alguna obligación a cargo de la CAJA de promover la venta, o de colaborar en ella directa o indirectamente, como no sea la de presentar a COMAVSA “posibles” adjudicatarios de los apartamentos “dentro de ciertos plazos, pero con la adición aclaratoria de que, vencidos tales plazos, “COMAVSA queda en libertad de vender a terceros los apartamentos”. Nótese, además, que el Contrato no obliga a la CAJA a presentar determinado número o cierto porcentaje de adjudicatarios con relación al total de las unidades adjudicables. Queda ella sí obligada a otorgar el subsidio de vivienda a los adjudicatarios, pero de nuevo sin determinación alguna de número de subsidios otorgables o proporción determinada de subsidios, ni porcentaje alguno de estos últimos frente a las primeras, o sea las unidades adjudicables. Mientras bien al contrario COMAVSA sí quedó obligada a vender, en forma prioritaria y a determinados precios, a los afiliados a la CAJA que fueren beneficiarios del subsidio de vivienda otorgado por ésta y que, además de tener capacidad de pago, llenaren los requisitos exigidos por la entidad financiera que hubiera otorgado el crédito necesario para la ejecución del proyecto.

Por fuerza cabe concluir entonces que – dentro de la mecánica del contrato – la tarea de promover la venta y lograr la colocación total de los apartamentos recaía, en su integridad, sobre COMAVSA. Esta conclusión, que surge sin duda y “prima facie” de las voces mismas del Contrato, se apoya además en las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- Constituye práctica comercial vigente en el mercado de finca raíz el que – salvo la existencia de un intermediario encargado específicamente de la promoción del proyecto – sea el constructor mismo quien venda los inmuebles construidos por él.

SEGUNDA.- Es el mismo constructor quien, en tal caso, promueve la venta, para lo cual – y como es apenas obvio – deberá dar a conocer el proyecto a los posibles compradores, haciéndole publicidad en el mercado de finca raíz. Lo cual no obsta para que, en el caso de planes de vivienda patrocinados por CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR, sean estas últimas quienes también promuevan las ventas, coadyuvando en la publicidad del proyecto y en el interés de cumplir con su finalidad social específica.

TERCERA.- El hecho de que, en el caso concreto de autos, y como aparece demostrado en ellos, COMFANDI hubiere hecho publicidad a los planes de vivienda patrocinados por ella, incluido entre ellos el proyecto asumido por COMAVSA, no le traslada a la CAJA, ni podía trasladarle, y frente al texto contractual en análisis, la obligación de PROMOVER la venta, hasta la terminación final del programa. Por fuerza entonces habrá que concluir que una eventual falta de publicidad al respecto, total o parcial y por parte de COMFANDI, no implica infracción o desconocimiento de su compromiso de colaborar en la venta mediante la presentación de adjudicatarios. Sostener lo contrario equivaldría a tomar la obligación de presentar los tales como sinónimo de promover las ventas, lo que va en contravía del buen discursar idiomático.

CUARTA.- En efecto. Dispone el artículo 832 del Código de Comercio que “ Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano ”. Habiéndose obligado COMAVSA, en la cláusula PRIMERA del contrato, a la promoción del proyecto , “ hasta la total terminación ” (del mismo) debe ella ser tenida como PROMOTORA, vale decir llamada a “ hacer las diligencias conducentes para su logro ” (o sea la colocación, mediante venta, de las 552 “ soluciones de vivienda ”) según las definiciones que de los términos PROMOVER y PROMOTOR trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua.

Bastarían así las anteriores consideraciones para desechar las pretensiones de indemnización de perjuicios o reembolso de sobrecostos ocurridos en el curso de la ejecución del proyecto en razón de la no colocación o venta del total de las 552 “ soluciones de vivienda “, tanto más si se tiene en cuenta que en la actividad constructora es el propio constructor quien generalmente asume los riesgos de pérdidas inherentes al negocio, como contrapartida lógica de su vocación a obtener las ganancias resultantes de aquél, en la hipótesis de que el mismo resultare exitoso.

Ello no obstante, y dada la doble circunstancia de que : A) La Convocante ha alegado como móvil determinante de su parte para la celebración del Contrato el hecho de que a la época en que se celebró éste COMFASIA no adelantaba ningún otro proyecto de vivienda de interés social. Y B) De que esa misma parte Convocante sostiene la tesis de que por la fusión entre COMFASIA Y COMFANDI “ los móviles o causas que motivaron la celebración del contrato . . . fueron totalmente borradas, desdibujadas o anuladas, pues el contrato de COMAVSA entró a competir, en situaciones muy desfavorables, con la serie de contratos de construcción de vivienda familiar que venía adelantando COMFANDI antes de su fusión” (la subraya es del fallador) el Tribunal estima necesario pronunciarse sobre ambas tesis, antes de decidir sobre las EXCEPCIONES DE FONDO propuestas por la parte Convocada.

CAPITULO X

LA CAUSA DETERMINANTE

Sostiene la parte Convocante, en el punto 3.6 de la REFORMA de la DEMANDA, que “ la causa determinante que llevó a COMAVSA a la celebración del Contrato de Cofinanciación con COMFAMILIAR ASIA fue el hecho de que COMFAMILIAR ASIA se obligaba a presentar a los adjudicatarios de los apartamentos ”, para agregar a continuación que en el momento de la celebración de aquél “ el único plan de vivienda de interés social de COMFAMILIAR ASIA era Multifamiliares Asia ” (Subraya el fallador).

Sea el momento de recordar el mandato del artículo 1618 del Código Civil, según el cual la intención de los contratantes, claramente conocida, debe regir la interpretación de los contratos, más aún que lo literal de las palabras. Porque si bien es cierto que la CAJA asumió la obligación de presentar “ adjudicatarios “ (más preciso hubiera sido decir “ candidatos a adjudicación ”)no lo es menos que tal obligación quedó estipulada en abstracto. Vale decir, sin determinación de número alguno de “ adjudicatarios ” o de porcentaje determinado de los mismos con relación al número total de apartamentos

adjudicables, como ya se hizo notar antes, en el CAPITULO IX. Como también se recalcó entonces que, al no presentar la CAJA candidato dentro de cierto término, COMAVSA quedaba en plena libertad para colocar las unidades disponibles entre terceros, sin necesidad de autorización alguna – se agrega ahora - por parte de la CAJA. De donde se desprende que, aun en el evento de no presentación de “ adjudicatarios ” por parte de la CAJA, ello no le hubiera impedido a COMAVSA la promoción y venta de los apartamentos, eventualmente, y hasta la total colocación de los mismos.

No le surge al Tribunal duda alguna sobre el hecho de que COMFANDI sí presentó “ adjudicatarios ”, o si se quiere “ candidatos para la adjudicación ” de los apartamentos. Porque de acuerdo con el dictamen rendido por los peritos HENRY ANTE POTES y JAIRO ARENAS DUQUE (cifra que aparece a folio 19 del peritazgo) fue adjudicado por parte de COMFANDI y con destino al proyecto que origino la controversia, un total de 450 subsidios de vivienda. Sin que sobre agregar que con igual destino, COMFASIA adjudico un total de 126 (véase folio 6 del mismo dictamen).

La conclusión obvia de ello es que COMFANDI sí cumplió con la obligación inicialmente asumida por COMFASIA o sea la presentación de adjudicatarios ante COMAVSA, colaborando así en el desarrollo del proyecto. Y que, como consecuencia de ello, lo que en la REFORMA de la DEMANDA se denominó CAUSA DETERMINANTE DEL CONTRATO sí logró cierta eficacia – al menos en el sentido de colaboración entre los contratantes - con posterioridad a la fusión entre COMFASIA y COMFANDI.

No expresa el contrato – directa o indirectamente – que el móvil inductor de COMAVSA para contratar con COMFASIA sea la circunstancia de no estar adelantado dicha CAJA, en aquel momento, ningún otro plan de vivienda de interés social. Ni se pactó a cargo de la CAJA la obligación de no desarrollar en adelante ningún otro plan de vivienda distinto del convenido con COMAVSA. Como tampoco se convino – en guarda de una presunta exclusividad - la prohibición a cargo de COMFASIA de ceder el contrato. Obligación o prohibición que, de haber sido pactada, hubiera equivalido a erigir como CAUSA DETERMINANTE del contrato, en forma cierta y en el sentido en que lo presenta COMAVSA, el hecho de que COMFAMILIAR ASIA no estuviera adelantando en aquel momento plan alguno de vivienda de interés social distinto del pactado con COMAVSA.

El Tribunal acoge, en este particular, los planteamientos hechos por la parte Convocada en su alegato de conclusión y en lo referente a la “ presentación de candidatos ”, en cuanto al sentido de la expresión “ presentación de adjudicatarios”. Además de que a falta de definición contractual expresa al respecto, deberá concluirse, por fuerza lógica de los hechos, que la adjudicación de subsidios hace presumir la presentación de candidatos para la adquisición de las unidades de vivienda.

CAPITULO XI

LA FUSION Y SUS EFECTOS

Pasa ahora el Tribunal a considerar la fusión entre COMFASIA y COMFANDI fusión que – al decir de la parte Convocante – borró y anuló las causas que motivaron la celebración del contrato (punto 3.17 de la DEMANDA). Aspecto éste que, si bien quedó indirectamente tratado en el capítulo anterior por la relación del mismo con la llamada CAUSA DETERMINANTE, merece análisis particular ya que, según el razonamiento de

la DEMANDA y su REFORMA, de no haberse producido la fusión no se hubiera frustrado el logro de la CAUSA DETERMINANTE o MOVIL FUNDAMENTAL. Acota entonces el Tribunal:

PRIMERO.- Si bien es cierto que, si como consecuencia de la fusión, el proyecto de COMAVSA entró “ a competir con otros adelantados por COMFANDI en la época de la fusión ”, una concurrencia similar se hubiera producido – sin necesidad de fusión alguna - en el evento de que COMFASIA hubiera acometido uno o más proyectos de vivienda sin la colaboración de COMAVSA, sin que tal eventualidad hubiera generado responsabilidades adicionales a cargo de COMFASIA, por no haberse pactado en el contrato exclusividad ninguna a favor de COMAVSA. Y en cuanto a que aquella competencia “ con otros adelantados por COMFANDI ” hubiera resultado perjudicial para COMAVSA , los autos no abonan dicha tesis. Por el contrario el dictamen de los peritos HENRY ANTE POTES Y JAIRO ARENAS DUQUE dejó establecido que, en materia de publicidad del proyecto, COMFASIA gastó \$ 54.486.000.00, mientras COMFANDI gastó con el mismo destino \$ 119.778.000.00.(folio 30 del anexo a del dictamen). Lo cual lleva a concluir que, en materia de publicidad de planes de vivienda, el proyecto COMAVSA gozó, por parte de COMFANDI, de un tratamiento publicitario muy similar al de otros planes de Vivienda, distintos de aquel y disponibles para los afiliados a COMFANDI.

SEGUNDO.- De lo expuesto se concluye que la fusión de las dos CAJAS, en sí misma, no tenía por qué producir el efecto que el demandante le atribuye, esto es desdibujar o anular los móviles o causas que indujeron a COMAVSA a celebrar con COMFASIA el Convenio de Cofinanciación. Como que resulta claro que – de no haber mediado fusión alguna- si COMFASIA hubiera acometido otro u otros planes de vivienda sin la colaboración de COMVASA, ésta última no hubiera podido alegar, con base en el contrato original, desdibujo o anulación de los móviles que la habían impulsado a contratar con COMFASIA.

TERCERO.- Para el Tribunal entonces la fusión de las dos CAJAS, en sí considerada, no tenía por que alterar, sustancialmente los términos iniciales del Contrato, supuesto que: A) Ni COMFANDI, como cesionaria de COMFASIA, estaba obligada a respetar una presunta exclusividad en beneficio de COMAVSA, ni B) A esta última le hubiera sido dado invocar ante COMFANDI, como lo hubiera podido hacer ante COMFASIA, privilegio o mejor derecho alguno frente a posibles programas de vivienda paralelos que COMFASIA hubiera decidido adelantar sin la colaboración de COMAVSA.

Cosa bien diferente sería si – como efecto contingente pero no necesario o forzoso, y dada la circunstancia sobreviniente de pluralidad de proyectos de vivienda de interés social en curso en la ciudad de Cali, con posterioridad a la fusión, adelantados por COMFANDI u otras entidades, que hubieran producido la saturación del mercado de vivienda de bajo costo – el desarrollo del Contrato de Cofinanciación, tal como fue pactado, hubiera resultado tan gravoso para COMAVSA, que esta hubiera llegado a la conclusión de que su revisión era jurídicamente viable, frente a las previsiones del artículo 868 del Código de Comercio.

Revisión esta última que – a juicio del Tribunal - bien hubiera podido plantear COMAVSA al surgir los inconvenientes de ejecución del contrato (sobrecostos, financiación, falta de compradores aceptables) en su oportunidad cronológica, y sin esperar hasta la consumación de los efectos perjudiciales de tal situación eventual.

CONCLUSION DE ESTA PARTE MOTIVA

DECISION DE EXCEPCIONES

Por las consideraciones hasta aquí expuestas y con fundamento en el acervo probatorio analizado atrás (documentos, testimonios, declaración de parte, inspección con exhibición y dictámenes periciales) el Tribunal ha llegado a la conclusión de que COMFANDI no infringió el Contrato de Cofinanciación vinculante en su inicio de COMAVSA y COMFASIA, por cuanto no violó cláusula alguna del mismo – en particular la concerniente a la “ presentación de adjudicatarios ”. Y así lo habrá de declarar, sin perjuicio de entrar a pronunciarse, como en efecto pasará a hacerlo, mas adelante, sobre la pretensión subsidiaria de REVISION DEL CONTRATO.

Ocurre que el Tribunal ha encontrado probada la segunda de las excepciones propuestas, o sea la inexistencia de la obligación atribuida a COMFANDI y relacionada con la promoción y venta de los apartamentos lo cual releva al Tribunal de entrar a considerar las restantes, por aplicación del inciso 1º del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, tanto más cuanto que la excepción de CONTRATO NO CUMPLIDO solo procede cuando quiera que, en un contrato bilateral, la parte incumplida exige a su contraparte la satisfacción de una o más de las prestaciones no satisfechas a cargo de ésta última. Y, en el caso presente, COMAVSA no aparece como parte incumplida frente a COMFANDI, exigiéndole a ésta el cumplimiento de obligación alguna a su cargo no satisfecha.

No sobra aclarar que el hecho de haber prosperado excepción perentoria o de fondo contra las pretensiones principales de la DEMANDA y las análogas de la REFORMA de la misma – o sea las consignadas en los puntos 6.3 a 6.6 inclusive del libelo original y de su reforma ulterior, razón por la cual el Tribunal habrá de rechazarlas en su totalidad – no exime al fallador, ni podría eximirlo, de su obligación de pronunciarse sobre la pretensión contenida en el punto 6.8 de la REFORMA del libelo original, o sea la REVISION DEL CONTRATO, pretensión no incluida en el libelo original y que, aunque así no lo haya presentado el autor de la REFORMA, puede y debe ser considerada como PRETENSION SUBSIDIARIA.

CAPITULO XII

LA REVISION DEL CONTRATO

Pasa ahora el Tribunal a pronunciarse sobre la pretensión de REVISION DEL CONTRATO, que la parte provocante apoya en “...la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva, que alteraron el cumplimiento a cargo de (sic) COMAVSA, en grado tal que resulta excesivamente onerosa (sic) ” (Escrito de REFORMA, punto 6.8).

La revisión de los contratos de tracto sucesivo es una figura aceptada ampliamente por la doctrina y en nuestro actual ordenamiento jurídico aparece reglada en el artículo 868 del Código de Comercio, que a la letra dice:

“ Artículo 868.- Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

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

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

Por su parte nuestra Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades se ha referido al punto y al respecto valga la pena transcribir los siguientes apartes de su fallo proferido en Sentencia de Casación Civil de mayo 23/98: “ Esta teoría radicalmente distinta a la de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, si no de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados que deben alegarse y probarse y es materia de decisiones especiales de los jueces de instancia”.

De acuerdo con el inciso segundo de la norma del Código de Comercio atrás transcrita el principio de la revisión de los contratos por hechos o circunstancias extraordinarias, imprevistas o previsibles, que se presente con posterioridad a su celebración, no es aplicable a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

Es claro que el contrato celebrado entre COMAVSA y COMFASIA es de tracto sucesivo y de naturaleza conmutativa.

Las prestaciones recíprocas a cargo de las señaladas partes, una vez celebraron el contrato, se debían cumplir de manera escalonada, especialmente a medida que se fueran construyendo y vendiendo los apartamentos, para lo cual estipularon un plazo de dos años aproximadamente tiempo durante el cual debían cumplir con todo el programa. Lo anterior demuestra que el contrato es de tracto sucesivo, tal como lo hemos considerado.

Por otra parte las prestaciones a que se obligaron las partes son de naturaleza conmutativa, más no aleatoria.

COMAVSA celebró como hemos dicho un contrato en donde ponía su organización al servicio de una actividad propia de su objeto social y de su especialización, con lo cual esperaba obtener una utilidad proyectada acorde con el esfuerzo que debía realizar.

A su turno COMFASIA aportaba un lote cuyo precio sería pagado a medida que se vendieran las unidades de vivienda unifamiliar, sin cobrar intereses durante el plazo, y comprometiéndose a darlo en garantía de pago de los créditos que se consiguieran para la financiación del proyecto a ejecutar de acuerdo al Contrato de Cofinanciación señalado. El beneficio que obtendría sería el de recuperar la inversión que había realizado en la compra del lote y en darle la opción a sus afiliados de adquirir vivienda en un programa al cual podrían tener acceso al subsidio para la compra de vivienda de interés social.

Todo lo anterior hace que las prestaciones de dar o hacer a que cada una de las partes se obligó deben considerarse equivalentes al beneficio que esperaban obtener con la prestación en su favor y a cargo de la otra parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1498 del Código Civil, razón por la cual el Contrato de Cofinanciación celebrado entre COMAVSA y COMFASIA, representada hoy por COMFANDI, puede ser objeto de la revisión consagrada en el transcrito artículo 868 del Código de Comercio.

Así las cosas debe el Tribunal entrar a analizar cuidadosamente si se han producido o no las circunstancias señaladas por dicha disposición para ordenar o no la revisión del contrato de las partes Convocante y Convocada.

Aunque en la DEMANDA original no se solicitó la REVISION del contrato origen de la controversia, la REFORMA del libelo inicial sí lo pidió, al solicitar en el punto 6.8 de ésta última que se revisara el convenio “ por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias imprevistas e imprevisibles, posteriores al contrato de ejecución sucesiva, que alteraron el cumplimiento a cargo de COMAVSA (sic), en el grado tal que resulta excesivamente gravosa (sic) ”.

No precisó entonces la parte Convocante, ni lo hizo con posterioridad, cuáles fueron tales circunstancias, si bien y ante las PRETENSIONES PRINCIPALES deberá entenderse que ellas son idénticas a las que dicha parte relacionó como HECHOS fundamentales de su PETITUM. Tampoco vinculó dicha parte Convocante en forma alguna al acervo probatorio para sustentar dicha pretensión de REVISION, ni volvió sobre ella – como hubiera sido de esperarse -, con ocasión de su alegato de conclusión.

De manera que esta parte del PETITUM quedó prácticamente huérfana de fundamento. Por ello mismo, y por cuanto el debate probatorio giró exclusivamente alrededor del presunto incumplimiento de COMFANDI, el Tribunal debe destacar que la parte convocante en la pretensión de REVISION no propuso reajuste alguno a su favor que sirviera de igual al fallador para ordenar posibles reformas enderezadas a volver por la equidad eventualmente lastimada como efecto de circunstancias que hubieran podido agravar en forma demasiado onerosa las prestaciones a cargo de la parte Convocante.

No obstante lo antedicho, para el Tribunal resulta claro que, con posterioridad a la celebración del Contrato de Cofinanciación, ocurrieron hechos que – sin desnaturalizar la esencia de aquél ni menos aún alcanzar a anular los móviles que indujeron a las partes para celebrarlo – sí hicieron sobremanera onerosa la ejecución del convenio por parte de COMAVSA, en sus términos originales. Tales circunstancias son, a juicio del Tribunal:

PRIMERA.- La absorción de COMFASIA por parte de COMFANDI produjo como efecto el que los afiliados a la primera de las cajas citadas resultaran afiliados a la segunda, o sea COMFANDI. Aparece demostrado en el expediente que a la fecha de la fusión COMFANDI patrocinaba en Cali diferentes proyecto de vivienda de interés social,

proyectos que vinieron así a quedar al alcance de los antiguos afiliados a COMFASIA. Esta situación originó el que dichos antiguos afiliados pudieran optar por planes distintos del que ejecutaba COMAVSA, restándole automáticamente a dicho proyecto un cierto número de demandantes del mismo.

La anterior circunstancia debe considerarse como un acontecimiento especial y extraordinario posterior a la celebración del contrato, el cual no fue previsto por las partes, ni era fácilmente previsible y cuyo acaecimiento afectó gravemente el programa de ventas de COMAVSA dentro del proyecto referenciado.

SEGUNDA.- A dicha circunstancia vino agregarse la crisis económica y la recesión de las actividades productivas que en forma contemporánea a la fusión se presentó en la región Vallecaucana y específicamente en Cali. El efecto obligado de esta nueva situación fue, como era de esperarse, una menor capacidad adquisitiva de la clase trabajadora que era la llamada a adquirir en la época las soluciones de vivienda incluidas en el proyecto de COMAVSA. Si bien la parte Convocante no alegó esta circunstancia, como hubiera podido hacerlo para fundamentar su pretensión de REVISION del contrato, ella puede y debe ser tenida en cuenta para aceptar que tal factor contribuyó a hacer más onerosas las prestaciones que la parte Convocante debía satisfacer para cumplir con el contrato de Cofinanciación.

Ha estudiado el Tribunal, para decidir sobre la pretensión de Revisión del contrato, diversas alternativas en orden a restablecer la equidad de la relación contractual original, para ordenar así los reajustes que el texto legal prevé. Habiéndose agotado los recursos financieros necesarios para la finalización del proyecto, no ha podido el Tribunal encontrar una fórmula que pudiera restablecer la equidad contractual, que es el desideratum de la norma legal citada.

Le ha resultado entonces imposible al Tribunal, ante la falta de elementos de juicio adecuados y de fundamento probatorio pertinente, "...ordenar los reajustes que la equidad indique...", para dar cumplimiento así al mandato del inciso 1º del artículo 868 del Código de Comercio. Ante tal situación, no siendo factible la ordenación de reajustes, y en obediencia al ya citado texto legal, el tribunal deberá decretar la terminación del Contrato.

PARTE RESOLUTIVA

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO.- el Tribunal desestima las objeciones por presunto error grave formuladas contra los dictámenes rendidos por los peritos CARLOS ALBERTO MILLAN LONDOÑO y GUSTAVO JULIAN OREJUELA MICOLTA y ARMANDO GANDINI PRICE y GABRIEL REYES OTERO.

SEGUNDO: Declárase probada la EXCEPCION PERENTORIA DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, oportunamente interpuesta por la parte CONVOCADA.

TERCERO.- Aceptada la viabilidad teórica de la REVISION del CONTRATO, el Tribunal se abstiene de ordenar reajustes al mismo, por falta de los elementos de juicio indispensables para hacerlo.

CUARTO.- En aplicación del inciso 1º del artículo 868 del CODIGO DE COMERCIO y ante la imposibilidad fáctica de disponer posibles reajuste que pudiera indicar la equidad, el Tribunal declara terminado el CONTRATO DE COFINANCIACION celebrado el día 15 de abril de 1.994 entre la CAJA DE COMPENSACION ASIA COMFAMILIAR DE CALI y la CONSTRUCTORA COMAVSA DE OCCIDENTE S.A, contrato que en virtud de la fusión solemnizada mediante escritura pública No. 6.612 de 23 de agosto de 1.995 vino a vincular como subrogataria de las obligaciones estipuladas en dicho convenio a la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA, COMFAMILIAR ANDI.

QUINTO.- Habiendo prosperado parcialmente la demanda, por lo que hace a la viabilidad teórica de la REVISION del CONTRATO, y en aplicación del numeral 5º. del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal se abstiene de condenar en costas.

Ordénase la protocolización del expediente en una notaría de la ciudad de Cali.

Notifíquese y cúmplase.

El Presidente

HUMBERTO MOLANO MOLINA

Los Arbitros

JORGE ALBERTO MONTALVO BURGOS

RODRIGO VALENCIA CAICEDO

Secretario

GUILLERMO POVEDA PERDOMO