

TRIBUNAL ARBITRAL
ESCUELA GASTRONOMICA DE OCCIDENTE S.A.S. EGO S.A.S.
V/S.
CONCIMET S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Cumplido a cabalidad el trámite arbitral y habiéndose agotado cada una de las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal, dentro del término legal, a dirimir en derecho el conflicto planteado en las pretensiones sometidas a su consideración, profiriendo el correspondiente laudo con el cual se pone fin al presente trámite arbitral promovido por la **ESCUELA GASTRONOMICA DE OCCIDENTE S.A.S. EGO S.A.S.** en contra de **CONCIMET S.A.S.**

I. PARTES PROCESALES

A. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante en este proceso arbitral es la **ESCUELA GASTRONOMICA DE OCCIDENTE S.A.S. EGO S.A.S.** identificada con el Nit. 805.031.131.1, constituida por escritura pública No. 1591 del 28 de Junio de 2004, de la Notaria Dieciocho del Circulo de Cali, como limitada, y posteriormente por medio de acta sin número del 30 de julio de 2009 transformada en sociedad por acciones simplificada, siendo el representante legal el señor **MARIANO ORLANDO TAFUR REYES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.932.505, según consta en el registro mercantil 638893-16.

B. PARTE DEMANDADA:

La parte demandada en este proceso arbitral es de una parte **CONCIMET S.A.S.**, creada por escritura pública No. 329 del 23 de enero de 1996 de la Notaria Décima de Cali, como **SURCAR LIMITADA** y después de varias modificaciones en octubre 20 de 2014 cambian su razón social por la de **CONCIMET S.A.S.**, y se identifica con el NIT 805003950-6, y con matrícula mercantil 426768-16 de abril 9 de 1996, siendo el representante legal el señor **FRANK EYDER SOLIS MORENO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.531.714 según consta en el registro mercantil 426768-16.

Y la **LLAMADA EN GARANTIA, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, con NIT 860524654-6, entidad que tiene una agencia en la ciudad de Cali, la cual presenta el registro mercantil No. 327821 del 27 de noviembre de 1992.

II. HECHOS Y PRETENSIONES

Mediante escrito presentado el día 1º de diciembre de 2014 a través de apoderado judicial, la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE S.A.S. ante el Centro del Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, formuló demanda contra la sociedad CONSCIMET S.A.S., fundada en los hechos que el Tribunal ha resumido y compendiado de la siguiente manera:

1. El 26 de agosto de 2013, la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE celebró contrato de *“obra precio fijo por labor ejecutada”* con CONARCI CONSTRUCCIONES ARQUITECTÓNICAS Y CIVILES S.A.S., en el cual esta última acordaba *“realizar bajo su dirección y responsabilidad y a entera satisfacción DEL CONTRATANTE, el PROYECTO: Reforma, construcción y ampliación de la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE, que incluye los diseños arquitectónicos, los estudios y diseños técnicos que demanda el PROYECTO, los trámites de licencias, los permisos complementarios que generen los diseños y las obras y la ejecución de las obras requeridas para su construcción”*.
2. De acuerdo con el contrato, la ejecución de la obra tomaría 7 meses, plazo en el cual se entregaría a satisfacción y tendría un valor total de un mil doscientos millones ciento cuarenta y siete mil doscientos pesos (\$1'201.147.200).
3. De la obra, como fue concebida desde el principio, se excluyó la instalación del sistema antiincendios, el sistema de gas y los equipos de aire acondicionado. Dichos elementos de la obra serían asumidos por la ESCUELA GASTRONÓMICA, quien de manera independiente contrataría los servicios de otros contratistas para completar esos apartes de la obra.
4. El 16 de octubre de 2013 las partes suscribieron el *“ACTA DE ACUERDO DEL CONTRATO No. 001”* en la cual acordaron que CONARCI asumiría el 35% de los extra costos que se generaron a raíz de la consecución de las licencias de construcción necesarias.
5. El 14 de febrero de 2014 la empresa CONARCI S.A.S. cedió el contrato de obra a la empresa CONSCIMET S.A.S. para que asumiera como contratista y concluyera la ejecución de la misma.
6. El 19 de febrero de 2014, las partes del contrato suscribieron el *“otrosí No. 1”* por medio del cual modificaron el plazo y precio para la ejecución de la obra, acordando que la duración sería de diez meses y medio y su valor total sería de un mil trescientos un millón ciento cuarenta y siete mil doscientos pesos (\$1'301.147.200).
7. El 13 de agosto de 2014, las partes volvieron a modificar las obligaciones principales del contrato fijando un nuevo plazo para la culminación de la obra de *“doce meses (12) y tres días (3) contados a partir de la legalización”* del otrosí, y

un nuevo valor que ascendía a mil trescientos sesenta y seis millones seiscientos cinco mil doscientos pesos m/cte. (\$1.366.605.200).

8. Adicionalmente, en el segundo otrosí se acordó que el contratista asumiría unos gastos en virtud de la ampliación del término de la obra

“• *Arriendo dos meses casa Carrera 36 N 4 -46*

o \$7.567.404

• *Pago honorarios dos meses interventor*

o \$4.600.000”

que ascendían a doce millones ciento sesenta y siete mil cuatrocientos cuatro pesos m/cte. (\$12.167.404) y corresponden a los siguientes ítems.

9. Una vez iniciada la construcción de la sede de la Escuela Gastronómica, las partes acordaron que se construiría una cafetería en la última plata de la construcción. En comunicación referenciada “*ADICIÓN AL CONTRATO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE LA ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE*” del 29 de agosto de 2014, el ingeniero Frank Solís (representante legal de CONSCIMET) afirmó:

“De acuerdo a la reunión llevada a cabo el día de hoy, entre el doctor Juan Sebastián Tafur en representación de la escuela gastronómica, el arquitectos Héctor Leonardo Torres como interventor y el ingeniero Frank Solís Moreno como contratista, me permito manifestarle que el valor acordado entre la partes para la construcción de la adición sobre la losa de cubierta, es de cincuenta y dos millones de pesos (\$52.000.000) con un are (sic) de 84,96m2 ... el plazo para la construcción es de 30 días a partir del 30 de septiembre del presente año”.

10. A partir de ese momento la obra presentó serias dificultades en su normal desarrollo y apropiado avance.
11. El 14 de octubre de 2014 el señor Solís mediante comunicación enviada al señor Orlando Tafur solicitó “*se legalice la ampliación del plazo de la obra toda vez que el plazo del otro si #2 se encuentra vencido. En la ampliación de este plazo se debe tener en cuenta los atrasos generados por la construcción de la cafetería y los atrasos por la instalación de a (sic) red gas, atrasos de la instalación aire acondicionado y los atrasos de la remoción de las instalaciones adosadas a la fachada lateral del edificio*”.
12. En comunicación del mismo día el constructor Solís también señaló al señor Tafur que la obra venía presentando diversos atrasos a causa de las labores adelantadas por el contratista de los aires acondicionados así como “*la demora en la remoción de los cables sobre la fachada lateral del edificio*”.
13. El 21 de octubre de 2014 se suscribió acta de liquidación y terminación del contrato en la que se constató que el valor total de la porción de la obra que faltaba por ejecutar correspondía a \$185'373,736.33. Dicha acta fue suscrita por el interventor de la obra, un representante de la ESCUELA GASTRONÓMICA y

no fue suscrita por ningún representante de CONSCIMET.

14. El 28 de octubre de 2014 la ESCUELA GASTRONÓMICA presentó reclamación formal a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA por el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
15. El 12 de noviembre de 2014, la aseguradora objetó la reclamación al considerar que la ESCUELA GASTRONÓMICA no hizo *“entrega de las pruebas que acrediten la existencia de dicho incumplimiento y la responsabilidad directa y exclusiva del contratista en el mismo; de igual forma, no ha demostrado la existencia, naturaleza y cuantía de los perjuicios que el presunto incumplimiento generó al asegurado, toda vez que el presunto perjuicio descrito en el acta de liquidación y en el escrito de reclamación correspondiente a perjuicios por ingresos no percibidos por el valor de \$318.800.000 no es objeto de cobertura es el directo o daño emergente, mientras que los perjuicios indirectos o lucro cesante para que sean objeto de cobertura deben pactarse de forma expresa en la carátula de la póliza”*.
16. Finalmente, la firma aseguradora presentó informe final del siniestro # 3014 el día 08 de septiembre de 2015 en el cual analizó cuidadosamente la causa y concluyó: *“aunque el contrato originalmente suscrito con la firma CONARCI S.A.S., el cual fue posteriormente cedido por esta firma a CONSCIMET S.A.S., fue bajo la modalidad “LLAVE EN MANO”, también conocida como “A PRECIO GLOBAL O ALZADO”, el desarrollo de ese contrato, desvirtuó ese concepto, al liquidar las actas de avance de obra en formatos que incluyen los ítems de unidad, precio unitario y precio total, y los avances en dinero correspondieron, en cada una de las actas, a los resultados de multiplicar las unidades efectivamente construidas, por el precio unitario que figura frente a cada ítem del presupuesto”*. Dicho análisis, junto con otras variaciones realizadas durante la creación y ejecución del acuerdo de voluntades que en esta ocasión está siendo analizado, condujo a que la aseguradora concluyera que *“no se declaró sincera, objetiva y verazmente sobre el estado de riesgo, así como se introdujeron modificaciones que no fueron informadas a la compañía de seguros, incumpliendo con lo establecido en los artículos 1058 y 1060 del Código de Comercio”*.

Con base en tales hechos, la parte actora solicitó como pretensiones las que en el escrito de reforma de la demanda, quedaron facturadas de la siguiente manera:

.....1. La empresa CONSCIMET SAS, representada legalmente por el señor FRANK EYDER SOLIS MORENO, mayor de edad y vecino de Cali, o quien haga sus veces, ha incumplido el contrato de obra precio fijo por la labor ejecutada identificado con el número 001, cuyo objeto es: “ Realizar bajo su dirección y responsabilidad y a entera satisfacción DEL CONTRATANTE el PROYECTO: Reforma construcción y ampliación de la ESCUELA GASTRONOMICA DE OCCIDENTE, que incluía los diseños arquitectónicos, los estudios y diseños técnicos que demanda el PROYECTO, los trámites de licencias, los permisos complementarios que generen los diseños y las obras y la ejecución de las obras requeridas para su construcción, que se adelantó en el inmueble de propiedad DEL CONTRATANTE

distinguido como lote, localizado en la Calle 3 A No 35-28 San Fernando Viejo Cali, Colombia. El cual se realizó por la modalidad de PRECIOFIJO GLOBAL, LLAVE EN MANO.

2. Que como consecuencia de lo anterior, la Empresa CONCIMET SAS, representada legalmente por el señor FRANK EYDER SOLIS MORENO, mayor de edad y vecino de Cali, o quien haga sus veces, debe pagar las siguientes sumas de dinero:
De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 206 del Código General del Proceso, indicamos que los valores que se cobran en esta demanda arbitral corresponden a:

DAÑO EMERGENTE:

Cuentas pagadas a contratistas: \$ 118.922.738.00.

Cuentas pagadas a proveedores \$ 119.626.833.00

Cuentas pagadas a profesionales por consultoría: \$ 4.496.400.00

Cuentas pagadas al Personal administrativo: \$ 2.497.333.00

Cuentas pagadas por Alquiler de equipo: \$ 13.903.145.00

Cuentas pagadas por concepto varios: \$ 62.854.605.00

Sobrecostos asumidos por el Convocante: \$ 318.800.000.00

Cuentas pagadas para terminar la obra: \$ 163.182.353.00

Total: \$ 804.283.407.00

Son: Ochocientos Cuatro Millones Doscientos Ochenta y tres Mil Cuatrocientos Siete Pesos M/cte.....”

III. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Con el escrito de demanda, la parte actora formuló llamamiento en garantía de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, para efectos de hacer valer la póliza de cumplimiento particular No. 430-45-994000006848 constituida por CONSCIMET S.A.S. en favor de la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE S.A.S.

IV. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La parte actora invocó como pacto arbitral el contenido en la cláusula 26 del contrato de obra, en la cual se estableció la siguiente cláusula compromisoria:

"Toda controversia o diferencia relativa a redacción, interpretación, ejecución y liquidación de este contrato, se resolverá en primera instancia en una audiencia de conciliación ante el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cali, (sic) a solicitud de cualquiera de las partes; en el evento que las diferencias no logren ser conciliadas, se someterán a un arbitramento que se llevará a cabo ante el Centro de Arbitraje de la misma Cámara y se sujetará a lo dispuesto en el Decreto – Ley 2279 del 7 de Octubre de 1989 y en la Ley 23 de 1991 de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. B) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el

efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles (sic); c) El Tribunal decidirá en derecho; d) El Tribunal funcionará en Cali, en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles (sic) de la Cámara de Comercio de esta ciudad y e) los costos de la Conciliación o del Tribunales (sic) de Arbitramento, serán cubiertos por partes iguales entre los contratantes."

V. TRÁMITE INICIAL

El director del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali impulsó el trámite para la designación de los árbitros, y fue así como en sorteo se designó a los doctores CARLOS MAURICIO VALENCIA LÓPEZ, JORGE RESTREPO POTES y RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, quienes aceptaron sus designaciones y manifestaron no estar incurso en causales de impedimento o recusación, ni informaron circunstancias que en su concepto pudieran comprometer su independencia y autonomía.

Posteriormente, el día 16 de febrero de 2015, tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, en la cual, mediante auto que no fue recurrido, se designó como presidente al doctor CARLOS MAURICIO VALENCIA LÓPEZ y como secretaria a la doctora YILDA CHOY PAZMIN; asimismo, se dispuso que la sede del tribunal sería el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, ubicado en la Calle 8ª No. 3 – 14 Piso 4 de la ciudad de Cali, teléfonos (2) 8861369, fax 8861332, correo electrónico cenconc@ccc.org.co.

En Auto No. 2 de la misma fecha se inadmitió la demanda que fue subsanada dentro del término legal el 17 de febrero de 2015 (folio 0220 a 0221, C.1.).

Subsanada la demanda se admitió, en auto No. 3 del dos (2) de marzo de 2015, e igualmente se admitió el llamamiento en garantía a la compañía aseguradora, ordenándose la citación a la demandada sociedad CONCIMET S.A.S, para la notificación personal del auto de admisión de demanda y de la llamado en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

La notificación personal para la sociedad demandada CONCIMET S.A.S. que se produjo el dos (2) de marzo de 2015, por medio de la apoderada judicial debidamente autorizada, Doctora BELKYS RIVERA MUÑOZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.552.923 de profesión abogada con Tarjeta profesional No. 148.830 del Consejo Superior de la Judicatura, quien contestó la demanda el 31 de marzo de 2015, dentro del término legal (folios 299 a 442, C. 1.2.).

A la sociedad Llamada en Garantía, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, se le realizó la citación de ley el 2 de marzo de 2015 a través de la empresa de mensajería Envía, a la oficina principal en la ciudad de Bogotá, y a la agencia en la ciudad de Cali y el aviso de fecha 19 de marzo de 2015 de conformidad con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, quien dentro del término de ley y por medio de apoderado judicial, Doctor GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, y Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, presentó escrito de contestación al llamamiento en garantía (folios 0017 a 108 C. 3).

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, EXCEPCIONES Y TRASLADO DE LAS MISMAS

La sociedad CONSCIMET S.A.S. en el escrito de contestación de demanda argumentó el abuso de la posición dominante, la manipulación voluntaria del objeto contractual y la inexistencia de perjuicios por causa atribuible al contratista acepta como ciertos los hechos de la demanda 1, 3, 4, 5, 6, niega los hechos 7, 8 y acepta parcialmente el hecho 2, presenta excepciones de mérito denominadas COBRO DE LO NO DEBIDO y CONDICION RESOLUTORIA TACITA DE LOS CONTRATO, (folio 316 del C.1.2.) e igualmente presenta lo que denominó OBJECIONES PRINCIPALES. Igualmente formuló la petición de pruebas.

La ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA se pronunció frente a los hechos de la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, formulando varias excepciones de mérito, a las cuales se hará referencia posteriormente, y solicitó el material probatorio pertinente.

VII. REFORMA DE LA DEMANDA

El 24 de marzo de 2015, el apoderado de la parte demandante presenta reforma a la demanda en cuanto a las pretensiones de la demanda y la cuantía de las mismas, la cual se ordenó incorporarla al expediente y fue admitida en Auto No. 4 del veinte (20) de mayo de 2015.

Surtido el traslado de la reforma de la demanda a la parte demandada esta se pronunció en escrito que obra a folio 0449 a 455 del C.1.2., mediante el cual reiteró su oposición a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito, al mismo tiempo que solicitó el decreto práctica de pruebas.

En el mismo sentido, frente a la reforma de la demanda se pronunció el llamado en garantía, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, formulando excepciones de mérito y pidiendo pruebas.

VIII. AUDIENCIA DE CONCILIACION

Consta en acta No. 04 de seis (6) de Julio de dos mil quince (2015) la audiencia de conciliación en la que el Presidente del Tribunal explicó a las partes y los instó a buscar una solución directa y amigable de las controversias puestas a consideración del Tribunal Arbitral. Escuchados los argumentos de las partes debidamente representadas fue suspendida para pedir un ajustador para que evaluara las actas, la ejecución de la obra, y el ajuste.

El 14 de septiembre de 2015 se realizó la continuación de la conciliación, y estableciéndose que no existía ánimo conciliatorio, se procedió a declarar fracasada la conciliación en auto No.12 del catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015). (Cuaderno No. 1.2. folio 0494 a 0496.)

IX. HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL

En Auto No. 13 del 14 de septiembre de 2015, después de realizar algunas consideraciones de tipo legal sobre la fijación de los honorarios de los árbitros, secretaria, gastos de administración y de funcionamiento del Tribunal, teniendo en cuenta además el marco tarifario establecido en el artículo 32 del Decreto 1829 de 2013, y el inciso 1º, del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012 el cual faculta al Tribunal para fijar una cantidad adicional a cargo del llamado en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, por concepto de honorarios y gastos, así:

Concepto	Monto
Honorarios para cada árbitro sin IVA	\$ 14.074.960
Honorarios para la secretaria sin IVA	\$ 7.037.480
Gastos de administración del Centro sin IVA	\$ 7.037.480
Gastos de funcionamiento del Tribunal	\$ 10.000.000
Honorarios para cada árbitro sin IVA a cargo de la llamada en garantía	\$ 1.759.362
Honorarios para la secretaria sin IVA	\$ 879.681
Gastos de administración del Centro sin IVA	\$ 879.681
	\$ 73.337.288

Las anteriores cantidades fueron pagadas por la parte demandante y llamada en garantía dentro del término legal, Cuaderno No. 1.2, folio 0490 a 0500. La parte demandante, según se advierte en el auto No. 16 del 13 de octubre de 2015, solicitó se les pidiera certificación de pago de honorarios y gastos que le correspondían a la parte demandada, petición a la cual se accedió en auto de esa misma fecha.

X. TRÁMITE ARBITRAL

A. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

De conformidad con lo estatuido en el inciso 3° del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, y no habiendo señalado las partes término del proceso en la cláusula compromisoria, se señaló en Acta No.1, del dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015) un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es así como a continuación se señalan los días de suspensión solicitados por las partes debidamente autorizadas para ello y los días de trámite del proceso arbitral.

Igualmente como lo ordena el inciso 3°, del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, se adicionan los días de suspensión que por causas legales estuvo suspendido el trámite como son el 24 y 31 de diciembre de 2015, fechas en la que el Centro de Conciliación Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio estaba cerrado.

TERMINO	SEIS MESES			
DIAS CALENDARIO				
	DESDE	HASTA	DIAS SUSPENSION	DIAS TRAMITE
1ª. TRAMITE	13.10.2015			
TRAMITE	14.10.2015	20.11.2015		38
SUSPENSION	23.11.2015	20.01.2016	59	
TRAMITE	21.01.2016	25.01.2016		05
SUSPENSION	26.01.2016	10.03.2016	44	
TRAMITE	11.03.2016	14.03.2016		04
TOTAL			103	47

Para un total de días de trámite del proceso de cuarenta y siete (47) días calendario. En consecuencia, sumadas las suspensiones decretadas del proceso, (103) incluidos los dos días por causas legales, el término de duración del mismo se extiende hasta Julio 25 de 2016.

B. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

La primera audiencia de trámite se llevó a efecto el día trece (13) de Octubre de 2.015, según consta en el Acta No. 08, en la que el Tribunal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 declaró su propia competencia, para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes. Contra esa decisión ninguna de las partes manifestó inconformidad, por lo que cobró inmediata vigencia.

En la misma fecha del 13 de octubre de 2015, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, con excepción de la prueba de oficio a la sociedad demandante, la cual fue negada para en su lugar disponer la exhibición de los documentos que se pretendían recaudar mediante la prueba de oficio. Contra esta providencia la apoderada de la parte

demandada interpuso recurso de reposición para solicitar que se tuviera como prueba una revisión técnica que evidenciaría que no se presentó el incumplimiento alegado en la demanda. Surtido el traslado de rigor el Tribunal confirmó el auto porque consideró que la prueba no había sido solicitada oportunamente, pero de oficio ordenó a la parte demandante que en la diligencia de exhibición ordenada debería *“exhibir igualmente todos los documentos incluidos los de carácter técnico que den cuenta del inicio, desarrollo, ejecución, suspensión o parálisis de las obras que se encuentren en su poder”*.

Evacuadas las pruebas decretadas en el auto respectivo, como también las demás que de oficio decretó el tribunal durante el curso del proceso tales como la inspección judicial en la sede de la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE S.A.S., y el testimonio del interventor de la obra HECTOR TORRES, se convocó a la audiencia de alegatos, la cual tuvo lugar el día veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016)

En la audiencia de alegatos, tanto la parte demandante como la demandada y el llamado en garantía, presentaron las consideraciones de parte con base en las cuales solicitaron de este tribunal pronunciarse en la forma pedida por cada uno de ellos.

Sentados como se encuentran los antecedentes fácticos y jurídicos de la presente causa, procede el tribunal a realizar las siguientes

XI. CONSIDERACIONES

1. Del Contrato de Obra
- I.2. Del Contrato entre las partes
 - I.2.1. Obligaciones a cargo del contratista
 - I.2.2. Obligaciones generales
 - I.2.3. Del Plazo
 - I.2.4. De la Subcontratación
 - I.2.5. De la Consecución de las licencias
 - I.2.6. Obligaciones Específicas
 - I.2.7. De la indemnidad
 - I.2.8. De la confidencialidad
- I.3. Obligaciones a cargo del contratante
 - I.3.1. Del precio
 - I.3.2. Otras
- I.4. Obligaciones a cargo de ambas partes
 - I.4.1. De la ejecución de la obra
- I.5. Del Otrosí 1
- I.6. Del Otrosí 2
- I.7. De la conducta de las partes y sus consecuencias jurídicas
 - I.7.1. La construcción de la cafetería encima del tercer piso no constituye un contrato independiente y responde a la una adición a la obra principal.
 - I.7.2. La modalidad del contrato “llave en mano” devino en otro tipo contrato de obra en el que se obtenían ciertos apartes de una obra por el costo que su construcción implicaba.

- I.7.3. No se probó en el presente proceso que las partes supieron, desde antes de la suscripción del contrato, que el valor de la obra era más alto que el inicialmente pactado.
 - I.7.4. Ambas partes cometieron irregularidades que se tradujeron en el incumplimiento del contrato y por tanto deben compartir los gastos que ocasionó el mal desarrollo de la obra.
 - I.7.5. Negación del contratista de comunicarse con el contratante hacia el final de la obra constituye un incumplimiento contractual.
2. Del contrato de seguro

1. Del contrato de obra

Una vez sentados los elementos fundamentales de la presente causa, así como las pretensiones y excepciones de las partes, el Tribunal procede a realizar los considerandos jurídicos necesarios para resolver el asunto.

El contrato de obra es la convención por medio de la cual dos partes se obligan recíprocamente, una *“a llevar a cabo una tarea o labor determinada, y la otra a pagar por ello a la primera un precio o remuneración”*¹. Llamado también contrato por labor, de empresa o de construcción, el de obra es tal vez uno de lo más celebrados entre las personas. Consagrado entre los artículos 2053 y 2062 del Código Civil, el contrato de obra encuentra sus orígenes en la tensión entre la cotidianidad de un acuerdo practicado de manera sistemática y la necesidad de regular sus consecuencias.

En virtud de su similitud con otras expresiones de negocios jurídicos como la compraventa, el mandato, el contrato de trabajo, entre otros, se ha debatido ampliamente en la jurisprudencia y la doctrina sobre la independencia de esta figura jurídica. Por tanto, la doctrina ha establecido reglas consuetudinarias para determinar con mayor exactitud la naturaleza de cada contrato de obra, de acuerdo con el contexto específico en que se ha suscrito. Según Valencia Zea *“en la doctrina alemana se enseña que cuando el trabajo reviste una mayor importancia que la materia que suministra el empresario, se aplican las reglas del contrato de obra; en el caso contrario, las de la compraventa”*². Con el mismo fin explicativo Bonivento resalta la divergencia principal entre el contrato de obra y el laboral pues el primero carece de *“subordinación o dependencia por parte del artífice frente al dueño o comitente de la obra”*, como también resalta su distancia del contrato de mandato pues *“el contratista o artífice no declara su voluntad a nombre del comitente frente a terceros”*³.

Incluso el Código Civil, aunque omite definirlo, recalca que *“si al (sic) artífice suministra la materia para la confección de una obra, el contrato es de venta (...) si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento”*⁴. A

¹ GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Dike, 1983. p. 324

² VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo IV Contratos. Temis, 1975. p. 447

³ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Ediciones Librería del Profesional, Décima Edición, 1992. p. 466

⁴ Artículo 2053 Código Civil.

pesar de tan amplios debates plasmados en diversas fuentes del derecho, es conclusión pacífica de tiempo atrás que el contrato de obra, por su importancia práctica, ocupa un lugar independiente en el ordenamiento. Para 1969 la Corte Suprema de Justicia ya había reconocido en varias ocasiones a este acuerdo de voluntades como una *“convención prevista nominada y regulada por la ley como contrato para la confección de obra material”*⁵.

Como tal el contrato de obra es un acuerdo bilateral y sinalagmático perfecto *“pues desde su celebración las partes quedan recíprocamente obligadas”*⁶. Como se desprende sin equivocación del artículo 2054 del Código Civil⁷, es también un contrato oneroso pues a cambio de la realización de la obra, el artífice espera una contraprestación. Oneroso y usualmente conmutativo a menos que se establezca un esquema de pagos que permita que *“el artífice ejecuta la obra y se conviene que su remuneración consista en una participación de los rendimientos de su explotación”* como ocurre cotidianamente con la construcción de vías principales y posteriores peajes para pagar en el transcurso del tiempo a quienes realizaron la obra. Es también de tracto sucesivo pues *“las obligaciones no se cumplen al momento de la celebración, sino posteriormente”*⁸. Algunos doctrinantes lo han descrito también como un contrato *intuitu personae* pues se realiza en función del artífice que ha sido escogido para adelantar la obra y, una vez acordados los términos del contrato, sus obligaciones son intransferibles a un tercero.

Por tanto, el objeto de este contrato es claro y no admite confusiones pues su esencia radica en la realización de actos materiales encaminados a la construcción de un todo, de un producto final⁹. Es consensual pues el mismo se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades entre las partes, ya que la ley no ha consagrado solemnidades especiales para dotarlo de vida jurídica. Como lo establece el artículo 2053 del Código Civil, *“no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra”*. Sin embargo, pareciera que la disposición es incompleta pues permite cuestionar cuál es el acto cuya aprobación conduce al perfeccionamiento. Aun así es claro que la aprobación que deriva en el nacimiento del contrato es sobre los planos, diseños y esquemas preparatorios que existan sobre aquello que se creará pues, si se necesitase la aprobación de la obra finalizada por parte del contratante para dotarlo de vida jurídica, la realización de todas las obligaciones por parte del artífice se reducirían a meros actos preparatorios y precontractuales, conclusión a todas luces absurda y desconocedora del equilibrio contractual.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 911 del Código de Comercio al señalar lo siguiente *“en la compraventa de un cuerpo cierto o de un género que tenga “a la vista”, no se entenderá que el comprador se reserva la facultad de gustar o probar la cosa, a menos*

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de mayo de 1969, MP: Enrique López de la Pava.

⁶ GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Dike, 1983. p. 325

⁷ *“Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos”*, de la lectura superficial de esta disposición resulta claro que en el contrato de obra debe existir una remuneración a cambio de las labores realizadas, cualquiera sea la modalidad para determinar el monto.

⁸ AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, 1982. p. 202

⁹ Cfr. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Ediciones Librería del Profesional, Décima Edición, 1992. p. 465

que sea de aquellas que acostumbra adquirir en tal forma, o que el comprador se reserve dichas facultades. En estos casos el contrato solo se perfeccionará cuando el comprador dé su consentimiento, una vez gustada la cosa o verificada prueba” (Negrilla por fuera del texto original). Algunos doctrinantes, que califican el contrato de obra como un tipo de compraventa, señalan que, de acuerdo con la norma citada, la verificación de la prueba -de los planos, dibujos, ideas, proyecciones- que exista de la obra conducirá a su perfeccionamiento.

En consecuencia, se perfecciona el contrato de obra una vez el contratante apruebe aquello que propone crear el artífice, sin necesidad de plasmarlo por escrito o de realizar algún acto solemne adicional.

De manera que los elementos esenciales del contrato de obra se reducen a los planes (material o inmateriales), documentos, escritos, dibujos, en general el deseo de realizar una obra y el precio que se paga por la misma. En modo pertinente Bonivento aclara que *“las simples cotizaciones no imprimen los efectos indispensables para convenir en un contrato de obra. Se requiere, básicamente, que se exprese la voluntad del comitente y del artífice sobre la obra. Esta es una etapa necesaria para su conformación”*¹⁰.

Este convenio puede tomar diversas formas, entre ellas la más común y la que resulta pertinente para el presente caso, el contrato de obra por precio único prefijado y alzado. Este caso se manifiesta cuando el empresario aporta los materiales y la mano de obra y su contraprestación consiste en una suma fija y determinada *“que será la que el dueño de la obra pagará por la ejecución total de ésta”*¹¹.

Las obligaciones de las partes en el contrato de obra son pocas y ello se explica a raíz de la simplicidad del objeto del mismo. Por un lado el artífice está obligado a realizar la obra como fue encomendada y aprobada, o *“a falta de estipulación, de la mejor manera, de suerte que la obra sirva para un aprovechamiento normal sin defectos que impidan su uso o le reste utilidad”*¹². Asimismo debe entregar la obra en el tiempo estipulado. Por su lado, el contratante se encuentra obligado a pagar el precio, cooperar en la confección de la obra y recibirla una vez el artífice se disponga a entregarla¹³.

De acuerdo con el artículo 2056 del régimen civil colombiano el incumplimiento de las disposiciones contractuales del acuerdo para realizar una obra conduce a la *“reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”*. En cuanto a la

¹⁰ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Ediciones Librería del Profesional, Décima Edición, 1992. p. 467

¹¹ GOMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles. Dike, 1983. p. 337

¹² BONIVENTO FERNÁNDEZ, José. Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con los comerciales. Ediciones Librería del Profesional, Décima Edición, 1992. p. 468

¹³ Establece el artículo 2057 del Código Civil *“no podrá el artífice reclamar el precio o salario si no es en los siguientes casos (...) 2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra”*, dejando claro que quien encomienda la realización de la obra tiene el deber de recibirla y hacerlo en debido tiempo. La misma conclusión se desprende sin equívocos del artículo 2058 al ofrecer la posibilidad de que el reconocimiento de la obra se realice parcialmente *“cuando se ha convenido en que la obra se apruebe por partes”*.

obligación del artífice de ejecutar la obra por el precio pactado, la doctrina ha reconocido especiales situaciones en las que los costos de la obra pueden variar y por tanto constituyen excepciones válidas al precio inicialmente pactado:

“estas variaciones pueden referirse: 1) al aumento del precio en la mano de obra (se previeron obreros a razón de cuarenta pesos diarios, y el constructor no los consigue sino a sesenta pesos); 2) al aumento del valor de los materiales (se previó tonelada de cemento a ochenta pesos, pero repentinamente subió a ciento cincuenta pesos); 3) a las modificaciones o cambios introducidos en los planos no previstos en el momento de celebrar el contrato; 3) a las modificaciones o cambios introducidos en los planos, no previstos en el momento de celebrar el contrato; 4) a la mayor cantidad de materiales y de trabajo que hay que invertir por la naturaleza del terreno”¹⁴.

Adicionalmente el Código establece que el constructor sólo podrá reclamar el precio o salario en los siguientes casos “1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada, 2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra. 3. Si la cosa padece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno”¹⁵.

Por lo demás el Código señala algunas situaciones específicas que se refieren exclusivamente a la construcción de “edificios” en su artículo 2060:

“Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.
2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.
3. Si el edificio padece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad a los artículos 2041, 2057 inciso final del código civil.

¹⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo IV Contratos. Temis, 1975. p. 447

¹⁵ Artículo 2057 Código Civil.

4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.
5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario”.

En cuanto a las normas específicas que regulan la materia de la construcción de edificios, hemos heredado del derecho anglosajón la modalidad de los contratos de obra “llave en mano”, como es el caso bajo estudio. El contrato “llave en mano” proviene del término en inglés “turnkey contract” que significa un contrato en el cual el constructor está obligado a planear y construir algo que el cliente debe poder utilizar inmediatamente esté terminado, sin la necesidad de realizar ningún trabajo adicional¹⁶. Con voltear la llave (“turnkey”) basta para poder hacer uso del bien adquirido.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Consejo de Estado ha definido estos contratos como aquellos en los que *“el contratista se compromete a llevar a cabo una obra, incluyendo los estudios previos, la ejecución de la construcción, el suministro de equipos y la puesta en operación de la obra al momento de su entrega. En general, aunque el contrato llave en mano no se limita a la elaboración de una obra material, se ha considerado como una modalidad especial del contrato de obra pública o de construcción de un bien inmueble”*¹⁷.

Señalados como se encuentran los rasgos principales y fundamentales del contrato de obra en la normativa que regula dicha materia, es posible proceder al examen del contrato pactado entre CONSCIMET S.A.S. y la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE S.A.S.

I. Del Contrato entre las Partes

De acuerdo con las pretensiones de la parte demandante, tanto la demanda como el escrito que la reformó, se ha solicitado que se declare que *“CONCIMET S.A.S. (sic), representada legalmente por el Señor FRANK EYDER SOLIS MORENO, mayor de edad y vecino de Cali, o quien haga sus veces, ha incumplido el contrato de obra precio fijo”*¹⁸ (Negrilla por fuera del texto original). A raíz de esta solicitud esbozada en términos generales corresponde al Tribunal Arbitral la revisión de la totalidad del texto que compone el contrato para establecer con certeza cuáles eran las obligaciones de parte y parte, para posteriormente analizar sus actuaciones y establecer cuáles podrían constituir un

¹⁶Cfr., Cambridge Business English Dictionary, Cambridge University Press.

¹⁷Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C.P.: Héctor J. Romero Díaz, 13 de marzo de 2008

¹⁸ Folio 1, escrito de reforma de la demanda. Radicado el 24 de marzo de 2016.

incumplimiento, pues en el documento petitorio no se señala con claridad de cuál -o cuáles- obligación específica proviene.

El contrato bajo estudio contiene las obligaciones de las partes en diversos apartes del texto, como a continuación se expone.

2.1. Obligaciones del contratista: CONSCIMET S.A.S.

2.1.1. De las obligaciones generales:

El objeto del contrato contiene algunas de las más importantes obligaciones que asumió CONSCIMET ante la ESCUELA:

“4.1. EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE a realizar bajo su dirección y responsabilidad y a entera satisfacción DEL CONTRATANTE, el PROYECTO: Reforma, construcción y Ampliación de la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE, que incluye los diseños arquitectónicos, los estudios y diseños técnicos que demanda el PROYECTO, los trámites de licencias, los permisos complementarios que generen los diseños de las Obras y la ejecución de las obras requeridas para su construcción. EL PROYECTO se adelantará en el inmueble de propiedad DEL CONTRATANTE (...) El anexo No 6 contiene la presentación de los informes, estudios y proyectos técnicos. El PROYECTO se realizará por la modalidad de PRECIO FIJO GLOBAL, LLAVE EN MANO. El cual se soporta con el valor propuesto de los diseños más el valor de las obras. El valor de las obras resulta de multiplicar el valor unitario fijo de cada actividad por la cantidad de esta, siendo la suma del costo total de cada actividad el valor final de las Obras. La suma del valor de los diseños más el valor de las Obras constituyen el valor del presente contrato. El anexo 2 presenta el presupuesto separando la fase de diseños de la Fase de Construcción. EL PROYECTO se desarrollará según el programa de trabajo que se ha celebrado entre EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA, el cual incluye el listado de actividades, la duración por semanas durante el tiempo propuesto por EL CONTRATISTA en el orden cronológico y sus relaciones de ejecución. EL PROYECTO se desarrollará siguiendo los alcances expresados en el Anexo 4 que fueron estudiados en detalle y aceptados entre EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA. Todos los anexos aquí relacionados hacen parte integral del presente contrato.”

Adicionalmente, y en cuanto a las aprobaciones de diversas etapas de la obra, el contrato establece:

“Las aprobaciones que EL CONTRATANTE ó la INTERVENTORIA efectúen durante el desarrollo de la OBRA a los diseños, planos, materiales ó acabados, no exoneran AL CONTRATISTA de su responsabilidad final en el cumplimiento de los compromisos contractuales, en cuanto al Alcance, Calidad y la estabilidad de la OBRA, por lo tanto, será responsabilidad de EL CONTRATISTA efectuar la OBRA asegurando en cada una de sus actividades la CALIDAD final de la misma e igualmente programar con la debida anticipación las pruebas finales de la misma de

tal manera que se cuente con tiempo suficiente para la posible realización de adecuaciones y/o reparaciones”.

2.1.2. Del plazo

En cuanto al plazo estipulado, obligación de principal importancia a cargo de CONSCIMET, el contrato establece lo siguiente:

“5. EL CONTRATISTA se obliga a desarrollar los diseños objeto del presente contrato en un término de (2) meses. Con la obtención de la licencia de construcción EL CONTRATISTA se obliga a desarrollar las obras de construcción en un término de (5) meses. La terminación y recibo de la OBRA a entera satisfacción por parte DEL CONTRATANTE, se hará constar en un acta suscrita por ambas partes y el Interventor. La duración de todo el proyecto es de 7 meses, contados a partir de la legalización del presente contrato. El anexo 3 presente la programación de la ejecución del proyecto en un total de siete (7) meses”.

3. De la subcontratación

Aunque el siguiente aparte se incluye dentro de las obligaciones derivadas del comité de obra, es claro que goza de autonomía en el acuerdo pactado y se refiere a un tema de otra naturaleza. En cuanto a la posibilidad de tercerizar obligaciones el contrato reza:

“7.3. EL CONTRATISTA, (sic) no podrá subcontratar totalmente con terceros la realización de la OBRA; sin embargo, bajo su total responsabilidad podrá subcontratar con terceros la ejecución de determinadas obras específicas siempre y cuando obtenga la autorización por escrito de parte de EL CONTRATANTE, quien podrá objetar y rechazar la subcontratación parcial de la OBRA con un tercer, en cuyo caso EL CONTRATISTA CONSTRUCTOR deberá designar un nuevo subcontratista”.

4. De la consecución de las licencias

No sólo debía el contratista tramitar la consecución de los permisos y licencias para adelantar la construcción sino que debía asegurar que las partes interesadas radicaran en debido tiempo y manera los documentos necesarios:

“De igual manera deberá velar y cumplir para que el proyecto y los estudios técnicos por parte del propietario y la Interventoría y se encuentren radicados los documentos completos para la obtención de las licencias correspondientes en curaduría y entidades oficiales que regulen el Proyecto, presentando los documentos de radicación y la cuenta de cobro correspondiente”.

5. Obligaciones “especiales”

Las siguientes son las obligaciones que son denominadas como tal en el contrato y que se radican en cabeza del contratista y hacen referencia, en su mayoría, a las actuaciones necesarias para la adecuada ejecución de la obra:

“**10.1.1** Ejecutar la OBRA materia del presente contrato de acuerdo con los diseños y especificaciones aprobados por **EL CONTRATANTE** y **EL INTERVENTOR**, con sus propios medios y empleando sus propios trabajadores, sin que pueda existir ningún vínculo laboral entre estos últimos y la Compañía.

X.1.2. Otorgar a favor **DEL CONTRATANTE** una Fianza o póliza de Manejo por un valor igual al del Anticipo, correspondiente al 50% del valor total del contrato, por el tiempo de duración de las obras más tres (3) meses, comprometiéndose a destinar dicho anticipo exclusivamente a la compra de los materiales y a asegurar los suministros para las obras materia, del presente contrato. Constituir una póliza de cumplimiento por un valor equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de la obra y por una vigencia igual a la duración del contrato más tres (3) meses.

10.1.3. Constituir una póliza de Responsabilidad Civil Extra-contractual, por los perjuicios que sean ocasionados **AL CONTRATANTE** o a terceros con motivo de la ejecución de la obra, por un valor equivalente al cien por ciento (100%) del valor de la obra y por una vigencia igual a la duración del contrato más tres (3) meses.

10.1.4. Constituir una póliza de todo riesgo en construcción por un valor equivalente al cien por ciento (100%) del valor de la obra, por un término igual a la duración del presente contrato y tres (3) meses más, la cual se reajustará en el evento en que se llegare a incrementar el valor de la obra.

10.1.5. Una vez recibida la **OBRA** materia del presente contrato por parte y a entera satisfacción **DEL CONTRATANTE** y antes de que le sea pagado el valor de la última acta de obra ejecutada y recibida a satisfacción, otorgar una fianza de estabilidad de las obras a favor de la Compañía por un valor igual al **20%** del valor del presente.

10.1.6. Constituir una póliza de seguro para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales del personal que intervenga en la ejecución de las obras, por valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor de la obra, con una vigencia igual al mismo término de duración del contrato más tres (3) años, en la cual figure como beneficiario **EL CONTRATANTE**.

10.1.7. Disponer del personal necesario para desarrollar cabalmente las funciones contempladas en el punto 4 de este contrato. **EL CONTRATANTE** podrá objetar la designación de cualquiera de estos colaboradores, en cuyo caso **EL CONTRATISTA** deberá removerlo o sustituirlo.

10.1.8. Pagar oportunamente dentro de los plazos legales y contractuales los salarios, prestaciones sociales, aportes parafiscales, aportes a la seguridad social, aportes a pensiones y cesantías, precio de las labores adelantadas por los subcontratista y, en general, cumplir con todas las obligaciones legales, respecto del personal y

subcontratistas que emplee en la construcción de la **OBRA**.

10.1.11. Suministrar y mantener en la obra los equipos de construcción que sean necesarios para el desarrollo de las mismas.

10.1.12. Será responsable por cualquier impuesto que pudiera gravar el precio que se le paguen bajo este contrato, así como por el desempeño, calidad y eficacia las personas que encargue la ejecución del servicio o labor contratada;

10.1.13. No tener relaciones personales o de negocios con el Interventor o sus empleados o dependientes, ni con empleados de **EL CONTRATANTE** que puedan generar conflicto de interés, al tenor de lo definido en el Manual de Buenas Prácticas Comerciales - Ética Comercial de **EL CONTRATANTE**, el cual declara recibido del mismo.

10.1.15.2. Respetará todas las leyes y regulaciones que se apliquen al desempeño de la labor.

10.1.16. A presentar al momento de la liquidación del presente contrato todos los documentos que para tal efecto le exija **EL CONTRATANTE** o la Interventoría.

10.1.17 A designar un representante suyo ingeniero y/o Arquitecto que permanentemente se encuentre en el lugar de la obra, durante el tiempo que se requiera, con facultades para tomar las decisiones que sean del caso.

10.1.18 A mantener contacto con la **INTERVENTORIA** en los campos del conocimiento administrativo, técnico y de costos, a fin de garantizar comunicaciones claras y constantes en el desarrollo de este contrato.

10.1.19. Asignar para ejecución de la obra a personal especializado, técnico y experto que sea calificado para el trabajo que se le asigne hasta la finalización de la misma.

10.1.20. A retirar inmediatamente de la obra al trabajador o trabajadores que **EL CONTRATANTE** o **EL INTERVENTOR** consideren conveniente retirar, cualquiera que sea la circunstancia que dé lugar a la petición de retiro.

10.1.21. A suministrar los equipos adecuados para la realización de cada una de las fases de la operación objeto del contrato, igualmente a retirar el equipo que no cumpla con las condiciones estipuladas de seguridad.

10.1.22. A ocupar todo el personal que sea necesario para la ejecución de la obra en el tiempo pactado, cumpliendo con la reglamentación del Ministerio del Trabajo y la seguridad social, contando con un asesor SISO que certifique las planillas diarias de trabajo y la seguridad estipulada de acuerdo a lo establecido por la ley.

10.1.23. Informar a **EL CONTRATANTE** por conducto de **LA INTERVENTORIA** el desarrollo de todas las labores de programación, transporte, fabricación, montaje, instalación, pruebas, costos y demás actividades necesarias para el logro del rápido

desarrollo del contrato y la entrega a entera satisfacción.

10.1.24. A presentar semanalmente en el comité de obra un informe sobre el estado general y progreso de la obra contratada, incluyendo toda la información requerida por **EL INTERVENTOR** para la correcta ejecución de los trabajos.

10.1.25. A proveer al personal a su servicio de los equipos de seguridad adecuados, identificación conveniente y a suscribir con su personal los contratos de trabajo y demás normas legales de protección. En el evento que **EL CONTRATISTA** no disponga de elementos de protección necesarios que se obliga a suministrar a los trabajadores, **EL CONTRATANTE** podrá suministrar dichos elementos, descontándole su respectivo valor para los trabajos hasta que se cumpla con los requerimientos de seguridad en la Construcción. Personal que labore en altura debe tener certificado vigente de trabajo en altura, todo personal que labore debe contar con el examen médico de aptitud vigente y llevarse una visita de inspección por parte de la ARP que certifique el aseguramiento de seguridad de los procesos que se adelanten.

10.1.26. EL CONTRATISTA se obliga a realizar y llevar los controles y certificados de calidad correspondientes de sus productos.

10.1.27. Cualquier error, defecto u omisión presentado en la fabricación o en la Instalación de los elementos contratados deberá ser corregido de inmediato por **EL CONTRATISTA** sin sobre costo alguno para **EL CONTRATANTE**, por lo tanto debe rectificar en obra las medidas de la obra contratada.

10.1.29. EL CONTRATISTA asume la responsabilidad por la pérdida o deterioro de los elementos, tales como herramientas, equipos o materiales de construcción que requiera para la ejecución de los trabajos contratados y por tal razón exonera de toda responsabilidad a **EL CONTRATANTE**, ante el cual no podrá efectuar ningún tipo de reclamo.

10.1.30. Permitir a las personas delegadas por **EL CONTRATANTE** la inspección de las obras y aceptar y ejecutar sus observaciones las cuales serán transmitidas a través de la interventoría de la Obra.

10.1.31. Dirigir personalmente las obras materia de este contrato y no subcontratarlas ni cederlas.

10.1.32. Reemplazar inmediatamente los materiales o la obra cuando no estén de acuerdo con las especificaciones del contrato y así lo solicite la Interventoría.

10.1.33. Devolver todos los materiales no utilizados en la obra cuando estos sean suministrados por **EL CONTRATANTE** o su valor al precio de reposición en la fecha que compruebe su falta.

11. Seguridad Social: Antes de iniciar la ejecución del contrato, **EL CONTRATISTA** deberá acreditar, que las personas que en su nombre van a realizar la **OBRA** están

amparados bajo el Sistema de Seguridad Social en Salud, o sea, afiliados a una Aseguradora de Riegos Profesionales **ARP** y a una Entidad Promotora de Salud **EPS**. El personal de planta de **EL CONTRATISTA** adicionalmente debe estar afiliado a un Fondo de Pensiones y Cesantías.

13. Impuesto de Timbre: En caso que de acuerdo a las leyes tributarias vigentes a la celebración del presente contrato se cause el Impuesto de timbre, el pago del mismo será de cargo de **EL CONTRATISTA**.

14. Cesión del Contrato: El **CONTRATISTA** no podrá ceder, ni transferir ni hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del presente contrato, salvo autorización previa, expresa y escrita por **EL CONTRATANTE**”.

6. Indemnidad

Ante posible responsabilidad que se pudiese configurar a raíz de la ejecución de la obra, el contrato estableció:

“**24. EL CONTRATISTA** deberá mantener a **EL CONTRATANTE** y a sus representantes indemnes y libres de toda pérdida y pago por todo reclamo, demanda, litigio, acción legal y reivindicación de cualquier especie y naturaleza que se entable o pueda establecerse en su contra, sus agentes, sus contratistas o empleados en la ejecución del trabajo. En caso de que alguien reclamare a **EL CONTRATANTE** alguna suma de dinero por cualquiera de los casos previstos en esta cláusula, este lo comunicará a aquel para que responda por su cuenta del reclamo y si **EL CONTRATANTE** resultare obligado a hacer el pago o a entregar la especie, **EL CONTRATISTA** deberá reembolsarle o restituirle el dinero o la, especie inmediatamente después haya hecho el desembolso o la entrega. De igual manera, podrá pagarse con cualquier suma que en virtud de este contrato tenga retenida, o en el evento que se genere cualquier pérdida o daño en sus instalaciones, bienes o equipos ocasionados por la acción de **EL CONTRATISTA**, razón por la cual este deberá indemnizar los valores respectivos pudiendo **EL CONTRATANTE** descontar los valores correspondientes de cualquier suma que llegue adeudarle por razones y ejecución de este contrato”.

7. Confidencialidad

Por último, el contrato estableció las siguientes provisiones para el manejo de información confidencial por parte del contratista:

“**18. Confidencialidad:** En ejecución del servicio, es posible que **EL CONTRATANTE** ponga a disposición de **EL CONTRATISTA** información técnica o de negocios considerada por aquella como confidencial, la cual se obliga a recibir, conservar y mantener como tal. Para el efecto, **EL CONTRATISTA** se obliga, entre otras cosas a:

18.1 Limitar la distribución y difusión de dicha información únicamente a aquello que sea necesario para los propósitos de este contrato;

18.2 Abstenerse de usar la información, excepto para el beneficio de **EL CONTRATANTE**;

18.3. Tomar medidas para proteger su carácter confidencial, similares a las que toman los empleados para proteger su propia Información Confidencial, entre otras, informar a terceros sobre el carácter confidencial de la información y realizar toda clase de esfuerzos razonables para que dichos terceros den cumplimiento con lo mencionado anteriormente, y;

18.4 Indemnizar a **EL CONTRATANTE** los perjuicios que le ocasione con razón al incumplimiento de lo previsto en esta cláusula”.

2.2. Obligaciones a cargo del contratante: CONSCIMET S.A.S.

i. Del precio

En cuanto al precio y la manera en que este debería desembolsarse el contrato previó varios pagos, cada uno acaecido en momentos diferentes de la ejecución de la obra:

“9. El precio total de la OBRA es la suma de UN MIL DOSCIENTOS UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS (\$1.201.147.200) M/cte. El precio mencionado anteriormente incluye AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades). El CONTRATISTA declara que el precio de su PROPUESTA incluye el valor de todos los materiales, la mano de obra con sus prestaciones y subsidios, los equipos y servicios, los gastos directos, los gastos generales, los gastos del proyecto, de dirección y administración, los imprevistos, las primas de garantía, los intereses y otros gastos financieros, la utilidad y en general todos los gastos que deberá hacer EL CONTRATISTA en el desarrollo de cada una de las actividades alcance de la OBRA y que en este valor está incluido la totalidad de su remuneración por concepto de la ejecución de estas actividades. En consecuencia, el valor de este CONTRATO es fijo y no será susceptible de reajuste alguno por concepto de cambio en las cantidades de obra o por sus precios individuales. Forma de pago del precio: EL precio de la OBRA lo pagará EL CONTRATANTE AL CONTRATISTA así:

Anticipo: EL CONTRATANTE ENTREGARÁ a la firma del presente contrato, una suma igual al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato, es decir la cantidad de SESENTA MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS (\$60.057.360.00) M/cte., suma con la cual el CONTRATISTA se compromete a realizar la ejecución de los Diseños, la aprobación del el (sic) proyecto y los estudios técnicos por parte del propietario y los estudios técnicos por parte del propietario y la Interventoría, realizar la radicación de los documentos completos para obtención de las licencias correspondientes en curaduría y entidades oficiales que regulen el Proyecto, entregar los documentos de radicación, presentar las pólizas de buen manejo de

anticipo, Cumplimiento, Pago de Salarios y prestaciones, Responsabilidad Civil y Póliza Contra Todo Riesgo por parte de ELCONTRATISTA junto con todas sus respectivas constancias de pago”.

“El Cuarenta y cinco (45%) del precio total del **PROYECTO**, se pagará con la presentación de la licencia de construcción, las licencias complementarias del Proyecto y el presupuesto definitivo de obra con la respectiva cuenta de cobro”.

“Se abonaran actas parciales mensuales con base en el desarrollo de los trabajos presentadas por **EL CONTRATISTA**, con el visto bueno de LA INTERVENTORIA haciendo una amortización sobre el valor de la respectiva acta, igual al cincuenta por ciento (50%) para ser abonados al anticipo y, una retención de obra sobre el valor de la misma acta del (10%) la cual se pagará una vez se haya terminado el **PROYECTO** a entera satisfacción por parte de **EL CONTRATANTE** Y se haga constar en el acta de recibo por parte de INTERVENTORIA, el representante de **EL CONTRATISTA** y quien delegue el PROPIETARIO persona que debe estar presente, actas que serán canceladas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. **EL CONTRATISTA** presentará con el acta final de liquidación de obra, la póliza de Estabilidad de OBRA además un documento como manual de mantenimiento frente al Proyecto terminado, discriminado por los elementos constitutivos. Para el trámite de este pago **EL CONTRATISTA** deberá presentar Cuenta de Cobro.

9.3.4 El saldo, correspondiente a la retención de Obra que representa el 10% del valor del **PROYECTO** se pagará dentro de los **CUARENTA Y CINCO** (45) días siguientes al recibo de la Factura Final y demás documentos que certifican los ensayos de laboratorio, las pruebas efectuadas en las instalaciones, las certificaciones de garantía de materiales y equipos a que dé lugar, los paz y salvos de contratistas y personal que laboró durante todo el proceso de ejecución del Proyecto”.

ii. Otras obligaciones

Además de la obligación principal a cargo del contratante, el contrato enlistó las siguientes obligaciones:

“10.2.2. Suministrar toda la información necesaria para el desarrollo de la obra.

10.2.3. Cancelar todos los impuestos, gastos y licencias que genere la aprobación del proyecto.

10.2.4. Hacer entrega material del sitio de trabajo donde se realizaran las obras, objeto de este contrato.

10.2.5. Pagar oportunamente a **EL CONTRATISTA** las sumas de dinero que en total constituyan el valor de este contrato, de conformidad con el cronograma trazado.

10.2.6. Ejercer la supervisión de la obra a través de su interventor directamente y acertarla o rechazarla según se encuentre de acuerdo o no con los planos normas y especificaciones e instrucciones impartidas

10.2.7. Tomar posesión de la obra y continuar los trabajos por su cuenta y riesgo o con un nuevo contratista cuando exista un incumplimiento ocasionado por **EL CONTRATISTA**.

10.2.8. Asumir el pago del 50% del valor de las pólizas de garantía que amparen las obras a construir por **EL CONTRATISTA**.

2.3. Obligaciones a cargo de ambas partes

2.3.1. De la ejecución de la obra

Algunas de las obligaciones pactadas se encuentran orientadas a establecer la forma en que se ejecutará el contrato en el transcurso del tiempo. Una de las obligaciones más importantes para ambas partes es lo referente al Comité de Obra:

“7. El comité de obra estará integrado por el director del proyecto por parte de EL CONTRATANTE, el interventor, y el delegado de EL CONTRATISTA. Sus decisiones requerirán el voto favorable del Director del proyecto y el Interventor por parte de EL CONTRATANTE. El comité de obra establecerá las fechas de sus reuniones. No obstante, el Comité se reunirá al menos una vez a la semana para consolidar la información y resultados del periodo respectivo. De todas las reuniones se levantarán actas, las cuales deben ser firmadas por los miembros. Son funciones del Comité de Obra:

Resolver las discrepancias que surjan de los planos, especificaciones, las circunstancias específicas del terreno y de los materiales empleados que afecten en forma sustancial los planos y especificaciones; Vigilar la ejecución del cronograma de la OBRA”.

En consonancia con las obligaciones surgidas del comité de obra, el contrato también consagró la obligación conjunta de realizar actas que detallaran el estado de avance de la obra:

“21 ACTAS.- Durante el plazo de ejecución de las obras contratadas se suscribirán entre **EL CONTRATISTA** y **EL CONTRATANTE** y/o la Interventoría las actas detalladas a continuación: 1).- Acta de iniciación de la obra: Se firmará el día de inicio de la obra y previa la legalización del contrato. 2).- Actas de control de cambio cuando sea necesario alterar las actividades contractuales. 3).- Acta mensual avance de obra 4).- de recibo final de obra: Una vez terminadas las obras materia del contrato a entera satisfacción de la Interventoría y **EL CONTRATANTE** , y el día señalado para terminación del contrato, deberá suscribirse el acta de recibo final de las obras para el pago por concepto de las obras realmente ejecutadas. Esta acta se hará de acuerdo con las cantidades de obra aceptadas por la Interventoría. 5).- Acta de liquidación del

contrato: Para efectos de la liquidación del contrato se elaborará un acta de resumen de las obras ejecutadas, en la que consten todos los convenios, modificaciones y demás documentos que se hayan producido durante el desarrollo del contrato y que tengan relación con este. De igual manera el acta de liquidación deberá contener el valor definitivo de las obras ejecutadas, así como el monto que a la fecha **EL CONTRATANTE** haya cancelado a **EL CONTRATISTA** y el saldo que le adeuda si a ello hay lugar, así como el valor de las multas que haya lugar a imponer. 6).- Acta de comité de obra: Durante el transcurso de la obra se llevarán actas de comité de obra concernientes a las reuniones de obras semanales realizadas por **EL CONTRATISTA**, **EL INTERVENTOR** Y los demás asistentes a la reunión respectiva”.

2.4. Otrosí 1

El 19 de febrero de 2014, las partes suscribieron un otrosí con la intención de modificar el plazo para la ejecución total de la obra y el precio único inicialmente acordado:

“5. Plazo del Contrato: **EL CONTRATISTA** se obliga a desarrollar los diseños objeto del presente contrato en un término de cinco meses y medio (5.1/2). Con la obtención de la licencia de construcción, **EL CONTRATISTA** se obliga a desarrollar la obra de construcción en un término de cinco (5) meses, es decir para el 13-07-2.014 La terminación y recibo de la obra a entera Satisfacción por parte de **EL CONTRATANTE** se hará constar en un acta suscrita por ambas partes y el Interventor. La duración de todo el proyecto, es de diez meses y medio (10.1/2) contados a partir de la legalización del presente contrato.

El **anexo 3** presenta la programación de la ejecución del proyecto en un total de diez meses y medio (10.1/2).

9. Precio y forma de pago: El precio total de la obra es la suma de **UN MIL TRESCIENTOS UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS (\$1.301.147.200.00) m/cte.**

9.3.1 Anticipo: **EL CONTRATANTE** entregará a la firma de este contrato una suma igual al cinco punto quince por ciento (5.15%) del valor total del contrato, es decir la suma de **SESENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS (\$ 67.057.360.00) M/cte.**, suma con la cual, **EL CONTRATISTA** se compromete a realizar la ejecución de los Diseños, la aprobación del proyecto y los estudios técnicos por parte del propietario y la Interventoría, realizar la radicación de los documentos completos para la obtención de las licencias correspondientes en curaduría y entidades oficiales que regulen el Proyecto, entregar los documentos de radicación, presentar las pólizas de buen manejo de anticipo, Cumplimiento, Pago de Salarios y Prestaciones, Responsabilidad Civil y Póliza Contra Todo Riesgo por parte de **EL CONTRATISTA** junto con todas sus respectivas constancias de pago.

9.3.3 El Cuarenta y cuatro punto cuarenta y cinco por ciento (**44.45%**) del precio total del **PROYECTO**, se pagará con la presentación de la licencia de construcción, las licencias complementarias del Proyecto y el presupuesto definitivo de obra con la

respectiva cuenta de cobro, así: a.) La suma de **DOSCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS (\$230.000.000.00) M/cte.**, a la firma del acta de comienzo de obra y b,-) la suma de **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS (\$348.359.930.00) M/cte.**, el 14-03-2014. Teniendo cuenta que el valor total del contrato ha sido incrementado en una suma igual a **CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000.00) M/cte.**, los Ítems **10.1.2 al 10.1.6**, serán incrementados en sus valores por cuenta y nesgo de **EL CONTRATISTA** con el objeto que dichas pólizas se ajusten al valor real del contrato y así puedan cumplir con las coberturas pactadas”.

2.5. Otrosí 2

El 13 de agosto de 2014, una vez más las partes convinieron en suscribir un segundo otrosí en el que volvieron a extender el plazo de la obra y a reajustar el precio inicialmente pactado:

“5. Plazo del Contrato: EL CONTRATISTA se obliga a desarrollar los diseños objeto del presente contrato en un término de cinco meses y medio (5.1/2). Con la obtención de la licencia de construcción, **EL CONTRATISTA** se obliga a desarrollar la obra de construcción en un término de seis (6) meses y diez y ocho días (18) es decir para el 30-09- 2.014 La terminación y recibo de la obra a entera Satisfacción por parte de **EL CONTRATANTE** se hará constar en un acta suscrita por ambas partes y el Interventor. La duración de todo el proyecto es de doce meses (12) y tres días (3) contados a partir de la legalización del presente contrato.

El anexo 3 presenta la programación de la ejecución del proyecto en un total de doce (12) meses y tres días (3).

Teniendo en la cuenta que la programación para la ejecución del proyecto se ha ampliado, los ítems **10.1.2 al 10.1.6**, son razón suficiente para que **EL CONTRATISTA** por su cuenta, reporte a la Compañía Aseguradora la ampliación del término pactado y proceda al reajuste de las pólizas señaladas y así puedan cumplir con las coberturas pactadas. Como consecuencia de la ampliación del término para la entrega total de la obra, las excavaciones y relleno con concreto ciclópeo, la fundición de concreto y los ítems que se enumerarán a continuación, sus respectivos valores los asume el **CONTRATANTE** de conformidad con la siguiente descripción.

- Demoliciones en muros en concreto, muros en ladrillo, vigas y cimiento ciclópeo existente en construcciones aledañas, trasiego de escombros.

20 metros cúbicos \$1.600.000

- Excavaciones a mano

30 metros cúbicos \$630.000

- Retiro de escombros de árbol talado

14 metros cúbicos \$257.000

- Concreto ciclópeo

\$11.130.000

Fundición de concreto sobre parte muro posterior

- \$11.144.000

Instalación polietileno

- \$855.000

Geodren para filtro

- \$5.160.000

Excedente ascensor marca Andina

- \$12.682.000

Montacargas

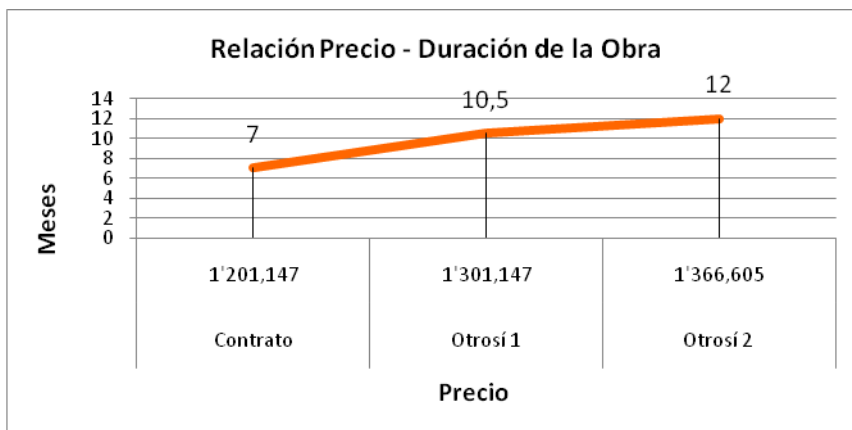
- \$22.000.000

Por lo tanto el valor total del contrato teniendo en cuenta el otrosí anterior aprobado entre las partes, asciende a la suma de **MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE. (\$1.366.605.200).**

De igual manera, el CONTRATISTA accede y aprueba que los gastos en que debe incurrir el CONTRATANTE por la ampliación del término pactado, los reconoce en favor del CONTRATANTE, es decir a favor de LA ESCUELA GASTRONOMICA DE OCCIDENTE, los cuales ascienden a la suma de **DOCE MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS M/CTE. (\$12.167.404)** y corresponden a los siguientes ítems.

- Arriendo dos meses casa Carrera 36 N 4 -46
 - o \$7.567.404
- Pago honorarios dos meses interventor
 - o \$4.600.000”

Tras la suscripción de los otrosíes, la relación precio vs. la duración de la obra bajo cuestión varió como se muestra en el Cuadro 1.



Cuadro 1

Como se puede evidenciar, el contrato -y sus otrosíes- contiene una gran cantidad de cláusulas y obligaciones para las partes y ellas se encuentran repartidas a lo largo de todo el texto, no sólo en el aparte de las obligaciones. Por tanto, los siguientes cuadros sirven para

sintetizar y establecer con certeza cuáles son las obligaciones asignadas a cada parte en el contrato:

Obligaciones de CONSCIMET S.A.S.		
Cláusula #	Referente a	Obligación
4.1.	Objeto del contrato	Diseñar, dirigir y ejecutar la reforma, construcción y ampliación de la Escuela Gastronómica.
5	Plazo	2 meses para el diseño y 5 meses para la construcción.
7.3.	Subcontratación	Prohibición de subcontratar totalmente la obra.
9.3.2.	Documentación	Debe velar por que el contratante y el interventor presenten los documentos necesarios para la consecución de las licencias y permisos.
10.1.1.	Laboral/Personal	Emplear sus propios medios y empleados para la ejecución de la obra.
10.1.2.	Seguros	Constituir póliza por el valor del anticipo.
10.1.2.	Seguros	Constituir póliza de cumplimiento.
10.1.3.	Seguros	Constituir póliza de responsabilidad civil extracontractual.
10.1.5.	Seguros	Constituir fianza de estabilidad.
10.1.6.	Seguros	Constituir póliza para el pago de acreencias laborales.
10.1.7.	Laboral/Personal	Disponer del personal necesario para la adecuada ejecución de la obra.
10.1.8.	Laboral/Personal	Responder por acreencias laborales de los subcontratistas.
10.1.11.	Equipos	Suministrar y mantener los equipos necesarios.
10.1.12.	Tributaria	Asumir los impuestos que surjan del pago.
10.1.13.	Legales	Abstenerse de generar conflictos de interés.
10.1.15.2.	Legales	Observar la normatividad aplicable
10.1.16.	Documentación	Presentación de los documentos necesarios para el momento de la liquidación del contrato.
10.1.17.	Laboral/Personal	Designar un representante para la obra.
10.1.18.	Interventoría	Estar disponible para el interventor.
10.1.19.	Laboral/Personal	Contratar personal calificado para las labores encomendadas.
10.1.20.	Laboral/Personal	Retirar de la obra a quien el contratante o interventor soliciten.
10.1.21.	Equipos	Suministrar y retirar los equipos en debido tiempo.
10.1.22.	Laboral/Personal	Observar la normatividad laboral.
10.1.23.	Información	Informar todas las actividades realizadas para la ejecución del contrato.
10.1.24.	Información	Presentar informe semanal al Comité de Obra.
10.1.25.	Laboral/Personal	Brindar equipos de seguridad y protección al personal de la obra.

10.1.26.	Documentación	Obtener los controles de calidad y certificaciones relevantes.
10.1.27.	Ejecución de la obra	Corregir los errores y asumir el costo.
10.1.29.	Equipos	Asumir la pérdida de los equipos.
10.1.30.	Información	Permitir revisiones por parte del contratante.
10.1.31.	Ejecución de la obra	Dirigir personalmente la obra.
10.1.32.	Materiales	Reemplazar los materiales si el interventor así lo solicita.
10.1.33.	Materiales	Devolver los materiales sobrantes si los proveyó el contratante.
11	Laboral/Personal	Observar todas las obligaciones de seguridad social de los trabajadores en la obra.
13	Tributaria	Cubrir el impuesto de timbre cuando ello sea necesario.
14	Cesión	Sólo podrá concretar la cesión del contrato con autorización previa del contratante.
24	Indemnidad	Responsabilizarse legalmente ante terceros por cualquier asunto.
18	Confidencialidad	Hacer uso confidencial y responsable de la información obtenida a raíz de la realización de la obra.

Obligaciones de la ESCUELA GASTONÓMICA DE OCCIDENTE		
Cláusula #	Referente a	Obligación
9	Precio	Pagar el precio en los plazos señalados.
10.2.2.	Información	Suministrar la información necesaria para adelantar la obra.
10.2.3.	Tributaria	Cancelar las obligaciones tributarias necesarias para la aprobación de la obra.
10.2.4.	Lugar	Entregar el lugar donde se realizará la obra.
10.2.5.	Precio	Pagar de manera oportuna.
10.2.6.	Colaboración	Supervisar el adecuado desarrollo de la obra.
10.2.7.	Ejecución de la obra	Asumir la ejecución de la obra si acaece el incumplimiento del contratista.
10.2.8.	Seguros	Asumir el 50% de las pólizas establecidas.

Obligaciones conjuntas		
Cláusula #	Referente a	Obligación
7	Comité de obra	Reunión una vez a la semana donde se exponen los avances y retos en la ejecución de la obra.
21	Actas	Realización de actas a lo largo de la obra.

II. Conductas de las Partes y sus consecuencias jurídicas

Además de los documentos ya señalados en las cuales las partes manifestaron su voluntad de realizar la obra, y de modificar su precio y plazo -contrato y los dos otrosíes-, la conducta de las partes frente a los compromisos asumidos y la ejecución de la obra pactada, consta en diversos documentos que componen el expediente. De ellos se deriva el posible incumplimiento o no de algunas de las obligaciones pactadas por las partes, como se procede a exponer.

3.1. La construcción de la cafetería encima del tercer piso no constituye un contrato independiente y responde a una adición a la obra principal.

Antes de poder entrar a determinar las consecuencias jurídicas de las actuaciones asumidas por las partes es necesario establecer si al resolver el presente asunto el tribunal decidirá el incumplimiento de dos acuerdos -el contrato de obra de la escuela y la posterior adición para la construcción de la cafetería- o si se trata de un solo contrato que posteriormente fue adicionado.

Una vez inició la construcción de la ampliación de la sede de la Escuela Gastronómica, el 29 de agosto de 2014 el ingeniero FRANK SOLÍS MORENO, envió comunicación a la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE con referencia a la “**ADICIÓN AL CONTRATO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE LA ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE**” (Negrilla por fuera del texto original). En dicha comunicación el señor Solís, afirmó:

“de acuerdo a la reunión llevada a cabo el día de hoy, entre el doctor Juan Sebastián Tafur en representación de la escuela gastronómica, el arquitecto Héctor Leonardo Torres como interventor y el ingeniero Frank Solís Moreno como contratista, me permito manifestarle que el valor acordado entre las partes para **la construcción de la adición sobre la losa de cubierta**, es de cincuenta y dos millones de pesos (\$52.000.000) con un área de 84,96m². (...) El plazo para la construcción es de 30 días a partir del 30 de septiembre del presente año. Esta duración se soporta en el hecho en que todas las actividades del 3er piso quedan suspendidas hasta que el concreto de la losa fragüe y se puedan quitar la formaleta. (El anticipo solicitado es del 80% toda vez que es imperiosa la necesidad de adelantar los trabajos de esta adición para poder continuar con las obras del 3er piso” (Negrilla por fuera del texto original).

Esta comunicación fue recibida el 1º de septiembre de 2014 por Mónica Cárdenas quien suscribió manualmente su firma, fecha y la hora de la recepción. Frente a esta obligación, el señor MARIANO ORLANDO TAFUR REYES, al responder en el interrogatorio de parte la pregunta que indagaba si la ESCUELA GASTRONÓMICA había ordenado la construcción de la cafetería en el 4 piso¹⁹, respondió “*nosotros arreglamos independientemente de la obra que estaba cotizada llave en mano por una suma determinada y se le entregó una plata para que hiciera lo correspondiente a la cafetería en el cuarto piso*”. Ante el cuestionamiento de si, a raíz de la construcción de la cafetería, se

¹⁹ Pregunta # 7 interrogatorio de parte realizado por el apoderado de la Aseguradora al convocante.

había ampliado el plazo de la obra²⁰, el señor Tafur contestó: *“No es cierto, porque era un contrato totalmente diferente, diferente porque una cosa es un contrato que se firmó por una suma determinada llave en mano y otra cosa es una solicitud que se le hizo de un negocio totalmente aparte, independiente, de la cual se le entregó la totalidad de la plata y no realizó la construcción de la obra”*.

Por su lado, al responder el interrogatorio de parte formulado por el apoderado de la aseguradora sobre el mismo punto, el señor FRANK SOLÍZ, afirmó

“Sí es cierto, la Escuela Gastronómica me solicitó que le construyera una cafetería en el último piso a la cual yo le dije que sí, que según los estudios y análisis de costos que habíamos hecho eso valía más o menos 52 millones de pesos, y también le solicité que debido a esa obra había que aumentar el plazo de la misma ya que eso me impedía, como era en el tercer piso ya que para realizar la losa había que atracar con gatos la losa que se estaba construyendo, la formaleta también de la losa, la formaleta de la escalera para acceder a la cafetería, todo eso hacía que prácticamente el trabajo en el tercer piso se detuviera completamente, eso hacía que nosotros pidiéramos, necesitéramos, o la obra necesitara más plazo para ser terminada”.

La compañía ajustadora del seguro, Comercio Internacional S.A.S., que emitió concepto técnico sobre el desarrollo de la obra, consideró que la construcción de la cafetería *“altera el plazo de la obra, por lo que se debió informar a la compañía de seguros porque claramente se evidencia una modificación del estado de riesgo inicial, altera el normal desarrollo del proyecto contemplado inicialmente”*.

Al rendir su declaración el señor Interventor de la obra señaló, *“No hubo contrato adicional, fue un acuerdo que ellos hicieron de que dentro el proceso de la obra él cubriera la terraza del cuarto piso”*.

De todos los elementos probatorios compendiados previamente y analizados ante la normatividad aplicable por este Tribunal Arbitral, se deduce sin duda alguna que la construcción de la cafetería, como fue acordada entre las partes, no constituyó un contrato independiente como lo afirmó el convocante, sino una adición que se realizó de la obra como se encontraba inicialmente pactada.

En primera instancia, el mismo lenguaje utilizado por el ingeniero FRANK SOLÍS en la comunicación enviada el 29 de agosto informando sobre la construcción solicitada da cuenta de que se trataba de una *“adición”*, pues así se refiere a la cafetería en varios apartes subrayados con negrilla en este laudo.

Dicha comunicación fue recibida por Mónica Cárdenas, presumiblemente perteneciente a la ESCUELA GASTRONÓMICA. Por tanto, y en segundo término, si la parte convocante deseaba separar la existencia jurídica entre el contrato de obra inicial y la adición de la cafetería, debió responder a dicha comunicación aclarando el contexto jurídico de los documentos suscritos y expresando de manera clara y suficiente sus deseos, cosa que nunca

²⁰ Pregunta # 15 ibídem.

hizo. Si la ESCUELA GASTRONÓMICA hubiese querido que dichos contratos tuviesen existencias jurídicas independientes y así lo pactaron de manera consensual en la reunión mencionada por el ingeniero Solís, el contenido de dicha comunicación claramente contravenía aquello que había sido acordado y tenían el deber jurídico de corregir al contratista.

Por último, la imposibilidad técnica de adelantar las obras de manera separada fue probada plenamente en el proceso, pues así lo demostró el convocado al explorar qué acciones técnicas debían realizarse para completar la construcción del cuarto piso y ellas claramente tenían efectos directos sobre el tercero. De la misma manera lo planteó el informe del ajustador del seguro.

En consecuencia, la construcción de la cafetería sí constituyó una modificación y adición a la obra como fue inicialmente pactada. Como bien lo establece la normativa aplicable²¹, dicha modificación debió conducir obligatoriamente al replanteamiento del cronograma de la obra, no sólo su presupuesto, cosa que ninguna de las dos partes realizó a conciencia, en especial la ESCUELA GASTRONÓMICA, pues no consta en el expediente ningún elemento que permita concluir que la parte convocante refutó la simbiosis entre las obras que deseaba mantener separadas.

3.2 La modalidad del contrato “llave en mano” devino en otro tipo contrato de obra en el que se obtenían ciertos apartes de una obra por el costo que su construcción implicaba.

Como se expuso previamente en el aparte I, la modalidad del contrato de obra “*llave en mano*” proviene de la concepción anglosajona “*turnkey*” que significa “*voltear la llave*”, es decir, la obra se considera terminada cuando está completamente lista para ser utilizada y lo único que le resta hacer al contratante es introducir la llave y voltearla. Este acuerdo se realiza con base en un precio único que debe cubrir todo el costo necesario para terminar la obra. En el caso concreto, la actuación de las partes, especialmente del contratante, desnaturalizó el tipo de contrato de obra que se quería alcanzar y condujo a que su entrega “*llave en mano*” fuese completamente imposible, como se evidencia a continuación.

En su interrogatorio de parte el señor MARIANO ORLANDO TAFUR REYES, expuso porqué motivo había rechazado el precio inicial que se le propuso para realizar la obra por 3.000 millones de pesos:

“nosotros no contratamos todo ese valor, 3.000 millones de pesos, porque incluía el equipo de aire acondicionado, incluía lo de bomberos que tenía una suma aproximada a 1.700 millones de pesos, solamente se contrató la obra con la cual se firmó el documento del contrato llave en mano. (...) el presupuesto es simplemente para que nosotros podamos determinar qué vamos a llevar a cabo, qué vamos a construir y qué vamos a hacer, y **nosotros sacamos una serie de ítems como era lo**

²¹ Art. 2060, núm. 1 del Código Civil, “*el empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado a un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones*”.

de las instalaciones de bomberos, las instalaciones de gas, las instalaciones de los equipos de aire acondicionado” (Negrilla por fuera del texto original).

Además de los cambios realizados a la obra como inicialmente fue propuesta, también se realizaron modificaciones a los modelos de ciertos aparatos, una vez ya la obra había iniciado. Ante el cuestionamiento sobre el cambio en los modelos del montacarga y ascensor inicialmente seleccionados, el señor Tafur planteó *“es que el montacarga y ascensor tenía un valor determinado, y nosotros queríamos que fuera un ascensor de una capacidad mayor, y ese ascensor para poder ser de capacidad mayor necesitaba un valor adicional y nosotros aceptamos de que se le hiciera ese valor adicional pero ese valor lo pagamos nosotros”*.

En el interrogatorio de parte resuelto por el señor Solís, el ingeniero explicó el porqué del precio finalmente acordado: *“la cotización que hizo el primer contratista era 3.000 mil millones de pesos, entonces cómo se llegó a 1.300, porque decidieron quitar del contrato la instalación del aire acondicionado, la instalación de la red de gas, la instalación de la red contra incendios, ellos no la quisieron instalar, y también quitaron otra serie de actividades”*.

Tanto las afirmaciones del convocante como del convocado permiten establecer que lo que inicialmente era un contrato en el que la entrega final debería ser un edificio listo para su uso comercial sin ningún cambio adicional, se convirtió en una obra que sería intervenida e interrumpida por las diversas solicitudes de la ESCUELA GASTRONÓMICA. La solicitud de cambiar ciertos equipos, como el montacarga y el ascensor, desvirtuó la idea de que el contratista entregaría un edificio listo para su uso, pues el contratante, en la medida en que avanzó la obra, dispuso encargarse de varios asuntos. Incluso desde su nacimiento el contrato nunca ostentó su modalidad de *“llave en mano”* pues ante el costo inicial propuesto, el contratante decidió asumir él mismo la inclusión de los aires acondicionados, las pautas de seguridad para incendios y la red de gas, tres características sin las cuales un edificio de esta naturaleza no puede considerarse terminado y mucho menos listo para su uso.

Como bien lo resaltó la firma ajustadora del seguro en el informe presentado ante este Tribunal Arbitral, *“aunque el contrato originalmente suscrito con la firma CONARCI S.A.S., el cual fue posteriormente cedido por esta firma a CONSCIMET S.A.S., fue bajo la modalidad “LLAVE EN MANO”, también conocida como “A PRECIO GLOBAL O ALZADO”, el desarrollo de ese contrato, desvirtuó ese concepto, al liquidar las actas de avance de obra en formatos que incluyen los ítems de unidad, precio unitario y precio total, y los avances en dinero correspondieron, en cada una de las actas, a los resultados de multiplicar las unidades efectivamente construidas, por el precio unitario que figura frente a cada ítem del presupuesto”*(Negrilla por fuera del texto original).

Por tanto, aunque formalmente la modalidad del contrato quedó registrada en el texto suscrito por las partes como *“llave en mano”*, de facto el acuerdo se transformó en otro tipo de contrato de obra. Este cambio trae sustanciales consecuencias jurídicas pues ello implica que el contratista no se encontraba obligado a responder por todas las obligaciones de la obra y entregarla en su integridad ya que, por expreso pedido del contratante, la misma se

desagregó incluso desde su nacimiento. Aun así, el cambio en modalidad de contrato tampoco quiere significar que el contratista carezca de obligaciones a su cargo a raíz de la manera en que se ejecutó el contrato y la conducta asumida por las partes.

3.3 No se probó en el presente proceso que las partes supieron, desde antes de la suscripción del contrato, que el valor de la obra era más alto que el inicialmente pactado.

En varios escritos y documentos probatorios presentados ante esta Tribunal por el convocado, se intentó probar que las partes, especialmente la ESCUELA GASTRONÓMICA, siempre supieron que la obra que habían acordado tenía un valor mayor al que había quedado pactado en el contrato. Sobre el mismo se pronunciaron todas las partes, pero no encontró el Tribunal suficientes elementos probatorios que permitieran sustentar dichas afirmaciones.

En su interrogatorio de parte el contratista relató:

“recuerdo que me manifestó un interventor que en una reunión le dijo, me comentó el interventor porque yo no sabía, me dijo yo me senté con Orlando y le dije que la obra valía más, y Orlando le manifestó a él que no dijera eso que el no tenía porque decir eso, y le decía pero **eso no se puede tapar con un solo dedo, sabiendo que la obra desde el principio se sabía que valía, la cotización que hizo el primer contratista era 3.000 mil millones de pesos, entonces cómo se llegó a 1.300, porque decidieron quitar del contrato la instalación del aire acondicionado, la instalación de la red de gas, la instalación de la red contra incendios (...)** el doctor Orlando me manifestó que esa era la única plata que ellos tenían, que no tenían más dinero, entonces eso me dio confianza a mí para iniciar el contrato porque ya todos sabían que el contrato valía más, y máxime cuando ya habíamos elaborado un acta modificatoria que en ningún momento quiso ser suscrita por la Escuela Gastronómica” (Negrilla por fuera del texto original).

Adicionalmente, en comunicación enviada a la ESCUELA GASTRONÓMICA el 21 de octubre de 2014, CONSCIMET afirmó:

“la escuela siempre supo que la obra no se podía hacer con el valor del contrato ya que en varios comités se le presentaron presupuestos de los diseños que superaban los tres mil millones de pesos. Posteriormente, atendiendo la solicitud de la escuela de cambiar los diseños y de quitar ítems del presupuesto para disminuir los costos tales como, sistema de aire acondicionado, red del sistema contra incendios y otras actividades que la escuela asumió realizar; el presupuesto solo pudo llegar has (sic) los mil seiscientos millones.

Ante lo anterior la escuela manifestó lo siguiente: “Solo hay mil trescientos millones, lo toman o lo dejan”.

CONSCIMET aceptó realizar la obra empezando con este presupuesto siempre y cuando la escuela fuera consciente que en su momento había que inyectarle más

recursos para sacar adelante el proyecto, a lo cual la escuela le brindo (sic) la confianza que así sería. Por ese motivo continuamos el proceso” (Negrilla por fuera del texto original).

Frente al valor real de la obra el informe de la firma ajustadora del seguro concluyó que de hecho: *“el valor total del edificio arroja una suma significativamente mayor a la suma por la cual se contrató originalmente, nuestro presupuesto de obra nos arroja un valor de \$2.261.083.588, sin incluir una suma de \$226.108.359 de costos no previstos en el presupuesto por falta de información, así como tampoco contempla el valor de la ingeniería total de un proyecto con las características de EGO S.A.S.”.*

Independientemente de si la valoración de la firma ajustadora es convincente y de si el valor de la obra sí era mayor al inicialmente pactado, las afirmaciones realizadas por el ingeniero Solís son de carácter anecdótico, no cuenta con ningún valor jurídico real y este Tribunal Arbitral no puede de ninguna manera otorgarles consecuencias jurídicas para la regulación de la relación entre las partes.

No existe prueba alguna de que las partes estuviesen de acuerdo en pactar un valor mientras la obra realmente costaba mucho más dinero. Si lo que el contratista afirma es cierto y el valor real de la obra era más alto, así debió certificarlo en el contrato y suscribirlo con el precio acertado, no con un precio desajustado que después debería modificar. A pesar de la consensualidad que caracteriza el contrato de obra, pactarlo con un precio que todas las partes reconocían como irreal parece una actitud *contra legem* y carente de sentido que el Tribunal no puede avalar. Además de no existir ningún sustento probatorio que demuestre que todas las partes sabían que la obra costaba más de la pactado, aceptar este supuesto de hecho implicaría vaciar el contrato de su valor jurídico pues no tendría sentido alguno su suscripción cuando la intención de las partes tuviese una intención opuesta o diferente a la expresamente señalada. Lo que el mismo contratista relata en su comunicación resulta diciente del acuerdo como fue realmente pactado. De acuerdo con Solís la ESCUELA GASTRONÓMICA le informó que sólo contaban con 1300 millones para realizar la obra y el aceptó realizarla bajo ese parámetro económico. Después adiciona que acepto sólo si la Escuela era consciente de que el costo era mayor, razonamiento que resulta contrario a la lógica y a las normas que imperan el derecho de los contratos.

Ante este asunto el señor Tafur afirmó: *“no fue cierto porque esto fue un llave en mano y se contrató y se firmó el contrato. Cuando uno firma un contrato uno tiene que ser lo suficientemente serio, responsable, ellos deberían de haber sabido, tanto el arquitecto como el ingeniero como una firma responsable como es la de ellos, se presume que era, cuánto vale una obra. Uno tiene los presupuestos, los cálculos, hace un análisis y contrata personas especializadas que con el presupuesto y con unos dineros más adicionales que pueden valer cerca de un 10% adicional se sabe cuánto puede valer la obra, quién más que ellos saben cuánto vale los materiales, cuántos es la materia prima, cuánto vale el día, cuánto vale el cemento, cuánto valen los trabajadores, ellos calcularon y dijeron un valor de tanto y eso fue lo que nosotros contratamos”.* Estas afirmaciones del convocante encuentran total asidero jurídico por lo expuesto previamente.

Por este motivo, aquellos incrementos de la obra y precios adicionales que haya surgido deben ser analizados de manera cuidadosa para determinar si se puede establecer con certeza un incumplimiento contractual y cuál parte es la llamada a responder.

3.4. De acuerdo con lo que se pudo constatar sobre el desarrollo de la obra, se configuró una concurrencia de culpas entre la ESCUELA GASTRONÓMICA y CONSCIMET que condujo a la inadecuada ejecución y terminación del contrato.

En el informe presentado por el ajustador del seguro se presentó una tabla que resulta útil para el propósito de establecer cómo se desarrolló la obra de acuerdo con la documentación disponible.

						VALOR OBRA ACTA \$ 1,306,509,457	NO INCLUYE DISEÑOS VALOR OBRA SEGUN CONTRATO \$ 1,299,596,120		
ITEM	CONCEPTO	FECHA	VALOR INFORMADO EGO	VALOR LIQUIDADO SEGUN ACTAS	VALOR SOPORTADO OBRA EJECUTADO CON ACTAS VES PRESUPUESTO INICIAL	% AVANCE OBRA SEGUN ACTAS	% SEGUN ANALISIS AJUSTE	VALOR OBRAS ADICIONALES	OBSERVACIONES
1	Primer Anticipo	Sin Fecha	59.610.192	0	0	0	0	0	No se encuentra soportado - pago para elaboración de diseños por CONARCI SAS
2	Primer Anticipo Fraccionado	17/03/14	578.012.615	567.804.235	0	0	0	0	Anticipo-gms por fechas 1-02-2014 \$ 176,432,235 21-02-2014 # 43.002.069 17-03-2014 \$ 348.359.930 según conscimet
3	Acta No. 1. Avance obra	14/05/14	198.123.598	198.123.598	255.268.083	30,32%	19,64%	138.258.313	Obras adicionales + obra mayor valor ejecutado
4	Acta No. 2. Avance obra	11/06/15	117.770.999	117.770.999	235.541.998	18,02%	18,12%	0	
5	Acta No. 3. Avance obra	11/08/14	101.000.000	251.288.809	418.483.043	38,50%	32,20%	42.176.912	
6	Acta No. 4. Avance obra	16/09/14	82.066.309	82.066.309	164.132.618	12%	12,62%	0	
7	Acta No. 5. Avance obra	29/09/14	15.000.000	15.004.404	30.008.808	2,29%	2,30%	0	
8	Acta No. 6. Avance obra	10/10/14	0	0	60.088.244	4,59%	4,62%	0	
9	Avance Parcial	6/07/14	100.000.000	1.232.058.354	1.163.522.794	105,72%	89,50%	180.435.225	
10	Avance Parcial	23/07/14	50.000.000						
11	Póliza de seguros	16/10/14	462.683						
12	Obra Contratista	16/10/14	7.000.000						
13	Obra Contratista	20/10/14	5.645.000						
14	Daños a terceros	Sin Fecha	900.000						
15	Donacion Obra Puertas	Sin Fecha	940.000						
16	Donacion Obra Puertas	Sin Fecha	2.580.000						
17	Pagos efectuados por EGO SAS autorizados por Frank Solis	Sin Fecha	62.854.605						
Total anticipos y avances de obra según EGO SAS			1.381.966.001						

Cuadro 2

Además de aquello que se encuentra consignado en las actas y que se refleja en el Cuadro 2, existen otras comunicaciones a las que antes se hizo alusión.

En comunicación del 12 de septiembre de 2014 el ingeniero Solís le solicitó a la ESCUELA GASTRONÓMICA *“quitar el cableado existente que se encuentra sobre la estructura (...) quitar la tubería existente en el semisótano (...) no soportar la tubería ubicada en el descolgado del semisótano (...) interrumpir el paso de aguas grises de la Escuela Gastronómica (...) solicitarle al contratista del aire acondicionado, coordinar las actividades que ellos están realizando con las actividades de la obra”*.

El 14 de octubre de 2014 el señor FRANK SOLÍS le solicitó al señor ORLANDO TAFUR que *“se legalice la ampliación del plazo de la obra toda vez que el plazo del otro si #2 se encuentra vencido. En la ampliación es este plazo se debe tener en cuenta los atrasos generados por la construcción de la cafetería y los atrasos por la instalación de a (sic) red gas, atrasos de la instalación del aire acondicionado y lo atrasos de la remoción de las instalaciones adosadas a la fachada lateral del edificio”*. Ese mismo día, el señor Solís en comunicación separada a la Escuela señaló: *“quiero comunicarles que la obra viene manifestando atrasos debido a las labores que viene adelantando el contratista de los aires acondicionados y por la demoras en la remoción de los cables sobre la fachada lateral del edificio”*.

Finalmente en esa misma fecha, el contratista radicó ante el contratante una tercera comunicación en la cual manifestó su *“enorme preocupación por el rumbo que ha tomado el desarrollo de la obra del contrato de la referencia debido a la ausencia de recursos económicos y su negativa a continuar pagando las actas de obra ejecutada aprobadas por interventoría, faltando menos de un 10% de ejecución de las obras”*.

En comunicación del 21 de octubre CONSCIMET, en respuesta a una misiva de la ESCUELA GASTRONÓMICA, expuso sus razones para justificar los atrasos en la obra endilgando toda la responsabilidad al contratante.

De acuerdo con lo consignado en las actas y comunicaciones que se hicieron disponibles para este Tribunal, es necesario analizar cómo se desarrollo el contrato, a la luz de la normatividad citada en el aparte I de este laudo, así como aquello que quedó expresamente consagrado en el acuerdo.

En vista de que la modalidad de *“llave en mano”* se desnaturalizó desde el inicio de este contrato de obra -como se explicó en el aparte 3.2 de esta decisión-, es necesario desagregar las obligaciones que quedaron pendientes para encontrar, de acuerdo con los hechos, con la ley y el contrato, en cabeza de quién radican. En el acápite de las pretensiones en el escrito que reformó la demanda el convocante exige que, a título de daño emergente, CONSCIMET cancele los siguientes valores:

“ Cuentas pagadas a contratistas: \$118.922.738.00.
Cuentas pagadas a proveedores: \$119.626.833.00.
Cuentas pagas a Profesionales por consultoría: \$4.496.400.00
Cuentas pagadas al Personal administrativo: \$2.497.333.00

Cuentas pagadas por Alquiler de equipo: \$13.903.145.00
Cuentas pagadas por concepto de varios: \$62.854.605.00
Sobrecostos asumidos por el convocante: \$318.800.000.00
Cuentas pagadas para terminar la obra: \$163.182.353.00
Total: \$804.283.407.00”

Enseguida realiza un detalle pormenorizado de cada uno de dichos rubros, sin señalar cuál factura hace parte de cuál gasto específico.

A la luz de los hechos resulta claro que las solicitudes a la marcha de la ESCUELA GASTRONÓMICA sí irrumpieron el normal desarrollo de la obra, así como impidieron que el contrato se realizara bajo la modalidad de “*llave en mano*”. Ello consta en las sendas comunicaciones realizadas por el contratista exponiendo las dificultades que surgieron por el involucramiento de otros terceros contratados por la ESCUELA para la intervención en determinados aspectos de la obra. Asimismo, no se pudo establecer con claridad si la parte convocante retiró a tiempo el cableado y otros elementos que le solicitó el constructor. Los traumatismos ocasionados en el apropiado desarrollo de la obra se debieron a un contrato mal concebido desde su inicio y a unas solicitudes que condujeron al desaceleramiento de la obra por el indebido tiempo en que se plantearon.

A su vez, en lugar de plantear con mayor antelación, claridad y certeza aquellas dificultades que impedían el adecuado desarrollo de la obra, el señor Solís decidió abandonar la misma y ponerse fuera de la disposición de la Escuela Gastronómica para solventar los problemas que con el tiempo se tornaron insolubles.

Así las cosas, se asentó una dinámica circular pues el señor Solís dejó de responder por su intervención en la obra a raíz del detenimiento de los pagos y otros problemas, y la Escuela Gastronómica detuvo los desembolsos en virtud de las complejidades que surgieron en la construcción. Ambas partes consideraron haber sido incumplidas en las obligaciones pactadas en el contrato, muchas de ellas irresueltas a raíz de su misma actitud en el desarrollo de la obra. En esta ocasión se puede decir que existió una concurrencia de culpas que condujo al inadecuado desenlace del contrato y las complicaciones en la terminación de la obra.

De acuerdo con el artículo 2357 del Código Civil, “*la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”. Al interpretar el alcance de esta norma, la Corte Suprema de Justicia ha planteado: “*como la ley nada dice acerca del método ni el porcentaje que han de tenerse en cuenta para realizar esa reducción, es al juez a quien corresponde establecer, según su recto y sano criterio, y de conformidad con las reglas de la experiencia, en qué medida contribuyó la acción del perjudicado en la producción del daño*”²².

²²Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de Diciembre 2012 MP: Ariel Salazar Ramírez Ref. Exp. 05266-31-03-001-2004-00172-01

En este caso, es la ESCUELA GASTRONÓMICA la parte perjudicada pues, el inadecuado desarrollo de la obra condujo a un considerable sobrecosto y extensión temporal de la obra. Aun así, sus propias acciones contribuyeron fundamentalmente para que la misma se tornara compleja en su ejecución a raíz de la intervención de diversos contratistas, todos diferentes y descoordinados entre si, y con el director de la obra quien era el contratista principal, el señor Solís. También a raíz de cambios de último momento en que decidieron realizar alguna adición, como lo fue la cafetería, generó traumatismos en la forma en que se desarrollo la obra y la manera en que podía o no avanzar de acuerdo con el cronograma inicialmente establecido.

En consonancia con lo que se viene exponiendo, es importante detenerse en un documento arrimado al proceso que por provenir de la parte demandante adquiere la mayor importancia frente a la definición sobre si en verdad el contrato fue incumplido por la parte convocada, como lo sostiene la demandante, o si a pesar de las dificultades y tropiezos que acusa el cumplimiento de sus prestaciones, se presentó una situación de crisis que resuelta unilateralmente por la parte convocante ante la no comparecencia, de todas maneras impidió que se continuara y terminará la ejecución del contrato, cuando para esa fecha solamente restaba por ejecutarse el 13.%.

En efecto, el 21 de octubre de 2014 se suscribió acta de liquidación y terminación del contrato en la que se constató que el valor total de la porción de la obra que faltaba por ejecutar correspondía a \$185'373,736.33, equivalente al 13%. Dicha acta fue suscrita por el interventor de la obra, un representante de la ESCUELA GASTRONÓMICA y no fue suscrita por ningún representante de CONSCIMET.

La parte convocante sostiene que se vio precisada a suscribir esta acta/constancia, dado que CONSCIMET prácticamente había dejado abandonada la obra. Aunque ese presupuesto fáctico es controvertido por el convocado, quien asegura que la convocante no le pagó lo que para entonces debía haberle cancelado, lo cierto y probado es que el propio demandante confiesa que cuando tomó esa determinación de la que da cuenta el Acta del 21 de octubre del 2014, el contrato estaba ejecutado en un 87%. Es decir que lo que restaba era ejecutar apenas un 13%, porcentaje que el mismo documento sitúa en la suma de \$185'373,736.33.

Si bien el interventor de la obra fue bastante elusivo al extremo de descalificar el contenido del acta que el mismo suscribió, lo cierto es que el tribunal honra lo consignado en ese documento, no solamente por la firmeza y confrontación de los guarismos allí incluidos, sino también porque proviene de la parte que le enrostra a la convocada un incumplimiento mayor de sus prestaciones, el tribunal se pregunta, ¿cómo podría el propio convocante en un acta que él mismo elaboró adoptar las conclusiones que allí se contienen, acerca de que estaba ejecutado el 87% del contrato, para luego en este proceso sostener que hubo un caos generalizado y daños económicos superiores a la cantidad de \$185'373,736.33?

Al respecto, al ser interrogado el señor HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS, interventor de la obra señaló:

“SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: No, yo cité al señor Frank a una reunión para hacer una evaluación en términos del contrato y en términos de lo que había en la obra, esta es la evaluación, como el no estuvo firmó un señor Carlos Soto, que es uno de sus acompañantes a la obra, pero él no tiene ningún contrato ni nada con la obra, es una persona que acompañaba al señor Frank Solís en todas las gestiones de compras y cosas de él, pero en la nómina de la empresa con relación al contrato el señor Carlos Soto no estaba allí, entonces Carlos Soto habló con Frank por teléfono y le dijo pues acompáñeme y revise la cosa, entonces yo necesitaba un testigo que firmara de que se había hecho la evaluación y el señor Carlos Soto firmó.

DR. RAMIRO BEJARANO GUZMAN: Le ruego que mire acta, en la segunda página donde están las firmas, antes de eso dice: *total pendiente por ejecutar según el contrato.*

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: 13.5%.

DR. RAMIRO BEJARANO GUZMAN: ¿Quiere usted explicarnos esas dos cifras que aparecen allí a qué corresponden?

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: Listo. El contrato es a todo costo, diseño y construcción. Para yo poder tener una herramienta de evaluación y poder hacer avances de obra yo no tengo porqué medir, ni hacer mediciones parciales, ni nada, yo evaluó el avance de la obra y digo yo está en un 50% tenga la plata; pero para efectos de que se hizo un diseño y una construcción y no está separado digamos el valor del diseño nosotros contemplamos de que el valor del diseño es un valor inmerso dentro del contrato a todo costo, entonces la firma Conscimet o Frank Solís pasó un listado de cantidades con los cuales él determinó que la obra valía 1.300 millones, entonces para efectos de yo llevarle un control a él lo separé por porcentajes cada actividad, cada ítem, independientemente de que el valor que él puso como precio de obra tenga un valor real comercial o sea un valor digamos que él me dice que el metro cuadrado de pintura vale diez mil pesos, y si yo lo contrato pueda que valga cinco o pueda que valga setenta, él estipuló que su obra se la pagaban con base en esos términos, entonces yo separé unos capítulos y unos frentes de obra y con base en eso todo el tiempo yo iba cancelando la obra, hizo tanto equivale a un porcentaje yo pago eso, esta es la evaluación en términos del contrato de lo que no está hecho, si yo evaluó lo que está allí por hacer de pronto el valor es otro. Pero en términos del contrato esta es el acta.

DR. RAMIRO BEJARANO GUZMAN: ¿Ello quiere decir, según esto, que al contrato le faltaba por ejecutarse el 13.5% y que el valor de ese 13.5% era 188 millones?

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: Según el contrato sí.

DR. RAMIRO BEJARANO GUZMAN: Señor Presidente, por lo pronto no tengo más preguntas.

DR. MAURICIO VALENCIA LOPEZ: Bien, doctor Ramiro. Entonces vamos a concederle la palabra al apoderado de la parte actora.

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Gracias, señor presidente. Arquitecto, hágame el favor y explica al Tribunal si ese porcentaje de 13.5% que hacía falta y que fue plasmado en esa acta que se le puso de presente, equivale económicamente a 185 millones de pesos.

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: En los términos del contrato sí; en los términos de la vida real si yo lo fuera a hacer eso puede costar muchísimo más

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: ¿Qué significa lo anterior?

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: Es decir, el señor llega y me dice yo le voy a entregar esto y yo se lo vendo por cien pesos, pero se lo voy a entregar por partes, tres partes, entonces yo digo cuatro, cada una es el 25%, entonces si me entrega dos yo le debo 50, y él me dijo que valía 100 pesos; pero si yo voy a comprar esto a Home Center esto no vale 100 pesos, vale 200 pesos, entonces el negocio que Conscimet hizo con la Escuela Gastronómica la obra vale 1.300 millones de pesos, y la voy a hacer, la acordó y empezó a hacerla, y en el proceso él la va haciendo; entonces yo evaluó con base en el contrato, no con base en el día cuánto vale un metro cuadrado de pintura, y si el precio de pintura vale tanto, porque yo no hice un contrato por administración, es un contrato a todo costo, entonces en los términos del contrato a todo costo él a mí no me ha entregado esto, o sea ni siquiera está planteado para hacerse, y los compromisos adquiridos son los anteriores a esto que están en términos de recepción, o sea él lo está ejecutando pero no los ha entregado. Entonces lo que yo estaba diciéndole a Frank ese momento es, del contrato esto no se ha tocado nada, no se ha hecho, no se ha pagado nada, esto falta en el contrato, falta que usted allane lo que está en el contrato a la fecha de hoy para poder empezar a hacer esto. Ese es el objetivo. Aclaro. Por eso el precio, si me preguntan a mí que lo que falta lo puedo ser con este valor, yo lo discutiría mucho, tendría que haber un presupuesto de valor real presente con base en el personal y las características técnicas que requiere la obra.

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Pero entonces con base en su respuesta anterior, ¿si al señor Frank se le entregan 185 millones de pesos termina la obra?

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: No

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Por qué

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: Porque evidentemente lo que se vio en la evaluación él debía casi 200 millones de pesos según lo que vimos apalancado con los contratistas, uno; dos, dado su manejo administrativo en la obra había mucho problema, por no tener una dirección técnica en la obra habían cosas que él hacía y que tenía que rehacer producto del manejo que tenía; entonces yo diría que poner la obra al día podría costar una plata y luego terminar la obra se supera con creces esto que está aquí.

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Usted ha manifestado que tenía un manejo administrativo inadecuado; ¿puede decirle al Tribunal en qué consistía?

SR. HECTOR LEONARDO TORRES CONTRERAS: Yo lo mencioné ahora, no había dirección, no había interlocutor, no había jefe, llega un contratista y voy a hacer el cielo, voy dar un ejemplo que pasó: entonces llega el contratista y dice voy a hacer el cielo, entonces el maestro le dice hágalo allá en esa habitación. Resulta que hay un Comité de Coordinación de Proyectos donde antes de hacer ese cielo tengo que instalar un aire, y antes de instalar el aire los cables de la luz, entonces resulta que encontró el espacio vacío y fue y puso el cielo, al otro día llevo el eléctrico a poner los cables y el otro el aire, ¿qué tienen que hacer? quitar el cielo, problema de coordinación del proyecto; entonces cuando el interventor solicita que el jueves hay una reunión de coordinación para que allanemos la programación y poder hacer las cosas y no aparece nadie de Conscimet y la otra persona no tiene con quien discutir qué es y está todo el mundo parado para hacer obra, entonces el desespero de la obra genera eso, entonces mi recomendación es parar la obra, entonces es una situación que viene un camión con un trasteo eso se volvió una situación difícil porque había que hacer un trasteo y la firma Conscimet había adquirido un compromiso de entregar un piso para poder hacer un stop en la obra, entonces todo eso generó un caos producto del aplazamiento, del aplazamiento de los compromisos del contratista, pero yo pienso que ni siquiera era el aplazamiento, es su falta de dirección técnica, o sea no había una persona que resolviera; uno como director de obra, como constructor, como residente, como lo que sea, uno tiene un plan de trabajo y uno no está pensando en planilla ni en ganar plata sino en resolver eso, lo otro viene por añadidura, entonces si tengo un equipo de trabajo que coordinar y no coordino se me vuelve el caos y entonces me lleno de pretextos y no son los pretextos, es la dirección, o sea con cabeza visible la obra marcha.

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Muchas gracias. No tengo más preguntas”.

Del testimonio rendido por el interventor no se puede concluir otra cosa diferente a las grandes incoherencias que se presentan ante aquello que se exhibió en el acta bajo análisis. A pesar de las explicaciones rendidas por el interventor sobre la veracidad del acta y su contraste con lo que realmente restaba por completar de la obra, no puede otorgarse ninguna credibilidad a la explicación que ahora parece ofrecer el interventor para desconocer los valores que el mismo expuso en el acta mencionada. Si a la obra realmente le restaba mucho más de lo que se planteó en el acta, el interventor no tenía ningún motivo

en ese entonces para no plantearlo de manera veraz y exacta, señalando con franqueza cuánto restaba por construir. Esto especialmente en vista del fracaso administrativo del contratista y de su recalcada ausencia en el momento de suscribir dicha acta, con mayor razón ameritaba que en el acta se plasmara realmente cuánto faltaba por hacer en la obra.

Es evidente para el tribunal que la forma en que se celebró el contrato fue tan artesanal, informal y ligera como la que luego las partes advirtieron para su ejecución. En efecto, suscribieron un contrato “llave en mano”, del cual sin embargo dejaron por fuera la ejecución de apartes fundamentales de la obra, como por ejemplo el sistema de prevención de incendios. Más tarde, desagregaron otros elementos que también retiraron del plan generalizado de la obra, desnaturalizando así su característica de “llave en mano”. En ese ambiente obviamente se suscitaron problemas entre las partes, unos derivados del atraso en las obras y otros del no pago esperado por el contratista, o en otras palabras esa desorganización contractual desubicó a las partes y las condujo a adoptar decisiones extremas, pues de un lado el contratista pareció desentenderse de sus obligaciones, ante lo cual el contratante respondió absteniéndose de pagar alguna suma y decretando la terminación unilateral del acuerdo, para lo cual suscribió el acta del 21 de octubre del 2014, que, como ya se dijo, para el Tribunal resulta de la mayor trascendencia.

En efecto, si hay un documento preparado por el propio demandante el 21 de octubre de 2014 en el que ella misma concluyó que faltaba ejecutarse menos del 15% de la obra, el Tribunal le atribuye pleno crédito al mismo con sus consecuencias legales respecto a lo pedido por la convocante y lo excepcionado por la convocada y el llamado en garantía, como adelante se precisará.

Así las cosas, no es posible declarar el incumplimiento contractual del contratista y a raíz de ello ordenar el pago los emolumentos económicos pretendidos por la parte actora pues, la mala concepción del contrato desde un inicio, el caos en la ejecución de la obra, la falta de adecuada y cumplida comunicación y la respuesta tardía e inadecuada a los problemas cotidianos de la construcción, revelaron la negligencia de ambas partes durante la ejecución del contrato y por ello la imposibilidad de señalar sólo a una de ellas para que en su cabeza radique toda la responsabilidad.

Cierto es que la parte convocada dejó rastro de la dificultad que registró la convocante para que atendiera sus requerimientos y notificaciones a efectos de que cumpliera lo que restaba de la obra, y al respecto resultan muy ilustrativos los interrogatorios de parte formulados por los apoderados de la parte demandante y de la aseguradora al representante legal de la convocada, porque de los mismos surge la inquietud de que CONSCIMET estaba eludiendo ser avisada de que se le requería para concluir sus trabajos, los que, según se alegó en este proceso, no pudo concluirlos ante el no pago de una cuota por parte del contratante.

Sobre la intempestiva terminación del contrato, en la que el señor Frank Solís se rehusó a ponerse en contacto con los representantes de la Escuela Gastronómica, e incluso el mismo interventor, obran varios elementos probatorios que el tribunal analizó con cuidado y es importante resaltar.

En el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal del convocante, al ser cuestionado por el traslado de la información del estado de la obra al señor Solís, hacia finales del octubre, afirmó que no había sido posible y sostuvo: *“a Concimet no porque el ya después no volvió y no había forma de localizarlo, él desapareció y no hubo forma de que volviera”*.

Así lo relató también el interventor de la obra, el señor Héctor Torres, quien en su interrogatorio señaló:

“Yo digo dejó la obra porque el interventor con el gerente de la constructora, en este caso el señor Frank, maneja una relación semanal en la cual yo voy a la obra y tengo unas actividades conjuntas; las últimas semanas no asistió, no daba respuesta, estaba ausente del trabajo, y delegó de pronto en algunas personas que lo acompañaban que hablaran conmigo, pero no es el proceso de una obra de esta magnitud ni es como se estila digamos en la parte administrativa y técnica. ¿Qué pasa? La obra no tenía, tenía un maestro pero no tenía un residente que era un requisito *sine qua non* para que la obra funcionara, tenía que tener unos profesionales que son los que hacen que la obra funcione, entonces delegar en un maestro, de pronto en los contratistas una programación y una terminación de obra no da a lugar, entonces ante mi llamada y mi oficio, o la información con la cual yo me comuniqué no existía un interlocutor, entonces uno dice, dejó la obra. La firma Escuela Gastronómica de Occidente emitió un oficio citando a la persona para que se presentara y habláramos del tema qué pasaba, no asistió, y a partir de ese momento él emitía de pronto unos correos o alguna información pero no había la posibilidad de tener este dialogo que tenemos en este momento”.

De acuerdo con estos elementos probatorios, quedó demostrado que el señor Solís no se comunicó con la Escuela Gastronómica después de que ésta última decidiera asumir el control de la obra, esto a pesar de reiterados intentos por parte del convocante de contactarlo para que le permitieran aclarar varios asuntos pendientes en el desarrollo final de la obra.

Aun así, al ser indagado por el apoderado de la parte convocante por su falta de respuesta a las comunicaciones enviadas el señor Solís respondió de la siguiente manera:

“DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Octava pregunta. Ingeniero, la empresa Concimet (sic) tiene registrado una dirección donde recibe las notificaciones, ¿hubo variación desde el momento de inicio de la obra a octubre cuando se le envió la comunicación, cambio de dirección, pasó algo?

ING. FRANK EYDER SOLIS MORENO: No, lo que pasa es que la empresa Concimet (sic) siempre ha tenido dos domicilios, una en Santa Mónica y otra en Chipichape, esas dos.

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: ¿Pero la que está en Cámara?

ING. FRANK EYDER SOLIS MORENO: No recuerdo en este momento, pero tiene que estar registrada la de Santa Mónica, pero nosotros ya no estamos ubicados ahí.

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Novena pregunta. Ingeniero, con base en su respuesta anterior si ya ustedes no están ubicados allá, ¿ustedes informaron a la Escuela Gastronómica y a Cámara de Comercio como era su deber como comerciante informar el cambio de dirección?

ING. FRANK EYDER SOLIS MORENO: La Escuela Gastronómica siempre me oficiaba a mi casa, la dirección de mi casa.

DR. CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI: Ingeniero, por favor me contesta la pregunta. ¿Informaron o no informaron a Gastronómica y a Cámara de Comercio el cambio de dirección?

ING. FRANK EYDER SOLIS MORENO: No, no informamos”.

Aun así, cuestionado el representante de la aseguradora por su comunicación con el señor Solís, respondió: *“no tuvimos ningún inconveniente, siempre estuvo presto a informarnos y a entregarnos todos los documentos que le fueron requeridos en su momento; no hubo ningún problema”*.

Sorprende la contradicción entre lo afirmado por el convocante y el representante de la aseguradora pues, como si se tratase de personas diferentes, para el primero fue imposible contactar al ingeniero Solís mientras que para el segundo la comunicación fue fluida y constante.

Adicionalmente la contradicción en las respuestas del señor contratista sobre su domicilio ponen en evidencia un ánimo de querer evadir cualquier comunicación con el convocante, actitud que a la luz de contrato acordado y de la normatividad aplicable, constituye un incumplimiento contractual. Inicialmente el señor Solís responde que su empresa cuenta con dos domicilios, después asegura que las comunicaciones con él siempre se enviaron a su casa para después afirmar que el domicilio de Santa Mónica ya no era válido para su empresa. Esta contradicción entre las respuestas ofrecidas sobre el domicilio de CONSCIMET S.A.S. revelan el ánimo del señor Solís de no querer comunicarse con el ESCUELA GASTRONÓMICA hacía el final de la obra.

El dialogo permanente entre contratista y contratante es un presupuesto esencial para el adecuado desarrollo de la obra, especialmente si se encuentran desacuerdos y desavenencias, como ocurrió hacia el final de la construcción del presente caso. Si el señor Solís consideraba que existían desacuerdos insuperables debió ponerlo de presente en ese momento en lugar de evadir la comunicación con la ESCUELA.

Aun así, la actitud asumida por el demandante de dar por terminado unilateralmente el contrato, adoptando una liquidación que luego no coincidió con lo pedido en este proceso, no puede menos que significar que esa determinación insular e inconsulta devino precipitada y despojada de razonabilidad.

En efecto, si el propio demandante confiesa que al terminar unilateralmente el contrato, solamente restaba por ejecutarse el 13%, el tribunal no ve plausible la razón por la cual no se permitió que el convocado concluyera sus obligaciones si aparentemente restaba por ejecutarse una porción mínima de la obra. La convocante sostiene que se vio precisada a suspender la obra por virtud de que además se estaban recibiendo facturas o cuentas de terceros, lo que de ser cierto, en todo caso tampoco tenía relación con suspender la ejecución del contrato, porque de todas maneras aun en ese escenario seguirían recibéndose otras cobranzas. En otras palabras, por donde se le mire, no se encuentra justificación a la terminación unilateral del contrato que puso en imposibilidad a un contratista caótico de poder concluir la pequeña porción que supuestamente la hacía falta a su trabajo.

En ese orden de ideas, las pretensiones de la demanda como vienen formuladas, no podrán ser acogidas porque el actor depreca el incumplimiento de su contraparte y del pago de perjuicios, partiendo del supuesto de que el satisfizo todas sus prestaciones, cuando otra cosa brota del acervo probatorio. El tribunal considera que por desesperada que fuese la situación que tuviera el contratante ante el desorden del contratista, al que el también había contribuido, no le era dable terminar unilateralmente el contrato, mucho menos cuando del documento emanado de su propia pluma, dejó constancia de que el incumplimiento no era tan severo ni determinante, pues para entonces con un pequeño esfuerzo adicional se habrían podido concluir las obras de tan accidentado contrato.

Habiendo tenido la parte actora responsabilidad en el devenir de las horas finales del contrato, independientemente de las faltas en que incurrió el contratista, lo cierto es que esa concurrencia de culpas no deja al actor el camino abierto para que se declare el incumplimiento de su contraparte, por cuanto el tampoco honró del todo las prestaciones a su cargo.

Por las anteriores razones, el Tribunal denegará las pretensiones de la demanda.

II. Del contrato de seguro

El 7 de marzo de 2014 la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA expidió póliza para *“garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista derivadas del contrato de obra No. 001 cuyo objeto consiste en la reforma, construcción y ampliación de la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE”*.

En virtud de esta póliza, mediante escrito del primero de diciembre de 2014, a través de su representado, la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE llamó en garantía a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, para que *“una vez condenada la Empresa Concimet Constructora de Obras Civiles y estructuras Metálicas, responda hasta por el valor de la cobertura, según la póliza que se anexa, y a favor de la Escuela gastronómica de Occidente S.A.S., Y por estos ítems: por perjuicios que afectan el amparo de Cumplimiento por valor de Trescientos Dieciocho Millones de Pesos M/cte.,*

(\$318.000.000.00) Por las siguientes suma de dinero que afectan el Amparo de Anticipo: pago a contratistas por \$118.922.738.00; pago a proveedores por valor de \$119.626.833.00., a profesionales por consultorías por el valor de \$4.496.400.00., por pago a personal administrativo en suma de \$13.903.145.00., y por pagos varios entregados al contratista en suma de \$62.854.605.00.”

Al contestar el llamamiento en garantía, la aseguradora presentó las siguientes excepciones de mérito: *“inoponibilidad a mi representada, de los efectos derivados del contrato de obra precio fijo por labor ejecutada No. 001 (y sus respectivas adiciones y/o modificaciones), por la extralimitación en la que incurrió el representante legal de la sociedad afianzada, nulidad relativa y/o anulabilidad, excepción de contrato no cumplido, carencia de prueba del supuesto perjuicio alegado, enriquecimiento sin causa, incumplimiento unilateral en las obligaciones contenidas en el contrato de obra No. 001, por parte de la sociedad escuela gastronómica de occidente y genérica o innominada y otras”*. En términos generales expresó:

“no se ha logrado acreditar el presunto incumplimiento por parte de la contratista afianzada, de las obligaciones contenidas en el contrato de obra No 001; y por el contrario, se confirma que quien ha inobservado lo acordado es la hoy convocante, pues según lo informado por CONSCIMET S.A.S. a esta Compañía, el contratante suspendió los pagos de las actas presentadas, se negó a cancelar actividades ejecutadas por la contratista y adicionalmente, ingresó a la obra otros contratistas que infirieron con el cronograma respectivo e interrumpieron el normal desarrollo de los trabajos (...) mi representada se opone a la prosperidad de las pretensiones del Llamamiento en garantía en la medida en que excedan los límites y coberturas acordadas, y/o desconozcan las condiciones particulares y generales de la Póliza y las disposiciones que rigen el contrato de seguro, así como también, si exceden el ámbito del amparo otorgado o no se demuestra la realización del riesgo asegurado o se comprueba una causa de exclusión”.

En este punto, le asiste razón a la firma ASEGURADORA COLOMBIA S.A.S. pues las condiciones inicialmente amparadas por el contrato de seguro mutaron sin que las partes pusieran de presente tales modificaciones a la aseguradora.

En efecto, al artículo 1060 del Código de Comercio establece que *“el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo”*. Este mandato legal no consagra cosa diferente al deber del asegurado de conservar las mismas condiciones que fueron inicialmente amparadas por el seguro, imponiendo la obligación fundamental de informar cualquier modificación que el riesgo pueda sufrir en el desarrollo del contrato, especialmente antes del posible acaecimiento del siniestro.

En esta ocasión, le asiste razón a la ASEGURADORA SOLIDARIA al plantear que las partes del contrato del seguro omitieron notificar a la firma aseguradora de los cambios estructurales que sufrió el seguro adquirido. Inicialmente, la póliza contratada pretendía asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, aquellas contenidas en el acuerdo como fue originalmente convenido.

Aun así, como se ha mencionado, una vez se inició la obra empezaron a darse importantes cambios en el desarrollo de la obra, en los que la ESCUELA GASTRONÓMICA solicitó cambios y adiciones que trastocaron la naturaleza y equilibrio contractual del convenio amparado y por tanto las condiciones del riesgo mutaron. No es lo mismo prestar una póliza de cumplimiento contractual para una obra *“llave en mano”* que para un contrato en el cual el contratista principal construirá sólo algunos apartes de la obra y deberá coordinar con otros contratistas para la construcción de otros elementos fundamentales. Adicionalmente, los cambios en algunos equipos y la construcción repentina de la cafetería, solicitados por la ESCUELA GASTRONÓMICA, representan cambios importantes en la estructura y desarrollo del contrato. Por estos motivos, este Tribunal encuentra asidero en los argumentos presentados por la empresa ASEGURADORA SOLIDARIA y considera que la póliza de seguro bajo cuestión no debe operar.

XII. DE LAS EXCEPCIONES

I.- En relación con las excepciones de la convocada.

La parte demandada formuló las excepciones de *“cobro de lo no debido”*, *“falta de integración del litisconsorcio o llamamiento en garantía”* y *“condición resolutoria tácita de los contratos”*.

La excepción de cobro de lo no debido parece hacerse consistir en que la convocada considera que la convocante le estaría cobrando obligaciones dinerarias que no está obligada a sufragar. La defensa propuesta está llamada al fracaso, ante la improsperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto habiendo naufragado el pedimento encaminado a que la convocada pagara a la convocante las sumas de dinero reclamadas en la demanda, no se adoptarán decretos relacionados con pagos que la convocada deba atender a favor del convocante.

Adicionalmente, no se probó en el plenario que durante la ejecución accidentada del contrato de obra, la convocada hubiese hecho pago alguno a la convocante, y menos que hubiese incurrido en error al respecto. Esas breves razones, sumadas al silencio de la excepcionante sobre el alcance preciso de esta defensa, llevan al Tribunal a declararla no probada.

Frente a la excepción denominada *“falta de integración del litisconsorcio o llamamiento en garantía”* parece consistir en que a juicio de la excepcionante a este proceso debió haber sido vinculada la sociedad CONARCI SAS, en atención a que como esta persona jurídica cedió su posición contractual a CONSCIMET SAS, dado que tal cesión habría quedado sujeta a la condición de cumplir determinadas responsabilidades en el contrato de obra. Según lo expresado por la excepcionante en el escrito de contestación, *“el contrato de cesión se encuentra condicionado por parte de EGO y sujeta su validez a la presencia y responsabilidad solidaria –culpa en eligiendo- del contratista inicial”*.

La cláusula contractual a la que se refiere la convocada reza así: *“MARIANO ORLANDO TAFUR REYES., mayor de edad, vecino y residente en este municipio, identificado con la*

cédula de ciudadanía No 14.932.505 expedida en esta ciudad, obrando en la calidad mencionada, expresa su voluntad de aceptar la cesión del contrato siempre y cuando y en cuando al cumplimiento de responsabilidades contractuales y extracontractuales se desprendan de un atraso o incumplimiento parcial o total al contrato, razón por la cual continuará vinculada como garante la sociedad CONARCI S.A.S. y su representante legal el señor SANDRO GINO VARO., tal y como se encuentra pactado en el contrato original”.

De los mismos términos sentados en el contrato de cesión del contrato de obra se deduce que la posición de CONARCI es garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de CONSCIMET como nuevo contratista de la obra, ello no resulta en la obligatoriedad de su presencia en el actual proceso pues dicho amparo puede después exigirse de otra manera, sea judicial o no. La posición de garante compromete a CONARCI a responder solidariamente por los incumplimientos de CONSCIMET ante la ESCUELA GASTRONÓMICA pero ello no lo convierte en parte fundamental para la tramitación del proceso como parece alegarlo la parte convocada.

Adicionalmente, y en virtud del fracaso tanto de las pretensiones así como de las excepciones de la demandada, no se declarará el incumplimiento de CONSCIMET y por tanto, CONARCI no tendría porque entrar a responder solidariamente.

En otras palabras siendo CONARCI apenas un garante de una de las partes, en virtud de cesión del contrato aceptada por la convocante, los efectos del laudo que aquí se profiera no se producirá en la relación entre esa entidad y CONSCIMET, por lo cual no es necesaria su presencia en este proceso.

Ahora bien, en relación con la excepción de condición resolutoria tácita, tampoco está llamada a prosperar, porque el contrato de obra que se suscribió es de los denominados de tracto sucesivo, o de permanente ejecución, en los cuales no es posible solicitar y obtener la resolución. En efecto, si las partes ejecutaron el contrato no les es posible retrotraer en el tiempo la ejecución del mismo.

De otro lado, tampoco procedería la resolución tácita de un contrato terminado y ejecutado, por cuanto, como se dijo en la parte motiva, habiendo concurrido culpas de ambas partes, ninguna de las dos puede imponerle a la otra la acción resolutoria, pues, como se sabe, esta solamente puede incoarla aquel contratante que no hubiere incurrido en falta alguna durante la ejecución del contrato.

Por las anteriores razones, igualmente se declarará no probada la excepción de mérito de condición resolutoria tácita.

Igualmente el Tribunal rechaza lo que en la contestación de la demanda se denomina “Objeciones Principales”, pues habiéndose declarado no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, no existen en esas “Objeciones Principales”, circunstancias que obliguen a un pronunciamiento adicional del Tribunal pues los puntos en ellas insertos están comprendidos en los argumentos exceptivos de la misma parte, que fueron despachados negativamente.

II.- En relación con las excepciones de la aseguradora.

La ASEGURADORA COLOMBIANA formuló excepciones de mérito así:

.- Inoponibilidad a mi representada, de los efectos derivados del contrato de obra precio fijo por la labor ejecutada No.001 (y sus respectivas adiciones y/o modificaciones), por la extralimitación en la que incurrió el representante legal de la sociedad afianzada.

.- Nulidad relativa y/o anulabilidad

.- Excepción de contrato no cumplido.

.- Carencia de prueba del supuesto perjuicio alegado.

.- Enriquecimiento sin causa.

.- Incumplimiento unilateral en las obligaciones contenidas en el contrato de obra No. 001, por parte de la sociedad Escuela Gastronómica de Occidente.

.- Genérica o innominada y otras.

Y en el Capítulo II, de la contestación del llamamiento en garantía y frente a los hechos del llamamiento en garantía se pronunció en los folios 032 a 035 del C. 3, se opuso a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía en la medida en que excedan los límites y coberturas acordadas y/o desconozcan las condiciones particulares y generales de la póliza y las disposiciones que rigen el contrato de seguro, así como también si exceden el amparo otorgado o no se demuestra la realización del riesgo asegurado o se comprueba una causa de exclusión. Bajo esa óptica formuló entonces las siguientes excepciones de mérito:

.- Improcedencia de afectación de la póliza de cumplimiento particular No. 430-45-994000006848 expedida por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, por falta de demostración de la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

.- Inexistencia de siniestro en cada uno de los amparos que pretende afectar la parte convocante.

.- No se realizó el riesgo asegurado por mi representada.

.- El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones no se extiende a cubrir personal de subcontratistas o aquellas vinculadas al contratista garantizado bajo modalidades diferentes al contrato de trabajo.

.- Ausencia de cobertura de lucro cesante en la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 430-45-9940000006848 expedida por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

.- Exclusiones de cobertura.

.- Límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la póliza que enmarcan las obligaciones de las partes.

.- Reducción de la indemnización.

.- Subrogación.

.- Caso fortuito o fuerza mayor.

.- El contrato es ley para las partes.

.- Carencia de pruebas del supuesto perjuicio.

.- Enriquecimiento sin causa.

.- Genérica o Innominada.

Dado que las pretensiones de la demanda no serán acogidas, y en atención a que todas las excepciones de mérito formuladas por la Aseguradora gravitan sobre las consecuencias económicas que se habrían producido en el contrato de seguro celebrado con la parte convocante, las excepciones formuladas por el llamado en garantía serán declaradas no probadas. En efecto, excepción hecha del cuestionamiento de la validez del contrato de seguro, todas las defensas están estructuradas en una hipótesis o riesgo que no se ciñó ante el fracaso de los pedimentos de la demanda, por lo cual solo procede declarar no probadas tales excepciones.

En lo que tiene que ver con la excepción de inoponibilidad de los efectos derivados del contrato de obra por supuesta extralimitación, y las de nulidad relativa o anulabilidad del contrato, tampoco están llamadas a prosperar, porque no se probaron los supuestos de hecho en los que edifican tales pedimentos. En efecto, no obra prueba alguna en el plenario de la supuesta extralimitación, ni de la supuesta causal de nulidad relativa o anulabilidad.

Por las anteriores razones, se reitera, el Tribunal declarará igualmente no probadas las excepciones de mérito propuestas por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

XIII. DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

La parte actora acompañó su demanda con la estimación de perjuicios sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la

prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso las obligaciones de las partes.

Como bien lo planteó la Corte Constitucional en Sentencia C-157 de 2013 “*sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso*”. Por ese motivo, la Corte decidió “*Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado*”.

En este caso, la falta de prueba de los perjuicios no es endilgable a la temeridad o mala fe de la parte convocante, pues si obrar sí se predica diligente y esmerado pues realizó adecuada y suficientemente una enunciación minuciosa de lo que consideró eran los perjuicios de la inadecuada terminación de la obra. Aun así, como este tribunal consideró que dicho terminar abrupto de la construcción, y los sobrecostos que de él se desprendieron, son producto de la concurrencia de culpas entre las partes, no hay lugar a encontrar responsabilidad alguna en cabeza del convocado. Por ello, esta falta de simetría entre lo solicitado y lo otorgado no es endilgable a la parte convocante sino a la posición jurídica asumida por el fallador.

Por estos motivos, no se impondrá sanción en cabeza de la parte convocante.

XIV. DE LAS AGENCIAS EN DERECHO Y COSTAS

El Tribunal estableció que la forma en que se celebró y ejecutó el contrato de obra entre las partes devino en una situación de crisis, imputable a ambas partes, razón por la cual fracasaron las pretensiones de la demanda, y también las excepciones de mérito propuestas por la convocada y por el llamado en garantía.

Así las cosas, con base en la facultad que le asiste al juez de imponer condena en costas total o parcialmente, prevista en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, como quiera que no hubo una parte vencida en el proceso, el tribunal se abstendrá de imponer condena en costas y agencias en derecho, por lo que cada parte deberá asumir las expensas y honorarios en los que hubiere incurrido.

Como quiera que en el proceso está acreditado que la parte demandada no sufragó la parte de honorarios y gastos a los que fue obligada, como también que la parte convocante solicitó y obtuvo certificación de que ella había pagado por su contraparte las sumas a cargo, en el evento de haberse promovido ejecución esta deberá continuar; de no haberse

promovido aun la ejecución, CONSCIMET pagará a la ESCUELA GASTRONÓMICA la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 35.401.914.) por concepto de reembolso del 50% de los gastos y honorarios, causados desde el día Catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015).

En relación con las agencias y expensas frente al llamamiento en garantía, el tribunal adopta la misma solución de que tanto las partes como la aseguradora asumirán las expensas y agencias en derecho que cada quien hubiere tenido que sufragar.

XV. PARTE RESOLUTIVA

Con base en lo que se ha dejado expuesto, el Tribunal Arbitral integrado por CARLOS MAURICIO VALENCIA LOPEZ, JORGE RESTREPO POTES y RAMIRO BEJARANO GUZMAN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

Primero. Deniéguense las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Segundo. Declárense no probadas las excepciones de mérito propuestas por CONSCIMET S.A.S. y por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Tercero. Sin condena en costas ni perjuicios. No obstante la convocante y la convocada habrán de estarse a lo señalado en la parte motiva de este laudo en relación con el reembolso de la suma correspondiente a honorarios y gastos que la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE EGO S.A.S. sufragó por la convocante.

Cuarto. No imponer sanción a la ESCUELA GASTRONÓMICA DE OCCIDENTE EGO S.A.S. derivada de la estimación de los perjuicios y la no prosperidad de las pretensiones.

Cuarto. Expídanse copias auténticas de la presente providencia a costa de las partes, con la constancia de su notificación y ejecutoria.

Quinto. En firme este laudo **páguese** a cada uno de los árbitros y la secretaria el 50% restante de los honorarios y procédase por la presidencia a la rendición de las cuentas de los gastos.

Sexto. Remítase el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de Santiago de Cali para su correspondiente archivo.

La presente providencia queda notificada en estrados.

CARLOS MAURICIO VALENCIA LÓPEZ

JORGE RESTREPO POTES

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN

YILDA CHOY PAZMIN