

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**LAUDO**

Medellín, 11 de marzo de 2019

Agotado el trámite legal correspondiente, el Tribunal emite el laudo que pone fin al presente proceso seguido entre las partes que se identifican enseguida, el cual es acogido por mayoría de los Árbitros y se integra de los siguientes capítulos:

**TABLA DE CONTENIDO**

<b>PARTE I. ANTECEDENTES</b>	<b>4</b>
<b>TRÁMITE DEL PROCESO</b>	<b>4</b>
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO</b>	<b>4</b>
<b>EL PACTO ARBITRAL</b>	<b>5</b>
<b>EL DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL</b>	<b>9</b>
Convocatoria e integración del Tribunal	9
Audiencia de instalación	9
Admisión de la demanda	10
Contestaciones	10
Fase de conciliación del proceso y fijación de gastos y honorarios	10
Primera audiencia de trámite	11
Decreto y práctica de pruebas	12
Alegatos de conclusión	15
Concepto del Ministerio Público	15
Término de duración del proceso	18
<b>FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA</b>	<b>18</b>
<b>PARTE II. PRESUPUESTOS PROCESALES</b>	<b>22</b>
<b>PARTE III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</b>	<b>23</b>

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

<b>LAS TACHAS POR SOSPECHA FORMULADAS POR VIVA EN RELACIÓN CON LOS TESTIGOS JAVIER ALFONSO VALDÉS BARCHA y JAIDER SEPÚLVEDA GARCÍA</b>	<b>25</b>
Javier Alfonso Valdés Barcha _____	25
Jaider Sepúlveda García _____	25
<b>LA CONTROVERSIA DE LA PRUEBA PERICIAL DE INGENIERÍA DECRETADA y PRACTICADA EN EL PROCESO</b>	<b>26</b>
<b>LA INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL SOLICITADA POR VIVA Y NEGADA POR EL TRIBUNAL</b>	<b>29</b>
<b>ANÁLISIS GENERAL DEL CONTRATO No. 127</b>	<b>31</b>
Naturaleza jurídica _____	31
Otros perfiles del texto del Contrato _____	32
<b>PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN LEGAL DEL SUBSIDIO DE VIVIENDA. SU RELACIÓN E INCIDENCIA EN EL CONTRATO No. 127</b>	<b>39</b>
<b>PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL</b>	<b>43</b>
Síntesis de la controversia _____	44
Consideraciones del Tribunal _____	56
Conclusiones _____	109
<b>PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL</b>	<b>113</b>
Anotación previa sobre la conveniencia de resolver esta pretensión previamente al pronunciamiento del Tribunal relativo a la terminación y a la liquidación del Contrato _____	113
Síntesis de la controversia _____	113
Consideraciones del Tribunal _____	114
Conclusiones _____	116
<b>PRETENSIÓN CONSECUCIONAL DE LA PRIMERA PRINCIPAL</b>	<b>116</b>
Síntesis de la controversia _____	117
Consideraciones del Tribunal _____	118
Conclusiones _____	134
<b>PRIMERA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL DE LA SEGUNDA PRINCIPAL</b>	<b>134</b>

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Síntesis de la controversia _____	136
Consideraciones del Tribunal _____	138
<b>SEGUNDA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL DE LA SEGUNDA PRINCIPAL SOBRE</b>	
<b>LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO _____</b>	<b>155</b>
Estructura y alcance de la pretensión _____	155
Consideraciones _____	156
<b>CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE OTRAS EXCEPCIONES</b>	
<b>PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS y SU VOCACIÓN DE ENERVAR LAS</b>	
<b>PRETENSIONES DE LA DEMANDA _____</b>	<b>156</b>
Conclusiones _____	158
<b>JURAMENTO ESTIMATORIO _____</b>	<b>160</b>
<b>PARTE IV. COSTAS _____</b>	<b>161</b>
<b>PARTE V. RESOLUTIVA _____</b>	<b>162</b>

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**PARTE I. ANTECEDENTES**

**TRÁMITE DEL PROCESO**

**IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO**

**LA DEMANDANTE**

La parte convocante son los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, en lo sucesivo el CONSORCIO o la parte convocante, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, vecino de la Calle 14 No. 30 – 57, con acta de constitución del 10 de abril de 2014, representado por el señor Jorge Enrique Mora Henao, identificado con cédula de ciudadanía No. 70.556.231.

**LAS DEMANDADAS**

Fungen como convocadas en este proceso, las siguientes:

La EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, en adelante VIVA o la convocada, empresa industrial y comercial del Estado, del orden departamental, vinculada al Departamento de Antioquia, identificada con NIT 811.032.187-8, creada por la Asamblea Departamental de Antioquia mediante Ordenanza 034 de 2.001, representada legalmente por su Gerente, la doctora Lina Marcela García Gañán, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.208.152.

El FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, identificado con NIT 830.055.897-7, administrado por la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., FIDUBOGOTÁ o la convocada en lo sucesivo, con NIT 800.142.383-7, representada legalmente por la doctora Carolina Lozano Ostos, con domicilio en la ciudad de Bogotá en la Calle 67 No. 7-37.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**EL PACTO ARBITRAL**

El pacto arbitral por el que hay lugar a dirimir las controversias surgidas entre las partes, se encuentra establecido en la cláusula vigésima séptima del Contrato de Obra Civil No. 127, en adelante el Contrato No. 127 o el Contrato, celebrado el 28 de julio de 2014, y cuyo texto es el siguiente:

**"VIGÉSIMA SÉPTIMA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. CLÁUSULA COMPROMISORIA:** Para la solución de controversias contractuales, se aplicarán las siguientes reglas:

**"1.-Solucion de controversias jurídicas.**

**"Acuerdo directo:** En caso de surgir cualquier tipo de desacuerdo, se procurará su solución directa. Para dar inicio al procedimiento directo cualquiera de las partes dará notificación a la otra parte acerca de su intención de someter el conflicto en cuestión a un Amigable componedor. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha del recibo de tal notificación, las partes deberán intentar ponerse de acuerdo. Los procedimientos directos tendrán lugar en la ciudad de Medellín y se surtirán en idioma castellano.

"Las partes en cada caso fijaran de común acuerdo el término máximo de duración del procedimiento directo, el cual no podrá exceder de cuarenta y cinco (45) días hábiles en ningún caso.

"Si las partes llegan a un acuerdo suscribirán un contrato de transacción, el cual será vinculante y tendrá efectos de cosa juzgada de conformidad con la ley.

"Para determinar el amigable componedor, cada parte realizará una lista compuesta por tres amigables componedores dentro de los diez (10) días siguientes al reconocimiento del conflicto por cualquiera de las partes y estas escogerán dentro de

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

los seis seleccionados, uno que genere confianza a ambas partes. Si no llegaren a un acuerdo sobre ello, éste será designado por la Cámara de Comercio de Medellín según su reglamento.

“El amigable componedor no tendrá competencia para modificar las cláusulas del contrato, aunque si defina aspectos técnicos para interpretarlas, de ser necesario, caso en el cual aplicarán las reglas de interpretación de los contratos, previstas en las normas vigentes.

“La amigable composición tendrá lugar en las oficinas del Amigable Componedor en Medellín. En caso de ser necesario cualquier desplazamiento fuera de Medellín, los costos y gastos correrán por partes iguales entre los involucrados en la controversia.

“El procedimiento de la amigable composición se regirá por las siguientes reglas:

- La parte, que suscite la controversia deberá presentar sus alegatos y los documentos que los sustenten en el término de diez (10) días hábiles, contados desde la fecha en que el Amigable Componedor haya aceptado su designación, pagados sus honorarios y notificado este hecho a su contraparte. Presentados los alegatos, la contraparte tendrá del mismo término de diez (10) días hábiles, contados desde la fecha en que sean notificados, para contestar dichos alegatos.
- El Amigable Componedor, a su vez tendrá un plazo máximo de diez (10) días hábiles para resolver la disputa por escrito, los cuales se contarán a partir del día siguiente a la presentación de los alegatos y documentos previos en el numeral anterior. Este plazo podrá ampliarse a solicitud del Amigable Componedor, siempre que esa solicitud sea aceptada por las dos partes.
- Los alegatos deberán contener, como mínimo: 1. Una explicación de los fundamentos técnicos de ingeniería o financieros y/o contables, según corresponda y contractuales que sustenten la posición de la respectiva parte. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Las peticiones que haga la respectiva parte al Amigable Componedor para resolver las diferencias.

- Cada parte deberá cooperar en la realización de cualquier investigación que el Amigable Componedor efectúe relacionado con la disputa en cuestión. Las decisiones adoptadas por el Amigable Componedor, como resultado del procedimiento de la amigable composición, tendrá fuerza vinculante para las partes de acuerdo con la ley.
- En el caso en el Amigable Componedor previamente escogido, no esté disponible para resolver la disputa, se podrá acudir a otro Amigable Componedor de igual reputación y experiencia en el aspecto en cuestión, mutuamente escogido por **EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA**. Si estos no se ponen de acuerdo para escoger el nuevo amigable componedor en un plazo de diez (10) días hábiles, contados desde el aviso de alguna de las partes, el Amigable Componedor será escogido por la Cámara de Comercio de Medellín.

“Los gastos que ocasione la intervención del Amigable Componedor serán cubiertos, en principio, por partes iguales entre los involucrados en la controversia. Una vez tomada la decisión por el Amigable Componedor, los gastos los asumirá la parte que resulte vencida. Si no es éste el caso, los gastos serán distribuidos entre **EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA** por partes iguales. Culminada la Amigable Composición, las partes se harán los reembolsos de gastos por la introversión del Amigable Componedor, de acuerdo con lo que corresponda según lo previsto en este numeral.

**“Tribunal de Arbitramento**

“Las controversias de naturaleza legal relacionadas con la celebración, interpretación, aplicación o ejecución de este negocio jurídico y en general, las controversias que no se consideren de naturaleza técnica y que no hayan sido resueltas de acuerdo con la

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

intervención del Amigable Componedor, se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. En caso de desacuerdo entre las Partes sobre la calificación de la controversia (bien sea controversia legal o técnica), dicho desacuerdo deberá ser resuelto por un Tribunal de Arbitramento en derecho, que asumirá la competencia, de fondo, del conflicto y podrá contar con auxiliares técnicos durante el trámite arbitral.

“El Tribunal de Arbitramento funcionará por conductor del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, tendrá su sede en Medellín, que es a su vez sede del domicilio contractual y estará formado por tres (3) árbitros abogados, nombrados por dicho Centro de Conciliación y Arbitraje, el cual funciona en la misma ciudad, siguiendo para tales efectos las reglas de conciliación y arbitraje de dicha entidad. El Tribunal, de carácter institucional, deberá en derecho con fundamento en la normatividad jurídica vigente de la Republica de Colombia de conformidad con la naturaleza y objeto del presente contrato. La decisión de los árbitros será definitiva y vinculante para las partes y prestará merito ejecutivo para el cumplimiento de este negocio jurídico. El Tribunal de Arbitramientos se regirá por lo dispuesto en las normas jurídicas vigentes. Las cuestiones internas del tribunal se sujetarán a las reglas del citado centro.

“Los gastos y honorarios del tribunal de arbitramento y las costas deberán ser pagadas por las partes en la forma como decida el tribunal.

“La intervención del Amigable Componedor o del Tribunal de Arbitramento, no suspenderá la ejecución del contrato, salvo aquellos aspectos y exclusivamente en los frentes de obra cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**"Diferencias de índole técnica"**

"Si la diferencia fuere de índole técnica, se estará a lo dispuesto en el Reglamento del referido Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín."

**EL DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL**

**Convocatoria e integración del Tribunal**

El 26 de septiembre 2017 el CONSORCIO presentó demanda en contra de VIVA y de FIDUBOGOTÁ, ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

Los integrantes del Tribunal fueron designados por sorteo público que se llevó a cabo los días 2 y 23 de noviembre y 7 de diciembre de 2017. Todos los árbitros dieron cumplimiento al deber de información prevenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

**Audiencia de instalación**

El Centro de Arbitraje citó para la celebración de la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, la cual se llevó a cabo el día 8 de febrero de 2018, a las 2:30 p.m.

En dicha audiencia se declaró instalado el Tribunal y se nombró como presidente a la doctora María Cristina Duque Correa, y como secretario al doctor Mateo Duque Fisher, quien tomó posesión del cargo y manifestó que no tenía motivos de impedimento ni recusación. Los apoderados presentes no hicieron manifestación alguna en relación con el secretario designado por el Tribunal.

En la misma audiencia se reconoció personería para actuar en el proceso al doctor Juan Diego Restrepo Rueda como apoderado del CONSORCIO demandante y a los doctores

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Uriel Gómez Grisales, como apoderado de VIVA y Jaime Andrés Cuartas Cardona, como apoderado de FIDUBOGOTÁ.

En la audiencia también se hizo presente la doctora Marcela Molina Trujillo como Procuradora 112 Judicial Para Asuntos Administrativos de Medellín, Antioquia.

**Admisión de la demanda**

El Tribunal inadmitió la demanda y una vez verificada la oportuna subsanación de la misma, el 22 de febrero de 2018 la admitió a trámite. <sup>1</sup>

No obstante, dicha actuación se dejó sin efecto posteriormente debido a una deficiencia en el traslado de la misma, por lo que finalmente la demanda se admitió y de la misma se corrió traslado a las convocadas el 12 de marzo de 2018. <sup>2</sup>

**Contestaciones**

Tanto VIVA como FIDUBOGOTÁ dieron oportuna contestación a la demanda los días 12 y 13 de abril de 2018 respectivamente. En sus escritos de contestación las demandadas se opusieron a las pretensiones de la demanda y propusieron excepciones de fondo. Adicionalmente FIDUBOGOTÁ objetó el juramento estimatorio.

**Fase de conciliación del proceso y fijación de gastos y honorarios**

El 22 de mayo de 2018 tuvo lugar la audiencia de conciliación, en el curso de la cual quedó clara la imposibilidad de poner fin a las diferencias entre las partes, declarándose la misma fracasada y ordenándose entonces, de conformidad con la ley, la fijación de honorarios de los miembros del Tribunal y los gastos del proceso. <sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Folios 181 a 189 del Cuaderno No. 2.

<sup>2</sup> Folios 227 y 233 al 235 del Cuaderno No. 2.

<sup>3</sup> Folios 738 al 745 del Cuaderno No. 3.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

El 19 de junio se verificó el pago total de honorarios por parte de la convocante y se fijó fecha para la celebración de la primera audiencia de trámite.

Consta en el expediente, y así será tenido en cuenta para todos los efectos, que la parte convocante recibió el reembolso de los gastos y honorarios que asumió.

**Primera audiencia de trámite**

El 6 de julio de 2018 se dio inicio a la primera audiencia de trámite. En el curso de esta audiencia el Tribunal se declaró competente para resolver las diferencias puestas en su conocimiento en los términos de la convocatoria y de las contestaciones a la misma.

Se puso de presente, ante la ausencia de estipulación expresa sobre el término para la duración del proceso según el texto de la cláusula vigésima séptima de Contrato, que en virtud de lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012 el término de duración del proceso sería de 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las suspensiones que fueran convenidas por las partes.

VIVA solicitó la integración de un litisconsorcio necesario con FONVIVIENDA, FINDETER y la FIDUCIARIA BOGOTÁ, solicitud que fue rechazada por el Tribunal arbitral mediante Auto No. 3, el cual fue recurrido y confirmado íntegramente. En posteriores apartes de esta providencia se hará detallado análisis de este aspecto del proceso.

El día 26 de julio de 2018 se dio continuidad a la celebración de esta audiencia confirmando lo dispuesto en el Auto No. 3 y emitiendo el auto por medio del cual fueron decretadas las pruebas del proceso.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Decreto y práctica de pruebas**

El Tribunal decretó y tuvo como tales las siguientes:

Documentales

Como tales fueron tenidos los documentos oportunamente aportados por las partes.

Testimonios

El Tribunal arbitral decretó y practicó los siguientes testimonios:

Jaidier Sepúlveda García	29 de agosto de 2018
Álvaro Andrés Jaimes Madariaga	1 de agosto de 2018
John Jairo Botero Muñoz	1 de agosto de 2018
Jorge Botero Castaño	29 de agosto de 2018
Javier Alonso Valdés Barcha	31 de julio de 2018
Mónica Quiroz Viana	29 de septiembre de 2018

El testigo Javier Alonso Valdés Barcha fue tachado por sospecha por la convocada VIVA por haber tenido una relación de dependencia con esta.

El Tribunal entiende que en el curso de la audiencia de testimonios que tuvo lugar el 29 de agosto de 2018, aunque al respecto no haya explicitud en el dicho del apoderado de VIVA, su apoderado judicial hizo concretas y repetidas alusiones a una pretendida falta de independencia del testigo Jaidier Sepúlveda García, Interventor del Contrato No. 127, debido al hecho de tener interés en las resultas de este proceso. A dichas manifestaciones se les dará el tratamiento de una tacha por sospecha.

En posterior aparte del presente laudo el Tribunal resolverá lo pertinente a esas tachas.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

La parte convocante desistió de los testimonios de Fernando Antonio Velásquez Ramírez, Catalina Ruiz y Carlos Marín.

La parte convocada desistió de los testimonios de Natalia Rendón Garcés, David Ochoa Yepes, Érica López y Liceth Luna Rincón.

Prueba por informe

El Tribunal ordenó a ESTRUCTURAS, INTERVENTORÍAS Y PROYECTOS EIP LTDA., firma interventora del Contrato, rendir bajo la gravedad de juramento el informe solicitado por la parte convocante referente documentos anunciados y/o reproducidos en la comunicación que se dirigió a dicha Interventoría el día 29 de noviembre de 2016 bajo la radicación interna R1275-16 la cual se encuentra entre los folios 499 y 523 del Cuaderno Principal.

La prueba se incorporó al expediente de folios 880 a 924, del Cuaderno No. 3, hecho que fue puesto en conocimiento de las partes y del cual se dejó constancia en el expediente el 29 de agosto de 2018.

Prueba documental solicitada por la parte convocante en el escrito por medio del cual se pronunció sobre las excepciones de mérito propuestas por las convocadas

El Tribunal ordenó a FIDUBOGOTÁ, previa solicitud de la convocante formulada en el memorial por medio del cual se pronunció sobre las excepciones de mérito propuestas por las convocadas<sup>4</sup>, remitir con destino al proceso el Oficio R 20151007146 del 31 de agosto de 2015.

---

<sup>4</sup> Folio 733 del Cuaderno No. 3.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Prueba pericial

Por solicitud de la parte convocante se decretó un dictamen pericial de ingeniería, para lo cual el Tribunal designó al Ingeniero Luis Carlos Restrepo Arango.

El perito se posesionó en audiencia el día 14 de agosto de 2018, fecha en la cual el Tribunal calificó las preguntas realizadas por todas las partes, rechazando algunas de ellas, formulando algunas de oficio y ordenando la respuesta de otras.

El 19 de septiembre de 2018, mediante Auto No. 14, el Tribunal verificó que FIDUBOGOTÁ no había realizado el pago del anticipo de honorarios a favor del mencionado auxiliar de la justicia, el cual había sido ordenado mediante Auto del 14 de agosto de 2018, razón por la cual, mediante auto, resolvió tener la prueba como desistida por esa parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012.

FIDUBOGOTÁ recurrió esa decisión alegando haber realizado el pago de honorarios, no obstante, el mismo en términos del Auto No. 16, se tuvo por extemporáneo.

El recuento y las decisiones del Tribunal sobre este punto serán objeto de posteriores consideraciones en la parte pertinente del presente laudo.

Declaración e interrogatorio de parte del Representante del CONSORCIO

El Tribunal decretó la declaración del señor Jorge Enrique Mora Henao, prueba que fue practicada el 31 de julio de 2018 y que tuvo origen en la iniciativa de la propia parte convocante.

De igual manera y en atención a la solicitud de las convocadas, se decretó el interrogatorio de parte del ingeniero Jorge Enrique Mora Henao, interrogatorio que absolvió en su reconocida calidad de integrante del CONSORCIO el día 31 de julio de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Alegatos de conclusión**

Mediante Auto No. 18 del 18 de octubre de 2018 el Tribunal citó a las partes a la celebración de la audiencia de alegatos finales la cual fue convocada para el día 16 de noviembre de esa misma anualidad.

No obstante, en el curso de dicha audiencia y conocidas algunas manifestaciones de las partes, así como el pronunciamiento que al respecto hizo la señora Agente del Ministerio Público que intervino en el proceso, se determinó que aunque para el Tribunal era claro que todos los sujetos del proceso habían tenido acceso oportuno a la experticia, resultaba preciso, en aras de garantizar plenamente el ejercicio del derecho de contradicción de las pruebas, dar traslado a las partes del dictamen pericial por un término de diez (10) días, concluidos los cuales se citaría nuevamente a la realización de la audiencia de alegatos finales.

Lo pertinente a la práctica y a la contradicción del dictamen pericial de ingeniería decretado por el Tribunal a instancias de la parte convocante será objeto de un aparte especial contenido en la parte motiva de este laudo.

La audiencia de alegatos de conclusión tuvo lugar, una vez agotada la contradicción del dictamen pericial con plenas garantías para los sujetos del proceso, el día 17 de diciembre de 2018, oportunidad en la cual los mismos fueron expuestos en audiencia e incorporados al expediente sendos escritos contentivos de los mismos.

**Concepto del Ministerio Público**

La Procuradora 112 Judicial II Administrativa que intervino en el presente proceso en representación del Ministerio Público tomó parte activa a lo largo de todo el trámite y cumplió cabalmente con las funciones de orden constitucional y de índole legal propias de esa investidura.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

A juicio del Tribunal, dicha funcionaria desempeñó un papel muy destacado que se caracterizó por el riguroso cumplimiento en la atención de las audiencias, la activa participación en el recaudo probatorio y la formulación de un concepto final sobre las diferencias puestas en conocimiento de esta sede arbitral, concepto al cual pasa a referirse el Tribunal enseguida.

En su concepto final, de fecha 21 de enero de 2019 <sup>5</sup>, la Agente del Ministerio Público ofreció al Tribunal un recuento general sobre las posiciones de las partes y destacó, como primer punto de sus consideraciones, el principio de *pacta sunt servanda*, haciendo una exégesis del mismo, con apoyo en cardinal jurisprudencia del Consejo de Estado.

Enseguida señaló la Señora Procuradora que a juicio de la vista fiscal que ella representa, está acreditado que el CONSORCIO hizo entrega a VIVA y a la Interventoría del Contrato, de una serie de documentos técnicos propios de la ejecución contractual, sobre cuya suspensión y sus efectos también se pronunció, al igual que encontró probado que dicho CONSORCIO adelantó algunas gestiones frente al municipio de San Carlos, igualmente orientadas a gestionar trámites inherentes al cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.

No encuentra el Ministerio Público que la conducta de las convocadas refleje el cumplimiento de sus obligaciones según los términos del acuerdo de voluntades que constituye la especie de esta *litis*, y en ese contexto señala:

“... a lo largo del espacio de tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato e incluso antes, en razón de sus omisiones han dado pie a que el contrato no se haya podido ejecutar correctamente generando un incumplimiento de su parte, trascendental para el objeto contractual, ello derivado de la falta de planeación en el proyecto que confluyó en aspectos técnicos tales como por ejemplo cota de inundación, que generaron cambios en los diseños y que hoy reclama el contratista, diferencias técnicas que finalmente fueron superadas, pero no así los aspectos

---

<sup>5</sup> Folios 1072 al 1084 del Cuaderno No. 3.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

jurídicos de saneamiento del predio donde se desarrollaría el proyecto, ello con relación al formato SARLAFT...”

El Ministerio Público agrega que los efectos reconocidos por el Consejo de Estado en relación con la suspensión del contrato estatal se remiten a que durante su duración no son exigibles del Contratista las obligaciones a su cargo.

Lo anterior, para indicar que la alegación de Contrato no cumplido planteada en su defensa por las convocadas no puede recibir despacho favorable, por ser claro para la Procuradora

“... que el contrato no se podrá desarrollar en las condiciones pactadas y que tanto la Gerencia Integral del proyecto VIVA como FIDUBOGOTÁ no se avienen a la terminación y liquidación del mismo a sabiendas de su imposibilidad real de materialización en el predio seleccionado por la (sic) circunstancias ampliamente descritas que condujeron a la despriorización de cupos por FONVIVIENDA para el Proyecto San Carlos, así como tampoco se avizoran alternativas que permitan por ejemplo la reubicación del proyecto y que den viabilidad a las soluciones habitacionales tan necesitadas por todo el territorio nacional y para el caso específico del municipio de San Carlos.”

Indica igualmente el Ministerio Público como parte del concepto bajo análisis, que el Contrato sí es posible liquidarlo en sede arbitral, no solo en atención al entendimiento del pacto arbitral, que no es limitativo por ningún aspecto, sino también en consideración a la interpretación al respecto hecha por el Consejo de Estado, reproducida en el aludido documento.

Solicita en conclusión el Ministerio Público, que el Tribunal acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Término de duración del proceso**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 y habida cuenta de la ausencia de término de duración del proceso en la cláusula compromisoria, el Tribunal adoptó la provisión legal supletiva del silencio de las partes y fijó el término de 6 meses para la duración del mismo.

La primera audiencia de trámite finalizó el 26 de julio de 2018. Lo anterior quiere decir que el término inicial para proferir el laudo sería el 28 de enero de 2019, teniendo en cuenta que el 26 de enero no es un día hábil.

En el curso del procedimiento, el Tribunal decretó, por solicitud de las partes, las siguientes suspensiones dentro del proceso:

- Mediante Auto No. 8 se suspendió el proceso del 9 al 13 de agosto y del 15 al 28 de agosto, ambas fechas incluidas, para un total de 12 días hábiles.
- Mediante Auto No. 23 se suspendió el proceso del 18 de diciembre de 2018 al 28 de enero de 2019, ambas fechas incluidas, para un total de 12 días hábiles.

Es decir, el presente proceso arbitral estuvo suspendido por un total de 39 días hábiles.

Teniendo en cuenta lo anterior, el término del proceso vence el 22 de marzo de 2019, razón por la cual el Tribunal está dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

**FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA**

Los hechos en que CONSORCIO funda sus pretensiones son los que a continuación se sintetizan:

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Referentes a la celebración del Contrato y sus antecedentes**

El Fondo Nacional de Vivienda (en adelante, FONVIVIENDA) y VIVA, suscribieron el Convenio Interadministrativo No. 34 de 2012 con propósito de lograr el acceso de población vulnerable en el departamento de Antioquia a viviendas de interés social; con similar objeto, esas dos entidades suscribieron el Convenio Interadministrativo 087 de 2013 con el fin de aunar esfuerzos en la entrega de 1.739 viviendas en el Departamento, las cuales, entre otros municipios, serían entregadas en el municipio de San Carlos.

VIVA asumió la Gerencia Integral de estos proyectos, obligándose a su gestión y ejecución, en cumplimiento de las obligaciones adquiridas y de las facultades otorgadas por la Ley 1537 de 2012. En cumplimiento de sus obligaciones, seleccionó a FIDUBOGOTÁ para el manejo del Patrimonio Autónomo al cual quedó afectado el manejo del proyecto que ocupa la atención de este Tribunal, suscribió un Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos y entre esos mismos sujetos constituyeron el FIDEICOMISO – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.

VIVA contrató a FINDETER para la certificación de los predios públicos preseleccionados, con el objeto de que esta entidad verificara el cumplimiento de los requerimientos técnicos, legales y ambientales mínimos de los predios postulados para la ejecución del Proyecto San Carlos.

El Fideicomiso realizó la Invitación Privada No. 064 de 2014 con el objeto de contratar el diseño y construcción de 400 viviendas de interés prioritario para el Municipio de San Carlos, de modo que el 27 de junio de 2014 el Comité Fiduciario autorizó la celebración del Contrato de Obra Civil No. 127 con el CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, por un valor total de trece mil millones sesenta y cuatro mil pesos (\$ 13.000.064.000).

El 28 de julio de 2014 se suscribió el Contrato de Obra Civil No. 127 de 2014 entre el CONSORCIO, como Contratista, FIDUBOGOTÁ como Contratante y VIVA, como Gerente

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Integral del proyecto. El objeto del Contrato comprendía la construcción de 400 viviendas de interés prioritario.

**Referentes a la ejecución del Contrato**

Para el control y seguimiento de la ejecución del Contrato la FIDUCIARIA suscribió el Contrato de Interventoría No. 128 de 2014 con ESTRUCTURAS, INTERVENTORÍAS Y PROYECTOS LTDA (en adelante E.I.P.).

El CONSORCIO, VIVA y E.I.P., establecieron como fecha de inicio del Contrato el 29 de septiembre de 2014.

El CONSORCIO sostiene que para el 20 de septiembre de 2014 había realizado tres juegos de planos urbanísticos del proyecto con el fin de tramitar la licencia respectiva con el Secretario de Planeación del municipio de San Carlos.

En reunión el 26 de septiembre de 2014 el CONSORCIO expuso ante las autoridades municipales el diseño de urbanismo sobre la vía existente, con una implantación aproximada en la cota de 996 msnm. No obstante, en el desarrollo de la reunión fue comunicado por estas autoridades sobre la existencia de un informe que señalaba que la cota mínima era de 998 msnm.

Por lo anterior el CONSORCIO solicitó a VIVA el 1 de octubre de 2014 pedir a la Secretaría de Planeación Municipal y a CORNARE certificación de la cota mínima de implantación de las viviendas, punto de conexión y cota de entrega del A-N.

Tras un requerimiento de la Interventoría al CONSORCIO sobre la realización del estudio hidrológico de que trata el numeral 1.3 del Anexo Técnico, el CONSORCIO se dirigió a VIVA el 2 de octubre de 2014 con el fin de que esta, en su calidad de Gerente Integral cumpliera con su obligación con respecto a los estudios hidrológicos por considerar que eran obligación de este último.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En el oficio R201410007824 el CONSORCIO manifestó que en caso de que la autoridad competente no contara con tal información, lo más prudente para el cumplimiento del Contrato sería la suspensión inmediata del mismo, hasta que fuera definido el alcance final y se acordara con la autoridad ambiental la cota de inundación del predio, por lo que el 10 de octubre de 2014 se suspendió de manera indefinida el Contrato.

**Hechos ocurridos con posterioridad a la suspensión del Contrato**

Previa solicitud del CONSORCIO sobre el estado de los trámites ante las diferentes autoridades, el 19 de noviembre de 2014 VIVA dio respuesta indicando la gestión que estaba llevando ante el Municipio de San Carlos y con las entidades competentes para dar continuidad a la ejecución.

El 6 de abril de 2015 el CONSORCIO señala que escribió a VIVA solicitando información sobre el inicio de la fase constructiva, indicando que a la fecha ya se habían entregado diseños, estudios y demás documentos adicionales para dar inicio a esta fase. A tal solicitud, VIVA respondió requiriendo la entrega, en un término de 3 días hábiles, de los productos de la fase pre-constructiva.

Mediante oficio con radicado R 201610004319 del 21 de julio de 2016 el CONSORCIO realizó convocatoria de arreglo directo prevista en el Contrato. Durante esta etapa, el 31 de octubre de 2016 en punto de la definición de los hechos que daban lugar a la etapa de arreglo se señaló:

"Con el propósito de incrementar el lote al Patrimonio Autónomo Derivado PAD, la Gerencia Integral envió la documentación correspondiente a Fidubogotá, quien, pese al estudio de títulos inicial del proyecto, realizó un cruce con Sarlaft – lista Clinton, encontrando que uno de los anteriores dueños (en el año 2.001) está reportado en la lista Clinton. Dentro del estudio de títulos inicial, se encuentra que El Municipio

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

adquirió el lote para el proyecto en el año 2.004 a otro propietario que no es la persona reportada.

“Dado lo anterior, Fidubogotá contrató un estudio con un abogado penalista, quien conceptuó que hay un riesgo reputacional de suscribir cualquier tipo de documento en estos predios, así como también un eventual proceso de extinción de dominio, teniendo en cuenta que dicha acción es imprescriptible. Así las cosas, la Fiduciaria Bogotá S.A. no aceptó ni incrementar el lote al Patrimonio Autónomo Derivado PAD, ni suscribir la promesa de compraventa, con lo que FONVIVIENDA informó el 14 de septiembre de 2.015, la “despriorización” de los cupos para el Municipio de San Carlos, circunstancia por la cual no será posible desarrollar el proyecto de San Carlos”

Sobre lo anterior, el CONSORCIO reitera que se trata de un hecho que da cuenta de la falta de planeación del proyecto y su viabilización técnica, por lo que VIVA incumplió su obligación de garantizar el saneamiento del predio.

## **PARTE II. PRESUPUESTOS PROCESALES**

Al ser claro que el Tribunal abordó la decisión sobre su propia competencia para dirimir el asunto planteado en este proceso en la forma como aparece resuelto en la primera audiencia de trámite y analizada la capacidad de convocante y de las convocadas para comparecer en el mismo, el Tribunal encuentra reunidos los presupuestos procesales y no observa causal de nulidad alguna capaz de invalidar lo actuado.

El Tribunal hizo variados controles de legalidad, entre los cuales se encuentran:

- El día de la audiencia de instalación del Tribunal arbitral, 8 de febrero de 2018, se inadmite la demanda. <sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Folios 181 y ss. del Cuaderno No. 2

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

- En la admisión de la demanda subsanada, por cuanto se cumplieron los requisitos exigidos por el Tribunal. <sup>7</sup>
- El día 6 de julio de 2018, día de la celebración de la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia plena. <sup>8</sup>
- El 30 de octubre de 2018, el Tribunal hizo un control de legalidad general de todo el proceso, hasta la fecha, encontrando que no existían vicios que configuraran nulidades u otras irregularidades del proceso. <sup>9</sup>
- El 16 de noviembre de 2018, efectuó un nuevo control de legalidad. <sup>10</sup>

Por lo tanto, no existe causal legal ninguna que impida proferir la presente providencia.

**PARTE III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

**PROEMIO**

Con el fin de abordar la amplia problemática que corresponde resolver en este laudo, el Tribunal ha adoptado la metodología que enseguida se resume.

En primer lugar, serán desatadas cuestiones varias, concretamente: i) las tachas por sospecha que se formularon en relación con algunos testigos; ii) la controversia de la prueba pericial decretada y practicada en el proceso; iii) la intervención litisconsorcial solicitada por VIVA y negada por el Tribunal.

---

<sup>7</sup> Folio 227 y ss. del Cuaderno No. 2

<sup>8</sup> Folio 752 y ss. y 802 y ss. del Cuaderno No. 3

<sup>9</sup> Folios 957 y ss. del Cuaderno No. 3

<sup>10</sup> Folios 966 y ss. del Cuaderno No. 3

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Luego se hará un examen o análisis general del Contrato No. 127 centrado en los aspectos medulares de las diferencias que sostienen las partes, por entender el Tribunal que no existe alegación alguna orientada a desconocer la validez del negocio jurídico sometido al conocimiento de este juez especial y transitorio.

Lo anterior, sin desconocer que algunas de las excepciones se fundamentan en el tipo de diferencias – técnicas o jurídicas y su implicancia frente al tipo de laudo a ser proferido en esta instancia – o en la alegada incapacidad del Tribunal para liquidar el Contrato.

Los anteriores y demás aspectos que cuestionan el alcance de la presente decisión serán individualmente analizados, siendo claro que el anunciado análisis general del Contrato No. 127 se centrará en los asuntos contenidos en las pretensiones de la demanda y en las excepciones de mérito que las buscan enervar, distinguidas estas últimas de las excepciones denominadas procesales que también serán objeto de un estudio individualizado.

Enseguida y como parte del capítulo liminar de esta providencia, el Tribunal se adentrará en un análisis general del régimen legal del subsidio de vivienda, bajo el entendido de que dicho régimen determina el marco de algunas de las prestaciones a cargo de las partes y señala el camino adoptado en varios apartes del texto del Contrato, por lo cual dicho estudio irradia prácticamente la totalidad de las pretensiones y excepciones que han de desatarse en esta oportunidad.

Posteriormente serán examinadas las pretensiones de la demanda y las excepciones que en cada caso sirven de oposición a las aspiraciones de la parte convocante para llegar, en cada uno de los apartes respectivos, a las conclusiones que iluminarán la parte resolutive del laudo.

Se hará referencia final a otras excepciones promovidas por las convocadas con un acento procesal y tocante con aspectos formales del proceso y por último se despacharán otros



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

aspectos de obligatoria observancia en providencias de este linaje, tales como lo relativo a las costas procesales.

**LAS TACHAS POR SOSPECHA FORMULADAS POR VIVA EN RELACIÓN CON LOS TESTIGOS JAVIER ALFONSO VALDÉS BARCHA y JAIDER SEPÚLVEDA GARCÍA**

**Javier Alfonso Valdés Barcha**

El día 31 de julio de 2018 tuvo lugar el testimonio del señor Javier Alfonso Valdés Barcha, quien fue tachado como sospechoso por parte de VIVA con fundamento en que el testigo había sido su funcionario, y en su sentir, podría tener sentimientos adversos hacia esa entidad, entiende el Tribunal, por el hecho de haber dejado de tener esa calidad.

La anterior tacha fue fundamentada en el artículo 211 del Código General del Proceso.

Analizado el dicho de este testigo, quien fuera el Director de Ejecución de VIVA, para el Tribunal resulta evidente la carencia de fundamento de la tacha, por ser claro que a lo largo de su declaración, si bien se refirió a asuntos que no favorecen la posición de la convocada que hizo uso de este mecanismo procedimental, señalando concretamente, de una parte que las causas de la suspensión del Contrato fueron superadas a poco tiempo de la fecha del acta por la cual se convino y, de otra parte, que con posterioridad a la suspensión entre las partes hubo “interacción” sobre aspectos propios de la ejecución contractual, no es menos cierto que esas afirmaciones del testigo objeto de la tacha que ahora se resuelve las pudo corroborar el Tribunal, en su existencia, su alcance y su veracidad, a través de otros medios de prueba que militan al expediente.

**Jaider Sepúlveda García**

Este testigo, quien declaró el día 29 de agosto de 2018 y fungió como funcionario de la Interventoría del Contrato No. 127, fue interrogado en varias oportunidades por el apoderado de VIVA de manera insinuante, conducta que no es objeto de ningún reparo del

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Tribunal por entender que esa forma de proceder se enmarca dentro de las reglas de la práctica de esa prueba y por reconocer además que los apoderados pueden y deben defender sus causas con ardencia.

Varias de esas preguntas sugieren que el testigo no fue imparcial en su declaración, debido al hecho – hasta cierto punto reconocido por el señor Sepúlveda – de que el Contrato de Interventoría también había sido suspendido y, además que la Interventoría también había formulado reparos y reclamaciones a VIVA por el hecho mismo de la suspensión.

Como antes de indicé, si bien no hay explicitud en la formulación de una tacha por sospecha, el entendimiento del Tribunal es que VIVA quiso sembrar un manto de duda sobre la imparcialidad del testigo, razón de ser de las presentes consideraciones.

No obstante de todo lo anterior, para el Tribunal el dicho del testigo Sepúlveda García, cuya declaración fue amplia en su duración, en los aspectos que abarcó y en la complejidad técnica que envolvía, no estuvo contaminada por ningún sentimiento de animadversión, conclusión a la cual se arriba, entre otras razones, porque varios de los elementos centrales de ese testimonio tienen fehaciente respaldo en documentos examinados a lo largo de esta providencia y que confirman, en todos sus perfiles, la ciencia del señalado testigo.

**LA CONTROVERSIA DE LA PRUEBA PERICIAL DE INGENIERÍA DECRETADA y PRACTICADA EN EL PROCESO**

En el escrito que contiene la convocatoria arbitral el CONSORCIO solicitó la designación de un perito ingeniero civil con conocimientos financieros a efectos de que el auxiliar de la justicia a quien se encargara la práctica de dicha prueba absolviera los cuestionarios que fuera del caso. La parte convocante indicó en la solicitud bajo análisis, que el objeto de dicha prueba era la acreditación de los perjuicios cuya indemnización se solicitaba en la demanda.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En el auto que contiene el decreto de pruebas del proceso – de fecha 26 de julio de 2018 –<sup>11</sup> el Tribunal resolvió sobre esta petición de la parte convocante, fijando los plazos para la formulación de cuestionarios al auxiliar de la justicia designado y señalando los plazos para la práctica de dicha prueba.

En esa misma oportunidad fue designado el ingeniero Luis Carlos Restrepo Arango como perito, quien tomó posesión ante el Tribunal el día 14 de agosto de 2018, fecha en la cual, mediante Auto No. 9<sup>12</sup>, se calificaron las preguntas que le formularon tanto el CONSORCIO como FIDUBOGOTÁ y se formularon al perito preguntas de oficio.

Mediante dicha providencia se fijó al perito plazo para la práctica del dictamen, se le asignó una partida de anticipo de sus honorarios a cargo de las partes que le formularon preguntas en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012.

Como quiera que la audiencia de posesión del perito fue suspendida por solicitud de las partes, el día 17 de agosto de 2018 el apoderado de la parte convocante formuló un recurso de reposición contra el auto por medio del cual se calificaron las preguntas formuladas al perito, recurso que fue puesto en traslado a los restantes sujetos procesales y resuelto según Auto No. 11 del 29 de agosto de 2018 confirmando íntegramente lo inicialmente decidido.

Según Auto No. 14 del 19 de septiembre de 2018 el Tribunal, una vez verificado el no pago de los honorarios provisorios a su cargo por parte de FIDUBOGOTÁ y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, tuvo por desistida la prueba pericial en cuanto a FIDUBOGOTÁ y consecuentemente ordenó al perito que se abstuviera de responder las preguntas formuladas por esa parte.

---

<sup>11</sup> Folios 808 y 809 del Cuaderno No. 3.

<sup>12</sup> Folios 870 a 877 del Cuaderno No. 3.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

La anterior decisión fue objeto de recurso de reposición interpuesto por el apoderado de FIDUBOGOTÁ y coadyuvado por VIVA, el cual se resolvió mediante Auto No. 16 del 2 de octubre de 2018.

Tanto el CONSORCIO como la Agente del Ministerio Público que intervino en el proceso solicitaron no acceder a las peticiones del mismo.

En la providencia del 2 de octubre de 2018 se hizo un pormenorizado recuento de los términos concedidos a las partes para concluir que efectivamente los mismos habían sido inobservados por FIDUBOGOTÁ, razón por la cual el auto del 19 de septiembre de 2018 fue mantenido en su integridad.

El dictamen fue inicialmente puesto en traslado mediante Auto No. 17 del 8 de octubre de 2018.

El 18 de octubre de 2018 se dio cuenta y razón de que no se había presentado ninguna solicitud en relación con el dictamen pericial puesto en traslado el 8 de octubre anterior, razón por la cual, mediante Auto No. 18 de esa fecha, se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de alegatos finales del proceso.

El 30 de octubre de 2018 el Tribunal ejerció un control de legalidad de los previstos en el artículo 132 del Código General del Proceso y en esa oportunidad se fijaron los honorarios definitivos del perito y se reprogramó la audiencia de alegatos para el día 16 de noviembre.

No obstante, en la fase de alegatos del proceso, en atención a la manifestación y a la solicitud de la Agente del Ministerio Público orientada a que se revisara si los sujetos del proceso habían tenido la posibilidad real de controvertir el dictamen pericial, el Tribunal señaló que ante "una eventualidad atribuible a la publicidad de la prueba pericial", se imponía dar traslado a las partes del dictamen por el término de 10 días previsto en la ley, como en efecto así se resolvió por medio del Auto No. 20 del 16 de noviembre de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Mediante Auto No. 21 del 5 de diciembre de 2018 el Tribunal fue informado sobre los pronunciamientos formulados en oportunidad por VIVA y FIDUBOGOTÁ en relación con el dictamen pericial, señalándose en dicha oportunidad que no resultaba claro si las señaladas manifestaciones de parte – de las convocadas en este caso – correspondían o no a solicitudes de aclaración y complementación del dictamen, razón por la cual, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos por los sujetos del proceso, citó a una audiencia de contradicción de la experticia, la cual fue convocada para el 13 de diciembre de 2018.

En aquella oportunidad ninguna de las partes formuló interrogatorio al perito, razón por la cual, según Auto No. 22 de esa fecha, se dio por terminada la fase de contradicción del dictamen.

Las anteriores consideraciones no van en perjuicio de posteriores motivaciones del Tribunal relacionadas con una de las defensas propuestas por FIDUBOGOTÁ, según la cual en el estado actual de la legislación no es posible en el arbitraje doméstico solicitar la designación de un perito, por cuanto el mismo debe ser designado por la parte misma en atención a las previsiones legales que al respecto tiene previstas el Código General del Proceso.

**LA INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL SOLICITADA POR VIVA Y NEGADA POR EL TRIBUNAL**

En la parte inicial de la primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar el día 6 de julio de 2018, mediante Auto No. 3 de esa fecha se hizo el pronunciamiento que enseguida se sintetiza, sobre la solicitud formulada por VIVA al contestar la demanda, orientada a que se integrara un litisconsorcio necesario por pasiva incluyendo como parte de ese extremo procesal a FONVIVIENDA, a FINDETER y a FIDUBOGOTÁ.

Dicha solicitud se fundamentaba, esencialmente, en que los pretendidos litisconsortes, FINDETER y FONVIVIENDA, eran los otorgantes del subsidio y fueron de igual manera quienes dispusieron la redistribución de los mismos. Esa solicitud la denegó el Tribunal, por

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

considerar que ninguna de las pretensiones tiene relación con la denominada “despriorización” de los subsidios afectados al proyecto debatido en el proceso y, por ende, el laudo no puede producir efectos de cosa juzgada en relación con las entidades a que se refiere dicha solicitud.

En cuanto a FIDUBOGOTÁ, no se accedió a integrarla como litisconsorte necesaria de las convocadas, en su invocada condición de entidad financiera, por entender el Tribunal que esa entidad estaba citada al proceso en su expresa condición de vocera del Patrimonio Autónomo derivado del Contrato de Fiducia que celebró con VIVA, lo que impedía tenerla como una suscriptora del pacto arbitral cuya citación se omitió, que es la hipótesis prevista en el artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, invocada por VIVA como fundamento de su solicitud.

Una vez proferida la decisión calendada el 6 de julio de 2018 a la cual se hizo anterior referencia, la audiencia fue suspendida en atención a la petición conjunta de las partes, y al verificarse su continuación el 26 de julio de 2018, el señor apoderado de VIVA propuso un recurso de reposición contra la decisión denegatoria del recurso de reposición contra el Auto No. 3 del 6 de julio.

Dicha censura fue puesta en conocimiento de los restantes sujetos del proceso, quienes fijaron su posición en esa misma oportunidad.

El Tribunal denegó el recurso de reposición y abundó en las consideraciones del auto impugnado, señalando entonces que reexaminadas las pretensiones de la demanda ninguna de ellas podía generar efectos de cosa juzgada para los pretendidos litisconsortes necesarios por pasiva.

Agregó el Tribunal que, a su juicio y en el evento en que las excepciones de VIVA fuesen desestimadas, esa parte podía acudir a los jueces competentes con el fin de buscar que en esos escenarios judiciales se dedujera una eventual responsabilidad de los pretendidos litisconsortes.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
Vs.  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En los términos anteriormente resumidos fue resuelta la solicitud bajo análisis.

**ANÁLISIS GENERAL DEL CONTRATO No. 127**

**Naturaleza jurídica**

De acuerdo con las disposiciones de la Ley 1537 de 2012, los contratos suscritos entre las entidades territoriales para el acceso a la vivienda, están regidos por el derecho privado.

Adicionalmente, una de las demandadas, VIVA, es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden departamental, <sup>13</sup> circunstancia que analizada en el contexto de la cláusula vigésima tercera le permite concluir que el Contrato No. 127 es de los denominados contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado.

Fluye de lo anterior, que el régimen legal que permea el acuerdo de voluntades sometido al conocimiento de este juez especial y transitorio es el contenido en las disposiciones legales de acceso a la vivienda ya señaladas, además, claro está y en cuanto a la disciplina estricta del mismo, en las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en los principios del derecho civil y comercial aplicables al régimen de la contratación estatal incorporados según expresa remisión del estatuto general de la contratación pública.

---

<sup>13</sup> Normatividad aplicable: a la presente contratación, le son aplicables los principios de la Constitución Política, las normas civiles y comerciales; y las reglas previstas en los términos de referencia y en el presente contrato y en especial las normas que regulan el tema constructivo y en especial el subsidio de vivienda.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Otros perfiles del texto del Contrato.**

El texto del Contrato No. 127 es prolijo en su redacción. Algunos de los aspectos que interesan a la controversia y que el Tribunal remarca son los siguientes:

Todo el régimen obligacional surgido del acuerdo de voluntades que constituye la especie de esta *litis* tiene una relación de incardinación con el régimen legal del subsidio en especie de vivienda, lo que implica, *grosso modo*, que a través de los instrumentos legales y presupuestales idóneos, el gobierno nacional tiene dispuestos los recursos económicos para adelantar los proyectos del caso, los cuales son afectados a un Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos, en este caso el No. 3-1-30760, y a partir del cual, a su turno, se estructuró al Patrimonio Autónomo FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, del cual es vocera y administradora FIDUBOGOTÁ.

Así las cosas, el rol de esa convocada al proceso, como expresamente lo indica el texto del Contrato en varios de sus apartes, se limita al ejercicio de dicha vocería y a la atención de las instrucciones que recibiera del fideicomitente, que es la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, y/o del Comité Fiduciario establecido con arreglo a las cláusulas del instrumento de constitución del Patrimonio Autónomo.

VIVA a su turno, tiene la condición de Gerente Integral del programa de viviendas gratuitas en el Departamento de Antioquia y de manera específica también para todos los efectos del Contrato No. 127 ocupa ese rol.

El Contrato No. 127 se celebró por recomendación del Comité Fiduciario ya mencionado, previo el agotamiento de un proceso de invitación privada en el cual tomó parte el CONSORCIO.

El CONSORCIO entonces se obligó para con la Contratante a diseñar y construir 400 soluciones de vivienda de interés prioritario en el municipio de San Carlos, sobre un lote de



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

terreno aportado por esa municipalidad, alternativa prevista en el aludido régimen legal del subsidio para vivienda de interés prioritario.

En los términos de la cláusula primera del Contrato No. 127, las obras objeto del mismo se encontraban “plenamente establecidas y delimitadas” en una serie de documentos entre los cuales el distinguido bajo el numeral (iii) de dicha estipulación se refiere a:

“Viabilidad del lote dada por Findeter”

Al respecto basta por agregar en este punto del análisis, extractado del inciso tercero del párrafo 3 de la cláusula primera, el siguiente texto:

“Las matrículas inmobiliarias y demás condiciones técnicas y jurídicas del lote donde se desarrollará la obra, deberán ser revisadas por EL CONSTRUCTOR según la documentación e información que reposa en los expedientes de viabilidad otorgada por Findeter.”

De igual manera destaca el Tribunal, tomado del inciso final del párrafo tercero de la cláusula segunda relativa al plazo de ejecución del Contrato, el siguiente texto:

“Sin perjuicio de lo anterior, LA GERENCIA INTEGRAL del Proyecto se obliga a entregar el lote donde se llevará a cabo el proyecto completamente saneado, demostrando tal saneamiento con los documentos de ley y libre de invasores.”

En cuanto al plazo y al precio (cláusulas segunda y tercera) ambos fueron pactados como fijos e inamovibles, el primero en 11 meses a partir del Acta de Inicio y el segundo en la suma de \$13.000'064.000,00 (IVA incluido).

De la cláusula del precio interesa al Tribunal destacar la siguiente expresión:

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“Las actividades de diseño y las obras de construcción de las viviendas se ejecutarán por el sistema de contratación llave en mano con precio global fijo y no se admitirá fórmulas de reajuste posteriores.”

La Ley 80 de 1993 (artículo 32, núm. 1) tiene definido el Contrato de Obra como aquel celebrado por las entidades estatales para “la construcción, mantenimiento, instalación y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

Sin perjuicio de posteriores consideraciones que atañen al régimen jurídico del Contrato No. 127, la noción de llave en mano – por su vocación misma de modalidad contractual – no define el *nomen iuris* del Contrato bajo examen, que claramente es el de obra pública en los términos legales acabados de destacar.

En el portal Colombia Compra Eficiente, herramienta de direccionamiento de la contratación estatal, se indica que la modalidad llave en mano, aunque no está consagrada expresamente en la Ley 80 de 1993, es posible convenirla entre las partes. La definición correspondiente es la siguiente:

“Llave en mano: en esta modalidad, el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento. El precio corresponde a un valor previamente establecido que opera como remuneración por todas las gestiones que adelanta el contratista.”<sup>14</sup>

No cabe duda entonces que cuando quiera que se adopta una modalidad contractual de la estirpe de la que se analiza, las obligaciones del Contratista adquieren el genuino cariz de una obligación de resultado, entendida la misma como aquella bajo cuyos términos la no

---

<sup>14</sup>[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708\\_guia\\_para\\_los\\_procesos\\_de\\_contratacion\\_de\\_obra\\_publica.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf)

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

obtención del producto convenido, en los términos exactamente acordados por las partes, compromete la responsabilidad del Contratista obligado.

La expresa alusión que el Contrato No. 127 contiene y que hace referencia a la integralidad de la solución a su cargo, resumida en el objeto del mismo en términos según los cuales la obligación del CONSORCIO consiste en realizar el diseño y construcción de un contingente de soluciones de vivienda "con las especificaciones indicadas en el anexo técnico de los términos de referencia", precisada dentro de la misma cláusula cuando se señala que las obras contratadas "se encuentran plenamente establecidas y delimitadas" en un grupo de documentos dentro de los cuales se cuenta la llamada "viabilidad del lote", refuerza en el Tribunal la convicción que se viene expresando en las anteriores líneas.

Esa conclusión del Tribunal encuentra refuerzo en el párrafo primero de la cláusula que describe el objeto del Contrato en los siguientes términos:

"En los documentos previamente identificados, que hacen parte integral del presente contrato, se especifica detalladamente las obras objeto de este Contrato y en consecuencia, EL CONTRATISTA manifiesta expresamente conocer el objeto contractual, y toda la información conexas al mismo, con base en la cual procedió a elaborar la propuesta para suscribir este Contrato."

Desde luego que una obligación del temperamento de la que se estudia, solo puede ser asumida sobre la base de un cúmulo de seguridades que permitan al Contratista ofrecer inequívocamente un resultado.

Como quiera que en el presente caso de por medio está un régimen legal relativo al adelantamiento de planes de vivienda prioritaria, el cual obedece a una política legislativa recogida en varios instrumentos con fuerza material de ley, no resulta entonces avenido a ese contexto que un constructor urbanizador se obligue a conseguir un resultado – diseñar y construir 400 soluciones – por sí y ante sí, pues tal no es la lógica ni constituye el fundamento del marco legal de la vivienda prioritaria.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Por ejemplo, en el presente caso no estaba al arbitrio del Contratista suministrar el predio sobre el cual habría de desarrollarse el proyecto, aspecto que, ciertamente, aparece regulado en varios apartes del texto del Contrato, además del ya destacado numeral (iii) de la cláusula primera, en pasajes como el inciso segundo del párrafo tercero de la cláusula tercera del instrumento de marras, a cuyas voces:

“Sin perjuicio de lo anterior, LA GERENCIA INTEGRAL del Proyecto se obliga a entregar el lote donde se llevará a cabo el proyecto, completamente saneado, demostrando tal saneamiento con los documentos de ley y libre de invasores.”

En la cláusula tercera también puede encontrarse el siguiente texto:

“La EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL), como Fideicomitente del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos celebrado con FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., se obliga a ingresar los recursos para el proyecto según la necesidad constructiva de los proyectos habitacionales.”

Más adelante, ya dentro del catálogo de obligaciones específicas a su cargo (cláusula cuarta) el CONSORCIO se obliga a desplegar, en un lapso máximo de 45 días luego del inicio del Contrato, toda la fase pre-constructiva del mismo, la cual incluye un conjunto de actividades tales como realizar los estudios y diseños del proyecto, obtener los permisos, autorizaciones que involucren el uso de recursos naturaleza si a ellos hubiere lugar y obtener las licencias de construcción y urbanismo del proyecto.

En el literal D) del numeral 1 de la cláusula cuarta del Contrato se lee esta salvedad, que orienta las presentes consideraciones:

“... si por causas imputables a la autoridad pública encargada de expedir la licencia, ésta no se puede obtener en el término indicado en este numeral, el contrato se podrá dar por terminado y solamente se reconocerá a EL CONTRATISTA los costos

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

incurridos para la fase pre-constructiva (...) EL CONTRATISTA entregará en consecuencia, a satisfacción de la GERENCIA INTEGRAL, todos los estudios realizados, dentro de los cuales se destacan los estudios topográficos, planimetría, diseños de redes, entre otros, los cuales será (sic) de propiedad de LA GERENCIA INTEGRAL.”

El numeral 20 del párrafo primero de la cláusula cuarta del Contrato, que agrupa las “Obligaciones de Carácter General” del CONSORCIO indica como obligación del Contratista:

“No suspender la ejecución de las obras contratadas, sin autorización escrita de EL CONTRATANTE, previo visto bueno del INTERVENTOR, cuyo Contrato de igual manera debe ser suspendido, y orden escrita de la GERENCIA INTEGRAL, quien deberá contar con la aprobación del Comité Fiduciario.”

En el párrafo octavo de esa misma estipulación hace exigible del Contratista el cumplimiento de la:

“Reglamentación del manejo ambiental y recursos hídricos;”

La cláusula décima quinta resulta igualmente elocuente para los fines del presente análisis:

“Se entiende por todas las partes que EL CONTRATISTA ha hecho sus-propias averiguaciones, estudios y proyecciones y ha analizado las condiciones normativas, técnicas, geotécnicas, sociales, de orden público, climatológicas, ambientales y las demás circunstancias relevantes bajo las cuales se adelantará la ejecución de la obra que se contrata. En consecuencia, se considera conocedor de todos los elementos necesarios para tomar la decisión de asumir totalmente, a su costa y riesgo, las obligaciones derivadas del contrato, todo lo cual se entiende con la sola firma. No obstante lo anterior, en caso que con el estudio de suelos se determine de manera conjunta con LA INTERVENTORÍA y con la aprobación del Comité Fiduciario, que el

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

proyecto no es viable técnica ni financieramente, el contrato se terminará en ese estado y EL CONTRATANTE procederá con el pago de los gastos causados con ocasión del estudio de suelos, y todos aquellos estudios y diseños adicionales que se haya realizado y que cuenten con la aprobación de LA INTERVENTORÍA y la GERENCIA INTEGRAL, los cuales en ningún caso podrán ser superiores al DOS por ciento (2%) del valor del contrato, previa entrega de los documentos desarrollados por EL CONTRATISTA, los cuales será de propiedad de LA GERENCIA INTEGRAL quien podrá utilizar los mismos para todos los fines que considere pertinentes.”

La estipulación bajo examen consagra que le corresponde al Contratista exponer a la Interventoría las razones por las cuales considera que el proyecto es inviable desde el punto de vista técnico o financiero, pasando esa información a manos del Gerente Integral del mismo, quien, “una vez revisado (sic) los argumentos esgrimidos por las partes, dará su concepto definitivo y le dará traslado a El Constructor.”

Este, a su vez, en los 5 días posteriores al del recibo del concepto del Gerente Integral “procederá a informarle si acepta la continuidad del contrato, en las condiciones indicadas por la misma o si, por el contrario, se acoge a la posibilidad de terminación anticipada del contrato.”

Los rasgos contractuales anteriormente puestos de presente, extractados con el fin de aproximarse a la tipología de las obligaciones de las partes, permiten entender al Tribunal que el CONSORCIO contrajo genuinas obligaciones de seguridad o de resultado para con sus co-contratantes, matizadas claro está con otras de similar linaje radicadas en cabeza de VIVA y que también fueron mencionadas precedentemente.

Ello para destacar que la intención común de las partes era la de ejecutar el proyecto objeto del Contrato No. 127, la parte Contratante bajo el apremio de tener a disposición los fondos económicos dispuestos por el gobierno nacional para entregar las 400 soluciones de vivienda en 11 meses y la parte Contratista bajo la conciencia de haber emitido, entre otras, las declaraciones que se han destacado a partir del texto del negocio jurídico celebrado.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En materia de riesgos contractuales, como es sabido, la Ley 1150 de 2007 (artículo 4) dispone que es obligación de la entidad Contratante dejar advertidos en los Pliegos de Condiciones o Términos de Referencia o documento equivalente, la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible asociados a la ejecución del Contrato a celebrar y de igual manera que es obligación de la entidad Contratante dar a los proponentes la oportunidad de formular sus observaciones al respecto, a efectos de dejar clara la distribución de los mismos.

El expediente no da cuenta ni razón de documento alguno aportado a iniciativa de ninguna de las partes con el fin de demostrar que la asignación de los riesgos tiene una relación directa en orden a atribuir la responsabilidad contractual que está en juego.

El Contrato No. 127 aborda el punto en la cláusula octava de su texto, del siguiente tenor:

"La tipificación, estimación y distribución de riesgos contractuales previsible se sujetará a lo definido en los términos de referencia del proceso previo a la selección, a la matriz que para tales efectos se elaboró y a los acuerdos realizados para tal fin en la audiencia respectiva. Esta cláusula aplica con el indicado alcance con independencia que el presente proceso se haya celebrado en virtud de la invitación privada o por negociación directa."

**PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN LEGAL DEL SUBSIDIO DE VIVIENDA. SU RELACIÓN E INCIDENCIA EN EL CONTRATO No. 127**

El régimen legal sobre adquisición de vivienda gratuita tiene origen en la expedición de la Ley 1537 de 2012, inspirada en el propósito de ampliar la posibilidad de acceder a vivienda propia por parte de los sectores menos favorecidos de la población colombiana.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 223 de 2012. (29, mayo, 2012). Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones. [en línea]. Gaceta del Congreso 248. Bogotá D.C.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En orden a lograr ese propósito, la ley reguló las competencias de las entidades del orden nacional y territorial, así como la conveniencia de promover la confluencia del sector privado al desarrollo de los proyectos de Vivienda de Interés Social (VIS) y proyectos de Vivienda de Interés Prioritario (VIP) destinados a las familias de menores recursos, la promoción del desarrollo territorial, al tiempo que dispuso las bases del sistema especializado de financiación de vivienda.<sup>16</sup>

Dicho sistema contempla tres esquemas para la generación de las viviendas que posteriormente son transferidas a los beneficiarios, a saber: i) esquema privado; ii) esquema público, y; iii) esquema de convenios interadministrativos para la adquisición de vivienda. Este último fue el implementado en el presente caso, como se describe en el Convenio Interadministrativo No. 34, celebrado por Fonvivienda y VIVA.

Cabe agregar que los esquemas anteriormente descritos son operados bajo las normas del derecho privado (artículos 6 y 20 de la Ley 1537 de 2012), y funciona a través de un contrato de fiducia.

En el sistema de vivienda que se viene analizando los oferentes quienes deben preparar, difundir, diseñar y construir los proyectos de vivienda. Razón por la cual el proceso de oferta cuenta con las siguientes etapas:

- i) Evaluación de elegibilidad: habilita la construcción de vivienda VIS y VIP.
- ii) Calificación: se relaciona con el proceso de demanda para abrir convocatoria a postulantes en un determinado proyecto asignado.
- iii) Construcción, supervisión y anticipos, para oferentes que hacen uso de la facultad de giro anticipado.

---

<sup>16</sup> Artículo 1 de la Ley 1537 de 2012.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

- iv) Desembolso y legalización: se dan los pasos para entregar vivienda al beneficiario y obtener pago final o total, dependiendo si hubo anticipo o si el proyecto se obtiene en el mercado.<sup>17</sup>

**Formulación del proyecto**

Para promover un mayor esfuerzo y gestión por parte de los municipios, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio dispone de bolsas concursables en donde los entes territoriales presentan sus proyectos que se incentivan según criterios como mayor área construida, mayor aporte municipal, mayor porcentaje de áreas de cesión, entre otros. Los mejores proyectos de vivienda obtienen el cupo de subsidio, que se debe complementar con aportes departamentales o municipales (artículo 11 del Decreto 2190 de 2009).<sup>18</sup>

**Criterios de elegibilidad**

Para acceder a estas bolsas, las entidades territoriales deben presentar a FINDETER lotes disponibles para proyectos VIP, con el fin de que la entidad verifique sobre el lote los siguientes requisitos: disponibilidad de servicios públicos, no tener limitaciones al dominio, estar el predio localizado en suelo urbano y uso residencial conforme al POT, PBOT o EOT.

Además, se evalúa que el lote no se encuentre invalidado ni en zonas de reserva, áreas no aptas o zonas de alto riesgo no mitigable, o áreas con protección a recursos naturales. Los requisitos de elegibilidad y no elegibilidad se encuentran en el Decreto 2190 de 2009 y en el Decreto 3670 de 2009.

---

<sup>17</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Evaluación de operaciones y línea de base de los programas de subsidio familiar de vivienda y subsidio familiar en especie. Volumen 2: Evaluación de operaciones. Bogotá D.C: DNP, 2014, p. 3.

<sup>18</sup> CENTRO DE ESTUDIOS REGIONALES CAFETEROS Y EMPRESARIALES. Evaluación final del Programa de Consolidación de la Política de Vivienda de Interés Social y Desarrollo Territorial. CRECE, 2014, p. 30-31

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Posteriormente, después de expedido el certificado de elegibilidad el proceso finaliza con la inscripción de los planes de vivienda elegibles en el Módulo de Oferta del Sistema del Subsidio ante Fonvivienda (parágrafo 5, art. 16 del decreto 2190 de 2009).

**Calificación**

Una vez ingresados los proyectos definidos como elegibles en el módulo de oferta, se inicia el subproceso de calificación de los planes de vivienda mediante la expedición de las resoluciones de apertura de convocatorias para entidades oferentes, las cuales estructuran financieramente los planes de vivienda y aplican a las convocatorias de calificación proyectos (art. 19 del Decreto 2190 de 2009).

Posteriormente a que FINDETER califique los planes de vivienda, estos se incluyen en el Banco de Proyectos Habitacionales, lo que les da la vocación de estar disponibles para que FONVIVIENDA los utilice en el proceso de definición de cupos dentro del concurso de esfuerzo territorial (art. 1 del Decreto 2570 de 2011). El proceso de calificación y ordenamiento finaliza con la apertura de una convocatoria para la asignación de subsidios mediante acto administrativo de FONVIVIENDA (art. 22 del Decreto 2190 de 2009).

**Construcción, interventoría, supervisión y anticipos**

El plan de vivienda que se va a ejecutar debe estar incluido en la plataforma GEOTEC, administrada por FONADE, en la cual se deben reportar los informes de seguimiento y los de la visita de campo para verificar los cumplimientos de los hitos en obras de urbanismo cimentación, mampostería, instalación de la cubierta, y servicios públicos únicamente de las viviendas financiadas con el Programa Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Urbana de Fonvivienda, es decir en la supervisión se realiza sobre “la correcta aplicación del subsidio”.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En los informes de seguimiento se detallan los avances tanto físicos como financieros de la obra, cometarios respecto al desempeño del Interventor, información respecto a aspectos legales y de cierre financiero y el número de certificados de existencia emitidos, además del estado del proyecto.

**Desembolso y legalización**

Para el desembolso del porcentaje final del subsidio a la entidad oferente, FONADE debe emitir un certificado de existencia o habitabilidad, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del numeral 2.6.1 del artículo 2 del Decreto 2190.<sup>19</sup>

Las anteriores son las condiciones generales bajo las cuales se llegó a la celebración del Contrato No. 127, que constituye la especie de esta *litis*.

Hechas las anteriores precisiones y puntualizaciones generales, pasan a analizarse los extremos del litigio, a lo cual procede el Tribunal en el siguiente orden:

**PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL**

"Primera principal. Que se declare el incumplimiento del contrato de obra No. 127 de 2.014 por parte de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA."

Entiende entonces el Tribunal que el CONSORCIO, al imputar incumplimiento contractual a VIVA, echa mano de su artículo 1546 del Código Civil, cuyo texto no deja lugar a dudas:

---

<sup>19</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Evaluación de operaciones y línea de base de los programas de subsidio familiar de vivienda y subsidio familiar en especie. Volumen 2: Evaluación de operaciones. Bogotá D.C: DNP, 2014, p. 19- 48

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro Contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

Ante la opción que le otorga la ley el CONSORCIO opta por que se declare el incumplimiento del Contrato para que se resuelva el mismo, con indemnización de perjuicios.

### **Síntesis de la controversia**

#### Las posiciones de las partes

El CONSORCIO funda su posición en que VIVA realizó una errónea formulación del proyecto, hecho que lo llevó a realizar tres veces el estudio de urbanismo del mismo, amén de otro cúmulo de perjuicios que más adelante serán analizados. Funda de igual manera sus cargos la parte convocante en que, en su sentir, VIVA no garantizó el saneamiento jurídico del predio, hecho que impidió la ejecución contractual.

Las convocadas consideran que la anterior pretensión es improcedente y sostienen que es el Contratista quien ha incumplido el Contrato por no haber satisfecho lo pactado para dar por terminada la fase pre-constructiva del Contrato, específicamente por no entregar productos completos que pudieran ser aprobados por la Interventoría del mismo.

FIDUBOGOTÁ agrega que no es posible judicialmente declarar el incumplimiento de un Contrato que fue suspendido por las partes, mucho menos cuando el Contratista precipitó innecesariamente la suspensión indefinida del mismo y que bien pudo ejecutar si se hubiese aplicado a su cumplimiento.

Escuetamente redactada, la pretensión acabada de reseñar apunta a la declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 127 imputada por el CONSORCIO a las demandadas.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En líneas generales el CONSORCIO le imputa a la demandada VIVA su prolongado silencio sobre la resolución del problema de la cota de inundación mínima del predio – hecho que dio lugar a la suspensión de la ejecución del Contrato con el lleno de los requisitos contractuales para ese fin –, al tiempo que defiende haber agotado el cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones de la fase pre-constructiva y haber sido desoído en la etapa de arreglo directo que dijo haber propiciado obrando dentro del marco del acuerdo de voluntades materia del proceso.

El CONSORCIO se llama a engaño en su buena fe por obra de las demandadas, consistente en que las obligaciones que la parte convocante asumió lo fueron

“... sabiendo que las actividades de diseño y obras de la construcción de las viviendas se ejecutarían por el sistema de contratación llave en mano con precio global fijo, pero con la confianza y buena fé (sic) en el cumplimiento de los constituyentes del patrimonio autónomo de sus obligaciones con el proyecto, pues le asistía a la GERENCIA INTEGRAL del proyecto el deber de entregar el lote completamente saneado técnica y jurídicamente.”

En el curso de su escrito de demanda, el CONSORCIO destaca que, según los numerales 5.4. y 5.5. del acto de constitución del Patrimonio Autónomo Derivado San Carlos, VIVA declaró haber adelantado “... un estudio jurídico de títulos de los predios que son cedidos por parte de los diferentes municipios del Departamento de Antioquia.”

Destaca igualmente que la idoneidad de los estudios jurídicos de los lotes es una responsabilidad de VIVA que no podía transferir en cabeza de FIDUBOGOTÁ y que toda omisión o responsabilidad derivada del incumplimiento de esa obligación sitúa en su cabeza la de responder por lo vicios que puedan afectar al predio y la obligación de mantener indemnes a los adquirentes por el saneamiento o por la imposibilidad de transferir los bienes a favor de dichos adquirentes.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Indica el CONSORCIO que su situación se ha visto sensiblemente agravada pues como parte cumplida no ha podido obtener el reconocimiento de los trabajos realizados en los predios, no obstante que el problema técnico surgido por la indefinición de la cota mínima de inundación está resuelta desde el 12 de noviembre de 2014 y la despriorización de los subsidios data del 14 de septiembre de 2015.

Las excepciones de las convocadas

Las convocadas buscan resistir las pretensiones de VIVA por medio de las siguientes excepciones:

*El cumplimiento de un deber legal como excepción de VIVA*

En la contestación de la demanda VIVA propuso como excepción la que denominó "CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES COMO GERENCIA INTEGRAL o SUPERVISOR DEL PROGRAMA"

En sustento de la misma y tras un breve recuento de las razones de su vinculación al proyecto, VIVA destaca que mediante Acta del 7 de febrero de 2014 de FINDETER esa entidad "certificó que el lote postulado por el municipio de San Carlos, cumplía con los requisitos generales, jurídicos y técnicos, y que en efecto era apto para la construcción de vivienda de interés prioritario."

La anterior afirmación la complementa VIVA señalando que FINDETER no generó ninguna alerta en cuanto a la verificación de las condiciones jurídicas del lote frente a registros como la Lista OFAC.

Señala de igual manera la convocada VIVA que en su condición contractual de Gerente Integral tenía asignadas unas funciones generales de supervisión.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Tras realizar una exégesis de algunas de las obligaciones del CONSORCIO y de FIDUBOGOTÁ bajo el Contrato No. 127, VIVA señala que tanto la entidad Contratante, como el Contratista, la Interventoría y ella misma como supervisora suscribieron el Acta de Inicio del Contrato el día 29 de septiembre de 2014.

El relato ofrecido por VIVA en desarrollo del medio exceptivo bajo análisis señala que el 29 de septiembre de 2014 el CONSORCIO puso de presente que frente a la implantación propuesta fue informado que la cota de inundación no permitía ejecutar el proyecto en la zona sugerida, lo cual implicaba que el 60% del proyecto estaría ubicado en zona de riesgo.

VIVA da cuenta y razón de la correspondencia cruzada con el CONSORCIO y con la Interventoría, según la cual todas las partes involucradas fijaron su posición alrededor de la problemática de la cota mínima de inundación del lote hasta llegar al Acta de Suspensión del Contrato.

VIVA es enfática en afirmar que de su parte agotó el cumplimiento de todas sus obligaciones orientadas a que se ejecutara el Contrato, como quiera que con fundamento en la viabilidad técnica y jurídica de FINDETER presentó ante FIDUBOGOTÁ la licencia de urbanismo y construcción y su propio estudio de títulos de fecha 27 de junio de 2014.

*El cumplimiento de sus obligaciones como Gerencia Integral o Supervisor General del Programa como excepción de VIVA*

En sustento del medio exceptivo que pasa a analizarse, VIVA ofrece un recuento de las obligaciones generales tanto de FONVIVIENDA como de ella misma, referidas a los Convenios Interadministrativos Nos. 034 de 2012 y 087 de 2013 y se refiere también al rol del Municipio de San Carlos como aportante del lote sobre el cual se proyectaba desarrollar el proyecto que a su vez era el objeto del Contrato No. 127 de 2014.

Se refiere igualmente al papel que jugó FINDETER en el estudio y evaluación de las condiciones del susodicho lote de terreno, destacando que esa entidad ha debido hacer las

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

consultas relacionadas con la Lista OFAC, debido a que su actividad se rige, en lo pertinente, por las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) dada la naturaleza jurídica de esa entidad, indicada en el Decreto 4167 de 2011.

Señala que fue en cumplimiento de sus deberes legales que realizó, adelantó y culminó la Invitación Privada No. 064, que dio lugar a la adjudicación del Contrato No. 127 de 2014 al CONSORCIO.

Posteriormente volcó sus esfuerzos argumentativos sobre el análisis pormenorizado de las obligaciones del CONSORCIO, con miras a demostrar que dentro de sus obligaciones se contaban las relativas a los estudios de hidrología del lote.

Rememoró que FIDUBOGOTÁ asumió la obligación de seleccionar un Interventor para el Contrato y, de igual manera, que el Acta de Inicio del mismo fue suscrita el 29 de septiembre de 2014, así como que el 1 de octubre el CONSORCIO solicitó información relativa a la cota mínima de inundación del referido lote, e hizo un recuento pormenorizado de las diferencias que con ocasión de ese aspecto afloraron entre el CONSORCIO y la Interventoría.

Todo lo anterior, para luego referirse a las condiciones bajo las cuales se convino y suscribió el Acta de Suspensión del Contrato y para destacar que de su parte hizo lo que estuvo a su alcance para recaudar la información técnica necesaria para superar el inconveniente de esa índole que dio lugar a la suspensión del Contrato, luego de lo cual incluyó como parte de esta excepción lo que enseguida se transcribe:

"Hasta la fecha, no se ha demostrado que a la fecha (sic) hayan sido superadas las causas que dieron origen a la suspensión solicitada por el contratista de obra, ya que, para entender superadas dichas causas, se debe contar con el estudio hidrológico del lote, el que estaba a cargo del Consorcio y que pretende cobrar dentro de las pretensiones de la demanda, sin demostrar su ejecución a travé (sic) de los medios probatorios idóneos, esto es, con la entrega del respectivo resultado avalado por la Interventoría."



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Indica posteriormente VIVA que el 31 de enero de 2015 CORNARE hizo entrega del estudio hidrológico del lote, pero sostiene que aún se encuentra pendiente el "estudio hidrológico interno" del lote, que a la fecha no ha sido aportado, siendo esa la causa que en el entendimiento del Tribunal argumenta VIVA para señalar que las causas de la suspensión del Contrato no han sido superadas.

Refiere VIVA en esta excepción, que de igual manera la Interventoría ha requerido al CONSORCIO para la entrega de información relacionada con el Contrato sin haberla recibido, todo lo cual implica que esa convocada ha dado cumplimiento de sus obligaciones como Gerente Integral del Contrato No. 127 de 2014.

*Excepción de contrato no cumplido*

a. De VIVA

Otra de las defensas presentadas por VIVA, que se denomina de contrato no cumplido, la hace consistir esa convocada en que el pago de las labores de la fase pre-constructiva – que es parte de las pretensiones económicas del CONSORCIO – no puede tramitarse sin la documentación que da lugar a esa exigibilidad, debidamente aprobada por la Interventoría.

VIVA señala en qué oportunidades formuló los requerimientos respectivos al CONSORCIO y agrega que, por ejemplo, el 30 de diciembre de 2014 la Interventoría solicitó al Contratista subsanar los diseños de las redes de acueducto y alcantarillado del proyecto, sin obtener respuesta satisfactoria.

Recalca VIVA que la conducta omisiva que imputa al CONSORCIO en cuanto a los entregables a su cargo, debidamente aprobados por la Interventoría, también le impidió adelantar las gestiones pertinentes para buscar que FIDUBOGOTÁ hubiese reincorporado el lote al proyecto, pues esa entidad habría tenido esa obligación si se le hubiese acreditado

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

el cumplimiento de las labores de la etapa pre-constructiva, lo cual no fue posible debido al incumplimiento – previo entiende el Tribunal – del CONSORCIO.

VIVA pone de presente que, en su oficio del 22 de septiembre de 2015, dirigido a FIDUBOGOTÁ en respuesta al suyo del 31 de agosto de ese año por el cual esa entidad sentó su posición sobre la no aptitud del lote de matrícula inmobiliaria 18-151859, solicitó a esa fiduciaria pronunciarse sobre la continuidad del proyecto, en ese u otro lote, todo lo cual, reitera VIVA impidió seguir adelante o intentar hacerlo, debido a una conducta de incumplimiento imputable al CONSORCIO.

Para el Tribunal es claro que la excepción bajo análisis se enfoca en la pretensión declarativa de incumplimiento y en su consecuencial de condena relativa al reconocimiento de los ítems de la fase pre-constructiva, conclusión a la cual arriba a partir de la siguiente expresión que sirve de conclusión a la excepción bajo análisis:

“Así las cosas, es claro que el pago de la fase pre-constructiva no obedeció a causas imputables a la Empresa de Vivienda de Antioquia – VIVA, sino por un incumplimiento del Contratista de obra de presentar los productos avalados por la interventoría e igualmente su omisión no permitió que Fiduciaria Bogotá replanteara su posición de no incorporar el lote al Patrimonio Autónomo.

“En consecuencia, NO SE DIERON LOS ELEMENTOS TÉCNICOS NECESARIOS PARA PROCEDER CON LA FASE CONSTRUCTIVA, por lo tanto, el incumplimiento en la entrega de los productos correspondientes a la fase pre-constructiva, desvirtúa la existencia de una expectativa legítima de obtener una ganancia en la fase de construcción.”

b. De FIDUBOGOTÁ

La convocada FIDUBOGOTÁ busca enervar las pretensiones de la demanda mediante la noción de contrato no cumplido, respecto de cuyos fundamentos ofrece un marco

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

conceptual preliminar para luego pasar a señalar que el CONSORCIO es parte incumplida del Contrato desde el inicio de su ejecución, cuando fuera requerido para realizar los estudios hidráulicos que en el sentir de esa parte le correspondía ejecutar a lo cual, sostiene FIDUBOGOTÁ, se sustrajo injustificadamente.

Ampliando la lente de su análisis, FIDUBOGOTÁ puntualiza que la conducta del CONSORCIO, que busca presentar como una muestra de probidad contractual, en realidad corresponde tan solo al aparente cumplimiento de sus obligaciones en materia de diseños, mediante documentos que son simples bocetos.

Destaca FIDUBOGOTÁ que el orden lógico de las cosas, de acuerdo con las obligaciones asumidas por el CONSORCIO, era adelantar los estudios "hidráulicos" y una vez aprobados éstos cumplir con los requisitos necesarios para cumplir con la etapa pre-constructiva y avanzar normalmente hacia la fase constructiva.

FIDUBOGOTÁ fustiga duramente al CONSORCIO señalando que los diseños no fueron realizados en realidad, mucho menos tres veces y que los mismos nunca obtuvieron las aprobaciones contractuales que la parte convocante conocía en detalle y que, en consecuencia, los que se hayan realizado son el producto de una decisión unilateral y culpable del CONSORCIO que lo hace responsable de los perjuicios que él mismo haya podido sufrir.

Para la excepciónante lo que aparece probado es que el CONSORCIO se negó a realizar los estudios de hidrología a su cargo, obtuvo la suspensión del Contrato y enfocó sus esfuerzos en producir documentos que tan solo daban apariencia de cumplimiento del mismo y a alentar reclamaciones económicas.

En esas circunstancias, concluye FIDUBOGOTÁ, hace al CONSORCIO parte incumplida del Contrato lo cual le impide reclamar el cumplimiento de su co-contratante y perseguir perjuicios.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

*La culpa exclusiva de un tercero alegada por VIVA*

VIVA hizo consistir el señalado medio de defensa en el hecho de que el 6 de octubre de 2014 FIDUCIARIA BOGOTÁ le hizo saber a esa empresa que el lote con matrícula 018-31553 no era posible incorporarlo al proyecto San Carlos por cuanto quien aparecía como propietario del mismo en las anotaciones Nos. 3 y 4 de ese folio se encontraba reportado en la Lista OFAC.

VIVA explica de qué manera planteó ante FIDUBOGOTÁ, con el fin de oponerse a la decisión comunicada el 6 de octubre de 2014, poniéndole de presente hechos propios de esa entidad tales como el aval jurídico sobre la titulación del lote producida por sus asesores jurídicos externos, la consideración de que un predio adicional al originalmente destinado al proyecto no ofrecía mayores riesgos y la expectativa de que las viviendas a construir en todo caso estaban destinadas a población bajo especiales condiciones de protección constitucional, con lo cual se satisfacía el presupuesto constitucional de la función social de la propiedad.

Refiere la excepcionante que FIDUBOGOTÁ adoptó esa decisión aludiendo a un riesgo reputacional para esa entidad y relata que el 31 de agosto de 2015 esa fiduciaria comunicó la falta de aptitud del segundo lote postulado para la realización del proyecto, frente a lo cual – señala VIVA – que el 22 de septiembre de 2015 indicó que no le correspondía tomar decisión alguna sobre la eventual continuidad del proyecto.

Por último y en sustento de esta excepción da cuenta y razón de la forma como se concretó la “despriorización” de los cupos para concluir:

“es claro que Fiduciaria Bogotá tomó la decisión de no incorporar el lote sin tener en cuenta que como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo había contrato (sic) la obra y la interventoría para la ejecución del proyecto San Carlos, cabe resaltar que dicha decisión no fue tomada en calidad de vocera y administradora, sino como entidad financiera autónoma.”

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

*La falta de legitimación por activa alegada por FIDUBOGOTÁ*

Esta excepción, resumida en términos según los cuales “al demandante no le asiste el derecho para invocar las peticiones que integran su pretensión” la hace consistir FIDUBOGOTÁ en que la suspensión del Contrato la obtuvo el Contratista por virtud de su omisión deliberada para sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones.

Los hechos a los cuales apela FIDUBOGOTÁ en sustento de esta defensa se contraen a relatar que desde el 3 de octubre de 2014 el CONSORCIO fue requerido por la Interventoría para aportar el estudio hidrológico que era el camino lógico para establecer las condiciones del lote de terreno, lo que incluye la determinación de la cota de inundación, como presupuesto básico que permitiría avanzar hasta finalizar la etapa pre-constructiva y finalizarla, para proceder, en orden lógico, con la etapa constructiva.

Refiere está convocada que en lugar de proceder como ha quedado resumido, el Contratista señaló:

“El estudio [hidrológico] es del resorte de la autoridad ambiental y/o ente municipal, en caso de requerirse como lo solicita la interventoría se evaluaría en su momento el costo que este estudio tendría en función del alcance que la entidad Contratante designe.”

Relata FIDUBOGOTÁ adicionalmente, que el CONSORCIO nunca entregó diseños definitivos con las aprobaciones correspondientes, y finalmente no ejecutó la etapa pre-constructiva.

Posteriormente FIDUBOGOTÁ hace un recuento de los prepuestos axiológicos de la responsabilidad contractual, destacando que el principal de ellos es la acreditación del cumplimiento propio.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Indica que no es cierto que el Contratista tenga derecho a reclamar por gestiones que realizó, inclusive antes del Acta de Inicio del Contrato, destacando que no es cierto que la cota de inundación fuera del caso variarla porque ese aspecto no era parte de los Pliegos de Condiciones, ni del Contrato, ni de dicha Acta, de donde concluye que toda la problemática aludida es una "construcción" de la parte convocante.

Al punto, señala la excepción:

"Anticipadamente al inicio del contrato [el contratista], dice haber obtenido una información del municipio de San Carlos, con esa información dice haber obtenido una cota de inundación, luego dice haberse enterado de que Cornare, autoridad ambiental en ese territorio, tenía establecida una diferente y ahora resulta que por ello, debió cambiar una (sic) urbanismo que no se sabe cuándo pudo haber realizado (el contrato inicio (sic) el 29 de septiembre de 2014 y se suspendió el 10 de octubre de 2014) y además, afirma haber repetido y hasta elaborado tres veces."

En la parte final de la sustentación de esta excepción, relata FIDBOGOTÁ:

"Bajo este escenario, salta a la vista la falta de legitimación para deprecar: El pago de unos diseños que nunca ejecutó, ni entregó ni le fueron aprobados (Diseño 1); la reelaboración de diseños (Diseño 2), el cobro de un "estudio arbóreo", que no estaba previsto (lo que está previsto se (sic) tramitar y obtener los permisos ambientales) y que en todo caso no realizó; unos "estudios hidrológicos", de los que no hay prueba ni siquiera en la causación de gastos, pero que además están incluidos en el precio global fijo; la utilidad del contrato, calculada sin rasero alguno sobre el valor total del contrato (incluyendo la fase Constructiva) y, por si fuera poco, un nuevo rubro de "Perjuicios", tasado también, como la utilidad esperada, en el 5% del valor total del contrato, cuya determinación deja a un perito que habrá de nombrar el Tribunal, cuando es claro que actualmente la prueba pericial debe ser aportada con la demanda."

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

*La alegación de su propia culpa propuesta por FIDUBOGOTÁ en relación con la conducta del CONSORCIO*

Bajo esta excepción indica FIDUBOGOTÁ que no es posible hablar de la alegada necesidad de variar la cota de inundación del lote porque no había un parámetro preexistente en ese sentido.

Señala FIDUBOGOTÁ que el orden lógico en la actividad del Contratista habría sido recolectar en primer lugar la información sobre la cota de inundación en CORNARE y luego adelantar la hidrología con posterioridad al Acta de Inicio. Al respecto sostiene FIDUBOGOTÁ:

"En cambio de ello, por hacer lo que no podía hacer cuando no había iniciado el contrato, concluye que la diferencia entre la información que obtuvo desde el mes de junio en el municipio y la que le dieron en septiembre en esa misma Entidad referida a Cornare, constituyen una variación de condiciones que lo llevan a pedir la suspensión y a presentar reclamos de extracostos. Además, en ese raro entorno, confeccionado solo con palabras, afirma que diseñó el urbanismo tres veces."

En síntesis, el medio exceptivo bajo análisis se decanta en términos según los cuales era obvia la necesidad de definir la cota de inundación, lo cual conocía antes de la suscripción del Acta de Inicio y que, de ignorarlo, así lo hubiera entendido al elaborar la hidrología a la cual estaba obligado. Destaca FIDUBOGOTÁ que los diseños en cambio sí podían hacerse con la información básica de la cual disponía el Contratista.

En la medida en que para FIDUBOGOTÁ el Contratista no tenía autorización alguna para ejecutar actividades antes del Acta de Inicio y que las que ejecutó posteriormente a ella fueron mínimas, precisamente por haberse suspendido la ejecución del Contrato a solo 11 días de su iniciación, lo ubican en el ámbito de la alegación de una culpa propia.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

*La excepción de inepta demanda por petición antes de tiempo promovida por FIDUBOGOTÁ*

Esta hace parte de una excepción más amplia “de inepta demanda” en su concepción general, y se concreta en que, al estar acreditado el acuerdo de suspensión del Contrato, el hecho de acudir al juez del mismo requiere, mediando petición de parte, que el Tribunal decretase el levantamiento de esa suspensión que tiene el doble atributo de ser bilateral e indefinida.

No habiéndose solicitado el levantamiento de la suspensión del Contrato ni mediando petición sobre la nulidad del acto jurídico que la contiene, la demanda deviene en inepta por las razones antes resumidas.

**Consideraciones del Tribunal**

La suspensión del Contrato como una medida temporal y excepcional

Es común en los contratos estatales de tracto sucesivo como el que es objeto de esta controversia que, durante su ejecución, surjan situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o de interés público que conlleven a la suspensión del Contrato la cual, por regla general, debe pactarse de común acuerdo entre las partes, y de manera excepcional, puede ser decretada unilateralmente por el Contratante con plena sujeción a la ley, a fin de evitar un ejercicio abusivo de esta facultad contractual.

La suspensión del Contrato estatal no está consagrada expresamente en la ley a pesar de haber estado regulada en el pasado por el Estatuto de Contratación Estatal anterior, artículo 57 del Decreto Ley 222 de 1983, el cual fue derogado por la Ley 80 de 1993, y tampoco ha sido objeto de estudio profundo por parte de la doctrina.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En el caso de esta última norma, la suspensión del Contrato estatal podría deducirse de los artículos 13 y 40 de dicho estatuto. En el derecho privado, la suspensión tiene fundamento entre otros, en los artículos 864 y 868 del Código de Comercio.

Sin embargo, observa el Tribunal que en el caso colombiano ha sido la jurisprudencia, en particular la del Consejo de Estado, la que se ha referido a la suspensión del Contrato cuando una de las partes es una entidad estatal, como ocurre en este caso en el que la Contratante es VIVA. El Consejo de Estado <sup>20</sup> ha definido la suspensión del Contrato en los siguientes términos:

“Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar.”  
(Subraya y negrita fuera del original).

En cuanto a la finalidad de la suspensión del Contrato estatal, el Consejo de Estado <sup>21</sup> ha expresado lo siguiente:

“En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición.” (Subraya y negrita fuera del original).

De acuerdo con lo anterior, a juicio de este Tribunal, la suspensión del Contrato constituye una medida excepcional cuya finalidad está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de caso fortuito, fuerza mayor o de interés público que impiden temporalmente

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, sentencia del 5 de julio de 2016, C.P: Germán Bula Escobar.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de abril de 2010, C.P: Enrique Gil Botero.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

su ejecución. Durante la suspensión, el cumplimiento de una, varias o de todas las obligaciones pactadas en el Contrato no son exigibles, y una vez superada la situación que la originó, el Contrato continúa su ejecución y las obligaciones en cabeza de las partes deben ser ejecutadas y cumplidas.

Asimismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la eficacia y la existencia de los acuerdos celebrados entre las partes con relación a la suspensión del Contrato, señalando que la misma debe ser utilizada como una medida temporal y su uso debe ser excepcional.<sup>22</sup>

En sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, dicha Corporación Judicial se pronunció sobre los efectos de la suspensión del Contrato expresando que dicho acuerdo es una convención que impide, de manera temporal, la ejecución del Contrato y que se constituye en ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil. Al respecto, dijo el Consejo de Estado lo siguiente:

**“la suspensión de común acuerdo constituye una convención que altera o impide de manera temporal la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato y, por lo tanto, al igual que este último es ley para las partes en los términos fijados por el artículo 1602 del Código Civil. En ese orden de ideas, si de la suspensión se desencadena un incumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de una de las partes, esta queda compelida a cubrir y cancelar los perjuicios que se derivan del mismo.”** (Subraya y negrita fuera del original)

De acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, como ya se indicó, la suspensión adoptada de común acuerdo se convierte en una convención que es ley para las partes y por tanto, produce efectos jurídicos vinculantes para ellas. De allí que la suspensión que desborda el ámbito del acuerdo entre las partes y las condiciones de la misma, especialmente su carácter temporal, puede constituirse en un incumplimiento del Contrato.

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 5 de julio de 2016, C.P: Germán Bula Escobar.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Así las cosas, el propósito de la suspensión es el de conceder a las partes un tiempo razonable para que se supere la situación que la origina, ya que esa situación es la que obstaculiza o impide el cumplimiento de una, varias o todas las obligaciones afectadas por la misma, para que una vez restablecida la ejecución del Contrato las partes puedan cumplir con las obligaciones a su cargo.

La suspensión del Contrato por mutuo acuerdo como una medida temporal para reconocer las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o razones de interés general que imposibilitan el cumplimiento del Contrato

En el Contrato de Obra No. 127 de 2014 las partes pactaron la posibilidad de su suspensión en la cláusula vigésima novena, la cual establece lo siguiente:

**VIGÉSIMA NOVENA: SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO. Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito se podrá, de común acuerdo entre las partes, previo visto bueno de LA INTERVENTORÍA, y autorización del COMITÉ FIDUCIARIO, suspender temporalmente la ejecución del Contrato, mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para efectos del plazo extintivo, se compute el tiempo de la suspensión.**

“Se considerará como fuerza mayor o caso fortuito, el suceso que no es posible predecir y que está determinado por circunstancias no imputables al CONTRATISTA o al EL CONTRATANTE, que impidan totalmente el trabajo u obliguen a disminuir notablemente su ritmo, como por ejemplo, catástrofes, guerras, huelgas.

“La situación de fuerza mayor o caso fortuito deberá ser demostrada por EL CONTRATISTA, y en tal evento tendrá derecho a la suspensión o ampliación del plazo, según el caso, pero no la indemnización alguna o a reajuste de precios. Esta situación no lo exonera de su obligación de constituir y mantener vigentes las

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

garantías estipuladas en el Contrato, y de la responsabilidad por los daños que sufra EL CONTRATANTE por no haberlas constituido o mantenido vigentes.

“Las suspensiones debidas a lluvias, derrumbes en vías de acceso, demoras del CONTRATISTA en la adquisición o disponibilidad de recursos e insumos, materiales, mano de obra, equipos y elementos, daños en los mismos, o huelgas del personal por el incumplimiento del CONTRATISTA, de sus obligaciones o convenios laborales, o de su falta de cooperación para atender peticiones justas de sus trabajadores, o cualquier otra intervención de terceros en reclamación a perjuicios que haya ocasionado EL CONTRATISTA, no se consideren como fuerza mayor o caso fortuito y no darán lugar a indemnización ni ampliación del plazo estipulado.” (Subraya y negrita fuera del original).

De lo anterior es posible deducir que en el Contrato de Obra No. 127 de 2014, las partes acordaron la posibilidad de suspenderlo de manera temporal, para lo cual establecieron las siguientes condiciones:

- (i) Que la suspensión sea de común acuerdo;
- (ii) Que se presenten u ocurran de circunstancias o situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo con las definiciones correspondientes previstas en dicha cláusula;
- (iii) Que se cuente previamente con el visto bueno de la Interventoría;
- (iv) Que se cuente con la autorización previa del Comité Fiduciario; y,
- (v) Que la suspensión se realice mediante la suscripción de un acta “donde conste tal evento”.

Como consecuencia de la suspensión del Contrato, no se tendrá en cuenta para efectos del plazo extintivo, el cómputo del término de esa convención.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En este caso, el Tribunal encuentra demostrado que el Contrato fue suspendido el 10 de octubre de 2014 por la necesidad de la Gerencia Integral en cabeza de VIVA de determinar con certeza la cota de inundación del proyecto tal como consta en el Acta de Suspensión del Contrato de esa misma fecha <sup>23</sup> la cual fue suscrita por la Gerente Integral Beatriz Elena Rave Herrera como Representante Legal de VIVA, por Carolina Lozano Ostos como Representante Legal de FIDUBOGOTÁ, por EL CONTRATISTA Jorge Enrique Mora Henao Representante Legal del CONSORCIO, y por EL INTERVENTOR Jaider Eugenio Sepúlveda García.

El Acta de Suspensión dice lo siguiente en la parte pertinente:

“7. En atención a lo anterior, el constructor radicó ante VIVA un planteamiento urbanístico, e indicó que está dispuesto a realizar el estudio, previa aprobación de la entidad del costo que represente; sin embargo, se hace necesario que la autoridad ambiental determine y valide la cota de inundación del predio, pues hasta que no se tenga la certificación de planeación municipal, no es posible acceder al planteamiento del constructor.

“8. Como la circunstancia presentada constituye un inconveniente técnico, la Empresa de Vivienda de Antioquia- VIVA, como Gerente Integral del Proyecto, desarrollará las gestiones pertinentes para contar con la cota de inundación definida en el tiempo de retorno de 100 años, sea con el constructor (Analizando el alcance, valor y plazo del estudio) o con la autoridad ambiental, por lo que considera necesario suspender el contrato de obra.” (Subraya y negrita fuera del original).

En cuanto al cumplimiento de las condiciones de suspensión del Contrato pactadas en la cláusula vigésima novena, observa el Tribunal lo siguiente:

(i) La suspensión fue convenida de común acuerdo entre las partes;

---

<sup>23</sup> Folio 128 del Cuaderno Principal.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

(ii) No se presentaron circunstancias o situaciones de caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo con las definiciones correspondientes previstas en dicha cláusula. Sin embargo, quedó demostrado que VIVA reconoció la existencia de razones de orden técnico que la llevaron a acordar la suspensión del Contrato, habida cuenta de la necesidad de determinar la cota de inundación del predio teniendo en cuenta la cercanía del Río San Carlos.

(iii) De acuerdo con la prueba aportada por el CONSORCIO, <sup>24</sup> el Acta de Suspensión no aparece firmada por el Interventor. No obstante, en la prueba aportada por VIVA en la contestación a la demanda, <sup>25</sup> el acta sí aparece firmada por el Interventor, Jaider Eugenio Sepúlveda García;

(iv) El Acta de Suspensión del Contrato fue suscrita por los Representantes Legales de las partes y por Carolina Lozano Ostos como Representante Legal de FIDUBOGOTÁ, con lo cual se entendería que dicha suspensión habría contado con autorización previa del Comité Fiduciario;

(v) El objeto fue la suspensión temporal de la ejecución del Contrato mientras se establecía la cota de inundación del predio directamente por estudios del constructor o por estudios de la autoridad ambiental, en este caso CORNARE;

(vi) La suspensión se realizó mediante la suscripción del acta del 10 de octubre de 2014 en la que consta tal evento.

De acuerdo con lo anterior, el Contrato de Obra No. 127 de 2014 no fue suspendido por razones de fuerza mayor o caso fortuito tal como estaba consagrado en su cláusula vigésima novena. La suspensión del Contrato fue pactada de común acuerdo entre las partes, desde luego con la anuencia de VIVA, quien para ese entonces había recibido el

---

<sup>24</sup> Folios 128 a 130 del Cuaderno Principal.

<sup>25</sup> Folios 437 a 438 del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“planteamiento del constructor” en cuanto al diseño del proyecto de vivienda y su ubicación en la parte baja del lote.

Está demostrado que ambas partes consintieron en que la suspensión del Contrato tenía como fundamento lo declarado por VIVA, quien consideró necesario que se validara la cota de inundación del predio, situación que, según las pruebas que obran en el expediente, no había sido advertida con anterioridad, y que de acuerdo con el texto del Acta de Suspensión, fue catalogada como un “inconveniente técnico”. También quedó establecido en dicha acta que hasta cuando dicho inconveniente técnico no fuera superado “no es [era] posible acceder al planteamiento del constructor.”

También quedó demostrado que, en el Acta de Suspensión, las partes acordaron que sería el constructor o la autoridad ambiental quien desarrollaría “las gestiones pertinentes para contar con la cota de inundación definida en el tiempo de retorno de 100 años.”

Resulta claro en consecuencia que el Acta de Suspensión, si bien no se enmarca estrictamente dentro de los criterios previstos en la cláusula vigésima novena del Contrato, es el producto del consenso de los Contratantes, que además cuenta con el aval de la Interventoría, hecho que el Tribunal aprecia como un genuino ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes suscriben dicha Acta, a la cual se debe reconocer entonces el mérito que tiene para suspender la ejecución contractual en presencia de un hecho reconocido como fuera del control de las partes.

Adicionalmente, la suspensión del Contrato fue considerada como una medida necesaria para satisfacer un interés mayor como lo es la idoneidad técnica del proyecto objeto de dicho acuerdo de voluntades.

Bajo la lógica anteriormente resumida, el Tribunal no abriga ninguna duda en el sentido de que la suspensión del Contrato tuvo una motivación plausible y encaminada a satisfacer su objeto, razón por la cual dicho documento y las declaraciones en él contenidas obedecen a la voluntad común y válidamente expresada de las partes para solventar un inconveniente

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

temporal, pero de señalada importancia para el éxito del proyecto y como tal se la tendrá para todos los efectos de este laudo.

El motivo que dio lugar a la suspensión del Contrato fue superado con el estudio hidrológico elaborado por CORNARE

Como ya se indicó, el Contrato de Obra No. 127 de 2014 fue suspendido de común acuerdo por las partes para determinar la cota de inundación definitiva del predio, razón por la cual VIVA se obligó a desarrollar las gestiones pertinentes para contar con dicho estudio, fuera que el mismo proviniera del constructor -previo análisis de su alcance y su valor - o fuera que el mismo se obtuviera de la autoridad ambiental respectiva.

Para el Tribunal resulta muy importante hacer hincapié en que, aparte de lo anteriormente dicho sobre el mérito de convicción atribuido al texto del Acta de Suspensión, su contenido refleja que las partes reconocieron un hecho que impedía la normal ejecución del Contrato, asumieron unas tareas orientadas a superar las causas de la suspensión y, a ese propósito, VIVA asumió el liderazgo de las tareas necesarias para superar el problema relacionado con la cota de inundación.

Fue así como, gracias a las gestiones desplegadas por VIVA, pudo determinarse que CORNARE había desarrollado el respectivo estudio hidrológico por el cual se determinó la cota de inundación del predio. Así quedó acreditado con el estudio respectivo.<sup>26</sup> También da cuenta de ello el testimonio del Interventor del Contrato Jaider Sepúlveda García, quien en su declaración manifestó:

**"43: 30. INTERVENTOR JAIDER SEPÚLVEDA GARCÍA. La cota de inundación se tuvo dos meses después aproximadamente, cuando CORNARE conceptuó sobre el particular. Es decir, a partir de ese momento estaban superadas las causas que originaron la suspensión.**

---

<sup>26</sup> Folios 534 a 558 del Cuaderno Principal.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

(...)

"Claro que sí, incluso es verificable que a partir de ese momento VIVA desplegó las actividades para iniciar con la construcción, por eso se presentó en la comunidad."

El Tribunal encontró probado a partir de la testimonial que se acaba de transcribir, de la documental allegada al expediente y de las posiciones defendidas por las partes, que los inconvenientes técnicos que justificaron la suspensión del Contrato fueron superados no más allá de noviembre de 2014, probanza que le impone a analizar, como más adelante se hará, las razones por las cuales dichas suspensión no fue levantada al haberse resuelto la situación que la motivó, o las razones que definitivamente impidieron la ejecución del Contrato.

VIVA mantuvo injustificadamente la suspensión del Contrato

Observa el Tribunal que a pesar de que la cuestión técnica de la cota de inundación del predio "definida en el tiempo de retorno de 100 años" se superó con el estudio hídrico de CORNARE que permitió la reubicación del proyecto, VIVA mantuvo la suspensión indefinidamente en el tiempo y no desplegó ninguna actividad positiva tendiente a su levantamiento.

A juicio del Tribunal, la suspensión del Contrato suscrito con entidades estatales no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ejercer la entidad Contratante. La suspensión tampoco puede ser indefinida, y únicamente puede mantenerse por la causa que fue invocada para tal efecto o durante el término establecido para la suspensión. Al respecto, el Consejo de Estado <sup>27</sup> ha expresado lo siguiente:

**"La suspensión del contrato no es una prerrogativa, potestad o facultad excepcional que pueda ejercer la Administración, unilateralmente, salvo en los casos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico; en efecto, la actividad del**

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 11 de abril de 2012, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
Vs.  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Estado, incluida la contractual, se rige por el principio de legalidad, tal como lo ordena la Constitución Política en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos. La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes Contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo. (Subraya y negrita fuera del original).

En la providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del Consejero Germán Bula Escobar de fecha del 5 de julio de 2016 el Consejo de Estado reiteró su jurisprudencia en los siguientes términos:

“La actividad contractual debe someterse al principio de legalidad y por tanto, como la ley no regula la suspensión del contrato como potestad, prerrogativa o privilegio de la entidad estatal, ni faculta al contratista a ejercerla, debe concluirse que esta adopta una única modalidad: solo se puede derivar de la voluntad común o conjunta de las partes (...). (Subraya y negrita fuera del original)

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“La natural consecuencia del carácter temporal de la suspensión, es que al desaparecer la causa que la originó -fuerza mayor, caso fortuito o interés público-,

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**debe concluir también la suspensión del contrato y deben reanudarse de modo subsecuente las obligaciones.** (Subraya y negrita fuera del original).

En el marco de la suspensión acordada por las partes el 10 de octubre de 2014, no era viable que VIVA la mantuviera una vez se contó con el estudio de CORNARE, por la obvia razón de que la aludida medida que suponía la interrupción de la ejecución contractual descansaba sobre una única razón ya analizada en precedencia, consistente en la necesidad de determinar la cota mínima de inundación del lote.

Para el Tribunal resultó probado que VIVA observó una conducta omisiva, que no solo toma forma en los hechos acabados de analizar, que bien pueden sintetizarse en que los inconvenientes técnicos que motivaron la suspensión fueron superados prontamente, sino que también se concreta en que con anterioridad a la verificación de las condiciones técnicas necesarias para continuar adelante con la ejecución del contrato, esa convocada ya había sido impuesta de una información relevante que le fue dada a conocer por FIDUBOGOTÁ y que también suponía un obstáculo mayúsculo para la satisfacción del objeto contractual al cual se hace referencia enseguida.

En efecto, en el expediente aparece acreditado que el 6 de octubre de 2014, FIDUBOGOTÁ se dirigió a VIVA mediante el oficio 201410007894 <sup>28</sup>, por el cual le comunicó el hallazgo de una novedad en los términos que se transcriben a continuación:

"... verificada la documentación para la legalización del Patrimonio Autónomo Derivado San Carlos se encontró que el señor PUERTA PARRA GABRIEL identificado con cédula de ciudadanía No. 8.238.830, el cual está registrado en las anotaciones Nos. 3 y 4 del folio de matrícula No. 018-31553 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Marinilla, está reportado en las listas OFAC.

"Por lo anterior, agradecemos efectuar los trámites respectivos, ya que dicho predio no puede ser incrementado al Patrimonio Autónomo Derivado San Carlos".

---

<sup>28</sup> Folio 435 del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Esta carta fue remitida por el Coordinador de Macroproyectos de FIDUBOGOTÁ, Wilder Javier Herrera León a Beatriz Elena Rave Herrera, Representante Legal de VIVA. La comunicación anteriormente transcrita daba cuenta y razón de un hecho trascendente sobre el cual VIVA guardó silencio frente al CONSORCIO y frente a la Interventoría, se abstuvo de considerarlo como una razón adicional a ser incluida en el Acta de Suspensión y aparentemente no le generó ninguna inquietud pese a que esa entidad tenía conocimiento tanto del aval técnico y jurídico del lote proveniente de FINDETER, como de su propio estudio sobre la titulación del lote.

La buena fe que todos los Contratantes se deben, a juicio del Tribunal, le imponía a VIVA el deber de por lo menos revelar esa información al CONSORCIO y prevenirle sobre el riesgo que podía suponer el adelantamiento de algunas actividades orientadas a avanzar dentro de la fase pre-constructiva del Contrato, de lo cual se abstuvo sin explicación alguna que haya sido demostrada en el presente proceso.

Es así como aparece demostrado que desde febrero de 2014 VIVA tenía a su disposición el CERTIFICADO DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS GENERALES, JURÍDICOS Y TÉCNICOS DE LOTES PARA CONSTRUIR PROYECTOS DE VIP EN EL MARCO DE CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS SUSCRITOS ENTRE FONVIVIENDA Y LAS ENTIDADES TERRITORIALES NO. FCSC-C-004 realizado por FINDETER con fecha 7 de febrero de 2014,<sup>29</sup> donde se certificó lo siguiente:

“De conformidad con la revisión de los documentos establecidos en la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios, el lote denominado **URBANIZACION CIUDADELA MEDELLIN**, localizado en la **CALLE 19 CON CARRERA 2** del Municipio de **SAN CARLOS**- Departamento de **ANTIOQUIA** identificado con el Folio de matrícula Inmobiliaria **018-31553- 018- 102352** y la cédula catastral **649.2.001.000.0040.00119.0000.00000- 649.1.001.0046.00001.0000.00000**, es

---

<sup>29</sup> Folios 336 y 337 del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**APTO** para la construcción de Vivienda de Interés Prioritario, en el marzo de los convenios celebrados entre las Entidades Territoriales y FONVIVIENDA.

“El predio identificado anteriormente es propiedad del **MUNICIPIO DE SAN CARLOS**, identificado con NIT No. 890.983.740-9, **el cual se encuentra libre de gravámenes o limitaciones al dominio que impidan la ejecución de proyectos de vivienda (...)**”  
(Negrita fuera del original)

Así mismo, VIVA disponía del estudio de títulos realizado por el asesor de Gestión y Titulación Juan Camilo Agudelo Madrid de fecha 27 de junio de 2014,<sup>30</sup> según el cual el predio se encontraba libre de gravámenes y limitaciones al dominio que impidieran la ejecución del proyecto:

**2. TITULARIDAD DEL INMUEBLE**

**2.1. Propietario actual: MUNICIPIO DE SAN CARLOS 100%**

**2.2. Título de adquisición:** Los (SIC) inmueble anteriormente descrito y alindado, fueron adquiridos por el Municipio de San Carlos por compra realizada al señor José Alberto Sierra Sierra, mediante Escritura Pública No. 175 del 25 de marzo de 2004 de la Notaría Única de la Estrella, debidamente registrada en los dos folios

**3. TRADICIÓN:** Los inmueble anteriormente descrito y alindado, fueron adquiridos por el Municipio de San Carlos por compra realizada al señor José Alberto Sierra Sierra, mediante Escritura Pública No. 175 del 25 de marzo de 2004 de la Notaría Única de la Estrella, debidamente registrada en los dos folios.

**4. CONCEPTO JURÍDICO:** El inmueble se encuentra libre (s) de embargo (s), pleito (s) pendiente (s) arrendamiento (s) por escritura pública, usufructos, condiciones resolutorias derivadas de la forma de pago, inscripciones en demanda etc.

**5. LIMITACIONES AL DOMINIO: No presenta limitaciones al derecho de dominio (...)**

---

<sup>30</sup> Folios 341 a 342 del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

8. RECOMENDACIONES: **Es viable su transferencia al respectivo patrimonio autónomo derivado que se constituya para el desarrollo del proyecto de vivienda de interés prioritario.** (Subraya y negrita fuera del original)

En la contestación a la demanda, VIVA aportó comunicación del 11 de noviembre de 2014, remitida por Beatriz Elena Rave Herrera - Gerente de VIVA a Carolina Lozano Ostos de FIDUBOGOTÁ<sup>31</sup> en la cual la primera manifestó a esta última lo siguiente:

“Es importante indicar que el estudio de títulos exigido por la Fiduciaria Bogotá, fue realizado y aprobado por VSM (Abogados Externos de la Fiduciaria Bogotá), además de lo aprobado por Findeter en el proceso de viabilización del proyecto, lo que generó la contratación del constructor y el interventor por parte del PAM vivienda gratuita- Empresa de Vivienda de Antioquia, los cuales cuentan con acta de inicio (...)

Así las cosas solicitamos que se continúe con el proceso del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 018- 102352, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla (Antioquia), autorizando la constitución del PAD-SAN CARLOS y el incremento de dicho lote para la construcción del proyecto de vivienda, y en caso de presentarse cualquier tipo de proyecto relacionado con el cruce OFAC, la Fiduciaria Bogotá no tendrá la responsabilidad dentro del mismo ya que ha hecho las respectivas observaciones que le corresponde.” (Subraya y negrita fuera del original).

Pese a lo anterior, se observa que FIDUBOGOTÁ no modificó su posición informada a VIVA el 6 de octubre de 2014, y fue esta la razón por la cual se mantuvo indefinidamente la suspensión del Contrato.

Observa el Tribunal que, sin que mediara una nueva suspensión temporal de mutuo acuerdo entre las partes, la cual era perfectamente viable convenir habiéndose superado la primera causa de suspensión y entendiendo que FIDUBOGOTÁ no había modificado su

<sup>31</sup> Folio 441 del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

posición frente al requerimiento de VIVA de no abstenerse de agregar al PAD el lote, lo que a juicio del Tribunal habría podido suponer una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito según lo estableció en la cláusula vigésima novena del Contrato, VIVA mantuvo la suspensión de manera indefinida en el tiempo, sin hacer explícita frente al CONSORCIO la problemática bajo análisis, esto es la relativa a la titulación del lote.

La conducta de VIVA constituye un incumplimiento contractual

Las obligaciones a cargo del Contratista que, a pesar de la suspensión acordada, continuaron ejecutándose en el marco del Contrato de Obra No. 127 de 2014

Una vez suscrita el Acta de Suspensión del Contrato por las partes es claro que el cumplimiento de las obligaciones pactadas debía suspenderse temporalmente mientras se resolvía el asunto del estudio hidrológico de la cota de inundación del predio, especialmente para que no se hicieran exigibles las obligaciones a cargo del Contratista.

Encuentra el Tribunal que los diseños ejecutados en fase pre-constructiva fueron entregados mediante comunicación del 11 de septiembre de 2015 por solicitud de Javier Valdés Barcha quien fungía como Director de Ejecución de VIVA <sup>32</sup> y que también fueron aportados por VIVA en la contestación de la demanda. <sup>33</sup>

Al respecto, Javier Valdés Barcha, Director de Ejecución VIVA, en su interrogatorio reconoció que "mientras el contrato estuvo suspendido hubo interacción, reuniones y cruce de correos ejecutando la fase pre-constructiva". <sup>34</sup>

Así mismo, el Interventor del Contrato expresó en su testimonio que, a pesar de encontrarse suspendido el mismo, este continuó ejecutándose debido a las exigencias y requerimientos

---

<sup>32</sup> Folios 192 a 198 del Cuaderno Principal.

<sup>33</sup> Folios 555 a 561 del Cuaderno No. 2.

<sup>34</sup> Minuto 1:21:45 de la grabación de la audiencia del 31 de julio de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

presentados por la entidad Contratante al CONSORCIO Gómez Mora San Carlos. Al respecto el Interventor declaró lo siguiente:

“Jaider Sepúlveda García: durante el tiempo de la suspensión, la Entidad nos seguía haciendo invitaciones, para discutir asuntos del proyecto, nos llamaban o nos citaban por correo electrónico, el área de arquitectos de VIVA que no había participado en ninguno de los proyectos anteriores, expresó que no le parecía adecuado el diseño inicial del Contratista, porque a su modo de ver debían tener más urbanismo. En este proceso llegó el concepto de CORNARE en el que definía cual sería la cota de inundación, producto de un estudio realizado por la Universidad Nacional, en donde se señalaba que el proyecto debía ubicarse en la zona más alta. <sup>35</sup>

“Entonces la primera alternativa fue desarrollada por el Contratista previamente a la suscripción del acta de inicio, en la misma forma que se hacía en todos los proyectos, pues el plazo de 45 días resultaba insuficiente, por eso se aprovechaba el tiempo entre la firma del contrato y el acta de inicio.

“Producto de la propuesta de los arquitectos de VIVA, se llegó hasta una tercera alternativa, la cual implicaba mayores movimientos de tierra y mayor área de construcción.

“Esto implicó para el Contratista hacer nuevamente el cálculo del proyecto, y de su revisión por parte de la interventoría. Tres meses después a finales de ese año fueron nuevamente llamados por parte de VIVA.”

Más adelante manifestó el testigo:

“Jaider Sepúlveda García: El contrato si bien se encuentra suspendido, con la anuencia y solicitud de VIVA se adelantaron todos los productos de la fase pre-

---

<sup>35</sup> 23:45 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

constructiva, lo único que falta es la aprobación de los mismos para seguir con la siguiente etapa." <sup>36</sup>

En el mismo sentido, el Director de Obra expresó lo siguiente:

"Álvaro Andrés Jaimes Madariaga: Nosotros en ningún momento dejamos de trabajar estando el contrato suspendido, porque es que no tiene lógica que si el contrato se suspende por un motivo, yo me sienta de brazos cruzados a esperar a que ese motivo no se surta. Precisamente durante ese tiempo de suspensión, no sólo nosotros trabajamos, el equipo de diseño de VIVA trabajó. Con quién, con nosotros de la mano. ¿Con los insumos de quién? Que nosotros les entregamos. ¿Con la topografía de quién? Que nosotros le entregamos. Con los condicionantes que nosotros fuimos los que solicitamos en planeación. Siempre estuvimos agarrados de la mano con ellos, trabajando durante el tiempo de suspensión. ¿Hasta cuándo? Hasta ese Comité de enero del 2015, donde ya teníamos una propuesta urbanística en la que nosotros estábamos de acuerdo, en la que VIVA estaba de acuerdo y que íbamos a presentar, para solicitar la licencia." <sup>37</sup>

Finalmente, conviene señalar que, de acuerdo con el testimonio del Interventor Jaider Sepúlveda García, los avances en los estudios y diseños que realizó el CONSORCIO incluso fueron socializados con la comunidad. Al respecto, el Interventor del Contrato expresó lo siguiente:

"Jaider Sepúlveda García: se hizo la socialización del proyecto ante la comunidad, y se fueron adelantando los permisos ante las autoridades competentes para el inicio de la obra. <sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> 1:09:20 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

<sup>37</sup> 23: 00 de la grabación de la audiencia del 1 de agosto de 2018.

<sup>38</sup> 27:00 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“Jaider Sepúlveda García: se siguieron adelantando las actividades preparatorias, pues se planeaba iniciar la construcción en el mes de febrero. No obstante, el día anterior fue informado que se no se daría inicio, pues el Director de Vivienda David Ochoa de VIVA, sería quien informaría.”<sup>39</sup>

“Jaider Sepúlveda García: **Todas las actividades fueron desarrolladas con el contrato suspendido, pero con el aval de los funcionarios de VIVA, de eso hay correos y actas.**”<sup>40</sup>

Sin embargo, en este caso quedó demostrado que la entidad Contratante VIVA, a pesar de la suspensión, después del 10 de octubre de 2014 continuó demandando del Contratista la ejecución de algunas de sus obligaciones estipuladas en el Contrato.

Observa el Tribunal que VIVA también le exigió al CONSORCIO la entrega de los análisis de sobrecostos de urbanismo definitivo del proyecto, así como los productos ejecutados en la fase pre-constructiva. Los análisis de sobrecostos por el diseño de urbanismo definitivo del proyecto fueron puestos en conocimiento de la Interventoría y de la entidad Contratante VIVA mediante comunicación del 25 de febrero de 2015.<sup>41</sup>

Igualmente, observa el Tribunal que, con motivo de la determinación de la cota de inundación del predio establecidas en el estudio de CORNARE, VIVA le solicitó al Contratista la reubicación del proyecto, por cuanto los diseños inicialmente presentados lo ubicaban por debajo de la referida cota de inundación. Todo ello ocurrió a pesar de mantenerse la suspensión del Contrato.

Así quedó acreditado con las declaraciones de Jorge Mora, Representante Legal del CONSORCIO y del Director de Obra Álvaro Andrés Jaimes Madariaga. Además del aparte

---

<sup>39</sup> 28:30 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

<sup>40</sup> 31:15 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

<sup>41</sup> Folio 135 de los anexos de la demanda (Cuaderno principal).

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

de la declaración del Director de Obra antes citado, el representante legal del CONSORCIO manifestó lo siguiente:

“Jorge Mora: VIVA les dio órdenes de seguir trabajando en los diseños porque existe la premura de subsanar rápidamente esa etapa y el gobernador quería inaugurar la obra y se quería celeridad en el proceso”<sup>42</sup>

“Jorge Mora: las actividades, ya suspendido el contrato, se siguieron realizando por instrucciones claras de VIVA al interventor”<sup>43</sup>

“Jorge Mora: durante la etapa de la suspensión del contrato siempre fueron dadas las observaciones por parte de los funcionarios de VIVA respecto a los diseños y demás”<sup>44</sup>

También quedó demostrado que, de acuerdo con lo solicitado por los arquitectos de VIVA, el Contratista debió presentar un tercer diseño con la ubicación del proyecto en el lugar recomendado por VIVA. Al respecto, las declaraciones del Director de Obra, Álvaro Jaimes Madariaga indican lo siguiente:

“Álvaro Andrés Jaimes Madariaga: Y ahí está el concepto de CORNARE. El único condicionamiento por el cual se ha suspendido a esa fecha, ya está superado. Por qué no se reinició. Porque resulta que VIVA, cuando yo pasé el proyecto para acá, VIVA dijo a mí no me gusta. A mí de esa forma no me gusta. Así textualmente no me gusta. Entonces vamos a colocar un equipo de diseño. Y nos sentamos con unos muchachos jóvenes, recién salidos de la universidad y dijeron: hombre a mí sí me gusta arriba, pero entonces, yo en vez de hacerlo así, voy a expandir el proyecto así, separar más las torres, etc. Entonces nosotros les dijimos señores, ya el sólo hecho de pasarlo del 1. Al 2. Ya hay sobrecostos representados en mayores movimientos

---

<sup>42</sup> 32:15 de la grabación de la audiencia del 31 de julio de 2018.

<sup>43</sup> 1:21: 23 de la grabación de la audiencia del 31 de julio de 2018.

<sup>44</sup> 2:14:10 de la grabación de la audiencia del 31 de julio de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

de tierras, mayores vías, mayores andenes, pero la casa como tal es la misma. La casa como tal es la misma. Pero la casa representa el 80% de toda la obra, el otro es el urbanismo. Si el urbanismo yo no lo controlo y se vuelve así es un sobrecosto...".<sup>45</sup>

"Álvaro Andrés Jaimes Madariaga: Fuimos con VIVA y con la interventoría y quedamos con el compromiso de iniciar la obra, de hacer los cerramientos. Iniciar la obra me refiero a qué? A empezar con el movimiento de tierras. Como ya teníamos un planteamiento urbanístico, que entre otras cosas, generaba unos sobrecostos y VIVA dijo: listo, presénteme los sobrecostos, que los apruebe el interventor y ya nos sentamos a negociar. Eran sobre costos bastante considerables. Eran casi el 10% del contrato. Pasar un proyecto de un lado al otro, cierto. Entonces ellos dijeron, yo les entrego los tres planos, para sacar la licencia de urbanismo, ustedes soliciten el permiso de movimiento de tierras y arranquen la obra. Esos planos nunca nos los entregaron. Entonces nunca pudimos hacer el trámite de licencia urbanística. Por lo tanto tampoco nos dieron orden de iniciar obra. Porque nosotros estábamos en toda la disposición de iniciar obra. Es más, en diciembre VIVA nos dijo: nosotros tuvimos reuniones y acá están los Comités y los correos. Reuniones un 9 de diciembre, un seis de enero..."<sup>46</sup>

En consecuencia, es claro que a pesar haberse firmado de común acuerdo entre las partes el Acta de Suspensión del 10 de octubre de 2014 y que dicha suspensión nunca fue levantada, el Contrato continuó ejecutándose por cuanto VIVA requirió al Contratista en varias oportunidades para que ejecutara las obligaciones a su cargo tal como lo expuso el Interventor del Contrato en su testimonio y tal como se probó con las comunicaciones remitidas por el Contratista en fecha 25 de febrero de 2015 y 11 de septiembre de 2015.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> 46:00 de la grabación de la audiencia del 1 de agosto de 2018.

<sup>46</sup> 25:00 de la grabación de la audiencia del 1 de agosto de 2018.

<sup>47</sup> Folios 192 a 198 del Cuaderno Principal y folios 555 a 561 del Cuaderno No. 2, entre otras pruebas.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

La suspensión indefinida del Contrato una vez superadas las causas que dieron lugar a ella constituye abuso del derecho y abuso de posición de dominio por parte de la entidad Contratante y acarrea su incumplimiento

El artículo 95 de la Constitución Política consagra como un principio rector del Estado de Derecho no abusar de los derechos propios en los siguientes términos:

"Artículo 95. Son deberes de la persona y del ciudadano:

"1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (...)"

En el mismo sentido, el artículo 830 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

"El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause."

Al respecto, resulta oportuno destacar lo expresado por el Tratadista Jorge Suescún Melo, quien al respecto ha expresado lo siguiente:

"(...) cada derecho subjetivo debe propender por la finalidad para la cual se concede, de otra manera su titular lo desviará de su cauce natural, con lo que incurre en un abuso. El acto abusivo es aquel contrario al propósito de la institución, a su espíritu y a su finalidad. (JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité. No. 292 y ss). Se trata, por tanto, de un criterio, finalista o teleológico, pues debe observarse si existe conformidad del uso del derecho con su destinación social; finalidad esta que suministra el elemento de comparación necesario para determinar la legitimidad del ejercicio del derecho. Con esto se establecen límites "internos" a los derechos, esto es, restricciones provenientes de la exigencia de que su ejercicio corresponda con su "función social". Así pues, este ejercicio deja ser justificado y pierde protección cuando desconoce el propósito último a que obedece el derecho. En consecuencia, es abusivo todo acto que, por sus móviles o por su fin, es opuesto

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

a su destinación y a la función que le asigna la sociedad. En este orden de ideas, el titular de un derecho puede, con torcida intención o sin ella, ejercitarlo de manera excesiva, inoportuna, o innecesaria, desviándola así de su finalidad última, con lo cual incurre, en todos estos eventos, en típico ejercicio abusivo del ese derecho.”<sup>48</sup>

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia<sup>49</sup> ha expresado lo siguiente en cuanto a la prohibición del abuso y la exigencia de la buena fe en todos los contratos:

“(…) y es precisamente penetrando con profundidad en esta idea como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; ‘...el límite más importante del ejercicio lícito de un derecho –dice Karl Larenz refiriéndose a la estrecha relación que entre sí tienen los preceptos de los artículos 226, 826 y 242 del Código Civil Alemán- resulta (...) del principio de la salvaguarda de la buena fe...’ agregando de inmediato que este principio, ‘...según un criterio hoy discutido ...’ es válido ‘... para cualquier nexo jurídico existente, y fundamenta en el marco de este no solo deberes, sino que restringe también el ejercicio de facultades. Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe...’ (Derecho Civil. Parte General. Cap. II, Par.13).

---

<sup>48</sup> SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Ed. Legis, 2005, p. 241.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de octubre de 1994, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS  
Vs.  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA

Así mismo, esa Corporación Judicial <sup>50</sup> ha expresado lo siguiente:

"2.1. Al disponer el artículo 830 del Código de Comercio que "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause", acogió el ordenamiento legal colombiano, sin ambages, la regla denominada del "abuso del derecho" que de manera genérica señala que los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes "de la persona y del ciudadano", amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

"Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.

"Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de

---

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia 9 de agosto de 2000, M.P: Jorge Antonio Castillo Rúgeles.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación ... (Casación del 19 de octubre de 1994).”  
(Subraya y negrita fuera del original).

En materia de contratación estatal, el principio de buena fe se ha entendido como el deber ser de las autoridades administrativas, de obrar con lealtad y sinceridad frente al desarrollo de las cargas y ejecución de las relaciones contractuales que nacen entre el Estado y los particulares.

Respecto al principio de la buena fe, la Corte Constitucional ha indicado:

“La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un margen objetivo de apreciación, evitando la desviación o abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad.”<sup>51</sup>

En consecuencia, el principio de buena fe constituye una limitación a la actuación de la administración cuando hace uso de su poder de imperio. Por tanto, las actuaciones unilaterales de la administración deben estar circunscritas dentro de la órbita de dicho principio para que sus actuaciones no sean a la vez, contrarias al principio de legalidad y al principio de la buena fe. La Corte Constitucional expresó lo siguiente en dicha sentencia:

---

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2004, M.P: Clara Inés Vargas Hernández



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.” (Subraya y negrita fuera del original).

Es entonces evidente que el poder de imperio de la administración no nace como una facultad desbordada que le permite a las entidades públicas obrar en sentido opuesto en relación con la confianza depositada por el Contratista dentro de la ejecución de un Contrato.

Asimismo, se ha entendido que el principio de buena fe tiene por objeto medir la coherencia de las actuaciones de los entes públicos para identificar actuaciones contradictorias que afecten los derechos de los contratistas.

También conviene señalar que el principio de confianza legítima es complementario del principio de la buena fe con lo cual, el incumplimiento de uno genera el incumplimiento del otro. Por tanto, frente a las entidades públicas, el principio de confianza legítima debe entenderse como una obligación de mantener un determinado comportamiento consecuente y no contradictorio.<sup>52</sup>

En cuanto al principio de confianza legítima, el Consejo de Estado<sup>53</sup> ha definido los cuatro elementos que lo consolidan y que a la vez, permiten identificar su vulneración por parte de las entidades de derecho público:

La existencia de una relación jurídica: se exige entonces que entre la administración y el particular exista una relación propia del Derecho Administrativo. En este caso, a pesar de

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 131 de 2004. M.P: Clara Inés Vargas Hernández

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, C.P: María Nohemí Hernández Pinzón,

CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS

Vs.

EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA

que el Contrato de Obra n.º 127 de 2014 se le apliquen las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, la conducta de VIVA como empresa comercial e industrial del Estado del orden departamental, se rige también por el Derecho Administrativo.

La existencia de la palabra dada: bajo este criterio se elabora la confianza legítima y por tanto, se requiere que exista en el ordenamiento jurídico y que exista identidad entre los destinatarios de la palabra previa y la posteriormente emitida.

La conformación de la palabra dada con actos posteriores armónicos y coherentes: la confianza del Contratista surge con la palabra, comportamiento o promesa del Contratante y que se fortalece con las conductas asumidas posteriormente por el Contratante. En el presente caso, la palabra dada se consolidó cuando la entidad VIVA manifestó la necesidad de suspender el Contrato por la necesidad de conocer la cota de inundación del predio y reanudar la ejecución de este una vez obtenido el informe por parte de la autoridad ambiental.

La actuación diligente del interesado: este elemento implica que el Contratista haya actuado conforme a derecho y al principio de la buena fe, por lo que el cambio de la actuación no le es imputable. En el presente caso, observa el Tribunal que, a pesar de encontrarse suspendido el Contrato, VIVA continuó requiriendo al Contratista para que entregara diseños y estudios los cuales fueron entregados por el Contratista a VIVA y a la Interventoría.

Conviene señalar que el abuso del derecho ha sido también objeto de estudio en sede arbitral:

“Cabe recordar que nuestra legislación prescribe el abuso del derecho como conducta ilícita que da ocasión a indemnizar los perjuicios que con tal obrar se cause.

El artículo 95 de la Constitución Política impone como uno de los deberes de los ciudadanos, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, precepto complementado con el artículo 830 del Código de Comercio que señala que el que

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**"abuse de sus derechos estará obligado indemnizar los perjuicios que cause."** <sup>54</sup>  
(Subraya y negrita fuera del original).

En el mismo sentido se ha expresado lo siguiente:

**"En consecuencia, es abusivo todo acto que, por sus móviles, o por su fin es opuesto a su destinación y a la función que le asigna la sociedad. En este orden de ideas, el titular de un derecho puede, con torcida intención o sin ella, ejercitarlo de manera excesiva, inoportuna, o innecesaria desviándolo así de su finalidad última, con lo cual incurre, en todos estos eventos, en típico ejercicio abusivo de ese derecho."**

"En armonía con lo dicho puede darse el caso en que el ejercicio del derecho subjetivo aparezca como injusto. En tal evento corresponde al juzgador analizar todos los elementos que permitan determinar la existencia de un eventual abuso del derecho cuando alguien en presencia del ejercicio de sus prerrogativas legalmente atribuidas puede de manera voluntaria o involuntaria desconocer ámbitos ajenos legalmente protegidos." <sup>55</sup> (Subraya y negrita fuera del original).

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal observa que la conducta de VIVA corresponde a una clara y manifiesta violación de los principios de buena fe y confianza legítima.

En efecto, al suspender el Contrato por la necesidad de obtener la cota de inundación definitiva del predio, la entidad se obligó a reanudar su ejecución una vez obtuviera el informe técnico realizado por la autoridad ambiental.

---

<sup>54</sup> Laudo arbitral, Tribunal de Arbitramento Andrés Felipe Jurado Correa VS. Angiodinamia S.A.S, Cámara de Comercio de Medellín, Centro de Arbitraje y Conciliación, agosto 11 de 2015.

<sup>55</sup> Laudo arbitral, Tribunal de Arbitramento MACO INGENIERIA S.A. MONTAJES, ASESORIAS, CONSTRUCCIONES, OBRAS DE INGENIERIA MACO S.A. VS. META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación 7 de octubre de 2015.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

No obstante, a pesar de haberse superado la causa que dio lugar a la suspensión, lo mantuvo suspendido. Y, a pesar de estar el Contrato suspendido, VIVA continuó requiriendo al CONSORCIO para que realizara estudios y diseños relativos al proyecto los cuales fueron entregados por este tanto a VIVA como a la Interventoría.

Por otro lado, el Tribunal encuentra que no solamente existió una vulneración al principio de buena fe y de confianza legítima por parte de VIVA sino también un ejercicio abusivo de su posición de dominio.

En cuanto a la posición de dominio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia <sup>56</sup> ha expresado que en el ordenamiento jurídico colombiano está permitida el ejercicio de la posición de dominio, pero no su abuso:

**“Los bancos, es cierto, ejercen una posición dominante en las operaciones activas y pasivas que realizan con los usuarios de sus servicios, la cual se concreta en la hegemonía que pueden ejercer para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución, como lo ha señalado esta Corporación. <sup>57</sup> Y esto no puede ser de otra manera, por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población y por lo tanto debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige.**

**“Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato**

---

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P: Jaime Alberto Arrubia Paucar; Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de mayo de 2017, M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

<sup>57</sup> Vid. Sentencias 125 de 19 de octubre de 1994 (CCXXXI-709/777), expediente 3972; y 002 de 2 de febrero de 2001, expediente 5670.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloque en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica." (Subraya y negrita fuera del original).

En el mismo sentido, la Corporación, en sentencia de la Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez de fecha 27 de julio de 2015 reiteró su jurisprudencia anterior:

"(...) la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, "...Barrenando los principios liberales de la contratación..." como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garrigues. Contratos Bancarios, Cap.I, num II.), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponerlas a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de estas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir porque la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimita por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del art. 830 del C de Com, está obligada a indemnizar."<sup>58</sup> (Subraya y negrita fuera del original).

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 19 de octubre de 1994.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Así mismo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Sala Plena, con ponencia del Consejo Mauricio Fajardo Gómez, ha manifestado lo siguiente:

“Acerca de la materia que se viene examinando, conviene destacar que el Código Civil y el Código de Comercio, a pesar de sus orientaciones individualistas y liberales, no fueron indiferentes frente al desequilibrio de ciertas relaciones contractuales y menos han tenido el propósito de promover o autorizar abusos o desviaciones que resultan finalmente contrarias a la finalidad suprema de alcanzar un orden justo; por ello entre sus disposiciones, a pesar de la época en que cada uno de esos estatutos fue concebido e incluso no obstante de la connotada característica de limitarse a regular relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, constituirse en la base fundamental del Derecho Privado, a pesar de ello contienen diversas disposiciones según las cuales si bien no se hace referencia expresa a la prohibición de las cláusulas abusivas o al abuso de la posición dominante, sí evidencian una clara tendencia a limitar el alcance de la autonomía de la voluntad en esas materias y procurar la garantía de un equilibrio mínimo en las regulaciones negociales.”

“Sólo para enumerar algunos ejemplos, la figura de la lesión enorme (artículos 1946 y siguientes del Código Civil), la prohibición de condonar el dolo futuro (artículo 1522 del Código Civil), el precio irrisorio (artículo 920 del Código de Comercio), la prohibición en los contratos de transporte terrestre, aéreo o marítimo de pactar cláusulas de exoneración de responsabilidad (artículo 992 del Código de Comercio), el establecimiento de numerosas normas imperativas en el contrato de seguro, la obligación de indemnizar los perjuicios que causen las personas que abusen del derecho (artículo 830 del Código de Comercio), la exigencia de la buena fe (artículo 1603 del Código Civil) y la buena fe exenta de culpa (artículos 835 y 871, entre otros, del Código de Comercio), la consagración de las normas de interpretación del contrato, en especial aquella según la cual las cláusulas ambiguas deben interpretarse en contra de quien las dictó (interpretatio contra proferentem), reflejan

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

con claridad que en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, la manifestación de voluntad exenta de vicios no resulta vinculante y en estos casos la fuerza normativa del contrato no está llamada a surtir la plenitud de sus efectos (...).”  
(Subraya y negrita fuera del original)

En la misma sentencia el Consejo de Estado se refirió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia relativa a las cláusulas contractuales abusivas, así:

**“A su turno, la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema de las cláusulas abusivas, para lo cual ha encontrado como fundamento principal para la aplicación de dichos postulados, el principio de la buena fe objetiva y el abuso del derecho.**

“Cabe resaltar que según la jurisprudencia de la referida Corporación, el abuso en el ejercicio de la posición de dominio y la inclusión de cláusulas abusivas no es propia de los contratos de adhesión, ni mucho menos se circunscribe a los acuerdos típicamente contractuales, comoquiera que tales circunstancias “anómalas” dentro de una relación jurídica, bien pueden manifestarse en cualquier acto dispositivo o, lo que es igual, en toda manifestación de voluntad (...).

“Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que **en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”, ejemplo prototípico de las cuales “lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo**

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación” (CCXXXI, pág., 746)”<sup>59</sup> (Subraya y negrita fuera del original)

En el mismo sentido, en sentencia del 19 de octubre de 2001, la Corte Suprema de Justicia reiteró:

“No obstante, la facultad dispositiva de las partes, no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de validez. Es menester la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto o, la capacidad de los Contratantes, la licitud de objeto y de causa, ausencia de vicio por error espontáneo o provocado, dolo, fuerza, estado de necesidad o de peligro. Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, ni el aprovechamiento de la manifiesta condición de inferioridad, indefensión o debilidad de una parte. Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente, verbi gratia, una relación laboral que, en todo caso prevalece con todas sus consecuencias legales.

“Ahora, cuando el contrato de agencia o la estipulación dispositiva, sea por adhesión, estándar, en serie, normativo, tipo, patrón, global o mediante condiciones generales de contratación, formularios o recetarios contractuales, términos de referencia o reenvío u otra modalidad contractual análoga, sus estipulaciones como las de todo contrato, en línea de principio, se entienden lícitas, ajustadas a la buena fe y justo equilibrio de las partes. Con todo, dándose controversias sobre su origen, eficacia o

---

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente No. 5670. M.P: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

el ejercicio de los derechos, el juzgador a más de las normas jurídicas que gobiernan la disciplina general del contrato, aplicará las directrices legislativas singulares en su formación, celebración, contenido, interpretación, ejecución o desarrollo y terminación, para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los Contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo" (art. L-132-1, Code de la consommation Francia; artículo 1469 bis Codice Civile italiano) "importante" (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 - modificada por leyes 24/2001 y 39/2002- España), "manifiesto" (Ley 14/7/91 Bélgica), "excesivo" (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o "exagerado" (C.D. del Consumidor del Brasil), "sustancial y no justificado" (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las "que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos", en cuyo caso "[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza", no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y "en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho" (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12 ), prohíben estipular”<sup>60</sup> (Subraya y negrita fuera del original).

En el presente caso, es evidente el ejercicio abusivo de la posición contractual de VIVA por cuanto, a pesar de haber obtenido el estudio hidrológico por parte de CORNARE como autoridad ambiental el día 12 de noviembre de 2014 suscrito por Diana Henao García, Directora de la Oficina de Ordenamiento Ambiental del Territorio y Gestión del Riesgo, el Contrato continuó suspendido. Al respecto, el Interventor del Contrato manifestó lo siguiente en su testimonio:

“Jaider Sepúlveda García: la cota de inundación se tuvo dos meses después aproximadamente, cuando CORNARE conceptuó sobre el particular. Es decir, a partir de ese momento estaban superadas las causas que originaron la suspensión.”<sup>61</sup>

“Claro que sí, incluso es verificable que partir de ese momento VIVA desplegó las actividades para iniciar con la construcción, por eso se presentó en la comunidad.”

Así mismo, el Director de Ejecución de VIVA, Javier Valdés Barcha, en su interrogatorio, manifestó que las causas de orden técnico que dieron lugar a la suspensión del Contrato ya habían sido superadas.<sup>62</sup>

En consecuencia, resulta evidente el incumplimiento del Contrato por parte de la entidad Contratante debido al ejercicio abusivo de su posición de dominio por cuanto una vez superadas las causas que dieron lugar a la suspensión del Contrato, este ha debido reanudarse. Pero, por el contrario, con fundamento en el concepto emitido por FIDUBOGOTÁ, VIVA adujo la imposibilidad de hacer uso del predio para el desarrollo del

---

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Expediente 2001-847. MP: William Namén Vargas.

<sup>61</sup> 43: 30 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

<sup>62</sup> 02:00:00 de la grabación de la audiencia del 31 de julio de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

proyectó toda vez que se encontró un antiguo propietario reportado en la lista OFAC, hecho que no se comunicó al Contratista ni al Interventor.

Por las razones anteriores, el Tribunal declarará el incumplimiento del Contrato de obra No. 127 de 2014 por parte de la entidad Contratante VIVA, por haberse mantenido la suspensión del Contrato indefinidamente en el tiempo por una causa totalmente ajena a la acordada de común acuerdo entre las partes el 10 de octubre de 2014, pese a lo cual requirió a la convocante a seguir ejecutando obligaciones a su cargo, incurriendo con ello en un abuso de su posición contractual frente a esta última.

*VIVA incumplió el Contrato por haber desatendido su obligación de suministrar información al Contratista*

Sobre el incumplimiento contractual el Consejo de Estado ha precisado que:

“(…) tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los Contratantes, **quien asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y**, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, ésta no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.”

<sup>63</sup> (Subraya y negrita fuera del original)

A fin de determinar la existencia de un incumplimiento, el Tribunal observa que el Contrato suscrito por las partes contiene una obligación a cargo de la convocada VIVA de suministrar información relacionada con el objeto del Contrato, en los siguientes términos:

“QUINTA. OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE:

“Son obligaciones de EL CONTRATANTE, las siguientes:

---

<sup>63</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 13 de noviembre de 2018, Radicación número: 25000-23-26-000-2006-00845-01(36862) C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“5.1. Suministrar la información que se encuentre disponible y que fuere aplicable al objeto de la presente contratación”

El hecho que FIDUBOGOTÁ dio a conocer a VIVA, mediante la comunicación del 6 de octubre de 2014, consistente en la imposibilidad de incrementar el predio seleccionado para el proyecto al Patrimonio Autónomo Derivado San Carlos, constituye información aplicable al objeto del Contrato, que debía ser suministrada al Contratista como una obligación secundaria de conducta, una vez fue remitida a VIVA por parte de FIDUBOGOTÁ.

No obstante, VIVA omitió tal deber, y contrario a lo esperado de la Gerencia Integral, continuó requiriendo la ejecución de obligaciones a cargo del Contratista en el marco de la etapa pre-constructiva a pesar de haber omitido informarle del concepto emitido por FIDUBOGOTÁ inclusive antes de la firma de la suspensión del Contrato por mutuo acuerdo, la cual versó, únicamente y como ya se indicó, sobre el inconveniente técnico derivado de la necesidad de establecer la cota de inundación del lote.

A continuación, se transcriben algunas declaraciones que le permiten al Tribunal encontrar probada tal omisión.

En el interrogatorio de parte practicado al señor Jorge Mora, integrante del CONSORCIO Contratista, se evidencia lo siguiente:

“Jorge Mora: (...) la alcaldesa, María Patricia creo que se llamaba en su momento, buscó un lote que intentamos viabilizar pero ya después de que este lote nos dijeron que no iba, pues que no se podía construir, a la fecha pues nosotros ya sabemos los motivos reales por los que no se puede construir, o pues que para nuestro real saber y entender no son, no deberían ser un argumento suficiente para no construir en ese lote, porque es que el lote cumple con todo, el lote lo que tenía era un problema de tradición y libertad que no le puso problema ni FINDETER ni ninguna entidad del

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Estado, sino que fue FIDUBOGOTÁ el que dijo que no cumplía el lote por un intermedio de (interrupción)

(...)

“de ahí la doctora María Patricia, o sea al enterarse de eso, buscó otro lote cerca del hospital pero no fue posible porque los usos del suelo no estaba destinado a vivienda, estaba destinado a edificios públicos.

“Juan Pablo Riveros: por favor, precísele al Tribunal, tanto como su memoria lo socorra, ¿eso en qué época sucedió?

“Jorge Mora: enero, febrero, marzo, por esos laditos pues, después de suspendido.

“Juan Pablo Riveros: ¿en qué año?

“Jorge Mora: 2015, fue eso. <sup>64</sup>

(...)

“María Cristina Duque: Usted mencionó que se había enterado de que había un problema de tradición ¿antes de los estudios hidrológicos?, ¿después? ¿cuándo se enteró? <sup>65</sup>

“Jorge Mora: cuando nosotros mandamos un comunicado a VIVA, y perdón yo lo busco un segundito, donde decimos eso, si la memoria no me falla, abril 6 de 2015 (observando el documento) sí, abril 6 de 2016, al señor David Ochoa supervisor de las seis mil viviendas gratis, nosotros le solicitamos información del inicio de la obra,

---

<sup>64</sup> 01:56:30 de la grabación de audiencia del 31 de julio de 2018.

<sup>65</sup> 02:15:10 de la grabación de audiencia del 31 de julio de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

si me permiten un segundo les leo lo que nosotros dijimos y por qué nos enteramos después de más cosas (...)

(se da lectura al documento)

"(...) a esto ya empezamos a indagar, a mirar qué es lo que pasa, ya después si nos comentan que el problema no es ni siquiera de VIVA, sino que el problema es de FIDUBOGOTÁ que tiene un problema, que no da el aval para la construcción, porque uno de los dueños anteriores, supuestamente, está en la lista Clinton, a mí no me consta entonces yo no puedo decir que sea o no sea verdad.

"María Cristina Duque: ¿pero se enteraron de esa noticia en alguna comunicación oficial? <sup>66</sup>

"Jorge Mora: no hay comunicación oficial, ninguna, en ese sentido no.

"Este contrato está suspendido por una cota de inundación, que es un estudio hidrológico que se subsanó con una carta de CORNARE de un estudio hidrológico de una cota de inundación, entonces por eso en mi real saber y entender, el contrato no debiera estar suspendido.

"Marcel Tangarife: entonces lo que yo le entiendo de su respuesta es que no hubo una comunicación escrita del interventor suspendido, no hubo una comunicación por parte de VIVA, ¿no hubo Comité, alguna reunión, algún medio?

"Jorge Mora: No, no hay ninguna, nada oficial que nos diga, vea este contrato no va porque FIDUBOGOTÁ dice esto, esto y esto, no, no hay ninguna. Esto es solo chisme de pasillo, mejor dicho, nos pusimos a hablar y nos dijeron es por esto, esto y esto, la real cosa."

---

<sup>66</sup> 02:18:20 de la grabación de audiencia del 31 de julio de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

De igual manera, el testimonio rendido por Jorge Botero (gerente de la Interventoría), permite ver que VIVA tampoco informó a la Interventoría de la comunicación recibida por FIDUBOGOTÁ, en los siguientes términos:

“María Cristina Duque: Cuando les dijeron que definitivamente el contrato no iba, ¿cuál fue la razón? <sup>67</sup>

“Jorge Botero: en ese momento ¿le digo la verdad? No teníamos ni idea, ni idea, pues no hubo una justificación, pues clara de por qué no iba, nosotros qué dijimos vea, si el proyecto no va, muy bueno que no lo hagan saber que no va, pero hasta el momento seguimos esperando que no va, porque eso no es oficial, o sea, yo no tengo una comunicación oficial que nos diga el proyecto no se va a ejecutar por estas y estas razones.

“(…) yo personalmente, creo entender de todo lo que se ha dicho que es que el proyecto, que el lote tiene limitantes jurídicas.

“Juan Pablo Riveros: ¿de dónde proviene ese conocimiento? <sup>68</sup>

“Jorge Botero: pues de las cosas que por ahí hablando con todos se establece pues, pero oficial no tengo nada, ni que me lo hayan dicho exactamente en una reunión, no (…).”

Adicionales a las anteriores declaraciones, en las actas de las reuniones sostenidas por las partes se observa que se proseguía con la ejecución del Contrato, sin suministrar al Contratista la información recibida de FIDUBOGOTÁ en la que, como ya se señaló, le puso de presente a VIVA que no era posible incorporar el predio en cuestión al proyecto San Carlos por cuanto quien aparecía como propietario del mismo en las anotaciones Nos. 3 y 4 de ese folio se encontraba reportado en la Lista OFAC.

---

<sup>67</sup> 01:03:37 de la grabación de audiencia del 29 de agosto de 2018.

<sup>68</sup> 01:04:34 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

La primera acta es la del 26 de noviembre de 2014, firmada por la Interventoría, el Contratista, el líder del programa de VIVA y el Director de Ejecución y Planeación de esta entidad, en la cual se dejó dicho lo siguiente:

"se informa a la interventoría que en días pasados se recibe informe de CORNARE relacionado con retiros y Cotas

(...) Se presenta la propuesta urbana por parte del Arq. Carlos Marín de VIVA, quien expone los antecedentes y las consideraciones para la nueva propuesta"

En la del 11 de diciembre de 2014, son partícipes los miembros del CONSORCIO y el equipo de diseño de VIVA, reunión en la cual se revisa la propuesta presentada por el equipo de diseño de VIVA y se señalan las siguientes obligaciones:

"Revisar situaciones de plazos para adelantar diseños y para adelantar estudio de suelos considerado a la par el tema de reinicio del contrato. Se consultará con el líder del programa de vivienda gratuita a más tardar el lunes 15 de diciembre de 2014"

Por último, en el acta de la reunión del 23 de enero de 2015 a la que asistieron los integrantes del CONSORCIO, la Interventoría y representantes de VIVA, se trata lo relacionado con los sobrecostos del proyecto, los detalles urbanos, los movimientos de terreno y las licencias a tramitar.

En todo anterior, se evidencia tanto la omisión de VIVA de informar al CONSORCIO de la imposibilidad de incrementar el Patrimonio Autónomo Derivado, pese a haber sido informada con anterioridad por parte de FIDUBOGOTÁ de la situación que pesaba sobre el predio, como su actuar contradictorio al seguir haciendo requerimientos encaminados a que el Contratista adelantara la etapa pre-constructiva del Contrato.

De lo anterior, nuevamente se puede dar cuenta en el testimonio del señor Jorge Mora, así:



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“Apoderado de FIDUBOGOTÁ: ¿con autorización de qué funcionario o con qué fundamento, el CONSORCIO del que usted hace parte y es representante legal ejecutó las actividades descritas antes del levantamiento de la suspensión?”

Jorge Mora: a ver, nosotros seguíamos orden de la Interventoría y a nosotros nos dieron la orden la Interventoría y VIVA en una reunión, pues reunión, de que siguiéramos con el proceso, porque esto es un contrato donde el tiempo es fijo, tenemos una etapa precontractual que dura equis días y el contrato dura equis tiempo, pero incluye la etapa precontractual, decidió el Comité que había en ese momento, conformado pues la persona que manejaba las cosas era David Ochoa, en ese momento que siguiéramos adelante con la etapa precontractual.”<sup>69</sup>

En esta misma línea, se puede observar el testimonio del Ingeniero Álvaro Andrés Jaimes Madariaga, quien, al referirse al correo recibido por parte de la Ingeniera Catalina Ruiz,<sup>70</sup> indicó:

“(…) lo otro es que, nosotros cuando nosotros ya teníamos todo el equipo de trabajo, teníamos incluso maquinaria lista para el transporte, pa’ transportar al sitio de la obra nos llegó un correo, discúlpenme si me demoro buscándolo, donde VIVA nos informa que no es posible el reinicio, (encuentra el documento) aquí lo tengo, dice:

“Por instrucción del líder del programa Vivienda Gratis, en ese momento era David Ochoa, por parte de la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, se hace necesario cancelar la reunión que se tenía programada para el próximo lunes 9 de febrero en el municipio, lo anterior debido a que es de su conocimiento, dado que el contrato se encuentra suspendido y se debe esperar a que el Comité autorice el reinicio del

---

<sup>69</sup> Minuto 23:22 de la grabación de audiencia del 31 de julio de 2018.

<sup>70</sup> Folio 464 del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

mismo para poder preceder a adelantar actividades relacionadas con el desarrollo del contrato.<sup>71</sup>

(...)

“Nosotros dijimos no, señores vengan, necesitamos que nos digan qué es lo que está pasando realmente ¿cierto?, por qué no se puede iniciar una obra si ya se había superado el único motivo por el cual se había suspendido la obra, y era la famosa cota de inundación.”

Continúa el Ingeniero Jaimes:

“Apoderado de VIVA: retomando lo señalado por el ingeniero respecto a correo en que se les informaba que no se podía levantar la suspensión por la falta de autorización del Comité Fiduciario ¿a ese momento en qué pretendían iniciar esas labores constructivas, se contaba con licencia?<sup>72</sup>

“Álvaro Andrés Jaimes Madariaga: a ver, hay una licencia vigente ¿cierto? Que era la ciudadela Medellín, para el proyecto nuestro que era una modificación a la licencia no contábamos con el permiso de movimiento de tierras, es más lo íbamos a tramitar y VIVA dijo, no lo tramiten, entonces no teníamos forma de iniciar sin la aprobación de la Entidad Contratante y de la Entidad territorial.”

Adicionalmente, el doctor Jorge Botero, gerente de la Interventoría del Proyecto, señaló las alternativas presentadas por el Contratista en la fase Pre-constructiva del Proyecto e indicó:

“(...) se llegó en una de las reuniones ya el último compromiso era que a principios de febrero arrancaba la obra, nos entregaron por escrito cuál era el modelo de la valla, se discutió cómo iba a ser la valla y el día que íbamos a arrancar, al día anterior nos

---

<sup>71</sup> 58:15 de la grabación de audiencia del 1 de agosto de 2018.

<sup>72</sup> 02:26:50 de la grabación de la audiencia de 1 de agosto de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

dijeron no, no va a haber reunión, estamos pendientes de que nos confirme el Director de Vivienda en su momento cuándo arrancamos, que era el ingeniero David, David Ochoa, y hasta el sol de hoy. <sup>73</sup>

“Nosotros nos seguíamos reuniendo porque ya íbamos a arrancar, afinábamos el tema de los diseños, hacíamos discusiones sobre eso, pero eso se dilató se dilató se dilató, hasta que, yo no sé cuántas veces reclamó el contratista y yo no me enteré de todas las reclamaciones, solamente por allá noviembre de 2016, que hubo una reunión con participación del doctor Uriel, de la abogada Lopera, una reunión en VIVA y se nos dijo que no iba a haber proyecto. <sup>74</sup>

En el curso de este interrogatorio, también se le preguntó a la Interventoría si recibió permiso de ocupación de cauce y aprovechamiento forestal, <sup>75</sup> a lo cual el testigo precisó:

“(…) permisos no, pero ¿puedo aducir por qué? Porque VIVA tiene en su poder la documentación para tramitarla y no lo hizo, y se le dijo en múltiples oportunidades que hiciera el trámite y no respondió.

Tiene los comunicados enviados en los que se les dice: les entregamos la documentación para hacer los trámites y no la adelantaron, revisen por favor, están los comunicados hechos por Jorge Mora (…)”

El Tribunal encuentra en este último testimonio que VIVA dejó de cumplir con sus obligaciones para permitir la ejecución de la etapa pre-constructiva, en virtud de que conocía los problemas que presentaba del proyecto. Lo anterior se encuentra reforzado en la comunicación del 16 de febrero de 2015, en la cual VIVA responde al CONSORCIO sobre el estado del trámite de la licencia de urbanismo, lo siguiente:

---

<sup>73</sup> 28:55 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

<sup>74</sup> 29:26 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

<sup>75</sup> 02:15:19 de la grabación de la audiencia del 29 de agosto de 2018.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

"Dado que desde VIVA, el líder del programa me había dado la instrucción de dar una espera con el proyecto San Carlos, a la fecha no he enviado al Municipio la solicitud de modificación de la licencia de urbanismo tal como se acordó en la reunión que se tuvo en el mes de enero (...)

Espero aclarar este tema para poder, con el aval de él, enviar oficio y continuar con el trámite." <sup>76</sup>

Corolario de lo anterior es que existió un incumplimiento contractual imputable a VIVA por el hecho de nunca haber dado noticia al Contratista que el Patrimonio Autónomo Derivado no sería incrementado por parte de FIDUBOGOTÁ, circunstancia que tuvo desarrollo bajo la plena conciencia de esa convocada y que explica, como ha sido analizado, la razón por la cual esa parte dejó de cumplir con sus propias obligaciones. <sup>77</sup>

*VIVA incumplió el Contrato por haber desatendido su obligación de observar el principio de planeación*

El artículo 209 de la Constitución Política dispone lo siguiente en cuanto a los principios que deben observar las autoridades administrativas en todas sus actuaciones:

**"ARTICULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

---

<sup>76</sup> Documento aportado con el dictamen pericial.

<sup>77</sup> Si bien no consta en el Contrato que la Licencia de Urbanismo esté a cargo de VIVA, esta acepta que asumió su trámite en reunión llevada a cabo con el Contratista.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
Vs.  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente en cuanto a los principios de la administración pública:

**“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

Asimismo, los artículos 13 y 14 de Ley 1150 de 2007 señalan que las actuaciones de las entidades estatales deben cumplir con las disposiciones del artículo 209 constitucional:

**“ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

**ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO.** Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes."

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de planeación es un deber de la entidad contratante por cuanto antes de suscribir un contrato debe realizar todos los estudios previos que permitan determinar la viabilidad o no del objeto a contratar así como prever todo tipo de inconvenientes que puedan surgir con la ejecución del contrato.

En términos de la Corporación:

"El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

"Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
Vs.  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista (...)"  
<sup>78</sup> (Subraya y negrilla fuera del original).

De lo anterior se evidencia que el principio de planeación tiene estrecha relación con los principios de economía, legalidad e interés general por cuanto a través de dicho principio la entidad contratante, incluso antes de la fase pre contractual, debe determinar cuáles son las necesidades que requiere para satisfacer el interés general.

Así mismo, el principio de planeación tiene como propósito evitar que durante el transcurso de la ejecución del contrato se presenten situaciones que imposibiliten la ejecución del contrato.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban

---

<sup>78</sup> Corte Constitucional, sentencia C-300/2012 del 25 de abril de 2012, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

materializarse a favor de los intereses comunales.<sup>79</sup> (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

Posteriormente en esa sentencia, la Corporación dispuso que todo proyecto debe estar precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico con el objeto de determinar su viabilidad económica y técnica y, para poder establecer la conveniencia de contratar o no:

**"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos."**<sup>80</sup>  
(Subrayados y negrillas fuera del original).

**Se observa que, en síntesis, el objeto del principio de planeación consiste en evitar que el contrato estatal no sea producto de la improvisación por parte de la entidad contratante.**

A pesar de no estar consagrado en la legislación positiva, el principio de planeación es de carácter vinculante y obligatorio para todas las entidades públicas pues por medio de dicho principio se pretende no solo salvaguardar el interés general sino también el patrimonio público que siempre es vinculado en los contratos estatales. En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

---

<sup>79</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de marzo de 2012, CP: Jaime Orlando Santofimio.

<sup>80</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de marzo de 2012, CP: Jaime Orlando Santofimio.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
Vs.  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

“La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

“Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

“En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

**“Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual.** En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

“La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.”

“(…) Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”<sup>81</sup> (Subrayados y negrillas fuera del original).

De lo anterior se desprende que el principio de planeación busca que el contrato estatal no sea un capricho de la entidad y por tanto, obliga a dicho ente a determinar, antes de iniciar cualquier tipo de proceso de contratación, sus necesidades así como los medios más adecuados para poder satisfacer el interés general.

---

<sup>81</sup> Consejo de Estado, sentencia del 24 de abril de 2013, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, sentencia del 31 de agosto de 2006 CP: Mauricio Fajardo Gómez

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
Vs.  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Así mismo, a través de dicho principio se busca que la entidad contratante haga un uso racional de sus recursos para proteger el patrimonio público y lograr un “desempeño adecuado de las funciones” para lo cual “debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.”

En este caso, el no haberse dilucidado la cota de inundación definitiva del predio constituye un incumplimiento del principio de planeación por cuanto VIVA no realizó todos los estudios técnicos previos a la celebración del Contrato.

A pesar de haberse contratado a FINDETER para certificar el cumplimiento de los requisitos técnicos y jurídicos de los predios seleccionados y determinar si eran aptos para el desarrollo de viviendas, VIVA estaba en la obligación de realizar una revisión jurídica así para establecer la viabilidad del predio; dicha obligación se encontraba en cabeza de VIVA.

No obstante, VIVA incumplió con su obligación por cuanto tan solo diez días después de haber suscrito el Acta de Inicio de Ejecución del contrato esto es, el 10 de octubre de 2014, estimó conveniente suspender el contrato de manera en razón a la existencia de un inconveniente técnico relacionado con la determinación de la cota de inundación del predio.

Así mismo, conviene señalar que a pesar de haberse superado este inconveniente técnico una vez obtenido el informe proferido por CORNARE el 12 de noviembre de 2012, VIVA mantuvo el contrato suspendido como consecuencia del informe de FIDUBOGOTÁ que indicaba que uno de los anteriores propietarios del predio se encontraba reportado en la lista OFAC, con la consecuente afectación reputacional.

En este punto, observa el Tribunal que VIVA conoció el informe de FIDUBOGOTÁ el 06 de octubre de 2014, esto es, unos pocos días antes de acordarse la suspensión del Contrato del día 10 de ese mismo mes, pese a lo cual guardó silencio de esta situación frente al CONSORCIO, razón por la cual dicha suspensión no cobijó esta situación que habría de afectar definitivamente su ejecución.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Si VIVA hubiera informado oportunamente al CONSORCIO sobre el contenido del informe de FIDUBOGOTÁ antes o el mismo día en que se acordó la suspensión del Contrato únicamente por el componente técnico relacionado con la cota de inundación del predio, se habría podido adoptar desde entonces alguna decisión encaminada a que el municipio de San Carlos propusiera un nuevo predio para el proyecto, o se acordara de mutuo acuerdo la terminación del Contrato en aras a evitar la situación jurídica derivada del silencio que guardó VIVA, lo cual habría evitado las consecuencias que ya se han señalado en esta providencia.

Con su actuación omisiva, VIVA dejó de adelantar las actuaciones encaminadas a lograr un **“desempeño adecuado de las funciones”**, y sin mediar razón justificativa de su conducta que hubiera sido probada en el proceso, optó por el silencio, ocasionando con ello un desorden por la falta de decisión sobre esta situación, lo que afectó no solamente los intereses comunales sino también la posición contractual del CONSORCIO.

La actuación de VIVA es aún más clara en cuanto al incumplimiento de su deber de planeación al estar designada en el Contrato como aquella responsable de la gerencia integral del proyecto, como lo recalcó a lo largo del trámite arbitral. Observa el Tribunal que, al ostentar la condición de Gerente Integral del proyecto, VIVA debió desplegar toda la actividad a su alcance para subsanar oportunamente la situación derivada de la imposibilidad de viabilizar el predio en virtud del concepto emitido por FIDUBOGOTÁ al que ya se hizo referencia.

No obstante, fue solo hasta la etapa de arreglo directo, llevada a cabo el día 21 de julio de 2016 cuando la convocante fue informada, además de las deficiencias de planeación del proyecto y su viabilidad técnica las cuales fueron superadas el 12 de noviembre de 2012, que uno de los anteriores propietarios del predio, el señor Gabriel Puerta Parra identificado con cédula de ciudadanía No. 8.238.830, estaba reportado en la lista OFAC y por tanto, generaba un riesgo de daño reputacional el cual no podía ser soportado por la entidad contratante.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Como consecuencia de lo anterior, se ordenó la despriorización de los cupos para el municipio de San Carlos por FONVIVIENDA el 14 de septiembre de 2015 y por ende, se decretó la imposibilidad de desarrollar el proyecto San Carlos.

Por tanto, es claro que VIVA incumplió el principio de planeación por cuanto en su calidad de entidad contratante debió haber realizado todas las actuaciones encaminadas a superar esta situación o, en su defecto, a dar por terminado el Contrato oportunamente lo cual hubiera podido evitar que el Contrato y la convocante hubieran estado sometidos a una suspensión indefinida por más de cuatro años, razón por la cual el Tribunal declarará también por esta razón el incumplimiento del Contrato por parte de VIVA.

**Conclusiones**

Tal y como está claramente advertido y desde luego con independencia de las consecuencias económicas de tal declaración, las cuales serán objeto de posterior análisis en atención al orden de formulación de las pretensiones, el Tribunal declarará que VIVA incumplió el Contrato No. 127 por las razones y en los términos que acaban de expresarse.

Será desestimada la excepción de VIVA consistente en que dicha entidad obraba en cumplimiento de un deber legal, por haberse demostrado que su rol contractual no era secundario y limitado al sustento de dicha alegación, sino que, por el contrario, dicha entidad tenía unas obligaciones claras, concretas, definitivas para la buena marcha del Contrato No. 127, algunas de las cuales incumplió, vía abuso de su posición contractual, por omisión del deber de informar y por incumplimiento del deber de planeación en los términos del análisis precedente.

No resultó probado para el Tribunal por lo tanto, que VIVA no tenía capacidad material para influir en la ejecución del Contrato. Lo probado es todo lo contrario.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

La excepción relativa al cumplimiento de sus deberes como Gerente Integral del Contrato por parte de VIVA, que en realidad no es un medio exceptivo sino un dilatado recuento de varios hechos aislados que no tienen fuerza alguna para enervar la pretensión de incumplimiento, tampoco obtendrá despacho favorable, en la medida en que del aludido recuento no emerge ningún elemento adicional a los que aparecen desplegados en restantes medios de defensa de esa convocada.

Adicionalmente y como está ampliamente advertido, las razones del incumplimiento imputado a VIVA que el Tribunal encuentra acreditadas, tienen origen en otras aristas de su conducta contractual, que han quedado expuestas a espacio en las consideraciones y en el análisis probatorio antecedente.

La excepción de contrato no cumplido propuesta por VIVA y que como hubo de dejarse señalado consistió en que fue el CONSORCIO el que, merced a su incumplimiento previo y sobre obligaciones esenciales a su cargo, le impidió a esa convocada cumplir con lo suyo, tampoco prosperará.

En efecto y como bien lo sostuvo el Ministerio Público en su concepto final, si la consecuencia de la suspensión del contrato estatal es la no exigibilidad de las obligaciones a cargo del Contratista, mal puede tener cabida el medio exceptivo bajo análisis en la medida en que no es posible demandar cumplimiento de quien está exonerado del mismo, como se itera, como consecuencia natural de la suspensión analizada en detalle.

FIDUBOGOTÁ también propuso esa misma excepción, que fundamentó, como ya se estudió, en que el CONSORCIO no cumplió al ser requerido para solventar el estudio hidrológico que esa convocada entendía como de su cargo, alegación que resulta contra demostrada con el solo texto del Acta de Suspensión del Contrato, en la cual VIVA asume esa responsabilidad por cualquiera de los caminos allí expresados.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Los restantes argumentos de FIDUBOGOTÁ ameritan la misma consideración acabada de expresar con apoyo en el concepto final del Ministerio Público. La excepción será declarada impróspera.

Tampoco se abrirá paso la excepción de VIVA relativa al hecho de un tercero como causal exonerativa de responsabilidad, pues esa defensa se basa en que el insuceso del Contrato No. 127 tiene origen en la conducta de FIDUBOGOTÁ consistente en haberse negado a agregar al Patrimonio Autónomo Derivado San Carlos el lote sobre el cual habría de desarrollarse el proyecto objeto de dicho acuerdo de voluntades, bajo pretexto del riesgo reputacional que ello suponía para esa entidad, por las razones extensamente tratadas con anterioridad.

Esa defensa carece de fundamento debido a que según, lo encontró probado el Tribunal, la conducta de VIVA fue omisiva y reticente hacia el CONSORCIO, amén de abusiva.

FIDUBOGOTÁ propuso la falta de legitimación por activa del CONSORCIO, bajo el argumento principal conforme al cual a la parte convocante no le asiste personería para iniciar el litigio porque fue su reticencia a aportar el estudio hidrológico la que se tradujo en la imposibilidad de desarrollar el Contrato No. 127. Esta alegación aparece ampliamente desvirtuada con fundamento en el análisis fáctico y probatorio de la pretensión bajo análisis.

Además, señala esa convocada que toda la reclamación del CONSORCIO es una construcción, argumento que será tenido en cuenta al analizarse por parte del Tribunal, en posteriores apartes de este laudo, las pretensiones de contenido económico propuestas por VIVA. Encuentra en todo caso el Tribunal que esa vertiente de la excepción bajo análisis no tiene ninguna vocación de enervar la pretensión de incumplimiento que se estudia.

Otra excepción propuesta por FIDUBOGOTÁ, denominada como de alegación de su propia culpa por parte del CONSORCIO, consiste en que el CONSORCIO no puede obtener provecho por haber alterado imprudentemente el orden lógico de ejecución del Contrato al no haber agotado una investigación previa sobre la cota de inundación del terreno sobre el

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

cual se iba a ejecutar el proyecto, en el fondo se basa en censurar la conducta del Contratista, de un lado por lo ya dicho y, de otro lado, por haber ejecutado actividades con posterioridad a la suspensión del Contrato.

Puestas en ese punto las cosas, es claro para el Tribunal, conforme al análisis que antecede, que lo pertinente a la cota de inundación no era exigible del CONSORCIO en la forma como FIDUBOGOTÁ lo pretende, en apoyo de lo cual basta con reexaminar el texto del Acta de Suspensión para entender la incorrecta lectura que propone la excepcionante sobre las obligaciones de las partes en ese aspecto. Y en cuanto a la sugerida imprudencia del CONSORCIO por haber desplegado actividades con el Contrato suspendido, ha quedado claro bajo qué circunstancias se produjo esa interacción de las partes y se ha concluido sobre el punto, que las mismas fueron propiciadas por VIVA, conforme a requerimientos expresos que concomitaron con su ominoso silencio sobre las verdaderas causas de la imposibilidad de ejecutarse el Contrato luego de superados los hechos que dieron lugar a la suspensión del mismo.

La última excepción propuesta por FIDUBOGOTÁ en procura de enervar la pretensión que se analiza, de inepta demanda por petición antes de tiempo y que esa convocada hizo consistir en que no pueden elevarse al Tribunal pretensiones como las que forman parte de la demanda sin antes obtener una declaración judicial relativa al levantamiento de la suspensión, es una defensa carente de fundamento, por el simple hecho de presuponer quien la propone, contra toda lógica, que en un caso como el que ocupa a este Tribunal, serían necesarios dos laudos arbitrales para desatar las diferencias entre las partes: un primer laudo encaminado a levantar la suspensión pactada por las partes y, otro posterior enderezado a deducir las consecuencias jurídicas y económicas de la suspensión levantada en el primer pronunciamiento que FIDUBOGOTÁ echa de menos.

Tal discurrir luce improcedente para el Tribunal, pues como es verdad averiguada, la concurrencia ante la jurisdicción no puede tener más limitaciones ni requisitos de procedibilidad que los prescritos en la ley.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

De otra parte, el que acude a la jurisdicción toca sus puertas para buscar el despacho favorable de sus aspiraciones, lo que no puede equipararse a sostener que solo puede ir a la jurisdicción el que tenga previa y probada razón, lo cual desnaturalizaría hasta su extinción a la función de administrar justicia.

**PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL**

"Segunda principal: Que se declare que la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, el FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA son contractualmente responsables y en forma solidaria frente a CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS."

**Anotación previa sobre la conveniencia de resolver esta pretensión previamente al pronunciamiento del Tribunal relativo a la terminación y a la liquidación del Contrato**

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden relativas al incumplimiento imputado a las convocadas y habida cuenta de las decisiones adoptadas a ese respecto, estima el Tribunal procedente desatar la pretensión declarativa que pugna por la solidaridad perseguida en relación con las dos convocadas al proceso, como presupuesto previo y necesario para desatar la pretensión de terminación y liquidación del Contrato, rotulada en la demanda como consecencial de la primera principal.

**Síntesis de la controversia**

La parte convocante busca que la responsabilidad contractual por ella deprecada, petición la de responsabilidad que ya formulada y resuelta por el Tribunal al desatar la pretensión primera, venga aparejada con una declaración de solidaridad de las dos convocadas.

VIVA funda sus defensas con respecto a esta pretensión en que esa entidad no tiene vínculo contractual alguno con la parte convocante, razón por la cual no puede ser declarada responsable contractualmente.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

FIDUBOGOTÁ se opone sosteniendo que no existe responsabilidad contractual del FIDEICOMISO frente a la convocante y que en todo caso no puede responder de manera solidaria con VIVA con base en el Contrato de Obra No. 127 de 2014 ya que dicha entidad no es parte del mismo. Agrega que para esto se requiere la conformación de un litisconsorcio, frente al cual se excepciona su indebida conformación.

Formulada de manera muy concreta, esta pretensión se limita a buscar una declaración de solidaridad en cabeza de las dos partes convocadas.

### **Consideraciones del Tribunal**

#### Ausencia de excepciones de las convocadas

Analizados detalladamente los medios exceptivos promovidos por las convocadas, encuentra el Tribunal que ninguno de ellos reniega de ella ni busca enervar la solidaridad perseguida por la convocante, lo que en todo caso no releva al Tribunal de analizar y desatar el punto.

Al respecto viene al caso puntualizar que el Contrato No. 127 es explícito en indicar que FIDUBOGOTÁ concurre a la celebración del mismo para obrar “única y exclusivamente en calidad de vocero y administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.”<sup>82</sup>

Como es igualmente claro y sobre el punto no existió controversia alguna entre las partes, el vínculo que une a VIVA con FIDUBOGOTÁ está contenido en el “Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos” del 11 de noviembre de 2012,<sup>83</sup> en cuya virtud, de acuerdo con los lineamientos de la Ley 1537 de ese año, se da cumplimiento al mandato contenido en esa disposición en el sentido de que el impulso de los proyectos de vivienda

---

<sup>82</sup> Numeral 8 del aparte CONSIDERACIONES del Contrato No. 127.

<sup>83</sup> Folios 307 y siguientes del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

prioritaria debía contar con la concurrencia del sector privado y que para el efecto de la constitución de los Patrimonios Autónomos requeridos, las entidades comprometidas con el desarrollo de los planes y programas aludidos debían celebrar Contratos de Fiducia Mercantil.

En la cláusula 3.5. del citado acuerdo de voluntades está pactada una indemnidad general que el fideicomitente – VIVA en este caso – se obligó a garantizar a favor de FIDUBOGOTÁ, tanto en su condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo como en su condición de entidad financiera, en una amplia gama de eventos allí descritos en detalle y salvo por eventos de culpa o dolo.

Lo anterior para señalar, en primer término, que en la medida en que el artículo 6 de la Ley 1537 de 2012 indica que todo lo relativo a “la constitución de los patrimonios autónomos y la ejecución y liquidación de los proyectos por parte de los referidos patrimonios autónomos se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado”, ello podría llevar a pensar que la presunción de solidaridad prevista en el artículo 825 del Código de Comercio sería aplicable al caso.

Ahora bien, según viene de señalarse y como es claro, la existencia de un patrimonio autónomo supone, en línea de principio, que no es posible afectar el patrimonio propio del fiduciario, todo ello en aplicación del principio de separabilidad de patrimonios consagrado en el artículo 1233 del estatuto mercantil.

Este principio desde luego reconoce excepciones, que conforme con autorizada doctrina<sup>84</sup> se configuran, en el terreno de la responsabilidad contractual que es la que aquí se discute, frente a terceros distintos al fideicomitente o a los beneficiarios, cuando el fiduciario incurre en exceso de sus facultades.

---

<sup>84</sup> CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO. El contrato de fiducia y el patrimonio autónomo, Universidad del Rosario – Asofiduciarias, Bogotá, 2014, p. 62.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En el presente caso no resultó probado, ni siquiera fue alegado, que FIDUBOGOTÁ hubiese incurrido en extralimitación de sus funciones en la calidad que ostenta, lo que hace caer de su base la posibilidad de que su patrimonio pueda verse comprometido por las resultas del presente laudo.

**Conclusiones**

En mérito de las breves consideraciones que anteceden y como quiera que la solidaridad pasiva consiste en la posibilidad de que el acreedor de una obligación persiga el cumplimiento de la misma con cargo al patrimonio de cualquiera de los obligados en ese grado, ello no resulta posible en el presente caso.

Por tal razón, la pretensión que se analiza no tiene vocación de prosperidad y así será declarado en la parte resolutive de esta providencia.

Con otras palabras y como luce claro, la única responsable jurídica y patrimonial del incumplimiento imputado a las convocadas por el CONSORCIO será VIVA.

**PRETENSIÓN CONSECUCIONAL DE LA PRIMERA PRINCIPAL**

“Consecuencial de la primera principal: Que se de (sic) por terminado y se LIQUIDE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Obra No. 127 de 2.014 para la realización del “DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE 400 VIVIENDAS DE INTERÉS PRIORITARIO EN EL MUNICIPIO DE SAN CARLOS EN EL MARCO DEL PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA DEL GOBIERNO NACIONAL”, de acuerdo con lo que cada una de las partes adeude a la otra y que dentro de la liquidación o, separadamente, se contengan las siguientes o similares condenas, que a continuación se detallan”

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Síntesis de la controversia**

Posiciones de las partes

Con respecto a la petición acabada de transcribir, las convocadas coinciden en que la suspensión del Contrato debe cesar para que su liquidación sea posible por las mismas partes.

Agregan que la cláusula compromisoria no otorgó al Tribunal arbitral la facultad de liquidar el Contrato.

Por medio de esta pretensión el CONSORCIO busca la declaratoria de terminación y la liquidación del Contrato No. 127 y agrega que, como parte de la liquidación o de manera separada, se acceda a una serie de pretensiones condenatorias, las cuales son materia de otra pretensión que será materia de ulterior análisis.

Sin perjuicio de posteriores consideraciones sobre el alcance de esta pretensión, el Tribunal deja de antemano sentada, como conclusión preliminar, la incompatibilidad que a su juicio encierra la formulación de esta pretensión, que sugiere una relación de causa a efecto entre la terminación y la necesidad o conveniencia de liquidar el Contrato, pretensiones que, a juicio de este panel, no guardan relación alguna de conexidad y serán por ende tratadas, analizadas y decididas separadamente.

Las excepciones de las convocadas

*La falta de competencia del Tribunal para liquidar el Contrato propuesta por VIVA*

VIVA alega que la liquidación es materia excluida de la cláusula séptima del Contrato, por lo que resulta totalmente extraña al tema bajo análisis como quiera que dicha estipulación se ocupa de la cláusula de garantías y no guarda relación con el régimen liquidatorio del mismo.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Sin embargo, la propia excepcionante continúa su discurrir señalando que el artículo 141 del CPACA hace viable una pretensión liquidatoria en sede arbitral, agregando que esa previsión legal debe someterse a una serie de condiciones que las extracta de un laudo arbitral a cuyas voces uno de los requisitos que dan procedencia a las pretensiones de esa stirpe es que las partes hayan convenido expresamente en el pacto arbitral someter sus diferencias decisión arbitral.

Señala VIVA que en este caso esa precisa facultad no hace parte de la cláusula de arbitraje y que, además, al incluir aspectos más allá de lo jurídico, de tipo técnico y/o ambiental, desborda la competencia legal de este Tribunal.

*La excepción de inepta demanda propuesta por FIDUBOGOTÁ por no estar prevista la liquidación del Contrato en la cláusula compromisoria*

De similar denominación y linaje es la excepción propuesta por FIDUBOGOTÁ en el numeral 4.4.2. de la excepción de inepta demanda, concretamente dirigida a la pretensión de liquidar el Contrato, por no estar cubierta esa facultad bajo el pacto arbitral.

### **Consideraciones del Tribunal**

Marco legal de la terminación judicial del contrato estatal

La forma de terminación de los contratos se encuentra establecida tanto en la legislación civil como en la comercial. En el Código Civil se dispone lo siguiente:

**“ARTICULO 1546.** En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los Contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro Contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Por su parte, el artículo 870 del Código de Comercio señala lo siguiente:

**"ARTÍCULO 870.** En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios."

Entonces es claro que los contratos estatales tienen las mismas causales de terminación de los contratos civiles, aunque con las particularidades que prevé la normatividad que regula la contratación estatal. La facultad para dar por terminado el contrato estatal se encuentra en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011:

"Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas (...) (Subraya fuera del original)"

Atendiendo a ello, el Consejo de Estado ha indicado que la terminación del contrato estatal puede darse de dos maneras: normal o anormal.

"Frente a la primera, esta se da por cualquiera de los siguientes eventos:

- El cumplimiento del objeto contractual.
  - El vencimiento del plazo extintivo de la obligación.
  - El vencimiento o terminación del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato.
  - El acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.
- "La terminación anormal del contrato estatal, puede ocurrir por:
- La desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

- La terminación unilateral propiamente dicha (art. 17 de la Ley 80 de 1993), en los contratos estatales donde sea procedente la cláusula excepcional.
- La declaratoria de caducidad administrativa.
- La terminación unilateral del contrato por violación al régimen de inhabilidades o incompatibilidades; la nulidad de los actos administrativos que fundamentan el contrato, y la celebración del contrato expresamente prohibido (art. 45, de la Ley 80 de 1993).
- El desistimiento – o renuncia –, del Contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo en los contratos estatales que sea procedente esa cláusula excepcional (art 14. de la Ley 80 de 1993).
- Declaratoria judicial de terminación del contrato.
- Declaratoria judicial de nulidad del contrato.”<sup>85</sup>

Dicha Corporación Judicial también ha señalado:

“Los contratos pueden terminarse de forma normal o anormal debido a diversas causas saber: (i) por mutuo consentimiento, denominada también resciliación o mutuo disenso (art. 1602 C.C.); (ii) por causas atribuibles a los Contratantes: incumplimiento grave de la administración que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones del contratista (*exceptio non adempti contractus*, art. 1609 C.C.), o incumplimiento grave del contratista que implica su caducidad (art. 18 de la Ley 80 de 1993); (iii) por causas legales o contractuales: muerte del contratista, resolución, extinción del plazo, nulidad del contrato (absoluta o relativa, art. 44 Ley 80 de 1993), o terminación unilateral (en los casos del art. 17 Ley 80 de 1993 o por los vicios recogidos en el art. 45 *ibídem*).”<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Consejo de Estado, sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20.968. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>86</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 26 de julio de 2012, Rad: 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605), C.P: Danilo Rojas Betancourth. Esta posición se reiteró en la Sentencia del Consejo de Estado, del 10 de septiembre de 2015, Rad: 42656, C.P. Hernán Andrade Rincón.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En el mismo sentido, se han pronunciado algunos tribunales arbitrales. En el caso del Inversiones Zapata Lotero y Cia. Ltda. y la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia – CORANTIOQUIA, el Tribunal estableció que al contratista le asiste el derecho de ejercer la acción de terminación del contrato con indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, en los siguientes términos:

"No hay duda de que la administración debe buscar siempre, en todas sus actuaciones, un fin de interés público, que en el campo específico de la contratación es el de dar atención oportuna y adecuada a las necesidades de la comunidad, por todo lo cual aquella, como gestora del bien común, ostenta una situación de supremacía jurídica que entraña un cierto desequilibrio en la relación contractual, lo que sería extraño e inadmisibles en los convenios entre particulares, en los que las partes se encuentran en una situación de igualdad jurídica."

"Por el contrario, cuando se prueba que la administración ha faltado en forma grave a sus obligaciones contractuales, incidiendo con ello en forma seria en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual, queda establecido que, apartándose de lo preceptuado en el artículo 3º ya citado, se ha desviado del cumplimiento de los fines estatales, de la búsqueda de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines, todo lo cual privaría de su razón de ser al mantenimiento de la relación jurídico contractual.

Sobre la procedencia de la acción de resolución o terminación en los contratos estatales, el profesor Carlos Betancur Jaramillo, ex Consejero de Estado y tratadista, opina:

"Estimo que ante el incumplimiento grave de la entidad Contratante que no le permita razonablemente al contratista cumplir o seguir cumpliendo sus obligaciones, éste

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

podrá pedir la resolución, el contrato (caso de los instantáneos) o la terminación del mismo en los de tracto sucesivo, en ambos eventos con indemnización de perjuicios.

(...)

“Es cierto que el contratista está obligado a cumplir, ya que ejerce una función social como colaborador que es de la administración en la satisfacción del interés público (art. 3º de la Ley 80), pero esa obligación de cumplir se entiende dentro de unos límites razonables; porque, en definitiva, no estará obligado a cumplir cuando la entidad Contratante no haya cumplido o no le haya permitido razonablemente hacerlo, como, por ejemplo, cuando no le suministre los medios que se comprometió a entregarle en dinero, en materiales o en equipos. Se refuerza esta idea con el hecho de que el contratista, en principio, no podrá comprometerse a financiar a la administración. (Documento elaborado por el autor para el Diplomado en contratación estatal, Universidad de Nuestra Señora del Rosario, 2.005).”<sup>87</sup> (Subraya y negrita fuera del original)

Esta apreciación también se evidencia en el caso Estrada Mesa y Asociados Limitada y Construcciones y Urbanismo El Futuro S.A., en donde se dispuso lo siguiente:

“El artículo 1546 del Código Civil la establece y la entiende incorporada en todos los contratos, siendo el sentido y finalidad de dicha disposición facultar al Contratante cumplido, ante el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, a demandar la ejecución del negocio jurídico o su resolución; el artículo 870 del Código de Comercio contiene esta misma regla tanto para los contratos de ejecución instantánea como para los de tracto o ejecución sucesiva, en este último caso se denomina terminación. La diferencia entre estas dos figuras es determinante para la parte resolutive de esta Laudo: mientras que en los contratos bilaterales de ejecución instantánea, la resolución impone retrotraer las cosas al estado original, en los

---

<sup>87</sup> Laudo arbitral, Tribunal de arbitramento de Inversiones Zapata Lotero y CIA LTDA vs la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia – CORANTIOQUIA. Cámara de Comercio de Medellín, 22 de abril de 2005.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

contratos de tracto sucesivo la terminación únicamente produce efectos para el futuro.”<sup>88</sup> (Subraya y negrita fuera del original).

Por su parte la doctrina, interpretando el artículo 1602 del Código Civil, establece la necesidad de la intervención del juez del contrato para declarar la terminación de este por incumplimiento de las obligaciones a cargo de alguna de las partes:

“Entre las causas legales a que se refiere el artículo 1602 encontramos casos en los que es obligatoria la intervención del juez para que el contrato pierda fuerza vinculante, como en la resolución o terminación por incumplimiento (arts. 1546 C. C. y 870 C. Co.)

La resolución y terminación judicial están subordinadas al incumplimiento de las obligaciones de uno de los Contratantes y deben ser decretadas por el juez, mientras que la terminación unilateral es un acto de libertad individual que produce efectos extintivos por la sola voluntad de su autor. Adicionalmente, la resolución tiene efectos retroactivos mientras que la terminación unilateral, efectos hacia el futuro.”<sup>89</sup>

Es claro entonces que la terminación de un Contrato se puede dar en virtud de la determinación de un juez, cuando se cumpla alguno de los eventos que dé lugar a ella.

A partir del análisis del caso, el evento que da lugar a la declaración judicial de terminación del Contrato es la imposibilidad de ejecución del mismo, que se materializa en la comunicación del Ministerio de Vivienda 2015EE0080483,<sup>90</sup> del 4 de septiembre de 2015,

---

<sup>88</sup> Laudo arbitral, Tribunal de Arbitramento de ESTRADA MESA Y ASOCIADOS LIMITADA VS CONSTRUCCIONES & URBANISMO EL FUTURO S.A, Cámara de Comercio de Medellín, 9 de julio de 2015.

<sup>89</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA FERNANDEZ, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. 2014, p. 308-310.

<sup>90</sup> Folio 546 del Cuaderno No. 2.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

en la cual se solicita la redistribución de los cupos del proyecto del municipio de San Carlos Antioquia, en los siguientes términos:

“Así las cosas debido al no cumplimiento de los requisitos para la suscripción de la promesa de compraventa y dado a que los tiempos expuestos por VIVA para la ejecución del mismo exceden las fechas de duración del convenio, se solicita se informe al comité con el fin de proceder a realizar la redistribución de los 400 cupos aprobados para el proyecto de acuerdo a las normas establecidas por el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y Fonvivienda”

Esta situación aparece documentada en el Acta de Comité Fiduciario No. 73-15, del 10 de septiembre de 2015, en la cual se acepta la despriorización de los cupos del proyecto San Carlos, tal como se transcribe a continuación:

“3. Despriorización de cupos del proyecto del Municipio de San Carlos

“Teniendo en cuenta el comunicado No. 2015EE0080483 remitido por la Dra. Yady Alexandra Guevara, Supervisora del Convenio Interadministrativo No. 87, y la manifestación de Findeter de no aptitud en cuanto al cumplimiento de requisitos técnicos del predio presentado por la Alcaldía Municipal de San Carlos también adjunta, el fondo de vivienda del Municipio de San Carlos Antioquia y la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, para el desarrollo de proyectos en el marco del Programa de Vivienda Gratuita, se solicitó a los miembros del Comité Fiduciario aprobación para despriorización de 400 cupos asignados al proyecto.

“Al respecto, los miembros del Comité Fiduciario, manifiestan su aprobación con base en la comunicación No. 2015EE0080483 remitido por la Dra. Yady Alexandra Guevara, Supervisora del Convenio Interadministrativo No. 87, y la manifestación de Findeter de no aptitud en cuanto al cumplimiento de requisitos técnicos del predio. Así

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

mismo solicitan transmitir a la supervisora el Convenio la instrucción anterior, ente mencionada con el fin de que a la vez la misma sea comunicada a los interesados.”<sup>91</sup>

Marco legal de la liquidación judicial del contrato estatal.

El Consejo de Estado ha precisado que la liquidación consiste en la “actuación administrativa posterior a la culminación de su plazo de ejecución o a la declaratoria de terminación unilateral o caducidad (artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993), que tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes.”<sup>92</sup> (Subraya y negritas fuera del original).

Con otras palabras, señala también esa Corporación Judicial:

“la liquidación es una actuación que sobreviene a la terminación, destinada a hacer constar el balance del contrato, las obligaciones satisfechas y los derechos exigidos, valores ejecutados y pendientes. De manera bilateral por el consenso de las partes o, en caso de no lograrse un acuerdo, unilateralmente por la administración, mediante acto administrativo motivado. Lo último ya fuere porque el contratista no concurre o se niega a suscribir el acta, la que se habrá de extender y firmar de todas maneras, sin perjuicio de la confrontación del contratista, de la que quedarán las constancias respectivas.”<sup>93</sup> (Subraya y negrita fuera del original).

La liquidación se encuentra reglada por varias leyes relativas a la contratación estatal, específicamente la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, y la Ley 1437 de 2011.

---

<sup>91</sup> Folio 553 del Cuaderno No. 2.

<sup>92</sup> Consejo de Estado, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en: Sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. 25.199, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>93</sup> Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2018, Rad: 47001-23-31-000-1998-01143-01(37935) A, C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto Nacional 019 de 2012, se señala que la liquidación es procedente en los contratos de tracto sucesivo, como se evidencia de la transcripción de la norma:

“De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

“También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

“En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.  
Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.”

En el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 aparecen regulados los plazos para realizar la liquidación:

“ARTÍCULO 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

“En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

“Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”

En concordancia con la norma previamente citada, la Ley 1437 de 2011 indica cuándo se da la competencia del juez – o árbitro – para realizar la liquidación judicial. Así, el artículo 141:

“Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.”

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Esta competencia también está prevista en el artículo 164 de la misma ley el cual señala también la caducidad de la acción, al indicar:

"Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

"j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

"Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

"En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

"i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

"ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

"iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

"iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

“v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;” (Subraya fuera del original).

Es posible inferir entonces que existen tres momentos en los que se puede producir la liquidación del contrato estatal: el primero, de manera bilateral, por acuerdo de las partes; el segundo, de manera unilateral por parte de la administración cuando no exista acuerdo<sup>94</sup>; y por último, en sede judicial, cuando no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración. Atendiendo a la normatividad resumida, el Consejo de Estado ha realizado las siguientes precisiones sobre la liquidación judicial:

“una vez vencida la última oportunidad para liquidar el contrato, la administración pierde competencia para hacerlo, lo que da lugar a la interpretación de pretender justamente la liquidación en sede judicial.

(...)

“En consecuencia, es posible usar esta herramienta procesal para cuestionar las actuaciones desarrolladas durante la ejecución del contrato estatal, como la legalidad de los actos administrativos proferidos dentro de su desarrollo y la solicitud de liquidación en sede judicial de no haberse llevado a cabo la establecida por las partes o por la administración, teniendo en cuenta las pruebas que se practiquen al interior del proceso.”<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa- Sección Tercera, 11 de febrero de 2009. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>95</sup> Consejo de Estado, sentencia del 17 de julio de 2018, Rad: 25000-23-36-000-2015-01848-01(58475), C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Similar consideración se da en dos sentencias del Consejo de Estado, la primera es la del 04 de diciembre de 2006, Sala de lo Contencioso

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Adicionalmente, se considera que la liquidación judicial "es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas" <sup>96</sup>, es decir la bilateral o unilateral.

Cuando se solicite la liquidación judicial mediante la acción de controversias contractuales, el juez debe observar que se demande en tiempo y se solicite la liquidación "porque a) no se ha producido la liquidación; o b) respecto de puntos no liquidados." <sup>97</sup>

Los tribunales arbitrales también han realizado precisiones acerca de la manera como se debe realizar la liquidación en esa sede:

"es necesario establecer el cumplimiento por las partes de cada una de las prestaciones contractuales a su cargo, así como la constatación de todos y cada uno de los valores que se causaron y se pagaron durante la ejecución del mismo, para determinar la existencia, si acaso la hay, de algún valor en favor de una u otra parte. De igual forma, deben tomarse en cuenta todos los hechos posteriores a la terminación del contrato que pueden llegar a determinar la extinción de las obligaciones." <sup>98</sup>

Sobre el contenido y alcance de la liquidación se ha señalado que "como lo establece la ley, en el acto de liquidación deberán constar las obligaciones y derechos a cargo y a favor

---

Administrativa, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; y la del 25 de junio de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>96</sup> Consejo de Estado, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente 15239, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>97</sup> Consejo de Estado, sentencia 29 de octubre de 2012, N° 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429). M.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>98</sup> Laudo arbitral, Tribunal de Arbitramento de Consorcio Doble Calzada Buenaventura Vs. Instituto Nacional de Vías -INVÍAS, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación p.90.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

de las partes resultantes de la ejecución del contrato. De las que se hubieren producido con anterioridad a la liquidación del contrato y que las partes hagan constar en la misma –como es su deber contractual- el documento o acuerdo de liquidación que las admita tendrá respecto de ellas carácter meramente declarativo y no constitutivo; y, *contrario sensu*, de aquellas que surjan con ocasión de la liquidación, el acuerdo respectivo tendrá carácter constitutivo”.<sup>99</sup>

Adicionalmente, es necesario que en el proceso se acrediten “todos y cada uno de los elementos de juicio necesarios para la liquidación del contrato estatal en estudio”<sup>100</sup>, o de lo contrario la pretensión respectiva habrá de ser denegada.<sup>101</sup>

Sobre este punto se pronunció el Tribunal de arbitramento que dirimió las controversias entre Industrias Asfálticas S.A.S., Pavimentos Colombia S.A.S. y Consorcio Infraestructura Cali 2010 contra el Municipio de Santiago de Cali, así:

“(…) aunque con este laudo resultan determinados los montos que el Municipio debe pagar al Consorcio por los conceptos que se reclaman en la demanda, en particular aquellos atinentes a la remuneración de las “Obras para Redes” y de los intereses por la falta de pago oportuno de la remuneración correspondiente a las Etapas de Construcción y Preconstrucción y de las “Obras para Redes”, el Tribunal no cuenta con todos los elementos para determinar con exactitud si existe alguna otra obligación relacionada con la ejecución del objeto contractual, con las garantías que debe otorgar el contratista, o con algún otro aspecto de relevancia para la ejecución y

---

<sup>99</sup> Laudo arbitral, Dragados Hidráulicos Ltda. Vs. La Nación - Ministerio de Transporte. 28 de febrero de 2001. p. 37.

<sup>100</sup> Laudo arbitral, Tribunal de Arbitramento de Consorcio Doble Calzada Buenaventura Vs. Instituto Nacional de Vías -INVÍAS, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación p. 92.

<sup>101</sup> Esta misma afirmación se resaltó en el caso Tribunal de Arbitramento Castell Camel S.A.S. y Pórticos Ingenieros Civiles S.A. miembros del Consorcio Castell Pórticos vs. Distrito Capital – Secretaría Distrital de Salud y Fondo Financiero Distrital de Salud.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

liquidación del contrato que se encuentre pendiente y que deba contemplarse en dicha liquidación. En este orden de ideas, se estima que son las partes quienes tienen los elementos suficientes para realizar un finiquito integral, completo y definitivo, por lo que no se accederá a la pretensión DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL. En su lugar, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley, se ordenará a que las partes procedan a liquidar el Contrato para lo cual deberán tener en cuenta las decisiones contenidas en este laudo así como las demás reglas definidas en la Cláusula 34 del negocio jurídico.” (Subraya fuera del original).

Resulta claro, en consecuencia, que la facultad de los tribunales de arbitraje para liquidar el contrato estatal no se presta a ninguna duda, ni en la ley ni en la jurisprudencia del Consejo de Estado y a la luz de numerosos laudos.

No obstante, se requiere que se hayan dado los plazos para la liquidación bilateral y unilateral, previstas en la ley y que el Tribunal cuenta además con todos los elementos que deben incluirse en la liquidación para que la misma sea integral, tal como se indicó en el laudo citado previamente.

En este sentido, se observa que el Contrato materia de esta *litis* fue firmado el 28 de julio de 2014, y que este contenía la siguiente cláusula sobre liquidación:

“DÉCIMA NOVENA. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: Al producirse cualquiera de las causales de terminación del contrato, se procederá a su liquidación en un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la ocurrencia del hecho o acto que genera la terminación. La liquidación por mutuo acuerdo se hará por acta firmada por las partes (EL CONTRANTE, LA GERENCIA INTEGRAL, EL CONSTRUCTOR Y EL INTERVENTOR), en el cual deben constar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar y los acuerdos, transacciones y conciliaciones que alcancen las partes para poner fin a las posibles divergencias presentadas y poder declararse el paz y salvo.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En caso en que dentro de este término no sea posible la liquidación bilateral, EL CONTRATANTE se reserva el derecho de realizar la liquidación unilateral del contrato, cuestión que es conocida y aceptada por EL CONTRATISTA.”

También se encuentra que la suspensión del mismo se convino el 10 de octubre de 2014. Está probado que tal suspensión nunca fue levantada.

Resulta oportuno señalar que no consta en el expediente que exista acuerdo liquidatorio bilateral o unilateral de liquidación. Razón por la cual las partes, según su entendimiento sobre el estado del Contrato, aspecto sobre el cual no afloraron diferencias en el proceso, no lo dieron por terminado y por ende nunca se agotaron ninguno de los plazos legales para la liquidación, bilateral o unilateral, previa a la de carácter judicial o arbitral, así como tampoco se cuenta con elementos de prueba suficientes sobre todos los montos que deberían componer tal liquidación.

En consecuencia, el Tribunal no tiene la facultad para liquidar el presente Contrato, toda vez que la ley es clara en que previamente se deben agotar las etapas de liquidación bilateral o la unilateral, después de la terminación del contrato y que el Tribunal tiene la responsabilidad de asegurar que esta sea un cruce definitivo de cuentas, por lo en caso de no tener todos los conceptos que deberán incluirse tiene que abstenerse de llevar a cabo tal liquidación.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad conferida por las partes al Tribunal de reconocer derechos y obligaciones a cargo de estas, las cuales deberán ser incluidas al momento de liquidar el Contrato, por existir un pronunciamiento que las avala, tal como sucede en el presente caso.

Si se tiene en cuenta que la terminación del Contrato será declarada en la parte resolutive de este laudo, lo que por obvio que parezca implica que dicha terminación no ha tenido lugar nunca antes de esta oportunidad, resulta claro para el Tribunal, sin perjuicio desde

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

luego de la conclusión ya expuesta en el sentido de que los tribunales arbitrales sí tienen plena habilitación para liquidar contratos estatales, que solamente a partir de la terminación de Contrato, que se declara en este laudo, las partes quedan habilitadas para buscar la liquidación del vínculo que mantuvieron hasta la emisión del presente laudo.

**Conclusiones**

En consecuencia, la pretensión bajo análisis será declarada próspera parcialmente, en cuanto será declarada la terminación del Contrato No. 127 como consecuencia de accederse a la pretensión de incumplimiento, en los términos vertidos en anteriores consideraciones del Tribunal.

La excepción propuesta por VIVA, que se sustenta en que la cláusula compromisoria no contiene esa precisa atribución de competencia al Tribunal y que la posibilidad de liquidar basada en el artículo 141 del CPACA está sometida a ciertas condiciones no prosperará, al ser claro que el pronunciamiento arbitral traído a cita por VIVA en sustento de esa defensa, es anterior a la vigencia del CPACA, lo que hace inaplicable el ejemplo al caso, ya que la Ley 1437 de 2011 incorporó la posibilidad de incluir la liquidación del contrato estatal como parte del medio de control de controversias contractuales.

Además, es igualmente claro, en cuanto al restante argumento de la excepción bajo análisis, que el estado de la ley para el año 2003, que es la fecha del laudo arbitral en que se apoya VIVA para dar apoyo a su argumentación, sí exigía que la liquidación en sede arbitral fuese objeto de pacto expreso.

**PRIMERA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL DE LA SEGUNDA PRINCIPAL**

“Que se condene a las demandadas al pago en forma solidaria de las actividades efectuadas y no pagadas, así como la utilidad razonablemente esperada discriminadas y por todos los perjuicios causados así:

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**

**Vs.**

**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

- a. Ejecución en dos ocasiones de las actividades pre-constructivas, como diseños y estudios, a razón del 2% del valor del contrato (valor pactado en el contrato), atendiendo lo pactado en el parágrafo 4to de la cláusula tercera, es decir, dos veces la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$ 261.280.000), para un total por el concepto de estudios y diseños de QUINIENTOS VEINTIDÓS MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$ 522.560.000).
- b. Gastos administrativos, asociados a costos indirectos, causados con soportes respectivos, como pólizas, gastos de legalización, transportes, contabilidad, gastos de oficina. Sobre estos solo se solicita su reembolso, en la forma soportada por un valor de ciento SESENTA Y SINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$ 165.859.981).
- c. Estudio arbóreo, el cual era del resorte exclusivo de la Gerencia Integral del proyecto previo a su viabilización técnica, por un valor de CINCO MILLONES DE PESOS (\$ 5.000.000).
- d. Estudio hidrológico, en el mismo sentido que el anterior, sin ser del alcance de las gestiones de permisos y licencias encomendadas al Contratista, este fue necesario para viabilizar el proyecto y realizar sus respectivos diseños en la parte alta del terreno, por un valor de CIEN MILLONES DE PESOS (\$ 100.000.000).
- e. Utilidad razonablemente esperada del proyecto, la cual fue de conocimiento de la entidad Contratante en las diferentes instancias de presentación y evaluación de la propuesta económica del proyecto, equivalente a un 5% del valor del contrato, esto es, SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$ 653.200.000).
- f. Perjuicios derivados de la no ejecución del contrato, el copiamiento de la capacidad operativa y K de contratación de las empresas contratistas y miembros del

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

CONSORCIO, la cual estimamos, en un porcentaje igual al de la utilidad razonablemente esperada, es decir en un 5% del valor del contrato.”

Resumen:

<u>Concepto</u>	<u>Porcentaje</u>	<u>Valor</u>
<u>Diseños 1</u>	<u>2%</u>	<u>\$ 261.280.000</u>
<u>Diseños 2</u>	<u>2%</u>	<u>\$ 261.280.000</u>
<u>Gastos administrativos</u>	-	<u>\$ 165.859.981</u>
<u>Estudio arbóreo</u>	-	<u>\$ 5.000.000</u>
<u>Estudio Hidrológico</u>	-	<u>\$ 100.000.000</u>
<u>Utilidad</u>	<u>5%</u>	<u>\$ 653.200.000</u>
<u>Perjuicios</u>	<u>5%</u>	<u>\$ 653.200.000</u>
	<u>TOTAL</u>	<u>\$ 2.099.819.981</u>

**Síntesis de la controversia**

El CONSORCIO convocante busca que se imponga a las demandadas una condena – en grado de solidaridad – al pago de unos rubros económicos a título de perjuicios, que como ya se analizó los deprecaba la parte convocante bien por accederse a la terminación por incumplimiento del Contrato o ya por accederse a su liquidación, bajo tres modalidades concurrentes y no excluyentes, como son: i) las actividades que el CONSORCIO dice haber efectuado y no le fueron pagadas; ii) la utilidad razonable del CONSORCIO; iii) todos los perjuicios irrogados a esa misma parte.

Posición de las demandadas

FIDUBOGOTÁ, basándose en las mismas razones con las que se opuso a la demanda principal, sostiene que en caso de que el Contratista haya sufrido perjuicios, estos habrían sido causados por su propia culpa, además de que no existe fundamento material ni probatorio sobre los mismos.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
Vs.  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Adicionalmente, se opone la pretensión de pago y alega que el mismo no puede haberse causado en la medida en que por razón de la suspensión del Contrato, pedida por el Contratista, el mismo nunca pasó de su fase pre-constructiva.

VIVA se opone a las pretensiones segunda principal, consecuencial de la segunda principal y tercera principal por la ausencia de vínculo contractual con el CONSORCIO, a lo cual agrega que con mayor razón estas pretensiones no la pueden afectar en la medida en que bajo el Contrato VIVA no tiene obligaciones económicas a su cargo.

Excepciones propuestas por las demandadas

*Falta de legitimación por pasiva promovida por VIVA por no tener obligaciones económicas bajo el Contrato*

VIVA defiende con vehemencia su interpretación del Contrato No. 127 consistente en que el solo examen del mismo permite entender que esa entidad no ha asumido obligaciones directas frente al demandante y que su rol contractual se limita a servir de asesor y apoyo al verdadero Contratante del CONSORCIO que es FIDUBOGOTÁ.

Lo anterior, para sostener en principio, que la cláusula arbitral no le es oponible a esa convocada en razón del ya aludido argumento según el cual VIVA no es parte del Contrato según fluye de su texto y del Manual Operativo del Fideicomiso que le da una calidad derivada de los Convenios Interadministrativos Nos. 034 de 2012 y 087 de 2013 y prevista en la Ley 1537 de 2012, que en el plano contractual la sitúan como Gerente Integral y no como Contratante.

En sustento de este medio de defensa, VIVA reproduce parcialmente sus obligaciones y las de FIDUBOGOTÁ, al tenor del Contrato de Fiducia Mercantil No. 3-1-30760, para terminar insistiendo, no solo en que su papel en el Contrato No. 127 obedece al cumplimiento de un deber legal sino para reiterar que dicha entidad es tan solo un vehículo de apoyo del verdadero Contratante, que es la fiduciaria convocada al proceso.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Sostiene igualmente VIVA que su vinculación al proceso carece de toda sindéresis y sería tanto como pretender hacer parte del mismo a la Interventoría del Contrato, tercero con funciones de control pero ajeno a la relación contractual.

Destaca por último y a partir del texto de la cláusula compromisoria, que la misma solo vincula a las partes del Contrato, calidad de la que insiste en renegar, y sostiene que la misma no tiene cobertura sobre el supervisor del proyecto.

Llama por último la atención del Tribunal, en el sentido de que de la revisión de las pretensiones de la demanda es posible colegir que las principales se enfocan en la exigencia de un pago, lo que marca un claro contraste con el Contrato No. 127 que no tiene ninguna de ese tipo prevista a cargo de VIVA.

*Excepción de inepta demanda propuesta por FIDUBOGOTÁ debido a la doble acumulación de perjuicios*

Al amparo de la excepción de inepta demanda, bajo el numeral 4.4.3. FIDUBOGOTÁ sostiene que la demanda adolece de esa disfunción por pretender una doble acumulación de perjuicios, la cual deduce del hecho de que en la pretensión 3.4. el CONSORCIO demanda el pago de perjuicios en el encabezamiento de la misma y se repite en ese mismo pedimento según se puede leer en el literal f) de esa misma petición.

**Consideraciones del Tribunal**

Como anteriormente fue resumido, esta pretensión agrupa tres conceptos a saber: i) gastos en que el CONSORCIO dice haber incurrido en orden a cumplir con sus obligaciones bajo el Contrato; ii) utilidad razonable que habría obtenido en caso de haberse ejecutado el Contrato; iii) otros perjuicios.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Sobre los gastos que el CONSORCIO reclama, los mismos se contraen a la que el convocante califica como una doble ejecución de las actividades pre-constructivas. Entre ellas cita genéricamente los conceptos de “diseños y estudios”, unos “gastos administrativos, asociados a costos indirectos”, un estudio arbóreo y un estudio hidrológico.

En armonía con anteriores consideraciones vertidas en la presente providencia, el Tribunal estima que dichas partidas, en la medida en que correspondieran con “actividades efectuadas y no pagadas” han de ser objeto del ejercicio liquidatorio previsto en la ley y que es consecuencial a la terminación del Contrato, que será declarada en la parte resolutive de este laudo.

En efecto, al ser claro que la liquidación es una actividad que compete agotarla a las partes en una primera instancia, mal puede el Tribunal ejecutar un ejercicio que por mandato legal es privativo de ellas, y que de manera subsidiaria puede ejercerlo la parte Contratante o, ulteriormente, tendría que someterse a una controversia judicial en aquello que no hubiere quedado resuelto a satisfacción de las partes en las etapas bilateral y unilateral acabadas de señalar.

Ratifica el Tribunal que esta decisión es independiente de la posibilidad de liquidar el contrato estatal en sede arbitral, asunto que fue objeto de varios pronunciamientos a lo largo del proceso, entre ellos el recurso contra el auto en el que el Tribunal asumió competencia, recurso que se basaba en el reparo del recurrente sobre el alcance de la cláusula arbitral, y que fue desestimado por el Tribunal, previo un dilatado análisis de la arbitrabilidad de esta materia.

En dicha oportunidad, la declaración emitida por el Tribunal, que fue ratificada con ocasión del mencionado recurso, versó sobre la habilitación de este juez transitorio y especial para conocer sobre la respectiva pretensión, lo que en manera alguna podía implicar que dicha solicitud tuviera que despacharse favorablemente en el presente laudo.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Cosa distinta es que, encontrando el Tribunal que la terminación del Contrato solo viene a concretarse con ocasión de la expedición de esta providencia, en lo tocante con su liquidación debe prevalecer la facultad de las partes para liquidarlo directamente, razón por la cual, esta sería una pretensión elevada antes de tiempo.

En efecto, la decisión de no interferir en asuntos propios de la liquidación la adopta el Tribunal en consideración a la decisión de declarar incumplido y terminado el Contrato No. 127, lo que en manera alguna implica un cambio de posición en cuanto a la arbitrabilidad de pretensiones liquidatorias, ya analizada en el presente caso.

La anterior conclusión se ve reforzada, además, en el contenido del artículo 141 del CPACA que atribuye al Juez, dentro del marco de las controversias contractuales, la competencia de liquidar el contrato "(...) cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley."

Fue así como, a lo largo del recaudo probatorio que tuvo lugar en este proceso, resultó acreditado, de una parte, que el convocante intentó agotar sin éxito la etapa de arreglo directo prevista en el Contrato y, de otra parte, que ninguno de los escenarios de liquidación y – bilateral o unilateral – se verificó en el presente caso.

En la parte resolutive de esta providencia el Tribunal dispondrá que las partes procedan a agotar la etapa liquidatoria del Contrato No. 127, con observancia de los hechos alegados y probados en este proceso que dan cuenta y razón de que el CONSORCIO fue requerido por VIVA y cumplió con la entrega de una serie de insumos tendientes a dar cumplimiento a sus obligaciones para agotar la fase pre- constructiva, esto es, todas las actividades comprendidas en los literales a) a d) de la pretensión 3.4 de la demanda.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Lo anterior, por encontrarse probado que VIVA requirió de dichos productos, los recibió, en algunas oportunidades solicitó cambios y modificaciones respecto de los mismos y, además, todos ellos reposan en su poder.

Encontrándose probado que el CONSORCIO ejecutó las obligaciones de la fase pre-constructiva a su cargo, sin que a la fecha las mismas hayan sido reconocidas, el Tribunal acogerá el principio de la conmutatividad consagrado en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, respecto del cual se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

“En el Derecho Privado, la equivalencia de las prestaciones recíprocas es eminentemente subjetiva o forma (sic), lo esencial es que cada parte considere según su libre apreciación sicovolutiva que la prestación a la que se compromete es igual o proporcional a la que recibe como contrapartida o retribución de la parte sin que tengan relevancia los factores objetivos que determinan el valor del mercado (...). A *contrario sensu*, en el Derecho Administrativo las prestaciones recíprocas a cargo de las partes, deben guardar una equivalencia según un criterio objetivo de igualdad o simetría en el valor económico de las contraprestaciones”.<sup>102</sup>

Que este principio debe ser respetado en todas las etapas del contrato estatal lo ha dejado claro el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia que se transcribe en lo pertinente, así:

“la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes,

---

<sup>102</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Primera Edición. 1999.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.” <sup>103</sup> (Subraya y negrita fuera del original)

En mérito de lo expuesto, para el Tribunal es claro el deber de evitar el quebrantamiento de dicho principio, razón por la cual VIVA, al momento de liquidar el Contrato, no puede desconocer el alcance del mismo.

En lo relativo a la utilidad reclamada por el CONSORCIO, según las consideraciones anteriormente efectuadas, dicha pretensión será acogida por la mayoría de sus miembros. Al respecto, se debe dejar establecido que los árbitros no han logrado un consenso sobre este punto, razón por la cual la decisión se adopta por mayoría, como ya se indicó, y las razones del disenso se incorporan al correspondiente salvamento parcial de voto.

Pide la parte convocante, en el literal e) de la pretensión que se trata el reconocimiento de:

“Utilidad razonablemente esperada del proyecto, la cual fue de conocimiento de la entidad Contratante en las diferentes instancias de presentación y evaluación de la propuesta económica del proyecto, equivalente a un 5% del valor del contrato, esto es, SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$ 653.200.0009.”

El FIDEICOMISO a través de su apoderado, se opone a su reconocimiento alegando que el contrato 127 es de los denominados “llave en mano” y, por consiguiente, no está discriminada la utilidad. El representante de VIVA, por su parte, se opone a la prosperidad de cualquier pretensión de condena “... *derivada de la ausencia de vínculo contractual entre el CONSORCIO y VIVA...*”.

---

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, Expediente 18836.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Para sustentar esta pretensión se formuló al perito la pregunta 3 de la parte general del cuestionario de la convocante:

“Dígale al despacho, que (sic) elementos objetivos o en términos de la equidad, pueden tenerse en cuenta, que la sustenten, la cuantía del perjuicio sufrido por los integrantes del consorcio Gómez Mora”, la misma se reformula para que el perito responda cuál era, a términos de la propuesta cuya adjudicación dio lugar a la celebración del Contrato No. 127, cuál era la utilidad esperada a favor del contratista”.

El perito respondió que ese factor no aparece en la propuesta presentada por el CONSORCIO, porque el mismo no se pidió, tal vez, por tratarse de un contrato llave en mano.

Es cierto que el contrato 127 de 2014<sup>104</sup>, se suscribió bajo tal modalidad, pero es igualmente cierto que en los contratos llave en mano, como en los demás contratos de obra, el IVA se liquida sobre la utilidad esperada por el Contratista, quien necesariamente debe determinarla en cada una de las facturas de compra respetando lo que para el efecto dispone Decreto 1372 de 1992:

**“Artículo 3º Impuesto sobre las ventas en los contratos de construcción de bien inmueble.** En los contratos de construcción de bien inmueble, el impuesto sobre las ventas se genera sobre la parte de los ingresos correspondiente a los honorarios obtenidos por el constructor. Cuando no se pacten honorarios el impuesto se causará sobre la remuneración del servicio que corresponda a la utilidad del constructor. Para estos efectos, en el respectivo contrato se señalará la parte correspondiente a los honorarios o utilidad, la cual en ningún caso podrá ser inferior a la que comercialmente corresponda a contratos iguales o similares....”

---

<sup>104</sup> cláusula tercera (3ª) (Folio 98, vto. Cuaderno Principal)

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Como lo documentó el perito en su experticia a folios 86 – 89, en contratos similares se previó una utilidad del cinco por ciento (5%) sobre la cual se liquidó el IVA respectivo. Así mismo, el perito informa que la utilidad en un contrato de construcción generalmente oscila entre el 5% y 10% del valor total del contrato.

Se formuló también, sobre el mismo punto, la pregunta C.3 "Indique el monto del perjuicio derivado de la utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de haber ejecutado el contrato y no poderlo incluir en el registro único de proponentes de cada uno de los miembros del Consorcio." A tal interrogante, dió respuesta el perito (Página 101 y 102 de su experticia)

"Se dijo ya que el valor de la utilidad en el presente contrato es el 5% del valor total del contrato. Como quiera que el contrato se suspendió indefinidamente, muy pocos días después de iniciado, no hubo posibilidad de realizar y facturar obra ejecutada. Por ello, puede afirmarse que la utilidad presupuestada por el Consorcio Gómez Mora San Carlos en el contrato en comento se convirtió en **utilidad dejada de percibir**.

...

En consecuencia, la **utilidad dejada de percibir** por el Consorcio Gómez Mora San Carlos es igual al 5% del valor del contrato, o sea \$650'003.200, calculada así:

$$\text{Utilidad dejada de percibir por el Consorcio} = 0,05 * \$13.000'064.000 = \$650'003.200$$

Cada uno de los consorciados deberá gozar de esa utilidad en proporción al porcentaje de participación que tiene en el Consorcio, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

<b>UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR POR LOS CONSORCIADOS</b>			
<b>Consortiado</b>	<b>NIT</b>	<b>Participación %</b>	<b>Utilidad</b>
Jorge Mora S.A.S.	900.702.761-4	50%	325.001.600
HAG S.A.	800.198.573-0	20%	130.000.640
José Iván Gómez Salazar	19.300.791	30%	195.000.960
	<b>Utilidad</b>	<b>650.003.200</b>	<b>650.003.200</b>



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Lo dicho por el perito en este punto, no fue objeto de debate por ninguna de las convocadas. Por consiguiente el Tribunal encuentra que es de recibo la pretensión 3.4, literal d) de la demanda y su valor:  $\$13.000'064.000.00 \times 0,05\% = \$650'003.200.00$  para el Consorcio, y, atendiendo la participación de cada uno de los consorciados, como se ve en el cuadro anterior: Para JORGE MORA S.A.S.,  $\$325'001.600.00$ ; para HAG S.A.  $\$130'000.640.00$  y para José Iván Gómez Salazar  $\$195'000.960.00$

Igual suerte correrá la pretensión sobre el perjuicio alegado por el CONSORCIO consistente en el bloqueo, pérdida o afectación de su capacidad residual de contratación (K), la cual considera la mayoría de los miembros del Tribunal que debe ser acogida, por cuanto al haberse mantenido de manera indefinida la suspensión del Contrato hasta el presente laudo no por el motivo pactado –la determinación de la cota de inundación del predio– sino en virtud del concepto emitido por FIDUBOGOTÁ que llevó a la despriorización del mismo, situación que no fue puesta en conocimiento del CONSORCIO oportunamente, hace responsable a VIVA por las razones anteriormente explicadas.

Sobre la pretensión 3.4, literal f), el apoderado del Consorcio solicita el siguiente reconocimiento:

“Perjuicios derivados de la no ejecución del contrato, el copiamiento de la capacidad operativa y K de contratación de las empresas contratistas y miembros del consorcio, la cual estimamos, en un porcentaje igual al de la utilidad razonablemente esperada, es decir en un 5% del valor total del contrato.”

Conviene en este punto acudir a las definiciones de términos comenzando por la K, capacidad residual de contratación:

“La Capacidad Residual es la aptitud de un contratista para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de responder con el contrato objeto del Proceso de

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Contratación. En los Documentos del Proceso de un contrato de obra pública, la Entidad Estatal debe establecer un requisito adicional a los requisitos habilitantes que es la Capacidad Residual o K de Contratación el cual deben cumplir los interesados en participar en un Proceso de Contratación para la ejecución de una obra pública".<sup>105</sup>

La ley la Ley 1682 de 2013, que en su texto corregido por el artículo 1 del Decreto 476 de 2014 dispone:

**ARTÍCULO 72. Capacidad residual de contratación para contratos de obra pública.**

La capacidad residual de contratación cuando se realicen contratos de obra pública se obtendrá de sustraer de la capacidad de contratación, el saldo del valor de los contratos en ejecución.

La capacidad de contratación se deberá calcular mediante la evaluación de los siguientes factores: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), y Capacidad de Organización (CO).

Para los efectos de la evaluación de los factores mencionados en el inciso anterior, por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia se podrán tener en cuenta la rentabilidad y las utilidades.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la promulgación de la presente ley, acudiendo al concepto técnico de la Sociedad Colombiana de ingenieros, en virtud de la Ley 46 de 1904, para propender

---

<sup>105</sup>Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública, pág. 3 en:  
[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_capacidad\\_residual.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_capacidad_residual.pdf)

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

por una reglamentación equitativa en la implementación de mínimos y máximos que garanticen los derechos de los pequeños contratistas.”

A su turno, el artículo 1 del Decreto 791 de 2014, modificando el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013:

**“Capacidad Residual.** El interesado en celebrar contratos de obra pública con Entidades Estatales debe acreditar su Capacidad Residual o K de Contratación con los siguientes documentos:

1. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución suscritos con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.
2. La lista de los contratos de obras civiles en ejecución, suscritos por sociedades, consorcios o uniones temporales, en los cuales el proponente tenga participación, con Entidades Estatales y con entidades privadas, así como el valor y plazo de tales contratos, incluyendo los contratos de concesión y los contratos de obra suscritos con concesionarios.
3. Balance general auditado del año inmediatamente anterior y estado de resultados auditado del año en que haya obtenido el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años. Los estados financieros deben estar suscritos por el interesado o su representante legal y el revisor fiscal si está obligado a tenerlo, o el auditor o contador si no está obligado a tener revisor fiscal. Si se trata de proponentes obligados a tener RUP, las Entidades Estatales solo deben solicitar como documento adicional el estado de resultados del año en que el proponente obtuvo el mayor ingreso operacional en los últimos cinco (5) años.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del Proceso de Contratación de acuerdo con la siguiente fórmula:

Capacidad Residual del Proceso de Contratación = Presupuesto oficial estimado — Anticipo

Si el plazo estimado del contrato es superior a doce (12) meses, la Capacidad Residual del Proceso de Contratación equivale a la proporción lineal de doce (12) meses del presupuesto oficial estimado menos el anticipo cuando haya lugar.

La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la siguiente fórmula:

A cada uno de los factores se le asigna el siguiente puntaje máximo:

<b>FACTOR</b>	<b>PUNTAJE MÁXIMO</b>
Experiencia (E)	120
Capacidad financiera (CF)	40
Capacidad técnica (CT)	40
<b>Total</b>	<b>200</b>

La Capacidad de Organización no tiene asignación de puntaje en la fórmula porque su unidad de medida es en pesos colombianos y constituye un factor multiplicador de los demás factores.

El proponente debe acreditar una Capacidad Residual superior o igual a la Capacidad Residual establecida en los Documentos del Proceso para el Proceso de Contratación.

Por consiguiente, la Capacidad Residual del proponente es suficiente si:

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Capacidad residual del proponente  $\geq$  Capacidad residual del proceso de contratación  
La Entidad Estatal debe calcular la Capacidad Residual del proponente de acuerdo con la metodología que defina Colombia Compra Eficiente<sup>106</sup>, teniendo en cuenta los factores de: Experiencia (E), Capacidad Financiera (CF), Capacidad Técnica (CT), Capacidad de Organización (CO), y los saldos de los contratos en ejecución (SCE).  
(Negrillas no son del texto)

Colombia Compra Eficiente tienen desarrollada la previsión legal en una fórmula que asocia los términos anteriores en la siguiente fórmula:

$$\text{Capacidad Residual del Proponente} = CO \times \left( \frac{(E + CT + CF)}{100} \right) - SCE$$

La manera de establecer los valores de CO, E, CT y CF se encuentran en la Guía, en las páginas 6 a 8 y su transcripción no viene al caso.

En cuanto a cuantificar el valor del SCE, la Guía tiene establecido:

“El cálculo del Saldo de los Contratos en Ejecución debe hacerse linealmente calculando una ejecución diaria equivalente al valor del contrato dividido por el plazo del contrato expresado en días. Este resultado se multiplica por el número de días pendientes para cumplir el plazo del contrato y si el contrato es ejecutado por una estructura plural por la participación del proponente en el respectivo contratista. Si el número de días por ejecutar en un contrato es superior a 12 meses, es decir 360 días,

---

<sup>106</sup> En desarrollo de estas normas el portal Colombia Compra Eficiente pone a disposición de la ciudadanía manual denominado “Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública” (en adelante La Guía) que el perito transcribió en gran parte de su dictamen,

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

el Saldo del Contrato en Ejecución solo tendrá en cuenta la proporción lineal de 12 meses.<sup>107</sup>

Para el caso que nos ocupa, entonces, ese SCS es:

$$\text{SCS} = \frac{\text{Valor del contrato}}{\text{termino de duración en meses}} * 30$$

En este punto el dictamen se orientó a responder un cuestionario cuyo contenido después de las reformulaciones y rechazos del tribunal quedó así<sup>108</sup>:

**Literal a. 1:** Informe el perito al Despacho si la capacidad residual de contratación se ve mermada, afectada, disminuida o de cualquier forma bloqueada mientras los contratos que hubiere celebrado un determinado contratista no se hayan liquidado por común acuerdo entre las partes, de forma unilateral o judicialmente.

**Literal a. 2:** El señor perito se servirá indicar si la ejecución y culminación de un contrato acrece el capacidad de contratación de quien lo desarrolla y, de manera concreta frente al caso que es objeto del proceso, responderá en qué proporciones podría haber acrecido el capacidad de contratación de los convocantes a este proceso en caso de haberse ejecutado el Contrato No. 127 en los términos de tiempo previstos en el texto del mismo.

**Literal b .1:** Informe al Tribunal, si ello resulta objetivamente posible, cuál ha sido la capacidad residual de los integrantes del Consorcio Gómez Mora San Carlos entre el 28 de julio de 2014 y la fecha en que rinda su experticia, y en especial si los mismos mantuvieron una afectación constante del mismo durante ese período y si la misma pudo haberse acrecido o disminuido por la celebración de otro u otros contratos. Para dar respuesta a esta pregunta, el perito se servirá apoyarse en el RUP de cada uno de los integrantes del Consorcio.

---

<sup>107</sup> Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública.Pág.9

<sup>108</sup> Auto No. 09

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Literal c.1:** Informe y explique detalladamente al Tribunal cuáles son las consecuencias o efectos que reporta para un contratista la acreditación de un contrato de obra ejecutado en los términos pactados por el mismo con la entidad de que se trate, con respecto a su capacidad de contratación.

Conviene anotar que una gran parte del dictamen pericial recoge las fórmulas y demás desarrollos que hace Colombia Eficiente en la Guía tantas veces citada y en síntesis responde afirmativamente a las pregunta del literal a.1, y a.2 no hubo respuestas claras e incluso se incluyó apreciaciones del perito que no fueron pedidas, para las del litera b.1 y en cambio se responde afirmativamente la contenida en el literal c.1 tal como fue reformulada.

Partiendo de la fórmula establecida para calcular el valor K (Capacidad residual de contratación), A primera vista se puede ver que la K aumenta en función de los incrementos que puedan tener la Capacidad de Organización (CO), la experiencia (E), la capacidad técnica (CT) y la capacidad financiera (CF) y de las disminuciones que tenga el saldo de los contratos en ejecución (SCE). De otra manera, el valor máximo de la K de un contratista se tiene cuando el factor SCE es igual a cero.

Se sigue de todo lo anteriores que la inejecución de un contrato de obra afecta al contratista en su capacidad residual de contratación, porque los menores valores que la inejecución ocasiona mantienen el saldo de los contratos en ejecución en un valor mayor que *cero*, igual a la parte no ejecutada del contrato.

La Guía en sus páginas 6 a 10, que el perito reproduce en su experticia a folios 77 a 80 indica cómo se valora cada uno de los factores CO, E, CF y CT para llegar a conocer la capacidad residual del proponente un consorcio en este caso, para el cual, la Guía establece: "La Capacidad Residual de un proponente plural debe ser la suma de la Capacidad Residual de cada uno de sus integrantes".<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> La Guía página 11

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Lógicamente el perito, a la pregunta a.1, replanteada por el Tribunal se responde afirmativamente: La capacidad residual de contratación de un proponente se ve mermada mientras los contratos que hubiere celebrado no se hayan liquidado de común acuerdo entre las partes, de forma unilateral o judicialmente, por cuanto, esa capacidad residual del proponente se afecta negativamente con los saldos de los contratos en ejecución; y como del contrato 127 estaba pendiente la totalidad, el factor SCE para el consorcio es igual al valor total del contrato, o sea, \$13.000'064.000.00 y agrega:

“... como de ella, (de la K) hacen parte los contratos suspendidos tendrá que concluirse que un contrato suspendido siempre afectará negativamente esa capacidad de contratación puesto que la disminuye. Y si esa capacidad residual del proponente disminuye, es obvio que se limitará su participación en procesos de selección de contratistas porque siempre se le exigirá que la capacidad residual del proponente sea mayor o igual que la capacidad residual del proceso de contratación”<sup>110</sup> (Dictamen pericial, página 81).

Si el Contrato se hubiera ejecutado el K del CONSORCIO y de sus miembros se habría visto incrementada por varios motivos: De una parte, su valor no aparecería en el factor SCE; de otra, factores como el CO, E, CF y CT también se habrían incrementado.

A este respecto el perito dijo:

“Y acá habría que hacer una aclaración... sobre la incidencia de la ejecución de un contrato en los diferentes factores, puesto que el análisis efectuado se ha reducido solo a los factores E y SCE. Realmente, al ejecutar la totalidad del contrato habrá incidencia en los factores CO (porque hay mayores ingresos operacionales), CF (porque por efectos de los ingresos y egresos del contrato habrá variaciones en el

---

<sup>110</sup> Dictamen pericial, página 81.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

activo corriente y en el pasivo corriente) y obviamente en el CT (porque saldría el personal profesional que atendía el contrato).”<sup>111</sup>

Así pues, es indudable que la inexecución del Contrato y la prolongada e injustificada suspensión del mismo causaron perjuicios al CONSORCIO y a sus integrantes, en la medida en que su capacidad residual de contratación se vio afectada por un SCE equivalente al valor total del Contrato para el CONSORCIO y por un valor equivalente a su participación en él para cada uno de sus miembros. En este punto resulta crucial el dictamen pericial que siguiendo los lineamientos de la Guía y en especial el aparte que se dejó citado para calcular el SCE, expuso:

“Para el presente caso, el valor del Contrato N° 127 de 2014 es de \$13.000'064.000, incluido el IVA, no se hizo ninguna acta de obra ejecutada y el plazo de ejecución es de 11 meses. Entonces el aporte de ese contrato al factor SCE, constante durante todo el tiempo de suspensión, se puede calcular, según Colombia Compra Eficiente, así:

$$\text{Saldo diario del contrato en ejecución} = \frac{\$13.000'064.000}{11 \text{ meses} * 30 \text{ días}} = \$39'394.133$$

Y para 12 meses, estimando que el tiempo de suspensión es superior a un año:

$$\text{Saldo del Contrato en Ejecución para el Consorcio} = \$39'394.133 * 360 \\ = \$14.181'887.880$$

$$\text{SCE para Jorge Mora S.A.S.} = \$14.181'887.880 * 50\% = \$7.090'943.940$$

$$\text{SCE para HAG S.A.} = \$14.181'887.880 * 20\% = \$2.836'377.576$$

$$\text{SCE para José Iván Gómez Salazar} = \$14.181'887.880 * 30\% = \\ \$4.254'566.364”<sup>112</sup>$$

---

<sup>111</sup> Dictamen págs. 83 y 84.

<sup>112</sup> Dictamen pág. 82

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Ahora bien, de acuerdo con el perito la incidencia de este contrato para cada uno de los integrantes del consorcio, tomando en cuenta el factor experiencia, único analizado en el dictamen es<sup>113</sup>:

E para el consorcio	$\$ 13.000.064.000 / 13.000.064.000 * 100 = 0,01$
E Para Jorge Mora SAS	$001/50\% = 0.02$
E Para HAG S.A	$0,01/20\% = 0.05$
E para José Iván Gómez Salazar	$0,01/30\% = 0,03$

Estos porcentajes, aplicados al cálculo anterior dan como valor a indemnizar por la afectación de la K durante el tiempo de suspensión:

Para Jorge Mora SAS:	$\$7.090'943.940 * 0.02 = \$141.818.878,80$
Para HAG SA:	$\$2.836'377.576 * 0,05 = \$141.818.878,80$
Para José Iván Gómez Salazar	$\$ 4.254'566.364 * 0,03 = \$127.636.990,92$

Para un reconocimiento total por este rubro de  $\$411.274.748,52$

Serán declaradas imprósperas las excepciones propuestas por las convocadas.

La de VIVA, consistente en que dicha parte no puede ser condenada al pago de perjuicios por no tener obligaciones económicas bajo el Contrato, no será acogida, como quiera que la decisión mayoritaria del Tribunal es declarar su responsabilidad contractual.

Muestra de ello es que el Tribunal encontró que la misma incumplió su obligación de suministrar información y su deber de planeación, incumplimiento que causó a la convocante perjuicios susceptibles de ser reparados.

La excepción propuesta por FIBUBOGOTÁ carece de fundamento ya que para el Tribunal es claro que el CONSORCIO no incurre en una doble petición, sino que la interpretación

---

<sup>113</sup> Dictamen pág. 84

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

lógica de la pretensión 3.4 supone que en su encabezamiento se solicita que se acceda al pago de unos perjuicios, al tiempo que el literal f) de la misma se limita a señalar en qué consiste dicho perjuicio, siendo este literal parte del desglose de los reclamos anunciados en el encabezamiento.

Por lo expresado, la decisión del Tribunal es la de no acoger los literales a), b), c) y d) de esta pretensión por corresponder a asuntos que deben ser objeto de la liquidación del Contrato.

En cuanto a los literales e) y f) el Tribunal, en decisión mayoritaria, acogerá esta pretensión en lo referente al margen de utilidad razonable del 5% dejada de percibir, y en cuanto a la afectación del K de contratación en las condiciones que se explican en el acápite correspondiente de esta providencia.

**SEGUNDA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL DE LA SEGUNDA PRINCIPAL  
SOBRE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO**

**Estructura y alcance de la pretensión**

Esta pretensión es enunciada por el CONSORCIO con el fin de que las convocadas sean condenadas – según el criterio de solidaridad, entiende el Tribunal, aunque la pretensión no lo consigne así de manera expresa – al pago de intereses moratorios que a términos de la pretensión deben calcularse “sobre los montos adeudados”, desde el 1 de diciembre de 2014 que es la fecha en la cual, según el sentir de la parte convocante, le han debido ser pagados y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

La pretensión objeto de esta síntesis indica que los intereses que se calculen deberán serlo “con el IPC, más los intereses moratorios a la máxima tasa legal vigente.”

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Consideraciones**

Tal como fue objeto de anterior análisis y materia de conclusiones en el ámbito indemnizatorio de este caso, el Tribunal encontró probado un incumplimiento parcial de sus obligaciones imputable a VIVA, consideró de recibo la pretensión alusiva a la terminación del mismo por incumplimiento de esa parte, concluyó que a FIDUBOGOTÁ no le son imputables los motivos de incumplimiento cuya probanza determinó el Tribunal.

De la forma como el Tribunal entiende que está formulada la pretensión bajo análisis, la misma busca la aplicación al caso del principio de reparación integral del daño, de inicial consagración positiva en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y hoy elevado a canon de procedimiento según los términos del artículo 283 del Código General del Proceso.

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE OTRAS EXCEPCIONES PROPUESTAS  
POR LAS DEMANDADAS y SU VOCACIÓN DE ENERVAR LAS PRETENSIONES DE LA  
DEMANDA**

Excepción de violación al debido proceso propuesta por VIVA

VIVA ha sostenido a lo largo del proceso que no reconoce a este Tribunal como su juez natural en la medida en que esa entidad no es parte del Contrato No. 127.

Al respecto reclama que desde la designación de árbitros puso de presente esa posición, reclamando: i) que suscribió el texto del Contrato por indicación de FIDUBOGOTÁ pero que no tenía ánimo alguno de asumir obligaciones bajo el mismo; ii) que su rol contractual se limita al de supervisor del Contratista.

Sostiene VIVA que su vinculación a este juicio supone una violación de su garantía al debido proceso, porque no se le ha convocado ante su juez natural, a cuyo efecto aporta apartes de una sentencia del Consejo de Estado de la cual destaca que el debido proceso se integra de tres grandes elementos, dos de los cuales encuentra ausentes del caso, a saber, el

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

derecho al juez natural y el derecho a ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio.

Excepción de falta de competencia del Tribunal de VIVA por versar la demanda sobre controversias técnicas y no jurídicas

VIVA también propone como parte de su defensa la denominada "Falta de competencia por la materia de los temas debatidos (técnicos)", a cuyo propósito indica que la cláusula de arbitraje fue transcrita de forma parcial o incompleta por la parte convocante.

Reitera esta convocada que a pesar de no ser parte del Contrato No. 127 por las razones expuestas en sustento de la excepción de violación al debido proceso acabada de resumir, es un hecho que las diferencias sometidas al conocimiento del Tribunal son de ese carácter, como quiera que versan sobre el cumplimiento que el CONSORCIO alega en relación con las actividades propias de la fase pre-constructiva, desconociendo que cuando se convino la suspensión del Contrato este se "obligó a la ejecución de un estudio hidrológico (...) sin que este haya sido entregado con el lleno de los requisitos contractuales, siendo este un insumo técnico indispensable para superar las causas que dieron lugar a suspender las actividades contractuales."

Agrega VIVA que del análisis de la relación entre el CONSORCIO y la Interventoría es posible concluir que no solo hubo incumplimiento en la entrega de algunos de los productos a cargo del Contratista en fase pre-constructiva, sino que, de igual manera "los que fueron entregados se devolvieron con observaciones de la Interventoría que a la fecha no han sido subsanadas."

Razones todas las anteriores que permiten concluir que el debate promovido por el CONSORCIO es eminentemente técnico y por ende excluido, por voluntad expresa de las partes, del conocimiento de este Tribunal.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Excepción de inexistencia del demandante, propuesta por FIDUBOGOTÁ

FIDUBOGOTÁ destaca que, no obstante que al plenario fueron allegados poderes de la totalidad de los integrantes del CONSORCIO, las pretensiones de la demanda solamente tienen como demandante al mismo.

En sustento de esta excepción la fiduciaria convocada introduce en la contestación a la demanda un concepto de la Superintendencia Financiera según el cual un CONSORCIO no es una persona jurídica, de donde toma apoyo para sostener que tampoco se encuentra bajo ninguna de las hipótesis de ley bajo las cuales se reconoce capacidad procesal a determinados entes, a pesar de no tener ellos la categoría de personas.

FIDUBOGOTÁ reconoce que según sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 25 de septiembre de 2013, se reconoce capacidad procesal a los consorcios y a las uniones temporales, como partes, litisconsortes o terceros interesados, habilitación que según el entendimiento de la excepcionante se circunscribe a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no es extensible a la hipótesis que aquí ocurre, con arreglo a la cual las partes declinaron del contencioso administrativo y confiaron el conocimiento de sus diferencias contractuales a un tribunal de arbitraje.

Concluye entonces FIDUBOGOTÁ que la convocante no existe.

**Conclusiones**

Ninguna de las excepciones resumidas precedentemente merecerá despacho favorable en atención a las siguientes consideraciones.

La de violación al debido proceso propuesta por VIVA y sustentada en que esa entidad no hace parte del Contrato No. 127 resultó ampliamente contra demostrada a lo largo del dilatado recaudo probatorio que se verificó en este proceso y a cuyas luces resultó acreditado de manera amplia y suficiente, en especial mediante la prueba documental y de

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**

**Vs.**

**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

testimonio, que VIVA sí tenía un grupo de obligaciones concretas y expresas contenidas en el texto del mencionado acuerdo de voluntades y que, adicionalmente, intervino de manera decisiva en la suerte de su ejecución, como quiera que pactó los términos del acta de suspensión ya analizada y, con posterioridad a ello, jugó un papel de inobjetable importancia en la determinación de la cota de inundación del predio, formuló requerimientos contractuales al CONSORCIO y participó en la etapa de arreglo directo; lo anterior para señalar apenas algunos aspectos demostrados del *lter* contractual, de donde resulta imposible sostener que nunca tuvo la voluntad de obligarse para con el Contratista y que genuinamente no tenía obligaciones bajo el Contrato o que actuaba bajo el simple cumplimiento de un deber legal.

La excepción, también promovida por VIVA consistente en que el Tribunal carece de competencia para conocer del presente proceso por cuanto las diferencias planteadas en la demanda son técnicas y no jurídicas es de igual manera, y con superlativo grado de notoriedad, improcedente.

Es evidente, desde la lógica misma de las pretensiones de la demanda, que en el presente caso no se ventilaron controversias de índole técnica sino del más genuino contenido jurídico, como son las que versan sobre el incumplimiento del Contrato No. 127 imputadas a las convocadas y la consecuente indemnización de perjuicios, o la de liquidación del mencionado negocio jurídico.

A la sazón, resulta imposible que el presente caso se hubiesen debatido asuntos técnicos de un contrato que se suspendió indefinidamente a pocos días de haberse suscrito el Acta de Inicio del mismo.

En cuanto a la excepción de inexistencia del demandante, propuesta por FIDUBOGOTÁ, la misma tampoco tiene un fundamento plausible si se toma en cuenta que el Tribunal nunca reconoció al CONSORCIO como un sujeto procesal independiente y que, sin consideración a la forma como fue subsanada la demanda, desde su inadmisión se dejó en claro que se

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

tendría como parte activa del proceso a los integrantes del mismo, todo lo cual se verá reflejado en la parte resolutive de esta providencia.

**JURAMENTO ESTIMATORIO**

En la oportunidad legal correspondiente FIDUBOGOTÁ <sup>114</sup> objetó la estimación juramentada de perjuicios contenida en la demanda, objeción de la cual se le dio traslado al CONSORCIO <sup>115</sup> en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, modificado parcialmente por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.

Las objeciones al juramento estimatorio tienen la fuerza suficiente para desvirtuar su calidad de medio de prueba, como lo exige el artículo 206 del Código General del Proceso "cuando especifiquen razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación..."

El Tribunal no encuentra en la argumentación que hace el apoderado de FIDUBOGOTÁ una explicación razonada de las falencias que le atribuye al juramento. Solamente se enfoca en manifestar que no existen pruebas de los perjuicios.

Tampoco supusieron las objeciones presentadas por FIDUBOGOTÁ el ejercicio de iniciativa probatoria alguna, ni el Tribunal lo dispuso así, por encontrar, en los términos del canon legal anteriormente invocado, que las estimaciones hechas por el CONSORCIO no resultaban notoriamente injustas o ilegales o que las mismas pudieran dar lugar a sospechar "fraude, colusión o cualquier otra situación similar."

Por el contrario, fue posible verificar que, por un lado, el CONSORCIO pretendió acreditar sus pretensiones en el juicio, mientras que, por el otro lado, VIVA y FIDUBOGOTÁ intentaron enervar dichas pretensiones. Con ese propósito se ejerció una iniciativa probatoria que el Tribunal dirigió y presenció, y cuyos resultados tienen reflejo en las decisiones que habrán de adoptarse para desatar el litigio.

---

<sup>114</sup> Folios 641 a 642 del Cuaderno No.3.

<sup>115</sup> Folios 691 a 700 del Cuaderno No.3



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Ahora bien, según lo ha decantado la jurisprudencia que marca el estado actual del arte sobre la materia, tanto la constitucional como la de los tribunales de instancia, las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado parcialmente por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, están llamadas a aplicarse en probados eventos de temeridad o falta de fundamento.

A juicio del Tribunal la sanción también podría hacerse procedente cuando quiera que la pretensión busque producir en la contraparte un efecto intimidatorio o de injustificado fin disuasivo.

Nada de lo indicado sucede en el presente caso, pues para el Tribunal es claro que la demandante buscó la prosperidad de sus pretensiones, de manera legítima, claro está, con la vicisitud propia de todo litigio. Algunas de ellas se resolverán de manera favorable, como se encontrará en la parte resolutive del laudo.

En mérito de lo brevemente expuesto en precedencia, ninguna de las partes será sancionada en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, modificado parcialmente por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.

**PARTE IV. COSTAS**

Las pretensiones de la demanda prosperarán parcialmente, al tiempo que ningún medio exceptivo de los propuestos por VIVA será acogido por el Tribunal. Aunado a lo anterior, es igualmente claro que FIDUBOGOTÁ será absuelta de todos los cargos formulados en su contra.

Con fundamento en lo anteriormente resumido y de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará a VIVA al pago de costas por el 50% de los honorarios y gastos del proceso asumidos por la parte

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

convocante, y al 50% del valor pagado por esta última con ocasión del dictamen pericial decretado.

Aparece acreditado en el expediente de igual manera, que el CONSORCIO asumió el pago de los honorarios del perito Luis Carlos Restrepo Arango. VIVA será condenada a reintegrar a los integrantes del CONSORCIO el 50% de dichos honorarios.

Como agencias en derecho, VIVA será condenada a reconocer y pagar a los integrantes del CONSORCIO el equivalente al 50% de los honorarios de un árbitro, todo según la siguiente liquidación general:

50% de los honorarios y gastos del proceso	50% de los honorarios de un árbitro	50% de los honorarios del perito
\$ 35'920.104,00	\$ 15'748.650,00	\$7'000.000,00

**TOTAL POR CONCEPTO DE COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE VIVA:**  
**\$ 58'668.754,00.**

**PARTE V. RESOLUTIVA**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir en derecho las diferencias entre los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, parte convocante, y la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. – FIDUBOGOTÁ, partes convocadas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes:

**RESUELVE**

**Primero.-** Declarar infundadas las tachas por sospecha formuladas en relación con los testigos Javier Alonso Valdés Barcha y Jaider Sepúlveda García conforme a las consideraciones contenidas en la parte motiva de la presente providencia.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**

**Vs.**

**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Segundo.-** Declarar infundadas las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda por parte de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, principales y subsidiarias, denominadas "Violación al debido proceso", "Falta de legitimación en la causa por pasiva", "Falta de competencia por la materia de los temas debatidos (técnicos)", "Falta de competencia para liquidar el contrato", "La EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA actuó en cumplimiento de un deber legal", "Cumplimiento de obligaciones como Gerencia Integral o Supervisor General del Programa", "Excepción de contrato no cumplido" y "Culpa exclusiva de un tercero".

**Tercero.-** En los términos y bajo las precisiones expresadas en la parte considerativa de esta providencia, negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda formuladas por los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS en contra FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. – FIDUBOGOTÁ.

**Cuarto.-** Declarar la prosperidad de la pretensión primera principal de la demanda y declarar, en los términos y con las precisiones expresadas en la parte considerativa de esta providencia, que la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA incumplió el Contrato de Obra No. 127 de 2014.

**Quinto.-** Declarar la prosperidad parcial de la pretensión consecencial de la primera principal de la demanda, en los términos y con las precisiones expresadas en la parte considerativa de esta providencia, en el sentido de acogerla en cuanto a que el Contrato de Obra No. 127 de 2014 se encuentra terminado a partir de la firmeza del presente laudo, terminación que es consecuencia del incumplimiento de dicho Contrato, declarado conforme a la anterior resolutive, imputable a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.

**Sexto.-** Negar parcialmente la pretensión consecencial de la primera principal de la demanda, en los términos y con las precisiones expresadas en la parte considerativa de

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

esta providencia en el sentido de no acceder a la liquidación del Contrato de Obra No. 127 de 2014.

**Séptimo.-** Negar la pretensión segunda principal de la demanda y en consecuencia declarar, en los términos y con las precisiones expresadas en la parte considerativa de esta providencia, que no existe solidaridad entre las convocadas EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. – FIDUBOGOTÁ.

**Octavo.-** En los términos y bajo las precisiones expresadas en la parte considerativa de esta providencia, declarar la prosperidad parcial de la pretensión consecucional de la segunda principal de la demanda, distinguida con el numeral 3.4 literales e) y f) parcialmente, y denegar las pretensiones consecuenciales distinguidas con el numeral 3.4 literales a), b), c) y d), por las razones expresadas en la parte considerativa y numeral 3.5.

**Noveno.-** Ordenar que al liquidarse el Contrato No. 127 de 2014, bilateral o unilateralmente, VIVA lo haga con observancia de las pautas fijadas por el Tribunal en los términos de las consideraciones de esta providencia, formuladas al resolver la pretensión consecucional de la segunda principal, distinguida con el numeral 3.4 literales a), b), c) y d).

**Décimo.-** Condenar a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA a pagar a favor de los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, JORGE ENRIQUE MORA S.A.S., HAG S.A.S. y JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR, la suma de MIL SESENTA y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA y OCHO PESOS CON CINCUENTA y DOS CENTAVOS (\$ 1.061'277.948,52) por concepto de perjuicios asociados a la utilidad razonable dejada de percibir por los integrantes del CONSORCIO y a la afectación de su K de Contratación, la cual deberá ser pagada a cada uno de ellos así: a favor de la sociedad JORGE ENRIQUE MORA HENAO S.A.S., la cantidad de QUINIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS TREINTA y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA y CUATRO PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$ 536'638.974,26); a favor de la sociedad HAG S.A.S., la cantidad de DOSCIENTOS

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

DOCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA y NUEVE PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$ 212'255.589,70) y a favor del señor JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR la cantidad de TRESCIENTOS DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA y CUATRO MIL PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 318'383.384,50).

**Décimo primero.-** Condenar a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA a pagar a favor de los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, señores JORGE ENRIQUE MORA S.A.S, HAG S.A.S. y JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR, la suma de CINCUENTA y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA y CUATRO PESOS (\$ 58'668.754,00) por concepto de costas y agencias en derecho, según lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia, la cual deberá ser pagada a cada uno de ellos así: a favor de la sociedad JORGE ENRIQUE MORA HENAO S.A.S., la cantidad de VEINTINUEVE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA y SIETE PESOS (\$ 29'334.377); a favor de la sociedad HAG S.A.S., la cantidad de ONCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA y TRES SETECIENTOS CINCUENTA PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$ 11'733.750,80) y a favor del señor JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR la cantidad de DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$ 17'600.626,20).

**Décimo segundo.-** En los términos y bajo las precisiones expresadas en la parte considerativa de esta providencia, abstenerse de imponer a los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, señores JORGE ENRIQUE MORA HENAO, JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR y a la sociedad HAG S.A.S. la sanción de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

**Décimo tercero.-** Declarar causado el saldo de los honorarios de los integrantes del Tribunal.

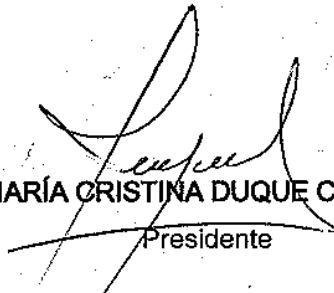
**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**Décimo cuarto.-** Expedir con destino a las partes copias auténticas de la presente providencia con las constancias de ley, una vez resueltas las eventuales solicitudes de aclaración, corrección o complementación.

**Décimo quinto.-** Ordenar la expedición de copia del presente laudo con destino al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

**Décimo sexto.-** Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, para su archivo.

Esta providencia fue notificada en audiencia.

  
**MARÍA CRISTINA DUQUE CORREA**  
Presidente

  
**MARCEL TANGARIFE TORRES**  
Árbitro

  
**JUAN PABLO RIVEROS LARA**  
Árbitro

  
**MATEO DUQUE FISHER**  
Secretario

(Con salvamento parcial de voto)

## SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto parcialmente de la decisión mayoritaria de los restantes árbitros, en cuanto a las decisiones sobre las pretensiones primera principal consecucional de la segunda principal (3.4 de la demanda), esto último en relación con los literales e) y f), con fundamento en las siguientes consideraciones:

**Sobre la pretensión primera principal y las decisiones relativas a los literales e) y f) de la pretensión 3.4. de la demanda**

Sobre el incumplimiento del Contrato No. 127 deducido por el Tribunal en cabeza de VIVA

Comparto la decisión en cuanto a la declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 127 imputada a VIVA y que el Tribunal encontró probada en los términos que aparecen consignados en dicha providencia, en cuanto a que la mencionada convocada desatendió su deber de información y abusó de su posición contractual afectando al CONSORCIO, no obstante lo cual, me aparto del cargo de incumplimiento consistente en que la entidad faltó al deber de planeación.

Sin embargo, con respecto a los dos primeros motivos de incumplimiento imputados a VIVA y cuyo análisis y valoración probatoria comparto con los restantes árbitros, los así considerados no son, en mi personal entendimiento del caso, los motivos de la inejecución del Contrato No. 127, los cuales vienen a concretarse con ocasión de la orden de "despriorización" de los subsidios destinados al proyecto que ocupó la atención del Tribunal dispuesta por MINVIVIENDA y FONVIVIENDA en el mes de septiembre de 2015.

Así las cosas y con apego a los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado que pueden leerse entre otras en la sentencia del 21 de noviembre de 2012, <sup>1</sup> bien es cierto que para el Tribunal ha quedado demostrado el incumplimiento de sus obligaciones por parte de VIVA, por los varias veces tratados motivos de haber abusado de su posición contractual

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Radicación número: 44001-23-31-000-2001-00779-01(25643)

y de haber omitido un deber secundario de conducta, consistente en su proceder omisivo de no informar al CONSORCIO, habiendo sido informado por FIDUBOGOTÁ, sobre las dificultades o vicisitudes jurídicas que afectaban al lote y pese a ello haber seguido solicitando actos propios de ejecución del Contrato al contratista.

Según la línea jurisprudencial acabada de señalar, el contratista tiene derecho a percibir la utilidad razonable a su favor, pactada o probada en juicio, cuando quiera la inejecución del contrato sea imputable a la entidad contratante, que en mi sentir no lo es como consecuencia de los dos motivos de incumplimiento acabados de reseñar – abuso de posición contractual e incumplimiento del deber de información – lo que según mi entender implica, nítidamente, que VIVA bien pudo incumplir y, no huelga repetirlo, pese a dicho incumplimiento, VIVA no es la que determina, ni con sus hechos ni con sus omisiones, la inejecución del Contrato.

Ha señalado la máxima Corporación Judicial de lo Contencioso Administrativo:

“En relación con la privación injusta de la obtención de la utilidad proyectada, la Sala ha señalado:

“(…) cuando un sujeto celebra un contrato, adquiere el derecho a ejecutarlo en las condiciones pactadas y a obtener la remuneración correspondiente. Y si la entidad incumple las prestaciones a su cargo, de las cuales además pende la ejecución del contrato, está privando al contratista -en forma injusta- del desarrollo de la prestación debida, lo que indiscutiblemente lesiona su derecho de crédito.

“La obligación que surge a cargo de la entidad incumplida no consiste en el pago del valor del contrato, pues ello comportaría un pago de lo no debido, toda vez que el contrato no se ha ejecutado y dicha suma está definida en función de unos elementos que no estarían configurados por la parálisis del contrato.

“Si el precio del contrato está integrado por los costos directos, por el A (porcentaje de administración), por el I (porcentaje de imprevistos) y por el U (porcentaje de utilidad proyectada), no resulta procedente cuantificar la indemnización sobre la



existencia del valor total de los costos directos cuando el contratista no realizó las erogaciones totales que demandaba la ejecución de toda la obra contratada. Tampoco cabe reconocer costos de administración y de imprevistos, porque los eventos fácticos que cubren, no se han producido ante la inejecución del contrato.”<sup>2</sup>

“De lo dicho resulta que cuando la administración priva de la posibilidad de la ejecución del contrato al contratista particular, éste tiene derecho al reconocimiento y pago de la utilidad esperada. En esta dirección adicionalmente la Sala ha precisado:

“En la última época de la jurisprudencia, que es la vigente, se retornó a la primera de las tesis expuestas, es decir a la indemnización del 100% de la utilidad esperada, bajo los siguientes argumentos:

“En primer lugar, la indemnización que se debe pagar al oferente que debió ser favorecido con la adjudicación, corresponde al porcentaje de la utilidad que esperaba obtener, según se haya establecido en su oferta. No es posible conceder una indemnización superior, porque cualquier monto por encima de éste constituye un daño eventual, es decir, que carece de certeza, y por eso mismo resulta jurídicamente imposible indemnizarlo.

“En segundo lugar, la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior. Este es el criterio que reiterará la Sala en esta ocasión porque considera que cuando se deja de adjudicar un contrato, a quien debió ser favorecido con esa decisión, se le causa un perjuicio cuya valoración, en principio, corresponde al monto de la utilidad que esperaba si el contrato le hubiera sido adjudicado.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente 15307, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

**"Para que esta forma de valorar el perjuicio pudiera desecharse, sería menester que en el proceso se hubiera discutido la desproporción de la utilidad esperada, o la existencia de una especial dificultad que tendría el proponente para alcanzarla, lo cual, sin duda alguna, necesita de la prueba correspondiente que desvirtuara el monto de la utilidad."**<sup>3</sup> (Subrayado y negrita fuera del original)

Considero importante dejar claro que no entiendo que la mayoría haya decidido retomar la otrora vigente noción de utilidad garantizada del contratista, prevista en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y derogada por la Ley 1150 de 2007. Por ningún motivo. Las razones que me mueven a apartarme de las conclusiones de mis coárbitros versan sobre un tema de imputación de responsabilidad y no sobre la disposición de la Ley 80 relativa a la garantía de utilidad a favor del contratista.

Puestas en ese punto las cosas, mi disenso con los árbitros que integran la mayoría radica en que ellos encuentran acreditado el incumplimiento de VIVA en su deber legal de planeación, punto en el cual concuerdan con el Ministerio Público, conclusión de la cual me aparto, en atención a las razones que enseguida me permito sintetizar.

En primer lugar, con arreglo al régimen legal general del subsidio de vivienda, que fue objeto de algunas consideraciones y precisiones contenidas en el laudo, de cara a la preparación y a la ejecución del Contrato, VIVA tiene una clara vocación como coordinador de una serie de esfuerzos interinstitucionales, ciertamente en cumplimiento de unos deberes que le defiere la ley, y que le impiden controlar ciertas variables ajenas a su control.

Sobre este punto estimo que como resultado del funcionamiento de la entrega del subsidio en especie, el deber de planeación debe ser entendido con diferencias sustanciales en comparación con un proceso licitatorio común, toda vez que en procesos como el que ocupó la atención del Tribunal intervienen múltiples entidades con diversos roles que permiten la ejecución de estos proyectos, sin que el éxito o frustración de los mismos, le sea imputable únicamente a una de estas entidades.

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo 1º de 2006, expediente 14.576, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Con un ejemplo, ni el aporte, ni el primer estudio de viabilidad del lote, confiado a FINDETER, estaban bajo control de VIVA.

VIVA reconoce que de su parte realizó un estudio o valoración sobre las condiciones jurídicas del lote, estudio que, según luce claro a mi juicio, no podía tener un nivel de detalle tal que, por ejemplo, se volcara sobre la eventualidad de que alguno de los propietarios inscritos en la cadena de tradición del derecho de dominio sobre el mismo hubiera estado incluido en la denominada Lista OFAC, periódicamente divulgada como la Lista Clinton.

Lo anterior habida cuenta de que ni de la circular de la Superintendencia Financiera de mayo de 2017, ni de la lista de reportantes de la UIAF me resulta posible inferir que VIVA tenía el deber de realizar el cruce SARLAFT.

La consecuencia sustancial de la decisión mayoritaria entonces, consiste en que la inejecución del Contrato No. 127 sí es imputable a VIVA, lo que supone entonces una consecuencia económica a la que enseguida me referiré, previo un asunto que también toca con las decisiones contenidas en el laudo y es la siguiente.

A juicio del suscrito árbitro, se ha debido declarar la probanza de las excepciones propuestas por VIVA al contestar la demanda y que pugnan por su ausencia de responsabilidad por obrar en cumplimiento de deberes legales y que buscan que se declare probado el cumplimiento de sus obligaciones como Gerente Integral y Supervisor del proyecto, justamente en cuanto esos medios de defensa, si bien no tienen mérito para enervar la pretensión de incumplimiento en aquello que no es objeto de mi disenso, sí lo tienen para enervar la pretensión, en cuanto al incumplimiento por omisión del deber de planeación.

#### Sobre la decisión relativa al literal e) de la pretensión 3.4. de la demanda

Como anteriormente lo indicaba, mi disenso con la decisión mayoritaria tiene una implicación en cuanto a las condenas que se van a imponer a VIVA, pues en la medida en que mis dilectos coárbitros encuentran que el incumplimiento del deber de planeación imputado a VIVA es causa determinante de la inejecución del Contrato, el laudo fulmina

una condena económica a cargo de la entidad convocada por el 5% del valor contratado, que corresponde a la utilidad razonable que para la mayoría resulta probada, cuya valoración fue extractada de las conclusiones del dictamen pericial allegado al proceso a iniciativa del extremo activo.

Por las razones antedichas, que repito en obsequio de la claridad aunque en perjuicio de la extensión, estimo que VIVA es parte incumplida del Contrato por abusar de su posición contractual y por haber sido reticente en el cumplimiento su deber secundario de información, mas no por haber incumplido el principio de planeación, siendo este el que la mayoría considera determinante para que el Contrato no pudiera ser ejecutado, requisito esencial para que esta se haga responsable del pago de la utilidad esperada por el CONTRATISTA.

Consecuencia de este disenso, también lo reitero como aproximación final de estas consideraciones, es que la indemnización impuesta a VIVA a título de perjuicios (literal e) de la pretensión 3.4. de la demanda), la considero improcedente.

Sobre la decisión relativa al literal f) de la pretensión 3.4. de la demanda

A este respecto, la mayoría del Tribunal ha decidido acoger la pretensión bajo análisis, por entender que otra consecuencia del incumplimiento imputado a VIVA fue la afectación de la capacidad residual de contratación (k) de los integrantes del CONSORCIO.

En atención a las razones que enseguida me permito exponer, considero que la afectación de la capacidad residual de contratación de los integrantes del CONSORCIO en efecto pudo verse afectada, pero el perjuicio derivado de dicha afectación, que en mi sentir se corresponde con una genuina pérdida de oportunidad, no resultó probado en el proceso.

La alegada afectación de su Capacidad Residual de Contratación (K), que el CONSORCIO valora en una cantidad de dinero equivalente al 5% del valor total del Contrato, la entiendo inobjetablemente asociada a una pérdida de oportunidad, que en el presente caso habría ocurrido como consecuencia de que los integrantes de la parte convocante se habrían visto privados de la oportunidad de presentarse en múltiples procesos públicos de selección por

encontrarse "bloqueado" su K de contratación por efecto de la suspensión indefinida del Contrato No. 127.

La indemnización por la pérdida de oportunidad requiere el cumplimiento de altos estándares probatorios, por haber sido entendida por la jurisprudencia y la doctrina nacionales como una excepción al principio del carácter real, cierto y directo del perjuicio indemnizable.

En sentido la Corte Suprema de Justicia ha fijado unos derroteros muy precisos, que reproduzco en lo pertinente para ilustrar mi criterio en lo relativo a la indemnización por una pérdida de oportunidad:

"en la pérdida de un chance u oportunidad lo único cierto y real es, esencialmente, el fracaso o malogro concreto de una expectativa. Por tal motivo, en la determinación del valor de la indemnización ha de tenerse en cuenta la mayor o menor probabilidad de que se hubiera concretado el resultado esperado, porque se trata de establecer si se está ante una contingencia razonable, contrario sensu, si la posibilidad o contingencia no es cierta sino vaga o genérica se caería en el terreno de un daño meramente hipotético o eventual, que no es objeto de indemnización

(...)

"es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas":<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de noviembre de 2017, N° 68001-31-03-001-1998-00181-02. MP. Álvaro Fernando García Restrepo

En el caso presente estimo que la parte convocante limitó su actividad probatoria alrededor del punto que se viene analizando, a expresar lo anteriormente resumido en el sentido de que por razón de las circunstancias que rodearon la ejecución del Contrato No. 127 sus integrantes se vieron imposibilitados de postularse con a otros procesos de selección, sin acreditar cuáles procesos fueron aquellos a los que no se pudieron postular.

Ahora bien: el dictamen pericial de ingeniería practicado en el proceso, ofrece una serie de escenarios y cálculos tendientes a avalar los fundamentos de la petición que se analiza, cuya valoración desborda considerablemente el monto de dicha pretensión.

Al conceptualizar la pérdida de oportunidad, el perito ofrece al Tribunal una hipótesis con arreglo a la cual, si los integrantes del CONSORCIO se hubiesen presentado, durante la suspensión del Contrato No. 127, a un proceso licitatorio de iguales condiciones al que dio lugar a la celebración del negocio jurídico que es objeto de este proceso, el mismo no les hubiera sido favorable al encontrarse afectado su K de contratación con este mismo Contrato.

Ese discurrir del perito no lo comparto y, por el contrario, refuerza mi convicción en el sentido de que el perjuicio reclamado por el concepto bajo estudio está claramente situado en el terreno de lo hipotético.

Con fundamento en las consideraciones que he consignado en las anteriores líneas, que las hago con todo respeto frente a quienes integran la mayoría del Tribunal por reconocer en ellos su dedicación al estudio del caso, en los anteriores términos dejo consignadas las razones de mi desacuerdo con los puntos a los cuales me he referido en las anteriores líneas.



Juan Pablo Riveros Lara

Árbitro

Medellín, 11 de marzo de 2019

**VIGILADO** Ministerio de Justicia y del Derecho

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

**AUTO DE ACLARACIONES, CORRECCIONES Y COMPLEMENTACIONES DEL**  
**LAUDO ARBITRAL**

Medellín, 21 de marzo de 2019

Agotado el trámite legal correspondiente, el Tribunal profiere auto por medio del cual resuelve la solicitud de aclaración, corrección y complementación del laudo arbitral presentada por la parte convocante:

**PARTE I. INFORME SECRETARIAL**

El Secretario, se permite informar:

Que el día 18 de marzo de 2019 la parte convocante, por medio de su apoderado Juan Diego Restrepo Rueda, presentó ante el Centro de Arbitraje y Amigable Composición, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Solicitud de complementación, aclaración, corrección y adición del laudo arbitral proferido por el Tribunal Arbitral el 11 de marzo de 2019.

**PARTE II. ANTECEDENTES**

El día 18 de marzo de 2019, la parte convocante, por medio de su apoderado Juan Diego Restrepo Rueda, presentó ante el Centro de Arbitraje y Amigable Composición, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Solicitud de complementación, aclaración, corrección y adición del laudo arbitral proferido por el Tribunal el día 11 de marzo de 2019.

En dicha solicitud, la parte convocante presentó los siguientes cuestionamientos:

**PRIMERO:** La convocante adujo que al llegar al punto relacionado con el FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ- EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA- VIVA, se observa una confusión por cuanto se desata la Litis como si la pretensión fuese contra FIDUBOGOTÁ como persona jurídica y no como vocera de dicho patrimonio autónomo lo cual generó que el Tribunal llegara a la conclusión de que no existe responsabilidad solidaria con esta

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

entidad financiera y por tanto, que no fuera posible establecer la afectación de su patrimonio.

Así mismo, la parte convocante manifestó que en ningún momento solicitó la vinculación de FIDUBOGOTÁ y tampoco la afectación de su patrimonio. En efecto, solicitó la afectación del patrimonio autónomo administrado por esta.

Finalmente, expresó que existió una confusión que probablemente se configuró por cuanto en la solicitud de integración del litisconsorcio, VIVA solicitó que se incluyera a FIDUBOGOTÁ S.A. como responsable, por considerar su actuar como negligente. Y, señaló que dicho actuar se aleja de la pretensión y atenta contra el principio de congruencia.

**SEGUNDO:** La parte convocante señaló que de conformidad con el laudo, la pretensión Segunda consecencial tenía por objeto la reparación integral del daño, al deprecar que los valores fuesen traídos a valor presente y se condenara al pago de los intereses moratorios, sobre los pagos que debieron efectuarse en su momento ( 1 de diciembre de 2014).

No obstante, adujo que al resolver el laudo, el Tribunal despachó de manera desfavorable los demás medios exceptivos presentados por las convocadas sin hacer referencia a la indexación y a la condena a intereses moratorios sobre las sumas objeto de reconocimiento.

En efecto, según la parte convocante, el Tribunal luego de resolver las excepciones, pasó directamente al punto relacionado con el Juramento Estimatorio sin pronunciarse acerca de la pretensión de indexación e intereses moratorios.

En consecuencia, la parte convocante señala que el 5% sobre el valor del contrato que el contratista esperaba razonablemente obtener como utilidad, era con los precios del 2014 y que por tanto, es a partir del año 2014 que deberá reconocerse y liquidarse la indexación.



**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

En cuanto al concepto del perjuicio por pérdida de la oportunidad, la parte convocante expresó que dicho rubro se encuentra calculado sobre el mismo valor del año 2014 por cuanto se toma el perjuicio calculado por 12 meses, sobre el valor del contrato en el año 2014 razón por la cual la indexación e intereses debe ser reconocida sobre este rubro o calcularse sobre el valor presente del contrato.

En caso contrario, la parte convocante manifestó que deberá calcularse el 5% del valor del contrato con los salarios mínimos del año en que se realice el pago.

Finalmente y en cuanto al cálculo del perjuicio por pérdida de la oportunidad negocial, la parte convocante adujo que deberán considerarse indexación e intereses moratorios por cuanto no fueron calculados sobre la base del valor del contrato a precios del año 2014.

**PARTE III.**

Procede el Tribunal a resolver la solicitud de aclaración, corrección y complementación al Laudo presentada por el apoderado de la parte convocada, previas las consideraciones que siguen:

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Previamente a referirse a la solicitud formulada por el CONSORCIO, observa el Tribunal que el asunto se titula “Solicitud de complementación, aclaración, corrección y adición del laudo arbitral”, y en el texto se solicita la “Aclaración, corrección y adición del laudo”. Cada una de estas solicitudes, complementación, aclaración, corrección y adición, son diferentes aunque no excluyentes entre sí.

La primera solicitud formulada al Tribunal por el CONSORCIO es de corrección de la parte resolutive del laudo – concretamente el numeral 7 de la misma – denegatorio de la pretensión segunda principal de la demanda y que de manera concreta se refiere a la solidaridad deprecada por la parte convocante en relación con los extremos que conforman la pasiva en el juicio.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

El solicitante de esta corrección señala que el Tribunal incurrió en una confusión, que amerita la procedencia del pedimento rectificatorio, consistente en que la conducta de FIDUBOGOTÁ habría sido valorada no como vocera del Patrimonio Autónomo, sino como entidad financiera, posibilidad que fue descartada mediante auto que negó la solicitud de VIVA de vincularla al proceso en esta última condición.

En apoyo de tal petición transcribe un aparte de las consideraciones contenidas en el laudo, a cuyas voces el Tribunal no encontró que se hubiese alegado que FIDUBOGOTÁ hubiera incurrido en extralimitación de sus funciones “en la calidad que ostenta”, lo que a juicio del peticionario de la corrección supone que el Tribunal cometió un “error en la concepción al momento de resolver, y en consecuencia no existe mérito para romper la presunción de solidaridad” solicitada por la parte convocante y que tiene apoyo legal en el artículo 825 del Código de Comercio.

Para resolver esta solicitud, considera el Tribunal que el discurrir del laudo para desatar la pretensión segunda principal, vista la misma en toda su extensión, en primer lugar, pone de presente que en la exégesis del Contrato que aparece contenida en el fallo sobre esa materia, se dejó claro que en repetidos apartes del acuerdo de voluntades objeto del proceso FIDUBOGOTÁ dejó consignado el alcance de sus obligaciones y responsabilidades.

Se analizó de igual manera que esa convocada pactó con VIVA una explícita indemnidad que a juicio del Tribunal abarca eventos como el de verse esa entidad perjudicada por las resultas de un proceso como el que tuvo lugar en esta sede arbitral.

Entonces la confusión que se imputa al Tribunal, si se analiza el aparte transcrito por el peticionario de la solicitud bajo examen, pareciera tener procedencia. Pero al analizar en contexto las consideraciones hechas para desatar la respectiva pretensión, se puede concluir sin lugar a mayores dudas que la confusión que se sugiere no ocurrió porque en el laudo, en armonía con lo dispuesto en el curso del proceso en punto de la solicitud de

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

vincular a FIDUBOGOTÁ como litisconsorte necesario, se tuvo expresa claridad sobre la condición de esa parte.

A resultas de lo anteriormente señalado, el Tribunal se ratifica en su conclusión en el sentido de que ante la claridad de las cláusulas respectivas del Contrato No. 127 frente a las imputaciones formuladas en relación con los integrantes de la pasiva, era imposible deducir una solidaridad que si bien está tratada en el artículo 825 del Código de Comercio, es posible que la presunción consagrada en esa norma pueda ser contra demostrada como en el presente caso ocurrió en los términos y con las precisiones que se dejaron consignados en la providencia del 11 de marzo próximo pasado.

No se hacen necesarias más disquisiciones para concluir que la solicitud de corrección del laudo formulada por el CONSORCIO será despachada desfavorablemente.

Adicionalmente, tampoco encuentra el Tribunal que al caso concurra la hipótesis que justifica este excepcional remedio, en los términos previstos en el artículo 286 del Código General del Proceso.

La segunda solicitud no señala si corresponde a una complementación, aclaración, corrección y adición. Sin embargo, por su contenido, entiende el Tribunal que corresponde a una solicitud de complementación o adición del laudo, y en ese sentido se referirá a ella.

En efecto, la segunda solicitud está relacionada con la actualización de las condenas impuestas. Al respecto, el apoderado de la solicitante señala que “la pretensión Segunda consecucional tenía por objeto la reparación integral del daño al deprecar que los valores fuesen traídos a valor presente y se condenara al pago de los intereses moratorios, sobre los pagos que debieron efectuarse en su momento (1 de diciembre de 2014)”.

Al respecto, estima el Tribunal que no hay lugar a aclaración en lo referente a la condena al pago de los intereses moratorios por cuanto sólo hasta el laudo se pudo establecer la existencia de una obligación dineraria a cargo de VIVA, es decir, la parte vencida incurriría en mora en caso de que no pague oportunamente la condena, y los pagos que “debieron efectuarse en su momento” a partir del 1º de diciembre de 2014 según lo expresado en la

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

solicitud fueron objeto de pretensiones no acogidas por el Tribunal por cuanto la suspensión se superó con el laudo y este decretó la terminación del Contrato, y es este momento a partir del cual las partes deben adelantar lo correspondiente para la liquidación del mismo, y será también en ese momento en el cual se podrá establecer los pagos a que se refiere la solicitud. Además, está plenamente establecido que los intereses moratorios y la actualización solicitadas por la Convocante no son pretensiones que puedan acumularse o solicitarse simultáneamente, porque se estaría resarcendo dos veces a la parte Convocante.

Ahora bien, en lo que respecta a la actualización de la condena para traerla a valor presente, observa el Tribunal que no hay motivo de aclaración en lo que se refiere a su actualización a partir del 1º de diciembre de 2014 según lo indica la solicitud, ya que como se señaló en el laudo “En efecto, luego del análisis antes mencionado, lo que el Tribunal ha llegado a concluir es que el CONSORCIO contribuyó a su propio daño en la medida en que ha quedado expresado y valorado en precedencia. No obstante lo cual, como también se ha analizado a espacio, VIVA tiene que responder, debido a su conducta contractual, igualmente estudiada ya, por su contribución al daño sufrido por el CONSORCIO, en los términos ya analizados.”

Asimismo, y para que no quede duda alguna, en el laudo el Tribunal manifestó que:

“Lógica conclusión de lo anterior, es que en este asunto sería impropio hablar de unas condenas por “montos adeudados”, cuando en realidad y luego de los análisis que anteceden, el Tribunal ha llegado a la conclusión central, que ahora se parafrasea, en el sentido de que solo a partir del estudio en detalle del caso, resulta posible fijar y concretar las condenas, lo cual es sustancialmente distinto de encontrar que una parte adeudaba a la otra sumas de dinero desde diciembre de 2014, pretensión de la tesitura propia de un juicio ejecutivo y que, sin consideración al tipo de proceso que culmina con esta providencia, no tiene relación alguna con una tramitación procesal de ese tipo.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Lo anterior le permite al Tribunal reforzar su convicción en el sentido de que el presente laudo es constitutivo de los derechos económicos que serán reconocidos a favor del CONSORCIO, razón por la cual será a partir de su exigibilidad y no antes, que las condenas económicas impuestas a VIVA han de general la reparación integral a la cual está obligada la convocada VIVA a favor del CONSORCIO.

A propósito de esto último, es igualmente claro que la pretensión tampoco puede ser acogida en los términos de tiempo que solicita el CONSORCIO, no solo en atención a lo acabado de razonar.”

Sin embargo, encuentra el Tribunal que hay lugar a la complementación solicitada para señalar que la actualización de la condena se debe hacer no a partir del 1º de diciembre de 2014, por las razones ya señaladas en el laudo, sino a partir del momento en el cual el CONSORCIO instauró la demanda arbitral, pues solo desde entonces adelantó las actuaciones necesarias para reclamar su derecho y lograr, a partir de las pretensiones declarativas y de condena que acogiera el Tribunal Arbitral, que se requiera a VIVA, de acuerdo con el laudo, el cumplimiento de la condena ordenada por la mayoría de los miembros del Tribunal.

Ahora bien, la actualización de la condena se hará conforme a lo pretendido por el CONSORCIO para que esta se calcule con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor – IPC desde la fecha de radicación de la demanda hasta la fecha del laudo.

Por lo mismo, no puede el Tribunal acceder a la solicitud de complementación para que la actualización se haga con base en el incremento del salario mínimo, o de cualquiera otra de las propuestas formuladas por el CONSORCIO en dicha solicitud, por cuanto con ello se desbordaría el marco de las pretensiones que la propia Convocante planteó con la demanda.

Ahora bien, en orden a la aplicación de la actualización que se ordena, el Tribunal ha revisado las cifras consignadas en el laudo y encuentra que en el numeral décimo se

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

observan errores aritméticos que el tribunal corregirá de oficio atendiendo al siguiente resumen tomado de la parte motiva:

Consortiado	Utilidad	afectación K	Total
Jorge Mora SAS	325.001.600,00	141.818.878,80	466.820.478,80
HAG S.A.	130.000.640,00	141.818.878,80	271.819.518,80
José Iván Gómez Salazar	195.000.960,00	127.636.990,92	322.637.950,92
	650.003.200,00	411.274.748,52	1.061.277.948,52

Sobre las cifras corregidas, el Tribunal aplica la respectiva actualización como aparece a continuación

Consortiado	Utilidad	afectación K	Total	Valor actualizado
Jorge Mora SAS	325.001.600,00	141.818.878,80	466.820.478,80	488.213.326,47
HAG S.A.	130.000.640,00	141.818.878,80	271.819.518,80	271.819.518,80
José Iván Gómez Salazar	195.000.960,00	127.636.990,92	322.637.950,92	322.637.950,92
TOTALES	650.003.200,00	411.274.748,52	1.061.277.948,52	1.082.670.796,19

**PARTE IV. RESUELVE**

**PRIMERO:** Denegar la PRIMERA solicitud de corrección del Laudo Arbitral presentada por la parte convocante.

**SEGUNDO:** Corregir de oficio los errores aritméticos advertidos en el numeral décimo del laudo

**TERCERO:** Conceder parcialmente la SEGUNDA solicitud de complementación o adición del Laudo Arbitral en el entendido de que la actualización de la condena se hará conforme a lo pretendido por el CONSORCIO para que esta se calcule con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor – IPC desde la fecha de radicación de la demanda hasta la fecha del laudo de acuerdo con la tabla de actualización inserta en la parte resolutive del presente auto.

**CUARTO:** En consecuencia, el texto del numeral décimo del laudo es el siguiente.

**CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS**  
**Vs.**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –**  
**EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA**

Condenar a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA a pagar a favor de los integrantes del CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS, JORGE ENRIQUE MORA S.A.S., HAG S.A.S. y JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR, la suma de MIL OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON DIEZ Y NUEVE CENTAVOS (\$1.082.670.796,19) por concepto de perjuicios asociados a la utilidad razonable dejada de percibir por los integrantes del CONSORCIO y a la afectación de su K de Contratación, valores actualizados con el IPC entre la fecha de presentación de la demanda arbitral (26 de septiembre de 2017) y la fecha del laudo, la cual deberá ser pagada a cada uno de ellos así: a favor de la sociedad JORGE MORA S.A.S., la cantidad de CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS (\$ 488.213.326,47); a favor de la sociedad HAG S.A., la cantidad de DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$271.819.518,80) y a favor del señor JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR la cantidad de TRESCIENTOS VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$ 322.637.950,92).

En todo el contenido restante, el laudo no contiene ninguna modificación

El presente auto fue discutido por los miembros del Tribunal vía telefónica.

Notifíquese



MARÍA CRISTINA DUQUE CORREA

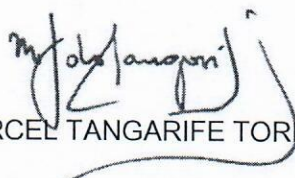
Presidente

CONSORCIO GÓMEZ MORA SAN CARLOS  
Vs.  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – y FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ –  
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA



JUAN PABLO RIVEROS LARA

Árbitro



MARCEL TANGARIFE TORRES

Árbitro

MATEO DUQUE FISHER

Secretario