

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E
INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. EN CONTRA DE FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU
CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ -
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA Y LA EMPRESA DE VIVIENDA
DE ANTIOQUIA – VIVA**

Radicado No. 2015 A 044

AUDIENCIA DE PRUEBAS

Medellín, jueves veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017)

A. LUGAR Y FECHA:

En la fecha, siendo las 3:00 p.m., oportunidad fijada por el Tribunal en audiencia del 7 de junio 2017, se constituyó el Tribunal en audiencia en la sede del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, ubicado en la Carreta 48 No. 20 – 34, Centro Empresarial Ciudad del Río, piso 8, oficina 813, de la ciudad de Medellín, con el fin de continuar con el trámite arbitral.

B. ASISTENTES:

En calidad de árbitros, se hicieron presentes: los abogados Nora Cecilia Gómez Molina, Luis Fernando Álvarez Jaramillo y Juan Carlos Cuesta Quintero; **en calidad de apoderados de las partes**, se hicieron presentes los abogados Camilo Andrés Marín Acosta, apoderado de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S., Santiago Andrés Cárdeño, apoderado de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, y se hizo presente Uriel Gómez Grisales, apoderado de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA; **en calidad de delegado del Ministerio Público**, no se hizo presente el Procurador Delegado No. 116; y, **en calidad de secretario**, actúa el abogado Mateo Posada Arango.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Se deja constancia en el Acta que compareció en compañía del apoderado de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA el señor Carlos Enrique Londoño Amariles, y del apoderado de la parte convocante la abogada Cristina Aristizabal Johnson, la señora Adriana Rivera Palacio, representante legal de INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. y el señor Luis Alberto López Pérez, representante legal de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A.

C. TÉRMINO TRANSCURRIDO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el secretario informa que el término transcurrido del proceso es cinco (5) meses y quince días

D. OBJETO DE LA AUDIENCIA:

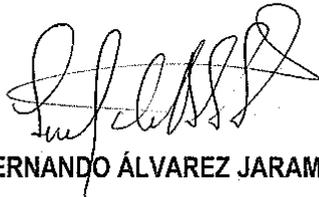
Hacer lectura a la parte resolutive del laudo.

E. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA:

Abierta la audiencia, el Presidente del Tribunal hizo un recuento del laudo y solicitó al secretario leer la parte resolutive del mismo de conformidad con el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, quedando de esta forma notificado el laudo a todas las partes. Así mismo, se entregó a las partes copia del laudo proferido.

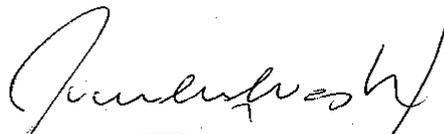
Siendo las 3:46 pm, se dio por finalizada la sesión y se firma la presente acta por los asistentes a la misma.

Los árbitros,

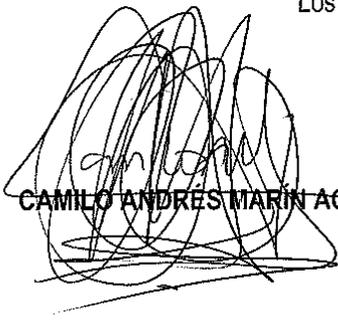


LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO


NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA


JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO

Los apoderados de las partes,



CAMILO ANDRÉS MARÍN ACOSTA



SANTIAGO ANDRÉS CÁRDEÑO



URIEL GÓMEZ GRISALES

El Secretario designado,



MATEO POSADA ARANGO

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E
INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. EN CONTRA DE FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU
CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ -
EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA Y LA EMPRESA DE VIVIENDA
DE ANTIOQUIA - VIVA**

Radicado No. 2015 A 044

LAUDO

Medellín, jueves veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017)

INDICE

- I. INFORME SECRETARIAL
- II. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE DAN LUGAR AL LITIGIO
- III. PRETENSIONES DEL CONVOCANTE
- IV. EXCEPCIONES A LAS PRETENSIONES DEL CONVOCANTE
- V. PRETENSIONES DEL DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN
- VI. EXCEPCIONES A LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN
- VII. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS - VALORACIÓN DE LAS TACHAS
- VIII. PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES
- IX. MOTIVOS DE LA DECISIÓN - ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO
- X. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO
- XI. JURAMENTO ESTIMATORIO
- XII. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO
- XIII. DECISIÓN

I. INFORME SECRETARIAL

El Secretario hace constar de manera general que se encuentra agotado todo el trámite arbitral, con la observancia de todos los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad, y en especial lo siguiente:

1. El día 21 de octubre de 2015 se radicó demanda arbitral de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. en contra de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA.
2. Fueron designados por sorteo como árbitros los abogados Nora Cecilia Gómez Molina, Luis Fernando Álvarez Jaramillo y Juan Carlos Cuesta Quintero.
3. En audiencia del 19 de enero de 2016 se declaró formalmente instalado y en función jurisdiccional el Tribunal constituido para resolver las controversias surgidas entre el convocante ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S y las convocadas FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA, nombró su Presidente y designó su Secretario.
4. Mediante Auto No. 2 del 19 enero de 2016, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral.
5. El 19 de enero de 2016 se radicó aceptación del secretario Mateo Posada Arango, quien además informó su acatamiento a los Artículos 8 y 9 de la Ley 1563 de 2012 y procedió a cumplir con el deber de información al que se hace referencia en el Artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.
6. Las partes o el Ministerio Público no hicieron pronunciamiento alguno, en el sentido de manifestar por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del secretario y su deseo de relevarlo con fundamento en la información suministrada por este.

7. El 26 de enero de 2016 la parte convocante radicó un escrito donde subsanaba los defectos de la demanda que ocasionó que el Tribunal la inadmitiera y además, aportó un nuevo escrito de demanda en la cual se incorpora aquellos requisitos que debían ser subsanados.
8. Mediante Auto No. 3 del 1 de febrero de 2016, el Tribunal posesionó al Secretario y admitió la demanda arbitral, presentada por ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S en contra de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, de la cual se corrió el traslado respectivo tanto a las partes convocadas, como al delegado del Ministerio Público.
9. El 29 de febrero de 2016, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA presentó contestación a la demanda que dio lugar a este tramite arbitral, proponiendo en ella excepciones de mérito.
10. El 29 de febrero de 2016, LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA presentó contestación a la demanda que dio lugar a este tramite arbitral, proponiendo en ella excepciones de mérito.
11. El 29 de Febrero de 2016, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, presentaron demanda de reconvencción.
12. Mediante Auto No. 4 del 1 de marzo de 2016 se fijó fecha de audiencia con el fin de tomar las decisiones que de acuerdo al procedimiento arbitral correspondan respecto a los documentos presentados por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.
13. Mediante Auto No. 6 del 7 de marzo de 2016, el Tribunal admitió la demanda de reconvencción, presentada por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA

DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA Y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA en contra de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S., de la cual se corrió el traslado respectivo tanto a la parte convocante, como al delegado del Ministerio Público.

14. El 6 de abril de 2016, ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. presentó contestación a la demanda de reconvencción que dio lugar a este trámite arbitral, proponiendo en ella excepciones de mérito.
15. Mediante Auto No. 7 del 8 de abril de 2016, el Tribunal corrió traslado de las contestaciones a la demanda y de la demanda de reconvencción por el término de cinco (5) días.
16. El 14 de abril de 2016, de manera conjunta, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, presentaron pronunciamiento frente a las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada en reconvencción.
17. El 18 de abril de 2016, ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S, presentaron reforma a la demanda en contra de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.
18. Mediante Auto No. 8 del 21 de abril de 2016, el Tribunal admitió la reforma a la demanda realizada por ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. y corrió traslado de la misma a la parte convocada y al delegado del Ministerio Público.
19. El 11 de mayo de 2016, de manera conjunta, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, presentaron respuesta a la reforma a la demanda.

20. Mediante Auto No. 9 del 16 de mayo de 2016 se corrió traslado de la contestación a la reforma a la demanda inicial y se citó a las partes y sus apoderados a la audiencia de conciliación prevista en los Artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012 para el día martes 31 de mayo de 2016 a las 2:00pm.
21. Mediante Auto No. 10 del 27 de mayo de 2016 se reprogramó la fecha de la audiencia de conciliación prevista en los Artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012, para el 15 de junio de 2016 a las 2:00pm.
22. El 15 de junio de 2016 se inició la audiencia de conciliación prevista en los Artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012.
23. Mediante Auto No. 11 del 15 de junio de 2016 el Tribunal suspendió la audiencia de conciliación hasta el jueves 23 de junio a las 2:30pm.
24. El 22 de junio de 2016, el apoderado de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. solicitó mediante correo electrónico que se aplazara la continuación de la audiencia de conciliación en fecha posterior al 22 de julio de 2016. Solicitud que fue coadyuvada por la apoderada de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA, y el apoderado de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA.
25. Mediante Auto No. 12 del 23 de junio de 2016, el Tribunal reprogramó la fecha de la continuación de la audiencia de conciliación para el martes 2 de agosto de 2016 a las 2:30pm.
26. El 2 de agosto de 2016 se continuó y agotó la audiencia de conciliación prevista en los Artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012.
27. Mediante Auto No. 13 del 2 de agosto de 2016, el Tribunal fijó honorarios y gastos para el trámite arbitral.
28. El 8 de septiembre de 2016, se celebró la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal asumió competencia dentro del TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. EN CONTRA DE FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA Y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE

ANTIOQUIA – VIVA y comenzó el conteo del término de duración del proceso por un periodo de 6 meses, decretó las pruebas del proceso y notificó personalmente a las partes estas decisiones.

29. El 13 de septiembre de 2016, el apoderado de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S, presentó recurso de reposición contra el Auto No. 13 del 8 de septiembre de 2016.
30. El 13 de septiembre de 2016, el apoderado de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, presentó recurso de reposición contra el Auto No. 13 del 8 de septiembre de 2016.
31. Mediante Auto No. 14 del 15 de septiembre de 2016 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público de los recursos presentados por el término de tres (3) días.
32. El 19 de septiembre de 2016, el apoderado de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S, presentó memorial describiendo el traslado del recurso de reposición interpuesto por la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.
33. El día 20 de septiembre de 2016, la apoderada de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA, presentó memorial describiendo el traslado del recurso de reposición interpuesto por ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S.
34. Mediante Auto No. 15 del 23 de septiembre de 2016 el Tribunal resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el Auto No. 13 del 8 de septiembre de 2016, reponiéndolo parcialmente y citando a las audiencias de pruebas.
35. En audiencia de pruebas del 18 de octubre de 2016, se posesionó a la perito Gladys Mora Navarro, integrante de la lista de auxiliares de la Justicia del Centro de Arbitraje, identificada con cedula de ciudadanía 32.015.044.
36. Mediante Auto No. 17 del 18 de octubre de 2016 el Tribunal reprogramó audiencias de pruebas.
37. El 26 de octubre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicaron los interrogatorios de parte a Ana Isabel Cuervo Zuluaga, en calidad de representante legal de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE

VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA , quien asistió de manera virtual mediante sistema de tele presencia, Luis Alberto López Pérez, en calidad de representante legal de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A., Adriana Rivera Palacio, en calidad de representante legal de INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S.

38. En audiencia del 27 de octubre de 2016 el Tribunal reprogramó audiencias de pruebas y puso en conocimiento la respuesta a los oficios No. 3 y 7, dirigidos a INTRAFACORING S.A.S y JAIDER EUGENIO SEPULVEDA GARCIA, respectivamente.
39. El 31 de octubre de 2016 el apoderado de la parte convocante aportó un memorial donde solicitaba una tacha al testigo Julio Cesar Padilla de falsedad y una medida cautelar.
40. Mediante Auto No. 19 del 2 de noviembre de 2016 el Tribunal puso en conocimiento la respuesta al oficio No. 6, dirigido a ARQUITECTURA APROPIADA y se negó por improcedente la medida cautelar solicitada por la parte convocante.
41. Mediante Auto No. 20 del 2 de noviembre de 2016 el Tribunal resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el Auto No. 19 del 2 de noviembre de 2016, confirmándolo.
42. El 2 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a los testigos Juan Pablo Villa y Jaidier Eugenio Sepúlveda. Este último interrogatorio se suspendió para continuar en otra sesión.
43. El 3 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a los testigos Federico García Álvarez y Wilder Javier Herrera León. También en esta audiencia se desistió por la parte convocante del testimonio de José Daniel Perea.
44. El 9 de noviembre de 2016 se recibió por el secretario correo electrónico de la apoderada de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, adjuntando un memorial suscrito por los apoderados de todas las partes, en el cual informan que de común acuerdo han

“decidido suspender el término del proceso desde el día de hoy, hasta el primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).”

45. Mediante Auto No. 21 del 9 de noviembre de 2016 el Tribunal declaró la suspensión del proceso desde el día 10 de noviembre, hasta el día 1 de diciembre de 2016, ambas fechas incluidas.
46. Mediante Auto No. 22 del 2 de diciembre de 2016 el Tribunal citó a audiencias de pruebas.
47. El 5 de diciembre de 2016 se recibió por el secretario correo electrónico del apoderado de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S., adjuntando un memorial suscrito por los apoderados de todas las partes, en el cual informan que de común acuerdo han *“decidido suspender el presente proceso arbitral desde el día de hoy y hasta el 20 de enero de 2017.”*
48. Mediante Auto No. 23 del 6 de diciembre de 2016 el Tribunal declaró la suspensión del proceso desde día 5 de diciembre de 2016, hasta el 20 de enero de 2017, ambas fechas incluidas.
49. Mediante Auto No. 24 del 23 de enero de 2017 el Tribunal citó a audiencias de pruebas.
50. El 27 de enero de 2017, el apoderado de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA presentó memorial solicitando que se fijara *“nueva fecha para las actuaciones que en el auto 23 (SIC) fueron programadas para el jueves 2 de febrero de 2017.”*
51. Mediante Auto No. 25 del 27 de enero de 2017 el Tribunal no reprogramó las audiencias de pruebas.
52. El 30 de enero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se le reconoció personería a la abogada Yuliana Andrea Machado Escobar y se practicó el interrogatorio a los testigos Jorge Alberto Romero, Juan José Baena y Carlos Andrés Álvarez Cardona.
53. El 31 de enero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a los testigos Fausto León Sánchez Hurtado, Nathalia Rodríguez Barrera y Alberto Peláez Velásquez.

54. El día 31 de enero 2017 se allegó por parte de la apoderada de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA un memorial en el que se hacía referencia a la práctica de la exhibición de documentos.
55. El 1 de febrero 2017 se allegó por parte del apoderado de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA un memorial en el que se hacía referencia también a la práctica de la exhibición de documentos.
56. El 1 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio al testigo Andrés Mauricio Bernal y se decidió cancelar la audiencia prevista para el 2 de febrero 2017 a las 8:00 am.
57. Mediante Auto No. 26 del 1 de febrero de 2017 el Tribunal citó a audiencia de pruebas.
58. Mediante Auto No. 27 del 2 de febrero de 2017 el Tribunal no modificó el decreto de la práctica de la prueba de exhibición de documentos
59. El 2 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a la perito Gloria Zady Correa Palacio y las partes solicitaron suspender el proceso desde el viernes 3 de febrero de 2017, hasta el 15 de febrero de 2017
60. Mediante Auto No. 28 del 2 de febrero de 2017 el Tribunal declaró la suspensión del proceso desde el viernes 3 de febrero de 2017, hasta el 15 de febrero de 2017, ambas fechas incluidas.
61. El 15 de febrero de 2017, la perito Gloria Zady Correa Palacio, allegó al Tribunal un memorial donde se aclara lo solicitado en audiencia.
62. El 16 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se puso en conocimiento de las partes el memorial allegado por la perito Gloria Zady Correa Palacio, se practicó la exhibición de documentos por parte de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA, en presencia de la perito Gladys Mora Navarro, a quien se le concedió el término para rendir su dictamen.

Igualmente, el Tribunal reconoció personería al abogado Uriel Gómez Grisales, como apoderado de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, y al abogado Santiago Andrés Cardeño, como apoderado de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.

63. Mediante Auto No. 29 del 17 de febrero de 2017 el Tribunal citó a audiencia de pruebas.
64. El día 20 de febrero de 2017, el apoderado de la parte convocante allegó memorial solicitando reprogramación de las audiencias citadas mediante Auto No. 29 del 17 de febrero de 2017.
65. El día 21 de febrero de 2017, la perito Gladys Mora Navarro, allegó memorial requiriendo documentos por parte de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, y por parte de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA. Adicionalmente solicitó también una información.
66. El día 21 de febrero de 2017, el apoderado de la parte convocante allegó memorial solicitando citar a nueva audiencia de contradicción de la aclaración al dictamen de la perito Gloria Zady Correa Palacio.
67. Mediante Auto No. 30 del 23 de febrero de 2017 el Tribunal reprogramó audiencias de pruebas y ordenó a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, y a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, para que allegaran a la sede del Tribunal todos los documentos y la información solicitada, por la perito Gladys Mora Navarro, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de dicha providencia.
68. El día 28 de febrero de 2017, el apoderado de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA allegó memorial solicitando un término adicional de 5 días para allegar los documentos requeridos por la perito Gladys Mora Navarro.

69. El día 2 de marzo de 2017, el apoderado de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA allegó memorial solicitando también un término adicional de 5 días para allegar los documentos requeridos por la perito Gladys Mora Navarro.
70. Mediante Auto No. 31 del 2 de marzo de 2017 el Tribunal prorrogó por una sola vez el término señalado en el Auto No. 30 del 23 de febrero de 2017, para que FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, y a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, alleguen a la sede del Tribunal todos los documentos y la información solicitada, por la perito Gladys Mora Navarro.
71. El día 7 de marzo de 2017 el apoderado de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. radicó un memorial en el cual se desiste de los testimonios que faltan por practicar y que hubieren sido solicitados por esta parte.
72. El día 8 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde el Tribunal puso en conocimiento el desistimiento de testimonios de la parte convocante, se escuchó a las partes convocadas y se resolvió aceptar el desistimiento hecho por el apoderado de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. de los siguientes testimonios:
- a. JUAN ESTEBAN AGUDELO
 - b. ALEJANDRO FERNÁNDEZ
 - c. ANDRÉS MIRA
 - d. CRISTINA PALACIO
 - e. DAVID RICARDO OCHOA
 - f. NATALIA RENDÓN
 - g. JULIO MIGUEL PADILLA
 - h. JAVIER VALDEZ
 - i. LICETH LUNA RINCÓN
 - j. ADRIANA OSORIO
 - k. LUIS BERNARDO SALDARRIAGA
 - l. JOSÉ DANIEL PEREA

Frente a esta decisión se interpuso recurso de reposición por la parte convocada.

73. El 9 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde el Tribunal resolvió el recurso de reposición interpuesto por la aceptación al desistimiento de

los testimonios hecho por la parte convocante, confirmando la decisión. Se exhibición de documentos adicionales por parte de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA. Finalmente se interrogó a la perito Gloria Zady Correa Palacio sobre la aclaración al dictamen aportado el 15 de febrero de 2017.

74. Mediante Auto No. 32 del 9 de marzo de 2017 el Tribunal declaró la suspensión del proceso desde el viernes 10 de marzo de 2017, hasta el 2 de abril de 2017, ambas fechas incluidas.
75. El 3 de abril de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a los testigos Cesar Eli Medina Zapata, Faber Augusto Arango Álzate y Diego Alberto Rodríguez Agudelo.
76. El 4 de abril de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a la testigo Jhoana Gómez Arango, las partes solicitaron suspender el término del proceso desde el 5 de abril de 2017, hasta el 19 de abril de 2017 y el apoderado de la parte convocante formuló una tacha contra el testigo Faber Augusto Arango Álzate.
77. Mediante Auto No. 33 del 4 de abril de 2017 el Tribunal declaró la suspensión del proceso desde el 5 de abril de 2017, hasta el 19 de abril de 2017, ambas fechas incluidas.
78. Mediante Auto No. 34 del 20 de abril de 2017 el Tribunal puso en conocimiento la respuesta al oficio No. 4, dirigido al CONSORCIO VIP SUROESTE.
79. El 24 de abril de 2017 se radicó en las instalaciones del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, el dictamen pericial encomendado a la perito GLADYS MORA NAVARRO.
80. Mediante Auto No. 35 del 24 de abril de 2017 el Tribunal corrió traslado a las partes del dictamen realizado por GLADYS MORA NAVARRO, por un término de diez (10) días.

81. El 4 de mayo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a la testigo Clara Inés Salome Botero Vargas y Wilson de Jesús Franco Mejía
82. El 9 de mayo de 2017 el apoderado de la parte convocante envió correo electrónico al Secretario del Tribunal donde adjuntaba *"Solicitud de aclaraciones y complementaciones dictamen pericial"*.
83. El 9 de mayo de 2017 el apoderado de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA envió correo electrónico al Secretario del Tribunal donde adjuntaba *"Traslado informe pericial"*, *"Informe dictamen pericial 2015 A 044 Diana Vásquez"*, *"Documentos Diana Vásquez"*, *"Contrato de empréstito IDEA – Fiduciaria Bogotá"* y *"certificado de la Fiduciaria Bogotá"*.
84. El 9 de mayo de 2017 el apoderado de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA envió correo electrónico al Secretario del Tribunal donde adjuntaba *"Traslado de informe pericial"*.
85. El 9 de mayo de 2017 el apoderado de la parte convocante envió correo electrónico al Secretario del Tribunal donde adjuntaba *"Pronunciamiento sobre solicitudes de aclaración y complementación al dictamen pericial realizadas por la parte demandada"*.
86. Mediante Auto No. 36 del 10 de mayo de 2017 el Tribunal ordenó a la perito GLADYS MORA NAVARRO atender las solicitudes de aclaración y complementación, formuladas por los apoderados de la parte convocante y de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA. Igualmente se citó a audiencias de pruebas y se ordenó librar nuevos oficios.
87. El 15 de mayo de 2017 la perito GLADYS MORA NAVARRO envió correo electrónico al Secretario del Tribunal donde adjuntaba *"Aclaración al informe pericial"*.

88. Mediante Auto No. 37 del 15 de mayo de 2017 el Tribunal corrió traslado a las partes de la “Aclaración al informe pericial” realizado por GLADYS MORA NAVARRO, por un término de diez (10) días.
89. El 16 de mayo de 2017 la Procuradora Judicial Delegada No. 116, delegada del Ministerio Público para este proceso, envió correo electrónico al Secretario del Tribunal donde adjuntaba “Solicitud de aplazamiento de audiencia” prevista para el día 1 de junio de 2017.
90. Mediante Auto No. 38 del 16 de mayo de 2017 el Tribunal no accedió a la solicitud de aplazamiento de la audiencia de pruebas prevista para el 1 de junio de 2017.
91. El 19 de mayo de 2017 se radicó respuesta al oficio 008 suscrita por el señor Uriel Gómez Grisales como Director Jurídico de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.
92. El 19 de mayo de 2017 se radicó respuesta al oficio 009 suscrita por la señora Lina García Gañan como Gerente General de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.
93. El 19 de mayo de 2017 se radicó respuesta al Oficio 011 suscrita por la señora María Beatriz Jaramillo Mesa como Representante Legal de ARQUITECTURA APROPIADA S.A.S.
94. El 19 de mayo de 2017 se radicó memorial suscrito por el testigo Jaider Sepúlveda García, donde solicitaba frente a la audiencia citada para el 1 de junio de 2017 “Practicar una audiencia no presencial mediante una video-conferencia o en su defecto se aplaze la misma y se concilie una nueva fecha entre las partes”.
95. Mediante Auto No. 39 del 22 de mayo de 2017 el Tribunal puso en conocimiento la respuesta a los oficios No. 008, 009 y 011, dirigidos a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA los dos primeros y a ARQUITECTURA APROPIADA S.A.S. el último de ellos, y accedió a la solicitud de asistencia del testigo JAIDER SEPULVEDA GARCÍA, mediante el sistema de telepresencia del Centro.
96. El día 23 de mayo de 2017 se radicó respuesta al oficio No. 010 suscrita por el señor Federico García Arbeláez.

97. Mediante Auto No. 40 del 23 de mayo de 2017 el Tribunal puso en conocimiento la respuesta al oficio No. 010 dirigido a FEDERICO GARCÍA ARBELÁEZ.
98. El 24 de mayo de 2017 el apoderado de la parte convocante solicitó complementación de la respuesta al Oficio 001 dirigido a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.
99. El 1 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas donde se practicó el interrogatorio a la perito Gladys Mora Navarro, a quien se le fijaron sus honorarios definitivos, se interrogó a la perito DIANA VÁSQUEZ LONDOÑO, y a los testigos FRANKY HENRY GAVIRIA CASTAÑO y JAIDER SEPULVEDA GARCIA. Igualmente se resolvió la solicitud de complementación de la respuesta al Oficio 001 radicada por el apoderado de la parte convocante y cerró el periodo probatorio sin la necesidad de decretar pruebas de oficio, decisión frente a la cual se interpuso recurso de reposición por las partes convocadas que se resolvió en audiencia. El Tribunal hizo un control de saneamiento del proceso sin advertir que existiera alguna irregularidad que afecte la validez del proceso. Igualmente se le preguntó a las partes si ellas advertían algún vicio de nulidad, sin que las partes manifestaran la existencia de algún vicio de nulidad. Finalmente el Tribunal citó a audiencia de alegatos para el día miércoles 7 de junio a las 3 p.m.
100. El 7 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia de alegatos donde todas las partes presentaron sus alegatos de conclusión. El Tribunal nuevamente hizo un control de saneamiento del proceso sin advertir que existiera alguna irregularidad que afecte la validez del proceso. Igualmente se le preguntó a las partes si ellas advertían algún vicio de nulidad, sin que las partes manifestaran la existencia de algún vicio de nulidad. Finalmente el Tribunal citó a audiencia de fallo para el día jueves 22 de junio a las 3 p.m.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE DAN LUGAR AL LITIGIO

Manifiesta el convocante en su texto integrado de reforma de la demanda las siguientes circunstancias fácticas que sirven de fundamento a sus pretensiones:

La EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA realizó de forma documental, a personas naturales y/o jurídicas por ella determinada, las siguientes invitaciones privadas:

1. Invitación privada No. 016 de 2012 con el objeto de ejecutar 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS, Antioquia.
2. Invitación privada No. 017 de 2012 con el objeto de ejecutar 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA, Antioquia.
3. Invitación privada No. 023 de 2012 con el objeto de ejecutar 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA, Antioquia.
4. Invitación privada No. 024 de 2012 con el objeto de ejecutar 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO, Antioquia.
5. Invitación privada No. 025 de 2012 con el objeto de ejecutar 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO, Antioquia.

Las sociedades **INGENIERIA Y VIAS S.A.S. – INGEVIAS S.A.S. – y ASFALTO Y HORMIGON S.A.**, conformaron el **CONSORCIO VIP SUR OESTE**, con una participación de setenta y dos por ciento (72%) la primera y veintiocho por ciento (28%) la segunda. El objeto del consorcio conformado fue la presentación de la propuesta económica de acuerdo a las invitaciones privadas anteriormente mencionadas.

Luego de la presentación de las ofertas económicas la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, adjudicó al **CONSORCIO VIP SUR OESTE**, los negocios jurídicos formulados mediante las invitaciones privadas.

Con posterioridad a la adjudicación de la propuesta se celebraron los siguientes contratos de construcción de obra civil:

1. Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a

realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia...”

2. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia...”

3. Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLO RICO Antioquia...”

4. Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia...”

5. Contrato de obra Civil No. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia...”

Los términos de referencia contractual y los contratos fueron elaborados por la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, quien los entregó al CONSORCIO VIP SUR OESTE, el cual debió adherirse a los términos definidos por una de las partes. Los contratos en consecuencia son de adhesión.

La **EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA** condicionó el pago al cumplimiento de requisitos que de forma unilateral impuso, los cuales nunca fueron acordados entre las partes, no estaban definidos contractualmente y no fueron aceptados por el

CONSORCIO VIP SUR OESTE quien al contrario requirió en varias oportunidades el cumplimiento de la obligación principal de pago.

Las dificultades de flujo de caja del contrato ocasionadas de acuerdo a lo relatado por el no pago imputable a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, al impedir que el CONSORCIO VIP SUR OESTE efectuará la facturación correspondiente, ocasionaron una disminución del ritmo con que se venían ejecutando los trabajos del contrato 033 de 2013. Dicha situación implicó que el plazo del contrato sufriera las ampliaciones sucesivas, aumentando los costos de la obra.

Debido a que el flujo de caja del contrato fue negativo en la totalidad del proyecto por el incumplimiento en el pago de parte de los CONTRATANTES, el CONSORCIO VIP SUROESTE para la ejecución de este contrato debió acceder a contratos de mutuo lo cual le ocasionó que tuviera que incurrir en sobre costos financieros los cuales disminuyeron su patrimonio o generaron una pérdida en el ejercicio.

El CONSORCIO VIP SUROESTE no recibió los dineros en las fechas en que de acuerdo al cumplimiento de la ejecución tanto de los diseños como de las obras debió recibirlos. Dichos dineros fueron recibidos mucho tiempo después, cuando el paso del tiempo necesaria e indefectiblemente había ocasionado una pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Luego de ser seleccionada la oferta económica del CONSORSIO VIP SUROESTE, la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, remitió la minuta del contrato en donde de forma unilateral y sin ninguna posibilidad de hacer observaciones modificó las condiciones de pago.

A la fecha de la presentación de la demanda, no se han cancelado las últimas actas de ninguno de los contratos descritos en el hecho séptimo, equivalente al diez por ciento (10%) de cada uno de ellos.

El CONSORCIO VIP SUROESTE culminó la ejecución de los proyectos de Támesis, Tarso, Fredonia y Pueblo Rico, en las siguientes fechas:

- a. Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia...", fecha de terminación 3 de mayo de 2014.
- b. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia...", fecha de terminación 1 de octubre de 2014.
- c. Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia...", fecha de terminación 21 de junio de 2014.
- d. Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia...", fecha de terminación 17 de mayo de 2014.

Como requisito para el recibo definitivo del objeto de los contratos la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, de forma unilateral ordenó que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, realizara una inspección a la totalidad de los proyectos, con el objeto de dar su concepto favorable sobre el recibo a satisfacción de los mismos. Esta revisión no estaba pactada contractualmente y la realización de la misma fue una imposición de carácter unilateral de la parte contratante del contrato.

Los proyectos fueron diseñados por el CONSORCIO VIP SUROESTE, los diseños de los mismos fueron entregados a las interventorías de los contratos y a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA y luego de la revisión de los mismos, se permitió el inicio de la construcción del objeto contractual.

Luego de la construcción completa de la totalidad de los contratos celebrados, FONADE inicia su revisión a los proyectos. En dicha revisión ordenó la realización de obras de adecuación y manifestó que los proyectos construidos no cumplían con la Norma Sismo Resistente NSR-10, por no tener una viga cinta de amarre en los muros de mampostería reforzada que reciben la cubierta.

Se realizaron varias reuniones en las cuales el Ingeniero Estructural del CONSORCIO VIP SUROESTE, Dr. Andrés Mauricio Bernal Zuluaga en su calidad de gerente de la empresa Control y Diseño de Estructuras S.A.S., explicó porque no era requerida la construcción de la VIGA CINTA, en sentir del contratista.

Ante el desacuerdo con la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA en este particular, se acordó solicitar un concepto a la comisión asesora de sismo resistencia para la NSR.

El concepto de la norma fue que el modelo estructural construido cumplía con la totalidad de la norma sismo resistente y por lo tanto no era necesaria la construcción de la VIGA CINTA.

La Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismo Resistentes, conceptuó el día 23 de enero de 2015, mediante comunicación CAP-557-2015: *"2. Teniendo en cuenta la verificación estructural del muro cuchilla trabajando sin cinta de amarre realizada por el diseñados, citada en el punto anterior, se considera que no es necesario intervenir estas edificaciones de los Municipios de Tarso, Fredonia, Pueblorrico y Támesis para añadir la cinta de amarre requerida por el reglamento NSR-10"*

El concepto llegó después de la terminación de las obras, en el mes de febrero de 2015 y el contratista debió asumir durante todo ese tiempo costos de vigilancia y mantenimiento de los proyectos. Así como la realización de una serie de obras de adecuación y mantenimiento a las que fue obligado a realizar por parte de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, de acuerdo a las indicaciones de FONADE.

Durante todo este tiempo, a pesar que las obras estaban construidas, la demora en el recibo de las mismas, ocasionó que el contratista incurriera en sobre costos.

Finalmente las obras fueron recibidas, sin que el CONSORCIO VIP SUROESTE debiera realizar ningún tipo de VIGA CINTA, tal como lo habían sido diseñados los proyectos, tal como se había aprobado los diseños y tal como se había construido.

La EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA, de forma unilateral y a pesar que el contrato establece las condiciones para la liquidación estableció una serie de requisitos unilateralmente para la liquidación de la totalidad de los contratos, liquidación que debe recordarse es condición *sine qua non*, para el pago de la última acta del diez por ciento (10%) del valor de los contratos.

A la fecha las obras están terminadas, entregadas y puestas en servicio no obstante lo cual el CONSORCIO VIP SUROESTE por no acreditar una serie de requisitos que **NO** se encuentra definidos como condiciones para la liquidación del contrato, de acuerdo a los contratos que unilateralmente establecieron los contratantes no ha recibido el pago de la totalidad de las obras.

El CONSORCIO VIP SUROESTE no ha recibido aún el pago correspondiente al diez por ciento (10%) del valor de todos los contratos, indicados en la cláusula tercera, parágrafo 4º numeral 3º de los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, 033 de 2013.

Los contratos aún no han sido liquidados como consecuencia de las circunstancias anteriormente descritas.

Por su parte, LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA -VIVA- y FIDUCIARIA BOGOTÁ en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ-EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA-VIVA, plantean las siguientes circunstancias fácticas que sirven de fundamento a sus pretensiones en reconvención:

Los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, establecen en la cláusula tercera, forma de pago, parágrafo cuarto, numeral 3, lo siguiente:

3. Se dejará un valor correspondiente al diez (10%) por ciento del valor del contrato para el momento en que se realice la liquidación final del mismo, sin que esto implique aceptación definitiva de la obra por parte de LA INTERVENTORÍA del Contrato.

Para efectos de aprobación de pago, se deberá acreditar al INTERVENTOR del contrato designado, el pago de aportes de seguridad social (salud, pensiones y ARL) y parafiscales, en los términos señalados en la normatividad vigente para el efecto.

En el mismo numeral se establece lo siguiente, en el párrafo cuarto:

En todo caso, la última acta de pago no será inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato y se cancelará una vez **EL CONTRATISTA** entregue a satisfacción, se realice el recibo final de la obra al **CONTRATISTA** y se cuente con la aprobación del **INTERVENTOR** y de la **EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL)**, así como se cumpla en debida forma con lo siguiente: (i) presentar una relación completa del personal designado para la ejecución del contrato, el valor cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales, lo cual debe constar en documento suscrito por cada trabajador en el que manifieste que **EL CONTRATISTA** se encuentra a paz y salvo por todo concepto con él. (ii) Actualización de los planos de la obra y suscripción de Acta de Recibo a satisfacción del proyecto, suscrita por **EL INTERVENTOR** y la **EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL)**.

Que la cláusula cuarta, parágrafo segundo de los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, numerales 6 y 7, establecen respectivamente, como obligaciones a cargo de la parte contratista, lo siguiente:

"6. Asumir el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todo el personal que ocupe en la ejecución de la obra, así como garantizar que la celebración y la ejecución de los subcontratos necesarios, los cuales no dan lugar al surgimiento de ningún tipo de vinculación laboral entre el personal subcontratado y EL CONTRATANTE o LA FIDUCIARIA BOGOTA S,A,

7. Acreditar en las oportunidades que así se requiera, que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos a la Seguridad Social Integral, así como los propios al Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF- y las Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda"

Que el diez por ciento (10%) correspondiente a la última acta no se ha logrado cancelar por parte de nuestros poderdantes, así como tampoco se ha logrado suscribir las Acta de Liquidación correspondiente de los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, dado que el contratista no cumple su exigencia establecida en la cláusula tercera, parágrafo cuarto, numeral 3º y cláusula cuarta, parágrafo dos, numeral 6º y 7º de los referenciados contratos de obra civil, pese a los múltiples requerimientos realizados para que aporte prueba de cumplimiento de las obligaciones referenciadas, tal como se probará con la prueba documental aportada.

Lo anterior obedece a que según la interpretación de los demandados, basta con el listado que ellos entreguen indicando las personas que trabajaron y anexando paz y salvos de su referida lista; sin embargo, es claro que cuando en la cláusula tercera se hace mención a dicho listado, **éste debe corresponder con el listado que tenga el interventor de los "trabajadores" de la obra**, pues no tiene sentido que se tenga en cuenta un listado que de forma amañada remitan los demandados, pues la función del interventor es justamente llevar un control y dar fe de quiénes trabajaron en los proyectos. Sin embargo, para el caso concreto no coinciden los dos listados, esto es listado de los demandados y listado del interventor de cada una de las obras civiles. El contratista debe aportar como paz y salvos la totalidad de los trabajadores señalados por la interventoría de cada uno de los contratos.

Que el demandante a la fecha es renuente a cumplir con sus obligaciones contractuales establecida en los contratos de obra civil obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, referentes a *“presentar una relación completa del personal designado para le ejecución del contrato, el valor cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales, lo cual debe constar en documento suscrito por cada trabajador en el que manifiesta que EL CONTRATISTA se encuentra a paz y salvo por todo concepto con él”*, tal como lo ordena la cláusula tercera, parágrafo cuarto, numeral 3 de los contratos de obra civil obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013.

Que la cláusula décima segunda de los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, establece lo siguiente:

“CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. Expresamente se conviene una cláusula penal equivalente al 10% del valor total del contrato, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA (...).”

Que debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del demandado, establecidas en la cláusula tercera, parágrafo cuarto, numeral 3º y cláusula cuarta, parágrafo dos, numeral 6º y 7º de los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, deberán cancelar la cláusula penal pecuniaria contenida en la cláusula decima segunda de los contratos referenciados.

El Valor de los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013 y el valor de la cláusula penal pecuniaria corresponde a las siguientes sumas:

Nro. Contrato de Obra Civil	Valor Final del Contrato	Valor Cláusula Penal
014 de 2013	\$ 2.910.513.702	\$291.051.370,2
029 de 2013	\$2.755.112.003	\$275.511.200,3
030 de 2013	\$2.612.521.952	\$261.252.195,2
031 de 2013	\$1.990.456.158	\$199.045.615,8
033 de 2013	\$1.931.457.000	\$193.145.700
Total		\$1.220.006.081,5

III. PRETENSIONES DEL CONVOCANTE

Presenta la parte convocante en el escrito integrado de reforma de la demanda las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRINCIPAL: *Que se declare que los contratos que se listan a continuación, son contratos de adhesión, a los cuales adhirió el CONSORCIO VIP SUROESTE en su calidad de contratista:*

- 1. Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia..."*
- 2. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL*

CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia...

3. *Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia..."*
4. *Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia..."*
5. *Contrato de obra Civil No. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia..."*

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que las cláusulas PRIMERA y/o SEGUNDA y/o TERCERA y/o CUARTA y/o QUINTA y/o SEXTA y/o SEPTIMA y/o OCTAVA y/o NOVENA y/o DECIMA y/o DECIMA PRIMERA y/o DECIMA SEGUNDA y/o DECIMA TERCERA y/o DECIMA CUARTA y/o DECIMA QUINTA y/o DECIMA SEXTA y/o DECIMA SEPTIMA y/o DECIMA OCTAVA y/o DECIMA NOVENA y/o VIGESIMA y/o VIGESIMA PRIMERA y/o VIGESIMA SEGUNDA y/o VIGESIMA TERCERA y/o VIGESIMA CUARTA y/o VIGESIMA QUINTA y/o VIGESIMA SEXTA y/o VIGESIMA SEPTIMA y/o VIGESIMA OCTAVA y/o VIGESIMA NOVENA y/o TRIGESIMA y/o TRIGESIMA PRIMERA y/o TRIGESIMA SEGUNDA y/o TRIGESIMA TERCERA y/o TRIGESIMA CUARTA, contractuales de los contratos que se listan a continuación fueron redactados por la Parte Demandada:

1. Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia..."
2. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia..."
3. Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia..."
4. Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia..."
5. Contrato de obra Civil No. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia..."

PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA PRIMERA Y/O SEGUNDA PRINCIPAL: Que se interpreten las cláusulas contractuales en contra de la parte demandada y a favor de la parte demandante.

SEGUNDA CONSECUENCIAL DE LA PRIMERA Y/O SEGUNDA PRINCIPAL:

Que como consecuencia de lo anterior se interpreten las cláusulas ambiguas en contra de los demandados.

TERCERA PRINCIPAL: *Declarar que la parte demanda, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, incumplieron su obligación principal de pago en los términos contractuales pactados, por cumplimiento tardío en los siguientes contratos:*

- 1. Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia...”*
- 2. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia...”*
- 3. Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia...”*
- 4. Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia...”*

5. Contrato de obra Civil No. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia..."

CUARTA PRINCIPAL: Declarar que las partes demandadas, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, impidieron ilegalmente y por fuera del marco contractual la facturación de las obras ejecutadas por parte del contratista en los contratos:

1. Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia..."
2. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia..."
3. Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia..."
4. Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia..."

5. Contrato de obra Civil No. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia..."

QUINTA PRINCIPAL: Declarar que las partes demandadas, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, incumplieron los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, 033 de 2013, por no liquidar los contratos y en consecuencia no pagar el diez por ciento (10%) correspondiente al numeral 3º del parágrafo 4º cláusula tercera de los referidos contratos.

SEXTA PRINCIPAL: Declarar que las partes demandadas, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, impusieron condicionantes por fuera del marco de los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, 033 de 2013, como requisito para efectuar el pago del diez por ciento (10%) final del valor del contrato.

SEPTIMA PRINCIPAL Declarar que la parte demandada, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, incumplieron los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, 033 de 2013, por no cancelar el diez por ciento (10%) correspondiente al numeral 3º del parágrafo 4º clausula tercera de los referidos contratos.

PRIMERA CONSECUCIONAL DE CUALQUIERA DE LAS PRETENSIONES TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA Y/O SEPTIMA: Como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones principales tercera, cuarta, quinta, sexta y/o séptima, se ordene a la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, indemnizar a las sociedades ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S., el daño emergente consolidado mediante el reconocimiento y pago de una suma de dinero equivalente a MIL CIENTO VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$1.125.632.783).

SEGUNDA CONSECUCIONAL DE CUALQUIERA DE LAS PRETENSIONES TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA Y/O SEPTIMA: Como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones principales tercera, cuarta, quinta, sexta y/o séptima, se ordene a la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, indemnizar a las sociedades ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S., el daño emergente futuro que se cause con posterioridad a la presentación de la demanda.

OCTAVA PRINCIPAL: *DECLARAR la parte demandada, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, no ha cumplido con el último pago de los contratos a favor de la parte demandante equivalente al diez por ciento (10%) de su valor y así mismo que no ha cumplido con un pago equivalente al tres punto cero cinco por ciento del contrato (3.05%) No. 033 de 2013 a favor ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S.*

PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA OCTAVA PRINCIPAL: Se ordene el cumplimiento de los contratos mediante pago del diez por ciento (10%) del valor, equivalente a MIL DOS CIENTOS OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS (\$1.280.946.330), a la parte demandada FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, a favor de la parte demandante ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S.

SEGUNDA CONSECUENCIA DE LA OCTAVA PRINCIPAL: Se ordene el cumplimiento del contrato No. 033 de 2013, mediante el pago del tres punto cero cinco por ciento (3.05%) equivalente a CINCUENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$58.993.450) a la parte demandada FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, a favor de la parte demandante ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S.

NOVENA PRINCIPAL: Se entienda constituida en mora a la parte demanda, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, desde el momento de la notificación de la demanda de la obligación principal de pago contenida en la cláusula tercera parágrafo 4º numeral 3º de los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, 033 de 2013.

PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA NOVENA PRINCIPAL: Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión novena principal, se reconozcan intereses moratorios sobre la suma de dinero reconocida en la pretensión PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA OCTAVA PRINCIPAL, por valor de QUINIENTOS DOS MILLONES CUENTO NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO

CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$502.195.144) liquidados al momento de la presentación de la demanda.

SEGUNDA CONSECUENCIAL DE LA NOVENA PRINCIPAL: Como consecuencia de la declaratoria contenida en la pretensión novena principal, se reconozcan intereses moratorios sobre la suma de dinero reconocida en la pretensión PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA OCTAVA PRINCIPAL, causados con posterioridad a la presentación de la demanda.

DECIMA PRINCIPAL: Declarar que la revisión de FONADE como requisito para el recibo de las obras impuesta unilateralmente por las sociedades demandadas es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, fue unilateral y por fuera del marco del contrato.

DECIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que las partes demandadas, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, retrasaron injustamente el recibo de las obras mediante la imposición de requisitos unilaterales no pactados en el contrato.

DECIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Declarar que las partes demandadas, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, incumplieron los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, 033 de 2013 por el retraso en el recibo de las obras.

PRIMERA CONSECUENCIAL DE CUALQUIERA DE LAS PRETENSIONES DECIMA, DECIMA PRIMERA, DECIMA SEGUNDA PRINCIPALES: Como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones principales DECIMA, DECIMA PRIMERA, DECIMA SEGUNDA, se ordene a la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, indemnizar a las sociedades ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S., el daño emergente mediante el reconocimiento y pago de una suma equivalente a: CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS (\$450.977.414).

DECIMA TERCERA: Declarar que los incumplimientos de los contratos que se indican a continuación, por la parte demanda, es decir, la sociedad FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y/o la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, ocasionaron un lucro cesante a la parte demandante:

- 1. Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia...”*
- 2. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia...”*
- 3. Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL*

CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia...

4. *Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia..."*
5. *Contrato de obra Civil No. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia..."*

PRIMERA CONSECUENCIAL DE LA DECIMA TERCERA PRINCIPAL: Como consecuencia de lo anterior se ordenó el pago de un valor equivalente a MIL DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTIDOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$1.019.522.499).

DÉCIMA CUARTA: Declárese la nulidad por ser física y/o moralmente imposible del paz y salvo de la condición (i) del numeral tercero del párrafo cuarto de la cláusula tercera de los contratos que se listan a continuación, el cual indica: "i) presentar una relación completa del personal designado para la ejecución del contrato, el valor cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales, lo cual debe constar en un documento suscrito por cada trabajador en el que manifieste que EL CONTRATISTA se encuentra a paz y salvo por todo concepto con él":

1. *Contrato de obra Civil No. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TÁMESIS Antioquia..."*

2. Contrato de obra Civil No. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia..."
3. Contrato de obra Civil No. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia..."
4. Contrato de obra Civil No. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia..."
5. Contrato de obra Civil No. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia..."

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Interpretése la cláusula "i) presentar una relación completa del personal designado para la ejecución del contrato, el valor cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales, lo cual debe constar en un documento suscrito por cada trabajador en el que manifieste que EL CONTRATISTA se encuentra a paz y salvo por todo concepto con él" en contra de la parte demandada en el sentido de considerar que el paz y salvo que debe suscribir cada trabajador se suple con la posibilidad de demostrar el cumplimiento de obligaciones laborales de parte del CONSORCIO VIP SUROESTE, con la obligación de indemnidad a cargo del CONSORCIO VIP SUROESTE y así mismo con la póliza de salarios y prestaciones cuyos asegurados son los demandados.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Declárese que la voluntad de las partes respecto del paz y salvo de la condición (i) del numeral tercero del párrafo cuarto de la cláusula tercera de los contratos que se listan a continuación, contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, el cual indica: "i) presentar una relación completa del personal designado para la ejecución del contrato, el valor cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales, lo cual debe constar en un documento suscrito por cada trabajador en el que manifieste que EL CONTRATISTA se encuentra a paz y salvo por todo concepto con él", era establecer un mecanismo de protección de los derechos laborales de los trabajadores.

CONSECUENCIAL DE LA PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Como consecuencia de lo anterior, estese a la voluntad de las partes mas allá de la literalidad de la cláusula y en consecuencia declárese satisfecho el paz y salvo requerido con la posibilidad de demostrar el cumplimiento de obligaciones laborales de parte del CONSORCIO VIP SUROESTE, con la obligación de indemnidad a cargo del CONSORCIO VIP SUROESTE y así mismo con la póliza de salarios y prestaciones cuyos asegurados son los demandados.

DECIMA QUINTA: Se liquiden los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013 y 033 de 2013 en sede judicial.

DECIMA SEXTA: Se agregue a la liquidación judicial los valores reconocidos en cualquiera de las pretensiones anteriores.

DECIMA SEPTIMA: Las sumas de dinero reconocidas sean indexadas al momento de proferir el laudo arbitral que ponga fin al litigio.

DECIMA OCTAVA: Se reconozcan intereses moratorios sobre los dineros reconocidos en el laudo una vez el mismo quede ejecutoriado.

DECIMA NOVENA: Se condene en costas y/o agencias en derecho a la parte demandada.”

IV. EXCEPCIONES A LAS PRETENSIONES DEL CONVOCANTE

Presentaron las convocadas en sus escritos de contestación de la demanda las siguientes excepciones:

- LO EXIGIDO AL CONTRATISTA FUE PACTADO CONTRACTUALMENTE/
INEXISTENCIA DE CONTRATO DE ADHESIÓN.
- EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.
- BUENA FE DE LOS DEMANDANDOS Y MALA FE DE LA PARTE
DEMANDANTE.
- EXCEPCIÓN DE INCOHERENCIA DE LA RECLAMACIÓN EN LA VÍA DIRECTA
CON LA ETAPA ARBITRAL.
- EXCEPCIÓN DE CULPA EXCLUSIVA DEL CONTRATISTA
- EXCEPCIÓN DE CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO
- GENÉRICO

En la oportunidad de descorrer el traslado a la reforma de la demanda expresaron:
“En virtud del principio de economía, nos abstenemos en consecuencia de realizar un pronunciamiento detallado sobre la totalidad de los hechos de la demanda reformada por lo que manifestamos una RATIFICACION GENERAL respecto de la respuesta que presentamos a la demanda inicial y las excepciones de mérito que fueron formuladas por los suscritos apoderados. Haremos un pronunciamiento específico respecto de los

nuevos hechos, las pretensiones, el juramento estimatorio, y las solicitudes probatorias.”

V. PRETENSIONES DEL DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN

Formularon las convocadas las siguientes pretensiones en su demanda de reconvencción:

“PRIMERA: Que se declare el incumplimiento contractual de la cláusula tercera, párrafo cuarto, numeral 3º y cláusula cuarta, párrafo dos, numeral 6º y 7º de los siguientes contratos suscrito con los demandados:

1. Contrato de obra Civil Nro. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TAMESIS Antioquia”
2. Contrato de Obra Civil Nro. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia”
3. Contrato de Obra Civil Nro. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia”
4. Contrato de Obra Civil Nro. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: “OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia”

5. Contrato de Obra Civil Nro. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para EL CONTRATANTE, a realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia".

SEGUNDA: Que en consecuencia de lo anterior, se condene a las sociedades ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S, a pagar a favor de FIDUCIARIA BOGOTÁ en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTA-EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA-VIVA, la cláusula penal contenida en la cláusula décimo segunda de los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, consistente en la suma del diez por ciento (10%) del valor total de cada uno de los contratos de obra civil citados, lo cual, corresponde al valor de \$1.220.006.081,5, (Mil doscientos veinte millones seis mil ochenta y un pesos) de conformidad al hecho nueve del libelo demandatorio.

TERCERA: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada."

VI. EXCEPCIONES A PRETENSIONES DEL DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN

Formuló la convocante las siguientes excepciones a la demanda de reconvencción:

- PAGO.
- CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN REQUERIDA PARA EL PAGO DESCRITA EN EL NUMERAL (I) DEL NUMERAL TERCERO DEL PARÁGRAFO CUARTO DE LA CLÁUSULA TERCERA DE LOS CONTRATOS DE OBRA CIVIL NRO. 014, 029, 031, 033 DE 2013, EL CUAL INDICA: "I) PRESENTAR UNA RELACIÓN COMPLETA DEL PERSONAL DESIGNADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, EL VALOR CANCELADO POR CONCEPTO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, LO CUAL DEBE CONSTAR EN UN DOCUMENTO SUSCRITO POR CADA TRABAJADOR EN EL QUE MANIFIESTE QUE EL

CONTRATISTA SE ENCUENTRA A PAZ Y SALVO POR TODO CONCEPTO
CON ÉL."

- AUSENCIA DE PRUEBA DE INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIONES LABORALES IMPUTADAS POR EL CONTRATANTE.

- NULIDAD DE LA CLÁUSULA DEL PAZ Y SALVO DE LA CONDICIÓN (I) DEL NUMERAL TERCERO DEL PARÁGRAFO CUARTO DE LA CLÁUSULA TERCERA DE LOS CONTRATOS DE OBRA CIVIL NRO. 014, 029, 031, 033 DE 2013, EL CUAL INDICA: "I) PRESENTAR UNA RELACIÓN COMPLETA DEL PERSONAL DESIGNADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, EL VALOR CANCELADO POR CONCEPTO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, LO CUAL DEBE CONSTAR EN UN DOCUMENTO SUSCRITO POR CADA TRABAJADOR EN EL QUE MANIFIESTE QUE EL CONTRATISTA SE ENCUENTRA A PAZ Y SALVO POR TODO CONCEPTO CON ÉL."

- INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES LABORALES CON TRABAJADORES.

- INTERPRETACIÓN I) RAZONABLE Y/O II) A FAVOR DEL CONTRATISTA LA DISPOSICIÓN PREVISTA EN EL NUMERAL TERCERO DEL PARÁGRAFO CUARTO DE LA CLÁUSULA TERCERA DE LOS CONTRATOS DE OBRA CIVIL NRO. 014, 029, 031, 033 DE 2013 Y/O III) VOLUNTAD DE LAS PARTES.

- INEXISTENCIA DE DAÑO Y NATURALEZA DE LA CLÁUSULA PENAL PACTADA EN LOS CONTRATOS 014, 029, 031, 030, 033 DE 2013.

- MALA FE EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS 014, 029, 031, 030, 033 DE 2013 POR PARTE DE LOS DEMANDADOS I) FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTA – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA – II)

*EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA Y VIOLACIÓN DE LOS
PRINCIPIOS DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.*

- *COMPENSACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD RELATIVA.*

- *SOLICITUD DE DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES CUYOS
FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y/O JURÍDICOS SEAN PROBADOS EN EL
PROCESO.*

VII. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS- VALORACIÓN DE LAS TACHAS

1. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Mediante los Autos No. 13 del 8 de septiembre de 2016 y 15 del 23 de septiembre de 2016 el Tribunal decretó la incorporación y práctica de los medios de prueba, que se practicaron de la siguiente manera:

1.1 De la parte convocante:

1.1.1 Documentales. Se incorporaron al proceso los documentos aportados por el convocante en el escrito de demanda inicial, contestación a la demanda de reconvención, reforma a la demanda inicial y en el traslado de las excepciones presentadas en la contestación a la reforma a la demanda inicial.

1.1.2 Prueba pericial. Se incorporó al proceso el dictamen aportado por la parte convocante, suscrito por la señora Gloria Zady Correa Palacio.

1.1.3 Oficios. A través de los Oficios 001 y 008 se exhortó a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA para que remitiera al proceso los documentos solicitados por la parte convocante, dándose respuesta a los

mismos el 19 de mayo de 2017, mediante documento suscrito por Uriel Gómez Grisales como Director Jurídico de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.

1.1.4 Testimoniales. Se decretaron por el Tribunal los siguientes testimonios:

- a. NATHALIA RODRIGUEZ BARRERA
- b. ANDRES MAURICIO BERNAL ZULUAGA
- c. JUAN ESTEBAN AGUDELO
- d. ALEJANDRO FERNANDEZ
- e. JUAN PABLO VILLA
- f. ANDRES MIRA
- g. JUAN JOSE BAENA
- h. CRISTINA PALACIO PEREZ
- i. CARLOS ANDRES ALVAREZ
- j. DAVID OCHOA YEPES
- k. NATALIA RENDON
- l. JULIO MIGUEL PADILLA
- m. JAVIER VALDEZ BARCHA
- n. LICETH LUNA RINCON
- o. FAUSTO LEÓN SANCHEZ HURTADO
- p. LUIS BERNARDO SALDARRIAGA
- q. JOSE DANIEL PEREA
- r. WILDER JAVIER HERRERA LEON
- s. JORGE ROMERO

De los anteriores testigos fueron interrogados:

- a. NATHALIA RODRIGUEZ BARRERA
- b. ANDRES MAURICIO BERNAL ZULUAGA
- c. JUAN PABLO VILLA
- d. JUAN JOSE BAENA
- e. CARLOS ANDRES ALVAREZ
- f. FAUSTO LEÓN SANCHEZ HURTADO
- g. WILDER JAVIER HERRERA LEON

h. JORGE ROMERO

Los demás interrogatorios fueron desistidos por la parte convocante en audiencia de pruebas del 3 de noviembre de 2016 y mediante memorial radicado el 7 de marzo de 2017.

1.1.5 Interrogatorio de parte. Se decretó por el Tribunal el interrogatorio de parte al representante legal de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, que se practicó en audiencia de pruebas del 26 de octubre de 2016 donde se interrogó a Ana Isabel Cuervo Zuluaga.

1.1.6 Informe juramentado. A través de los Oficios 002 y 009 se exhortó a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA para que rindiera por escrito informe juramentado con las preguntas formuladas por el convocante, dándose respuesta a los mismos el 19 de mayo de 2017, mediante documento suscrito por Lina García Gañan como Gerente General de LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.

1.1.7 Exhibición de libros con intervención de perito. Se decretó la exhibición de libros en la forma solicitada por convocante, nombrando como perito a Gladys Mora Navarro, integrante de la lista de auxiliares de la Justicia del Centro de Arbitraje, para que resolviera el interrogatorio formulado por el convocante.

En audiencia de pruebas del 18 de octubre de 2016 se posesionó a la perito y en audiencia de pruebas del 16 de febrero de 2017 se hizo la exhibición de libros, radicándose el dictamen el día 24 de abril de 2017, del cual se corrió traslado a las partes y el Ministerio Público, para posteriormente ser citada la perito a interrogatorio en audiencia de pruebas

del 1 de junio de 2017. También en audiencia de pruebas del 1 de junio de 2017 se interrogó a DIANA VÁSQUEZ LONDOÑO quien había suscrito un dictamen aportado por LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA que controvertía el dictamen de la perito Gladys Mora Navarro.

1.2 De LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA

1.2.1 Documentales. Se incorporaron al proceso los documentos aportados por LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA en su escrito de contestación a la demanda, en su demanda de reconvención, en el traslado de las excepciones presentadas en la contestación a la demanda de reconvención y en la contestación a la reforma a la demanda.

1.3 De FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA

1.3.1 Documentales. Se incorporaron al proceso los documentos aportados por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA en su escrito de contestación a la demanda, en su demanda de reconvención, en el traslado de las excepciones presentadas en la contestación a la demanda de reconvención y en la contestación a la reforma a la demanda.

1.4 De manera conjunta por el convocante, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA

1.4.1 Testimoniales. Se decretaron y practicaron por el Tribunal los siguientes testimonios:

- a. JAIDER SEPULVEDA GARCIA
- b. FEDERICO GARCIA ARBELAEZ
- c. ALBERTO PELÁEZ VELAZQUEZ
- d. JHOANA GOMEZ ARANGO

1.5 De manera conjunta por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA

1.5.1 Testimoniales. Se decretaron y practicaron por el Tribunal los siguientes testimonios:

- a. CLARA INES SALOME BOTERO VARGAS
- b. WILSON DE JESÚS FRANCO MEJÍA
- c. CESAR ELÍ MEDINA ZAPATA
- d. FABER AUGUSTO ARANGO ALZATE
- e. DIEGO RODRÍGUEZ AGUDELO
- f. FRANKY HENRY GAVIRIA CASTAÑO

1.5.2 Interrogatorio de parte. Se decretó por el Tribunal el interrogatorio de parte al representante legal de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S, que se practicó en audiencia de pruebas del 26 de octubre de 2016 donde se interrogó a Luis Alberto López Pérez.

1.5.3 Contradicción dictamen pericial de parte. Se decretó por el Tribunal el interrogatorio a la perito Gloria Zady Correa, que se llevó a cabo en audiencias de pruebas del 2 de febrero de 2017 y del 9 de marzo de 2017.

1.5.4 Oficios. A través de los Oficios 003 dirigido a INTRAFACORING S.A.S, 004 dirigido al CONSORCIO VIP SUR OESTE, 005 y 010 dirigidos al ingeniero FEDERICO GARCÍA ARBELAEZ, 006 y 011 dirigido a ARQUITECTURA APROPIADA, 007 dirigido a A.E.I.P. LTDA, se les exhortó para que remitieran al proceso la información, documentos o certificaciones solicitados por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA.

Al Oficio 003 se dio respuesta el 26 de octubre de 2016, al 004 el 5 de abril de 2017, al 005 y 010 el 23 de mayo de 2017, al 006 el 31 de octubre de 2016, al 011 el 19 de mayo de 2017 y al 007 el 25 de octubre de 2016.

Finalmente, frente al careo entre Luis Alberto López Pérez y Julio Miguel Padilla, como el interrogatorio a este último no se practicó, el Tribunal no pudo advertir contradicciones entre deposiciones de los sujetos mencionados y por lo tanto no hizo uso de su posibilidad de llamar a careo a los mismos.

2. VALORACIÓN DE LAS TACHAS

Tal y como se advirtió en el informe secretarial, el 31 de octubre de 2016 el apoderado de la parte convocante aportó un memorial donde solicitaba una tacha al testigo Julio Cesar Padilla. Así mismo, en audiencia de pruebas del 3 de abril de 2017 se solicitó tacha del testigo Faber Augusto Arango Álzate.

Frente al testigo Julio Cesar Padilla, este no se interrogó pues se desistió de este testimonio por la parte convocante el día 7 de marzo de 2017, siendo improcedente entonces valorar la tacha formulada al mismo.

Frente al testigo Faber Augusto Arango Álzate, este se interrogó el 3 de abril de 2017. De su declaración, puede deducirse que el mismo manifestó tener interés en el proceso atendiendo a que se le adeudaban unas facturas por parte de una de las convocantes. No obstante lo anterior, el Tribunal no encuentra que dicho interés haya comprometido su imparcialidad como testigo al deponer, pues las circunstancias que este narró fueron consecuentes con otras declaraciones e, incluso, con las afirmaciones de la propia parte demandante en sus escritos de demanda y alegatos.

Así las cosas, el Tribunal valorará bajo las reglas de la sana crítica el testimonio de Faber Augusto Arango Álzate.

VIII. PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES

1. COMPETENCIA

En la primera audiencia de trámite celebrada el jueves 8 de septiembre de 2016, el Tribunal consideró:

1.1 Que la causa de las pretensiones que da lugar a este proceso son los siguientes contratos:

- Contrato de obra Civil N. 014 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es realizar el diseño y construcción de 90 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TAMESIS Antioquia
- Contrato de obra Civil N. 029 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es realizar el diseño y construcción de 85 viviendas de interés prioritario en el Municipio de FREDONIA Antioquia
- Contrato de obra Civil N. 030 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es realizar el diseño y construcción de 83 viviendas de interés prioritario en el Municipio de PUEBLORRICO Antioquia

- Contrato de obra Civil N. 031 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es realizar el diseño y construcción de 62 viviendas de interés prioritario en el Municipio de TARSO Antioquia.
- Contrato de obra Civil N. 033 de 2013, cuyo objeto de acuerdo a su cláusula primera es realizar el diseño y construcción de 60 viviendas de interés prioritario en el Municipio de HISPANIA Antioquia.

1.2 Que la cláusula VIGÉSIMA SÉPTIMA de cada uno de los contratos mencionados establece:

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

(...)

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 intervención del Amigable Compondedor, 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 conducto 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 decidir en derecho con fundamento en la normatividad jurídica vigente de la República 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 mérito ejecutivo para el cumplimiento de este negocio jurídico. El Tribunal de Arbitramento se registrará por lo dispuesto en las normas jurídicas vigentes. Las cuestiones internas del tribunal se sujetarán a las reglas del citado Centro.

1.3 Que de conformidad con el artículo 13 del Código General del Proceso¹, la referencia al mecanismo de la amigable composición al que hace referencia la

¹ ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.

Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

cláusula VIGÉSIMA SÉPTIMA de cada uno de los contratos mencionados, no constituye un requisito de procedibilidad para que se adelante el presente trámite.

1.4 Que las controversias objeto del litigio son arbitrables subjetiva y objetivamente de conformidad con la Ley 1563 de 2012.

Así las cosas, mediante Auto No. 12 de 8 de septiembre de 2016 el Tribunal resolvió “ASUMIR competencia dentro del TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. EN CONTRA DE FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA Y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA.”

Ahora bien, el apoderado de la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, en sus alegatos de conclusión manifestó que las partes contratantes solo delegaron en el Tribunal asuntos relacionados con la (i) celebración del contrato, (ii) la interpretación del contrato, (iii) la aplicación del contrato y la (iv) ejecución del contrato. Que en ninguna parte de la cláusula quedó definido como tema delegado en el Tribunal la liquidación del contrato. Así las cosas, manifestó que el Tribunal de arbitramento tenía una imposibilidad material de decidir judicialmente sobre la liquidación del contrato y de los efectos que se siguen a partir de la liquidación, muy especialmente, la facultad de ordenar el pago del último 10% final. Esto último en tanto el pago de esta suma quedó sometida a la ocurrencia de un hecho jurídico específico, esto es, que exista un documento que se llame liquidación, sea bilateral, unilateral o judicial.

Ante esta manifestación, el Tribunal considera que no le asiste la razón a la parte convocada, toda vez que la cláusula compromisoria al haber establecido que el Tribunal de Arbitramento también resolvería “*en general las controversias que no se consideren de naturaleza técnica y que no hayan sido resueltas de acuerdo con la*

intervención del amigable componedor”, sí faculta al Tribunal a liquidar los contratos objeto de la controversia, pues la liquidación no resulta ser una controversia técnica excluida de su competencia.

Si bien la cláusula compromisoria hace referencia a las controversias relacionadas con la celebración, interpretación, aplicación o ejecución de los negocios jurídicos, también establece una expresión de clausura de competencia arbitral, para el resto de las controversias que no son de naturaleza técnica, para el caso, de la liquidación judicial de los contratos.

Finalmente y no por ello menos importante, el Tribunal advierte que ante la asunción de competencia por parte del Tribunal, mediante el mencionado Auto No. 12, ninguna de las partes interpuso ningún recurso, ni tampoco, en los controles de saneamiento del proceso, alguna de las partes impugnó la competencia del Tribunal para conocer de la totalidad de las pretensiones que le habían sido formuladas.

2. TÉRMINO DEL PROCESO Y SUSPENSIONES

Como no fue fijado por las partes un término de duración para el proceso, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012², el mismo se estableció en 6 meses.

Mediante Auto No. 12 de 8 de septiembre de 2016, luego de haber sumido competencia el Tribunal, comenzó a correr el término de duración del proceso, sin que el mismo fuere prorrogado.

² ARTÍCULO 10. TÉRMINO. Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

Al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso.

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012³, durante el trámite del proceso se presentaron las siguientes suspensiones por solicitud de ambas partes:

- a. Del 9 de noviembre de 2016 al 1 de diciembre de 2016 (23 días)
- b. Del 5 de diciembre de 2016 al 20 de enero de 2017 (45 días)
- c. Del 3 de febrero de 2017 al 15 de febrero de 2017 (13 días)
- d. Del 10 de marzo de 2017 al 2 de abril de 2017 (23 días)
- e. Del 5 de abril de 2017 al 19 de abril de 2017 (15 días)

Estas suspensiones sumadas no exceden los 120 días.

Así las cosas, el término máximo para proferirse y notificarse el laudo, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición, vencería el 7 de julio de 2017.

3. CAPACIDAD PARA SER PARTE, COMPARECER AL PROCESO Y DERECHO DE POSTULACIÓN

Los artículos 53, 54 y 73 del Código General del Proceso establecen:

Artículo 53. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en un proceso:

1. *Las personas naturales y jurídicas.*
2. *Los patrimonios autónomos.*
3. *El concebido, para la defensa de sus derechos.*
4. *Los demás que determine la ley.*

³ ARTÍCULO 11. SUSPENSIÓN. El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto.

Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo.

Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días.

No habrá suspensión por prejudicialidad.

Artículo 54. Comparecencia al proceso. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.

Quando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del hijo, o cuando hubiere varios guardadores de un mismo pupilo en desacuerdo, el juez designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.

Quando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos.

Quando la persona jurídica se encuentre en estado de liquidación deberá ser representada por su liquidador.

Los grupos de personas comparecerán al proceso conforme a las disposiciones de la ley que los regule.

Los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiesen nacido.

Artículo 73. Derecho de postulación. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

Así mismo los artículos 159 y 160 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

Artículo 159. Capacidad y representación. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el

contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor.

Artículo 160. Derecho de postulación. Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contenciosos administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, frente a la parte convocante, esto es, ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S., estas son personas jurídicas legalmente constituidas y representadas, de allí que pueda constatarse su capacidad para ser parte, para comparecer al proceso. Además, ambas partes, fueron representadas en el proceso por su abogado de confianza Camilo Andrés Marín Acosta, permitiéndoles ejercer su derecho de postulación.

Frente al FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA, puede verificarse que el mismo, como patrimonio autónomo que es, tiene capacidad para parte, compareció al proceso a través de la sociedad fiduciaria FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en su calidad de vocera y administradora del fideicomiso, y que fue representada en el proceso por tres abogados de confianza a saber: Lina

María Ochoa Figueroa, Yuliana Andrea Machado Escobar y Santiago Andrés Cardeño Restrepo, ejerciendo de esta forma su derecho de postulación.

Finalmente, frente a la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA esta entidad descentralizada del Departamento de Antioquia con personería jurídica y representada legalmente por su gerente general, tiene entonces capacidad para ser parte y comparecer al proceso, así mismo, fue representada en el proceso por dos abogados de confianza Santiago Andrés Cardeño Restrepo y Uriel Gómez Grisales, que le permitieron ejercer su derecho de postulación.

4. DEMANDA EN FORMA

El artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

- 1. La designación de las partes y de sus representantes.*
- 2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.*
- 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.*
- 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*

5. *La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.*

6. *La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.*

7. *El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.*

A su vez, el artículo 82 del Código General del Proceso señala:

Artículo 82. Requisitos de la demanda. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos:

- 1. La designación del juez a quien se dirija.*
- 2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT).*
- 3. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.*
- 4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.*
- 5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.*

6. *La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte.*

7. *El juramento estimatorio, cuando sea necesario.*

8. *Los fundamentos de derecho.*

9. *La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.*

10. *El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales.*

11. *Los demás que exija la ley.*

Parágrafo primero. Cuando se desconozca el domicilio del demandado o el de su representante legal, o el lugar donde estos recibirán notificaciones, se deberá expresar esa circunstancia.

Parágrafo segundo. Las demandas que se presenten en mensaje de datos no requerirán de la firma digital definida por la Ley 527 de 1999. En estos casos, bastará que el suscriptor se identifique con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos.

De conformidad con lo establecido en los Autos No 03 del 1 de febrero de 2016, 06 del 7 de marzo de 2016 y No. 8 del 21 de abril de 2016, tanto la demanda inicial como la de reconvención, cumplieron con los requisitos previstos en los Artículos 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 82 del Código General del Proceso, y por lo tanto se cumplió con el presupuesto procesal de la demanda en forma.

5. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Siendo la legitimación en la causa la correspondencia entre los sujetos vinculados por la relación procesal con los sujetos vinculados por la relación litigiosa, la misma debe ser verificada tanto desde el punto de vista de los pretensores (activa), como desde el punto de vista de los resistentes (pasiva).

En el presente trámite arbitral encontramos que los sujetos vinculados por la relación procesal son ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. de un lado – activo- y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA del otro – pasivo-.

Iguals sujetos que se encuentran vinculados por los Contratos de obra Civil No. 014, 029, 030, 031 y 033 todos del año 2013. En calidad de CONTRATANTE (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA), en calidad de CONTRATISTA (ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S quienes actuaron en la modalidad de consorciados del CONSORCIO VIP SUROESTE) y en calidad de GERENTE INTEGRAL (EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA).

Esta primera premisa permite deducir al Tribunal una legitimación en la causa formal entre convocantes y convocados, y a su vez entre demandantes en reconvención y demandados en reconvención.

Amén de lo anterior, la legitimación en la causa para pretender y resistir verificada en el trámite arbitral no fue solo de naturaleza formal, pues analizados los supuestos de hecho de las demandas inicial y de reconvención, puede deducirse que son ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. los llamados a

reclamar el cumplimiento contractual de los contratos mencionados, así como la indemnización de perjuicios derivada de los incumplimientos contractuales referidos, frente a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA que fue su contratante y a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA que a su modo de narrar fue quien determinó la forma en que se cumplieran los contratos mencionados. Así mismo, ya desde el punto de vista de la demanda de reconvencción, son la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, quienes podrían pretender la cláusula penal pactada en los contratos mencionados, frente a ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S que eran los contratistas de los mismos.

Ahora bien, en los alegatos de conclusión, tanto del FIDEICOMISO FIDUBOGOTA – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA como de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA, se puso de presente que la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA no tiene la calidad de contratante dentro de los Contratos de Construcción de Obra Civil y, por tanto, que no puede ser tenida como parte demandada, ni mucho menos tampoco podría ser condenada, en caso que tal condena se diere.

Para absolver este interrogante, es necesario tener en cuenta los siguientes dos aspectos relevantes:

1. La calidad en la que actúa EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA en la relación comercial frente al CONSORCIO VIP SUROESTE, y
2. La conducta procesal de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA en este trámite arbitral.

Respecto del primer enunciado, es menester tener presente que EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA mantuvo en toda la relación comercial objeto de esta litis, tanto desde la etapa precontractual como en la ejecución del contrato de construcción de obra un papel protagónico, pues fue ésta quien firmó el contrato de Construcción de Obra y actuó en doble calidad, de una parte, como fideicomitente del patrimonio autónomo, quien era su responsable de suministrar los recursos suficientes y oportunos para que atendiera los compromisos que adquiriera en desarrollo de su objeto (Cláusula tercera, parágrafo 4, inciso 6 del Contrato de Construcción de Obra) y, de la otra, como Gerente Integral del Proyecto, recayendo sobre ella todas las obligaciones de supervisor general del contrato (Numeral 9 del capítulo Definiciones del Contrato), supervisión que se puede verificar desde la etapa precontractual, pues fue quien remitió al adjudicatario de los contratos el proyecto de minuta de contrato para su revisión -según correos enviados entre marzo y mayo de 2014 según obran en el expediente- y quien supervisaba la ejecución del contrato por parte del contratista, a punto tal, que fue quien emitió una lista de chequeo para efectuar pagos al contratante y quien debía autorizarlos por ejemplo (Cláusula Quinta numeral 3 de los contratos).

Este proceder precontractual y contractual de EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA nos lleva a concluir, sin lugar a dudas, que ella también ostenta la calidad de parte sustancial en este proceso arbitral.

Respecto del segundo enunciado, debemos manifestar que si EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA hubiera considerado que ella no era parte de la relación sustancial en el Contrato de Construcción de Obra y, por tanto, que la cláusula compromisoria no le era aplicable, se debió haber opuesto a la misma conforme lo señala el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, esto es en el traslado de la demanda principal o de su reforma, pero así no lo hizo, por lo que el efecto legal de esta omisión es el de entenderse probado el pacto arbitral con dicha parte.

Finalmente, si la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA considerara su ausencia de legitimación en la causa por pasiva, bajo los mismos argumentos, *mutatis mutandis*, lo habría tenido que considerar para formular la demanda en reconvención, pues es la misma relación sustancial la que da lugar a esa reclamación en la que actúa como parte pretensora la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA sin advertir acaso que no era parte de los contratos de obra civil que dieron lugar a esta controversia.

Por lo anteriormente analizado, este Tribunal considera que la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA está legitimada en la causa por pasiva para resistir las pretensiones de la demanda inicial y por activa para pretender en la demanda de reconvención.

6. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA

La demanda arbitral fue presentada el día 21 de octubre de 2015 y fue admitida el día 1 de febrero de 2016 a través de Auto No 03, reconociendo que con ella el demandante se encontraba ejerciendo el medio de control de controversias contractuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, de cara a determinar si la demanda fue presentada en término, esto es, que no ha operado el fenómeno de la caducidad, debemos remitirnos a lo reglado en el artículo 164 de la mencionada Ley, como a continuación se indica:

ARTÍCULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. *En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

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.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

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;

De conformidad con lo que se viene de anotar, encontramos que los contratos bajo examen son de aquellos que requieren liquidación por ser de tracto sucesivo. Adicionalmente, se estableció en la cláusula décima novena la forma como ellos debieron ser liquidados, indicando que el plazo establecido era de dos meses a partir de la terminación.

Se expresa en la demanda y no es controvertido por la parte convocada, que los contratos a la fecha no han sido objeto de liquidación. Por lo anterior, deberá utilizarse la fecha de recibo final de las obras, como aquella a partir de la cual se contarán los 2 meses que disponían las partes para liquidar el contrato de mutuo acuerdo y a partir de su vencimiento, calcular el término de oportunidad para presentar la demanda, ya que en los contratos que suscribieron las partes, por su régimen privado no tenía la contratante la facultad de liquidarlos unilateralmente.

De las actas de recibo final de obra y de lo expresado en la demanda, se puede reconstruir los siguientes datos:

PROYECTO	TERMINACIÓN	RECIBO FINAL	LIQUIDACIÓN	CADUCIDAD
TAMESIS	21-jun-14	03-feb-15	03-abr-15	03-abr-17
FREDONIA	03-may-14	03-feb-15	03-abr-15	03-abr-17
PUEBLO RICO	01-oct-14	28-ene-15	28-mar-15	28-mar-17
TARSO	17-may-14	03-feb-15	03-abr-15	03-abr-17
HIPANIA	11-nov-14	08-ene-15	08-mar-15	08-mar-17

Como bien se indicó, la demanda fue presentada el 21 de octubre de 2015, razón por la cual puede concluirse sin mayor dificultad que no ha operado la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

IX. MOTIVOS DE LA DECISIÓN – ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO

Para entrar a resolver las controversias sometidas a decisión de este Tribunal Arbitral, tanto en la demanda principal y su reforma, como en la demanda de reconvención, así como en las excepciones alegadas por ambas partes, consideramos necesario realizar un estudio y análisis de los diferentes problemas jurídicos planteados en el litigio y que permitirán adoptar las decisiones pertinentes, a saber:

1. CARÁCTER DE ADHESIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA
2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE PAGO POR IMPEDIMENTO DE FACTURACIÓN
3. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE PAGO DEL 10% RETENIDO DE TODOS LOS CONTRATOS DE OBRA Y DEL 3.05% DEL CONTRATO 033 DE 2013
4. CONSTITUCIÓN EN MORA Y RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS
5. INCUMPLIMIENTO POR RETRASO EN EL RECIBO DE LAS OBRAS

6. LUCRO CESANTE POR UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR EN LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO
7. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES (NULIDAD Y MECANISMOS SUPLETORIOS DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES)
8. CLÁUSULA PENAL

Una vez planteados estos temas, se procederán a desarrollar los diferentes problemas jurídicos así:

1. CARÁCTER DE ADHESIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA

1.1. Concepto de contrato de adhesión

Las referencias directas o indirectas al contrato de adhesión en Colombia pueden encontrarse en normas referentes a servicios públicos (Ley 142 de 1994, aplicable a las relaciones entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y a sus usuarios), consumidores financieros (Ley 1328 de 2009, Régimen de Protección al Consumidor Financiero, aplicable a los sectores financiero, bancario, asegurador y del mercado de valores), y consumidores en general (Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, que además de definirlo, establece disposiciones de protección contractual a los consumidores).

Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia pueden encontrarse desarrollos más detallados de esta figura, extendiéndola a otras esferas del derecho privado y público. En efecto, Christian Larroumet⁴ define al contrato de adhesión como *"aquél acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un*

⁴ LARROUMET, Ch. *Teoría General del Contrato*, vol. I, (p. 207) reimpr. 2.ª ed., trad. de Jorge Guerrero. Temis. Bogotá. 1999.

esquema de *'lo toma o lo deja'*". En el mismo sentido, afirma Stiglitz⁵ que la identificación de un contrato como de adhesión se deriva de la capacidad de negociación de la parte predisponente respecto de la adherente.

Ahora bien, debido a la limitación de la libertad del adherente sobre la discusión de las cláusulas de un contrato de esta índole, se ha discutido en la doctrina si el contrato de adhesión podría considerarse como tal, o si se trata de un acto jurídico unilateral en el que el predisponente impone su voluntad y el adherente actúa meramente como un sujeto pasivo de la relación. Sin embargo, al respecto, ha dicho el doctrinante Josserand que *"ni la igualdad económica ni la igualdad verbal son condiciones necesarias para la validez de los contratos; basta con la igualdad jurídica"*⁶.

Sobre este punto han coincidido los doctrinantes Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, al afirmar que *"para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra"*⁷. En efecto, ambos doctrinantes coinciden en que sí existe una contribución por parte del adherente al contrato, en la medida en que este lo acepta voluntariamente, habiendo podido no hacerlo⁸.

Con base en lo anterior, el contrato de adhesión se compone de dos partes: en primer lugar, la parte predisponente; y en segundo lugar, la parte adherente. La parte predisponente es aquella persona natural o jurídica que establece las reglas que regirán la relación jurídica de manera unilateral, con miras a la ejecución de todo negocio que conlleve al desarrollo de su actividad económica.

La parte adherente, por otro lado, es aquella persona natural o jurídica que *"contrata con el predisponente la adquisición de bienes y/o la prestación de servicios requeridos*

⁵ STIGLITZ, RUBÉN S. Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1994.

⁶ JOSSERAND, Étienne Louis. *Cours de droit civil*, t. II. Paris, Francia. 1938.

⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Editorial Temis. 1980.

⁸ Ibidem.

*para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o domésticas, como destinatario final de los mismos, o para incorporarlos en su proceso de producción o transformación, o simplemente para comercializarlos*⁹. Lo anterior en tanto la parte adherente puede ser un consumidor, en el primer caso, o un empresario "débil" o con un poder sustantivamente inferior de negociación, en el segundo caso. En efecto, *"el concepto de parte débil no sólo abarca al consumidor, sino que por ser un concepto amplio también incluye a los empresarios que celebran contratos de adhesión individuales con empresarios que ostentan una posición de dominio contractual, en los cuales, generalmente, el empresario predisponente impone sus políticas de contratación al empresario débil"*¹⁰.

Ahora bien, debido a la existencia de una disparidad entre el poder de negociación de las partes se deriva que haya una parte fuerte y una parte débil en un contrato de adhesión. La Corte Constitucional afirma en sentencia C-1140 del 2000¹¹ que en los contratos de adhesión, la parte débil de la relación *"limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas"*¹².

En caso objeto de estudio, tenemos que está probado que las minutas de los Contratos de Construcción de Obra no fueron incluidas en la Invitación a Presentar Ofertas según lo probado en el proceso y que las mismas fueron remitidas por la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA a CONSORCIO VIP SUROESTE vía correo electrónico cruzados entre el 25 de febrero y 22 de mayo de 2013 para la revisión de este último, revisión que según dan cuenta los mismos correos, consistió en proponer ajustes menores a la minuta de contrato y aclarar dudas respecto de los contratos, las que terminaron en que el contrato que debía firmarse es el que

⁹ POSADA TORRES, Camilo. *El Equilibrio Contractual en los Contratos de Adhesión* (pp. 62-63). Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2014.

¹⁰ POSADA TORRES, Camilo. *El Equilibrio Contractual en los Contratos de Adhesión* (pp. 62-63). Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2014.

¹¹ M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² En el mismo sentido es definido el contrato de adhesión en el artículo 1390 del Código Civil peruano de 1984, al establecer que en este contrato *"una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar integralmente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar"*.

Fidubogota como vocera del Patrimonio Autónomo contratante envió, según lo consignado en correo del 17 de abril de 2013 enviado por Natalia Rendón.

En forma adicional a lo anterior, también está probado en este trámite que el Patrimonio Autónomo FIDUBOGOTA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA, celebró y administró 53 Contratos de Construcción de Obra bajo este mismo modelo y proyecto, 5 de los cuales los celebró con el Contratista CONSORCIO VIP SUROESTE; y de los 53 contratos, fueron allegados 20 Contratos de Construcción de Obra, celebrados en los mismos términos y condiciones que los aquí debatidos, a través del Oficio 001 y 008.

Finalmente, este Tribunal considera que hay suficientes indicios que permiten tener por probado que el Patrimonio Autónomo FIDUBOGOTA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA tenía un mayor poder de negociación que el CONSORCIO VIP SUROESTE y quien redactó y definió, finalmente, los términos y condiciones para la Construcción de las Obras contratadas fue el Patrimonio Autónomo FIDUBOGOTA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA, por lo que este Tribunal considera que los Contratos de Construcción de Obra son contratos de adhesión en los que el Patrimonio Autónomo FIDUBOGOTA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA ostenta la calidad de predisponente en tanto que el CONSORCIO VIP SUROESTE la de adherente.

Como consecuencia de lo anterior se fallarán favorablemente las pretensiones primera principal y segunda principal y no se acogerá la excepción denominada "*lo exigido al contratista fue pactado contractualmente – inexistencia de contrato de adhesión*".

1.2. Interpretación de los contratos de adhesión.

Debido a la existencia de la disparidad entre la parte predisponente y la parte adherente en los contratos de adhesión, la ley establece normas "*para la interpretación de los contratos por adhesión en tal forma que sus cláusulas dudosas*

sean interpretadas a favor del adherente”¹³. En efecto, estas normas imponen controles a las partes predisponentes en la redacción de cláusulas sometidas a la aprobación de los adherentes.

Una cláusula ambigua, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, es aquella que tiene significados diversos o sentidos antagónicos¹⁴. Sobre esta tipología de cláusulas, establece el inciso segundo del artículo 1624 de nuestro Código Civil que *“las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”*.

Esta interpretación en contra de la parte que haya dictado una cláusula ambigua en el contrato es plenamente aplicable a los contratos de adhesión en los que no existe una relación de consumo, y debido a la naturaleza de estos contratos, caracterizada por la disparidad en el poder de negociación, dicha interpretación recaerá sobre la parte predisponente. Así, en caso de que exista una cláusula ambigua en un contrato de adhesión, esta se interpretará en contra de la parte predisponente.

La afirmación anterior se sustenta en la extensión que hace la Corte Suprema de Justicia de la regla hermenéutica contenida en el artículo 1624 del Código Civil a los contratos de adhesión, al afirmar que *“solamente las cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos deben ser interpretados a favor de la parte que da su consentimiento por adhesión. Cuando son claras, terminantes y precisas, no, aunque parezcan ante el juez exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones”*¹⁵.

En el mismo sentido, y aplicando a esta tipología contractual reglas hermenéuticas adicionales, ha dicho la Corte que los contratos de adhesión son campos propicios para *“la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de*

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de enero 15 diciembre de 1970.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de agosto de 1980.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de agosto de 1980.

los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente”¹⁶.

De esta forma, con base en la normatividad vigente y en la jurisprudencia, las cláusulas ambiguas en contratos de adhesión deberán ser interpretadas tanto en contra de la parte predisponente (Código Civil), como en favor del adherente (Corte Suprema de Justicia). Así mismo, el juez debe realizar un ejercicio hermenéutico de manera que, conocida la intención del predisponente y del adherente, pueda atenerse más a esta que al contenido literal del contrato de adhesión. Por último, y en el mismo sentido de la interpretación en favor del adherente y en contra del predisponente respecto a cláusulas ambiguas, en caso de la existencia de dos cláusulas incompatibles, el juez debe preferir la que exprese mejor la intención del adherente en un contrato de adhesión.

Habiendo prosperado las pretensiones primera y segunda principales y con lo que se viene de anotar respecto de la interpretación de los contratos de adhesión, en caso de que el Tribunal, al momento de resolver una pretensión, deba hacer una interpretación de los contratos objeto de la controversia o encontrarse una ambigüedad lingüística, se realizará una interpretación a favor del adherente. Así las cosas, se fallarán favorablemente las pretensiones primera y segunda consecuenciales de la primera y segunda principales.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 8 de mayo de 1974.

2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE PAGO POR CONDICIONES IMPUESTAS PARA EL PAGO E IMPEDIMENTO EN LA FACTURACIÓN

Como cuestión previa el Tribunal aclara que no es cierta la afirmación que se hizo en la demanda por la parte convocante en el sentido de que existen diversas regulaciones respecto del pago; referida a que la forma de pago que contenían los términos de referencia en el numeral 7.2 de las invitaciones privadas, fue modificada en el contrato por las entidades convocadas. No reparó la parte convocante, ni lo advirtieron en su oposición las demandadas, que la forma de pago, tal como quedó en el parágrafo 4 de la cláusula tercera de los contratos de obra civil objeto de la presente controversia, había sido modificada desde el mismo procedimiento de las invitaciones privadas 016, 017, 023, 024 y 025 de 2012, a través de la Adenda No. 1, en la cual se modificó el numeral 7.2 de los términos de referencia por la forma de pago que finalmente se estipuló en los contratos; lo cual puede verse en la adenda No 1, a folios 117, 135, 222, 264 del C.1 del expediente.

No siendo necesario, en consecuencia, tener que establecer cuál de los dos documentos privilegiaba la forma en que debían atenderse los pagos de los contratos 014, 029, 030, 031 y 033 de 2013, este Tribunal se limitará a recordar la forma de pago como quedó establecida en el numeral 7.2 de los términos de referencia (con las modificaciones de la adenda 1) y el parágrafo 4 de la cláusula tercera del contrato:

- (i) Un primer pago del 5% del valor del contrato, una vez recibida a satisfacción la parte pre-constructiva y realización de las actividades en cabeza del contratista; con la presentación de la factura o documento equivalente, previo visto bueno del interventor y el ordenador del gasto en la Empresa de Vivienda de Antioquia –VIVA-
- (ii) El 85% del valor del contrato se cancelaría mediante actas mensuales de obra, de acuerdo con el porcentaje de avance del objeto contractual; previa

presentación de la factura o documento equivalente debidamente legalizado, aprobado por el interventor y el ordenador del gasto en la Empresa de Vivienda de Antioquia –VIVA-.

Corresponde pues, en esta etapa del trámite, determinar si condicionó la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, el pago de las facturas del consorcio VIP Suroeste, a unos requisitos que no estaban incluidos en el contrato.

Aprecia el Tribunal, como se desprende de la comunicación del 21 de diciembre de 2016, que la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, envió al Consorcio Vip Suroeste, integrado por las sociedades en este proceso convocantes, que luego de haber devuelto en dos ocasiones las facturas de cobro del contrato 033 de 2013, en esa comunicación pone de presente la siguiente lista de chequeo a la que el contratista debía ajustar sus cuentas de cobro de las actividades ejecutadas del contrato:

CHECK LIST - PAGO A CONTRATISTAS - PAD VIVA			
PAGO EN ETAPA PRECONSTRUCTIVA CONSTRUCTOR 5%			
ITEM	DESCRIPCION	CUMPLE SI/NO	OBSERVACIONES
	Orden de pago, la cual debe estar diligenciada y suscrita por la Empresa de Vivienda de Antioquia y de acuerdo al registro de firmas radicado en fidubogotá S.A.		

CHECK LIST - PAGO A CONTRATISTAS - PAD VIVA			
PAGO EN ETAPA PRECONSTRUCTIVA CONSTRUCTOR 5%			
ITEM	DESCRIPCION	CUMPLE	OBSERVACIONES
		SI/NO	
Aspectos Jurídicos			
1	Pólizas actualizadas con fecha del acta de inicio (cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales y responsabilidad civil extracontractual) y debidamente aprobadas por el contratante.	SI	
2	Actualización de garantía de calidad de diseños, debidamente aprobada por el contratante.	SI	
3	Constitución y aprobación de la garantía de todo riesgo de construcción.	SI	
Aspectos Financieros			
4	Factura a nombre de Patrimonio Autónomo Derivado Fideicomiso (Nombre del Municipio) con Nit 830.055.897-7, Dirección la cual deberá ser radicada por parte del interventor en el Archivo de la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, con todos los anexos y aprobaciones por parte del interventor.	SI	
5	Copia del Rut Actualizado del constructor	SI	
6	Certificación emitida por el Constructor indicando la cuenta bancaria donde se deberán abonar los recursos	SI	
7	Certificado bancario de la cuenta en la que se abonarán los recursos	SI	
8	Certificado firmado por el interventor de que el Constructor se encuentra al día en parafiscales con sus respectivos soportes	NO	No se presentó ni la certificación del Interventor, ni los soportes respectivos.
Aspectos Técnicos			
9	Programación de obra por capítulo (porcentajes por capítulo) según formato enviado por correo electrónico, debidamente firmado por interventor y constructor	NO	No presentaron acta de concertación por capítulo e inversión semanal, debidamente firmada por representantes legales del constructor e interventor, la cual debe corresponder con el plazo

CHECK LIST - PAGO A CONTRATISTAS - PAD VIVA			
PAGO EN ETAPA PRECONSTRUCTIVA CONSTRUCTOR 5%			
ITEM	DESCRIPCION	CUMPLE	OBSERVACIONES
		SI / NO	
			contractual ampliado de 8 meses.
10	Certificación del interventor aprobando todas las gestiones respecto de la fase preconstructiva, dentro de los que se encuentra la aprobación de diseños, de conformidad con lo indicado en los términos de referencia y el respectivo contrato.	NO <i>E.V.</i>	Esta certificación presenta los siguientes ítems que no cumplen: 1.5, 4.7, 4.10, 6.13, 7.1, 8.13, y dado el alto grado de avance en el cronograma de obra no es posible conceder más tiempo para cumplir con la entrega de cada uno de los documentos y en los términos solicitados.
11	Acta de avance firmada por el contratista e interventor, de acuerdo a los formatos existentes para el efecto.	SI	
12	Planos arquitectónicos y urbanos debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	NO <i>E.V.</i>	<p>En la propuesta aparece un ofrecimiento de 45 m2 por unidad de vivienda y en plenos figura 42.13 m2, falta soporte que sustente tal modificación.</p> <p>La cocina no dispone de espacio para estufa, se debe subsanar esta falencia con la disposición de un mesón de 1.50 m. con quemadores.</p> <p>A simple vista existen diferencias entre la firma de la diseñadora consignada en la hoja de vida frente a la que aparece en los planos arquitectónicos, se solicita una certificación de la arquitecta Angela María Pérez, donde aclare tal situación y avale los planos sellados por la Oficina de Planeación.</p> <p>Falta la impresión de los planos de puertas y ventanas, muebles y buitrones, escaferas que aparecen en el archivo digital.</p>

CHECK LIST - PAGO A CONTRATISTAS - PAD VIVA			
PAGO EN ETAPA PRECONSTRUCTIVA CONSTRUCTOR 5%			
ITEM	DESCRIPCION	CUMPLE	OBSERVACIONES
		SI/NO	
13	Planos estructurales debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	NO	Falta firma y matrícula profesional del revisor estructural del proyecto por parte del constructor. De igual manera según la NSR-10, el geotecnista debe firmar los planos de fundaciones, dando con ello el aval a la solución propuesta.
14	Planos hidrosanitarios debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	NO	Falta el diseño de la red contra incendio y cálculo estructural de los tanques de almacenamiento. La versión digital no contiene los cuadros de notas de 21 puntos (siendo una exigencia de Fonade que exista correspondencia entre los mismos).
15	Planos eléctricos debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	NO	No presentó diseño eléctrico, tanto interno como externo del proyecto. Falta diseño de apantallamiento (protección contra rayos) o si es del caso certificación manifestando que el proyecto NO lo requiere. Falta archivo digital.
16	Certificación de la entidad municipal donde se indique la disponibilidad o no del servicio de gas en el lote objeto del contrato.	SI	
17	Planos de redes de gas debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e	NA.	

CHECK LIST - PAGO A CONTRATISTAS - PAD VIVA			
PAGO EN ETAPA PRECONSTRUCTIVA CONSTRUCTOR 5%			
ITEM	DESCRIPCION	CUMPLE	OBSERVACIONES
		SI/NO	
			situación.
29	Informe de revisión y aprobación por parte de la interventoría, el cual se refiere al informe mensual en el formado enviado por VIVA como gerente integral.	N/A.	No aplica para la etapa preconstructiva.

La pregunta que se hace este Tribunal, es si el contrato debía hacer referencia a que los pagos se sujetarían a esos requisitos y si los mismos se ajustan al contrato.

La demandada Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, manifestó a lo largo de su defensa que el listado de chequeo *es un simple resumen simplificado de los requisitos de pago que están en diferentes apartes del contrato*, y para rebatir el argumento de la demandante que considera que ese listado está por fuera del contrato, tanto en la contestación de la demanda como en las alegaciones, aportó el documento con el comparativo – disposición contractual que lo respalda, que a continuación se transcribe en este laudo:

PARA EL PAGO DE LA ETAPA PRECONSTRUCTIVA	
Aspectos Jurídicos	Justificación en las obligaciones contractuales
1 Pólizas actualizadas con fecha del acta de inicio (cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales y responsabilidad civil extracontractual) y debidamente aprobadas por el contratante.	CUARTA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: PARÁGRAFO 6. Obligaciones de información. (v) Póliza de estabilidad de la obra y actualización de las demás pólizas que lo requieran.
2 Actualización de garantía de calidad de diseños, debidamente aprobada por el contratante.	SÉPTIMA. GARANTÍAS: De Calidad de Diseño. Equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato y con una vigencia de dos (2) años contados a partir del recibo a satisfacción de los diseños expedido por EL INTERVENTOR
3 Constitución y aprobación de la garantía de todo riesgo de construcción.	SÉPTIMA. GARANTÍAS: De todo riesgo construcción. Equivalente al veinte (20%) del costo directo de la obra, con una vigencia igual a la duración del contrato, la cual debe amparar entre otros, las pérdidas o daños accidentales, súbitos e imprevistos que se deriven de cualquier causa, los daños que sufran los bienes y elementos de las obras y/o objetos propios de la contratación, adicionalmente tener en cuenta eventos naturales como deslizamientos y/ o remoción de escombros por la topografía del terreno. Afectación a las viviendas vecinas y actos malintencionados de terceros, como sabotaje y terrorismo. Dicha póliza deberá iniciar su vigencia a partir del momento en que sea aprobada la licencia de construcción por el correspondiente municipio, momento a partir del cual EL CONTRATISTA se obliga a entregarla, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles, con su correspondiente recibo de pago dentro.

	Aspectos Financieros	
4	Factura a nombre de Patrimonio Autónomo Derivado Fideicomiso (Nombre del Municipio) con Nit 830.055.897-7, Dirección la cual deberá ser radicada por parte del interventor en el Archivo de la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, con todos los anexos y aprobaciones por parte del interventor.	TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO PARÁGRAFO 4. FORMA DE PAGO. ... con la presentación de la factura o documento equivalente.
5	Copia del Rut Actualizado del constructor	<i>Como se puede observar este requerimiento hace mención a la entrega de un documento que es de común utilización en las empresas. Dado que algunas de ellas modifican su calidad tributaria y no lo informan oportunamente, se requiere la entrega del mismo, lo cual asegura a la FIDUCIARIA estar haciendo las retenciones ordenadas por ley, sin imponer la carga al constructor de hacer el respectivo anuncio ante cada uno de los cambios.</i>
6	Certificación emitida por el Constructor indicando la cuenta bancaria donde se deberán abonar los recursos	TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO PARÁGRAFO 4. FORMA DE PAGO: ... Los pagos se consignarán en la entidad bancaria que EL CONTRATISTA designe para el efecto...
7	Certificado bancario de la cuenta en la que se abonarán los recursos	TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO PARÁGRAFO 4. FORMA DE PAGO: ... Los pagos se consignarán en la entidad bancaria que EL CONTRATISTA designe para el efecto...
8	Certificado firmado por el interventor de que el Constructor se encuentra al día en parafiscales con sus respectivos soportes	TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO PARÁGRAFO 4. FORMA DE PAGO: ...Para efectos de aprobación de pago, se deberá acreditar al INTERVENTOR del contrato designado, el pago de aportes de seguridad social (salud, pensiones y ARL) y parafiscales, en los términos señalados en la normatividad vigente para el efecto.
	Aspectos Técnicos	
9	Programación de obra por capítulo (porcentajes por capítulo) según formato enviado por correo electrónico, debidamente firmado por interventor y constructor	PRIMERA. OBJETO: Las obras civiles objeto de este Contrato, se encuentran plenamente establecidas y delimitadas en los siguientes documentos, los cuales hacen parte integral de este Contrato: (vii) Cronograma de actividades de obra, plan de inversión discriminado por ítems del Presupuesto presentados por CONTRATISTA y estimados en porcentaje; CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: PARÁGRAFO 1. Obligaciones de Carácter General.

		17. Presentar oportunamente para revisión, aprobación y observaciones de la INTERVENTORÍA, las actas en las que conste el avance y el estado actualizado de las obras realizadas en ejecución del objeto del presente Contrato, todos en medio impreso y magnético editable.
10	Certificación del interventor aprobando todas las gestiones respecto de la fase preconstructiva, dentro de los que se encuentra la aprobación de diseños, de conformidad con lo indicado en los términos de referencia y el respectivo contrato.	<p>TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO.</p> <p>PARÁGRAFO 4. FORMA DE PAGO.</p> <p>Un primer pago correspondiente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato, una vez recibida a satisfacción la fase preconstructiva y la realización de las actividades en cabeza de EL CONTRATISTA, con la presentación de la factura o documento equivalente, <u>previo visto bueno de EL INTERVENTOR del contrato designado</u> y el ordenador del gasto de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL)...</p>
11	Acta de avance firmada por el contratista e interventor, de acuerdo a los formatos existentes para el efecto.	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <p>PARÁGRAFO 1. Obligaciones de Carácter General.</p> <p>17. Presentar oportunamente para revisión, aprobación y observaciones de la INTERVENTORÍA, las actas en las que conste el avance y el estado actualizado de las obras realizadas en ejecución del objeto del presente Contrato, todos en medio impreso y magnético editable.</p>
12	Planos arquitectónicos y urbanos debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <p>PARÁGRAFO 8. Obligaciones sobre Programas Detallado para la ejecución de la obra.</p> <p>Una vez terminada la etapa Preconstructiva, y como requisito indispensable para adelantar el trámite de cobro del cinco por ciento (5%) equivalente a la primera acta, se deberá entregar al INTERVENTOR para su aprobación el Programa Detallado para la ejecución de la obra:</p> <p>Programas detallados para la ejecución de la obra</p> <p>La programación de ejecución deberá ser por los frentes de trabajo definidos y entre otros aspectos, <u>los planos</u>, los documentos técnicos y las condiciones del sitio de los trabajos</p>
13	Planos estructurales debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	
14	Planos hidrosanitarios debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	
15	Planos eléctricos debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e	

	informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	
16	Certificación de la entidad municipal donde se indique la disponibilidad o no del servicio de gas en el lote objeto del contrato.	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <ul style="list-style-type: none"> Obligaciones Específicas del Contratista: <p>Realizar la construcción de 60 viviendas de interés prioritario y sus respectivas obras de urbanismo en el municipio de HISPANIA, Antioquia, <u>en las condiciones técnicas que se detallan en el anexo técnico</u>, y en los términos de referencia que antecedieron la invitación privada.</p> <p><i>Dado que el anexo técnico contempla la realización de la red de gas, en las condiciones allí indicadas, es indispensable conocer la existencia o no de dicha disponibilidad para determinar si es procedente o no el pago del primer 5%, en atención a la totalidad de diseños que debería realizar el Constructor.</i></p>
17	Planos de redes de gas debidamente aprobados con copia de la matrícula profesional de quien los aprueba e informe por parte de la interventoría aprobando dichos diseños. Copia magnética e impresa.	Según lo indicado en el numeral anterior y para los casos en que aplique.
18	Programación de la Obra en proyecto	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <p>PARÁGRAFO 8. Obligaciones sobre Programas Detallado para la ejecución de la obra.</p> <p>Una vez terminada la etapa Preconstructiva, y como requisito indispensable para adelantar el trámite de cobro del cinco por ciento (5%) equivalente a la primera acta, se deberá entregar al INTERVENTOR para su aprobación el Programa Detallado para la ejecución de la obra:</p> <p>Programas detallados para la ejecución de la obra</p> <p>La programación de ejecución deberá ser por los frentes de trabajo definidos y entre otros aspectos, los planos, los documentos técnicos y las condiciones del sitio de los trabajos, utilizando una software tipo Project, o similar, en un diagrama de barras discriminado por semanas.</p>
19	Resolución(es) por medio de la cual se concede la licencia de urbanismo y construcción	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.</p> <p>Obligaciones Específicas del Contratista:</p> <p>1) Dentro de los primeros cuarenta y cinco (45) días del inicio del contrato, el contratista deberá adelantar las siguientes</p>

		<p>actividades:</p> <p>C) Realizar la gestión y obtención de licencias de construcción y urbanismo;</p>
20	Entrega de permisos ambientales y demás permisos necesarios para el correcto comienzo de la obra	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.</p> <p>Obligaciones Específicas del Contratista:</p> <p>Dentro de los primeros cuarenta y cinco (45) días del inicio del contrato, el contratista deberá adelantar las siguientes actividades:</p> <p>B) Realizar la gestión y obtención de los permisos, concesiones y autorizaciones por uso, intervención y aprovechamiento de los recursos naturales cuando a ello hubiere lugar;</p>
21	Acta de inventario de Espacio Público	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <p>PARÁGRAFO 5. Obligaciones relacionadas con la ejecución de la obra:</p> <p>1. Adelantar todas las gestiones necesarias ante las autoridades respectivas, para la obtención de los permisos requeridos en la ejecución de obra, diferentes a los previamente obtenidos por EL CONTRATANTE y/o LA GERENCIA INTEGRAL, tales como: cruce de vías, cierre temporal de vías, accesos a cada área, ingreso del personal, horarios de trabajo, excavaciones, o cualquier intervención del espacio público, según corresponda de acuerdo con el proyecto que se ejecuta.</p>
22	Plan de Manejo socio ambiental en obra	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <p>PARÁGRAFO 8. Obligaciones sobre Programas Detallado para la ejecución de la obra.</p> <p>Programas complementarios</p> <p>Programa de manejo ambiental;</p> <p>DECIMA SÉPTIMA. COMPONENTE AMBIENTAL:</p> <p>IMPACTO AMBIENTAL: El CONTRATISTA organizará los trabajos de tal de forma que los procedimientos aplicados sean compatibles no sólo con los requerimientos técnicos necesarios, sino con las disposiciones contenidas en la normatividad vigente sobre la materia; las normas especiales para la gestión y obtención de las autorizaciones y permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Cualquier contravención a los preceptos anteriores será de responsabilidad del CONTRATISTA. EL INTERVENTOR, por esta causa podrá ordenar la modificación de procedimientos o la suspensión de los trabajos. Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional, serán tramitados y obtenidos</p>

		<p>por cuenta y riesgo de EL CONTRATISTA previamente a la iniciación de las actividades correspondientes.</p> <p>PARÁGRAFO: INDEMNIDAD AMBIENTAL. EI CONTRATISTA garantiza que cumplirá a cabalidad con los requerimientos ambientales legales, reglamentarios y contractuales, y que no generará daño o perjuicio al CONTRATANTE, o a LAS ENTIDADES que financian el desarrollo del proyecto con ocasión del subsidio de vivienda o a terceros por esta causa; por lo tanto, las sanciones que por este concepto imponga la Autoridad Ambiental se pagarán directamente por EL CONTRATISTA, quien, mediante el presente documento, autoriza que le sea descontado del saldo insoluto del valor del Contrato.</p>
23	Programa de salud ocupacional	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <p>PARÁGRAFO 8. Obligaciones sobre Programas Detallado para la ejecución de la obra.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Programas complementarios <p>Programa de salud ocupacional;</p>
24	Hojas de vida y copia de matrículas profesionales de los profesionales encargados del diseño.	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:</p> <p>PARÁGRAFO 9. Normas aplicables a la obra.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El código NSR-10 Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismorresistentes (Decreto 926 de 19 de marzo de 2.010); <p><i>Esta norma indica la obligación de aportar la tarjeta profesional de las personas encargadas del diseño y de la obra.</i></p>
25	Hojas de vida y copia de matrículas profesionales de los profesionales encargados de la obra.	
26	Memorias de diseño del proyecto (eléctricas, hidrosanitarias y estructurales)	<p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Sin perjuicio de las demás obligaciones de ley y de las normas que regulan el ejercicio de la ingeniería y sus profesiones afines y auxiliares, de las contenidas en las normas urbanísticas, técnicas y ambientales pertinentes, de las particulares que correspondan a la naturaleza del Contrato, de aquellas contenidas en apartes de los Términos de Referencia y de las consignadas específicamente en las demás cláusulas del Contrato y documentos anexos del mismo, EL CONTRATISTA contrae, entre otras, las siguientes...</p>
27	Resultados de los estudios de suelos e informe por parte de la interventoría aprobando dichos estudios	
28	Copia de las actas de vecindad	<p><i>Para estos requerimientos basta con referirse al Decreto 1469 de 2010 Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se</i></p>

	<i>expiden otras disposiciones, la cual en diferentes apartes contempla la exigencia de aportar dichos documentos para la obtención de la licencia, producto propio de la etapa preconstructiva y cuyos soportes son de interés tanto para el Contratante como la Empresa de Vivienda de Antioquia. Ver Artículos 29 y 38, entre otros.</i>
29	<p>Informe de revisión y aprobación por parte de la interventoría, el cual se refiere al informe mensual en el formado enviado por VIVA como gerente integral.</p> <p>CUARTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: PARÁGRAFO 6. Obligaciones de información</p> <ul style="list-style-type: none">● Presentar informes mensuales, los cuales deberán ser aprobados por el INTERVENTOR y contener, para cada uno de los frentes de trabajo.

La opinión que tienen los profesionales que ejercieron la función de interventoría de los contratos de obra civil, y a quienes les correspondía seguir el control de los documentos y actividades relacionadas en el *check list* o listado de chequeo, elaborado por la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, fue expresada en las declaraciones que rindieron dentro de este proceso arbitral. Así, el señor Federico García Arbeláez, al rendir testimonio, el 3 de noviembre de 2016, en condición de interventor de los contratos 014 y 029 de 2013, ejecutados en los municipios de Támesis y Fredonia, respectivamente, a la pregunta que le hiciera el apoderado de la parte convocada sobre si la parte contratante había condicionado el pago de las actas mensuales al cumplimiento de un *check list*, CONTESTÓ:

"Eso fue motivo de muchas discusiones, ...y llamémoslo en buen español, eso me gané mas de un regaño, por qué? porque que yo sepa, o que yo recuerde ya, no existió dentro del contrato una lista de chequeo "la lista de chequeo es esta" no. Dentro del contrato hay muchas obligaciones, entonces debo entender que VIVA las recogió en una lista de chequeo de documentos. Esa lista de chequeo yo creo que fue posterior a la firma del contrato, pero esos documentos estaban dentro del contrato (...)."

Por su parte, el señor Alberto Peláez Velásquez, interventor de los contratos 030 y 031 que se ejecutaron en los municipios Pueblorrico y Tarso, en declaración ante este Tribunal, el 31 de enero de 2017, manifestó que la lista de chequeo se la entregó

VIVA, y a la pregunta de si VIVA le explicó en qué componentes del contrato estaban incluidos los requisitos detallados en esa lista de chequeo. RESPONDIÓ:

“A nosotros en ese momento no nos explicó, pero si hubo... un oficio muy grande de VIVA donde le manifestaba al Consorcio con copia a nosotros, donde todo ese listado de chequeo, como lo enmarcaban dentro del articulado del contrato... esa lista de chequeo contiene requisitos comunes y corrientes dentro de una obra y dentro de un contrato. (Cuaderno transcripciones).”

El documento que se transcribe en el laudo, elaborado por la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, denominado *Check list* o lista de chequeo, dividido en dos secciones: para el pago de la etapa preconstructiva y para el pago de la etapa constructiva o de avances mensuales, luego de este Tribunal compararlo con el contrato, no tiene duda, como lo manifestó la entidad autora de su elaboración, que es un documento en el que se recogen las obligaciones del contratista, consignadas en el contrato y, si bien es cierto, el contrato expresamente no se refirió a una lista de chequeo, a la que debía ajustar el contratista la entrega de sus documentos para el pago, la entrega con posterioridad a la suscripción del contrato, a través de las interventoría, se convertía en una herramienta propia de la supervisión, que permitiría a la contratante llevar el control y hacer seguimiento de entrega de documentos actualizados por parte del contratista para elaboración de informes, manejo de personal y autorización de los pagos de las actividades del contrato y hacer un seguimiento al contratista de sus pendientes.

Teniendo en cuenta que dicho documento se ajusta al contrato, porque en el mismo se consignan las diferentes obligaciones que asumió el contratista en diferentes apartes del mismo, este Tribunal no encuentra irregularidad alguna en la aplicación de una lista de chequeo por parte de la Empresa de Vivienda de Antioquia y sus interventores, durante la relación contractual; como tampoco que no podía aplicarse porque no se advirtió de ello en el contrato, por cuanto, como ya se dijo, con ese documento la entidad hacía seguimiento a los documentos y/o desarrollo de las

actividades del contratista, en el tiempo de ejecución del contrato, como un control para la aprobación de informes y la autorización de pagos; documento que resulta conforme a la función de supervisión que VIVA tiene de los proyectos de vivienda de interés prioritario, en su rol de Gerente integral; y por lo tanto, no requería de concertación previa con el contratista para la implementación y aplicación de ese documento.

Ahora bien, como el cuestionamiento que hace el demandante es que no todos los requisitos de la lista de chequeo son necesarios para el pago, este tribunal se detiene en el análisis de este aspecto.

Para la demandante, invocando el contrato, y tal como se lo manifestó en algunas de sus comunicaciones a la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, algunos de los documentos que se piden en la lista de chequeo como requisito para el pago, no están previstos por el parágrafo 4 de la cláusula tercera del contrato – forma de pago -, a excepción del documento con el que se acredite el pago de los aportes a la seguridad social y parafiscales de trabajadores.

Basta leer la forma de pago prevista en el parágrafo 4 de la cláusula tercera del contrato para encontrar lo dicho por la demandante:

"TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO.

(...)

PARÁGRAFO 4. FORMA DE PAGO. La FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., actuando única y exclusivamente como vocera del FIDEICOMISO FIDUBOGOTA – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA pagará al CONTRATISTA el valor del respectivo contrato de la siguiente forma:

- 1. Un primer pago correspondiente al cinco por ciento (5%) del valor total contrato, una vez recibida a satisfacción la fase pre-constructiva y realización de las actividades en cabeza de EL CONTRATISTA, con la presentación de la factura o documento equivalente, previo visto bueno de*

EL INTERVENTOR del contrato designado y el ordenador del gasto de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL). Al respecto se debe precisar que de acuerdo con las disposiciones del artículo 34 del Decreto 1469 de 2010, la entidad municipal cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de licencia presentada, por lo cual, en los casos que corresponda si transcurrido dicho termino no se ha obtenido la licencia correspondiente el contrato se podrá dar por terminado y solamente se reconocerá a EL CONTRATISTA los costos incurridos para la parte pre-constructiva, los cuales, como ya se expresó no pueden ser superiores al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y EL CONTRATISTA entregará en consecuencia todos los estudios realizados, dentro de los cuales se destacan los estudios topográficos, planimetría, diseños de redes, entre otros, los cuales será propiedad de LA GERENCIA INTEGRAL.

- 2. Actas de pago Mensual: El ochenta y cinco por ciento (85%) del valor total del contrato se cancelará mediante actas mensuales de obra, de acuerdo con el porcentaje de avance del objeto contractual, previa presentación de la factura o documento equivalente debidamente legalizado, aprobado por EL INTERVENTOR dentro del contrato designado y el ordenador del gasto de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL).*
- 3. Se dejará un valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del contrato para el momento en que se realice la liquidación final del mismo, sin que esto implique aceptación definitiva de la obra por parte de LA INTERVENTORÍA del contrato.*

Para efectos de aprobación de pago, se deberá acreditar al INTERVENTOR del contrato designado, el pago de aportes de seguridad social (salud, pensiones y ARL) y parafiscales, en los términos señalados en la normatividad vigente para el efecto. (...)" (se destaca).

Sobre este punto, considera el Tribunal oportuno comentar que fue por disposición del artículo 23 de la ley 1150 de 2007, -ley complementaria de contratación estatal- en el que se estableció por primera vez la exigencia de acreditarse el paz y salvo por concepto del pago de aportes relativos al sistema de seguridad social integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda, a todos los proponentes y contratistas del Estado; el cual deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

Reza así la norma:

ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el párrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

"Artículo 41. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal. (se destaca)

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente".

Aquí es necesario recordar, la naturaleza de los contratos de obra que FIDUCIARIA BOGOTÁ en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA, celebró para los fines propuestos por la ley 1537 de 2012: solucionar el déficit habitacional a nivel nacional, proyecto

financiado con recursos públicos, administrados por entidades públicas como lo es la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, a través de patrimonios autónomos, como lo manda la ley. De ahí que la minuta de los contratos de obra que se celebraron con los particulares para la ejecución de viviendas de interés prioritario, tengan similitud con el contrato de obra pública que está al amparo de la contratación pública.

Hecha la anterior salvedad, es claro que los requisitos para el pago del contrato que interesa a esta controversia arbitral, no se agotan en el único requisito señalado por el párrafo 4 de la cláusula tercera, puesto que de ella y de otras disposiciones del contrato, se desprenden los demás, como pasa a verse.

En relación con la presentación de las facturas por parte del contratista para el cobro de las actas mensuales de obra, se dice en la demanda que la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, impidió la facturación de parte del contratista de las actividades ejecutadas mensualmente incumpliendo su obligación principal de pago del contrato.

Para el análisis de este hecho se retoma la forma de pago establecida en el contrato en el párrafo 4 de la cláusula tercera, en lo que respecta al 85% del valor:

- 2. Actas de pago mensual. El 85% del valor total del contrato se cancelará mediante actas mensuales de obra, de acuerdo con el porcentaje de avance del objeto contractual, previa presentación de la factura o documento equivalente debidamente legalizado, aprobado por EL INTERVENTOR del contrato designado, y el ordenador del gasto de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA -VIVA - (LA GERENCIA INTEGRAL).*

Por su parte, el inciso 6 del párrafo 4 de la cláusula tercera, señala:

- 3. "Para efecto de los pagos, EL CONTRATANTE recibirá las facturas correspondientes a cada acta de pago parcial, para lo cual, EL INTERVENTOR tendrá la responsabilidad de elaborar el respectivo recibo a satisfacción sobre los ítems que cumplan con el lleno de los requisitos contemplados en medida, calidad*

y especificaciones técnicas de Construcción, de acuerdo con lo establecido en los términos de referencia y con el avance de obra. Esta obligación del interventor deberá ser ejecutada dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, previa presentación de la información correspondiente por parte de EL CONTRATISTA (EL CONSTRUCTOR)." (se subraya).

De esta disposición contractual se infiere que el procedimiento para llegar a la factura que materialice el cobro, es el siguiente:

- i) Terminado el mes, al contratista le corresponde presentar, al interventor, la información correspondiente. Aquella información derivaba de sus obligaciones contractuales previstas en la cláusula cuarta, relacionadas con la ejecución de las obras: Avance de obra para el periodo, de acuerdo con el programa detallado para la ejecución de la obra, el que se elaboró previa y conjuntamente con el interventor para la iniciación del proyecto, conforme al párrafo 8 de la cláusula cuarta; documento con el porcentaje de actividades a ejecutar, discriminado por ítems generales en relación con la totalidad del proyecto (cláusula cuarta obligaciones específicas del contratista literal D)), los recibos de pago de seguridad social y de salarios y prestaciones sociales, numerales 6 y 7 del párrafo 2; y la información del párrafo 6: informe mensual, avance de las actividades programadas; cantidades de obra ejecutada, entre otras.
- ii) El interventor por su parte, recibida la anterior información, debe proceder a elaborar su informe y recibir a satisfacción, dentro de los 10 primeros días del mes.
- iii) Agotados los dos pasos anteriores, se materializan en un acta de pago (con porcentajes y valores) y puede el contratista presentar factura de cada acta de pago parcial.

El Tribunal llega a la conclusión que este es el procedimiento, con base en la información que obtuvo de los testimonios recibidos en el proceso arbitral, en el que se explicó la forma de cobrar las actividades de la construcción física del proyecto, para el pago de las actas o avances de obra mensual.

El señor Federico García Arbeláez, interventor de los contratos 014 y 029 de 2013, lo explicó así en su declaración del 3 de noviembre de 2016:

Primero se hacía un acta de concertación contratista - interventoría, esto es, repartían los porcentajes que se construirían de excavaciones y llenos, vigas, mampostería, instalaciones eléctricas etc. Las actas mensuales eran con base en eso, ¿por qué?, porque el proyecto era llave en mano; el acta se hacía conjuntamente con la interventoría y también participaba el funcionario de la supervisión que asistía a los comités de obra; esa era el acta de pago que quedaba con los porcentajes y valores.

A la pregunta ¿usted puede indicar si con los valores de esa acta de pago ya el contratista podía facturar o en qué momento era que el contratista emitía la factura?

CONTESTÓ: A ver, con todo el derecho a equivocarme, la factura la emitía el contratista en el evento de que aprobaban ya la orden de pago, la orden de pago, que la aprobaban en VIVA, previo, la revisión de los informes.

PREGUNTADO: ¿O sea que ustedes como interventores, nunca aprobaban la factura? CONTESTÓ: No, la factura no.

PREGUNTADO: ¿Se aprobaba el acta de pago? CONTESTÓ: La factura iba con el acta de pago. ... ¿Uno qué revisaba cuando ya llegaba la factura con el acta de pago?, que la factura dijera 100 y el acta dijera 100.

PREGUNTADO: ¿Usted puede indicar detalladamente, cuál era el trámite para proceder a radicar la factura y el paquete para el pago en las oficinas de la entidad contratante? CONTESTÓ: Pues a ver, se elaboraba un informe y ese

señor me lo devolvía, "que le faltaba esto, le faltaba aquello"; lo volvían a devolver, se corregía, luego estaba aprobado, entonces se entregaba ya el acta de pago; a veces en el acta cometíamos nosotros, e incluso el contratista, cometíamos errores, porque era un acta que, entre otras cosas, podía ser mucho más sencilla, podía ser más sencilla, pero la hacíamos bastante complicadita, pues yo no sé por qué, no he podido entender eso; y la corregíamos y en ese momento sí, el contratista se le autorizaba a pagar y, fuera del acta de pago había otra cosa, que era la orden de pago, que era otra autorización, que esa sí la elaboraba específicamente la Doctora Natalia Rendón. [funcionaria de VIVA].

PREGUNTADO: ¿Usted puede indicar, en promedio o en general, cuánto se demoraba la entidad para hacer el pago una vez que el paquete completó era ingresado a la entidad, en este caso la entidad VIVA? CONTESTÓ: No, yo no puedo decirle ese promedio Doctor, (...) No puedo decirle que "aquí llegó la orden de pago, entonces llegó donde un funcionario y ¡prum!" (sic); porque todos los pagos se hacían por transferencia electrónica;

El ingeniero Alberto Peláez, también interventor, de los contratos 030 y 031 de 2013 explicó, preguntado sobre este mismo procedimiento, que los pagos se hacían "con el procedimiento y la ejecución de la obra, es decir, ... llave en mano... a medida que se iban ejecutando obras, se les iban desembolsando dineros a ellos ... no sé si tenían el acuerdo en el contrato de pagar mensual o no... pero uno como interventoría verificaba y tenía unos cuadros donde verificaba el rendimiento de la obra y con base en ese rendimiento se hacía la facturación y me supongo que les cancelaban el dinero, porque nosotros dábamos visto bueno a las facturas y de ahí ya pasaban a VIVA".

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que la información que le correspondía entregar el contratista, al interventor, para la elaboración de su informe del respectivo periodo, se volvía documentación necesaria para el pago de las actividades ejecutadas por el contratista durante ese periodo, pues como puede observarse del

procedimiento planteado, lo uno se requería para lo otro; sin la información que debía suministrar el contratista, no podía elaborar el informe el interventor y, sin éste, no se podía elaborar el acta de pago, que era en últimas el documento que correspondía adjuntar a la factura. Como lo dijera el testigo Peláez Velásquez: “ *El informe de interventoría no iba adjunto a la factura del contratista. El informe de interventoría nosotros lo entregábamos completamente separado y no iba adjunto a la factura.*”

En estos términos, se desvirtúa el cuestionamiento de la parte demandante, referido a que no todos los documentos relacionados en la lista de chequeo son necesarios para el pago; basta hacer un recorrido a las **obligaciones de información**, señaladas por el contrato en el parágrafo 6 de la cláusula cuarta, que involucran información técnica, social, financiera. Incluso los Manuales de Interventoría pueden complementar esa información, en tanto es una de las obligaciones de información del contratista: Presentar toda la información requerida por el interventor o la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA (la Gerencia Integral) de conformidad con el Manual de Interventoría.

Y esta posición del Tribunal no desconoce lo dicho por el señor Luis Alberto López Pérez, parte del proceso, quien en declaración de parte, en condición de representante legal de la sociedad Asfaltos y Hormigón, resolvió interrogatorio que le hiciera el apoderada de la parte convocada (VIVA), el 26 de octubre de 2016:

PREGUNTADO: ¿Considera usted que para el pago de las actas parciales ... era suficiente con entregar las facturas sin ningún anexo? CONTESTÓ: Pues, yo considero que lo que había que entregar era lo que está establecido en el contrato, un acta y una factura.

PREGUNTADO: (...) ¿qué tenía esa acta o que incluía el acta, que usted dice, que había que anexar con la factura? CONTESTÓ: A ver, la usanza común en un negocio de construcción cualquiera, un acta ¿qué información lleva?; lleva las cantidades, los valores unitarios y el valor total. En este caso, era un contrato (...) de los cuales, los contratos (...) la usanza es que se elabora un acta que

dice cuánto se lleva ejecutado, en cuánto se estima la duración de esa ejecución y cuánto cuesta la (...) total de la sumatoria de esas obras que se ejecutaron. Normalmente eso es lo que se relaciona en un acta. Lo común relacionado en un acta de construcción con cualquier entidad.

PREGUNTADO: Pregunta 5. ¿Cuáles de los documentos que le exigía el contratante para el pago de las actas de obra no estaban contractualmente pactados? CONTESTÓ: Yo no sé si me puedo ayudar del documento porque había unos checklist muy largos y yo no tengo en este momento toda la información, pues, en mi cabeza como para establecer 30, 35, 25 requisitos que impuso VIVA para cada uno de los pagos, que normalmente fueron cambiando con relación al tiempo, entonces, entiendo que en el expediente están pues las actas de pago, lo que me exigían en cada pago, lo podemos revisar si quieren y si es parte de mi declaración o lo pueden revisar más adelante, pues porque están, entiendo, aportados dentro del caso;

Con el check list a la vista responde EL DECLARANTE: Dice así, "Radicado 2015 044, cuaderno N°3, página 10", en adelante. Según esto nos exigían a nosotros: "Factura a nombre del patrimonio autónomo -derivado" (...)-. En síntesis, tenemos que presentar factura, pues, para cobrar. "Copia del RUT actualizado"; irrelevante, pues, entregarlo cada corte, pues, con una sola vez que se entregara era suficiente pero podíamos entregarlo tantas veces fuera necesario. "Certificación emitida por el constructor indicando la cuenta bancaria"; igual al punto 2, me parece, pues, que era suficiente con entregarlo una única vez pero cada vez lo entregábamos, eso no presenta ningún problema. "Certificado bancario de la cuenta en la que se abonarán los recursos"; igual a la respuesta del punto número 3. Punto N°5, "Certificado firmado por el interventor de que el constructor se encuentra al día en parafiscales con sus respectivos soportes"; esto fue materia de bastantes dificultades porque condicionaba mi pago a un informe del interventor, entonces siempre hubo una discusión porque muchas veces el interventor se retrasó en su informe, se retrasó en sus documentos, entonces a mí no me pagaban y me tocaba cambiar las facturas. Siempre peleé por ello, pues, porque yo no conozco, ni hacía parte del contrato

de la interventoría, pero siempre, o siempre no, corrijo, muchas veces condicionaron mis pagos a la responsabilidad de las cosas de la interventoría. Entonces el punto 5, es muy importante, nos exigían a nosotros entregar la seguridad social de todo el personal que estaba en obra, los pagos mensuales y de los que se habían retirado, los paz y salvos de esas personas, mes a mes nos solicitaban entregar esa información en el punto (...). "Aspectos técnicos, puntos 6 y 7. Acta de avance de la obra firmada por el contratista interventor de acuerdo a documentos existentes"; esa es el acta a la que hice mención ahorita, que normalmente se entrega. "Informe de revisión y aprobación por parte de la interventoría, el cual se refiere al informe mensual en el formato enviado por VIVA como gerente integral"; nuevamente me exigían un informe que tenía que estar para mi pago, el cual no dependía de mí, y por el cual muchas veces me devolvieron las facturas y las actas porque el informe o no correspondía con lo que VIVA quería o no estaba listo al momento del pago, o no lo habían entregado en debida forma, pero era un informe que, en teoría, tenía que hacer la interventoría y no yo. Sin embargo, lo exigían como requisito para pagarme a mí, no estoy de acuerdo con eso (...) no sé por qué. "Copia de la bitácora del período cobrado"; la bitácora es el documento que estaba allá, hacía parte de este informe, yo no la presentaba completamente porque este punto 8 lo hacían obligatorio dentro del informe, que es el punto 7, entonces me exigían cosas nuevamente que yo no podía entregar pero que eran obligatorias que estuvieran en VIVA para que me pudieran pagar."

De acuerdo con la anterior declaración, considera el Tribunal que pudieron ser muchos los documentos que se le solicitaban al contratista para formalizar sus pagos, y algunos confundirse con la información que en efecto, correspondía a la interventoría; pero como ya lo explicamos, fue la misma disposición contractual (inciso sexto numeral 3 del párrafo 4 de la cláusula tercera), la que permitió que las actas de pago del contratista, correspondientes al avance de obra, se llenaran de documentos, entre los que debía presentar el contratista y diligenciar la interventoría.

Sirva para concluir, con fundamento en lo anteriormente expuesto, que no era necesario que la factura se presentara por el contratista conjuntamente con los

documentos que iban para la interventoría, por cuanto la misma podía sufrir cambios en su valor por ajustes que podía hacer el interventor, o modificaciones en su fecha, por programación presupuestal, por ejemplo, como quiera que de lo explicado anteriormente, lo conveniente era la emisión de la factura por el contratista, una vez estuviera aprobada la orden de pago por la Empresa VIVA, previa la revisión de los informes de interventoría. En su declaración del 31 de enero de 2017, la señora Natalia Rodríguez Barrera, Gerente Administrativa y Financiera de Asfaltos & Hormigón, una de las sociedades demandantes, puso de presente esa situación, que la factura se presentaba conjuntamente con todos los documentos, de acuerdo con la lista de chequeo, lo que llevó *“a la devolución de un sinnúmero de facturas sin argumento alguno”*; pero ello no demuestra que la intención de la funcionaria de la entidad demandada, fuera la de jugar con los plazos de pago para evitar intereses de mora como se afirmó en la demanda.

Por la razón anterior, la supuesta irregularidad planteada por el demandante, por la suerte que tuvieron varias de las facturas que presentó para el cobro de las obras objeto de los contratos 014, 029, 030, 031 y 033 de 2013, ya porque unas fueron devueltas, ya porque otras fueron anuladas, no tienen un respaldo probatorio suficiente que permita responsabilizar a la Empresa demandada de incumplimiento. La parte demandada no negó que ello ocurriera; por el contrario, los testigos interventores afirmaron que en muchas ocasiones, la señora Natalia Rendón, funcionaria de la entidad demandada, para agilizar el trámite y facilidad de los contratistas, pedía que le entregaran las facturas personalmente y no por intermedio del Archivo General de la entidad, lo cual resultaba comprensible ante el trámite que se acaba de analizar. Lo cierto es que de los supuestos fácticos de la demanda se desprende que las facturas se radicaban, finalmente, cuando se culminaba con el trámite de revisión y/o aprobación de documentos, una vez, satisfechos por el contratista todos los requisitos para el pago, momento en el cual, está demostrado, las facturas se pagaban por la Fiduciaria demandada, dentro del término previsto en el contrato, en el inciso segundo, numeral 3, parágrafo 4 cláusula tercera.

Frente a la demora en el pago de las facturas correspondientes al contrato 033 de 2013 (diseño y construcción viviendas en el Hispania), la demandante busca el resarcimiento del perjuicio que dice haber sufrido por la demora en el pago de la fase constructiva, como quiera, que la tardanza en el pago de la factura correspondiente a la etapa preconstructiva (los diseños), incidió en la fecha de pago de las actas correspondientes a la etapa constructiva, por cuanto las actas de avance de obra no las pudo cobrar mientras no le aprobaron el diseño, no fueron mensuales y se vinieron a pagar cuando la obra ya había avanzado en más del 80%.

Para resolver este punto, fundamento también de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda, el Tribunal trae estas consideraciones de cara al contrato 033 de 2013:

El valor de la fase preconstructiva, la cual comprende los diseños, está incluido en el valor total del contrato, por cuanto el mismo se pactó llave en mano con precio global fijo y para esta fase no se podía superar el 5% del valor del contrato (cláusula tercera numeral 1 del párrafo).

Los diseños del proyecto de las 60 viviendas para el municipio de Hispania, debían realizarse por el contratista, dentro de los 45 días siguientes al inicio del contrato; plazo señalado en la cláusula cuarta, numeral 1º- obligaciones específicas del contratista.

Se dice en la demanda y no tiene discusión alguna, que el contrato 033 de 2013 se inició el 12 de agosto de 2013, con la realización de los diseños.

De acuerdo con el párrafo 7 de la cláusula cuarta del contrato –obligaciones previas a la suscripción del acta de inicio- se estableció que el contratista, dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del contrato, debía presentar para la aprobación de la interventoría, el programa general de la obra, en el que se describieran las actividades a llevar a cabo en la etapa preconstructiva, acordes a un plazo de mes y medio y, las actividades de la etapa constructiva, acordes a un plazo de 6 meses y medio; sin

perjuicio de que la primera fase se desarrollara en un tiempo menor pero el término máximo para realizarlas no podría exceder de mes y medio.

Según el párrafo 8 de la cláusula cuarta del contrato -obligaciones sobre programas detallado para la ejecución de la obra- se señaló que *“una vez terminada la etapa preconstructiva, y como requisito indispensable para adelantar el trámite de cobro del cinco por ciento (5%) equivalente a la primera acta, se deberá entregar al interventor para su aprobación el Programa Detallado para la ejecución de la obra”*.

Sobre las actividades que correspondían al diseño, someramente se hizo referencia a ellas en el contrato, en el numeral 1 del párrafo 4. *“El contratista entregará en consecuencia todos los estudios realizados dentro de los cuales se destacan los estudios topográficos, planimetría, diseños de redes, entre otros”*. Pero las observa el Tribunal en el Anexo técnico V1, de los términos de referencia (fl. 203 C.1).

La demanda no informa en qué momento el contratista entregó el diseño, pero existen estos antecedentes:

El 9 de diciembre de 2013, el consorcio Vip Suroeste remitió por oficio 5781-3, al interventor del contrato las facturas No 42 por valor de \$93.317.850 y No, 43 por \$355.654.323 (sin anexo alguno). Fl. 479 c.1

En la misma fecha, remite a la interventoría, oficio 5791-13, factura N.47 por \$355.387.851 correspondiente al acta de avance No.2 (sin anexo alguno). Fl. 481 C1.

El 16 de diciembre de 2013, por oficio 5814-13, remite a la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, tres originales de la factura No 42 y el acta de avance No. 1 para trámite ante VIVA. Se anexa: Certificado de cuenta firmado por el representante legal (suplente), certificado de cuenta; Rut y Certificado de parafiscales y anexos. fl. 483 C.1.

VIGILADO

Ministerio de Justicia y del Derecho

El 21 de diciembre de 2013, el interventor del Contrato Jaider Sepúlveda García, envía al contratista oficio R1247. Asunto: falta de soportes para pago de actividades pre-constructivas y constructivas. Se manifiesta al contratista que *"las facturas de pago de las actividades preconstructivas y de construcción hasta el mes de noviembre de 2013, que fueron avaladas por la interventoría, no fueron presentadas por EL CONSORCIO... con toda la documentación requerida para el pago, según listado de verificación que estableció la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA para tal fin"*.

Solicita al contratista acopiar la información que se requiere para que la Empresa autorice el pago y le reitera al contratista *"la preocupación de la interventoría por la falta de cobro de las actividades desarrolladas por el CONSORCIO VIP SUROESTE, lo cual requiere mejorar en este aspecto administrativo, para no perjudicar las inversiones en la obra"*, (fl. 485. C).

La EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, mediante comunicado E 201420005245 del 20 de diciembre de 2013, devuelve al contratista los documentos presentados por concepto del primero y segundo pago por diseños y avance de obra civil, informándole que *"los documentos aportados NO cumplen con la lista de chequeo entregad por VIVA"*, solicita la programación de los pagos para el mes siguiente (fl, 487 c.1).

El contratista, en oficios 5840 y 5841, del 21 de diciembre de 2013, remitidos a la interventoría y a la Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, manifiesta que sus facturas fueron radicadas y presentadas en debida forma de acuerdo a la información descrita en el contrato y manifiesta a VIVA que desconoce la lista de chequeo mencionada (fl. 489 y 491 c1).

Nuevamente el 31 de diciembre de 2013, mediante comunicado R1265-13, la interventoría, le indica al contratista sobre la necesidad de cumplir con el check list impuesto de forma unilateral por VIVA, con el propósito de permitir el pago.

En dicha comunicación indicó:

“... me permito relacionarle los documentos que le fueron entregados a la interventoría de acuerdo con el listado de verificación revisado a la fecha, en el cual puede identificar los aspectos que siguen pendientes de entrega para poder radicar la facturación de las actividades de pre-construcción y construcción. (Se adjunta la lista de chequeo marcados con X los documentos aportados y faltantes).

Una vez terminen de acopiar la información faltante, pueden recoger la carpeta con la información que reposa en la oficina de la interventoría con los respectivos certificados de la misma.”

El 25 de febrero de 2014 mediante comunicado GG0058-14 enviado a VIVA, el CONSORCIO VIP SUR OESTE intenta nuevamente cobrar el valor correspondiente a la etapa pre constructiva la cual había finalizado en agosto del año 2013. En dicha comunicación hace entrega de una serie de documentos y de la factura 0056 por valor de \$92.842.496).

En respuesta a la solicitud de cobro de la etapa pre constructiva, la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA, mediante comunicado E 201420000965 del 6 de marzo de 2014, nuevamente manifiesta que se requiere cumplir con el “CHECK LIST – PAGO A CONTRATISTA – PAD VIVA”, (...)

Y sigue la correspondencia entre el Interventor, la Empresa Viva, y el contratista, hasta el 1 de julio de 2014, en las cuales las primeras le solicitan la contratista ajustar sus facturas a los requisitos de la entidad pagadora y éste a no entregarlos en forma completa y por el contrario, cuestiona la solicitud que le hacen de los mismos, con base en el documento lista de chequeo, lo que muestra que los pagos del contrato se realizaran solo hasta el 1 de agosto de 2014 y la etapa constructiva en septiembre de 2014.

Cobra importancia para este Tribunal, revisar la prueba testimonial que se recibió al señor Jaider Eugenio Sepulveda, el 26 de octubre de 2016, referida exclusivamente a lo que pasó con la ejecución del contrato 033 de 2013, por las demandantes:

Interrogado el testigo sobre la fecha en que se iniciaron las obras del contrato 033 de 2013, CONTESTÓ:

... el contrato de obra, como su objeto lo establece, había que hacer primero unos diseños. Digamos que se inició el contrato, con los diseños, en Agosto 12; posteriormente... PREGUNTADO: ¿Agosto 12 de qué año? CONTESTÓ: Del 2013. El contrato, digamos, de inicio de obra, no existe ningún acta de inicio de obra porque el contrato establecía 45 días para ejecutar los estudios y diseños y el resto del tiempo para ejecutar la obra. En una visita de recorrido que se hizo con el supervisor técnico de obra, en el mes de Septiembre, encontramos que ya existía el movimiento de tierras en el lote, del cual no hubo participación de la interventoría en ese movimiento de tierras, ¿verdad?, se hizo toda la explicación, la excavación, perfilación y dejaron el movimiento de tierras. Cuando llegamos al sitio, entonces se acordó y se llamó al Ingeniero ...Luis López, para que se hiciera entonces el acta de inicio y se acordó el acta... y se acordó entonces, comenzar a hacer comités de obra a eso de mediados de Septiembre, 16 de Septiembre. Digamos que eso, no se tenía todavía los 45 días de ejecución del plazo de los diseños y tampoco conocíamos los diseños, entonces, el primer comité, lo que se hizo fue, "pidamos los diseños, licencia de construcción y todo lo que se requiera"; y a partir de ese momento, digamos que ya habían comenzado ejecución sin la interventoría. (...)

PREGUNTADO: (...) Le pongo de presente el folio 485 del cuaderno número... ¿Reconoce usted la firma de ese documento? CONTESTÓ: Sí, es un comunicado que le envié a la ingeniera Natalia Rodríguez. PREGUNTADO: En esta comunicación, usted dice que "debo reiterar la preocupación de la interventoría por la falta de cobro de las actividades desarrolladas por el consorcio, lo cual requiere mejorar en este aspecto administrativo para no perjudicar las inversiones de la obra", y previamente manifiesta "que se deben cancelar 2 facturas de las actividades cobradas"; ¿por qué si hay unos cobros,

usted manifiesta que hay falta de cobro de las actividades desarrolladas?
CONTESTÓ: ¡Pues claro!, desde los primeros comités, yo les decía y le decía a Luis "Luis, cobrá, cobrá; es que yo no entiendo por qué no cobrás; todo el mundo cobra y vos no cobrás" y Luis me dice, "no lo necesito", yo le dije a Luis, "pues, yo dependo de vos, que vos podás cobrar", "no, no necesito, Jaider, no me interesa", "¡bendito sea Dios!, bueno, Luis, me toca aguantarme que usted pueda cobrar"; sin embargo, en la organización de todo mi trabajo, cada vez que en los comités aparece un pendiente, queda hasta que no salga de ese pendiente, entonces digamos que el comité 4 o 5, cuando ya era tiempo de cobrar, le dije "hay que cobrar" y siempre le repetía en todos los comités; "hay que cobrar, junte todo para cobrar, disponga todo para cobrar, disponga todo...", y nunca salió. Durante todo el desarrollo de la obra, mediante las actas de reunión y mediante comunicados, le mandé; "¡cobre! No entiendo por qué no cobra". (...) entonces me dijo "Jaider pero es que yo no necesito cobrar, hermano, no te preocupés por eso", "¡ah!, me mataste Luis, porque es que yo sí necesito cobrar; pero listo, Luis, vamos para adelante, vamos a sacar esto adelante"; así. Ya esto se puso vinagre y digámoslo así, ya fue por ahí en el mes de Diciembre, cuando empezó a llegar con una cantidad de cosas, yo "no necesitábamos cobrar, pero ahora sí; ya no me le disponés gente". Cuando él era el director y se entendía con todo, y después me puso a Luis, a Luis Morales y lo sacó y nadie me entregaba ningún documento, ¡nadie!, nadie me entregaba ningún documento; entonces (...) grave, entonces yo sí le escribía, "organizáte, poné una persona, eso es muy fácil. En los demás contratos lo hacemos y por qué en este no somos capaz de hacer esa cosa tan ... pues, es de organizar información, es tener una persona en la parte administrativa que me la organice la información y me la entregue". No, no hubo poder humano de eso, una cosa tan sencilla. ocupacional que se requería para ese momento; elaborar los informes semanales y mensuales del desarrollo de la obra y hacer las actas de comité de obra, participar en los comité de obra. (...)

PREGUNTADO: La pregunta mía es ¿por qué razón, si hay 2 facturas que usted solicitaba anular, manifiesta que no hay cobro por parte del contratista?, entonces, ¿hubo o no hubo cobro? CONTESTÓ: Ah, porque es que sí, no, no,

no... Es que he ahí la diferencia; para haber cobro, no solamente es entregar la factura, era entregar lo que se requería, o sea, digamos, en el contrato había que cumplir unas obligaciones; entonces no podía ser cierto que yo haga el edificio como sea, ¡como sea!, sin incumplir nada y voy y cobro; entonces, voy muy bien y no entrego ningún soporte técnico, no. Había que entregar soportes técnicos, así me digan "es que eso no está escrito ahí", bueno, entonces yo le digo, lo que está escrito, que es que me tienes que entregar paz y salvos y seguridad social, no me lo entregaron nunca, jamás me entregaron información completa. Entonces, no existía. Adicionalmente, pues, el contrato establece que hay unas directrices de un gerente integral y así yo le pasara..., es más, la voy a poner así; con todos los contratistas, para no enredarme; y fue una política de manejo, yo les decía: "Hay unos requisitos que los establece la gerencia en su delegación que tiene, esos requisitos hay que cumplirlos, sin embargo a mí no me los tienen que entregar", y Luis sabía eso, es más, en la primera acta se la devolvieron de VIVA, "a mí no me los entregues, yo le firmo que los entregaron allá cuando estén allá, yo voy y los firmo y les llevo el oficio, que estén allá", ¿y él qué hacía?, iba y me mandaba la factura; con la factura nadie le paga en ninguna entidad, los que estamos trabajando en esto, nadie nos paga solamente con mandar la factura; no, eso no. Entonces, minimamente, si manda la factura con esto y dice "es que lo otro, veremos qué hacemos", veremos qué hacemos. Para el pago de los diseños, le tengo que decir, los diseños fueron recibidos a satisfacción creo que hasta Septiembre del 2015, creo; sin embargo, entendiendo que habíamos iniciado una ejecución de una obra y que para ejecutar la obra no necesitábamos sino tener una licencia de construcción, porque nadie nos pedía si existían y estaban buenos los diseños de las redes hidrosanitarias, el acueducto, alcantarillado y desagües; si estaban buenos la red contra incendio y tanques de almacenamiento, si estaban buenos los diseños de la red eléctrica..., nada, eso no existía porque hoy en día no lo pide nadie para ejecutar una obra, solamente que tenga licencia de construcción y urbanismo. Luis (...) saber entender, y con el afán de entregar, él arrancó antes de los 45 días porque ya tenía la licencia de construcción, sin embargo, yo no conocía ningún diseño, ¡ninguno!, ninguno. Cuando lo recibí, yo no creo que me haya demorado 8 días, porque es política mía, yo no me demoro 8 días a nadie,

en devolverle todas las observaciones de los diseños y siendo así, le devolví todas las observaciones y no me las entregó completas; pero yo, con el ánimo de que pudiera sacar eso adelante, le decía, "hombre...", creo que lo dejé hasta por escrito y podemos buscar en toda la documentación que existe; "...no hay ningún problema, con el resto de contratistas, simplemente entregue la parte básica, diseño arquitectónico y diseño estructural y el resto para la primera acta de obra, subsanalo para poder, que tengamos flujo de caja", no, me dijo "Jaider, no me interesa".

PREGUNTADO: Ingeniero, ¿usted afirma nuevamente que no se le hizo entrega de las obligaciones que... los documentos que acreditaban el pago de la seguridad social? CONTESTÓ: No, señor, me mandaban información y era incompleta. PREGUNTADO: ¿Eso lo afirma bajo la gravedad del juramento? CONTESTÓ: Sí, señor, sí, sí. PREGUNTADO: En el documento que le estoy poniendo de presente en el Numeral Dos, se indica: "Se requiere acopiar...", perdón, "2: Acopiar la información que se requiere para que la empresa VIVA autorice el pago"; ¿a qué información estaba haciendo usted referencia? CONTESTÓ: A todo lo del contrato y a unos requerimientos que hacía VIVA. VIVA, digamos que, de los términos del contrato, antes de haber iniciado esta obra, antes de iniciar el contrato, en el mes de Julio, que yo ya tenía los otros contratos en ejecución, emitió un comunicado para todo el mundo y dijo: "Los requisitos que hay son esta matriz...", digamos, "...para aprobar los diseños, deben de cumplir estos requisitos...", es entregar los planos firmados, la tarjeta profesional de cada diseñador y su licencia profesional, y estableció unos requerimientos tanto en la fase previa como en la fase posterior, con base en los términos del contrato, a eso hace referencia, y en eso se está incluyendo la parte de la seguridad social que está explícita en el contrato. PREGUNTADO: Y si no se cumplía con esa información que era requerida, ¿no se efectuaba el pago? CONTESTÓ: Ah, pues, no lo efectuaba VIVA, claro, esos son los requisitos, si un contratista no lo hacía, no.

Los documentos que hay en el expediente y la prueba testimonial le permite al Tribunal concluir que el contratista Consorcio VIP Suroeste, inició las obras, sin la

intervención de la Interventoría y sin haber hecho entrega de los diseños. No obstante esta situación, la interventoría permitió que el contratista siguiera adelante con la construcción, por cuanto contaba con licencia de construcción, lo cual lo habilitaba para estar en obra.

En similar sentido, no obstante haber realizado los diseños, en septiembre de 2013, sólo hasta el mes de diciembre de 2013, el contratista decidió iniciar la gestión del cobro de los mismos y de los avances de obra, por desinterés en los cobros, tal como se lo manifestó al interventor.

Revisados los requisitos de la lista de chequeo que lleva VIVA para el pago en etapa preconstructiva, contiene los documentos de los estudios y diseños que fueron enunciados en el anexo técnico de los términos de referencia de la invitación privada, los cuales era necesario que fueran aportados por el contratista como requisito para el pago, diseños, memorias, planos etc.

De la información transcrita puede inferirse que solo el 25 de febrero de 2014 el contratista dejó constancia de los documentos que hacía entrega y que correspondían a actividades de la etapa preconstructiva.

Entre las fechas en que inicia el proceso del cobro de sus facturas por diseños y obra, el tiempo que transcurre, solo puede ser imputable al demandante, toda vez que no cumplía de manera satisfactoria con los documentos requeridos por la entidad demandada para proceder al pago.

Lo anterior, mas que constituir un incumplimiento de la obligación de pago de los demandadas, constituye un desacatamiento a una carga por parte del convocante, partiendo de la premisa de que impuesto en el contrato para acceder al pago por parte del contratista constituye un imperativo del propio interés y no un imperativo exigible de manera coercible por alguien correlativamente facultado para ello. El concepto de

carga ha sido ampliamente en los entornos del derecho procesal¹⁷, pero no se encuentra exclusivamente circunscrito a este¹⁸. De allí, que la ausencia de pagos mensuales no se deba a un hecho imputable a las demandadas, si no a la demandante.

La obligación de la contratante es de pago, en el momento en que se cumplan los requisitos previstos contractualmente para cada una de las cuentas.

Ahora bien, recibidos a satisfacción los documentos que correspondían a la etapa preconstructiva del contrato 033 de 2013, se abrió camino la procedencia de su pago, tal como sucedió con la factura 097 la que finalmente se radicó el 1º de julio de 2014 y se pagó por la Fiduciaria el 1º del mes siguiente, esto es, dentro del término previsto para los pagos en el inciso tercero del numeral 3 del parágrafo 4 de la cláusula tercera del contrato.

Encuentra el Tribunal que en lo correspondiente al procedimiento para el pago del precio del contrato 033, que retardó considerablemente el mismo, no le cabe

¹⁷ Sentencia C – 086/2016. “Las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”.

¹⁸ SOLANO Vélez, Henry Roberto. Introducción al estudio del derecho. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. 2016. En el derecho existen tres clases de imperativos: los deberes, las obligaciones y las cargas (Couture, 2002, pp. 171 y ss.) ¿Esos imperativos qué tienen en común (género próximo)? Ser imperativos. Y ¿cual es su diferencia específica? Se diferencian atendiendo a quien o quienes son los titulares del correlativo atributo.

Recordemos que las normas jurídicas, dice Petrasizky, son imperativo-atributivas (Radbruch, 2002, p. 53). Pues bien, el titular del correlativo atributo respecto del imperativo jurídico llamado deber es el Estado, en representación de toda la comunidad difusamente concebida; el Estado es el correlativamente llamado a exigir el cumplimiento de un deber o, lo que es lo mismo, a exigir la realización de la conducta objeto de este. Por su parte, el titular del correlativo atributo respecto de una obligación es una persona determinada llamada “acreedor”; esa persona determinada, llamada acreedor, es quien está facultada para exigir jurídicamente la realización de la conducta objeto de la obligación. Por último, el titular del correlativo atributo respecto de una carga es “nadie”; nadie se encuentra correlativamente facultado para exigir la realización de la conducta objeto de una carga.

Lo dicho es así por lo siguiente:

En el cumplimiento de un deber jurídico se encuentra inmerso un interés supra-individual; un interés que es de todos y de nadie en particular; un interés que es de la “gente”, del individuo desindividualizado. Por su parte, en el cumplimiento de una obligación se encuentra inmerso un interés inter-individual (inter: entre): el interés del acreedor y el interés del deudor. El interés del deudor es liberarse, desatarse, desligarse de su acreedor; el deudor tiene, entonces, un interés en cumplir con su obligación. Por ello, los legisladores reconocen el llamado “derecho de inordinación”, que es el derecho que tiene el deudor de exigirle al acreedor posibilitarle el pago de su obligación; a ese respecto, *verbi gratia*, los códigos procesales suelen regular un trámite para el llamado “pago por consignación”.

Por último, en la realización de la conducta objeto de una carga o, lo que es lo mismo, en la atención de una carga, se encuentra inmerso un interés puramente individual: el interés de quien padece la carga, de quien soporta la carga; es él el único interesado en alcanzar un determinado fin. Por ello, a las cargas se les llama “imperativos del propio interés”.

responsabilidad a la entidad contratante, en cambio sí al contratista, que elaboró los diseños para la ejecución de las obras, las inició sin que estos fueran recibidos y aprobados por las entidades contratantes. El retardo que hubo entre la elaboración de los diseños y su pago definitivo está justificado para la entidad contratante.

Por lo tanto, no queda duda que si el factor determinante en el pago tardío de las facturas del contratista correspondientes a los diseños y obra del contrato 033 de 2013, fue el tiempo que le tomó al contratista atender los requerimientos de la Empresa, aportando los documentos para la aprobación de sus pagos, se debió exclusivamente a su actitud remisa de atender las exigencias conforme al contrato; dilación y retardo que no es posible atribuírselo a ninguna de las dos entidades demandadas, pues como se dijo, correspondía a una carga del contratista.

Así las cosas, después de realizar las anteriores consideraciones respecto del problema jurídico enunciado, se concluye lo siguiente:

La lista de chequeo que elaboran las entidades, sean públicas sea privadas, como herramienta de control de supervisión, en las que señalan los documentos que deben presentar los contratistas para el trámite de verificación de requisitos, sirven solo como guía de control y los documentos y actividades que la alimenten son válidas mientras tengan como soporte obligaciones adquiridas en el contrato mismo, o en documento integrante de éste como los son los términos de referencia y los manuales de interventoría.

Las actas de pago de los contratos objeto de esta controversia, eran mensuales (a excepción del correspondiente a la fase preconstructiva); tal como se estableció en el párrafo 4 de la cláusula cuarta del contrato; pero el respeto y beneficio de esa periodicidad dependía del contratista, que tenía la carga de acreditar y entregar oportunamente, ante la Interventoría, los productos y documentos propios de la actividad que pretendía cobrar, para que aquella impartiera el recibido a satisfacción .

El alcance acertado de la forma de pago prevista en el párrafo 4 de la cláusula tercera de los contratos de obra civil que celebraron las partes de este proceso arbitral, va más allá de su tenor literal, en tanto y en cuanto no basta con acompañar la factura o documento equivalente con los documentos que acrediten el pago de aportes de seguridad social y parafiscales realizados por el contratista para con sus trabajadores; sino también de aquellos otros documentos que permitan demostrar la realización de la actividad y a satisfacción de quien la recibe (la interventoría); nada obsta que esos documentos o actividades estén recogidos en un documento que le sirva de control a la entidad, para la supervisión y pago de las obras.

La Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA no condicionó el pago de los contratos objeto de esta controversia a requisitos que no estaban definidos contractualmente, porque en los términos que lo demostró la Empresa demandada, la lista de verificación de requisitos que utilizó para llevar el control de la supervisión, se alimenta de la información del contrato y de las obligaciones que a lo largo del mismo asumió el contratista.

En cuanto al incumplimiento que se pretende derivar de los contratos 014, 020, 030 y 031 de 2013, por el retardo en los pagos de las actas avance de obra, comparten la misma motivación que se hizo en los numerales 1.4.1, 1.4.2, 1.4.3 y 1.4.4, por cuanto el móvil de la demanda para imputar un incumplimiento en el trámite de pago de las obras de avance de los citados contratos, es la imposición de requisitos para el pago, a través de los denominados *check list*, que como ya se dijo, no son documentos por fuera del contrato, y que las demandantes no estuvieron en condiciones de probar que los hubieran cumplido; se concentraron en discutir la falta de legitimidad de VIVA para pedir los requisitos para proceder al pago de las facturas del contratista.

No se demostró durante el proceso ni el tribunal encontró de la prueba arrimada al mismo, que en la tardanza en el pago de las actas de avance del consorcio contratista demandante, los interventores y funcionarios de las entidades demandadas, hayan tenido alguna responsabilidad por negligencia en el cumplimiento de sus labores y

funciones de supervisión, por el contrario de las declaraciones de los interventores de los proyectos que pasaron por este proceso, se aprecia su diligencia para sacar adelante los proyectos.

Consecuente con lo anterior, se negarán en la parte resolutive las pretensiones tercera principal y cuarta principal, así como la primera y segunda consecuenciales de cualquiera de las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta y/o séptima principales, en tanto al no haberse encontrado a las demandadas responsables de la tardanza en el pago de las actas de los contratos 014, 029, 030, 031 y 033 de 2013, se libera a este tribunal del análisis de los perjuicios, en sus consecuencias y condena, que esperaba el demandante, advirtiendo además que estas no son consecuenciales de la quinta, sexta y séptima principales, de conformidad con lo discriminado en el numeral primero del juramento estimatorio, donde se establece que el daño emergente que asciende a la suma de \$1.125.632.783 es derivado del incumplimiento por cumplimiento tardío de la obligación principal de pago de los contratos de construcción de obra civil No. 033 de 2013, No. 014 de 2013, No. 029 de 2013, No. 030 de 2013, No. 031 de 2013, mas no del incumplimiento de los contratos mencionados por no liquidarlos y no pagar el 10% retenido, correspondiente al numeral tercero del párrafo cuarto de la cláusula tercera de los mismos.

Forzoso es concluir que debe prosperar la excepción denominada "*culpa exclusiva del contratista*", no porque se hubiera constatado un comportamiento negligente del contratista, sino por el no acatamiento de una carga, en los términos expuestos con anterioridad.

3. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DEL PAGO DEL 10% RETENIDO DE TODOS LOS CONTRATOS DE OBRA Y DEL 3.05% DEL CONTRATO 033 DE 2013

Los contratos de obra civil Nro. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013, establecen en la cláusula tercera, forma de pago, parágrafo cuarto, lo siguiente:

"TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO.

(...)

PARÁGRAFO 4. FORMA DE PAGO. La FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., actuando única y exclusivamente como vocera del FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA pagará al CONTRATISTA el valor del respectivo contrato de la siguiente forma:

1. *Un primer pago correspondiente al cinco por ciento (5%) del valor total contrato, una vez recibida a satisfacción la fase pre-constructiva y realización de las actividades en cabeza de EL CONTRATISTA, con la presentación de la factura o documento equivalente, previo visto bueno de EL INTERVENTOR del contrato designado y el ordenador del gasto de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL). Al respecto se debe precisar que de acuerdo con las disposiciones del artículo 34 del Decreto 1469 de 2010, la entidad municipal cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de licencia presentada, por lo cual, en los casos que corresponda si transcurrido dicho termino no se ha obtenido la licencia correspondiente el contrato se podrá dar por terminado y solamente se reconocerá a EL CONTRATISTA los costos incurridos para la parte pre-constructiva, los cuales, como ya se expresó no pueden ser superiores al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y EL CONTRATISTA entregará en consecuencia todos los estudios realizados, dentro de los cuales se destacan los estudios topográficos, planimetría, diseños de redes, entre otros, los cuales será propiedad de LA GERENCIA INTEGRAL.*
2. **Actas de pago Mensual:** *El ochenta y cinco por ciento (85%) del valor total del contrato se cancelará mediante actas mensuales de obra, de acuerdo con el porcentaje de avance del objeto contractual, previa presentación de la factura o documento equivalente debidamente legalizado, aprobado por EL INTERVENTOR dentro del contrato designado y el ordenador del gasto de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA (LA GERENCIA INTEGRAL).*
3. *Se dejará un valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del contrato para el momento en que se realice la liquidación final del mismo, sin que esto implique aceptación definitiva de la obra por parte de LA INTERVENTORÍA del contrato.*

Para efectos de aprobación de pago, se deberá acreditar al INTERVENTOR del contrato designado, el pago de aportes de seguridad social (salud, pensiones y ARL) y parafiscales, en los términos señalados en la normatividad vigente para el efecto. (...)

Siendo consecuentes con lo dicho en precedencia, la cláusula tercera, parágrafo cuarto, numeral tercero, más que consagrar una obligación contractual, corresponde a una carga del contratista, toda vez que lo allí señalado constituye un requisito para la devolución del pago del 10% del valor del contrato y que se encuentra retenido por la entidad.

En la cláusula cuarta, parágrafo segundo, numerales 6 y 7 establecen:

6. Asumir el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todo el personal que ocupe en la ejecución de la obra, así como garantizar que la celebración y ejecución de los subcontratos necesarios, los cuales no dan lugar al surgimiento de ningún tipo de vinculación laboral entre el personal subcontratado y EL CONTRATANTE o LA FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.
7. Acreditar, en las oportunidades que así se requiera, que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y las Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

A diferencia de los preceptos analizados anteriormente, lo contenido en estos numerales si resulta ser una arquetípica obligación cuya fuente son los contratos que encausan la controversia, esto es, lo contenido en estos enunciados corresponde a un imperativo de exigibilidad correlativa por parte del contratante y que ata, por el carácter oneroso y conmutativo de los contratos objeto de la controversia, el surgimiento de un derecho en cabeza del contratista.

Corresponde al Tribunal verificar, respecto de la convocante, si acató la carga prevista en la cláusula tercera, parágrafo cuarto, numeral tercero de los contratos y cumplió con las obligaciones previstas en la cláusula cuarta, parágrafo segundo, numerales 6 y 7, a efectos de determinar si surgió para ella el derecho a reclamar el 10% correspondiente al retenido o si, por el contrario, es procedente la excepción de contrato no cumplido propuesta por los demandados.

Sea lo primero indicar que las convocadas reconocen en el pronunciamiento frente al hecho 7.12 de la demanda principal que *"es cierto que no se ha pagado la última acta pertinente a la Acta de Liquidación de los diferentes contratos (...)"*, esto es, reconocen la inejecución de una obligación contractual sin que ello *per se* constituya un incumplimiento pues, como se indicó, dicha inejecución puede provenir de la mora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Sobre el cumplimiento de las obligaciones del contratista previstas en la cláusula cuarta, parágrafo segundo, numerales 6 y 7, la parte convocante realizó una afirmación indeterminada en el sentido de indicar de manera general que había cumplido con las obligaciones laborales con el personal que se ocupó en el ejercicio de la obra y se había acreditado el cumplimiento de dichas obligaciones.

Por su parte, las convocadas afirmaron el incumplimiento de dichas obligaciones basándose en un listado de nombres de personas que habían ingresado a la obra, aportados por las interventorías y frente a las cuales la convocante no presentó los paz y salvos de cumplimiento de obligaciones laborales.

En la etapa de instrucción del proceso, pudo verificarse que, si bien la parte convocada le asistía la razón en que la interventoría había indicado el nombre de unas personas que no contaban con los mencionados "paz y salvos", no se acreditó en el proceso que dichos nombres correspondieran a personal que se hubiera ocupado en la ejecución de la obra y frente a los cuales no se hubiese asumido las obligaciones laborales.

Por el contrario, pudo verificarse en las declaraciones de los interventores, que estos no eran quienes personalmente realizaban estas listas, que no podía afirmarse con absoluta certeza de su parte que todas estas personas hubiesen sido trabajadores del contratista y que frente a algunas de estas personas existiesen obligaciones laborales insolutas. Concretamente en la declaración rendida por el señor Federico García

Arbeláez, interventor de algunos de los contratos, el día 3 de noviembre de 2016, manifestó respecto de este asunto:

"(...) Entonces yo pienso que, respetuosamente, en mi sentir, la solicitud de los paz y salvos, me parece que ahí sí exageramos la nota, a no ser, cosa que no conozco, se tengan reclamaciones laborales, reclamaciones en firme, "hombre, que aquí hay un reclamo de un señor que fue trabajador suyo, y mire, aquí están todos los documentos, y este señor está reclamando eso", "no le puedo liquidar porque tenemos este pendiente", ahí sí cabe eso. No sé si eso ha ocurrido, pues, la verdad, porque este proceso lleva mucho tiempo, entonces, no sé si eso existe, no sé. (...)"

(...) PREGUNTADO: Y, ¿sabe usted si hay alguna reclamación de carácter laboral de algún empleado? CONTESTÓ: Nadie me ha llamado. PREGUNTADO: Y, ¿sabe usted si...? CONTESTÓ: Que yo sepa, pues, a uno en estos contratos de interventoría muchas veces a uno lo llaman, "vea, que es que a fulano de tal le quedó debiendo...", eso muchas veces lo llaman, y mentiroso fuera yo, que, de los contratos donde yo participé, Fredonia o Támesis, alguien me ha llamado, eso sí pues, mentiroso fuera."

" PREGUNTADO: ¿Sabe usted si la parte contratante de los contratos de Fredonia y Támesis haya tenido que cancelar algún dinero a algún trabajador directamente porque no le haya cancelado el contratista?, ¿que Fidubogotá o VIVA tuvieran que asumir alguna obligación laboral? CONTESTÓ: No, no creo. ¿Que VIVA y Fiduciaria de Bogotá le pagó a un trabajador directamente? Nunca ocurrió eso."

PREGUNTADO: ¿Puede usted certificar que los paz y salvos exigidos para los contratos de Támesis y Fredonia correspondan, efectivamente, a personas que tienen una relación laboral con el contratista? CONTESTÓ: Ay, no, usted me pone en una situación muy difícil. Yo creo que no, porque es que fijese, dentro de las funciones de interventoría le queda a uno muy complicado coger todas y cada una de las personas y verificar si usted como trabajador es contratista o

trabajador del señor, porque es que usted tiene que entender dos cosas, la entidad, el contratista puede tener dentro de su obra, tiene normal dos clases de trabajadores, primero trabajadores propios, ¿correcto?, y segundo, trabajadores que son trabajadores de un contratista. Ejemplo, se contratan actividades, por decir una, la mampostería, yo contrato con un señor la elaboración de todos los muros, yo le suministro a él el ladrillo y el cemento, la arena y toda la cosa, pero ese señor, a su vez, lleva trabajadores, o -viceversa, (No es clara la palabra)- ayudantes; entonces, se complica la situación de establecer la relación laboral de ese trabajador, ¿es trabajador del contratista o es trabajador del subcontratista?, es muy dispendioso uno decir "todos tienen una relación laboral..."

En similar sentido se pronunció Alberto Peláez Velásquez, también interventor de los contratos, quien en audiencia del 31 de enero de 2017 expresó:

" PREGUNTADO: Ok, perfecto. Respecto de los paz y salvos de personal que se solicitó, ¿cómo definió usted, o la interventoría, qué paz y salvos debían ser entregados? CONTESTÓ: La interventoría hizo un listado del personal que entraba a la obra, un listado que chequeábamos de personal que entraba a la obra, y es un listado que igual, con ese listado nosotros oficiamos para que nos entregaran esos paz y salvos.

PREGUNTADO: Y ¿usted podría asegurarnos que el 100% de esas personas que se encuentran en ese listado tuvieron relación laboral con el contratista? CONTESTÓ: El contratista de obra, a su vez, subcontractaba, subcontractaba, con 4 o 5 o 6 o 8 o 10, no sé cuántas personas, porque por las obras pasaron muchos subcontratistas, no recuerdo los nombres exactos, y esas eran las personas que nosotros verificábamos a la entrada de la obra, nuestros profesionales que estaban en sitio.

Lo anterior lleva a concluir por el Tribunal que si las obligaciones contenidas en la cláusula cuarta, parágrafo segundo, numerales 6 y 7 hacen referencia al cumplimiento y prueba de las obligaciones laborales, correspondía a la parte convocada acreditar que alguna de las personas que habían ostentado calidad de empleado del

contratista, tenían en su favor una obligación insoluta de carácter laboral, para esgrimir así un incumplimiento capaz de enervar la pretensión de pago del 10% retenido. Situación que brilló por su ausencia en la etapa instructiva.

Ahora bien, cumplidas las obligaciones anteriores sin que haya podido acreditarse su incumplimiento, este Tribunal concluye que con los paz y salvos aportados se da por acatada la carga prevista en la cláusula tercera, parágrafo cuarto, numeral tercero y, en consecuencia, debe procederse al pago de los valores retenidos.

Igual suerte debe correr el pago equivalente al tres punto cero cinco por ciento (3.05%) del valor del contrato 033 de 2013 al que se refiere el numeral 5.28 de los hechos de la demanda, toda vez que no existe una negación de esta acreencia por parte las convocadas, ni se acredita un título jurídicamente válido para la retención de estos valores, así como tampoco existen excepciones que busquen enervar esta pretensión de pago.

Finalmente, es menester advertir que los convocados no impusieron condiciones por fuera del marco de los contratos, tal y como lo hemos relatado desde las consideraciones relativas a la obligación principal de pago, las exigencias para los pagos tenían una fuente contractual. Otra cosa muy distinta es que tales exigencias contractuales si se hayan cumplido o, por lo menos, no se demostró que se hubiesen incumplido y que, por lo tanto, no se era acreedor del pago del retenido.

En consecuencia con lo que se viene de analizar, se fallará desfavorablemente la pretensión sexta principal y favorablemente las pretensiones quinta, séptima y octava principales, así como la primera y segunda consecuenciales de la octava principal; y no se acogerá la excepción denominada "*excepción de contrato no cumplido*".

4. CONSTITUCIÓN EN MORA Y RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS

El artículo 1608 del Código Civil establece:

ARTICULO 1608. El deudor está en mora:

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

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

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

Ello significa que sólo puede predicarse la mora del deudor a partir del momento en que fue reconvenido judicialmente, salvo que la misma no se haya cumplido dentro del término estipulado o dentro de cierto tiempo.

En el caso concreto, de conformidad con la pretensión novena principal de la demanda, el requisito de la constitución en mora del deudor debe cumplirse a partir de la fecha en que se notificó la admisión de la Demanda inicial, esto es, desde el 1 de febrero de 2016. Desde esta fecha se encuentran en mora las convocadas, por no tratarse de una obligación que se haya tenido que cumplir dentro de un término estipulado o dentro de cierto tiempo, y solicitarse así por el convocante.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal fallará favorablemente la pretensión novena principal, constituyendo en mora a las partes convocadas desde la notificación del auto admisorio de la demanda inicial, esto es, desde el 1 de febrero de 2016.

Ahora bien, los perjuicios generados por la mora en el cumplimiento de una obligación dineraria se resarcen normalmente con el reconocimiento de los intereses moratorios,

que corresponden a los pactados por las partes o, en su defecto, a los establecidos en el régimen legal correspondiente.

Cuando se reclaman intereses moratorios en caso de incumplirse con una obligación dineraria no es necesario justificar o probar el perjuicio, ya que se presume que ese es el rédito que pudo haber producido el dinero de haber sido entregado oportunamente al acreedor.¹⁹

En el caso *sub judice*, la parte convocante no pretende acreditar un rédito distinto a los intereses moratorios por el reconocimiento que se ha de hacer de la pretensión primera consecucional de la octava principal, y así puede verse en sus pretensiones primera consecucional de la novena principal y segunda consecucional de la novena principal.

Atados entonces a la congruencia que se exige del juez con las pretensiones propuestas, el Tribunal tendrá que fallar desfavorablemente la pretensión primera consecucional de la novena principal, y favorablemente la segunda consecucional de la novena principal, pues si la mora del deudor se generó por la reconvención judicial (pretensión novena principal que ha de ser reconocida) no pueden generarse intereses moratorios antes de la constitución en mora (1 de febrero de 2016), pero si luego de esta.

5. INCUMPLIMIENTO POR RETRASO EN EL RECIBO DE LAS OBRAS

En las pretensiones Décima, Décima primera y Décima segunda principal, solicita declarar que la revisión de FONADE como requisito para el recibo de las obras fue impuesta unilateralmente por las sociedades demandadas y por fuera del marco del contrato; retrasaron injustamente el recibo de las obras mediante la imposición de

¹⁹ ARTICULO 1617. <INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO>. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

(...)

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

(...)

requisitos unilaterales no pactados en el contrato e incumplieron los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013, 033 de 2013 por el retraso en el recibo de las obras.

Como consecuencia de las pretensiones anteriores, se pide que se ordene a las sociedades demandadas, indemnizar a las sociedades ASFALTO Y HORMIGON S.A. e INGENIERIA Y VIAS S.A.S., el daño emergente mediante el reconocimiento y pago de una suma equivalente a: CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS (\$450.977.414).

Es un hecho probado que antes del recibo de los proyectos de vivienda, en los municipios de Támesis, Fredonia, Pueblorrico y Tarso, objeto de los contratos 014, 029, 030 y 031 de 2013, la Empresa de Vivienda de Antioquia - VIVA, sometió la revisión de los proyectos, a una inspección por parte de FONADE, antes de proceder al recibo definitivo de las obras, entidad que encontró que en las viviendas se debía construir el elemento vigacinta para estar en concordancia con la norma NSR 10, el cual se había omitido en los diseños del contratista y pidió a VIVA que le ordenara al contratista Consorcio VIP Suroeste, su construcción.²⁰

Para la demandante, la orden de condicionar el proceso de recibo de las obras a la verificación técnica de parte de FONADE, contractualmente no estaba prevista y era una carga que no tenía porqué soportar. No obstante, que la obra no se hizo, al mediar un concepto de la Comisión Asesora de Sismo Resistencia para la NSR 10., en el sentido de que dicho elemento no era necesario en ese tipo de viviendas; ello sin embargo causó perjuicios y sobrecostos al CONSORCIO VIP SUROESTE, porque tuvo que permanecer en la obra, mientras se hacían las consultas de carácter técnico y las obras fueran recibidas

²⁰Amarrar los muros a nivel superior, sobre los que se debían apoyar las cubiertas de las viviendas.

La parte demandada, al contestar la demanda, afirmó que la decisión de construir el elemento vigacinta no fue una exigencia de la Empresa de Vivienda de Antioquia-Viva, sino *una condición establecida en la Norma NSR 10 de estricto cumplimiento y aplicación* y que por tal, era inherente a la ejecución del contrato de obra que fue suscrito con el contratista, en tanto la relación contractual se rige por el contrato, por la NSR 10 y por el Estatuto del Consumidor; por lo que resultaba vinculante para el contratista.

Igualmente sostuvo que el presunto retraso que se presentó por el elemento “viga cinta” no es en modo alguno culpa de VIVA, ni de FONADE, ni de ninguno de los contratos, sino exclusivamente de la Comisión Asesora de Sismo Resistencia que inicialmente dio un concepto sobre la procedencia de la norma y después lo cambió diciendo que no era necesaria. Las partes demandadas no pueden responder por los hechos de la competencia de una entidad del orden nacional.

En tanto que en las alegaciones, la demandada Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, expuso los siguientes argumentos :

“(...) estos proyectos se ejecutaron en la modalidad llave en mano con un valor global determinado según el resultante de las unidades de vivienda que se hubieran construido. En los 4 proyectos o municipios en los que se presentó la discusión por el elemento vigacinta, como correlato del tipo del contrato, el contratista tenía la obligación de diseño. Por ello en el contrato se pactaron unos plazos y valores para la etapa de diseño (la denominada fase preconstructiva) y también se pactaron plazos y valores para la etapa de construcción. Entonces el diseño de las viviendas resultó ser una responsabilidad única y exclusiva del contratista de obra, quien jamás podrá delegar los eventuales riesgos o errores en que haya incurrido en la entidad contratante.

Ahora, según la versión que entregó el diseñador de las viviendas contratado directamente por el consorcio VIP Sur Oeste (ingeniero Andrés Mauricio Bernal Zuluaga), al situarse en la Norma Sismorresistente decidió implementar un tipo

de construcción incorporado en un capítulo sin muchos desarrollos en la práctica. Esta decisión implicó a su vez el desarrollo y la ejecución del proyecto sin contar con el elemento vigacinta. Luego la decisión del tipo de diseño, de las mejoras o innovaciones que le introdujo al mismo y los efectos de esas decisiones son aspectos que únicamente pueden beneficiar a quien tomó esas decisiones, es decir, al Consorcio VIP Sur Oeste. Cuando ya se había completado el grueso de la ejecución de la obra física, Fonade, quien actúa como supervisor del Ministerio de Vivienda, beneficiario final de este proyecto de vivienda, al haberse ejecutado en aplicación de la ley 1537 de 2012 informó de la existencia del inconveniente estructural relacionado con el elemento vigacinta. Las observaciones de esta entidad fueron realizadas a funcionarios de la parte contratante, de la interventoría y del contratista, y se encontró que las consideraciones técnicas aducidas para la exigencia de la viga cinta estaban debidamente sustentadas. En consecuencia, ante la falta de este elemento en el proyecto al contratista se le exigió que lo debía realizar. Se trató realmente de una exigencia técnica debidamente sustentada en la norma sismorresistente.

El contratista de obra en sus argumentos ha querido hacer ver que se trata de una exigencia de Fonade quien no actuaba como contratante y por cuanto esta última entidad no tenía tal calidad, se trataba de una exigencia irrazonable. Claramente Fonade no hace parte del contrato, pero en el recibo de los proyectos participó a nombre del ministerio de Vivienda, beneficiario final del proyecto. Lo que Fonade hizo fue generar un requerimiento técnico que luego los funcionarios de la parte contratante encontraron e hicieron propio y se lo exigieron, como es debido al contratista de obra.

La discusión por este elemento llegó a tal punto que fue necesario elevar una solicitud de concepto a la entidad que en últimas define los temas sismorresistentes en el país, es decir, a la Comisión Asesora de Sismorresistencia. Esta entidad emite un concepto en el que indica que para los proyectos de vivienda si se requiere el elemento vigacinta. Con fundamento en este concepto, emitido por la autoridad en la materia, se le exigió al contratista de nuevo la inclusión de este elemento técnico dentro de los 4 proyectos. El

contratista de obra posteriormente contrató unos estudios de profundidad y los presentó a la Comisión Asesora en Sismorresistencia, con lo cual esta entidad varió el concepto emitido previamente e indicó que en los proyectos finalmente no se requería el elemento vigacinta.

El contratista ha querido hacer ver que la entidad contratante era la responsable del diseño y que las dudas técnicas y las explicaciones no satisfactorias en relación con elementos técnicos incorporados en la construcción son de responsabilidad también de la parte contratante. Por ello estima, que mientras se dio la discusión por el elemento vigacinta, se supone que el contratista había terminado físicamente los proyectos y que debió asumir una labor de custodia que le generó un sobre costo. Debemos precisar que el diseño era del contratista, pues él mismo bajo su cuenta y riesgo y con personal propio diseñó. Luego en la construcción se presenta un problema técnico con un elemento del diseño, el de la vigacinta, el que se reitera en el primer concepto de la comisión asesora. Se tiene que mientras duró la discusión por este elemento técnico la entidad contratante contó con todos los elementos técnicos de soporte para hacerla exigible, por lo que no se puede considerar como una actividad irregular hacer esa exigencia y menos, la negativa de recibir el proyecto hasta tanto se solucionara el inconveniente.

Luego la comisión asesora modifica el concepto, la entidad contratante lo acoge y se procede en muy breve tiempo con el recibo físico de los 4 proyectos. Lo único cierto es que hasta antes de la fecha en que la comisión asesora cambió el concepto, el elemento era exigible, por lo que de tal comportamiento a cargo de la contratante no se puede seguir una conducta de supuesto incumplimiento. La parte demandante pretende que el segundo concepto tiene efectos retroactivos y que funciona como una suerte de confirmación del hecho del incumplimiento desde la fecha misma en que se advirtió del inconveniente con el elemento técnico.

Por lo demás no estamos hablando de un requisito de poca monta. Se trataba de un elemento de refuerzo estructural y que según las explicaciones que fueron

dadas en las diferentes declaraciones en las que se habló de este elemento, era un elemento específicamente de seguridad. No podía la entidad contratante para el caso de unas viviendas a entregar a población vulnerable recibir así estas viviendas de manos del constructor y entregarlas a quienes las iban a habitar con semejante problema técnico, que podía poner en riesgo la vida y la integridad de sus moradores. Es así que en aplicación del principio de precaución²¹ era imperativo para la parte contratante que se solucionara el pendiente estructural para poder hacer verdaderamente habitable el proyecto de construcción.

En relación con la asunción del riesgo que carga el contratista al haber introducido un diseño novedoso, sobre apartes con poco desarrollo en la Norma Técnica, tenemos además que el costo de la construcción de este elemento es ínfimo y realmente no representaba mayor impacto en el costo total de la vivienda (según lo relataron varias personas que declararon en calidad de interventores) por lo que no se entiende que ventaja real pudo introducir el contratista al no construirlo. La inexistencia de una mejora general en la construcción es un elemento adicional que viene a confirmar que el contratista asumió un riesgo que realmente no le significaba ningún provecho y que al contrario, sí podía poner en problemas la estabilidad de la construcción, todo lo cual permite confirmar nuevamente que los efectos negativos que de ello se deriven son exclusivamente responsabilidad de quien tomó las decisiones técnicas al momento de la elaboración del diseño.

Finalmente se debe recordar que el contrato es llave en mano, es decir, que el recibo de parte de la entidad contratante se da cuando la obra se encuentra puesta a punto, con la llave en la mano y lista para ser usada, o habitada en este caso, por tratarse de viviendas. Si se toma el tiempo en que se emitió el primer concepto de la comisión asesora, es decir, el lapso en que estuvo vigente, es imposible que frente a semejante pendiente estructural se pueda decir que esos proyectos estaban puestos a puntos, y menos que estaban listos para ser habitados.

²¹ Consultar al respecto la Sentencia SU-383-03.

Por ello es que se insiste que si el asunto en relación con la viga cinta le generó algún tipo de perjuicio al contratista, el mismo es exigible respecto de la entidad que hizo obligatorio ese elemento, particularmente la comisión de sismorresistencia. Ello es lo que funda la excepción de culpa exclusiva de un tercero. Jamás la parte contratante podrá ser responsable por los efectos eventualmente negativos que se generaron de la existencia del primer concepto, por lo que las demandas de responsabilidad deben ser dirigidas respecto de quien emitió ese primer concepto. Menos podía la entidad contratante apartarse del concepto o hacer caso omiso, pues esta dependencia es la autoridad en el tema estructural."

Por su parte, la demandante en sus alegatos, se detiene en recordar que tuvo que soportar los mayores costos ocasionados entre el tiempo de terminación de los proyectos y el recibo de la misma. En razón a ello, lo que pretende dentro de este proceso es que se declare el incumplimiento del contrato frente a la parte demandada de su obligación de recibir los proyectos y se reconozcan a la parte demandante los costos en que tuvo que incurrir por efecto de las demoras en el recibo derivadas del tema de la vigacinta. Frente a esta pretensión, la demandante analiza la excepción de fondo planteada por la demandada: culpa exclusiva de un tercero, y señala que la misma no reúne los requisitos propios de la causa extraña, razón para que no tenga vocación de prosperidad.

Bajo las anteriores premisas, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad por el retardo en el recibo de las obras al contratista, por no haberse realizado en los términos y condiciones del contrato, y por lo tanto si hay lugar a reparar los perjuicios pretendidos.

Conforme al Contrato de obra civil que las demandadas suscribieron con el Consorcio VIP Suroeste para la construcción de las viviendas de interés prioritario en los municipios ya citados, es necesario recordar que el mismo comprendía dos fases, la preconstructiva y la constructiva y que en la cláusula correspondiente a su valor, se

dejó consignado que "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 admitirán fórmulas de reajuste posteriores".

En cuanto a la fase *preconstructiva* se estableció un pago del 5% del valor total del contrato, que se pagaría "una vez recibida a satisfacción la fase *preconstructiva* y la realización de actividades en cabeza del contratista" (cláusula tercera, numeral 1 parágrafo 4).

En cuanto a las obligaciones específicas del contratista, éste adquirió la de realizar los diseños, entre otras actividades, dentro de los 45 días del inicio del contrato.(cláusula cuarta numeral 1).

Hay prueba en este proceso que nos permite concluir que los diseños de los proyectos fueron entregados a las interventorías, así como que su recepción estaba dentro de las funciones de los interventores. Preguntado el profesional Jaider Eugenio Sepúlveda, en este proceso arbitral, sobre cuales eran sus funciones como director de interventoría en el contrato del municipio de Hispania dijo:

CONTESTÓ: Hacer el seguimiento técnico - administrativo del desarrollo del contrato en todas sus fases. PREGUNTADO: Concretamente, ¿qué debía realizar en función de ese seguimiento? CONTESTÓ: Claro, digamos que yo tenía que estar al tanto desde la entrega de los diseños, lo que era la conceptualización de la revisión de todos los profesionales a cargo de la revisión de esos diseños. Entonces, yo me tenía que reunir con todos los profesionales a mirar cada uno de los diseños para decir si estaban correctos, si estaban cumpliendo los requisitos de la normatividad vigente, y emitir el concepto de que se autorizaban los diseños. Y de la ejecución de las obras en todos los procesos, desde la aprobación de la programación física y financiera, hasta la aprobación de todas las actividades del desarrollo de la obra. (...)

En declaración del ingeniero estructural Andrés Mauricio Bernal, manifestó a este Tribunal:

PREGUNTADO: Ingeniero Bernal, cuéntenos cuál es su experiencia profesional.

CONTESTÓ: Como les decía, ingeniero civil dedicado, comencé mi carrera profesional en obra, duré un periodo de tiempo trabajando en obra civil, construcción, después de eso entré a una empresa que tenía laboratorio de materiales y diseño estructural, trabajé en el departamento de..., del laboratorio de materiales de construcción; allí trabajé como ingeniero del laboratorio tal vez seis meses, luego de ahí fui director del laboratorio, tal vez por un periodo de un año y medio o más; un año, año y medio más, director de laboratorio de materiales; y luego, yo, por mis gustos personales, solicité cambio al departamento de diseño estructural, allá trabajé como ingeniero de diseño estructural; en total, mi trabajo en esa compañía fue alrededor de 12 años y de los cuales los últimos 2 años, fui el director del departamento de diseño estructural de la compañía. Luego, constituí mi empresa, durante ese periodo de tiempo hice mis estudios, especialización en Ingeniería Sismo Resistente. Luego fundé mi compañía de diseño estructural, en el año 2006, más o menos (...) estando en la otra compañía, mientras creaba la mía. La creamos en el año 2006. Durante ese tiempo, pues, hice mis estudios, he sido profesor universitario en la universidad de EAFIT en el postgrado de ingeniería sísmica, el profesor de la materia de diseño de muros de concreto y diseño de muros de mampostería y he participado en numerosos proyectos de diseño estructural, desde una sola casa, conjunto de casas, de uno, de dos niveles, hasta edificios de gran altura, de más de 120 metros de altura y en este momento estamos pues, nuestra compañía, ejecutando diseños de edificios de 42 pisos de altura, todo tipos de magnitudes, tanto en alzado como en áreas extensas, mampostería estructural, mucha; muros de concreto, muchos, pórticos de concreto, muchos, honestamente, no sabría decirles cuántos proyectos pero todo esto es alrededor de 16 años en diseño estructural.

PREGUNTADO: ¿Fue usted colaborador en la redacción de la Norma Sismo Resistente actual vigente en Colombia? CONTESTÓ: Sí, tuve la oportunidad de

participar cuando se creó el Código... Cuando se realizó una actualización de la NSR10, para el año 2010, tuve la oportunidad de participar en la redacción del Título D, que corresponde precisamente a mampostería estructural. Redacción y corrección y actualización.

PREGUNTADO: ¿Qué es mampostería estructural? CONTESTÓ: Mampostería estructural, es uno de los sistemas estructurales aprobados por la Norma Colombiana de Construcción Sismo Resistente para construir edificaciones.

PREGUNTADO: ¿Realizó usted los diseños estructurales para los proyectos de las 100.000 viviendas de Fredonia, Pueblorrico, Tâmesis y Tarso? CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Explíquenos cuál fue el proceso de diseño estructural que usted llevó a cabo. CONTESTÓ: Recibimos una información arquitectónica y a partir de la información arquitectónica, se realiza y se hace una evaluación estructural, depende de donde esté localizada cada edificación y hacemos precisamente eso, el diseño estructural que corresponde a hacer todas las evaluaciones de ingeniería correspondientes para que las edificaciones que se vayan a construir cumplan estos requisitos plasmados en esas normas y brinden el nivel de seguridad mínimo que nos piden esas normas.

PREGUNTADO: ¿Cuál era el sistema constructivo que se utilizó en el diseño estructural suyo para sus proyectos? CONTESTÓ: No, el sistema constructivo es la misma mampostería, y una mampostería es un tipo de sistema estructural que se configura por la colocación de un mampuesto, que es una unidad de mampostería pegada con unos morteros de pega. El proceso constructivo es ese, es poner unas unidades de mampostería, poner o hacer las cimentaciones de las casas y construir los muros, las losas y la edificación. PREGUNTADO: ¿Que es la misma mampostería en la cual usted participó en la redacción del código? CONTESTÓ: Es el mismo sistema. En el código abarca todos los tipos de mampostería; mampostería estructural es uno de ellos, pero hay varios tipos de mampostería, digamos que mampostería estructural reforzada es uno de ellos, pero hay varios tipos de mampostería definidos en ese código, en ese título del código. PREGUNTADO: ¿Me podría indicar si los diseños estructurales que usted realizó, fueron objeto de algún tipo de revisión? CONTESTÓ: Sí.

PREGUNTADO: ¿Por parte de quienes realizaron o quién realizó esa revisión?

CONTESTÓ: Nos la realizó el Ingeniero Didier, no recuerdo el apellido, Didier...,

no recuerdo el... Arias, Didier Arias. PREGUNTADO: ¿Y esos diseños

estructurales fueron aprobados tal como habían sido diseñados? CONTESTÓ:

Como toda revisión estructural, tuvo unas observaciones, usualmente todas las revisiones estructurales tienen unas observaciones. El ingeniero que hizo la revisión hizo unas observaciones a las cuales se le contestaron y se le dio respuesta con la claridad del caso o con..., o haciendo el... A veces cuando te hacen una revisión, se le da la razón al revisor, se hace el ajuste que él requiere o se le explica dónde está la información, o se le complementa y se le aclara la observación que tiene, y si para él es satisfactoria, pues, se aprueba y da continuidad.

EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE. PREGUNTADO: ¿Sus

diseños estructurales contemplaban la construcción de un elemento

denominado viga cinta? CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: ¿Y -ese..., en el

momento (No es clara la frase) (Ruido de fondo)- de realizarle la revisión, fue

objeto de observación la no presencia de ese elemento? CONTESTÓ: ¿Me

repite la pregunta, por favor? PREGUNTADO: Si cuando le revisaron los

diseños le informaron que debía tener la viga cinta. CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: ¿No le informaron eso? CONTESTÓ: No. PREGUNTADO:

¿Sabe usted una discusión o está enterado de una discusión que se presentó

respecto del elemento viga cinta en la construcción de los proyectos?

CONTESTÓ: Claro que sí. PREGUNTADO: ¿Qué sabe al respecto?

CONTESTÓ: Posteriormente a... De hecho, cuando comenzó el proyecto ya

estaba construido prácticamente, fuimos objeto de otra revisión.

PREGUNTADO: ¿Quién realizó esa revisión?, disculpe. CONTESTÓ: Yo recibí

las observaciones de parte de FONADE, de parte, no recuerdo el nombre del

ingeniero, pero de parte de FONADE. PREGUNTADO: Ok. CONTESTÓ:

Durante esa revisión, como les explicaba ahorita, como cualquier revisión, hay

observaciones, preguntas, que se aclaran y se dan sustento a eso, y una de

esas preguntas o una de esas observaciones era que no existía la viga cinta, y

que en la opinión del ingeniero revisor, debía llevar viga cinta. Ahí comenzó todo.

A partir de ahí se hicieron una serie de... Él hace una observación, nosotros... Hizo una referencia a las observaciones, recuerdo bien que hizo una referencia a una de las tipos de mampostería que no es con la que nosotros diseñamos, es decir, como les decía ahorita, hay varios tipos de mampostería, nosotros hicimos mampostería reforzada. La observación, en principio, hacía referencia a una observación de mampostería de muros confinados, entonces, nuestra respuesta se orientó en esa dirección, diciéndole que es un requisito que pertenece a otro numeral del Título D. Contestamos eso, y luego de eso, digamos que todas las observaciones, a medida que pasaba el tiempo, se fueron subsanando, a excepción de ese tema de la viga cinta, y un día nos citaron a una reunión en la Alpujarra, no recuerdo qué oficina, pero recuerdo que fue en la Alpujarra y estaban varios..., una serie de personas, entre ellos estaba el revisor y discutimos el tema de la viga cinta. Durante esa reunión le expusimos algunos de nuestros argumentos por la cual no debería existir y él sugirió, entonces, que esa viga cinta, que esa cuchilla, ¿entiende lo que me refiero con cuchilla? PREGUNTADO: No, por favor, sea explícito explicándonos. CONTESTÓ: Digamos que si yo termino la construcción de los muros de un segundo nivel y los dejo a ras, es decir, a nivel todos y pongo un techo, me queda un techo plano, pero los techos tienen una inclinación, entonces, en construcción se complementa con un realce pequeño de muros para darle pendiente al techo. Lo que hay entre el nivel plano y lo que se realza aquí, para darle pendiente, le llamamos en el medio; cuchillas. El muro cuchilla. (...)

De lo anterior puede concluirse que tanto la parte contratante, como la gerencia del contrato, hoy demandadas, recibieron a satisfacción dentro de la etapa preconstructiva los diseños del proyecto. Comportamiento precedente o actos propios de las demandadas que no solo activó la posibilidad de adelantar la etapa constructiva del contrato, sino que además generó la confianza legítima en el contratista de que no existían objeciones a sus diseños y que por lo tanto el proyecto se construiría de esa manera.

Sobre el principio de la confianza legítima y la teoría de los actos propios se ha dicho que *"es un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente"*²².

En palabras de la Corte Constitucional, *"la doctrina de respeto por el acto propio comporta el deber de mantener una coherencia en las actuaciones desarrolladas a lo largo del tiempo", de manera que deviene contraria al principio aludido toda actividad de los operadores jurídicos que, aunque sea lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que haya tenido la entidad suficientes para generar en los interesados la expectativa de que, en adelante, aquellos se comportarían consecuentemente con la actuación original. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en desarrollo de este principio, se sanciona "como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto"* (sentencias Corte Constitucional T-1228 de 2001 / T-141 de 2004)

De esta manera, no podía la parte demandada en etapa posterior a la preconstructiva, irse en contra de su comportamiento precedente, solicitando modificaciones a los diseños de las obras del contrato.

Ahora bien, frente al argumento según el cual por tratarse de un contrato llave en mano el riesgo de los diseños se encontraba en cabeza del contratista, hay que advertir varias cosas.

Como se expondrá más adelante, efectivamente cada uno de los contratos de obra suscritos, se celebraron bajo la modalidad de contratación llave en mano, esto es, que en la forma de establecer su valor, no se determinaron unidades de medida para tasarlos, si no que se concibió la obra en su totalidad por un precio único prefijado.

²² Fernando Fueyo Laneri. Instituciones de derecho civil moderno. Santiago, Jurídica de Chile, 1990 p. 310.

Que un contrato de obra se celebre bajo la modalidad de contratación llave en mano no significa que se modifique el régimen de responsabilidad o el régimen de riesgos del contrato de cara a la obra, si no que esta modalidad contractual lo que garantiza es una suma determinada e inmodificable de su valor que por la confección de la obra final y total pagará la contratante. En gracia de discusión, el único riesgo que se encuentra en juego es el de la determinación del valor del contrato, que debe ser asumido por el contratista sin poder alegar aumento en el valor de los costos o impericia en la tasación del precio.

En un contrato llave en mano, como en uno por precios unitarios, se asumen las responsabilidades propias de cualquier contrato de obra, entre ellas, la de la elaboración de diseños. Así las cosas, en una u otra modalidad de contratación se puede atribuir el riesgo de los diseños al contratista. Lo anterior es pertinente, pues que la modalidad de contratación haya sido llave en mano no modificó, el riesgo en los diseños asumidos por el contratista, esto perfectamente pudo haber pasado igual en un contrato bajo la modalidad de precios unitarios.

Ahora bien, sobre el riesgo que asumió el contratista frente a los diseños de las obras, hay que advertir que el mismo no se materializó, pues como quedó acreditado en el proceso, la Comisión Asesora de Sismo Resistencia conceptuó de manera definitiva y favorable frente a los diseños estructurales del proyecto. Esto es, se hizo cierto el hecho de cumplimiento con la obligación de diseños y por lo tanto, no hay lugar a decir que por tener el riesgo en los diseños, se está obligado a soportar que los mismos sean rebatidos sin advertir irregularidades en los mismos, acarreando con esto una demora en el recibo de las obras y de suyo un perjuicio. El riesgo frente a los diseños implica que los mismos puedan ser rebatidos y en caso de advertir irregularidades, deban modificarse por el contratista sin pretender un mayor valor por estas labores; o que en caso de presentarse una ruina por un mal diseño estructural, sea el contratista el llamado a responder. Situaciones que no ocurrieron en los contratos mencionados.

Resisten las convocadas a la pretensión de incumplimiento por el retardo en la recepción de las obras, proponiendo como excepción la denominada "*culpa exclusiva de un tercero*", desvirtuando con esto, como un fenómeno de causa extraña, el nexo causal entre el incumplimiento en la recepción de las obras y los daños ocasionados por ello. Lo anterior lo circunscribe la parte demandada a la conducta desplegada por la Comisión de Sismo Resistencia.

El Tribunal encuentra que las conductas desplegadas por la Comisión de Sismo Resistencia y FONADE se encuentran causalmente atadas, pues se acude a la Comisión de Sismo Resistencia al encontrar discrepancias para el recibo de las obras entre lo dicho por FONADE frente a los diseños estructurales (específicamente frente al elemento "viga cinta"), con los diseños hechos por el contratista y aprobados por la contratante (a través de la interventoría) y el gerente integral. Así las cosas, el Tribunal se referirá de manera conjunta a las actuaciones de ambas entidades.

Para este Tribunal resulta evidente que la llegada de FONADE a los proyectos de vivienda que construyó el Consorcio Vip Suroeste, con el fin de realizar una inspección a la totalidad de los proyectos y definir el recibo a satisfacción de los mismos, fue una decisión administrativa de la parte demandada. Y por esta decisión responderá ante las demandantes, de resultar probados los perjuicios que por sobrecostos le ocasionó.

Está probado que FONADE, en su labor de revisión a los proyectos, ya construidos, manifestó que los mismos no cumplían con la norma sismo resistente NSR-10, por no tener una viga cinta de amarre en los muros de mampostería reforzada que reciben la cubierta.

También lo está, que los diseños entregados y aprobados por la parte demandada para la ejecución de los contratos 014, 029, 030 y 031 DE 2013, correspondientes al

diseño y construcción de viviendas de interés prioritario en los municipios de Támesis, Fredonia, Pueblorrico y Tarso, no incluían vigacinta.

Ahora bien, ¿Qué rol jugaba FONADE en los contratos 014, 029, 030 y 031 de 2013?
¿Dentro de las condiciones contractuales de dichos contratos se encontraba pactado la participación de FONADE como supervisor de los mismos?

En comunicación radicado E201420003291 del 14 de julio de 2014 LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA indicó a la Interventoría:

“El programa 100 mil viviendas gratis, surgido como respuesta del Gobierno Nacional a la realidad de miles de hogares que viven en situación de extrema pobreza, a través del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio –MINVIVIENDA–, en virtud de lo establecido en la Ley 1537, decreto 1921, Resolución 0502 de 2012, definió los mecanismos para la asignación a título de subsidio en especie de las viviendas gratis.

Es así como la Empresa de Vivienda de Antioquia – VIVA, celebró un contrato de Fiducia Mercantil con la Fiduciaria de Bogotá S.A., para la conformación de Patrimonio Autónomo Fidubogotá – Empresa de Vivienda de Antioquia, VIVA, quien adelantó todas las acciones conducentes al proceso de convocatoria, selección y adjudicación de los diferentes contratos para diseño, ejecución y control de las viviendas de interés prioritario.

Es al MinVivienda a quien finalmente, le serán entregadas las viviendas de interés prioritario de título de subsidio en especie para lo cual delegó, en el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE– la supervisión del programa de Vivienda Gratuita, a través de FIDUBOGOTA.

Por lo anterior, en cumplimiento de sus funciones de Supervisión, FONADE a través de sus diferentes profesionales asignados, realizan las visitas al sitio de

*las obras con el propósito de verificar el cumplimiento de actividades. Son ellos quienes establecen los cronogramas de sus visitas.
(...)"*

De lo anterior puede concluirse que la presencia de FONADE en los contratos de obra 014, 029, 030 y 031 de 2013, no hacía parte de las condiciones pactadas en los mismos, si no que hacía parte de los requisitos exigidos por el Ministerio de Vivienda a VIVA para la entrega de las viviendas, sin que VIVA hubiera extendido esos requisitos a los contratos de obra objeto de la controversia.

Así las cosas, no podía LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA incluir condiciones adicionales a los contratos de obra, porque a ella en virtud de su relación jurídica con el Ministerio de Vivienda le estuvieran supeditando su recibo a lo que estableciera FONADE. Si VIVA hubiese querido exigir por transividad al contratista lo que FONADE le exigiera a ella para el recibo de las obras, debió pactarlo en el cuerpo de los contratos 014, 029, 030 y 031 de 2013, logrando de esta manera, desde la etapa preconstructiva de los contratos extender los requerimientos de FONADE al contratista.

Por su parte, el papel de la Comisión de Sismo Resistencia fue accidental a los contratos objeto de la controversia, pues estando en discrepancia la aplicación de la norma NSR 10, se decidió consultar a la misma como cuerpo consultivo de la norma, para que determinara si los diseños del contratista cumplían con lo preceptuado por dicha norma. Concluyendo finalmente, como ya se ha hecho referencia, que si cumplían con los parámetros de la norma NSR 10.

Se pregunta ahora el Tribunal ¿las conductas desplegadas por la Comisión Asesora de Sismo Resistencia y FONADE, reúnen los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad propios de esta especie de causa extraña, a efectos de romper con el nexo causal entre el incumplimiento en el recibo de las obras y el daño presuntamente causado?

La respuesta debe ser negativa, pues si bien el hecho en gracia de discusión pudo haber sido irresistible para las demandadas pues se trataba de un mandato del Ministerio de Vivienda, la presencia de FONADE, que dio lugar a la de la Comisión de Sismo Resistencia, no cumplen con los requisitos de imprevisibilidad y exterioridad, tal como los ha desarrollado la jurisprudencia²³:

"(...) Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía ser, en el sub iudice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida. "En torno al tema analizado, cabe recordar el fallo del 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor consejero doctor Gustavo de Greiff Restrepo cuyos apartes pertinentes contienen: "La doctrina es unánime al considerar que para el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenersele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño. "Se hace notorio que el hecho del tercero deba ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual 'no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo'. Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración"

No existe imprevisibilidad en sus actuaciones, pues como ya se indicó a partir de una comunicación propia de VIVA, las actuaciones de FONADE provinieron de una

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Magistrado ponente Daniel Suarez Hernández. Sentencia 9276 agosto 19 de 1994. Exp. 9276.

relación jurídica pre existente con el Ministerio de Vivienda, situación que impide que tal situación fuera imprevista para las demandadas.

Sobre la exterioridad en las actuaciones de FONADE y consecencialmente en las de la Comisión Sismo Resistente, el Tribunal encuentra que estos actuaron al interior de los contratos objeto de la controversia, salvo el 033 de 2013, con el beneplácito de las demandadas, pues estas al tener a FONADE como supervisor en el recibo de las viviendas por parte de Min Vivienda, quisieron por transitividad exigir en sus listas de chequeo para la liquidación de los contratos de obra la certificación por parte de FONADE.

Lo dicho de manera precedente, desdibuja el elemento de la exterioridad, pues FONADE actuó en los contratos de obra 014, 029, 030 y 031 de 2013 sin ser ajena a las demandadas, a tal punto que entendieron vinculante para estos contratos lo dicho por FONADE como condición de recibo de las casas y lo incluyeron como requisito para liquidar los contratos de obra; sin encontrarse ello dentro de las exigencias contractuales como consta en la columna denominada "SOPORTE JURÍDICO" de la lista de chequeo para liquidar contratos pegada en la contestación de VIVA al hecho 7.12 de la demanda.

Finalmente, no es cierto como lo afirman las demandadas, que las exigencias por parte de FONADE para el recibo de las obras no eran exigencias propias de FONADE, si no de la norma NSR 10, pues quedó acreditado dentro del proceso con la determinación final de la Comisión de Sismo Resistencia, que el diseño estructural desarrollado por el contratista en sus construcciones, cumplía con la norma NSR 10, y a tal punto esto es así, que finalmente se recibieron las obras por parte de las demandadas al contratista.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal fallará favorablemente las pretensiones décima, décima primera y décima segunda principales y no se acogerá la excepción denominada "*culpa exclusiva de un tercero*".

Ahora, sobre el monto de los perjuicios solicitados en la pretensión primera consecucional de las pretensiones décima, décima primera y décima segunda principales de la demanda, el Tribunal encuentra que el contratista debió permanecer al cuidado de las obras, que ya estaban construidas y mantener su personal técnico para realizar las tareas de mantenimiento, todo lo cual le ocasionó sobrecostos, sin tener en cuenta que el personal profesional debía estar presente para atender las solicitudes y necesidades de los funcionarios de FONADE y de la EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA. Todo ello conforme al deber de mitigar el perjuicio sufrido, de acuerdo al cual el CONSORCIO VIP SUROESTE de forma diligente, prefirió permanecer frente a las obras que dejarlas abandonadas.

Los perjuicios reconocidos a las demandantes, quedaron acreditados a través del dictamen pericial aportado por la parte, suscrito por la perito Gloria Zady Correa Palacio; específicamente en la respuesta a los puntos 9 a 14, donde la Perito concluye que este perjuicio asciende a la suma de \$418.501.476, para la fecha de recibo de las obras, de cada contrato. Tal monto de perjuicios no fue controvertido por la parte demandada, en el sentido de acreditar la inexistencia de este perjuicio o valores distintos del mismo.

Si bien dentro de las alegaciones de las partes demandadas se afirmó que dicho perjuicio no podía ascender a las sumas pretendidas, no se demostró por las partes demandadas el sustento de sus afirmaciones. Así las cosas, el Tribunal le reconoce pleno valor al dictamen pericial suscrito por Gloria Zady Correa y en tal sentido procederá a declarar procedente la pretensión primera consecucional de las pretensiones décima, décima primera y décima segunda principales de la demanda inicial; cuyo valor final con indexación e intereses se liquidará en el Título de Liquidación de este Laudo.

6. LUCRO CESANTE POR UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR EN LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO

El contrato llave en mano o *turnkey contract* (de su denominación anglosajona) en términos generales, es un contrato en el cual el contratista se obliga a llevar a cabo una obra completamente, asumiendo el diseño inicial y el suministro de equipos e instalación, en condiciones tales que el contratante pueda ponerla en marcha al momento en que se le entrega²⁴, en contraprestación a un precio fijo o global. Los contratos de llave en mano corresponden realmente a contratos atípicos que en Colombia se asimilan a los "contratos de confección de obra material"²⁵, en materia civil y comercial; pero aún más, a los "contratos de obra a precio global y fijo", en materia administrativa.²⁶

Aunque se trata de un contrato atípico, el Consejo de Estado ha indicado que el contrato llave en mano *"puede encontrarse bajo distintas formas, que van desde la entrega de una suma global por la totalidad de un proyecto, hasta el pago por algunos de los diferentes elementos involucrados en el establecimiento de una empresa manufacturera en un país dado. Estos contratos se asimilan, generalmente, a contratos de obra a precio fijo o global y en ellos los contratistas adquieren la obligación de entregar al operador, en estado de utilización y bajo su responsabilidad, determinadas obras generalmente sobre inmuebles."*²⁷ Por otro lado, cabe señalar que los contratos de obra a precio global *"son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una*

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. C.P. Hector Romero. Sentencia de 13 de marzo de 2008

²⁵ Al respecto, el Consejo de Estado hace la similitud en sentencia de 13 de marzo de 2008: *"De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a los contratos estatales se les aplican las normas de los Códigos Civil y de Comercio, salvo en las materias expresamente reguladas en dicha ley. Los contratos de obra se encuentran en el Código Civil como contratos de confección de obra material."*

²⁶ Al respecto, el Consejo de Estado lo ha establecido de la siguiente manera: *"Los contratos llave en mano están regulados en nuestro estatuto contractual bajo la denominación de "Contrato de Obra" (artículo 32, núm. 1º)"* (Sala de consulta y servicio civil. 16 de diciembre de 1997)

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P. Augusto Trejos Jaramillo. 16 de diciembre de 1997.

suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales."²⁸

En cuanto a las características, tenemos que se trata de un contrato atípico, innominado, bilateral, oneroso, conmutativo, de colaboración, *intuitu personae* y de ejecución sucesiva.²⁹

Por otra parte, la doctrina también agrega otro tipo de características como lo son i) la fusión de elaboración del proyecto y ejecución de la obra en una sola persona, ya que el contratista desarrolla, dirige y emprende el proyecto y, al finalizarlo, lo entrega al contratante; y ii) la existencia de un solo contrato para la construcción de la obra.³⁰

Elementos:

- El *contratista*, que es la persona encargada de llevar a cabo la obra.
- El *contratante*, que es la persona que contrata y recibe el bien.
- La obra, que puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.
- El precio estipulado por las labores que realizará el contratista.

Obligaciones del contratante:

- Proporcionar al contratista acceso al sitio en donde se desarrollará la obra.
- Ayudar al contratista respecto a la obtención de licencias y permisos.
- Recibir la obra cuando esta ha finalizado.
- Pagar el precio acordado en el contrato, el cual debe ser único y global.³¹

Obligaciones del contratista:

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de agosto 31 de 2011.

²⁹ PARRA. WILLIAM. *Los contratos estatales*. Ediciones librería del profesional. 1999

³⁰ PRADO PUGA. ARTURO. El contrato general de construcción, y en especial la modalidad EPC y sus principales características. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 41 n. 2. Pp. 765-783

³¹ PEÑA NOSSA, LISANDRO. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. ECOE Ediciones. Bogotá: 2006.

- El contratista debe diseñar, ejecutar y completar todas las obras en concordancia con el contrato, y debe corregir cualquier defecto que se pueda presentar. Lo anterior incluye los estudios de factibilidad, construcción, contratación de personal, instalaciones y suministros.
- El contratista debe entregar al contratante la obra una vez terminada, cumpliendo con todos los propósitos definidos en el contrato, y en perfecto estado de funcionamiento.
- El contratista debe entregar al contratante los manuales de operación y mantenimiento que sean necesarios para la corrección de futuros defectos.
- El contratista debe responder por la estabilidad y seguridad de todas las operaciones y métodos que estén incluidas dentro de la obra.
- El contratista debe enviar información sobre la ejecución de las obras, cuando el contratante lo solicite.³²

De lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que en este tipo de contratos las principales obligaciones de las partes consisten para el Contratista en diseñar, construir y entregar el bien objeto del contrato con las especificaciones señaladas para el efecto y para el Contratante en recibir el bien y pagar el precio; las demás obligaciones deben ser consideradas accesorias, sin perjuicio de que las partes puedan asignarle a las accesorias una relevancia mayor, punto sobre el que volveremos más adelante.

Ahora bien, haciendo un estudio específico acerca del precio pactado por la realización de la obra, como lo indica el profesor Lisandro Peña, éste consiste en un *“valor que incorpora todos los costos y gastos en que el contratista incurra para garantizar el cumplimiento. Por consiguiente, el contratista se compromete a realizar estudios previos, suministrar los equipos y ejecutar la obra en condiciones que al finalizar la labor le permita al contratante la utilización de la obra o la puesta en*

³² HUSE, JOSEPH. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. Sweet & Maxwell. 2002

*marcha del servicio en el momento en que se efectúe la entrega.*³³ Además, el autor indica que es obligación del contratante la de *“pagar un precio único o global por la totalidad del proyecto contratado.”*³⁴

De la simple lectura los Contratos de Construcción de Obra debatidos en este proceso y, especialmente de sus cláusulas primera (objeto) y tercera, podemos afirmar que su objeto y obligaciones principales del Contratista consisten en diseñar y construir un determinado número de viviendas, de ciertas especificaciones y en determinados lugares previamente seleccionados y aptos para construirlas a precios globales o fijos y que su objeto y obligaciones principales del Contratante consisten en supervisar y recibir la obra y pagar el precio.

Ahora bien, vale la pena analizar de manera específica que el precio pactado por las partes en la Cláusula Tercera inciso primero incluye, por poner un ejemplo, el valor del Impuesto al Valor Agregado – IVA - *“.. y todos los gastos, costos, impuestos y tributos para la legalización, ejecución y liquidación del contrato y las actividades de diseño y las obras de construcción de las viviendas se ejecutarán por el sistema de construcción llave en mano con precio global fijo y no se admitirán fórmulas de reajuste posteriores”* y que tales precios *“...se mantendrán durante la ejecución del contrato y hasta la finalización del mismo, independiente de cualquier cambio o fluctuación que los precios de tales bienes o servicios o los ítems que los compongan puedan padecer tanto en el mercado nacional como internacional durante la vigencia del contrato”* (parágrafo 1 de la cláusula tercera), lo que claramente establece que el precio incluye todos los costos y gastos directos e indirectos, impuestos y demás emolumentos en que el Contratista deba incurrir y que fueron necesarios para la ejecución -diseño y construcción- de las obras contratadas, incluso asumiendo los riesgos de variación de precios de los materiales.

³³ PEÑA NOSSA, LISANDRO. Op. Cit. Pp. 421

³⁴ *Ibidem*.

Por último, considera este Tribunal que es importante destacar que en el Precio el Contratista incluyó la Utilidad que esperaba recibir, tal y como se evidencia en las facturas emitidas y entregadas por el Contratista a la Contratante y que son fundamento de la respuesta a la pregunta 18 del dictamen pericial financiero inicial (página 55), de fecha 31 de marzo de 2016, presentado por la Perito Gloria Correa, que dice: “

18 .El perito dirá cual era la utilidad prevista en la ejecución de cada uno de los contratos que dejó de percibir el CONSORCIO VIP SUROESTE y en consecuencia calculará el valor que indemniza el lucro cesante ocurrido.

R.: De acuerdo con las Facturas emitidas por el Consorcio Vip Suroeste, la utilidad facturada corresponde al 4% del total facturado; en las mismas facturas aparece la discriminación del AIU del 25% de la siguiente manera: Administración más imprevistos corresponde al 21% y la Utilidad al 4%.”

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal llega a la conclusión que estamos en presencia de contratos llave en mano y que el precio pactado entre las partes incluye no solo los costos directos e indirectos, impuestos y demás insumos, sino también la utilidad que el Contratista estimó como remuneración por su ejecución, razón por la cual no resulta procedente reconocer el valor pretendido a título de lucro cesante. Así mismo, no encuentra el Tribunal que dentro de los contratos bajo examen exista una dificultad interpretativa o una ambigüedad que requieran de interpretación en relación con la utilidad dejada de percibir.

De conformidad con lo que se viene de anotar, se despachará negativamente la pretensión décima tercera principal y primera consecuencial de la décima tercera principal.

7. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES (NULIDAD Y MECANISMOS SUPLETORIOS DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES)

Una obligación es un vínculo jurídico entre un deudor y un acreedor en torno a un objeto que puede ser dar, hacer o no hacer. Este objeto debe cumplir con requisitos de posibilidad natural y moral, según lo establece el Código Civil. De esta manera, “es físicamente imposible el (objeto) que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”³⁵

Teniendo en cuenta lo anterior, y tratándose de obligaciones cuya fuente es un contrato, se puede presentar el caso en el que una persona se obligue a cumplir prestaciones imposibles o de difícil cumplimiento. Esta imposibilidad puede ser inicial o sobreviniente al momento de la celebración del contrato.

En el caso de la imposibilidad inicial, si al momento de la celebración del contrato el objeto es naturalmente imposible por contrariar las leyes de la naturaleza, el acto no puede formarse, y por lo tanto, es inexistente. Lo anterior dando aplicación al principio conforme al cual nadie está obligado a lo imposible (*Impossibillum nulla obligatio est*). Así, hay consenso doctrinal en relación a que “no pudiendo existir prestaciones imposibles, cualquiera que sea su naturaleza, los actos jurídicos respectivos no pueden existir cuando las prestaciones que producen se refieren a daciones, hechos o abstenciones imposibles.”³⁶ Por otro lado, si el objeto es moralmente imposible, el acto se forma pero está condenado a la declaración de su nulidad absoluta, sanción estipulada en el art. 1741 del Código Civil para este tipo de vicios del acto.

No obstante, hay que aclarar que la inexistencia del acto jurídico por imposibilidad natural solo procede cuando la prestación es objetivamente imposible, esto quiere decir que debe ser absoluta (insuperable para cualquier persona), y permanente

³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57 de 1887. Código Civil. Artículo 1518.

³⁶ OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 249

(insubsanable con el transcurso del tiempo). Al respecto, como bien afirma Zimmermann, *"if somebody had promised what he could not, but another person could in fact perform, the obligatio was not nulla"*³⁷. En estos casos, cuando la imposibilidad es relativa del deudor, por obligarse a algo más allá de sus capacidades y medios, el acto se perfecciona y la falta de pago de la prestación constituye un incumplimiento por el cual ha de responder.

Así también lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia al decir que en cuanto a la imposibilidad relativa *"las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran –in radice- la posibilidad de cumplimiento, y que, ad cautelam, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables"*³⁸.

Ahora bien, tratándose de la imposibilidad que sobreviene con posterioridad al otorgamiento o celebración del contrato, se tiene que cuando dicha imposibilidad es absoluta y permanente, la respectiva obligación se extingue, obedeciendo al mismo principio *Impossibillium nulla obligatio est*. Sin embargo, así la obligación se extinga porque ya no se puede cumplir en especie, *"esto no significa que el deudor siempre quede liberado frente a su acreedor, porque si la imposibilidad se debe a su culpa, y aun si ha asumido la responsabilidad por el caso fortuito, la extinguida obligación en especie es reemplazada por la de indemnizar los perjuicios irrogados al acreedor."*³⁹

En relación con este tema, el demandante pretende que se declare que la obligación establecida en la cláusula tercera inciso 5 del Contrato de Construcción de Obra tercera, por la que se condiciona el pago del saldo del 10% del precio a la obligación del Contratista de *"(i) presentar una relación completa del personal designado para la*

³⁷ ZIMMERMANN, REINHARD. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996. Pág. 687

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de julio de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

³⁹ OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. Op. Cit. Pág. 586

ejecución del contrato, el valor cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales, lo cual debe constar en documento suscrito por cada trabajador en el que manifieste que EL CONTRATISTA se encuentra a paz y salvo por concepto con él”, es una obligación moralmente imposible y, por tanto, que se declare su nulidad.

Bien sabido es que nadie puede obligarse a lo imposible, sea física o moralmente imposible, pero también es necesario determinar si es realmente imposible o no, y para el efecto basta con revisar que en el proceso obran sendos paz y salvo de extrabajadores del CONSORCIO VIP SUROESTE y que en palabras del apoderado de la demandante suman 801, número que sin lugar a dudas acredita que si es posible cumplir con la obligación a pesar que ese número aparentemente no coincide con la totalidad de trabajadores; lo anterior lleva a concluir a este Tribunal que si la obligación fue parcialmente cumplida, no es de recibo tener que la misma es de imposible cumplimiento y, por tanto, en que ella se devenga como nula, por lo que tal pretensión se despachará desfavorablemente.

De conformidad con lo que se viene de anotar, se despachará negativamente la pretensión décima cuarta principal.

En lo relativo a las pretensiones primera y segunda subsidiaria de la décima cuarta principal y la consecencial de la primera subsidiaria de la décima cuarta principal, se procederán a rechazar en la medida en que ha prosperado la pretensión séptima principal, además que, en sentir de este Tribunal, no se encuentra una dificultad interpretativa en los contratos bajo examen que habilite la interpretación a favor del adherente.

8. CLÁUSULA PENAL

Establece el Código Civil en su artículo 1592 lo siguiente: *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar*

la obligación principal.". De este concepto se desprende que la cláusula penal puede cumplir con una diversidad de funciones, como la de servir de apremio al deudor, previniéndolo para que cumpla con la obligación; servir como garantía, asegurando el cumplimiento de la obligación; o como estimación anticipada de perjuicios.⁴⁰

Por su parte, el artículo 1594 del Código Civil establece: "*Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.*". Del anterior enunciado se ha interpretado por la doctrina y la jurisprudencia, que la cláusula penal pueda ser compensatoria o sancionatoria, esto es, que pueda corresponder a un equivalente de la obligación principal o a una sanción por el incumplimiento de una obligación principal en adición a la exigibilidad de esta, caso en el cual se requerirá un acuerdo expreso.

Desde ya se advierte que en uno u otro modelo de cláusula pena, no se hace necesario acreditar la existencia de un perjuicio para exigir la cláusula penal, pues tratándose de cláusulas penales compensatorias, precisamente lo que pretende hacerse, en términos de la propia doctrina y de la jurisprudencia, es tazar anticipadamente unos perjuicios que ante un incumplimiento serían inexistentes en terminología de la teoría del daño o que su prueba sería de difícil recaudo o práctica. Tratándose de cláusulas penales sancionatorias, la existencia y prueba de un perjuicio simplemente constituye una prestación acumulativa que puede exigirse paralelamente a la cláusula penal, pero que no es presupuesto para su exigibilidad.

⁴⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Editorial Temis. 1980

Los requisitos para la exigibilidad de la cláusula penal se encuentran en los citados artículos 1594 y 1595 del Código Civil indican pues que el acreedor de la pena, para hacerla efectiva, solo necesita acreditar judicialmente la existencia de la obligación principal y de la cláusula; así como la infracción de la primera, cuando esta es negativa, o la mora del deudor si es positiva.⁴¹

Por lo tanto, para la exigibilidad de la cláusula penal por parte del acreedor, solo es necesario que el deudor se encuentre en mora, más no que se compruebe la existencia de un daño con dicho incumplimiento, pues como establece el artículo 1599 del Código Civil: *"Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido algún beneficio"*.

De la misma manera se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia al establecer que *"la estipulación de una cláusula penal en un contrato concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal"*⁴² (Subrayado fuera del texto).

Además de lo anterior, el acreedor que exige el pago de la pena también queda exonerado de acreditar la culpa por parte del deudor, pues esta se presume con el solo incumplimiento de la obligación principal. La Corte también se refiere a este asunto aludiendo que *"en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (C.C. art. 1604)"*⁴³.

Por último, el acreedor también queda exonerado de demostrar la cuantía de los perjuicios sufridos, pues precisamente una de las funciones de la cláusula penal,

⁴¹ Ibidem.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia de 7 de octubre de 1976

⁴³ Ibidem.

como se mencionó anteriormente, es la de estimar anticipadamente dichos perjuicios. De esta forma, cuando la cláusula penal persigue el objetivo aludido, *“la parte que solicita su efectividad ante los estrados judiciales contra el deudor incumplido no está obligada a demostrar el perjuicio y su cuantía.”*⁴⁴

Exigibilidad de la cláusula penal en obligaciones accesorias

La cláusula penal es una obligación accesoria según lo estipulado en el artículo 1593. El objetivo final de convenir en la cláusula penal es la de sancionar el incumplimiento de una obligación principal, de donde surge un vínculo de dependencia de la pena a esta obligación. Por lo tanto, debido a su naturaleza accesoria, su existencia depende de la obligación principal, y al extinguirse esta, se extingue también la pena.⁴⁵

Por consiguiente, el incumplimiento de una obligación accesoria diferente a la cláusula penal, en principio, no daría lugar a la exigibilidad de la pena, toda vez que esta se ha creado para asegurar el incumplimiento de la obligación principal a la cual está sujeta. Al respecto, se puede hacer una comparación en tratándose de la resolución de los contratos por el incumplimiento de una de las partes, en donde la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que *“resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato.”*⁴⁶

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia de 18 de diciembre del 2009.

⁴⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis. 1980

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia de 18 de diciembre de 2009

Por otra parte, el Consejo de Estado también ha utilizado esta definición en torno a la cláusula penal, indicando que la misma constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la *“declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones.”*⁴⁷ (Subrayado por fuera del texto)

Adicionalmente, la doctrina ha establecido que el incumplimiento de una obligación accesoria se puede considerar como un incumplimiento grave cuando el mismo *“hace imposible o dificulta el exacto cumplimiento de la obligación principal; o constituye una disminución o no otorgamiento de las medidas pactadas, con tal de que ponga verdaderamente en peligro el cumplimiento de la obligación principal.”*⁴⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, la cláusula penal podría ser exigible por un incumplimiento de una obligación accesoria siempre y cuando dicha infracción comprometa de manera grave el cumplimiento del contrato en su conjunto.

En los contratos de obra que dieron lugar a la controversia que aquí se estudia, se estableció de forma uniforme en su cláusula décima segunda lo siguiente:

DÉCIMA SEGUNDA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: Expresamente se conviene una cláusula penal equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de **EL CONTRATISTA**. Esta suma será exigible por vía ejecutiva, por lo que las partes le otorgan al presente documento la calidad de título ejecutivo, sin necesidad de constituir en mora a la deudora y sin requerimiento judicial o extra judicial alguno, a los cuales renuncia expresamente **EL CONTRATISTA**, y se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar. Esta cláusula se podrá aplicar, no obstante las competencias sancionatorias que le correspondan a la entidad asignataria del subsidio de vivienda, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la ley 1537 de 2012 o norma que la modifique, adicione o sustituya.

PARÁGRAFO: No obstante la cláusula penal prevista en la presente cláusula, **EL CONTRATANTE** queda en libertad para reclamar, judicial o extrajudicialmente, los perjuicios que **EL CONTRATISTA** pueda causarle con su incumplimiento, toda vez que dicha cláusula penal no implica una estimación de perjuicios, sino una pena por incumplimiento. También podrá **EL CONTRATANTE** reclamar el pago de intereses moratorios por la demora en el pago de la cláusula penal.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 13 de noviembre de 2008.

⁴⁸ FARINA, Juan M. *Rescisión y Resolución Contratos Cíviles y Comerciales*. Rosario Ediciones Jurídicas, 1965.

De lo anterior puede concluirse que la cláusula penal pactada se encuentra solo a favor del contratante y que la misma corresponde a la modalidad sancionatoria de dicha estipulación, pues la penalidad por incumplimiento, tal y como se establece expresamente, puede exigirse en adición a la ejecución por equivalente de la obligación principal o, lo que es lo mismo, a la ejecución por perjuicios de la obligación principal.

En los contratos referidos no se establece una clasificación de las obligaciones entre principales y accesorias que permita establecer *prima facie* cual incumplimiento daría lugar a la aplicación de la misma. Así las cosas, habría que acudir a lo que al tenor del artículo 1501 del Código Civil constituye la prestación principal típica del contrato que, de suyo, constituye su esencia⁴⁹.

Revisados los artículos 1973, 2053 y 2060, puede concluirse que las prestaciones principales de un contrato de obra son la confección de una obra material (incluyendo su diseño en este caso) a cambio de un precio. De allí que solo sería exigible la cláusula penal del caso *sub judice* ante el incumplimiento de la obligación principal del contratista de diseñar y confeccionar la obra.

La pretensión contenida en la demanda de reconvención se encausa a partir de la afirmación de incumplimiento de los contratos mencionados, específicamente en su cláusula tercera, párrafo cuarto, numeral tercero y cláusula cuarta, párrafo segundo, numerales 6 y 7.

Revisada, en primer lugar, la cláusula tercera, párrafo cuarto, numeral tercero, el Tribunal estima que lo allí preceptuado, mas que corresponder a una obligación contractual, corresponde a una carga del contratista, en los términos ya expresados con anterioridad, toda vez que lo allí señalado constituye un requisito para la

⁴⁹ TASACIÓN DEL PERJUICIO MEDIANTE CLÁUSULA PENAL EN EL DERECHO COLOMBIANO. Jorge Andrés Contreras Calderón. Revista de Derecho Privado No 48. Universidad de los Andes. Julio – Diciembre 2012.

devolución del pago del 10% del valor del contrato y que se encuentra retenido por la entidad.

Ahora bien, revisado lo dispuesto en cláusula cuarta, párrafo segundo, numerales 6 y 7, en Tribunal encuentra que dicha cláusula hace referencia a las obligaciones del contratista. El párrafo segundo mencionado hace referencia a las obligaciones relacionadas con el personal requerido para la ejecución del objeto contractual y los numerales 6 y 7 establecen:

6. Asumir el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todo el personal que ocupe en la ejecución de la obra, así como garantizar que la celebración y ejecución de los subcontratos necesarios, los cuales no dan lugar al surgimiento de ningún tipo de vinculación laboral entre el personal subcontratado y EL CONTRATANTE o LA FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.
7. Acreditar, en las oportunidades que así se requiera, que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y las Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

A diferencia de los preceptos analizados anteriormente, lo contenido en estos numerales si resulta ser una arquetípica obligación cuya fuente son los contratos que encausan la controversia, esto es, lo contenido en estos enunciados corresponde a un imperativo de exigibilidad correlativa por parte del contratante.

En principio, con lo ya expuesto sobre la necesidad de incumplimiento de obligaciones principales, para hacer efectiva la cláusula penal y bajo lo que constituyen las obligaciones principales de los contratos que dan lugar a la controversia, podría concluirse que el incumplimiento de los citados numerales 6 y 7 del párrafo segundo de la cláusula cuarta, no correspondería a un incumplimiento de una obligación principal.

No obstante lo anterior, en el mismo párrafo segundo de la cláusula cuarta, se establece:

Las obligaciones relacionadas con el personal requerido para la ejecución del objeto contractual serán objeto de especial verificación por la INTERVENTORÍA y su incumplimiento, incluida la ausencia injustificada de una o varias de las personas que hacen parte del equipo de trabajo, acarreará la imposición de las sanciones contractuales correspondientes.

Con ello puede concluirse que, contractualmente, las partes quisieron darle importancia a las obligaciones contenidas en el párrafo segundo de la cláusula cuarta, extendiendo las sanciones contractuales, como podría ser el caso de la cláusula penal.

Como se indicó, la parte demandante en reconvención afirma el incumplimiento por parte del contratista de los numerales 6 y 7 del párrafo segundo de la cláusula cuarta solicitando, en consecuencia, la aplicación de la cláusula penal.

Frente a dicha afirmación determinada, en la medida en que se concreta una situación fáctica específica, la parte resistente de la pretensión en reconvención, realizó una afirmación indeterminada en el sentido de indicar de manera general que no se había presentado tal incumplimiento, pues se habían asumido las obligaciones laborales con el personal que se ocupó en el ejercicio de la obra y se había acreditado el cumplimiento de dichas obligaciones.

En la etapa de instrucción del proceso, pudo verificarse que, si bien la parte demandante en reconvención aportó algunos nombres sugeridos por la interventoría que no contaban con los mencionados "paz y salvos", no se acreditó en el proceso que dichos nombres correspondieran a personal que se hubiera ocupado en la ejecución de la obra y frente a los cuales no se hubiese asumido las obligaciones laborales.

Por otro lado este Tribunal ya realizó un exhaustivo análisis de la condición acusada de incumplida y el contorno en el que ella se estableció, y se ha llegado a la conclusión que el incumplimiento de tal condición -establecida bajo la forma de una obligación de obligación accesoria- no afecta ni en todo ni en parte las obligaciones

principales a cargo de la parte Contratista – diseñar, construir y entregar- y, y por tanto, no impide su ejecución como en efecto ocurrió, porque las viviendas de diseñaron, construyeron y entregaron a la Contratante y ésta a su turno las recibió y entregó a los beneficiarios de las mismas.

De otra parte y, dada la ambigüedad de la condición establecida en el contrato, la que fue alegada como incumplida y que impedía el pago del saldo del precio, frente a las otras cláusulas que establecían otras obligaciones y procedimientos de pago del saldo del contrato, el Tribunal consideró declarar tal cláusula como ambigua junto de las que forma parte y resolvió interpretar que tal condición se tiene como cumplida.

En desarrollo de lo anterior, si se llegare a considerar que hubo un incumplimiento parcial de la condición alegada, esta obligación sería accesorio y no representa gravedad para la ejecución de las obligaciones del contrato a cargo del mismo deudor (Contratista).

Lo anterior lleva a concluir al Tribunal que:

1. Las cláusulas penales son estipulaciones para el cumplimiento de las obligaciones principales de un contrato.
2. Las cláusulas penales pueden ser sancionatorias o compensatorias.
3. Ni en las cláusulas penales compensatorias ni en las sancionatorias, existe como presupuesto para su exigibilidad la existencia o prueba de un perjuicio.
4. La cláusula pactada en los contratos objeto de la controversia es de naturaleza sancionatoria.
5. Los contratos mencionados no discriminan sus obligaciones principales, pero en el caso específico de las obligaciones contenidas en el parágrafo segundo

de la cláusula cuarta, se establece que su incumplimiento habilita la aplicación de las sanciones del contrato, como es el caso de la cláusula penal.

6. Si bien la parte demandante en reconvención afirma un incumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales seis y siete del parágrafo segundo de la cláusula cuarta, sustentado en comunicaciones de la interventoría que dan cuenta de la inexistencia de paz y salvos de ciertas personas, no se probó por esa parte que dichas personas tuviesen una relación laboral con el contratista y se les hubiese incumplido con sus obligaciones laborales, así como tampoco se probó que las constancias de pago de las obligaciones laborales aportadas al proceso por el contratista no obedecieran a la totalidad del personal que se ocupó en la ejecución de la obra.
7. Que la obligación que puede tenerse como incumplida es de aquellas que se denominarían accesorias y que su incumplimiento no afecta ni en todo ni en parte las obligaciones principales del contrato.

Por lo tanto, este Tribunal fallará desfavorablemente la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención y se acogerá la excepción denominada *"ausencia de prueba de incumplimientos de obligaciones laborales imputadas por el contratante"*, rechazando las demás excepciones formuladas.

En resumen, atendiendo al sentido en el que se resolvieron los problemas jurídicos planteados, el Tribunal resolverá las pretensiones de la siguiente manera:

- De conformidad con las consideraciones hechas frente al carácter de adhesión de los contratos de obra se fallarán favorablemente las pretensiones primera principal y segunda principal de la demanda inicial, así como las pretensiones primera y segunda consecuenciales de la primera y/o segunda principales de la demanda inicial. No se acogerá la excepción denominada *"lo exigido al contratista fue pactado contractualmente – inexistencia de contrato de adhesión"*.

- De conformidad con las consideraciones hechas frente a incumplimiento de la obligación principal de pago por impedimento de facturación se fallarán desfavorablemente las pretensiones tercera principal y cuarta principal de la demanda inicial, así como la primera y segunda consecuenciales de cualquiera de las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta y/o séptima principales de la demanda inicial. Se acogerá la excepción denominada "*culpa exclusiva del contratista*".
- De conformidad con las consideraciones hechas frente a incumplimiento de la obligación principal del pago del 10% retenido de todos los contratos de obra y del 3.05% del contrato 033 se fallará desfavorablemente la pretensión sexta principal y favorablemente las pretensiones quinta, séptima y octava principales de la demanda inicial, así como la primera y segunda consecuenciales de la octava principal de la demanda inicial. No se acogerá la excepción denominada "*excepción de contrato no cumplido*".
- De conformidad con las consideraciones hechas frente la constitución en mora y el reconocimiento de intereses moratorios se fallará favorablemente las pretensiones novena principal y la segunda consecencial de la novena principal de la demanda inicial; y desfavorablemente la pretensión primera consecencial de la novena principal de la demanda inicial.
- De conformidad con las consideraciones hechas frente al incumplimiento por retraso en el recibo de las obras se fallará favorablemente la pretensiones décima, décima primera y décima segunda principales y primera consecencial de las pretensiones décima, décima primera y décima segunda principales de la demanda inicial. No se acogerá la excepción denominada "*culpa exclusiva de un tercero*".

- De conformidad con las consideraciones hechas frente al lucro cesante por utilidad dejada de percibir en los contratos llave en mano, se fallará desfavorablemente las pretensiones décima tercera principal y primera consecuencial de la décima tercera principal de la demanda inicial.
- De conformidad con las consideraciones hechas frente a la imposibilidad de cumplimiento de obligaciones (nulidad y mecanismos supletorios de protección de los trabajadores) se fallará desfavorablemente la pretensión décima cuarta principal, así como las pretensiones primera y segunda subsidiaria de la décima cuarta principal y la consecuencial de la primera subsidiaria de la décima cuarta principal de la demanda inicial.
- Sobre las denominadas "excepción de buena fe de los demandados y mala fe de los demandantes", "excepción de incoherencia de la reclamación en vía directa" el Tribunal no las acogerá teniendo en cuenta que no tienen vocación enervar las pretensiones.
- Sobre las pretensiones décima quinta, décima sexta, décima séptima y décima octava principales referentes a la liquidación, indexación e intereses, el Tribunal en el título siguiente, procederá a liquidar el contrato con las cifras resultantes de los contratos debidamente indexadas, más los intereses a que haya lugar atendiendo a las consideraciones hechas frente a la constitución en mora y el reconocimiento de intereses.
- Sobre la pretensión décima novena principal de la demanda inicial y tercera de la demanda de reconvencción referentes a la condena en costas y/o agencias en derecho, el Tribunal procederá a hacer sus consideraciones en el título pertinente.
- De conformidad con las consideraciones hechas frente a la cláusula penal se fallarán desfavorablemente las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvencción. Se acogerán la excepción denominada "*ausencia de prueba de*

incumplimientos de obligaciones laborales imputadas por el contratante" y se rechazarán las demás formuladas.

X. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

La parte convocante formula como pretensión decima quinta de la demanda principal reformada que se liquiden los contratos así:

"DECIMA QUINTA: *Se liquiden los contratos de obra civil No. 014 de 2013, 029 de 2013, 030 de 2013, 031 de 2013 y 033 de 2013 en sede judicial."*

Ninguno de los demandados, Patrimonio Autónomo Fidubogotá-Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA ni Empresa de Vivienda de Antioquia VIVA, en la respuesta a la demanda principal inicial ni a la reformada, se opusieron a esta pretensión; con todo, en los alegatos de conclusión las demandadas alegan que este Tribunal carece de competencia para liquidar los contratos en la forma pedida por la demandante y, en desarrollo de la excepción genérica alegada, este Tribunal procederá a resolver sobre su competencia específica para esta pretensión.

Al respecto, este Tribunal consideró, al estudiar sobre su propia competencia, que en efecto cuenta con la competencia que lo habilita para resolver sobre la liquidación pedida por la parte demandante, en la medida en que la cláusula compromisoria pactada en los contratos objeto de esta *litis* establece una competencia residual para todos aquellas controversias derivadas de los mismos y que no correspondan a temas técnicos, así:

***"CLAUSULA VIGÉSIMA SEPTIMA. SOLUCION DE CONTROVERSIAS.
CLAUSULA COMPROMISORIA. 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

Por lo anterior, este Tribunal deniega la oposición propuesta por las demandadas de carecer de competencia para conocer de la liquidación de los contratos y, por tanto, deniega también la excepción genérica que cabría con dicho fundamento, y procede a liquidar los contratos en la forma solicitada por la demandante.

En todos los contratos objeto de examen se establece de manera uniforme:

“CLAUSULA DECIMO NOVENA: LIQUIDACION 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, 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 poderse declarar a paz y salvo”*

Como el Contratista diseñó, construyó y entregó las viviendas contratadas en cada contrato al Contratante según consta en las Actas de Recibo de Obra, este Tribunal considera que el plazo con el cuál contaban las partes para la liquidación de los Contratos debía ser de dos meses contados a partir de tal fecha, los que se resumen a continuación así:

No. CONTRATO	NOMBRE	FECHA ACTA RECIBO	FECHA ACTA RECIBO + 2 MESES
033	HISPANIA	08/01/2015	08/03/2015
014	TAMESIS	03/02/2015	03/04/2015
029	FREDONIA	03/02/2015	03/04/2015
030	PUEBLO RICO	28/01/2015	28/03/2015
031	TARSO	03/02/2015	03/04/2015

Las partes, en la oportunidad contractual establecida, no llegaron a un acuerdo sobre la forma en como

debían liquidarse los contratos, razón por la cual, el contratista elevó judicialmente tal reclamo según la pretensión décima quinta ya citada. En ese orden de ideas, teniendo el Tribunal competencia para ello y habiendo sido habilitado vía pretensión, procederá a efectuar el análisis que termine por realizar la liquidación definitiva, de conformidad con lo que se ha concluido en este laudo.

Resulta ser ilustrativo no perder de vista las diferencias existentes entre las partes que les impidieron llegar a un acuerdo liquidatorio:

Según lo expresado por el convocante, se le adeudan a la fecha:

- Indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante) por demora en el pago oportuno de las actas mensuales por avance obra en todos los contratos (014, 029, 030, 031, 033)
- Indemnización de perjuicios por la utilidad dejada de percibir en todos los contratos (014, 029, 030, 031, 033)
- Indemnización de perjuicios por mayor permanencia en obra para los contratos 014, 029, 030, 031 y 033
- Saldo del precio correspondiente al 10% del valor de todos los contratos (014, 029, 030, 031, 033)
- Saldo del precio correspondiente al 3,05% del valor del contrato 033
- Actualización de los capitales de las condenas adeudadas
- Intereses de mora de las condenas

Según las convocadas, se presentaron las siguientes circunstancias:

- En respuesta a la demanda -pág 32- establecen que “... la principal diferencia entre las partes está dada en relación con los paz y salvos de los trabajadores de las obras, los cuales son obligatorios para realizar el trámite de liquidación...”, lo que consideran un incumplimiento de la Contratista.
- En la demanda de reconvención conjunta solicitan que tal incumplimiento es causal para exigir el reconocimiento de la cláusula penal equivalente al 10% del valor total de cada contrato (014, 029, 030, 031, 033) a cargo del Contratista.

Para liquidar el contrato en forma tal, que se establezcan claramente cuáles son los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes, derechos y obligaciones que han sido ampliamente debatidos en este Laudo, este Tribunal procederá a hacer un resumen de las pretensiones de contenido económico que prosperan y que corresponde a las obligaciones que la parte condenada debe cancelar en los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del Laudo:

- Indemnización de perjuicios por mayor permanencia en obra para los contratos 014, 029, 030, 031 y 033, en razón a que se evidenció que el requerimiento de la Viga Cinta en el diseño y construcción de las viviendas de estos contratos no era necesario y, en razón a que las demandadas fueron quienes pretendieron exigirla, resulta legal hacerlas responsables por los perjuicios que con tal requisito demoraron la entrega/recibo de las viviendas.
- Saldo del precio correspondiente al 10% del valor de todos los contratos (014, 029, 030, 031, 033), dado que no ha sido pagado.
- Saldo del precio correspondiente al 3,05% del valor del contrato 033, dado que no ha sido pagado

- Actualización del capital de las condenas desde la fecha de causación de las obligaciones de pago hasta la fecha del laudo, así:
 - Para la indemnización de perjuicios por mayor permanencia en obra, calculados desde la fecha de 1 de febrero de 2015 -fecha de corte en la cual se estima el capital invertido en la mayor permanencia- al 22 de junio de 2017.
 - Para la falta de pago del precio de cada contrato contratos (14, 29, 30, 31, 33 de 2013) del 10% desde dos meses después de la fecha de acta de recibo de obra hasta el 22 de junio de 2017.
 - Para la falta de pago del precio del 3,05% del contrato 033 desde el 8 de marzo de 2015 al 22 de junio de 2017

- Intereses de mora de las condenas, así:
 - Sobre la indemnización de perjuicios por mayor permanencia en obra, calculados desde la fecha de 1 de febrero de 2015 a 22 de junio de 2017.
 - Sobre la falta de pago del precio de cada contrato contratos (14, 29, 30, 31, 33 de 2013) del 10%, sobre el capital actualizado a 1 de febrero de 2016 - fecha de presentación de la demanda y que se pide se constituya en mora al deudor desde la misma- hasta el 22 de junio de 2017.
 - Para la falta de pago del precio del 3,05% del contrato 033 de 2013, sobre el capital actualizado a 1 de febrero de 2016 -fecha de presentación de la demanda y que se pide se constituya en mora al deudor desde la misma- hasta el 22 de junio de 2017

De conformidad con los anteriores lineamientos, las condenas serán indexadas y sus intereses calculados conforme a los siguientes procedimientos:

1. Saldo Pendiente del 10%:

i) Fecha de recibo más 2 meses:

No. CONTRATO	NOMBRE	VALOR PENDIENTE (10%)	FECHA ACTA RECIBO	FECHA ACTA RECIBO + 2 MESES
33	HISPANIA	193.145.700	08/01/2015	08/03/2015
14	TAMESIS	291.051.371	03/02/2015	03/04/2015
29	FREDONIA	275.511.202	03/02/2015	03/04/2015
30	PUEBLO RICO	262.504.391	28/01/2015	28/03/2015
31	TARSO	199.740.215	03/02/2015	03/04/2015
TOTAL 10%		1.221.952.879		

ii) Actualización hasta el 1/2/2016

No. CONTRATO	NOMBRE	VALOR PENDIENTE	IPC		FACTOR DE AJUSTE	VALOR ACTUALIZADO
			INICIAL	FINAL		
33	HISPANIA	193.145.700	120,98	127,78	1,05620764	204.001.964
14	TAMESIS	291.051.371	121,63	127,78	1,05056318	305.767.855
29	FREDONIA	275.511.202	121,63	127,78	1,05056318	289.441.925
30	PUEBLO RICO	262.504.391	120,98	127,78	1,05620764	277.259.143
31	TARSO	199.740.215	121,63	127,78	1,05056318	209.839.716
TOTAL		1.221.952.879				1.286.310.603

iii) Actualización hasta el 22/06/17

No. CONTRATO	NOMBRE	VALOR PENDIENTE	IPC		FACTOR DE AJUSTE	VALOR ACTUALIZADO
			INICIAL	FINAL		
33	HISPANIA	252.139.150	120,98	137,71	1,13828732	287.006.797
14	TAMESIS	291.051.371	121,63	137,71	1,13220423	329.529.592
29	FREDONIA	275.511.202	121,63	137,71	1,13220423	311.934.947
30	PUEBLO RICO	262.504.391	120,98	137,71	1,13828732	298.805.420
31	TARSO	199.740.215	121,63	137,71	1,13220423	226.146.716
TOTAL		1.280.946.329				1.453.423.472

iv) Cálculo de interese de mora a partir del capital actualizado al 1/02/2016:

No. CONTRATO	NOMBRE	CAPITAL	INTERESES	TOTAL
33	HISPANIA	204.001.964	79.980.421	283.982.384
14	TAMESIS	305.767.855	119.878.462	425.646.317
29	FREDONIA	289.441.925	113.477.765	402.919.691
30	PUEBLO RICO	277.259.143	108.701.419	385.960.562
31	TARSO	209.839.716	82.269.153	292.108.869
TOTAL		1.286.310.603	504.307.220	1.790.617.823

HISPANIA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol	Interes Cte	Interes de mora			
Inicio	Final		Superba	Bancario (1)				
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	204.001.964	4.088.399	4.088.399
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	204.001.964	4.531.273	8.619.673
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	204.001.964	4.553.357	13.173.030
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	204.001.964	4.706.874	17.879.904
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	204.001.964	4.553.357	22.433.261
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	204.001.964	4.868.806	27.302.068
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	204.001.964	4.868.806	32.170.874
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	204.001.964	4.709.949	36.880.823
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	204.001.964	4.999.388	41.880.211
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	204.001.964	4.836.221	46.716.431
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	204.001.964	4.999.388	51.715.819
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	204.001.964	5.069.338	56.785.157
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	204.001.964	4.573.301	61.358.458
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	204.001.964	5.069.338	66.427.797
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	204.001.964	4.901.932	71.329.729
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	204.001.964	5.067.343	76.397.072
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	204.001.964	3.583.349	79.980.421

FUENTE: Dictamen, Tasas de interés certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia

TAMESIS

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo		Interes de mora	Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)				
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	305.767.855	6.127.888	6.127.888
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	305.767.855	6.791.688	12.919.576
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	305.767.855	6.824.789	19.744.365
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	305.767.855	7.054.887	26.799.251
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	305.767.855	6.824.789	33.624.040
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	305.767.855	7.297.599	40.921.639
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	305.767.855	7.297.599	48.219.238
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	305.767.855	7.059.496	55.278.733
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	305.767.855	7.493.320	62.772.054
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	305.767.855	7.248.758	70.020.811
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	305.767.855	7.493.320	77.514.132
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	305.767.855	7.598.166	85.112.297
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	305.767.855	6.854.681	91.966.978
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	305.767.855	7.598.166	99.565.144
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	305.767.855	7.347.250	106.912.394
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	305.767.855	7.595.175	114.507.569
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	305.767.855	5.370.894	119.878.462

FUENTE: Dictamen, Tasas de interés certificadas por la Superintendencia

Financiera de Colombia

FREDONIA

Periodo		No. de días	Interes Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)	Interes de mora			
Inicio	Final							
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	289.441.925	5.800.700	5.800.700
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	289.441.925	6.429.058	12.229.758
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	289.441.925	6.460.391	18.690.150
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	289.441.925	6.678.204	25.368.353
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	289.441.925	6.460.391	31.828.744
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	289.441.925	6.907.956	38.736.701
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	289.441.925	6.907.956	45.644.657
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	289.441.925	6.682.567	52.327.224
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	289.441.925	7.093.228	59.420.452
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	289.441.925	6.861.723	66.282.175
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	289.441.925	7.093.228	73.375.403
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	289.441.925	7.192.475	80.567.878
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	289.441.925	6.488.688	87.056.566
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	289.441.925	7.192.475	94.249.041
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	289.441.925	6.954.956	101.203.997
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	289.441.925	7.189.644	108.393.641
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	289.441.925	5.084.124	113.477.765

FUENTE: Dictamen, Tasas de interés certificadas por la Superintendencia

Financiera de Colombia

PUEBLO RICO

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)	Interes de mora			
Inicio	Final							
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	277.259.143	5.556.545	5.556.545
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	277.259.143	6.158.455	11.715.000
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	277.259.143	6.188.470	17.903.470
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	277.259.143	6.397.114	24.300.584
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	277.259.143	6.188.470	30.489.054
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	277.259.143	6.617.196	37.106.250
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	277.259.143	6.617.196	43.723.447
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	277.259.143	6.401.293	50.124.740
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	277.259.143	6.794.670	56.919.410
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	277.259.143	6.572.909	63.492.319
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	277.259.143	6.794.670	70.286.988
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	277.259.143	6.889.739	77.176.728
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	277.259.143	6.215.575	83.392.303
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	277.259.143	6.889.739	90.282.042
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	277.259.143	6.662.218	96.944.260
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	277.259.143	6.887.028	103.831.288
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	277.259.143	4.870.130	108.701.419

FUENTE: Dictamen, Tasas de interés certificadas por la Superintendencia

Financiera de Colombia

TARSO

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)	Interes de mora			
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	209.839.716	4.205.394	4.205.394
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	209.839.716	4.660.941	8.866.335
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	209.839.716	4.683.657	13.549.992
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	209.839.716	4.841.566	18.391.558
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	209.839.716	4.683.657	23.075.215
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	209.839.716	5.008.133	28.083.348
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	209.839.716	5.008.133	33.091.481
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	209.839.716	4.844.730	37.936.211
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	209.839.716	5.142.451	43.078.661
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	209.839.716	4.974.615	48.053.276
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	209.839.716	5.142.451	53.195.727
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	209.839.716	5.214.403	58.410.130
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	209.839.716	4.704.171	63.114.302
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	209.839.716	5.214.403	68.328.705
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	209.839.716	5.042.207	73.370.912
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	209.839.716	5.212.351	78.583.263
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	209.839.716	3.685.890	82.269.153

FUENTE: Dictamen, Tasas de interés certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia

2. Saldo pendiente del 3.05% Contrato Hispania:

i) Actualización hasta el 1/2/2016

No. CONTRATO	NOMBRE	VALOR PENDIENTE	IPC		FACTOR DE AJUSTE	VALOR ACTUALIZADO
			INICIAL	FINAL		
33	HISPANIA	58.993.450	120,98	127,78	1,05620764	62.309.332

ii) Actualización hasta el 22/06/17

No. CONTRATO	NOMBRE	VALOR PENDIENTE	IPC		FACTOR DE AJUSTE	VALOR ACTUALIZADO
			INICIAL	FINAL		
33	HISPANIA	58.993.450	120,98	137,71	1,13828732	67.151.496

iii) Cálculo de interese de mora a partir del capital actualizado al 1/02/2016:

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo		Interes de mora	Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario				
Inicio	Final			(1)				
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	62.309.332	1.248.740	1.248.740
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	62.309.332	1.384.009	2.632.749
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	62.309.332	1.390.755	4.023.504
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	62.309.332	1.437.644	5.461.148
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	62.309.332	1.390.755	6.851.902
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	62.309.332	1.487.104	8.339.006
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	62.309.332	1.487.104	9.826.110
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	62.309.332	1.438.583	11.264.693
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	62.309.332	1.526.988	12.791.681
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	62.309.332	1.477.151	14.268.832
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	62.309.332	1.526.988	15.795.819
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	62.309.332	1.548.353	17.344.172
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	62.309.332	1.396.846	18.741.019
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	62.309.332	1.548.353	20.289.372
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	62.309.332	1.497.222	21.786.593
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	62.309.332	1.547.744	23.334.337
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	62.309.332	1.094.480	24.428.817

FUENTE: Dictamen, Tasas de interés certificadas por la Superintendencia

Financiera de Colombia

3. Mayor Permanencia en obra:

CONTRATO	COSTOS	GASTO GLES	GTOS ADMON	TOTAL
FREDONIA	8.642.710	40.184.599	111.862.810	160.690.119
HISPANIA	0	9.545.071	2.772.710	12.317.781
PUEBLO RICO	0	9.048.692	8.952.962	18.001.654
TAMESIS		19.719.447	65.576.920	85.296.367
TARSO	25.377.570	36.001.659	80.816.326	142.195.555
TOTAL	34.020.280	114.499.468	269.981.728	418.501.476

i) Actualización hasta el 22/06/17:

CONTRATO	TOTAL	IPC		FACTOR DE AJUSTE	VALOR ACTUALIZADO
		INICIAL	FINAL		
FREDONIA	160.690.119	120,28	137,71	1,1449	183.976.025
HISPANIA	12.317.781	120,28	137,71	1,1449	14.102.774
PUEBLO RICO	18.001.654	120,28	137,71	1,1449	20.610.307
TAMESIS	85.296.367	120,28	137,71	1,1449	97.656.823
TARSO	142.195.555	120,28	137,71	1,1449	162.801.379
TOTAL	418.501.476				479.147.308

ii) Cálculo de intereses de Mora:

CONTRATO	TOTAL	VALOR ACTUALIZADO	INTERESES
FREDONIA	160.690.119	183.976.025	104.354.387
HISPANIA	12.317.781	14.102.774	59.730.272
PUEBLO RICO	18.001.654	20.610.307	11.690.523
TAMESIS	85.296.367	97.656.823	55.392.641
TARSO	142.195.555	162.801.379	92.343.761
TOTAL	418.501.476	479.147.308	323.511.584

FREDONIA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo		Interes de mora	Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)				
01/02/2015	28/02/2015	28	2359	19,21%	28,82%	160.690.119	3.151.773	3.151.773
01/03/2015	31/03/2015	31	2359	19,21%	28,82%	160.690.119	3.493.108	6.644.881
01/04/2015	30/04/2015	30	369	19,37%	29,06%	160.690.119	3.404.354	10.049.235
01/05/2015	31/05/2015	31	369	19,37%	29,06%	160.690.119	3.519.066	13.568.301
01/06/2015	30/06/2015	30	369	19,37%	29,06%	160.690.119	3.404.354	16.972.655
01/07/2015	31/07/2015	31	913	19,26%	28,89%	160.690.119	3.501.225	20.473.880
01/08/2015	31/08/2015	31	913	19,26%	28,89%	160.690.119	3.501.225	23.975.104
01/09/2015	30/09/2015	30	913	19,26%	28,89%	160.690.119	3.387.100	27.362.205
01/10/2015	31/10/2015	31	1341	19,33%	29,00%	160.690.119	3.512.581	30.874.785
01/11/2015	30/11/2015	30	1341	19,33%	29,00%	160.690.119	3.398.082	34.272.867
01/12/2015	31/12/2015	31	1341	19,33%	29,00%	160.690.119	3.512.581	37.785.448
01/01/2016	31/01/2016	31	1788	19,68%	29,52%	160.690.119	3.569.234	41.354.683
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	160.690.119	3.220.388	44.575.070
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	160.690.119	3.569.234	48.144.305
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	160.690.119	3.586.630	51.730.935
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	160.690.119	3.707.553	55.438.488
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	160.690.119	3.586.630	59.025.118
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	160.690.119	3.835.106	62.860.223
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	160.690.119	3.835.106	66.695.329
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	160.690.119	3.709.975	70.405.304
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	160.690.119	3.937.963	74.343.267
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	160.690.119	3.809.438	78.152.706
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	160.690.119	3.937.963	82.090.669
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	160.690.119	3.993.062	86.083.731
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	160.690.119	3.602.339	89.686.070
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	160.690.119	3.993.062	93.679.133
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	160.690.119	3.861.199	97.540.331
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	160.690.119	3.991.491	101.531.822
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	160.690.119	2.822.565	104.354.387

FUENTE: Dictamen, Tasas de interés certificadas por la

Superintendencia Financiera de Colombia

HISPANIA

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo		Interes de mora	Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)				
01/02/2015	28/02/2015	28	2359	19,21%	28,82%	12.317.781	241.601	241.601
01/03/2015	31/03/2015	31	2359	19,21%	28,82%	12.317.781	267.766	509.367
01/04/2015	30/04/2015	30	369	19,37%	29,06%	12.317.781	260.962	770.329
01/05/2015	31/05/2015	31	369	19,37%	29,06%	12.317.781	269.756	1.040.085
01/06/2015	30/06/2015	30	369	19,37%	29,06%	12.317.781	260.962	1.301.047
01/07/2015	31/07/2015	31	913	19,26%	28,89%	12.317.781	268.388	1.569.435
01/08/2015	31/08/2015	31	913	19,26%	28,89%	12.317.781	268.388	1.837.824
01/09/2015	30/09/2015	30	913	19,26%	28,89%	12.317.781	259.640	2.097.463
01/10/2015	31/10/2015	31	1341	19,33%	29,00%	12.317.781	269.259	2.366.722
01/11/2015	30/11/2015	30	1341	19,33%	29,00%	12.317.781	260.482	2.627.204
01/12/2015	31/12/2015	31	1341	19,33%	29,00%	12.317.781	269.259	2.896.462
01/01/2016	31/01/2016	31	1788	19,68%	29,52%	12.317.781	273.601	3.170.064
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	12.317.781	246.860	3.416.924
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	12.317.781	273.601	3.690.526
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	12.317.781	274.935	3.965.461
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	12.317.781	284.204	4.249.665
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	12.317.781	274.935	4.524.600
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	12.317.781	293.982	4.818.582
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	12.317.781	293.982	5.112.564
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	12.317.781	284.390	5.396.954
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	12.317.781	301.867	5.698.820
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	12.317.781	292.014	5.990.835
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	12.317.781	301.867	6.292.701
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	12.317.781	306.090	6.598.791
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	12.317.781	276.139	6.874.930
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	12.317.781	306.090	7.181.021
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	12.317.781	295.982	7.477.003
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	12.317.781	305.970	7.782.972
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	12.317.781	216.365	7.999.337

FUENTE: Contratos de obra, contabilidad Consorcio VIP, Tasas de interés certificadas

por la Superfinanciera

PUEBLO RICO

Periodo		No. de días	Interes Anual Efectivo		Interes de mora	Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)				
Inicio	Final							
01/02/2015	28/02/2015	28	2359	19,21%	28,82%	18.001.654	353.084	353.084
01/03/2015	31/03/2015	31	2359	19,21%	28,82%	18.001.654	391.323	744.407
01/04/2015	30/04/2015	30	369	19,37%	29,06%	18.001.654	381.380	1.125.787
01/05/2015	31/05/2015	31	369	19,37%	29,06%	18.001.654	394.231	1.520.018
01/06/2015	30/06/2015	30	369	19,37%	29,06%	18.001.654	381.380	1.901.398
01/07/2015	31/07/2015	31	913	19,26%	28,89%	18.001.654	392.232	2.293.630
01/08/2015	31/08/2015	31	913	19,26%	28,89%	18.001.654	392.232	2.685.862
01/09/2015	30/09/2015	30	913	19,26%	28,89%	18.001.654	379.447	3.065.309
01/10/2015	31/10/2015	31	1341	19,33%	29,00%	18.001.654	393.504	3.458.814
01/11/2015	30/11/2015	30	1341	19,33%	29,00%	18.001.654	380.677	3.839.491
01/12/2015	31/12/2015	31	1341	19,33%	29,00%	18.001.654	393.504	4.232.996
01/01/2016	31/01/2016	31	1788	19,68%	29,52%	18.001.654	399.851	4.632.847
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	18.001.654	360.771	4.993.618
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	18.001.654	399.851	5.393.469
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	18.001.654	401.800	5.795.269
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	18.001.654	415.347	6.210.615
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	18.001.654	401.800	6.612.415
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	18.001.654	429.636	7.042.051
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	18.001.654	429.636	7.471.687
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	18.001.654	415.618	7.887.305
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	18.001.654	441.159	8.328.463
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	18.001.654	426.760	8.755.224
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	18.001.654	441.159	9.196.383
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	18.001.654	447.331	9.643.714
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	18.001.654	403.560	10.047.274
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	18.001.654	447.331	10.494.605
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	18.001.654	432.559	10.927.164
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	18.001.654	447.155	11.374.319
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	18.001.654	316.204	11.690.523

FUENTE: Contratos de obra, contabilidad Consorcio VIP, Tasas de interés

certificadas por la Superfinanciera

TAMESIS

Período		No. de días	Interes Anual Efectivo		Interes de mora	Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)				
Inicio	Final							
01/02/2015	28/02/2015	28	2359	19,21%	28,82%	85.296.367	1.673.001	1.673.001
01/03/2015	31/03/2015	31	2359	19,21%	28,82%	85.296.367	1.854.186	3.527.188
01/04/2015	30/04/2015	30	369	19,37%	29,06%	85.296.367	1.807.075	5.334.262
01/05/2015	31/05/2015	31	369	19,37%	29,06%	85.296.367	1.867.965	7.202.227
01/06/2015	30/06/2015	30	369	19,37%	29,06%	85.296.367	1.807.075	9.009.302
01/07/2015	31/07/2015	31	913	19,26%	28,89%	85.296.367	1.858.495	10.867.797
01/08/2015	31/08/2015	31	913	19,26%	28,89%	85.296.367	1.858.495	12.726.292
01/09/2015	30/09/2015	30	913	19,26%	28,89%	85.296.367	1.797.916	14.524.208
01/10/2015	31/10/2015	31	1341	19,33%	29,00%	85.296.367	1.864.523	16.388.730
01/11/2015	30/11/2015	30	1341	19,33%	29,00%	85.296.367	1.803.745	18.192.476
01/12/2015	31/12/2015	31	1341	19,33%	29,00%	85.296.367	1.864.523	20.056.998
01/01/2016	31/01/2016	31	1788	19,68%	29,52%	85.296.367	1.894.595	21.951.594
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	85.296.367	1.709.423	23.661.017
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	85.296.367	1.894.595	25.555.612
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	85.296.367	1.903.829	27.459.441
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	85.296.367	1.968.017	29.427.457
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	85.296.367	1.903.829	31.331.286
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	85.296.367	2.035.723	33.367.009
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	85.296.367	2.035.723	35.402.732
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	85.296.367	1.969.302	37.372.035
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	85.296.367	2.090.321	39.462.356
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	85.296.367	2.022.098	41.484.454
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	85.296.367	2.090.321	43.574.775
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	85.296.367	2.119.568	45.694.344
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	85.296.367	1.912.168	47.606.511
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	85.296.367	2.119.568	49.726.080
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	85.296.367	2.049.574	51.775.653
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	85.296.367	2.118.734	53.894.388
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	85.296.367	1.498.253	55.392.641

FUENTE: Contratos de obra, contabilidad Consorcio VIP, Tasas de interés

certificadas por la Superfinanciera

TARSO

Periodo		No. de días	Interes Anual Efectivo		Interes de mora	Capital	Intereses	Interes acumulado
			No. Resol Superba	Interes Cte Bancario (1)				
Inicio	Final							
01/02/2015	28/02/2015	28	2359	19,21%	28,82%	142.195.555	2.789.021	2.789.021
01/03/2015	31/03/2015	31	2359	19,21%	28,82%	142.195.555	3.091.070	5.880.091
01/04/2015	30/04/2015	30	369	19,37%	29,06%	142.195.555	3.012.531	8.892.622
01/05/2015	31/05/2015	31	369	19,37%	29,06%	142.195.555	3.114.041	12.006.663
01/06/2015	30/06/2015	30	369	19,37%	29,06%	142.195.555	3.012.531	15.019.194
01/07/2015	31/07/2015	31	913	19,26%	28,89%	142.195.555	3.098.253	18.117.447
01/08/2015	31/08/2015	31	913	19,26%	28,89%	142.195.555	3.098.253	21.215.700
01/09/2015	30/09/2015	30	913	19,26%	28,89%	142.195.555	2.997.263	24.212.963
01/10/2015	31/10/2015	31	1341	19,33%	29,00%	142.195.555	3.108.302	27.321.264
01/11/2015	30/11/2015	30	1341	19,33%	29,00%	142.195.555	3.006.981	30.328.246
01/12/2015	31/12/2015	31	1341	19,33%	29,00%	142.195.555	3.108.302	33.436.547
01/01/2016	31/01/2016	31	1788	19,68%	29,52%	142.195.555	3.158.435	36.594.982
01/02/2016	28/02/2016	28	1788	19,68%	29,52%	142.195.555	2.849.738	39.444.721
01/03/2016	31/03/2016	31	1788	19,68%	29,52%	142.195.555	3.158.435	42.603.156
01/04/2016	30/04/2016	30	334	20,54%	30,81%	142.195.555	3.173.828	45.776.984
01/05/2016	31/05/2016	31	334	20,54%	30,81%	142.195.555	3.280.834	49.057.818
01/06/2016	30/06/2016	30	334	20,54%	30,81%	142.195.555	3.173.828	52.231.646
01/07/2016	31/07/2016	31	811	21,34%	32,01%	142.195.555	3.393.706	55.625.351
01/08/2016	31/08/2016	31	811	21,34%	32,01%	142.195.555	3.393.706	59.019.057
01/09/2016	30/09/2016	30	811	21,34%	32,01%	142.195.555	3.282.977	62.302.034
01/10/2016	31/10/2016	31	1233	21,99%	32,99%	142.195.555	3.484.725	65.786.759
01/11/2016	30/11/2016	30	1233	21,99%	32,99%	142.195.555	3.370.992	69.157.752
01/12/2016	31/12/2016	31	1233	21,99%	32,99%	142.195.555	3.484.725	72.642.476
01/01/2017	31/01/2017	31	1612	22,34%	33,51%	142.195.555	3.533.482	76.175.959
01/02/2017	28/02/2017	28	1612	22,34%	33,51%	142.195.555	3.187.730	79.363.688
01/03/2017	31/03/2017	31	1612	22,34%	33,51%	142.195.555	3.533.482	82.897.171
01/04/2017	30/04/2017	30	488	22,33%	33,50%	142.195.555	3.416.796	86.313.966
01/05/2017	31/05/2017	31	488	22,33%	33,50%	142.195.555	3.532.092	89.846.058
01/06/2017	22/06/2017	22	488	22,33%	33,50%	142.195.555	2.497.703	92.343.761

FUENTE: Contratos de obra, contabilidad Consorcio VIP, Tasas de interés certificadas por la Superfinanciera

Por lo anterior, el resumen de los pagos que deben realizarse por las demandadas, Patrimonio Autónomo FIDUBOGOTA-EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

y EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA, a favor del CONSORCIO VIP SUR OESTE, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo y que corresponden a la liquidación judicial que se decretará y aprobará por este Tribunal en la parte resolutive, declarando prospera la pretensión décima quinta, sin perjuicio de las demás condenas del laudo, es:

CONCEPTO	CAPITAL ACTUALIZADO A 22 DE JUNIO DE 2017	INTERESES DE MORA Los dos primeros de 1 de febrero de 2016 a 22 de junio de 2017 y el último desde la causación -se tomó como fecha 1 de febrero de 2015 a 22 de Junio de 2017	Total
Saldo Pendiente de Pago 10% sobre los Contratos (14, 29, 30, 31, 33)	1.453.423.472	504.307.220	1.957.730.692
Saldo Pendiente de Pago 3,05%, Contrato 033 - Hispania	67.151.496	24.428.817	91.580.313
Mayor permanencia en obra de los Contratos (14, 29, 30, 31, 33)	479.147.308	323.511.584	802.658.892
TOTAL	1.999.722.277	852.247.621	2.851.969.898

Esta liquidación, como las demás decisiones, harán tránsito a cosa juzgada y prestará mérito Ejecutivo.

Realizados los pagos que anteceden, se entiende liquidados los Contratos de Obra Pública Nos. 014, 029, 030, 031, 033 de 2013 suscritos entre FIDUBOGOTA-EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA y EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA VIVA y CONSORCIO VIP SUR OESTE.

XI. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 10 de la Ley 1395 de 2.010, modificó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil estableciendo el juramento como un deber para probar el reconocimiento de una indemnización, compensación o pago de frutos o mejoras y no como una carga, tal como se venía tratando desde la codificación de 1.970.

El mencionado artículo 10 de la Ley 1395 de 2.010 estableció:

ARTÍCULO 10. El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

Artículo 211. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

Siguiendo la línea trazada por la Ley 1395 de 2.010, en el año 2.012 se expidió por medio de la Ley 1564, el denominado Código General del Proceso, que en su artículo 206 expresó:

ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

Frente a la razón de ser de consagrar este medio probatorio como un deber, tuvo la Corte Constitucional la oportunidad de pronunciarse en sentencia C - 157 de 2.013 Magistrado Ponente MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, al expresar:

"5.2.1. Por razones de probidad y de buena fe se exige, por ejemplo, que el demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo a la justicia, en especial en cuanto atañe a la existencia y a la cuantía de los perjuicios sufridos. Como se ilustró atrás, no se trata de un mero requisito formal para admitir la demanda, sino que se trata de un verdadero deber, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad de la parte y de su apoderado.

5.2.2. Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de no mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía."

En dicha oportunidad, La Corte juzgó la constitucionalidad del párrafo de dicho artículo, frente al cual la corporación advirtió:

"6.2.1. Es evidente que la norma no hace ninguna distinción respecto de la circunstancia determinante de la sanción, esto es, respecto de que se "nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios". Como lo anota el Ministerio Público, son diversas las causas por las cuales puede ocurrir la falta de demostración de los perjuicios. Dos son los escenarios hipotéticos iniciales que dan cuenta del fenómeno sub examine: (i) los perjuicios no se demostraron porque no existieron; y (ii) los perjuicios no se demostraron, pese a existir, porque no se satisfizo la carga de la prueba.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

6.2.2. *En el primer escenario hipotético -que corresponde al ejemplo que se da en el informe ponencia al que se alude atrás-, es evidente que la causa del fenómeno es una conducta temeraria, que puede tener importantes consecuencias en materia de responsabilidad, conforme a varias de las normas legales analizadas.*

6.2.3. *En el segundo escenario hipotético, en el cual los perjuicios sí existen, la falta de satisfacción de la carga de la prueba puede deberse a diversas causas. Esta diversidad permite plantear al menos dos nuevos escenarios hipotéticos: (i) los perjuicios no se demostraron porque la parte a la que correspondía la carga de la prueba obró de manera ligera, negligente y descuidada; y (ii) los perjuicios no se demostraron porque, pese a la diligencia de la parte a la que correspondía la carga de la prueba, los medios de prueba existentes y adecuados para demostrarlos, no pudieron ser puestos en conocimiento del juez.*

6.2.4. *Ni la norma ni la demanda se ocupan de distinguir entre los anteriores escenarios hipotéticos y, por lo tanto, parecen predicarse de todos ellos. El análisis de la Corte los tendrá en consideración, ya que no se trata de situaciones equiparables o semejantes, en especial desde el punto de vista de la culpabilidad, que es un elemento significativo y crucial al momento de analizar una sanción, como la prevista en la norma demandada."*

Finalmente, al interpretar el parágrafo demandando con lente de constitucionalidad, La Corte encontró que el mismo era exequible bajo el entendido de que *"la sanción - por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado."*

La Ley 1743 de 2.014 en su artículo 13, modificó el artículo 206 del Código General del Proceso, en primer lugar, haciendo explícita la interpretación que había hecho La

Corte en cuanto a que la sanción derivada de la falta de demostración de los perjuicios, procede exclusivamente en caso de que ello sea imputable a un comportamiento negligente o temerario de la parte; y en segundo lugar, resolviendo una inquietud que hasta el momento existía en cuanto al beneficiario del monto de la sanción, indicando que el mismo sería pagado al Consejo Superior de la Judicatura.

ARTÍCULO 13. MODIFICACIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO. En adelante el inciso cuarto y el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso quedarán así:

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

...

“Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Como consecuencia del relato histórico que se ha realizado respecto de este medio probatorio, será menester para este Tribunal, resolver la siguiente inquietud, a saber:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

¿hay lugar a la imposición de la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, en el caso de la demanda principal y de reconvencción, atendiendo a la diligencia desplegada por las partes al momento de probar sus perjuicios o a la temeridad en el ejercicio de la acción para pretender los mismos?

De cara a las pretensiones de la demanda principal, la parte demandante juramentó que la "*estimación de los perjuicios sufridos*" ascendía a la suma de \$4.507.841.989 sustentando su juramento en el dictamen pericial aportado. Dicho juramento estimatorio fue objetado en la contestación a la demanda principal inicial y en la contestación de la reforma a la demanda inicial, por parte de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA.

En el caso de la demanda principal, como la condena a efectuar en su favor asciende a la suma global de \$2.851.969.898, entonces, habrá que concluir, sin mayor vacilación, que no habrá lugar a la imposición de la sanción por juramento estimatorio, pues la cantidad estimada no excede en un 50% a la que resultó probada en el proceso y que será objeto de reconocimiento.

De cara a las pretensiones de la demanda de reconvencción, la parte demandante juramentó que la suma cuyo pago pretendía ascendía a \$1.220.006.081. Dicho juramento estimatorio fue objetado en la contestación de la demanda de reconvencción por parte de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. E INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S.

En el caso de la demanda de reconvencción, como se indicó las pretensiones serán negadas, sin que haya lugar a la sanción por juramento estimatorio.

En primer lugar, ello es así porque la negación de las pretensiones objeto de la demanda de reconvención no obedece a la falta de demostración de los perjuicios, sino a la inexistencia de incumplimiento contractual que habilita el pago de la cláusula penal.

En segundo lugar, la imposición de la sanción por la falta de correspondencia entre el monto de lo juramentado y lo que ha de reconocerse efectivamente en este Laudo, depende necesariamente de la temeridad o no con la que se pretendieron las sumas, o de la negligencia o no con la que se atendió la carga probatoria de demostrar los perjuicios pretendidos en reparación.

En punto de la temeridad, La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a la misma en la ya citada Sentencia C 157 de 2.013:

6.4.1.2. La temeridad y la mala fe van en clara contravía de la probidad y la buena fe en las que se inspira y funda el Código General del Proceso. Las conductas temerarias, de cuya comisión hay una evidencia objetiva, como es la decisión judicial de negar las pretensiones por falta de demostración de perjuicios, no pueden ampararse en la presunción de buena fe. Y no lo pueden hacer porque en la práctica, el obrar temerario y de mala fe desvirtúa la presunción.

6.4.1.3. Además, el obrar con temeridad y mala fe desconoce las cargas procesales de las partes, sus deberes en el trámite del proceso, se enmarca dentro de las presunciones de temeridad y mala fe y compromete la responsabilidad de las partes y de sus apoderados

En cuanto a la temeridad, el Código General del Proceso en su artículo 79 determina lo siguiente:

Artículo 79. Temeridad o mala fe.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*
- 2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.*
- 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.*
- 4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.*
- 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.*
- 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.*

En el caso concreto, no encuentra este Tribunal que el comportamiento de la parte demandante en reconvención, encaje en alguno de los supuestos previstos en la Ley procesal para calificar su conducta de temeraria. Si bien esta no es una lista taxativa de conductas que puedan ser calificadas como temerarias, pues solo es una lista de aquellas conductas que hacen presumir dicha calificación, tampoco encuentra este Tribunal, un comportamiento desatinado de las partes que permita concluir esta calificación.

Por otra parte, valora este Tribunal que el comportamiento desplegado por la demandante en reconvención, se compadece con el parámetro de conducta que se traza a partir del arquetipo del profesional diligente al momento de querer generar niveles de convicción en quien ha de fallar un determinado litigio. Así puede verse en los distintos medios probatorios solicitados, practicados y debidamente

controvertidos, a efectos de sacar avante cada una de sus pretensiones, respectivamente y dentro de los cuales podemos encontrar:

- Documentales aportados con la contestación de la demanda principal y demanda de reconvención.
- Testimonios.
- Interrogatorios de parte.
- Contradicción al dictamen pericial aportado con la demanda principal.
- Contradicción a la exhibición de documentos con intervención de perito contador.

Corolario de lo anterior, es que este Tribunal se abstendrá de imponer a la parte demandante principal y a la parte demandante en reconvención, las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso.

XII. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte el artículo 365 y 366 del Código General del Proceso establece:

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.
2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.
3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

Sea lo primero advertir que en el proceso no se ventiló un asunto de interés público, por tratarse de un litigio derivado de una relación contractual en la que el que LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA no actúa como autoridad.

Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones expuestas, como las pretensiones de la demanda principal están llamadas a prosperar, mientras que las pretensiones de la demanda en reconvención resultaron vencidas, habrá lugar a condena en costas procesales, en contra de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA., a favor de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. por los siguientes valores:

- CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS (\$160.168.196), por concepto de honorarios y gastos del trámite arbitral que fueron decretados mediante Auto No. 13 del 2 de agosto de 2016 y fueron asumidos por ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S.
- QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000), por concepto de honorarios y expensas provisionales pagados a la perito Gladys Mora Navarro⁵⁰.
- DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$225.392.099), por concepto de agencias en derecho, atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo 5° del Acuerdo No PSAA16-10554 del 05 de Agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura⁵¹, aplicando un porcentaje del 5% del valor de lo pedido.

Para un total de CUATROCIENTOS MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$400.560.295).

XIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes,

⁵⁰ Lo anterior, teniendo en cuenta que estos son los valores que aparecen causados y comprobados en el expediente por la parte convocante.

⁵¹ ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido (...)

RESUELVE

PRIMERO: ACOGER las pretensiones primera principal y segunda principal de la demanda inicial, así como las pretensiones primera y segunda consecuenciales de la primera y/o segunda principales de la demanda.

SEGUNDO: NO ACOGER la excepción denominada "*lo exigido al contratista fue pactado contractualmente – inexistencia de contrato de adhesión*".

TERCERO: NO ACOGER las pretensiones tercera principal y cuarta principal de la demanda, así como tampoco la primera y segunda consecuenciales de cualquiera de las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta y/o séptima principales de la demanda.

CUARTO: ACOGER la excepción denominada "*culpa exclusiva del contratista*".

QUINTO: NO ACOGER la pretensión sexta principal de la demanda.

SEXTO: ACOGER las pretensiones quinta, séptima y octava principales de la demanda, así como la primera y segunda consecuenciales de la octava principal de la demanda.

SÉPTIMO: NO ACOGER la excepción denominada "*excepción de contrato no cumplido*".

OCTAVO: CONDENAR a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA a pagar a ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. la suma de MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$1.957.730.692) por concepto de

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

saldo pendiente de pago del 10% del valor de los Contratos de Obra No.014, 029, 030, 031 y 033 de 2013, valor actualizado y con intereses hasta el 22 de junio de 2017.

NOVENO: *CONDENAR* a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA a pagar a ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. la suma de NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS (\$91.580.313) por concepto de saldo pendiente de pago del 3.05% del valor del Contrato de Obra No. 033 de 2013, valor actualizado y con intereses hasta el 22 de junio de 2017.

DÉCIMO: *ACOGER* las pretensiones novena principal y la segunda consecucional de la novena principal de la demanda.

DÉCIMO PRIMERO: *NO ACOGER* la pretensión primera consecucional de la novena principal de la demanda.

DÉCIMO SEGUNDO: *ACOGER* las pretensiones décima, décima primera y décima segunda principales y primera consecucional de las pretensiones décima, décima primera y décima segunda principales de la demanda.

DÉCIMO TERCERO: *NO ACOGER* la excepción denominada "*culpa exclusiva de un tercero*".

DÉCIMO CUARTO: *CONDENAR* a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA – VIVA a pagar a ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. la

suma de OCHOCIENTOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$802.658.892) por concepto de mayor permanencia en los Contratos de Obra No. 014, 029, 030, 031 y 033 de 2013, valor actualizado y con intereses hasta el 22 de junio de 2017.

DÉCIMO QUINTO: NO ACOGER las pretensiones décima tercera principal y primera consecuencial de la décima tercera principal de la demanda.

DÉCIMO SEXTO: NO ACOGER la pretensión décima cuarta principal, así como las pretensiones primera y segunda subsidiaria de la décima cuarta principal y la consecuencial de la primera subsidiaria de la décima cuarta principal de la demanda.

DÉCIMO SÉPTIMO: NO ACOGER las denominadas "excepción de buena fe de los demandados y mala fe de los demandantes", "excepción de incoherencia de la reclamación en vía directa", así como las demás propuestas frente a las pretensiones de la demanda.

DÉCIMO OCTAVO: ACOGER las pretensiones decima quinta y decima sexta principales de la demanda.

DÉCIMO NOVENO: DECLARAR liquidados los Contratos de Obra Civil No. 014, 029, 030, 031 y 033 de 2013 celebrados por FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA Y LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA con el CONSORCIO VIP SUROESTE integrado por las sociedades ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S., agregando las cifras aquí reconocidas.

VIGÉSIMO: ACOGER las pretensiones decima séptima, decima octava y decima novena principales de la demanda.

VIGÉSIMO PRIMERO: *ORDENAR* las sumas objeto de condena en el presente laudo, serán pagadas dentro de los CINCO (5) días siguientes a la ejecutoria del mismo, momento a partir del cual se causarán intereses de mora en la forma prevista en la ley.

VIGÉSIMO SEGUNDO: *NO ACOGER* las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda de reconvencción.

VIGÉSIMO TERCERO: *ACOGER* la excepción frente a la demanda de reconvencción denominada "*ausencia de prueba de incumplimientos de obligaciones laborales imputadas por el contratante*".

VIGÉSIMO CUARTO: *NO ACOGER* las demás excepciones frente a la demanda de reconvencción.

VIGÉSIMO QUINTO: *CONDENAR* en costas a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. EN SU CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ - EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA y a LA EMPRESA DE VIVIENDA DE ANTIOQUIA - VIVA a favor de ASFALTOS & HORMIGÓN S.A. e INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S. por valor de CUATROCIENTOS MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$400.560.295).

VIGÉSIMO SEXTO: *ORDENAR* la causación y pago a los Árbitros y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: *ORDENAR* la liquidación final de las cuentas del Proceso Arbitral

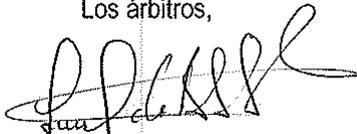
VIGÉSIMO OCTAVO: *ORDENAR* el pago de las contribuciones especiales a que se refiere la Ley 1819 de 2016.

VIGÉSIMO NOVENO: *ORDENAR* la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

TREGÉSIMO: *ORDENAR* el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

Cúmplase,

Los árbitros,



LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO


NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA


JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO

El Secretario,



MATEO POSADA ARANGO