

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR CONINSA RAMON H S.A. CONTRA
FIDUBOGOTÁ – VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
CIUDADELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A.**

Radicado No. 2017 A 041

LAUDO

Medellín, veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

INDICE

- I. INFORME SECRETARIAL
- II. LA DEMANDA
- III. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA
- IV. EL TRASLADO DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
- V. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS – VALORACIÓN DE TACHAS
- VI. LOS ALEGATOS DE LA DEMANDANTE
- VII. LOS ALEGATOS DE LA DEMANDADA
- VIII. PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES
- IX. MOTIVOS DE LA DECISIÓN – ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO
- X. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA
- XI. CONCLUSIONES
- XII. JURAMENTO ESTIMATORIO
- XIII. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO
- XIV. 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 de manera especial lo siguiente:

1. El 29 de agosto de 2017 CONINSA RAMON H.S.A. (en adelante “CONINSA” o “la demandante”) presentó solicitud de iniciación de trámite arbitral contra FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO CIUDADELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A. (en adelante “LA FIDUCIARIA” o “la demandada”).

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

2. El 22 de septiembre de 2017 se llevó a cabo reunión para nombramiento de árbitros dando como resultado la designación de los abogados LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, ÁLVARO LONDOÑO RESTREPO y FELIPE PINEDA CALLE.
3. El 8 de noviembre de 2017 por medio de **Auto No 1**, adoptado en audiencia de instalación, se declaró instalado el Tribunal, se eligió como Presidente del mismo al árbitro FELIPE PINEDA CALLE y se nombró como Secretario al abogado SANTIAGO SIERRA OSPINA.
4. El 8 de noviembre de 2017 por medio de **Auto No 2**, adoptado en audiencia de instalación, se inadmitió la demanda arbitral y se concedió un término para subsanar la misma.
5. El 8 de noviembre de 2017 por medio de **Auto No 3**, adoptado en audiencia de instalación, se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición presentado contra el auto admisorio de la demanda por parte de la demandante.
6. El 14 de noviembre de 2017 la parte demandante presentó memorial por medio del cual subsanaba la demanda.
7. El 23 de noviembre de 2017 por medio de **Auto No 4**, se resolvió admitir la demanda y correr traslado de la misma a la parte demandada.
8. El 23 de noviembre de 2017 se notificó el auto admisorio de la demanda a la demandada, por medios electrónicos.
9. El 22 de diciembre de 2017 la parte demandada presentó memorial por medio del cual contesta la demanda, presenta excepciones de fondo y objeta el juramento estimatorio.
10. El 15 de enero de 2018 por secretaría se pone a disposición de la demandante el memorial de contestación de la demanda y se corre traslado.
11. El 19 de enero de 2018 la parte demandante presentó memorial contentivo de pronunciamiento frente a las excepciones de mérito propuestas por la demandada. No se pronuncia frente a la objeción del juramento estimatorio propuesta por la demandada en la contestación de la demanda.
12. El 25 de enero de 2018 por medio de **Auto No 5**, se fijó el día 7 de febrero de 2018 para la celebración de la audiencia de conciliación y fijación de honorarios.

13. El 7 de febrero de 2018 por medio de **Auto No 6**, proferido en la audiencia de conciliación y fijación de honorarios, declaró agotada y fallida la etapa de conciliación y procedió a fijar los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal.
14. El 2 de marzo de 2018 por medio de **Auto No 7**, se fijó el día 14 de marzo de 2018 para la celebración de la primera audiencia de trámite.
15. El 14 de marzo de 2018 por medio de **Auto No 8**, proferido dentro de la primera audiencia de trámite, se resolvió asumir competencia, iniciar el conteo del término del proceso y no proceder con la integración del litisconsorcio por pasiva solicitado por LA FIDUCIARIA.
16. El 14 de marzo de 2018 por medio de **Auto No 9**, proferido dentro de la primera audiencia de trámite, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, se fijaron las fechas para la práctica de un testimonio y un interrogatorio de parte, y se expidieron sendos oficios.
17. El 19 de abril de 2018 por medio de **Auto No 10**, se resolvió fijar nueva fecha para la práctica del testimonio solicitado por la parte demandante y del interrogatorio de parte solicitado por la parte demandada.
18. El 2 de mayo de 2018 por medio de **Auto No 11**, se resolvió ordenar que por secretaría se librarán nuevos oficios al INSTITUTO DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED y a la demandante.
19. El 7 de mayo de 2018 el INSTITUTO DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED presentó memorial contentivo de la respuesta al Oficio No 001.
20. El 8 de mayo de 2018 se constituyó el Tribunal en audiencia donde se practicaron el testimonio del señor HECTOR CAMILO MEJÍA VILLA y el interrogatorio de parte del señor JUAN FELIPE HOYOS MEJÍA, representante legal de la entidad demandante.
21. El 8 de mayo de 2018 por medio de **Auto No 12**, proferido dentro de la audiencia de pruebas, se resolvió decretar una prueba de oficio y requerir a la parte demandante para que aporte los medios de prueba decretados.
22. El 8 de mayo de 2018 la demandante presentó memorial contentivo de la respuesta al Oficio No 002.

23. El día 17 de mayo de 2018 la demandante presentó memorial contentivo de la respuesta a la prueba de oficio decretada en el Auto No 12.
24. El 24 de mayo de 2018 por medio de **Auto No 13**, se resolvió poner en conocimiento de las partes las respuestas a los oficios No 001, 002 y los documentos aportados en cumplimiento de lo ordenado en el Auto No 12.
25. El 29 de mayo de 2018 la parte demandada presentó memorial donde descurre traslado, ejerce contradicción y solicita se requiera a la demandante.
26. El 30 de mayo de 2018 por medio de **Auto No 14**, se resolvió requerir a la parte demandante para dar respuesta a los interrogantes planteados en el memorial presentado el día 29 de mayo de 2018 por la demandada.
27. El 14 de junio de 2018 la parte demandante presenta memorial contentivo de las respuestas frente al requerimiento contenido en el Auto No 14.
28. El 20 de junio de 2018 por medio de **Auto No 15**, se resolvió poner en conocimiento a la parte demandada del memorial presentado el 14 de junio de 2018 por la parte demandante.
29. El 25 de junio de 2018 la parte demandada presenta memorial donde descurre el traslado y se pronuncia frente al memorial presentado el 14 de junio de 2018 por la parte demandante.
30. El 3 de julio de 2018 por medio de **Auto No 16**, se resolvió declarar agotado y finalizado el período probatorio y fijó fecha para la celebración de la audiencia de alegatos de conclusión.
31. El 18 de julio de 2018 por medio de **Auto No 17**, proferido en audiencia de alegatos de conclusión, se resolvió fijar fecha para la celebración de la audiencia de laudo.

II. LA DEMANDA

En la demanda arbitral presentada por CONINSA en contra de LA FIDUCIARIA, se plantean en resumen, las siguientes afirmaciones de hechos en que se fundamentan las pretensiones:

1. Mediante contrato de Fiducia mercantil de administración y pagos celebrado entre FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y el INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED, No. 31 39516 del 14 de Noviembre de 2013, se acordó en el capítulo IV la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO denominado FIDEICOMISO CIUDADELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A., con la finalidad de desarrollar el proyecto de Vivienda Gratuita denominado CIUDADELA MIA en el Municipio de Quibdó (Chocó); correspondiente al Patrimonio AUTONOMO denominado FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA.
2. Este contrato tiene como antecedente y fundamento “Que el Municipio de Quibdó, La Corporación para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCO, el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín (ISVIMED) y el Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) suscribieron convenio interadministrativo denominado No. 023 del 01 de Abril de 2013, documento con fecha del 28 de febrero de 2013, cuyo objeto era “Aunar esfuerzos para entregar, en forma gratuita, viviendas de interés social prioritario urbanas, a título de subsidio en especie, a la población más vulnerable en el Municipio de Quibdó, a través de la cooperación para la adquisición de las viviendas o para el diseño, la realización de las obras de urbanismo, la gestión y/o la construcción de proyectos de vivienda de interés prioritario urbana”.
3. En este mismo contrato de FIDUCIA Mercantil de administración No. 31 39516, de fecha 14 de noviembre de 2013, cláusula PRIMERA. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES, se anotó en la cláusula PRIMERA:
 - 3.1. Que los recursos que sea entregados por el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA, el INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED y el MUNICIPIO DE QUIBDO, tiene la calidad de subsidio familiar de vivienda, que serán asignados a los beneficiarios que determine FONVIVIENDA, de conformidad con lo señalado en el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 23 suscrito el 28 de febrero de 2013, modificado el 30 de septiembre de 2013.
 - 3.2. Que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio adelantó una convocatoria pública con el fin de que las empresas constructoras se postularan para la contratación de la construcción del proyecto Ciudadela MIA, ubicado en el Municipio de Quibdó, Departamento de Chocó, pero dicha convocatoria fue declarada desierta, pues no se presentaron constructores interesados.
 - 3.3. Que posteriormente **CONINSA RAMON H S.A.** trabajó la estructuración del proyecto de Vivienda de Interés Prioritario (VIP), denominado “CIUDADELA

- MIA” del MUNICIPIO DE QUIBDÓ a desarrollar sobre un lote ubicado en la Jurisdicción del Municipio de Quibdó, Departamento del Chocó, identificado con el Folio de Matricula Inmobiliaria No. 180-8386 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Quibdó, cuyos linderos se describen más adelante
- 3.4. Que el mencionado Proyecto fue presentado al ISVIMED, quien a su vez lo postuló ante el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y en razón a que fue el único proponente viable presentado, el Ministerio lo declaró elegible, pero con la intervención del ISVIMED en calidad de gerente de dicho proyecto.
4. Posteriormente en OTRO SI No. 1 al Contrato de Fiducia mercantil 31 39516 de fecha 21 de febrero de 2014, se definió lo siguiente
- 4.1. Que CONINSA RAMON H S.A., por su cuenta y riesgo, ha desarrollado los estudios y demás actos relacionados con el desarrollo del PROYECTO de vivienda de Interés Social denominado “CIUDADELA MÍA” en el MUNICIPIO DE QUIBDÓ.
- 4.2. Que para efectos del desarrollo del PROYECTO se ha considerado conveniente, por parte del Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA, el FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA y el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín (ISVIMED), la vinculación de CONINSA RAMON H S.A. al FIDEICOMISO CIUDADELA MIA – FIDUBOGOTÁ.
5. En el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL entre ISVIMED y FIDUCIARIA BOGOTA S.A. se estableció que la empresa CONINSA RAMON H S.A. era la encargada de estructurar y desarrollar el PROYECTO denominado CIUDADELA MIA en el Municipio de Quibdó, con valor de 86 SMLMV por cada unidad de las 1.500 Viviendas, de los cuales 84 le correspondía a CONINSA RAMON H S.A. y 2 al ISVIMED.
6. En la cláusula CUARTA. FINALIDAD, OBJETO, TRANSFERENCIA DE BIENES A LA FIDUCIARIA, EL FIDEICOMISO, numeral 4.8.2. “RESTITUCIÓN DE APORTES. Los aportes del FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR se restituirán hasta un máximo del resultante de multiplicar el número posible de viviendas a desarrollar, de acuerdo con los diseños aprobados por el valor de **OCHENTA Y CUATRO (84) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** por concepto de valor de la construcción de cada vivienda.

Este valor, se acordó, se giraría así:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

- a) El cinco por ciento (5%) del valor correspondiente de cada una de las viviendas con la firma de la promesa de compraventa de las viviendas que integrarán el PROYECTO.
 - b) El Treinta por ciento (30%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del acta de inicio de la obra suscrita por el Interventor de la misma
 - c) (...)
7. En las cláusulas DÉCIMA SÉPTIMA (17ª) y DÉCIMA OCTAVA (18ª), se define el precio de cada vivienda en 86 SMLMV, como precio fijo: **“los pagos se realizarán teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento de solicitud de pago, sin que en ningún caso puedan exceder el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015”.**

Por lo que el ANTICIPO del 35% (5 y 30) en el año 2014, no se entiende como una solicitud de pago de los apartamentos del PROYECTO que haya realizado CONINSA RAMON H S.A. a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., sino como su propio nombre lo indica “Anticipo” simplemente por desarrollar el contrato, que serán imputados una vez se hiciera el primer cobro por el desarrollo de la obra (15% por cada vivienda por avance de obra) y no como procedió la FIDUCIARIA BOGOTA S.A. a imputar el anticipo a salario año 2014, lo que no estaba en el proyecto presentado por CONINSA RAMON H S.A. que se basó en SMLMV año de su primer pago por avance de obra, 2015, de acuerdo al contrato de Promesa suscrito entre ISVIMED y la FIDUCIARIA. Este valor pagado en el año 2014 como ANTICIPO debía ser REAJUSTADO con los demás pagos del año 2015 al salario mínimo legal mensual vigente ese año (2015) que corresponde al valor por el cual se realizó por CONINSA RAMON H S.A. la estructuración del proyecto, a pesar que esta se hizo en el año 2014, más estaba inicialmente proyectado para terminar en 2015, con valor de cada vivienda en SMLMV ese año.

8. Este anticipo del 35% (5 y 30) se solicitó en el año 2014 fecha de firma del contrato, más el PROYECTO se estructuró para ser pagado con los valores del Salario Mínimo Legal vigente año 2015, cuando estaba definido en el CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA suscrito entre el ISVIMED y LA FIDUCIARIA que se terminaría la obra numeral 24 de las consideraciones “Que las viviendas estarán terminadas a más tardar el 31 de Marzo de 2015”, más su pago se hizo con valores del 2014, por cuanto no se conocía aún el valor del salario mínimo legal mensual año 2015, más al CONINSA RAMON H S.A. enviar la primera cuenta año 2015 por avance obra equivalente al 15%, solicito el reajuste del anticipo año 2014 del 35%, más la FIDUCIARIA negó este reconocimiento a pesar

que el FIDEICOMISO se hizo con aportes de 86 SMLMV año 2015 por cada vivienda..

La diferencia entre el pago del anticipo, 30% y 5%, con SMLMV año 2014 y 2015 es la siguiente:

CON SMLMV AÑO 2014:

1.500 (# de viviendas) x 84 x 616.000 (SMLMV año 2014) x 35% =
\$27.165.600.000 Valor pagado año 2014.

CON SMLMV AÑO 2015:

1.500 (# de viviendas) x 84 x 644.350 (SMLMV año 2015) x 35% =
\$28.415.835.700,

\$28.415.835.700 (SMLMV año 2015) - \$27.165.600.000 (SMLMV año 2014) =

\$1.250.235.700 que es valor que debió reajustarse por el anticipo del 35%.

9. En la Cláusula DÉCIMA PRIMERA del Otro- Sí integral No. 1 al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos No. 3 1-39516 celebrado entre el ISVIMED y la FIDUCIARIA BOGOTA S.A. de fecha 21 del mes de Febrero de 2014, en el cual CONINSA RAMON H S.A. intervino como FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR del Proyecto CIUDADELA MIA, se estableció:

"Para la interpretación de este contrato, las partes o el juzgador deberán tener en cuenta en primer término la declaración sobre la causa, luego el objeto del contrato que se ha expresado y que la finalidad con la que se ha celebrado es que los FIDEICOMITENTES puedan ejecutar el PROYECTO de Vivienda de interés Prioritario, de manera eficaz desde el punto de vista técnico, constructivo, financiero y de utilidades para ellos, de manera que las cláusula y demás estipulaciones se entenderán de la manera que mejor convenga a este objeto. LA FIDUCIARIA ejecutará este contrato de la manera que mejor se acomode, según su criterio, a la búsqueda de dicho objeto. Para esos efectos y en especial para los del artículo 904 del Código de comercio, las partes expresan que su intención, móvil o motivo que los lleva a contratar es lograr que, aún en ausencia de los elementos de forma en cuanto a la contratación, la gestión de la FIDUCIARIA, con relación al fideicomiso, pueda desarrollarse en procura del objeto que se ha descrito".

Con fundamento en lo anterior, CONINSA formula ante el Tribunal las siguientes pretensiones:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

"PRIMERO: Que se declare que FIDUCIARIA BOGOTA S.A. como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO denominado FIDEICOMISO CIUADAELA MIA - FIDUBOGOTA S.A., correspondiente al FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA para el proyecto CIUADAELA MIA del Municipio de QUIBDÓ (CHOCÓ), responsable del incumplimiento del contrato de Fiducia mercantil administrativo y pagos celebrado entre FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y EL INSTITUTO DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLIN - ISVIMED, identificado con el número 31 39516 de fecha 14 de Noviembre de 2013, por medio del cual se creó un Patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO CIUADAELA MIA - FIDUBOGOTÁ S.A., conformado el mismo por el equivalente a OCHENTA Y SEIS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (86 SMLMV) año 2015 por cada una de las MIL QUINIENTOS (1.500) Viviendas del Proyecto.

Aportes estos recibidos en dicho Patrimonio directamente de FONVIVIENDA del Ministerio de Vivienda a través del Fideicomiso Programa de Vivienda Gratuita, cuyo vocero es FIDUCIARIA BOGOTA S.A. Contrato en el cual mediante Otro Si integral No. 1, de fecha se estableció que CONINSA RAMON H S.A. interviene como FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR del proyecto y por ende era el beneficiario de los valores que debía cancelar el Fideicomiso por la construcción de las viviendas, a la cual se le debía pagar del Fideicomiso por cada unidad de vivienda el equivalente a 84 SMLMV del año 2015, los dos restantes eran para el ISVIMED.

SEGUNDO: Como consecuencia del Incumplimiento contractual del vocero del Patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO CIUADAELA MIA - FIDUBOGOTÁ S.A., del PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA, la entidad FIDUCIARIA BOGOTA S.A., debe pagar en forma total por cada unidad de vivienda del Proyecto denominado CIUADAELA MIA del MUNICIPIO DE QUIBDO, el equivalente a OCHENTA Y SEIS (86) SMLMV del año 2015, de los cuales 84 le corresponden al Fideicomitente y constructor del Proyecto, CONINSA RAMON H S A. Sin aplicar el ANTICIPO del año 2014 a valores de SMLMV del año 2015.

TERCERO: En consecuencia el vocero del Patrimonio autónomo por el cual se suscribió el Contrato de Fiducia mercantil de administración y pagos celebrado entre FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y el ISVIMED, correspondiente a los recursos entregados por FONVIVIENDA para el desarrollo del Proyecto denominado CIUADAELA MIA del MUNICIPIO DE QUIBDO, patrimonio denominado FIDEICOMISO CIUADAELA MIA - FIDUBOGOTA S.A., debe PAGAR el valor del anticipo del 35% realizado en el año 2014 con valores de SMLMV año 2015 de la siguiente manera:

Anticipo recibido año 2014:

\$27.165.600.000 liquidados en base a 1.500 (# de viviendas) x 84 x 616.000 (SMLMV año 2014) x 35%.

Valor real a pagar conforme al contrato fiduciario:

$\$28.415.835.700$ liquidados en base a SMLMV año 2015 = 1.500 (# de viviendas)
 $\times 84 \times 644.350$ (SMLMV año 2015) $\times 35\%$.

DIFERENCIA A PAGAR: $\$28.415.835.700 - \$27.165.600.000 = \$1.250.235.700$

TERCERO: Los valores reconocidos serán debidamente indexados al momento de su pago, por cuanto corresponde a un pago integral."

Presenta la demandante en el escrito que subsanó la demanda, tras su inadmisión, juramento estimatorio que asciende a la suma de MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS PESOS (\$1.250.235.700)

III. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

LA FIDUCIARIA contestó la demanda y presentó en resumen los siguientes argumentos:

1. El proceso se concreta en la procedencia o no de la actualización o reajuste de los pagos realizados en virtud de lo pactado en la cláusula 4.8.2. del OTROSI INTEGRAL No. 1 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 3-1-39516, muy concretamente de lo regulado en los literales a y b.
2. La vinculación de la Fiduciaria al proyecto es a través de un fideicomiso constituido como fiducia mercantil de administración y pagos con el único objeto de servir de instrumento fiduciario para el desarrollo del proyecto de vivienda que se menciona en la convocatoria, lo que es determinante para concluir la responsabilidad o no de la demandada.
3. En el numeral 5.2. del contrato se consagran las obligaciones de la demandada en el contrato, y ninguna se invoca como incumplida. La única que tiene relación con lo narrado en la convocatoria es la establecida en el numeral 5.2.7.

El numeral mencionado se refiere a desembolsos, y en los demás apartes del contrato se habla de forma de pago, y en ninguna cláusula contractual se menciona el término anticipo en el sentido jurídico de esta figura (que constituye un préstamo al contratista por el cual se requiere pactar forma de amortización en favor de la entidad, plan de inversión, póliza que lo garantice y supervisión del

mismo) ni en ninguna parte de los documentos contractuales se deriva una operación económica con el alcance de un “anticipo” (en los términos jurídicos expresados) y, por el contrario, en relación con estos dos tipos de desembolsos se consagra la obligación de constituir amparo de “pago anticipado”, que es diferente al amparo que cubre la entrega del “anticipo”, que se refiere al buen manejo del mismo.

Es decir, en todos los documentos contractuales y en los documentos relacionados con el mismo, se concluye que cualquier desembolso en favor del demandante sería un pago y que todos los pagos fueron pactados en SMMLV.

4. El numeral 4.3. del Otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil N°3139516, relativa a las garantías, establece en el literal a) que deberá constituirse dentro de la garantía **el amparo del pago anticipado**, como se señala a continuación:

4.3. GARANTÍAS. EL FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR, constituirá, a favor del FIDEICOMITENTE GERENTE y/o del PATRIMONIO AUTÓNOMO y/o del FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA, una garantía única, otorgada por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, con los siguientes amparos, cuantías y vigencias:

a. DE PAGO ANTICIPADO: Por una cuantía equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor total de cada vivienda y con una vigencia igual al contrato y seis (6) meses más.

b. DE CUMPLIMIENTO: Por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de cada vivienda y con una vigencia igual al plazo del presente contrato y seis (6) meses más.

c. DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES: Por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total de cada vivienda, por el término de vigencia del presente contrato y tres (3) años más.

d. DE CALIDAD Y ESTABILIDAD DE LA OBRA: Por una cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total de las viviendas prometidas en venta, con una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de transferencia del dominio de las viviendas que conformen cada una de las etapas que estarán conformadas por mínimo veinte (20) viviendas.

e. TODO RIESGO CONSTRUCTOR: Por el valor equivalente al cien por ciento (100%) del valor de los costos directos de la obra, la cual deberá estar vigente durante todo el término de duración de ejecución de la obra.

f. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: Por una cuantía equivalente al cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor total de cada vivienda y con una vigencia igual al contrato y seis (6) meses más.

De las garantías señaladas en los literales c, e y f, también será beneficiario, el **FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR APORTANTE**”.

La anterior cláusula dota de contenido sustancial al contrato, al determinar que en este **NO SE CONSTITUYÓ EN NINGUNO DE LOS LITERALES EL AMPARO DEL ANTICIPO**, situación que permitirá inferir luego que existe plenamente un pago anticipado, puesto que las partes previeron la garantía de los riesgos derivados de este.

5. El Otrosí al Contrato de Fiducia Mercantil N° 3-1-39516 en ninguna de sus estipulaciones da cuenta de las características y actividades necesarias para el manejo del anticipo, que permitan concluir que lo que se configuró fue una relación de administración del dinero entregado a título de anticipo en los términos jurídicos del mismo, es decir como préstamo al contratista.
6. Del análisis del contrato en contraste con los elementos del anticipo y la naturaleza del pago anticipado, se tiene que las partes del Contrato de Fiducia Mercantil N° 3-1-39516, manifestaron su voluntad en los términos de pactar la existencia del pago anticipado parcial, consistente en una forma de extinguir el treinta y cinco por ciento (35%) del valor de cada vivienda.
7. **CONINSA RAMON H S.A.**, en proporción con su profesionalismo y experticia en el área de la construcción y la ejecución de proyectos inmobiliarios, al manipular y realizar una indebida interpretación de las cláusulas contractuales para buscar un mayor beneficio en términos económicos en el contrato, alegando la existencia de un anticipo, está obrando con mala fe contractual, ya que precisamente su conocimiento en contratos como el de obra, le permite un entendimiento jurídico amplio de las concepciones de anticipo y de pago anticipado.
8. Una discusión sobre la procedencia o no de la actualización o reajuste de los pagos realizados en virtud de lo pactado en la cláusula 4.8.2. (OTROSI INTEGRAL No. 1 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS), muy concretamente de lo regulado en los literales a y b, y si lo pactado en dichos literales corresponde jurídica y económicamente a un pago anticipado o un anticipo, dan cuenta clara de que es necesario, para resolver el fondo del asunto, la presencia del **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA** en calidad de litisconsorte necesario en los términos que consagra el artículo 61 del CGP. Así mismo se solicita la vinculación en esta calidad de **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED**.

Se opondrá la demandada frente a las pretensiones de la demandante así:

[A la primera] *De conformidad con lo expresamente pactado en el contrato y sus modificaciones integrales, no existe incumplimiento alguno de la Fiduciaria que dé lugar a dicha declaración. En un proceso de responsabilidad contractual es indispensable concretar el incumplimiento contractual fuente de responsabilidad, para ello, so pena de violar el debido proceso. Es indiscutible que la parte Convocante debe identificar cuáles son las obligaciones incumplidas por quien pretende será declarado responsable contractualmente, pues sin incumplimiento no hay responsabilidad contractual.*

[A la segunda] *Esta pretensión implica un desconocimiento de la forma en que se pactó el pago del precio en el contrato que nos ocupa y se fundamenta en una confusión inexplicable entre las figuras del pago anticipado y el anticipo, que independientemente de lo manifestado en relación con la pretensión primera es claramente improcedente, y evidencia una ejecución de mala fe del contrato.*

[A la tercera] *Constituye esta pretensión un acto desleal de la parte Convocante quien se refiere a valores del anticipo, cuando no existe pacto alguno de pago de anticipo en términos jurídicos (como préstamo realizado al contratista para que posteriormente sea amortizado), y se pacta en varias estipulaciones contractuales pago anticipado de manera expresa y ello es desconocido por dicha parte, repetimos violando el principio de lealtad y buena fe contractual.*

[A la cuarta] *Si el precio se pactó en salarios mínimos y se pagó bajo dicho pacto es improcedente la indexación, pues ambas son figuras de actualización monetaria que de aplicar ambas, a la vez, se estaría permitiendo un enriquecimiento injustificado.*

[A la quinta] *Las costas no son una pretensión, sino una consecuencia legal del resultado del proceso."*

Propone las siguientes excepciones de fondo frente a las pretensiones:

1. Inepta demanda – falta de coherencia

Indica que "(...) la deficiencia de la demanda trasciende lo formal y se configura en una falencia sustancial de la misma que debe conllevar a la desestimación de las pretensiones."

2. Falta de legitimación en la causa por pasiva

*Expresa que "Es claro que los FIDEICOMITENTES en el contrato de fiducia mercantil de administración y pagos son precisamente **CONINSA RAMON H S.A.** y el **ISVIMED**, lo que implica de entrada una falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que en el fondo **CONINSA RAMON H S.A.** tendría la calidad directa de convocante e indirecta de convocada."*

Y finaliza indicando que "(...) la legitimación en relación con las pretensiones de la demanda estaría siempre radicada en el responsable de la financiación del proyecto, que no lo es la convocada, ni los Fideicomitentes, aspecto suficiente para concluir la falta de legitimación en la causa por pasiva en el caso que nos ocupa."

3. Violación del acto propio – Violación al principio de buena fe contractual

Concluye expresando que "Es claro que el contrato y su contenido constituyen un acto propio de la Convocante, quien acepta unas cláusulas contractuales que consagran pagos parciales y luego trata de desconocer manifestando que se trata de anticipos."

4. Sujeto calificado

Manifiesta que "La experiencia de CONINSA RAMON H S.A. convierte su interpretación del contrato en un acto de mala fe contractual, pues se aparta de un tema que es indiscutible a la luz de la naturaleza del contrato que se celebró, sin que nunca se hubiera planteado antes de su celebración duda alguna al respecto, ni en su ejecución, y sólo se plantea al momento de la demanda."

5. Cumplimiento contractual, excepción de pago

Solicita al Tribunal declara probado que "el pago realizado extinguió por completo las obligaciones de desembolsos a cargo del fideicomiso. Es decir, que de conformidad al Código Civil, el pago se realizó en la forma pactada y tiene efectos de extinguir por completo las obligaciones."

6. Deber de declarar cualquier excepción que resulte probada en el proceso – declaración de oficio

Expresa que "(...)deberán los señores árbitros declarar de manera oficiosa todos aquellos hechos constitutivos de excepciones, aunque no hayan sido expresamente solicitados en la contestación de la demanda."

Presenta objeción al juramento estimatorio bajo el entendido de que "(...) en el contrato que nos ocupa no se pactó ningún anticipo y por lo tanto los pagos anticipados mencionados 35% del valor de cada vivienda debían pagarse al SMLMV al momento de cada pago."

IV. TRASLADO DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandante descurre el traslado que se le hiciere del escrito de contestación de la demanda y en ella expresa:

Frente a la diferencia entre anticipo y pago anticipado indicó que es claro que el 35% recibido por CONINSA correspondió a un anticipo de conformidad con la doctrina y conceptos de algunas entidades que trae a colación.

Frente a la integración del litisconsorcio indica que esto corresponde a una decisión del Tribunal pero advierte que la relación en el contrato de fiducia se dio entre las partes ya vinculadas.

Frente a las excepciones de mérito propuestas reiteró su solicitud de decreto y práctica del testimonio del señor HECTOR CAMILO MEJÍA VILLA y aportó nuevos documentos .

La demandante no realizó manifestación alguna frente a la objeción al juramento estimatorio propuesta por la demandada.

V. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS– VALORACIÓN DE LAS TACHAS

PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Mediante Auto No. 9 del 14 de mayo de 2018, proferido en la Primera Audiencia de Trámite celebrada esa misma fecha, se decretó por el Tribunal la incorporación como pruebas de los documentos aportados por las partes en sus escritos de demanda, contestación de la demanda y traslado de escrito de contestación de la demanda.

Por su parte se decretaron los siguientes medios probatorios:

1. Testimonio del señor HECTOR CAMILO MEJÍA VILLA, “(...)coordinador del proyecto CIUDADELA MIA en nombre de CONINSA el cual depondrá sobre su labor allí, los valores con los cuales CONINSA presentó el proyecto, las reclamaciones realizadas a la FIDUCIA para el pago de lo acordado por cada unidad de vivienda, 86 smmlv de 2015 (de los cuales 84 para CONINSA y 2 para el ISVIMED).” Solicitado por la parte demandante.

Esta prueba fue practicada el 8 de mayo de 2018.

2. Oficio al INSTITUTO DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLIN – ISVIMED solicitado en la demanda que indica:

"Al INSTITUTO DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLIN – ISVIMED, con la finalidad que informen en relación con el Contrato de fiducia mercantil de administración y pagos celebrado entre fiduciaria BOGOTÁ S.A. y el INSTITUTO DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLÍN – ISVIMEDM con número 31 39516 y fecha 12 de noviembre de 2013, para el desarrollo del programa de Vivienda denominado CIUDADELA MIA del Municipio de Quibdó – Chocó, lo siguiente:

- *Cual fue el valor establecido para cada unidad de vivienda.*
- *A cuantos SMMLV equivalía cada vivienda y de que año.*
- *Cual fue el valor que le correspondió por cada unidad de vivienda al ISVIMED y si le liquidaron al mismo todas las 1.500 viviendas allí desarrolladas."*

Este oficio fue remitido al expediente mediante memorial del 7 de mayo de 2018.

3. Interrogatorio de parte del representante legal de CONINSA solicitado por la demandada.

Esta prueba fue practicada el 8 de mayo de 2018.

4. Oficio solicitado por la parte demandada "(...) a la parte convocante, para que certifique en qué cuenta consigno los pagos parciales iniciales del contrato (35%) y si los mismos fueron consignado en una Fiducia, y cuáles fueron los rendimientos y la destinación de los mismo."

Este oficio fue remitido al expediente mediante memorial del de mayo de 2018.

5. Se decretó prueba de oficio en el Auto No 12 consistente en la remisión de los siguientes documentos:

- Los informes de rendición de cuenta que la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. ha suscrito y entregado a los fideicomitentes durante la ejecución del contrato de cuya interpretación nos ocupa.
- Ocho (8) escrituras públicas de diferentes años de ser posible mediante las cuales se hubieren transferido algunas de las viviendas construidas en desarrollo del proyecto.
- Certificación emitida por la revisoría fiscal de CONINSA RAMON H S.A. que dé cuenta de cómo fueron contabilizados los ingresos que obtuvo la compañía provenientes de este contrato.

Esta prueba fue auxiliada por la parte demandante en memoriales del 17 de mayo y del 14 junio del 2018.

Al no haberse negado el decreto de ningún medio de prueba aportado o solicitado y no haberse dejado de practicar un medio de prueba decretado, no se presentaron recursos al interior de la etapa de instrucción del proceso.

VALORACIÓN DE LAS TACHAS

Durante el presente trámite arbitral no se presentaron solicitudes de tachas que sean objeto de resolverse en este laudo.

VI. LOS ALEGATOS DE LA DEMANDANTE

En sus alegatos de conclusión, CONINSA expuso en resumen los siguientes argumentos:

1. Se constituyó un PATRIMONIO AUTÓNOMO, mediante un contrato de Fiducia mercantil de administración y pagos celebrado entre FIDUCIARIA BOGOTA S.A. y el INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HABITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED, No. 3-1-39516 del 14 de Noviembre de 2013, donde se acordó en el capítulo IV la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO denominado FIDEICOMISO CIUDADELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A., con la finalidad de desarrollar este proyecto en el cual la entidad Fiduciaria Bogotá obraba como vocera del mismo.
2. Para la estructuración de este proyecto, inicialmente declarado desierto por falta de oferentes, se invitó por parte del Ministerio de Vivienda, tal como lo ratificó el Dr. JUAN FELIPE HOYOS MEJÍA en su declaración de parte, a la empresa CONINSA RAMON H S.A.
3. CONINSA RAMON H S.A., tal como se manifestó en la demanda, por medio del ISVIMED presentó el proyecto, en el cual como valor se estableció en SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES por unidad de vivienda, de los cuales al ISVIMED le correspondería por su gestión DOS (2) SMMLV por cada unidad de vivienda y a CONINSA RAMON H S.A. OCHENTA Y CUATRO (84) SMMLV.
4. El valor por unidad de vivienda se estableció en SMMLV del año 2015, y es así como en cada una de las Resoluciones del MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, que fue la entidad que otorgó los SUBSIDIOS para el Proyecto en mención y constituyó con el ISVIMED el PATRIMONIO AUTÓNOMO con FIDUCIARIA BOGOTA S.A., se alude al SMLMV año 2015, con valor real en la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL CIENTO PESOS M.L. (\$55.414.100), e

igualmente cada una de las escrituras públicas de los inmueble se hizo por este valor.

5. Conforme lo anterior, cada una de las mil quinientas (1.500) escrituras públicas de transferencia a título de compraventa suscritas por FIDUCIARIA BOGOTA S.A. como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO CIUDADELA MÍA-FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A, actuando como VENDEDOR, CONINSA RAMÓN H. S.A. actuando como FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR, EL INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED actuando como FIDEICOMITENTE GERENTE y FIDUCIARIA BOGOTÁ actuando como vocera del FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA actuando como COMPRADOR, se realizaron por valor de CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL CIEN PESOS M.L. (\$55.414.100).
6. Lo anterior, quiere decir por tanto, que en virtud de los literales a) y b) por concepto de las 1.500 viviendas, se debió haber cancelado al FIDEICOMITENTE GERENTE Y CONSTRUCTOR la suma de \$ 28.415.835.000, por los 84 SMMLV, de los cuales a la fecha se ha cancelado la suma de \$ 27.165.600.000, adeudándosele por tanto a la fecha, la suma de \$1.250.235.700.
7. Según lo anterior debe concluirse:
 - 7.1. En el convenio interadministrativo celebrado en Abril de 2013 entre el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, EL MUNICIPIO DE QUIBDÓ, LA CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL CHOCÓ – CODECHOCÓ y EL ISVIMED, para el proyecto de vivienda gratuita del Gobierno Nacional en el Municipio de QUIBDÓ, se estableció como subsidio para cada una de dichas vivienda, aportados por el FONDO NACIONAL DE VIVIENDA la cantidad de 86 SMLMV.
 - 7.2. Para el manejo de los aportes del FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, se estableció un Contrato de FIDUCIA MERCANTIL entre FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. y el ISVIMED, aportes que corresponde al Subsidio familiar de vivienda para el programa de vivienda Gratuita.
 - 7.3. La empresa CONINSA RAMON H S.A. trabajó y desarrolló, bajo su responsabilidad, el programa de vivienda gratuita denominado CIUDADELA MIA, del Municipio de Quibdó.

- 7.4. A la empresa CONINSA RAMON H S.A. como FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR, se le debe Restituir hasta un máximo de multiplicar el número de viviendas a desarrollar por el valor de OCHENTA Y CUATRO (84) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por concepto de valor de la construcción de cada vivienda, con cargo a los recursos del FIDEICOMISO, valores estos necesarios para el desarrollo del PROYECTO, los dos (2) valores restantes hasta ajustar el valor del Fideicomiso, 86 SMLMV, le corresponden al FIDEICOMITENTE GERENTE del Proyecto o sea la entidad ISVIMED.
- 7.5. Para el desarrollo del Convenio interadministrativo No. 023 de 2013, en relación a las viviendas del Proyecto CIUADAELA MIA del Municipio de QUIBDÓ, el MINISTERIO DE VIVIENDA por medio del FONDO NACIONAL DE VIVIENDA, mediante distintas Resoluciones asignó las 1.500 viviendas de dicho proyecto a familias vulnerables de dicho municipio, por medio de subsidios familiares de vivienda en especie, cada una de ellos por valor de 86 SMLMV y cada vivienda en pesos en la suma de CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL CIEN PESOS M/L (\$55.414.100), que equivale este valor a 86 SMLMV del año 2015 (\$644.350), igual el mismo valor por el que se elaboró cada una de las escrituras públicas de adjudicación de cada vivienda, conforme las copias adjuntadas como pruebas.
- 7.6. Los recursos recibidos por el FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR por concepto de ANTICIPO en el año 2014, equivalente al 35% del valor del Proyecto, fueron registrados en la Contabilidad del mismo, CONINSA RAMON H S.A., en la contabilidad del proyecto CIUADAELA MIA y conforme al contrato Fiduciario, numeral 1.18, del Otro Si Integral No. 1, al contrato de FIDUCIA MERCANTIL, tanto el Fideicomitente Constructor, CONINSA RAMON H S.A. y el Fideicomitente Gerente, ISVIMED, se obligan a desarrollar bajo su propio riesgo y responsabilidad el diseño y la construcción del proyecto y posterior escrituración de los inmuebles resultantes, respectivamente. Por consiguiente y siguiendo las normas contables vigentes en su momento, no se puede pretender que con el solo hecho de recibir los dineros se procediera a reconocer un ingreso, pues esto solo puede suceder en la medida en que se cumpla cabalmente con lo que cada fideicomitente se obligó a hacer dentro del contrato fiduciario. Por lo que el valor recibido como ANTICIPO se llevó al desarrollo de la obra, como lo hace conocer el Doctor MAURICIO OSSA RAMÍREZ, representante legal de CONINSA RAMON H S.A., en su comunicación del

día 3 de mayo de 2018 a este tribunal, como valor del mismo, el equivalente a 84 SMLMV del año 2015.

Finalizó solicitando al Tribunal arbitral acceder a las pretensiones de esta demanda y reajustar el anticipo del año 2014 a valor de SMLMV año 2015, o sea la suma de UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS PESOS M/L \$1.250.235.700, que es el valor que debió reajustarse por el anticipo del 35%, suma ésta debidamente indexada al momento de su pago efectivo.

VII. LOS ALEGATOS DE LA DEMANDADA

En sus alegatos de conclusión, LA FIDUCIARIA expuso en resumen los siguientes argumentos:

1. El proceso se concreta en la procedencia o no, “desde el punto de vista eminentemente jurídico”, de la actualización o reajuste de los pagos realizados en virtud de lo pactado en la cláusula 4.8.2. del OTROSI INTEGRAL No. 1 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 3-1-39516.
2. Cuando CONINSA RAMON H. se vincula formalmente al proyecto (el 21 de febrero de 2014, mediante OTROSI INTEGRAL No. 1 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 3-1-39516) ya se había estructurado la remuneración y forma de pago por la construcción de las viviendas, y ya se había señalado expresamente en la promesa de compraventa”, sin ambigüedades, que los SMLMV corresponden a la fecha de solicitud de pago.
3. Si revisamos el interrogatorio de parte del representante legal de CONINSA RAMON H, JUAN FELIPE HOYOS MEJÍA, se podrá constatar que sus manifestaciones respaldan muchas de las conclusiones presentadas. Incluso su declaración, aporta unas nuevas conclusiones, pues deja en evidencia que CONINSA RAMON H en momento alguno estableció una política de manejo de anticipo, si en verdad consideraba esa sociedad que los dineros transferidos en el 2014 tenían esa naturaleza debió, como mínimo (i) ingresar ese dinero en una cuenta separada; (ii) establecer seguimiento o supervisión de la inversión del anticipo, el cual es exclusivo para el inicio de las prestaciones debidas en el objeto pactado; (iii) constituir una garantía que ampare los riesgos derivados del manejo del anticipo y (iv) pactar la amortización del anticipo. Todo lo anterior brilla por su ausencia.

4. El representante legal de CONINSA RAMON H, JUAN FELIPE HOYOS MEJÍA, confiesa que no hubo manejo del anticipo, y, por tanto, es imposible concluir que la naturaleza de la transferencia de dinero en 2014 corresponde a un anticipo, cuando su tratamiento jurídico y fáctico es el de un pago (al margen de las consideraciones contable).
5. El representante legal de CONINSA RAMON H, JUAN FELIPE HOYOS MEJÍA, deja claro que toda la estructura contractual arriba expuesta lo vincula, que se vincula formalmente al proyecto (el 21 de febrero de 2014, mediante OTROSI INTEGRAL No. 1 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 3-1-39516) y eso implica que ya se había estructurado la remuneración y forma de “pago por la construcción de las viviendas, y ya se había señalado expresamente en la promesa de compraventa”, sin ambigüedades, que los SMLMV corresponden a la fecha de solicitud de pago, sin superar jamás los del año 2015.
6. Finalmente, el representante legal de CONINSA RAMON H, JUAN FELIPE HOYOS MEJÍA, incurre en una grave imprecisión al recordar una cláusula inexistente, pues en su cabeza recuerda que se pactó que la remuneración sería en salarios correspondientes al momento de la escrituración de las viviendas, lo cual es insostenible porque incluso en 2018 se escrituran viviendas de dicho proyecto.
7. Como ya se dijo, contrario a lo dicho por CONINSA RAMON H. no existe cláusula que señale que el valor de su remuneración será la del momento de escrituración (tanto así que se escritura en el 2018 y no se tiene en cuenta el salario de ese momento), ni en las escrituras ni en los contratos previos existe cláusula con dicho contenido, tampoco existe cláusula que señale que serán salarios del 2015, como sí existe cláusula que señala que será las del año del cobro, sin superar en momento alguno los salarios del 2015. Cláusula séptima y parágrafo primero de su cláusula décimo-octava, de la promesa de compraventa del 18 de febrero de 2014:

“DÉCIMA SÉPTIMA. - PRECIO DE LAS VIVIENDAS PROMETIDAS EN VENTA. El valor pactado por los contratantes como precio de venta de las viviendas resultantes del proyecto denominado “Ciudadela Mia” es de 86 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por vivienda que el **PROMITENTE COMPRADOR** pagará al **PROMITENTE VENDEDOR** o a quien éste indique de acuerdo a las cláusulas que se incorporan a continuación (...).”

“DÉCIMA OCTAVA. - FORMA DE PAGO DE LAS VIVIENDAS. Las viviendas serán pagadas de la siguiente manera:

(...)

PARÁGRAFO PRIMERO.- Los pagos se realizarán dentro de los 15 días siguientes al recibo de los documentos antes mencionados, por parte de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, y para cualquiera de los pagos a realizar, el valor del salario mínimo legal mensual que se tendrá en cuenta para calcular el valor a pagar, será el del año en el cual se solicite el pago, de conformidad con los requisitos aquí establecidos, en todo caso, aun cuando se prorrogue la fecha de terminación de las viviendas los pagos se realizaran teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento de solicitud del pago, sin que en ningún caso puedan exceder el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015."

8. Frente al "ALCANCE DE LA VINCULACIÓN DE FIDUCIARIA BOGOTÁ D.C." indica que teniendo claro lo consagrado en el contrato y el papel de la demandada, es clara la ausencia de responsabilidad de la misma en el caso que nos ocupa, tan es así que en la demanda no se invoca ningún incumplimiento contractual que le sea imputable, ya que sus obligaciones se limitan a lo pactado en el contrato, sin olvidar que se trata de una fiducia de administración y pagos, habiendo cumplido la fiduciaria con todas las obligaciones contractuales. Es importante además que se tenga claro que en la actualidad el fideicomiso no cuenta con recursos y realizó todos los pagos que eran procedentes.
9. Frente a las "OBLIGACIONES DE FIDUCIARIA BOGOTÁ – IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES" manifiesta que en el numeral 5.2. del contrato se consagran las obligaciones de la demandada en el contrato que da lugar al arbitramento, y ninguna se invoca como incumplida. La única que tiene relación con lo narrado en la convocatoria es la establecida en el numeral 5.2.7. que consagra:

"(...) 5.2.7. Realizar los desembolsos, hasta los ochenta y cuatro salarios mínimos (84 SMMMLV) al FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR de las sumas de dinero para el desarrollo del PROYECTO, en los siguientes términos:

El cinco por ciento (5%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas con la firma de la promesa de compraventa de que trata contrato.

El treinta por ciento (30%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del acta de inicio de la obra suscrita por el interventor de la misma. (...)"

El numeral transcrito se refiere a desembolsos, y en los demás apartes del contrato se habla de forma de pago, y en ninguna cláusula contractual se menciona el término anticipo en el sentido jurídico de esta figura (que constituye un préstamo al contratista por el cual se requiere pactar forma de amortización en favor de la entidad, plan de inversión, póliza que lo garantice y supervisión del mismo) ni en ninguna parte de los documentos contractuales se deriva una

operación económica con el alcance de un "anticipo" (en los términos jurídicos expresados) y, por el contrario, en relación con estos dos tipos de desembolsos se consagra la obligación de constituir amparo de "pago anticipado", que es diferente al amparo que cubre la entrega del "anticipo", que se refiere al buen manejo del mismo.

10. Frente a la "DIFERENCIA ENTRE ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO" indica que de la lectura de la jurisprudencia citada se concluye, sin lugar a duda, que el anticipo requiere de tres elementos básicos: i) El seguimiento o supervisión de la inversión del anticipo, el cual es exclusivo para el inicio de las prestaciones debidas en el objeto pactado, ii) La constitución de una garantía que ampare los riesgos derivados del manejo del anticipo y iii) El pacto de la amortización del anticipo.

Las características inherentes al anticipo, enumeradas por el Consejo de Estado en la sentencia citada, no fueron evidenciadas en la presente relación contractual, ya que no se pactó el amparo del anticipo en la garantía de cumplimiento, no se presentó un plan que permitiera la vigilancia de la inversión debida del anticipo y mucho menos se pactó la amortización del mismo.

11. Del análisis del contrato en contraste con los elementos del anticipo y la naturaleza del pago anticipado, se tiene que las partes del Contrato de Fiducia Mercantil N° 3-1-39516, manifestaron su voluntad en los términos de pactar la existencia del pago anticipado parcial, consistente en una forma de extinguir el treinta y cinco por ciento (35%) del valor de cada vivienda.

Se recuerda que el pago anticipado conserva unas características diferenciadas del anticipo, en tanto este es un ingreso activo al patrimonio del contratista, del cual puede disponer según su libre arbitrio financiero, mientras que el otro, como ya se expuso es un préstamo.

12. Frente a la "PARTICIPACIÓN DE FONVIVIENDA EN EL ASUNTO OBJETO DE DEBATE (FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO)" expresó que la procedencia o no de la actualización o reajuste de los pagos realizados en virtud de lo pactado en la cláusula 4.8.2. (OTROSÍ INTEGRAL No. 1 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS), muy concretamente de lo regulado en los literales a y b, y si lo pactado en dichos literales corresponde jurídica y económicamente a un pago anticipado o un anticipo, nos dan cuenta clara de que es necesario, para resolver el fondo del asunto, la presencia del FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA en calidad de litisconsorte necesario en los términos que consagra el artículo 61 del CGP, pues es dicha

Entidad la responsable de aportar los recursos para la ejecución del proyecto que nos ocupa.

13. Frente a la "PARTICIPACIÓN DE OTROS ACTORES EN EL PROYECTO QUE DA LUGAR AL PROCESO QUE NOS OCUPA (FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO)" indica que no es necesario vincular a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL CHOCÓ – CODECHOCHÓ, a pesar de ser parte del Convenio Interadministrativo No. 023 del 28 de febrero de 2008. Sin embargo, su participación no tiene ninguna incidencia económica o de transferencia de recursos.
14. Frente a la "FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA" expresa que en relación con las pretensiones de la demanda estaría siempre radicada en el responsable de la financiación del proyecto, que no lo es la demandada, ni los Fideicomitentes, aspecto suficiente para concluir la falta de legitimación en la causa por pasiva en el caso que nos ocupa.
15. Frente a la "VIOLACIÓN DEL ACTO PROPIO – VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL" manifiesta que resulta abusivo lo pretendido por CONINSA RAMON H., al buscar beneficiarse de un valor en dinero que coincide con los salarios mínimos al momento de otorgarse la resolución (y no la escrituración como erradamente afirma el representante legal de CONINSA en su declaración), entre otras razones, abusivo, porque para esta sociedad fue totalmente transparente el iter contractual, así como todos los negocios que subyacen a su vinculación, en los cuales se había pactado la forma de pago, indicando que el valor en salarios correspondía al del momento del cobro (es decir, los salarios del año de solicitud de pago).
16. Frente a la existencia de un "SUJETO CALIFICADO" indicó que la experiencia de CONINSA RAMON H S.A. convierte su interpretación del contrato en un acto de mala fe contractual, pues se aparta de un tema que es indiscutible a la luz de la naturaleza del contrato que se celebró, sin que nunca se hubiera planteado antes de su celebración duda alguna al respecto, ni en su ejecución, y sólo se plantea al momento de la demanda.
17. Frente al "CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, EXCEPCIÓN DE PAGO" expresó que el pago realizado extinguió por completo las obligaciones de desembolsos a cargo del fideicomiso. Es decir, que de conformidad al Código Civil, el pago se realizó en la forma pactada y tiene efectos de extinguir por completo las obligaciones.

18. Frente a la “VALORACIÓN DE LA PRUEBAS SOBRE LA CONTABILIDAD DE LA PARTE DEMANDANTE” manifestó que la decisión del demandante CONINSA RAMÓN H S.A. de asentar y tratar en su contabilidad los dineros entregados por el patrimonio autónomo como un anticipo obedece a un decisión autónoma, sin que de la misma pueda desprenderse que, esta actuación tenga la virtud de mutar la naturaleza jurídica del acto del pago que realizó el patrimonio al demandante puesto que, la naturaleza jurídica del pago deviene de la Ley y el contrato celebrado entre las partes y, sobre este particular, valga resalta que la forma en que quedó pactado está dispuesto para ser, por un lado, un pago anticipado, y luego, un pago sometido a condición (eventos definidos en el contrato, v.gr. “(...) contra la presentación de certificado de avance de la obra (...)).

VIII. PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES

Teniendo en cuenta que a través del proceso arbitral se hace ejercicio de la función jurisdiccional del estado¹ y ésta constituye una fuente de creación de una norma jurídica individualizada, se hace necesario antes de fallar, hacer nuevamente un juicio de validez y eficacia del proceso arbitral, para verificar la legitimidad de la fuente normativa y si la misma resulta idónea para el fin que le fue trazado, esto es, resolver el litigio. Por esta razón, previo al análisis de fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne todos los presupuestos procesales y materiales así:

1. PACTO ARBITRAL, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Las pretensiones que dan lugar a este proceso arbitral ocurren como consecuencia de diferencias acaecidas con ocasión de la ejecución de las obligaciones dinerarias surgidas del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 31-39516 que vincula a la sociedad CONINSA RAMON H S.A. en calidad de fideicomitente aportante y constructor y a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en calidad de fiduciaria, quien obra en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO CIUDADELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A..

En la cláusula vigésima segunda del OTROSI INTEGRAL No. 1 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No 3-1-39516, suscrito por CONINSA RAMON H S.A. en calidad de fideicomitente aportante y constructor y a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en calidad de fiduciaria el día 21 de febrero de 2014, se pactó lo siguiente:

“(...)

¹ Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia

22.2. **TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.** *Salvo las acciones de cobro, la venta, dación en pago o ejecución de los bienes fideicomitidos y la restitución del bien o bienes dados en comodato, que quedan sujetas a la jurisdicción ordinaria, las demás controversias relativas (sic) este contrato, a su celebración, ejecución, interpretación, desarrollo, terminación o liquidación, que no puedan resolverse en forma directa por las partes de conformidad con lo dispuesto anteriormente, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento.*

El Tribunal de Arbitramento se regirá por lo dispuesto en las normas colombianas, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- 1. El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro si la demanda es igual o no supera la suma equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o por tres (3) árbitros tomados de dicha lista si la demanda supera la suma indicada. El (los) árbitros (s) será (n) designado (s) por acuerdo entre las Partes y, en caso de no existir dicho acuerdo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a aquel en que una de ellas proponga el (los) nombre (s) a la otra, será (n) designado (s) por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.*
- 2. El Tribunal decidirá en derecho.*
- 3. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas que la Cámara de Comercio tenga en dicha materia."*

Mediante Auto No. 8 del 14 de marzo 2018, proferido en la Primera Audiencia de Trámite celebrada ese mismo día, el Tribunal asumió su competencia ante la existencia de una cláusula compromisoria que vinculaba a las partes con el objeto del litigio y que las controversias eran arbitrables, subjetiva y objetivamente, de conformidad con la Ley 1563 de 2012. Frente a esta decisión, ninguna de las partes interpuso recurso alguno.

A esta instancia, el Tribunal no tiene nuevas apreciaciones que lo hagan cambiar sus consideraciones y por lo tanto ratifica i) existencia, validez y oponibilidad del pacto arbitral que vincula a las partes con el objeto del litigio, ii) que goza de la función jurisdiccional otorgada por el Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, y iii) que, por lo tanto, tiene competencia para fallar las pretensiones y excepciones que le han puesto de presente.

2. INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL, CAPACIDAD DE LOS ÁRBITROS, DEBER DE INFORMACIÓN, IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.

El presente trámite arbitral comenzó el 29 de agosto de 2017, con la presentación de la demanda arbitral por CONINSA en contra de LA FIDUCIARIA, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

En la cláusula compromisoria pactada se estipuló que se resolvería la controversia por tres (3) árbitros si la controversia era superior a mil (1000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y se determinó que su nombramiento se realizaría por el acuerdo de las partes o, en su defecto, por nombramiento que hiciera el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

El 27 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la reunión para el nombramiento de árbitros, en presencia de las partes. En dicha diligencia se nombró de mutuo acuerdo a los abogados Luis Fernando Álvarez Jaramillo y Álvaro Londoño Restrepo. Por sorteo manual dentro de la misma audiencia fue seleccionado el abogado Felipe Eduardo Pineda Calle.

Los árbitros son colombianos y ciudadanos en ejercicio, no han sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, ni están inhabilitados para ejercer cargos públicos o han sido sancionados con destitución. Además, por tratarse de un litigio que habrá de resolverse en derecho, los árbitros cumplen con los requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, además de los exigidos en el reglamento de la Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

Tras darse cumplimiento al deber de información preceptuado en el Artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 por parte de los árbitros y secretario, las partes no manifestaron dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de aquellos y su deseo de relevarlos con fundamento en la información suministrada. Así mismo, ni los árbitros y ni el secretario declararon estar impedidos o fueron recusados por las causales previstas en el Artículo 142 del Código General del Proceso.

Finalmente, mediante Auto No. 1 del 8 de noviembre de 2017, proferido en Audiencia de Instalación celebrada esa misma fecha, el Tribunal se declaró instalado, sin que las partes interpusieran recurso alguno.

Habiéndose integrado en debida forma el Tribunal y conservando su idoneidad, imparcialidad e independencia, el Tribunal se encuentra constituido en forma legal para fallar las pretensiones que le han puesto de presente.

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

Tanto CONINSA como LA FIDUCIARIA son personas jurídicas, constituidas bajo la figura de Sociedad Anónima, con existencia y representación debidamente acreditada dentro del proceso. Se reitera que LA FIDUCIARIA ha sido demandada en su

condición de vocera del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Ciudadela Mia, entidad esta última que en los términos del artículo 53 del Código General del Proceso tiene capacidad para ser parte procesal y debe concurrir al proceso, como en efecto lo hizo, conforme al artículo 54 *Ibidem*, a través del representante legal o apoderados de la Fiduciaria que lleva su vocería.

La parte demandante fue representada en el proceso por Olga Cecilia López Vélez como representante legal y por el abogado Mauricio Alberto Yarce Ospina, en ejercicio de su derecho de postulación.

La parte demandada fue representada en el proceso por GAMAL DE JESUS HASANN HASANN, en la calidad de representante legal para asuntos judiciales de LA FIDUCIARIA y por el abogado Francisco Javier Gil Gómez, en ejercicio de su derecho de postulación.

De conformidad con lo anterior y en atención de lo previsto en los Artículos 53 numerales 1 y 2, 54 y 73 del Código General del Proceso, las partes de este proceso tienen capacidad para serlo, para comparecer al proceso y tuvieron oportunidad para ejercer en debida forma su derecho de postulación. Así las cosas, podrá preferirse frente a ellas una decisión que ponga fin a su litigio.

4. TÉRMINO DEL PROCESO Y SUSPENSIONES

Como no fue fijado por las partes un término de duración para el proceso, el Artículo 71 del Reglamento del Centro prescribe que será el establecido en la ley. Así las cosas, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el mismo se estableció en seis (6) meses.

Mediante Auto No. 8 del 14 de marzo de 2018, proferido en la Primera Audiencia de Trámite celebrada esa misma fecha, el Tribunal comenzó el conteo de duración del proceso arbitral por un periodo de en seis (6) meses, que vencería 14 de septiembre de 2018, sin que se presentaran en el trámite del proceso suspensiones por las causales previstas el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012.

Estando entonces dentro del término para ejercer válidamente su función jurisdiccional, el Tribunal goza de competencia para fallar las pretensiones y excepciones que le han puesto de presente.

5. DEMANDA EN FORMA

Mediante Auto No. 4 del 23 de noviembre de 2017, el Tribunal admitió la demanda arbitral presentada por CONINSA en contra de LA FIDUCIARIA, al considerar que la misma cumplía con los requisitos previstos en el Artículo 82 del Código del Código General del Proceso. Frente a esta decisión, ninguna de las partes interpuso recurso alguno.

A esta instancia, el Tribunal no tiene nuevas apreciaciones que lo hagan cambiar sus consideraciones y por lo tanto ratifica que en este trámite arbitral se cumplió con el presupuesto procesal de la demanda en forma.

6. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Como ya se advirtió, el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 31-39516 vincula a la sociedad CONINSA RAMON H S.A. en calidad de fideicomitente aportante y constructor y a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en calidad de fiduciaria, quien obra en su condición de Vocera del Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO CIUADAELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A.

Por su parte, las pretensiones que se presentan ante el Tribunal, consisten en:

1. Que se declare a FIDUCIARIA responsable del incumplimiento del contrato de Fiducia mercantil.
2. Como consecuencia del Incumplimiento contractual del vocero del Patrimonio autónomo la FIDUCIARIA deberá pagar en forma total por cada unidad de vivienda del Proyecto denominado CIUADAELA MIA del MUNICIPIO DE QUIBDO, el equivalente a OCHENTA Y SEIS (86) SMLMV del año 2015, de los cuales 84 le corresponden al Fideicomitente y constructor del Proyecto, CONINSA RAMON H S. A. Sin aplicar el ANTICIPO del año 2014 a valores de SMLMV del año 2015.
3. En consecuencia el vocero del Patrimonio autónomo debe pagar el valor del anticipo del 35% realizado en el año 2014 con valores de SMLMV año 2015 de la siguiente manera:

Anticipo recibido año 2014:

\$27.165.600.000 liquidados en base a 1.500 (# de viviendas) x 84 x 616.000 (SMLMV año 2014) x 35%.

Valor real a pagar conforme al contrato fiduciario:

\$28.415.835.700 liquidados en base a SMLMV año 2015 = 1.500 (# de viviendas) x
84 x 644.350 (SMLMV año 2015) x 35%.

DIFERENCIA A PAGAR: \$28.415.835.700 - \$27.165.600.000 = \$1.250.235.700

4. Los valores reconocidos serán debidamente indexados al momento de su pago, por cuanto corresponde a un pago integral.”

De lo anterior puede concluirse que existe correspondencia entre los sujetos vinculados por la relación sustancial (CONINSA en calidad de fideicomitente aportante y constructor, y LA FIDUCIARA en calidad de vocera del patrimonio autónomo) y los sujetos vinculados por la relación sustancial (CONINSA como pretensor – LA FIDUCIARIA como resistente), predicándose entonces la legitimación por activa y por pasiva, necesaria para que la decisión que se tome resuelva eficazmente el litigio.

Y es que claramente, tal como se analizará con más detalle adelante, la FIDUCIARIA adquirió la obligación de desembolsar, entendiéndose pagar, a CONINSA el valor de ochenta y cuatro (84) salarios mínimos legales mensuales vigentes como contraprestación por la construcción de las viviendas bajo la modalidad de contrato llave en mano y es esta la obligación que la parte demandante entiende incumplida por la FIDUCIARIA a consecuencia de un pago parcial de la misma, en la medida que los salarios mínimos pagados durante el año 2014 debían ser reajustados a los vigentes en el año 2015.

Consecuentes con lo anterior, teniendo la demandante la calidad sustancial de acreedora y la demandada la de deudora de una cantidad de dinero pretendida en la demanda, al margen de si las pretensiones están o no llamadas a prosperar, efectivamente existe legitimación en la causa tanto desde el extremo activo, como del pasivo.

Ahora bien, la circunstancia de que CONINSA tenga la calidad de Fideicomitente del Contrato de Fiducia que nos ocupa no hace que no pueda tener legitimación en la causa por pasiva, ni mucho menos que la convierta en demandada indirecta, como lo pretende hacer ver la demandada al proponer la excepción de falta de legitimación en la causa. Lo anterior máxime cuando los recursos para que el Fideicomiso Ciudadela Mia pudiera pagar la contraprestación a favor de CONINSA provendrían de los dineros girados como pago del precio de la Promesa de Compraventa que celebró dicho Fideicomiso, en calidad de Vendedor, y el Fideicomiso Vivienda Gratuita, en calidad de comprador y por virtud del cual la vocera común a ambos se obligó a transferir del último Fideicomiso al Primero la cantidad correspondiente a los 86 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior confiere la claridad de que

en el contrato bajo el cual se presente la controversia, la calidad de Fideicomitente de CONINSA no le confería la obligación de financiar su propia contraprestación, lo que a todas luces sonaría absurdo.

7. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO

La demandada en su escrito de contestación² expresa que debe ser integrado el litisconsorcio, en los términos del Artículo 61 del Código General del Proceso, con las entidades FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA, ISVIMED y el MUNICIPIO DE QUIBDÓ, en razón de su participación en el proyecto que se habría de realizar a través del Patrimonio Autónomo.

Frente a la afirmación - solicitud de la parte demandada, el Tribunal encontró que las pretensiones, tal como fueron formuladas en la demanda, implican un juicio de incumplimiento de obligaciones surgidas del Contrato a cargo de FIDUBOGOTÁ – VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO CIUADELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A., situación jurídica que no precisa de la vinculación de otros sujetos, toda vez que no es de aquellas decisiones donde deba resolverse de manera uniforme respecto de ellos, ni que sea imposible decidir de mérito sin la comparecencia de estos, en los términos del artículo 61 del Código General del Proceso.

La parte demandante, en el ejercicio libre de su derecho de acción, configuró sus pretensiones y el sujeto frente a quien las dirige, toda vez que el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No 31-39516 vincula a la sociedad CONINSA RAMON H S.A. en calidad de fideicomitente aportante y constructor y a FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. en calidad de fiduciaria. Así, estimó que uno de los sujetos del contrato de fiducia, incumplió las obligaciones que para él surgieron del mismo y, en tal virtud, dirige sus pretensiones contra él.

De conformidad con lo que se viene de anotar, no procedió el Tribunal a integrar ningún tipo de litisconsorcio por pasiva con participación de FONDO NACIONAL DE VIVIENDA – FONVIVIENDA, ISVIMED y el MUNICIPIO DE QUIBDÓ. Frente a tal determinación la parte convocada no interpuso recurso alguno y, por el contrario manifestó estar conforme con la determinación.

8. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

² Numerales 5.4 y 5.5 de la Contestación de la Demanda.

De cara a las pretensiones formuladas, no existe un término para ejercer válidamente el derecho de acción. Así las cosas, el Tribunal puede proceder a fallar las pretensiones que le han puesto de presente.

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

Con la finalidad de resolver la controversia que existe entre las partes ligadas en la presente litis, procederá el Panel Arbitral, de manera inicial, a fijar en forma clara las circunstancias de hecho y de derecho en relación con las cuales no hay motivo de discordia y que son relevantes para el efecto, pudiéndose sintetizar en las siguientes; así:

- Están las partes ligadas por el Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos Nro. 31 39516, del cual surgieron obligaciones para ambas partes y sin que exista discusión alguna entorno a la existencia o validez del acto jurídico mencionado.³
- Que la parte demandante fue la encargada de estructurar y desarrollar el proyecto denominado CIUADAELA MÍA, con un valor de 86 SMLMV por cada una de las viviendas que lo componía, de los cuales le correspondería a Coninsa Ramón H. S.A. 84 SMLMV.⁴
- Que los recursos dinerarios para compensar a Coninsa Ramón H. S.A. provenían de FONVIVIENDA, quien los transferiría a través del FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA, cuyo vocero es la misma entidad fiduciaria vinculada al presente trámite arbitral⁵ a consecuencia del pago del precio pactado en la promesa de compraventa que sobre los inmuebles futuros suscribieron.
- Que la compensación dineraria pactada en favor de Coninsa Ramón H. S.A. lo fue en salarios mínimos legales mensuales vigentes y en cuantía equivalente a 84 por cada una de las viviendas.
- Que las viviendas que conformaron el proyecto lo fueron 1500 y que con base en ese número de unidades se transfirió por parte de la FIDUCIARIA a Coninsa Ramón H. S.A. en el año 2014, con base en el salario mínimo vigente en dicho año el 35% del valor total de las viviendas.

³ Ver hecho primero de la demanda y respuesta dada al mismo por la demandada.

⁴ Ver hecho quinto de la demanda y respuesta dada al mismo por la demandada.

⁵ Ver hecho sexto de la demanda y su respuesta por la Entidad demandada.

- Que el *quid* del litigio, según las partes, se centra en determinar si los valores pagados por LA FIDUCIARIA a Coninsa Ramón H. S.A. en el año 2014, correspondientes al 35% del valor de las 1.500 viviendas, deben ser actualizados a salarios mínimos legales mensuales vigentes del año 2015.⁶

Por otra parte encuentra el Tribunal que las pretensiones de la demanda están estructuradas bajo el argumento de estar frente al incumplimiento de la obligación dineraria a cargo de LA FIDUCIARIA y a favor de la demandada, en el sentido que el pago no fue total, en la medida que el 35% pagado inicialmente lo fue a salarios mínimos legales mensuales vigentes del año 2014, cuando debería haber sido actualizado al salario vigente para el año 2015, consecuentes con lo cual solicitan el incremento correspondiente con corrección monetaria a la fecha del pago.

Por su parte la demandada al momento de formular las excepciones de mérito y de manera concreta en el numeral 8.5. de la respuesta a la demanda, indica haber cumplido con el contrato, en la medida que pagó lo que le correspondía, ya que hizo el desembolso del 35% del valor de las 1.500 viviendas a los salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2014, que según ella era la extensión efectiva de su obligación.

Consecuentes con lo anterior encuentra el presente Panel Arbitral que el aspecto medular para efectos de definir la controversia existente entre las partes consiste en determinar el alcance o magnitud concreta de la obligación de pago contraída por LA FIDUCIARIA, en favor de Coninsa Ramón H. S.A., para de esa manera poder concluir si efectivamente se encuentra que la satisfacción del derecho de esta última ocurrió de manera completa o incompleta.

Indudablemente entonces estamos frente a un problema de interpretación contractual, consistente en auscultar cuál fue el alcance del objeto de la obligación de pago contraída por LA FIDUCIARIA y en tal medida procederemos a realizar un análisis en relación con esta actividad humana, en este caso, deferida a la justicia Colombiana en razón a la falta de acuerdo entre las partes sobre el particular.

De la Interpretación de los Contratos en general, su importancia y sistemas:

Los contratos, en su condición de especies de actos jurídicos, son unos de los instrumentos a través de los cuales los particulares hacen uso de las prerrogativas concedidas por la autonomía de la voluntad para efectos de regular sus relaciones.

⁶ Ver pretensión tercera de la demanda y acápite IV de la respuesta.

Lo que hacen quienes deciden celebrar un contrato no es nada diferente a dictarse normas de contenido particular vinculantes, por el efecto relativo que las rige, únicamente, como regla general, a quienes las convinieron.

No en vano el artículo 1602 del Código Civil señaló que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”*

Como leyes que son los contratos y, en general, los actos jurídicos, corresponde fijar el contenido y alcance de las mismas a la hora de resolver la situaciones de hecho que fueron concebidas en ellas y para el efecto deberá procederse con su interpretación.

Es común, como lo que más, que las partes a la hora de ajustar sus relaciones negociales no lo hagan de manera clara, diáfana, completa, con ausencia de vacíos, contradicciones, etc. y en tal medida la labor interpretativa en estos casos es mayor que en aquellos en los cuales el contrato a interpretar es claro, completo e inequívoco. Lo anterior significa que siempre habrá lugar a la interpretación de la voluntad contractual, sea esta clara o no, pero en el segundo supuesto la labor del intérprete no solo es de mayor envergadura sino de una responsabilidad aumentada.

Lo ideal sería que quienes decidan hacer uso de la autonomía de la voluntad lo hagan cumpliendo a cabalidad con las denominadas por el profesor Fernando Hinestrosa cargas de Claridad, Precisión y Plenitud, las cuales en sus términos significan que: *“.. Quien celebra un negocio debe tener presente que su criatura escapa al dominio suyo en cuanto esté completa, se le sale de las manos: en cuanto es conocida por otro u otros es ya del dominio de estos, y será objeto de interpretación y de calificación por ellos; en dicha razón ha de cuidar que esa inteligencia sea lo más próxima posible a la suya y que el sentido que quiso imprimirle a su conducta sea aquel en que los demás lo pueden o deben tomar.*

*Cuanto más clara, más precisa y completa sea la expresión, mayor será la probabilidad de alcanzar todos los resultados que el autor de ella tuvo en mente y que correspondan naturalmente a la función social del negocio celebrado.....”*⁷

No obstante que en mayor o menor medida se observen las cargas señaladas por el Profesor Hinestrosa, todos los actos jurídicos requieren ser interpretados y para tal actividad los llamados naturalmente a realizarla son los sujetos que intervinieron en su celebración, en la medida que, quiénes más sino ellos, conocen las vicisitudes y particularidades de las relaciones que pretendían regular y la manera como

⁷ Hinestrosa, Fernando. TRATADO DE LAS OBLIGACIONES II. Universidad Externado de Colombia, pag 391. Reimpresión julio de 2015.

convinieron hacerlo. No obstante lo anterior es común que a la hora de hacer dicha labor, y máxime en presencia de situaciones como la actual en la cual dependiendo de la interpretación habrá lugar o no a la declaratoria de incumplimiento contractual, las partes no logran ponerse de acuerdo en el real entendimiento del convenio.

Cuando las partes mismas no logran ponerse de acuerdo en el entendido que deberá dársele a las normas ajustadas en el contrato, corresponderá a los operadores judiciales hacer la labor de interpretación, para lo cual ha considerado la doctrina existen básicamente dos métodos de interpretación, el primero, denominado subjetivo y, el segundo, objetivo.

En relación con el sistema subjetivo podemos decir que fue adoptado por Don Andrés Bello a la hora de redactar el Código Civil Colombiano, a imagen y semejanza de lo consagrado por el Código Civil Francés de 1804, conocido como el Código de Napoleón y el cual observó las tendencias interpretativas que en la época de su concepción eran defendidas por Pothier. Lo anterior se puede vislumbrar en el artículo 1618 del Código Civil Colombiano cuando señala que: *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”* y el cual en términos generales, expresa lo mismo que el Código de Napoleón, cuando en su Artículo 1156 señala: *“En los contratos se deberá averiguar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, más bien que atenerse al sentido literal de las palabras.”*

Claramente señalan las normas transcritas que en el sistema acogido de interpretación contractual es más importante la voluntad real y común de las partes al momento de la celebración del contrato que la literalidad de las palabras expresadas y que en tal medida a la hora de desentrañar el alcance de un contrato deberá preferirse la primera sobre la segunda.

Finalmente y con la intención de reivindicar las bondades del sistema subjetivo y salir al paso a críticas que lo ven como un sistema arcaico, podemos señalar que ha sido adoptado incluso por legislaciones del siglo XX, como la Italiana de 1942 y la del Estado de Quebec de 1991.

Por su parte el sistema objetivo, simplemente a título de ilustración en la medida que claramente no será el que ilumine la labor a desplegar en el caso concreto, y sabiendo que no es el adoptado por la legislación aplicable en Colombia, establece que deberá darse primacía a la voluntad declarada, es decir, a lo literal de las palabras, sin ningún tipo de consideración en torno al querer intrínseco de las partes al momento del contrato.

De la Interpretación de los Contratos en Colombia:

El Código Civil Colombiano en los artículos 1618 a 1624, comprendidos bajo el Título XIII, De la Interpretación de Los Contratos, del Libro Cuarto, contiene una serie de reglas a través de las cuales se debe realizar la labor de desentrañar el contenido negocial en general de los actos jurídicos, y en particular de los contratos.

Dichas normas, por expresa remisión del artículo 822 del Código de Comercio⁸, son aplicables a los actos jurídicos y en particular a los contratos mercantiles.

Así las cosas, el conjunto de normas contenidas en el Código Civil Colombiano son de aplicación a todos los contratos, independientemente de que los mismos sea de raigambre civil o mercantil.

Son de especial importancia para el litigio que nos ocupa, las reglas contenidas en los artículos que pasan a transcribirse y que contienen directrices de interpretación de obligatorio cumplimiento:

“ARTÍCULO 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

Contiene el artículo transcrito, tal como ya fue referido anteriormente, la concepción subjetiva de la interpretación contractual. Ahora bien, como quiera que cuando es un tercero, para este caso el operador judicial, quien debe brindar la interpretación obligatoria de las reglas convencionales y en la medida que la prueba directa e inequívoca de la voluntad de las partes al momento de la celebración del contrato es de difícil consecución, autoriza la ley y acepta la doctrina que se acuda al conocimiento de la misma a través de pruebas indirectas o indiciarias.

“ARTÍCULO 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

Tiene como fundamento la regulación transcrita que si las partes decidieron desplegar una actividad positiva tendiente a establecer una regulación particular, es en la medida que la misma produzca algún efecto tangible y en tal forma si de dos posibles interpretaciones se trata y una de ellas produce efectos, mientras que la otra no,

⁸ ARTÍCULO 822. <APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL>. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

deberá preferirse la primera en procura de garantizar la efectividad del ejercicio de la autonomía.

“ARTÍCULO 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

Son varias las reglas particulares que pueden identificarse en la norma transcrita.

El primer y segundo inciso contiene el mecanismo que se ha conocido como método sistemático, no solo en relación con la totalidad de las cláusulas contractuales, sino también en relación con cláusulas de otros contratos similares ajustados por las mismas partes y sobre el mismo objeto contractual.

Por otro lado, el último inciso confiere un mecanismo de interpretación claramente vinculado con el contenido en el artículo 1618, es decir, el de prevalencia de la voluntad real sobre la declarada, en la medida que la manera como las partes han ejecutado el contrato es una clara muestra de la real voluntad de ellas al momento de su celebración y por tal razón confiere un indicio determinante para el Juez al momento de auscultar la voluntad real. Nótese que claramente son las partes las primeras llamadas a dar los lineamientos de su querer para con base en él auscultar el alcance de las regulaciones que en el caso particular se dictaron. Dichos lineamientos pueden ser dados por las partes de manera expresa, a través de manifestaciones de la voluntad inequívoca según las cuales fijan el alcance de determinadas cláusulas o disposiciones contractuales o a través de la expresión de la voluntad de manera tácita, esto es realizando actuaciones de ejecución de los compromisos contractuales, de las cuales se desprende cuál es el real entender que ellas le han dado al contrato.

De las cláusulas particulares que generan la disputa entre las partes vinculadas a la litis:

Se trata de las siguientes cláusulas contenidas en el Otrosí Integral No. 1 al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos No. 3-1-39516:

4.6. DESEMBOLSOS CON CARGO A RECURSOS DEL FIDEICOMISO. Con cargo a los recursos del **PATRIMONIO AUTÓNOMO** la **FIDUCIARIA** deberá desembolsar al **FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR** los recursos necesarios para el desarrollo del **PROYECTO**, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1.6. de la cláusula primera⁹, las instrucciones contenidas en el presente contrato, impartidas por el **FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR.....**

4.8. RESTITUCIÓN DE APORTES Y BENEFICIOS...

4.8.2. RESTITUCIÓN DE APORTES. Los aportes del **FIDEICOMITENTE APORTANTE Y CONSTRUCTOR** se restituirán hasta un máximo del resultante de multiplicar el número posible de viviendas a desarrollar, de acuerdo con los diseños aprobados por el valor de **OCHENTA Y CUATRO (84) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** por concepto de valor de la construcción de cada vivienda.....Este valor se girará así:

⁹ **CLÁUSULA PRIMERA. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES.....1.6.** Que de acuerdo al Convenio Interadministrativo, el **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA** suscribirá contratos de promesa de compraventa, para la adquisición de viviendas de interés prioritario que serán promovidas y gestionadas por **ISVIMED** en el Municipio de Quibdó, para los cual desembolsará al **ISVIMED** o a quien éste indique, en este caso el **FIDEICOMISO CIUADELA MIA – FIDUBOGOTÁ S.A.**, el valor al que se compromete **FONVIVIENDA** en el marco del Convenio, de la siguiente manera: a) El cinco por ciento (5%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas con la firma de la promesa de compraventa de que trata el convenio. b) El treinta por ciento (30%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del acta de inicio de las obras suscrita por el interventor de la misma. c) El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA** contrate o designe, en el que conste el avance del veintidós por ciento (22%) de la obra. d) El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA** contrate o designe, en el que conste el avance del sesenta y cinco por ciento (65%) de la obra. e) El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA** contrate o designe, en el que conste el avance del noventa por ciento (90%) de la obra. f) El diez por ciento (10%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de existencia emitido por el supervisor que el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA** designe. g) El diez por ciento (10%) restante cuando finalice el proceso de escrituración y se verifique que aparece como titular del derecho de dominio el beneficiario del subsidio familiar de vivienda en especie o el patrimonio autónomo que indique la promesa de compraventa. El desembolso del 10% final también estará sujeto a la suscripción del acta de entrega material de las viviendas, en los términos y condiciones señalados en las promesas de compraventa.”

- a) *El cinco por ciento (5%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas con la firma de la promesa de compraventa de las viviendas que integrarán el proyecto.*
- b) *El treinta por ciento (30%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del acta de inicio de las obras suscrita por el interventor de la misma.*
- c) *El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA contrate o designe, en el que conste el avance del veintidós por ciento (22%) de la obra.*
- d) *El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA contrate o designe, en el que conste el avance del sesenta y cinco por ciento (65%) de la obra.*
- e) *El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA contrate o designe, en el que conste el avance del noventa por ciento (90%) de la obra.*
- f) *El diez por ciento (10%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de existencia emitido por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA.*
- g) *El diez por ciento (10%) restante cuando finalice el proceso de escrituración y se verifique que aparece como titular del derecho de dominio el beneficiario del subsidio familiar de vivienda en especie o el patrimonio autónomo que indique la promesa de compraventa. El desembolso del 10% final también estará sujeto a la suscripción del acta de entrega material de las viviendas, en los términos y condiciones señalados en las promesas de compraventa.....”*

5.2. OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA. Son obligaciones de LA FIDUCIARIA, además de las señaladas en las disposiciones legales y en el presente contrato las siguientes:

5.2.7. Realizar los desembolsos, hasta los ochenta y cuatro salarios mínimos (84 SMMLV) al **FIDEICOMISO APORTANTE Y CONSTRUCTOR** de las sumas de dinero para el desarrollo del **PROYECTO**, en los siguientes términos:

El cinco por ciento (5%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas con la firma de la promesa de compraventa de las viviendas que integrarán el proyecto.

El treinta por ciento (30%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del acta de inicio de las obras suscrita por el interventor de la misma.

El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA contrate o designe, en el que conste el avance del veintidós por ciento (22%) de la obra.

El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA contrate o designe, en el que conste el avance del sesenta y cinco por ciento (65%) de la obra.

El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA contrate o designe, en el que conste el avance del noventa por ciento (90%) de la obra.

El diez por ciento (10%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de existencia emitido por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA.

El diez por ciento (10%) restante cuando finalice el proceso de escrituración y se verifique que aparece como titular del derecho de dominio el beneficiario del subsidio familiar de vivienda en especie o el patrimonio autónomo que indique la promesa de compraventa. El desembolso del 10% final también estará sujeto a la suscripción del acta de entrega

material de las viviendas, en los términos y condiciones señalados en las promesas de compraventa.....”

Otras Cláusulas Contractuales que deben ser tenidas en cuenta al momento de la interpretación de las relacionadas anteriormente y en general para resolver la litis:

A continuación procederemos a relacionar otras estipulaciones de las partes, contenidas en el Otrosí Integral No. 1 al Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos No. 3-1-39516, que cobran especial importancia para este proceso:

“..SEGUNDA. DEFINICIONES:

2.6. FIDEICOMISO O PATRIMONIO AUTÓNOMO: *Se entenderá por éste el conjunto de activos afectos a la finalidad de este contrato, conformado por:.....(iii) El dinero equivalente a OCHENTA Y SEIS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTE (86 SMLMV) por cada una de las MIL QUINIENTAS (1.500) viviendas, que serán transferidos directamente por FONVIVIENDA a través del FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA cuyo vocero es FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. –FIDUBOGOTÁ S.A. los cuales se contabilizarán como aporte del FIDEICOMITENTE APORTANTE CONSTRUCTOR.....”*

“QUINTA. OBLIGACIONES QUE SURGEN PARA LAS PARTES EN RELACIÓN CON EL DESARROLLO DE ESTE CONTRATO...

5.1.1.....*El plazo de ejecución de la totalidad del PROYECTO incluida la legalización y escrituración de los inmuebles, será desde la suscripción del presente contrato, durante veinte (20) meses.”*

Es de anotar que la suscripción del contrato ocurrió el 21 de febrero del año 2014, lo que significa que su vigencia estaba inicialmente establecida hasta el mes de octubre del año 2015.

“..5.2. OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA. *Son obligaciones de LA FIDUCIARIA, además de las señaladas en las disposiciones legales y en el presente contrato, las siguientes:*

5.2.3. *Suscribir en su calidad de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO, de conformidad con las instrucciones de LOS FIDEICOMITENTES la promesa de*

*compraventa de las viviendas de interés prioritario que conformarán el **PROYECTO con el FIDEICOMISO – PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA....***”

Es claro entonces para este Panel Arbitral, de lo transcrito hasta este momento, que los recursos consistentes en los 84 salarios mínimos legales mensuales vigentes que debía transferir el FIDEICOMISO CIUDADELA MÍA a Coninsa Ramón H. S.A. eran fruto del pago del precio establecido en la Promesa de Compraventa suscrita entre las siguientes personas: De un lado, en calidad de Promitente Tradente el FIDEICOMISO CIUDADELA MÍA, cuyo vocero es la Fiduciaria Bogotá S.A. e ISVIMED, como Promitente Vendedor y, del otro lado, en calidad de Promitente Comprador y obligado al pago del precio, el FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA, cuyo vocero es igualmente la Fiduciaria Bogotá S.A.

Siendo así, como en efecto lo fue, y en la medida que la suscripción de la Promesa de Compraventa por parte de la vocera del FIDEICOMISO CIUDADELA MÍA obedeció a una clara instrucción contractual, entiende este Panel Arbitral que cobra especial importancia verificar lo establecido en la Promesa de Compraventa en relación con el precio de las viviendas y si, en dichos pactos, se observaron cláusulas igualmente expresadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes, encontrando en el análisis correspondiente las cláusulas relevantes que pasan a transcribirse:

*“..consideraciones....26. Que la Fiduciaria Bogotá S.A. certifica que el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO –PROGRAMA DE VIVENDA GRATUITA** cuenta con el compromiso de recursos, por parte del fideicomitente, necesarios para el pago de las viviendas que se transfieran por parte del **PROMITENTE VENDEDOR**, en cumplimiento del presente contrato de promesa de compraventa.”*

*“ **DÉCIMA SÉPTIMA. PRECIO DE LAS VIVIENDAS PROMETIDAS EN VENTA.** El valor pactado por los contratantes como precio de venta de las viviendas resultantes del proyecto denominado “Ciudadela Mía” es de 86 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por vivienda que el **PROMITENTE COMPRADOR** pagará al **PROMITENTE VENDEDOR** o a quien éste indique de acuerdo con la cláusulas que se incorporan a continuación.....”*

*“**DÉCIMA OCTAVA. FORMA DE PAGO DE LAS VIVIENDAS.** Las viviendas serán pagadas de la siguiente manera:.....”*

***PARÁGRAFO PRIMERO.-** Los pagos se realizarán dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de los documentos antes mencionados, por parte de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, y para cualquiera de los pagos a realizar, el valor del salario mínimo legal mensual que se tendría en cuenta para calcular el valor a pagar,*

será el del año en el cual se solicite el pago, de conformidad con los requisitos aquí establecidos, en todo caso, aún cuando se prorrogue la fecha de terminación de las viviendas los pagos se realizarán teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la solicitud de pago, sin que en ningún caso pueda exceder el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015....”

De las cláusulas de salvaguardia:

Aspecto indiscutible al momento de revisar el contrato, las cláusulas pactas por las partes, la manera como ellas lo ejecutaron y la conducta asumida a lo largo del debate judicial, es aquel consistente en que las partes al momento de concebir la magnitud de la obligación dineraria a cargo de LA FIDUCIARIA y a favor de Coninsa Ramón H. S.A. decidieron adoptar un mecanismo de salvaguardia del poder adquisitivo de la moneda contra la devaluación de la misma a causa del transcurso del tiempo y de las condiciones de la economía Colombiana.

Tal proceder, enmarcado en la libertad contractual en particular y en la autonomía de la voluntad en general, busca que el acreedor de la obligación dineraria se proteja de las consecuencias desfavorables de la inflación y la correspondiente pérdida del poder adquisitivo de la moneda, ocurrido en el entre tanto del nacimiento de la obligación y su satisfacción por el deudor.

Sobre este tipo de cláusulas contractuales se pronunció el abogado doctrinante Doctor Carlos Darío Barrera Tapias, señalando lo siguiente: *“...En los países de economía inestable como el nuestro, es apenas natural que las personas que intervienen en un contrato, traten en veces de precaverse por la vía del acuerdo de voluntad, de las consecuencias desfavorables del fenómeno de la inflación.*

A este respecto ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“Es indiscutible que las consecuencias del fenómeno inflacionario en las relaciones jurídicas en las que se han consentido largos plazos para el pago se van produciendo inexorablemente; ante todo, con provecho evidente e injusto para el deudor que paga realmente menos, y recíprocamente, con perjuicio igualmente evidente para el acreedor que, por ende, de hecho también recibe menos.”¹⁰

¹⁰ Salvamento de voto del Magistrado HUMBERTO MURCIA BALLEEN en la sentencia proferida por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, el 24 de abril de 1979. REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Bogotá, Junio de 1979. Pag. 493.

Las estipulaciones por virtud de las cuales, las partes en un contrato resuelven libremente que una obligación de dinero se liquide al cabo de un tiempo, con base en la cotización que determinado valor económico llegue a tener en el momento del pago, se denominan cláusulas valuarias o de salvaguardia monetaria.”¹¹

Por su parte el Doctor William Namén Vagas señaló:

“.....Las cláusulas negociales, preventivas o correctoras de la desvalorización monetaria, constituyen una de las manifestaciones prácticas de mayor relevancia de la libertad de contratar, de la titularidad de intereses, del poder reconocido por el Estado al sujeto para disciplinar sus relaciones jurídicas y disponer de su esfera de actuación.

Constituyen el prístino ejercicio de la autonomía privada, concebida en cuanto posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición de intereses, de seleccionar el tipo negocial concorde a la función práctica o económica social aspirada o, de crearlo si los ofrecidos en el catálogo legal no se avienen a ésta, de escoger la persona con quien se dispondrá de celebrar el negocio por sí o por otro, de establecer accidentalia negotia determinadas directrices al negocio –plazo, condición, modo– la forma existencial (ad substantiam actus) o probatoria (ad probationem) del acto dispositivo.

Las cláusulas de ajuste negocial se conciertan específicamente por las partes en el negocio jurídico o en el contrato, para regular sus relaciones jurídicas singulares y se circunscriben a éstas.

Por la operancia restringida de las normativas, las cláusulas de indización, de ordinario son negociales, pactadas a propósito (accidentalialia negotia) y convenidas caso por caso, para mantener la estabilidad constante del dinero, el equilibrio prestacional, prevenir el riesgo de alteración y excluir o atenuar situaciones inequitativas al recibirse al tiempo del cumplimiento, una moneda con inferior valor al existente en el instante de su origen.

Estas cláusulas pueden pactarse desde la celebración del negocio jurídico o convenirse con posterioridad, definirse en todos sus aspectos por las partes o per relationem, por un tercero, acordarse deliberada y maduramente por los sujetos de la relación obligacional, predisponerse por uno o de éstos en su único interés o en el de todos, prevenirse en condiciones generales de contratación, negocios estándar,

¹¹ Barrera Tapias, Carlos Dario. LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO MODERNO. Pontificia Universidad Javeriana. Primera Edición 1995. Páginas 48 y 49.

patrón, global, tipo, de o por adhesión y remitirse o reenviarse a reglamentaciones legales, contractuales, nacionales o foráneas."¹²

Consecuentes con lo anterior y buscando dar aplicación práctica a la regla de interpretación contractual contenida en el artículo 1620 del Código Civil Colombiano, según el cual: *"El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno."* debemos llegar a la conclusión de que las partes abandonaron la posibilidad de establecer la prestación dineraria en términos nominalistas y adoptaron uno tendiente a garantizar que el riesgo de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda no fuera asumido por Coninsa Ramón H. S.A.

De las diferentes posibilidades de interpretación de las cláusulas contractuales ajustadas por las partes:

Para definir la controversia existente entre las partes, que en líneas precedentes la concretó el Tribunal en determinar el alcance o magnitud exacta de la obligación de pago contraída por LA FIDUCIARIA, en favor de Coninsa Ramón H. S.A., para de esa manera poder concluir si efectivamente se encuentra que la satisfacción del derecho de esta última ocurrió de manera completa o incompleta, encontramos las siguientes alternativas de entendimiento de las normas dictadas por las partes:

- La primera, ya descartada en el acápite anterior, haría referencia a una fijación nominalista del precio, alejada de la posibilidad de actualización de la moneda y que consistiría en entender que las partes establecieron que el emolumento a pagar estaría vinculado única y exclusivamente al salario mínimo legal mensual vigente del año 2014. Y es que por desconocer abiertamente la intención de las partes, cual fue mantener el poder adquisitivo de la moneda, estableciendo el mecanismo de la salvaguardia, lo mismo que la regla contenida en el artículo 1620 del Código Civil, deberá ser dejada a un lado. Nunca podría entenderse, que en el contrato las partes establecieron un valor en salarios mínimos legales mensuales del año 2014, cuando la vigencia del mismo fue superior a este período y cuando no expresaron, pudiendo perfectamente hacerlo, el valor de la obligación dineraria en una cantidad determinada de pesos Colombianos.

- La segunda, encuentra este Panel Arbitral que sería aquella según la cual una parte del precio, la causada en el año 2014, sería pagadera a salarios mínimos legales mensuales vigentes en dicho año, y la otra, causada durante o con posterioridad al

¹² Namén Vargas, William. Cláusulas de Indización Monetaria. En Revista Contexto. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/1709/1536/>

inicio del año 2015, lo serían a salarios mínimos legales mensuales vigentes durante este último periodo.

Al auxilio de esta tesis saldrían argumentos como los esbozados por la parte demandada, tanto en su escrito de contestación a la demanda, como en los alegatos de conclusión, en el sentido de estar frente a un pago anticipado y no un anticipo, entendimiento este último que ha pretendido darle la parte demandante, lo mismo que lo señalado en el Parágrafo Primero de la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Promesa de Compraventa, según el cual: *“...para cualquiera de los pagos a realizar, el valor del salario mínimo legal mensual que se tendrá en cuenta para calcular el valor a pagar, será el del año en el cual se solicite el pago...”*

De darse esta segunda interpretación al alcance de la obligación de LA FIDUCIARIA las pretensiones de la demanda estarían llamadas a fracasar.

Ahora bien, sea importante señalar que para este operador judicial la distinción *per se* entre anticipo o pago anticipado, no significa que no puedan las partes establecer que en uno y otro caso operen instituciones jurídicas tendientes a proteger al acreedor contra las vicisitudes de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y que en tal medida no es en estricto sentido ese el asunto medular que permite en el caso que nos ocupa adoptar tal o cual interpretación contractual.

- Por su parte, la tercera, y última opción interpretativa, consiste en entender que la totalidad del precio, es decir, los 84 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de LA FIDUCIARIA y a favor de Coninsa Ramón H. S.A. debían ser pagados a salarios mínimos legales mensuales del año 2015. Esta última interpretación significaría que lo pagado en el año 2014 a salarios mínimos de dicho año debería haber sido objeto de reajuste y como tal debería darse concesión a las pretensiones solicitadas.

Tal entendimiento de la situación significa reconocer que al momento de darse el pago de los valores causados en el año 2014, por obvias razones, los mismos debían ser liquidados al salario mínimo legal mensual vigente para la época, en el entendido que era imposible hacerlo al del año 2015 cuando aún no se conocía cuál sería el que regiría para tal anualidad, pero que una vez entrara en vigencia la norma que fijaba el que regiría para el año 2015, debía acontecer el correspondiente reajuste.

Este último entendimiento parte de la base que las partes establecieron que la totalidad del precio a pagar sería establecido con base en el salario mínimo legal mensual vigente, lo cual nos lleva a concluir, junto con otras situaciones que analizaremos a continuación, que este último fue el íntimo convencimiento de los

contratantes al momento de ajustar el contrato y fue compartido o común en ambos, al igual que con el que ejecutaron el mismo.

Y es que si una parte del precio fuera a estar atada al valor del salario mínimo del año 2014, pues la lógica simple indicaría que las partes, conociendo el valor del mismo, debieron haber establecido de manera directa y concreta el valor del alcance de la obligación de manera nominativa y no bajo la expresión de una fórmula a través de la cual lo que se busca en la práctica es mantener el valor del dinero en el tiempo.

Por otra parte, y sin que tal circunstancia sea la única que lleva al Tribunal a llegar a la conclusión, es que ambas partes entendieron que lo que se entregó durante el año 2014 fue un anticipo y así, de una parte CONINSA lo registró en su contabilidad¹³, y de otra LA FIDUCIARIA lo señaló en los informes que periódicamente remitía a la contraparte¹⁴, lo que adicionalmente nos da a entender que el convencimiento común, por la forma como fue ejecutado el contrato, era que se estaba entregando un dinero a título de anticipo y no como pago anticipado. Ahora bien, lo anterior no es esencial para la toma de la decisión en la medida que para el Tribunal es apenas una muestra más del querer de las partes, sin que se pudiera considerar que las partes perfectamente podían establecer la cláusula de protección del acreedor contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda tanto en la modalidad de anticipo, como en la de pagos anticipados.

Y por si no fuera poco lo anterior, al momento de otorgarse las escrituras públicas de transferencia del dominio a los beneficiarios de las viviendas, al igual que al darse la transferencia de un gran número de éstas en favor del FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA, documentos públicos en los cuales concurren LA FIDUCIARIA, en su doble condición de vocera de los FIDEICOMISOS CIUADAELA MIA Y PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA, el ISVIMED y CONINSA, se pueden identificar las siguientes circunstancias o apartes, comunes a las 9 escrituras públicas obrantes en el expediente¹⁵ y que fueron una muestra aleatoria de aquellas a través de las cuales se transfirieron todas la viviendas del proyecto:

- Obra en calidad de Comprador de las viviendas el FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA, obligándose al pago del precio en favor del vendedor quien es el FIDEICOMISO CIUADAELA MIA. En ambos casos obra como vocera de los

¹³ Ver folio 856 y siguientes, respuesta de la Revisoría Fiscal de Coninsa Ramón H S.A.

¹⁴ Ver folios 536 y siguientes, copias de los informes que periódicamente remitía La Fiduciaria a Coninsa.

¹⁵ Ver Folios 681 y siguientes.

Fideicomisos la Fiduciaria Bogotá S.A.¹⁶, es decir, la misma vocera no solo se obliga a pagar, sino a recibir el precio de cada una de las viviendas para el correspondiente Fideicomiso y de esa manera obtener los recursos dinerarios a través de los cuales pagaría las obligaciones a favor de CONINSA.

- **“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.** Por medio de la presente escritura pública, de acuerdo con las consideraciones aquí contenidas, el **VENDEDOR** transfiere al **COMPRADOR**, quien adquiere el inmueble para **EL BENEFICIARIO DEL SUBSIDIO EN ESPECIE, a TITULO DE COMPRAVENTA.....**” Nótese que en el encabezado de la escritura, al momento de identificar al comprador se había señalado que este de conformidad con el artículo 1506 del Código Civil adquiere la vivienda en favor del beneficiario del subsidio en especie, dando aplicación a la figura jurídica de la estipulación en favor de un tercero.

- **CLÁUSULA CUARTA. VALOR Y FORMA DE PAGO.** El valor total de la presente transferencia a título de compraventa es la suma de **CINCUENTA Y CINCO MILLONES CUATROSCIENTOS CATORCE MIL CIENTO PESOS M.L (\$55.414.100)**, que será pagada por el **COMPRADOR** con cargo a los recursos existentes en el **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA** y que corresponden a los subsidios a los que se refiere la Ley 1537 de 2012, los cuales serán cancelados de la siguiente forma:

- a) El cinco por ciento (5%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas con la firma de la promesa de compraventa con **FIDUCIARIA BOGOTÁ** como vocera del Patrimonio Autónomo del Programa Nacional de Vivienda Gratuita.
- b) El treinta por ciento (30%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del acta de inicio de las obras suscrita por el interventor de la misma.
- c) El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA** contrate o designe, en el que conste el avance del veintidós por ciento (22%) de la obra.
- d) El quince por ciento (15%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo **FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIENDA GRATUITA** contrate o designe, en el que conste el avance del sesenta y cinco por ciento (65%) de la obra.

¹⁶ Ver primera parte de las escrituras obrantes a folios 681, 695, 709, 723, 738, 785, 799, 813, 827, donde se identifican los comparecientes a otorgar el instrumento público.

e) El veinticinco por ciento (25%) del valor correspondiente a cada una de las viviendas contra la presentación del certificado de avance de la obra suscrito por el supervisor que el patrimonio autónomo FIDEICOMISO PROGRAMA DE VIVIEDA GRATUITA contrate o designe, en el que conste el avance del noventa por ciento (90%) de la obra.

g) El cinco por ciento (5%) restante cuando finalice el proceso de escrituración y se verifique que aparece como titular del derecho de dominio el beneficiario del subsidio familiar de vivienda en especie o el patrimonio autónomo que indique la promesa de compraventa. El desembolso del 5% final también estará sujeto a la suscripción del acta de entrega material de las viviendas, en los términos y condiciones señalados en las promesas de compraventa.”

Nótese que de conformidad con esta cláusula del precio, establecida en todos los casos estudiados, al margen de si las escrituras públicas fueron otorgadas en el año 2016, 2017 o 2018, el valor asignado corresponde a los 86 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2015. Quedando claro que la totalidad del precio se ajustó a los salarios de dicha fecha y no solo la parte causada en el año 2015 o posterior a él.

- **“CLÁUSULA DÉCIMA: CUMPLIMIENTO DE LA PROMESA.** Con la suscripción del presente contrato, el **COMPRADOR**, el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN –ISVIMED** y el **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO CIUADAELA MIA –FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, declaran que para todos los efectos legales, las cláusulas y declaraciones realizadas en el presente instrumento público primarán y por ende, modificarán cualquier estipulación contraria o contradictoria a las mismas señalada en el **contrato de promesa de compraventa** suscrito el 18 de febrero de 2014, al cual se le da cumplimiento con la celebración del presente instrumento público.”

Como consecuencia de lo señalado hasta este momento, el Tribunal considera que la compensación total a favor de CONINSA y a cargo de la FIDUCIARIA debía ser establecida con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente del año 2015, en la medida que ese fue el valor que al final el comprador de las viviendas se obligó a pagar a favor del FIDEICOMISO CIUADAELA MIA y en tal medida no ha ocurrido el pago total de la obligación a cargo de la FIDUCIARIA, configurándose un pago parcial, al cual le hace falta lo correspondiente a la diferencia entre el salario mínimo legal mensual vigente del año 2014 vs el del año 2015, multiplicados por 84 salarios mínimos y por 1.500 viviendas y, este resultado a su vez, por el 35% correspondiente a los dineros desembolsados en el año 2014. Lo anterior arroja un pago deficitario a CONINSA por parte de la FIDUCIARIA en cuantía de UN MIL DOSCIENTOS

CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$1.250.235.000.00).

Así las cosas en efecto ocurrió el incumplimiento de la obligación acusada por parte de la FIDUCIARIA y habrán de prosperar las súplicas de la demanda.

De la solicitud de indexación de la condena a la fecha de pago efectivo:

A consecuencia de que este Tribunal Arbitral accederá a la solicitud de pago a cargo del Fideicomiso Ciudadela Mía y a favor de la demandante, corresponde analizar la pertinencia y legalidad de la solicitud de indexación de la condena.

Encuentran los árbitros que los valores pagados por la FIDUCIARIA durante el año 2014, a salarios mínimos de dicho año, no podían durante el mismo ser actualizados al valor de los salarios que regirían durante el año 2015, por la potísima razón de que no se conocía cual sería el aumento de dichos emolumentos y como tal a lo imposible nadie está obligado.

Ahora bien, causado el 35% del precio durante el año 2014 y siendo necesario que el mismo se ajustara a salarios mínimos del año 2015, tal conducta debía esperarse de la deudora a partir del mismo momento en que se conocía y estaba vigente el valor que regiría el salario mínimo del año 2015, esto es desde el 1 de enero del año 2015.

Consecuentes con lo anterior la FIDUCIARIA debía, en la primera semana del mes de enero del año 2015 haber hecho el pago de la diferencia existente entre los salarios mínimos del año 2014 pagados y los que regirían para el año 2015, cantidad que correspondería a los MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$1.250.235.000.00).

Consecuentes con lo anterior, la acreedora podía contar con el dinero correspondiente desde la fecha señalada y como tal con la capacidad que el mismo tenía para ese momento para la adquisición de bienes o servicios.

Así las cosas, la depreciación que el peso Colombiano ha tenido y tendrá en el periodo comprendido entre el mes de enero del año 2015 y la fecha de pago de la presente condena deberá ser asumida por la deudora.

El presente Tribunal hará la actualización de la condena hasta la fecha del laudo y corresponderá a la deudora realizar la actualización correspondiente hasta la fecha del pago para lograr la extinción total de la obligación impuesta.

La actualización del mes de enero del año 2015 al mes de julio del año 2018 arroja una cantidad adicional de dinero por concepto de actualización del valor de la moneda con fundamento en el IPC acumulado de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$243.822.636.00). Para dicho cálculo se tuvo en cuenta un índice final publicado para la fecha del laudo, correspondiente a mes de julio de 2018, de 142.10 y un índice inicial, para enero de 2015, de 118.91, que arrojó un factor para multiplicar el dinero adeudado de 1.195021444790177

**X. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS
POR LA DEMANDADA**

La parte demandada al momento de dar respuesta a la demanda propuso las siguientes excepciones, en relación con las cuales el Panel Arbitral se pronuncia de la manera que se señala a continuación de la enunciación de cada una de ellas:

10.1. Inepta demanda – falta de coherencia.

Considera este Tribunal que la demanda tanto desde el punto de vista formal como desde el sustancial fue suficiente para efectos de conocer las circunstancias de hecho y de derecho en que se fundamentaban las pretensiones, las cuales a la postre no solo fueron comprendidas, sino que fueron acreditados los supuestos de hecho necesarios para que proceda su reconocimiento y en tal medida no podrá prosperar la excepción planteada bajo el epígrafe que nos ocupa.

10.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Para desechar los argumento contentivos de esta excepción basta remitirnos al pronunciamiento que líneas atrás, a propósito de los presupuestos procesales, realizamos y conforme con el cual se encontró que tanto en la parte activa, como en la pasiva, de la actual relación procesal existe legitimación en la causa, no solo desde el punto de vista adjetivo, sino también desde el sustancial.

Nótese que la Fiduciaria en su condición de Vocera tanto del Fideicomiso Vivienda Gratuita, como del Ciudadela Mía, debía transferir los recursos del primero al segundo, con los cuales garantizara el completo desembolso de la contraprestación a favor de CONINSA. En tal sentido, la afirmación que se hizo tanto en la contestación de la demanda, como en el alegato de conclusión, según la cual, en el Fideicomiso Ciudadela Mía no habrían los recursos para pagar el reajuste de los salarios mínimos del año 2014 a los del año 2015, lo que significaría sería que aquella no observó sus deberes fiduciarios y en tal medida de no cumplir con las obligaciones a su cargo la

haría responsable con su propio patrimonio. Pero nunca podrá desprenderse de lo anterior una falta de legitimación en la causa por pasiva. Tampoco podría pensarse que a consecuencia de la eventual responsabilidad directa de la Fiduciaria por el no pago del reajuste de los salarios mínimos del año 2014, este Tribunal este laudando sobre asuntos no sometidos a su competencia, en la medida que nunca se está aquí señalando con fuerza obligatoria que exista una obligación directa de la Fiduciaria. Tal pronunciamiento requeriría de un trámite judicial adicional.

Consecuentes con lo analizado esta excepción no está llamada a enervar las súplicas de la demanda.

10.3. Violación del acto propio – Violación al principio de buena fe contractual.

No comparte este Panel Arbitral el argumento expuesto por la defensa según el cual la parte demandante aceptó una cláusulas contractuales y de manera posterior pretende desconocerlas. Es que precisamente hay que reconocer que las partes al momento de ajustar las cláusulas contractuales no observaron de manera diligente la carga de obrar con claridad y precisión y en consecuencia deben ahora soportar las vicisitudes que de tal obrar se desprenden y que consisten en que sea un tercero imparcial quien imponga la interpretación contractual que de conformidad con los lineamientos legales más se acerque al querer de las partes. No obra en el expediente prueba alguna de la cual pueda desprenderse que CONINSA hubiera obrado por fuera de los dictados de la buena fe, ni que hubiera desconocido la confianza creada en su co-contratante; por el contrario, de las pruebas recaudadas se observa que ambas partes dieron, durante la ejecución contractual, que no durante el debate judicial, el mismo entendimiento al alcance del contrato y en tal medida no puede hablarse de transgresión a la regla de prohibición del *venire contra factum proprium* emanada del principio de buena fe.

En conclusión la presente excepción tampoco está llamada a prosperar.

10.4. Sujeto calificado.

No encuentra este Tribunal Arbitral que de las calidades y cualidades profesionales de CONINSA se hubiera desprendido un deber de diligencia u obrar diferente al que desplegó. Tampoco, tal como se señaló en el numeral anterior, que hubiera obrado con desapego a los dictados que del principio de buena fe emanan.

Simplemente encontró que en su leal saber y entender el contrato la obligación de pago de la FIDUCIARIA no había sido ejecutada de manera completa y, en tal medida, dada la disparidad de interpretaciones que las partes tenían del texto

contractual a la hora de ejecutar las prestaciones acudió al mecanismo de solución de controversias pactado contractualmente.

Refuerza lo anterior el hecho que la interpretación contractual que daba la demandante del acuerdo terminó siendo en esencia coincidente con la del Tribunal, no obstante que los argumentos para el efecto fueran diferentes en parte.

Así las cosas esta excepción no prospera.

10.5. Cumplimiento contractual, excepción de pago.

Tal como se señaló en la última parte del acápite de la motivación de la presente decisión, este Tribunal encontró que la extensión del objeto de la prestación de pago a cargo de LA FIDUCIARIA y a favor de CONINSA comprendía el pago de una cantidad de dinero equivalente a ochenta y cuatro (84) salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el año 2015 y que en tal medida, dado que el pago ejecutado en relación con el 35% inicial se hizo a valores de salario mínimo del año 2014, sin que hubiera ocurrido, al momento de entrar en vigencia el salario mínimo del año 2015, el correspondiente reajuste y pago, la conducta desplegada por la deudora no tuvo la virtud de constituirse en un pago total capaz de extinguir la obligación y comportar un cumplimiento parcial de la obligación previamente contraída.

El cumplimiento parcial de la obligación significa el incumplimiento de la misma y como tal no podría prosperar la excepción de pago, el cual deberá ser, para extinguir la obligación, completo, libre y oportuno.

XI. CONCLUSIONES

De lo expuesto a lo largo de esta providencia, se puede concluir que en efecto la FIDUCIARIA se obligó a pagar a CONINSA la cantidad equivalente a 84 salarios mínimos legales mensuales del año 2015 y dado que solo pagó, lo causado en el año 2014, a salarios mínimos de dicho año, sin hacer el reajuste correspondiente a los salarios del año inmediatamente siguiente, incumplió su obligación contractual. Existe confesión de la parte demandada en el sentido que en efecto ella solo pagó, lo causado en el año 2014, a salarios de dicha fecha y que no realizó el reajuste correspondiente en la medida que en su entender no había lugar a ello; lo que en efecto comporta un incumplimiento culpable de la obligación, el cual da lugar a declarar el incumplimiento contractual y la consecuente condena solicitada en la demanda en cuantía de UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$1.250.235.000.00), más la

correspondiente indexación que hasta la fecha del laudo asciende a la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$243.822.636.00), la cual será incrementada en la condena correspondiente.

XII. JURAMENTO ESTIMATORIO

Habida consideración que las pretensiones de la demanda prosperaron en la cuantía estimada bajo juramento no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno sobre el particular. Simplemente valga aclarar que existe una diferencia entre el valor estimado en la demanda y el de la condena, antes de actualización, por valor de \$700 superior en la demanda, lo cual obedece a un error de cálculo de la demandante y que en tal medida no permite que se condene en dicho valor. Tal error surge del cálculo que efectúa la demandante de los 84 salarios mínimos del año 2015, multiplicados por las 1.500 viviendas y a su vez por el 35%, dándole un resultado de \$28.415.835.700.00, cuando en realidad tal operación matemática arroja un resultado de \$28.415.835.000.00

XIII. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con los artículo 361 y 365 del Código General del Proceso se procede a la condena y liquidación de Costas y Agencias en Derecho, lo que se hará de la siguiente manera:

- 13.1. Estarán en su totalidad a cargo de la FIDUCIARIA y a favor de CONINSA.
- 13.2. Las costas corresponden a la cantidad asumida por CONINSA de honorarios de árbitros, secretario, lo mismo que gastos de administración del Centro de Arbitraje y demás gastos de funcionamiento del Tribunal, la cual asciende a la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$53.533.058.00)
- 13.3. Las agencias en derecho se tasan en cantidad de DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00)

En consecuencia por costas y agencias en derecho deberá la FIDUCIARIA pagarle a CONINSA la suma total de SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$63.533.058.00)

XIV. 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,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no prósperas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO. Declarar el incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., en su condición de Vocera del Fideicomiso Ciudadela Mía y a favor de CONINSA RAMÓN H. S.A., en el entendido que los valores desembolsados en el año 2014, correspondientes al 35% del valor de 84 salarios mínimos legales mensuales por cada una de las 1.500 viviendas, debía ser reajustado con base en el salario mínimo del año 2015, sin que hubiere ocurrido el pago correspondientes de tal diferencia.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., en su condición de Vocera del Fideicomiso Ciudadela Mía a pagar en favor de CONINSA RAMÓN H. S.A. la cantidad de UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$1.250.235.000.00) por concepto de capital adeudado. Cantidad que deberá ser indexada con base en el IPC desde el mes de enero del año 2015 y hasta la fecha del pago. El valor de la indexación a la fecha del laudo asciende a la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$243.822.636.00).

CUARTO. CONDENAR a la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., en su condición de Vocera del Fideicomiso Ciudadela Mía a pagar en favor de CONINSA RAMÓN H. S.A. al pago de las costas y agencias en derecho causadas en el presente trámite arbitral, las cuales se liquidan en cantidad de SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$63.533.058.00).

QUINTO. ORDENAR la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

SEXTO. ORDENAR el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

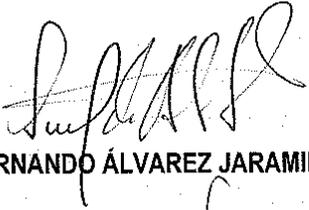
Cumplase,

Los árbitros,



FELIPE EDUARDO PINEDA CALLE

Presidente

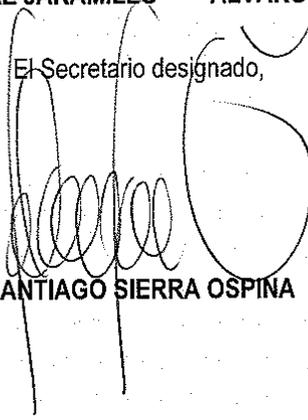


LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO



ÁLVARO LONDOÑO RESTREPO

El Secretario designado,



SANTIAGO SIERRA OSPINA