

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

**ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO
MACROPROYECTO PAJARITO PA 2 MONTAÑA B8 Y 9 Y MIRADOR DE LA
CASCADA Y EL INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN**

VS.

INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A.

RADICADO No. 2018 A 015

CONTENIDO	
I.	ANTECEDENTES5
	Integración y actuaciones del Tribunal5
	La demanda20
	La contestación de la demanda principal reformada22
	El traslado de la contestación de la demanda principal reformada22
	La demanda de reconvención reformada22
	La contestación a la demanda de reconvención reformada29
	El traslado de la contestación de la demanda de reconvención reformada30
	Las pruebas30
II.	PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES35
	Pacto arbitral, jurisdicción y competencia36
	Integración del Tribunal, capacidad de los Árbitros, deber de información, impedimentos y recusaciones37
	Capacidad para ser parte, comparecer al proceso y derecho de postulación37
	Término del proceso y suspensiones38
	Demanda en forma39
	Legitimación en la causa40
	Integración del contradictorio40
III.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO – MOTIVOS DE LA DECISIÓN- DEMANDA PRINCIPAL41
	3.1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.41
	3.2. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA CON RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.42
	3.3. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE COMPORTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.42
	3.4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA, SOBRE SU TIPOLOGÍA, SOBRE SU OBJETO Y SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE LO RIGEN.46
	3.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO.51
	3.4.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ESTATALES PARA EJECUCIÓN DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA.54
	3.5. SOBRE EL CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN.55
	3.6. SOBRE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO Y LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS MISMAS. TACHA DEL TESTIGO SANTIAGO JARAMILLO.58
	3.6.1. PRUEBA DOCUMENTAL.58
	3.6.2. PRUEBA TESTIMONIAL60
	3.6.3. INTERROGATORIOS DE PARTE62
	3.6.4. DICTÁMENES PERICIALES.62
	3.6.5. INSPECCIÓN JUDICIAL.63
	3.6.6. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES. INDICIOS.63
	3.7. ANTECEDENTES DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES.64

3.8.	EL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA CELEBRADO ENTRE LAS PARTES..	66
3.9.	LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, SUS MODIFICACIONES, SUSPENSIONES Y TERMINACIÓN.....	80
3.10.	SOBRE LA VALIDEZ DEL CONTRATO.....	107
3.11.	SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	108
3.12.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LO ATINENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL QUE SE ATRIBUYEN RECÍPROCAMENTE LAS PARTES.....	142
3.13.	ACERCA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DISPUESTA POR INSERCO EL 3 DE FEBRERO DE 2014 Y DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO NOTIFICADA POR ALIANZA FIDUCIARIA.....	154
3.13.1.	SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DISPUESTA POR INSERCO EL 3 DE FEBRERO DE 2017.....	155
3.13.2.	SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.....	156
3.14.	SOBRE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA FORMULADA.....	165
3.15.	SOBRE LA PRETENSIÓN DE PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL.....	182
3.16.	SOBRE LAS PRETENSIONES RELATIVAS A LAS RECLAMACIONES DE LOS SUBCONTRATISTAS. PRETENSIONES SEXTA Y OCTAVA DE LA DEMANDA.....	184
3.17.	SOBRE LA PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DE LOS SUBCONTRATOS.....	190
3.18.	SOBRE LA PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.....	196
3.19.	SOBRE LA PRETENSIÓN FORMULADA PARA QUE SE DECLARE QUE INSERCO S.A. QUEDA INHABILITADO PARA PARTICIPAR DURANTE 10 AÑOS EN PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL (PRETENSIÓN DÉCIMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA).....	196
IV.	PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA.....	198
4.1.	SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.....	199
4.2.	SOBRE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN.....	199
4.3.	PRONUNCIAMIENTO OFICIOSO SOBRE EXCEPCIONES.....	200
4.3.1.	CONCILIACIÓN CELEBRADA CON CONFIANZA - PAGO.....	200
4.3.2.	EXCEPCIÓN DE PETICIÓN ANTES DE TIEMPO.....	201
V.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO – MOTIVOS DE LA DECISIÓN- DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	201
5.1.	LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.....	201
5.2.	POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA EN RECONVENCIÓN CON RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.....	203
5.3.	LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE COMPORTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.....	204
5.4.	EL NO PAGO DE LAS FACTURAS 6433, 6434 Y 6435, CORRESPONDIENTE A LOS CORTES DE OBRA 36, 37 Y 38 DE FECHA 1º DE AGOSTO DE 2017.....	205
5.5.	SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN CORRESPONDIENTE AL PAGO DE RETENIDOS, EN RELACIÓN CON LA DECLARATORIA DE LAS CONDICIONES PREVISTAS EN EL PARÁGRAFO DE LA CLÁUSULA OCTAVA DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA.....	216
5.6.	TERCER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES: RELATIVAS AL PAGO DE LOS SERVICIOS DE BOMBEO INTERNO DE CONCRETO PRESTADOS POR INSERCO.....	220

5.7.	CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES: RELATIVAS A LA OBLIGACIÓN DE LOS DEMANDADOS DE PAGAR LOS DINEROS NECESARIOS PARA LIQUIDAR LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR INSERCO CON LOS SUBCONTRATISTAS.....	227
5.7.1.	SOBRE LA PRETENSIÓN DE QUE SE DECLARE QUE INSERCO CELEBRÓ SUBCONTRATOS EN SU NOMBRE, PERO POR CUENTA Y RIESGO DEL FIDEICOMISO.	230
5.7.2.	SOBRE LA PRETENSIÓN DE QUE SE DECLARE QUE EL FIDEICOMISO DEBE REEMBOLSAR TODAS LAS SUMAS DE DINERO A LA FECHA DEL LAUDO QUE HAYA PAGADO INSERCO A LOS SUBCONTRATISTAS.....	234
5.7.3.	SOBRE LA PRETENSIÓN DE QUE SE DECLARE QUE EL FIDEICOMISO DEBE REEMBOLSAR A INSERCO TODAS LAS SUMAS DE DINERO QUE CON POSTERIORIDAD AL LAUDO DEBA ASUMIR EN RAZÓN DE LOS SUBCONTRATOS CELEBRADOS.....	238
VI.	PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA EN RECONVENCIÓN	239
6.1.	SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.....	240
6.2.	SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PAGO.....	241
6.3.	SOBRE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN.....	241
6.4.	SOBRE LAS DEMÁS EXCEPCIONES PROPUESTAS.....	241
6.5.	PRONUNCIAMIENTO OFICIOSO SOBRE EXCEPCIONES.....	241
VII.	LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.....	242
VIII.	JURAMENTO ESTIMATORIO	245
IX.	SOLICITUD ESPECIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	247
X.	COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	247
XI.	DECISIÓN.....	249

TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA 2 MONTAÑA B8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA Y EL INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN EN CONTRA DE INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A.

Radicado No. 2018 A 015

LAUDO ARBITRAL

Medellín, tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la Ley para el efecto, procede el Tribunal Arbitral, integrado por los abogados Luis Fernando Álvarez Jaramillo (Presidente), Juan Carlos Gaviria Gómez y Carlos Mayorca Escobar, con la secretaría de Santiago Sierra Ospina, a dictar por decisión unánime el Laudo que pone fin a este trámite y resuelve las controversias contractuales surgidas entre **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA 2 MONTAÑA B8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** (en adelante “Alianza”), **EL INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN** (en adelante “ISVIMED”), quienes en conjunto se denominarán parte Convocante, e **INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A.** (en adelante “INSERCO”), quien se denominará parte Convocada.

Este laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley.

I. ANTECEDENTES

Integración y actuaciones del Tribunal

1. El 26 de marzo de 2018, la Convocante presentó solicitud de iniciación de trámite arbitral contra la Convocada y la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.** (en adelante “**CONFIANZA**”)
2. El 10 de abril de 2018, las partes nombraron de común acuerdo a los árbitros Carlos Humberto Mayorca Escobar, Luis Fernando Álvarez Jaramillo y Juan Carlos Gaviria Gómez. En dicha reunión se nombraron como suplentes personales a los abogados Maximiliano Londoño Arango, Guillermo Montoya Pérez y Fernando Moreno Quijano, respectivamente.
3. Los árbitros designados cumplieron con su deber de información, sin que las partes formularan reparos.

4. El 30 de julio de 2019, por medio del **Auto No 1**, el Tribunal se instaló; designó como Presidente del Tribunal al doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo y como Secretario del Tribunal al abogado Santiago Sierra Ospina; además, fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
5. El Secretario designado cumplió con su deber de información, sin que las partes formularan reparos.
6. El 30 de julio de 2019, por medio del **Auto No. 2**, el Tribunal inadmitió la demanda y concedió el término al Convocante para subsanar los requisitos exigidos.
7. El 27 de agosto de 2018, por medio del **Auto No. 3**, el Tribunal posesionó al secretario, admitió la demanda, notificó a las Convocadas y corrió el traslado correspondiente.
8. El 3 de septiembre de 2018 se surtió la notificación personal del auto admisorio de la demanda a **INSERCO**.
9. El 5 de septiembre de 2018 se adelantó la notificación personal del auto admisorio de la demanda a **CONFIANZA**.
10. El 6 de septiembre de 2018 la parte Convocada **INSERCO** interpuso recurso de reposición contra el Auto No 3 por medio del cual se admitió la demanda.
11. El 10 de septiembre de 2018, por medio del **Auto No. 4**, el Tribunal corrió traslado a las partes del recurso de reposición interpuesto.
12. El día 13 de septiembre de 2018 la parte Convocante presentó memorial por medio del cual descorrió el traslado otorgado en el Auto No 4.
13. El 18 de septiembre de 2019, por medio de **Auto No. 5**, el Tribunal decidió no reponer el Auto No. 3.
14. El 2 de octubre de 2018 **CONFIANZA** presentó memorial por medio del cual contestó la demanda arbitral.
15. El 17 de octubre de 2018 **INSERCO** presentó contestación de la demanda arbitral y demanda de reconvencción.

16. El 6 de noviembre de 2018, por medio del **Auto No. 6**, el Tribunal admitió la demanda de reconvención presentada por **INSERCO**, corrió traslado de ésta a la Convocante y concedió a **INSERCO** un término para aportar el dictamen pericial anunciado en la demanda de reconvención.
17. El 5 de diciembre de 2018 la Convocante contestó la demanda de reconvención.
18. El 5 de diciembre de 2018 **INSERCO** presentó memorial al cual acompañó dictamen pericial rendido por el perito Gonzalo Echeverri.
19. El 7 de diciembre de 2018, por medio de **Auto No 7**, el Tribunal corrió traslado de los escritos de contestación de demanda inicial y de la contestación de demanda de reconvención; así como de las objeciones a los juramentos estimatorios contenidos en la demanda inicial y de reconvención; finalmente, fijó fecha para celebración de audiencia de conciliación y fijación de honorarios.
20. El 12 de diciembre de 2018 la Convocante presentó memorial solicitando aclaración del Auto No 7 notificado el día 7 de diciembre de 2018.
21. El 19 de diciembre de 2018, por medio de **Auto No. 8**, el Tribunal negó la solicitud de aclaración y adición elevada por la Convocante.
22. El 29 de enero de 2019 la Convocante presentó un memorial solicitando aplazamiento de la audiencia citada. En la misma fecha el apoderado de **INSERCO** mediante memorial coadyuvó dicha petición.
23. El 5 de febrero de 2019, por medio de **Auto No. 9**, el Tribunal fijó nueva fecha para realización de la audiencia de conciliación y fijación de honorarios.
24. El 15 de febrero de 2019 **INSERCO** presentó reforma a la demanda de reconvención. En el memorial se solicitó además un plazo para aportar dictamen pericial.
25. El 5 de marzo de 2019, por medio de **Auto No. 10**, el Tribunal admitió la reforma a la demanda de reconvención, corrió traslado a la Convocante y concedió a **INSERCO** un término para aportar el dictamen pericial anunciado.
26. El 8 de marzo de 2019 la parte Convocante e **INSERCO** interpusieron recurso de reposición contra el Auto No 10.

27. El 8 de marzo de 2018 se corrió traslado a las partes por secretaría de los recursos interpuestos.
28. El 13 de marzo de 2019 la parte Convocante e **INSERCO** mediante memorial recorrieron el traslado respecto de los recursos interpuestos.
29. El 21 de marzo de 2019, por medio de **Auto No. 11**, el Tribunal modificó el Auto No. 10 al ampliar el plazo adicional a **INSERCO** para aportar el dictamen pericial y, no repuso las demás decisiones cuestionadas.
30. El 23 de abril de 2019 la Convocante contestó la demanda de reconvención reformada y objetó el juramento estimatorio en ella contenida.
31. El 24 de abril de 2019 el secretario realizó una revelación en relación con hechos sobrevinientes a su aceptación.
32. El 24 de abril de 2019, por medio de **Auto No. 12**, el Tribunal corrió traslado de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda de reconvención reformada y de la objeción al juramento; concedió a las partes un término para pronunciarse respecto de la revelación realizada por el secretario; y fijó fecha para la celebración de la audiencia de conciliación y fijación de honorarios.
33. El 8 de mayo de 2019 **INSERCO** aportó un memorial al cual acompañó el dictamen pericial rendido por la firma **CONCRETAR BOMBEOS S.A.S.**
34. El 28 de mayo de 2019 la Convocante aportó memorial con reforma a la demanda arbitral y aclaraciones de dicha reforma.
35. El 10 de junio de 2019, por medio de **Auto No. 13**, el Tribunal inadmitió la reforma a la demanda inicial presentada por la Convocante y concedió el término de ley para subsanar los requisitos exigidos.
36. El 13 de junio de 2019 **INSERCO** interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 13.
37. El 14 de junio de 2019, por medio de **Auto No. 14**, el Tribunal corrió traslado del recurso a las demás partes.
38. El 19 de junio de 2019 **INSERCO** interpuso recurso de reposición contra el Auto No 14.

39. El 21 de junio de 2019 la Convocante, sin que se le hubiera corrido traslado, presentó un memorial pronunciándose frente al recurso de reposición interpuesto contra el Auto No 14.
40. El 16 de julio de 2019, por medio de **Auto No. 15**, el Tribunal confirmó los Autos 13 y 14.
41. El 23 de julio de 2019 la Convocante aportó un escrito de subsanación de la reforma a la demanda inicial.
42. El 29 de julio de 2019, por medio de **Auto No. 16**, el Tribunal admitió la reforma a la demanda inicial y corrió traslado de esta a **INSERCO** y a **CONFIANZA**.
43. El 12 de agosto de 2019 **CONFIANZA** contestó la demanda inicial reformada.
44. El 12 de agosto de 2019 **INSERCO** presentó escrito de contestación de la demanda inicial reformada.
45. El 21 de agosto de 2019, por medio de **Auto No. 17**, el Tribunal corrió traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio contenidas en las contestaciones de la demanda inicial reformada. También, fijó fecha para la celebración de la audiencia de conciliación y fijación de honorarios.
46. El 13 de septiembre de 2019 a las 2:30 pm se constituyó el Tribunal en audiencia de conciliación y fijación de honorarios donde **CONFIANZA** presentó propuesta conciliatoria. El Tribunal, por medio de **Auto No. 18**, a solicitud de la Convocante, suspendió la diligencia con el fin de que fuera aportado el escrito contentivo del acuerdo conciliatorio y el concepto del Comité de Conciliación de la entidad pública.
47. El 8 de octubre de 2019, por medio de **Auto No. 19**, el Tribunal requirió a la Convocante para que informara sobre si se logró acuerdo conciliatorio con **CONFIANZA** y que del informe se corra traslado al Agente del Ministerio Público. También, fijó fecha para la continuación de la audiencia de conciliación y fijación de honorarios.
48. El 30 de octubre de 2019 a las 2:53 pm se constituyó el Tribunal en audiencia de conciliación y fijación de honorarios. Por medio de **Auto No. 20**, el Tribunal por considerar que el mismo cumplía con los presupuestos para tal efecto contemplados en la ley aprobó el acuerdo conciliatorio parcial celebrado entre la Convocada y **CONFIANZA**; declaró terminado el trámite arbitral respecto de

la llamada en garantía; y, fijó los honorarios y gastos correspondientes a la conciliación.

49. El 30 de octubre de 2019, por medio de **Auto No. 21**, el Tribunal declaró fallida la conciliación respecto de las pretensiones no contenidas en el acuerdo parcial aprobado en el Auto No. 20; y, fijó los honorarios y gastos del trámite arbitral correspondientes.
50. El 13 de noviembre de 2019 el Convocante hizo entrega del cheque de gerencia No 975628 por valor de \$292.706.809.
51. El 22 de noviembre de 2019 el Convocante hizo entrega de los siguientes cheques de gerencia correspondientes a los honorarios y gastos que debieron ser asumidos por **INSERCO**:
 - Cheque de gerencia No 029028 por valor de \$144.566.165.
 - Cheque de gerencia No 029029 por valor de \$150.000.000.
52. El 26 de noviembre de 2019, por medio de **Auto No. 22**, el Tribunal fijó fecha para la celebración de la primera audiencia de trámite.
53. El 12 de diciembre de 2019 a las 8:30 am se constituyó el Tribunal en primera audiencia de trámite. Por medio de **Auto No. 23**, el Tribunal se declaró competente para decidir de fondo la controversia.
54. El 12 de diciembre de 2019, por medio de **Auto No. 24**, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes. Frente a esta decisión, el Convocante interpuso recurso de reposición.
55. El 12 de diciembre de 2019, por medio de **Auto No. 25**, el Tribunal no repuso la decisión impugnada.
56. El 12 de diciembre de 2019, por medio de **Auto No. 26**, el Tribunal fijó el término del proceso en seis (6) meses.
57. El 12 de diciembre de 2019, por medio de **Auto No. 27**, el Tribunal, por solicitud de las partes suspendió el término del proceso desde el 13 de diciembre de 2019 hasta el 28 de enero de 2020, ambas fechas incluidas.
58. El 12 de diciembre de 2019 el Presidente y el Secretario expedieron por solicitud de los Convocantes la certificación prevista en el artículo 27 de la Ley 1563 de

2012 por el pago de los honorarios y gastos del Tribunal que hicieron por **INSERCO**.

59. El 31 de enero de 2020 la Convocante allegó memorial en el que se indican los documentos que deberán ser ratificados por el representante legal de **INSERCO** y ratificó su petición de fijar de fecha para la comparecencia de los peritos Gonzalo Echeverri Palacio y Concretar Bombeos S.A.S.
60. El 31 de enero de 2020 **INSERCO** allegó memorial donde describió el traslado otorgado en relación con la tacha de desconocimiento formulada por la parte Convocante respecto del contenido de ciertos correos electrónicos aportados como documentos.
61. El 3 de febrero de 2020 a las 3:00 pm se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se realizó revelación por parte del Árbitro Presidente, se fijó el cronograma de audiencias, se resolvieron solicitudes relacionadas con los memoriales allegados antes de la diligencia y se realizó control de legalidad. Por medio de **Auto No. 28**, el Tribunal fijó fecha para práctica de pruebas, ordenó correr traslado del memorial presentado por la Convocante con anterioridad a la diligencia y declaró saneado el trámite.
62. El 3 de febrero de 2020 se practicaron los interrogatorios de parte de la señora María Elena Restrepo Correa y del señor Álvaro Jaramillo Hernández.
63. El 3 de febrero de 2020 se entregaron los oficios expedidos por secretaría.
64. El 6 de febrero de 2020 **INSERCO** allegó memorial mediante el cual describió traslado relativo a la solicitud de ratificación de documentos solicitada por la Convocante.
65. El 17 de febrero de 2020, por medio de **Auto No. 29**, el Tribunal fijó nueva fecha para la audiencia de interrogatorio a los peritos Gonzalo Echeverri Palacio y Concretar Bombeos S.A.S.
66. El 19 de febrero de 2020, por medio de **Auto No. 30**, el Tribunal adicionó el Auto No. 29.
67. El 20 de febrero de 2020, por medio de **Auto No. 31**, el Tribunal fijó fechas para práctica de pruebas.

68. El 24 de febrero de 2020 a las 3:16 pm se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. Por medio de **Auto No. 32**, el Tribunal modificó el calendario de pruebas.
69. El 24 de febrero de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, **INSERCO** presentó 63 cajas que contienen los documentos para la práctica de la exhibición. Por medio de **Auto No. 33**, el Tribunal dispuso fijar nueva fecha para continuación de la audiencia de práctica de la exhibición de documentos, libros y papeles comerciales de **INSERCO**. Se requirió a la Convocante para que informara al Tribunal los documentos que deberán ser incorporados al expediente.
70. El 24 de febrero de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, la Convocante solicitó que el cuestionario remitido al representante administrativo del **ISVIMED** sea puesto en conocimiento a través de auto. Por medio de **Auto No. 34**, el Tribunal ordenó al representante administrativo del **ISVIMED** dar respuesta al cuestionario y que por secretaría se librara nuevamente el oficio. Frente a la decisión la parte Convocante formuló recurso de reposición. Por medio de **Auto No. 35**, el Tribunal dispuso no reponer el Auto No. 34.
71. El 10 de marzo de 2020 a las 8:30 am se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. Por medio de **Auto No. 36**, el Tribunal puso en conocimiento de las partes las respuestas a los oficios remitidas por el Juzgado 23 laboral del Circuito de Medellín, Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín, Juzgado 8 Laboral del Circuito de Medellín y José Iván Gómez Salazar.
72. El 10 de marzo de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, se practicó el interrogatorio al perito Gonzalo Echeverri Palacio.
73. El 10 de marzo de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, la Convocante presentó un memorial donde enunció los documentos a ser incorporados como exhibición y presentó una solicitud respecto de un documento en especial por encontrarse incompleto. Por medio de **Auto No. 37**, el Tribunal requirió a **INSERCO** para cumplir con lo solicitado por la Convocante.
74. El 10 de marzo de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, se practicó el interrogatorio al perito Camilo Alberto Usuga Osorio de Concretar Bombeos S.A.S.
75. El 10 de marzo de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, la parte Convocante solicitó el aplazamiento de los testimonios de Edinson Ramírez B y Sebastián Arboleda, desistió del testimonio de Felipe Villota y pidió se

requiriera a José Iván Gómez Salazar para que respondiera a la pregunta formulada por el Tribunal a través de oficio. Por medio de Auto No. 38, el Tribunal dispuso reprogramar la audiencia de testimonios según solicitud, aceptó el desistimiento del testimonio del señor Felipe Villota y ordenó librar el oficio con el nuevo requerimiento a José Iván Gómez Salazar.

76. El 11 de marzo de 2020, se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se practicaron los testimonios de Laura Cristina Isaza Gálvez, Guiller Alexis Álvarez Moreno, Pedro José Rodríguez Almanzar, Bibiana Mirelly Osorio Londoño, Claudia Elena Ruiz Mejía y Claudia María Rodríguez Londoño.
77. El 11 de marzo de 2020, por medio de **Auto No. 39**, el Tribunal ordenó la reproducción del expediente remitido por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín y por secretaría hacer la devolución correspondiente, corrió traslado a las partes de los documentos aportados por la testigo Claudia Elena Ruiz Mejía y requerir a la Convocante para aportar un CD que contenga los mismos documentos del CD que se acompañaba con la demanda arbitral reformada y que resultó averiado.
78. El 16 de marzo de 2020 las partes por medios electrónicos solicitaron la suspensión del trámite del proceso hasta el 30 de abril de 2020.
79. El 16 de marzo de 2020, por medio del **Auto No. 40**, el Tribunal reprogramó el calendario probatorio y suspendió el término del proceso entre los días 16 de marzo de 2020 y 30 de abril de 2020, ambas fechas inclusive.
80. El 4 de mayo de 2020 las partes por medios electrónicos solicitaron la suspensión del trámite del proceso desde el día 30 de abril de 2020 hasta el 8 de junio de 2020, ambas fechas inclusive.
81. El 4 de mayo de 2020, por medio del **Auto No. 41**, el Tribunal reprogramó el calendario probatorio y suspendió el término del proceso entre los días 30 de abril de 2020 y 8 de junio de 2020, ambas fechas inclusive.
82. El 9 de junio de 2020 las partes por medios electrónicos solicitaron la suspensión del trámite del proceso desde el 9 de junio de 2020 hasta el 3 de julio de 2020, ambas fechas inclusive.
83. El 9 de junio de 2020, por medio del **Auto No. 42**, el Tribunal dispuso reprogramar el calendario probatorio y suspender el término del proceso entre los días 9 de junio de 2020 y 3 de julio de 2020, ambas fechas inclusive.

84. El 3 de julio de 2020 **INSERCO** allegó memorial por medio del cual aporta copia de los documentos constitutivos de la exhibición de documentos.
85. El 3 de julio de 2020 **INSERCO** allegó memorial por medio del cual desiste de testimonios y realiza solicitud respecto de la práctica de la exhibición de documentos por terceros.
86. El 6 de julio de 2020 a las 8:30 am se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se acordaron las fechas y mecanismos para surtir las exhibiciones de documentos de terceros, de acuerdo con la situación de pandemia.
87. El 6 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, por medio de **Auto No. 43**, el Tribunal dispuso que los terceros llamados a exhibir documentos remitirían los documentos por medios electrónicos a los buzones del secretario, los apoderados de las partes y el Ministerio Público hasta el 13 de julio de 2020; poner en conocimiento de la Convocante los documentos allegados por **INSERCO** con anterioridad a la audiencia; y, aceptar el desistimiento de los testimonios indicados en el memorial.
88. El 6 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, se practicaron los testimonios de Edilson Ramírez Betancur, Juan David Colorado Osorio, Seygarth Antonio Cantillo Díaz y Daniel Andrés Zapata Ruiz.
89. El 6 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, la Convocada desistió del testimonio de Sebastián Arboleda. Por medio de **Auto No. 44**, el Tribunal dispuso aceptar el desistimiento del testimonio de Sebastián Arboleda.
90. El 9 de julio de 2020, se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas y practicó los testimonios de Santiago Jaramillo Giraldo, Nelson de Jesús Uribe Arango, Guillermo León Martínez Mejía, Gonzalo Alberto Marín Vélez, Wilmar Iván Torres Monsalve y Juan de Jesús Vélez Granda.
91. El 13 de julio de julio de 2020 se recibieron correos electrónicos de los siguientes terceros: (i) Ahinco, (ii) Aldecco, (iii) Calorgas, (iv) Coinsermaca, (v) Disferro, (vi) Formadecol, (vii) Hidráulica y Saneamiento, y (viii) Proinsel. Su contenido fue puesto a disposición de las partes y del Ministerio Público a través del sistema WeTransfer.

92. El 14 de julio de 2020 se recibió correo electrónico del tercero Infracon donde se acompañan documentos. El contenido de este correo fue puesto a disposición de las partes y del Ministerio Público a través de correo electrónico.
93. El 14 de julio de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas y practicó los testimonios de Paola Andrea Mazo Mejía, José Daniel Sierra Calderón y Arlex Pedraza Calderón.
94. El 14 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, la parte Convocante allegó memorial donde se pronuncia respecto de los documentos presentados por **INSERCO** y que corresponden a su exhibición, se puso en conocimiento la respuesta al oficio 002 de febrero de 2020 del Tribunal Administrativo de Antioquia, fue desistido por la Convocante el testimonio de María Paulina Cano Santa y se solicitó por **INSERCO** requerir al representante administrativo del **ISVIMED** para dar respuesta al cuestionario.
95. El 14 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, por **Auto No. 45**, el Tribunal puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Público el contenido de los correos electrónicos remitidos por los terceros; así como el memorial allegado por la Convocante; la respuesta del Tribunal Administrativo de Antioquia al Oficio 002; aceptó el desistimiento de María Paulina Cano Santa; y, requirió al representante administrativo del **ISVIMED** dar respuesta al cuestionario remitido por el Tribunal.
96. El 14 de julio de 2020 se remitió por el secretario el cuestionario al representante administrativo del **ISVIMED** como segundo requerimiento.
97. El 15 de julio de 2020 **INSERCO** presentó un memorial por medio del cual descurre el traslado otorgado en el Auto No. 45.
98. El 16 de julio de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas y practicó las exhibiciones de los terceros **CONHIME, HIDRÁULICAS Y SANEAMIENTO S.A.S., CALORGAS S.A.S., y COINSERMACA S.A.S.** Adicionalmente, se acordaron fechas y mecanismos para la práctica de la exhibición de documentos a cargo de las entidades que conforman la parte Convocante.
99. El 16 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, por medio de **Auto No. 46**, el Tribunal dispuso poner en conocimiento de la Convocante y del Agente del Ministerio Público el memorial allegado por **INSERCO** y fijar fecha para la entrega de documentos digitales por parte de las entidades que conforman la parte Convocante.

100. El 17 de julio de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas y practicó las exhibiciones de los terceros **AHINCO, PROINSEL, ALDECCO, FORMADECOL, INFRACON y DISFERRO S.A.S.** El Agente del Ministerio Público solicitó la exclusión de dos grabaciones que fueron aportadas por el representante de **PROINSEL S.A.** por considerar que son ilegales.
101. El 17 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, por medio del Auto **No 47**, el Tribunal excluyó como prueba del proceso las grabaciones aportadas por Guillermo León Martínez en representación de **PROINSEL S.A.S.**
102. El 24 de julio de 2020 el representante administrativo del **ISVIMED** allegó por correo electrónico respuesta al oficio remitido por el Tribunal.
103. El 30 de julio de 2020 **INSERCO** presentó un memorial donde se pronuncia respecto de los documentos que fueron puestos en conocimiento por la Convocante.
104. El 31 de julio de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se realizó una revelación sobreviniente por parte del Árbitro Carlos Mayorca Escobar, se practicó la ratificación solicitada por la Convocante, se acordó la forma como ha de practicarse la prueba de inspección judicial decretada y las partes solicitaron la suspensión del proceso arbitral desde el día 1 de agosto de 2020 hasta el 16 de septiembre de 2020, ambas fechas inclusive.
105. El 31 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, por medio de **Auto No. 48**, el Tribunal dispuso correr traslado a la Convocante y al Ministerio Público del memorial presentado por **INSERCO** con anterioridad a la diligencia; correr traslado a las partes de la respuesta al oficio presentada por el representante administrativo de **ISVIMED**; prescindir de la ratificación respecto de documentos que no fueron suscritos por el representante legal de **INSERCO** y atribuirle a estos las consecuencias del inciso 2° del Artículo 244 del Código General del Proceso; otorgar un término para aportar el video a que se hace referencia en la providencia; y en atención a la solicitud presentada por los apoderados de las partes, suspender el proceso desde el 1° de agosto de 2020 hasta el 16 de septiembre de 2020, ambas fechas inclusive.
106. El 21 de septiembre de 2020 **INSERCO** presentó un memorial por medios electrónicos donde hace pronunciamiento sobre respuestas del cuestionario formulado al **ISVIMED**.

107. El 21 de septiembre de 2020 la Convocante aportó un memorial por medios electrónicos donde describió el traslado del memorial donde **INSERCO** se pronunció sobre la exhibición de documentos de la parte Convocante. Se presentan documentos electrónicos como anexos.
108. El 23 de septiembre de 2020 la Convocante presentó un memorial por medios electrónicos, con copia a **INSERCO** y al Agente del Ministerio Público, donde anunció la entrega del video de inspección judicial decretado por el Tribunal.
109. El 25 de septiembre de 2020 **INSERCO** presentó un memorial por medios electrónicos, con copia a la Convocante y al Agente del Ministerio Público, donde elevó solicitudes en relación con el memorial presentado por la Convocante el 21 de septiembre de 2020.
110. El 25 de septiembre la Convocante presentó memorial por medios electrónicos, con copia a **INSERCO** y al Agente del Ministerio Público, donde se pronunció en relación con el video de la inspección judicial.
111. El 28 de septiembre de 2020, por medio de **Auto No. 49**, el Tribunal dispuso ordenar que por secretaría se expidieran nuevos oficios, requerir a la parte interesada en la exhibición del tercero **ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP S.A.S.** con el fin de solicitarle nuevamente que realizara su exhibición, requerir a las partes para que informen si aún existen medios de prueba pendientes de práctica y poner en conocimiento de la Convocante y del Ministerio Público el video de inspección judicial aportado por **INSERCO**.
112. El 28 de septiembre de 2020 la Convocante presentó memorial por medios electrónicos, con copia a **INSERCO** y al Agente del Ministerio Público, en el cual describió el traslado frente al memorial donde **INSERCO** se pronunció sobre la prueba mediante informe rendida por el **ISVIMED**.
113. El 29 de septiembre de 2020 el Agente del Ministerio Público presentó un memorial por medios electrónicos dirigido al secretario, donde se pronuncia frente al video de inspección judicial. El secretario reenvió dicho correo electrónico a las partes.
114. El 29 de septiembre de 2020 **INSERCO** presentó un memorial mediante medios electrónicos, con copia a la Convocante y al Agente del Ministerio Público, donde expresa que, además de las pruebas aludidas en el Auto 49, no faltan pruebas por practicar o recaudarse.

115. El 29 de septiembre de 2020 **INSERCO** presentó memorial por medios electrónicos, con copia a la Convocante y al Agente del Ministerio Público, donde reitera los términos señalados en el memorial del 25 de septiembre de 2020 en relación con el video aportado por la Convocante.
116. El 1° de octubre de 2020 la Convocante presentó memorial por medios electrónicos, con copia a **INSERCO** y al Agente del Ministerio Público, donde expresa que fuera de las pruebas aludidas en el Auto 49, no faltan pruebas por practicar o recaudarse.
117. El 1° de octubre de 2020 el apoderado de la parte Convocada presenta por medios electrónicos un memorial con las constancias de envío de los oficios a su cargo.
118. El 1° de octubre de 2020 el apoderado de la parte Convocada presentó por medios electrónicos un memorial con la constancia de envío del aviso a **ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP S.A.S.**
119. El 2 de octubre de 2020, por medio de **Auto No. 50**, el Tribunal corrió traslado a la Convocante de los memoriales presentados por **INSERCO** y el agente del Ministerio Público en relación con el video aportado.
120. El 6 de octubre de 2020 la Convocante presentó por medios electrónicos un memorial donde descurre el traslado frente a los memoriales que se pronuncian sobre el video de inspección judicial.
121. El 6 de octubre de 2020 el tercero **ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP S.A.S.** presentó por correo electrónico los documentos solicitados en exhibición. Por secretaría se remitieron los documentos enviados por el tercero a las partes y al Agente del Ministerio Público.
122. El 7 de octubre de 2020 el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Medellín respondió por correo electrónico el oficio librado por el Tribunal. Por secretaría se remitieron los documentos enviados por dicho Juzgado a las partes y al Agente del Ministerio Público.
123. El 8 de octubre de 2020 el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín respondió por correo electrónico el oficio librado por el Tribunal. Por secretaría se remitieron los documentos enviados por dicho Juzgado a las partes y al Agente del Ministerio Público.

124. El 13 de octubre de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de pruebas. En ella se practicó la exhibición de documentos a cargo del tercero ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP.
125. El 13 de octubre de 2020, en desarrollo de la audiencia de pruebas, por **Auto No. 51**, el Tribunal negó la solicitud de exclusión de video de inspección judicial elevada por **INSERCO**, cerró el periodo probatorio, fijó fecha para audiencia de alegaciones, declaró saneado el proceso y suspendió el término por solicitud de las partes desde el 14 de octubre de 2020 hasta el 5 de noviembre de 2020, ambas fechas incluidas.
126. El 13 de noviembre de 2020 se allegó correo electrónico por parte de José Humberto Quintero Manco, por medio del cual se da respuesta a la prueba mediante informe remitida a José Iván Gómez Salazar. Este correo se reenvía el mismo día a todas las partes y al Agente del Ministerio Público.
127. El 18 de noviembre de 2020 se allega correo electrónico por parte de GUTIÉRREZ DÍAZ Y CIA., por medio del cual se da respuesta a oficio expedido por el Tribunal. Este correo se reenvía el mismo día a todas las partes y al Agente del Ministerio Público.
128. El 19 de noviembre de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de alegaciones. En ella se solicitó correr traslado de los documentos allegados al trámite en los días anteriores a la audiencia. Y por **Auto No. 52**, el Tribunal reabrió el periodo probatorio y corrió traslado de los documentos allegados por José Iván Gómez Salazar y GUTIÉRREZ DÍAZ Y CIA.
129. El 23 de noviembre de 2020 **INSERCO** presentó memorial por medios electrónicos, con copia a la Convocante y al Agente del Ministerio Público, donde descurre el traslado otorgado por el Auto No 52.
130. El 24 de noviembre de 2020 la Convocante presentó memorial por medios electrónicos, con copia a **INSERCO** y al Agente del Ministerio Público, donde descurre el traslado otorgado por el Auto No 52. Solicita aclaraciones y/o complementaciones de los informes rendidos por José Iván Gómez Salazar y GUTIÉRREZ DÍAZ Y CIA. S.A.
131. El 25 de noviembre de 2020, por medio de **Auto No. 53**, el Tribunal ordenó a los oficiados para que den respuesta a las solicitudes de aclaraciones, cerrar el periodo probatorio una vez agotado el término del traslado y fijar fecha para audiencia de alegaciones.

132. El 15 de diciembre de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de alegaciones. El secretario dejó constancia de los documentos que se conservarían en medio digital dentro del expediente y las partes presentaron alegatos de conclusión y el Agente del Ministerio Público rindió concepto.
133. El 15 de diciembre de 2020, por medio de **Auto No. 54**, el Tribunal fijó fecha para la celebración de la audiencia de laudo el día 24 de febrero de 2021.
134. El 18 de febrero de 2021, por medio **Auto No. 55**, el Tribunal reprogramó la fecha de audiencia de laudo para el día 3 de marzo de 2021.

La demanda

La demanda principal reformada contiene las siguientes pretensiones:

“PRIMERO. Que SE DECLARE que INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A. INCUMPLIÓ el contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 suscrito entre ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocero del FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 - MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA en calidad de CONTRATISTA, el INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED en calidad de COORDINADOR DEL PROYECTO y la sociedad INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A. en calidad de CONSTRUCTOR, con ocasión a que el día 04 de febrero de 2017, fecha final del plazo, no entregó el objeto del mismo esto es, “(...) CUATROCIENTAS VEINTICUATRO (424) unidades de vivienda de interés social prioritario (VIP) en altura, en el proyecto denominado MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA, ubicado en el municipio de Medellín: dentro del Macro-Proyecto “Pajarito”, en el lote de terreno ubicado dentro de la Unidad de Gestión 2 del PLAN PARCIAL PAJARITO (...)”.

SEGUNDO. Que como consecuencia del incumplimiento del construcse (SIC) condene a la aseguradora COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA – CONFIANZA S.A., a pagar al FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA la indemnización contenida en el contrato de seguro de cumplimiento estructurado en la Póliza No. 05 CU70549, por valor de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTIÚN MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$356.921.534,00) MLC.

TERCERO. Que como consecuencia del incumplimiento se condene solidariamente a INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A. y a la aseguradora COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA – CONFIANZA S.A., a pagar el total de los perjuicios ocasionados al FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA y al INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED por concepto de DAÑO EMERGENTE que asciende a la suma de SIETE MIL DOSCIENTOS DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$7.202.989.439,32) MLC., correspondiente al mayor valor de obra y al sobrecosto por arrendamientos temporales.

CUARTO. Que como consecuencia del incumplimiento se condene solidariamente a INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A. y a la aseguradora COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA – CONFIANZA S.A., a pagar, a futuro, el total de los sobrecostos por arrendamientos temporales al INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED toda vez que, de conformidad con la normativa municipal estos subsidios deberán ser pagados a los beneficiarios hasta tanto reciban una solución habitacional definitiva.

QUINTO. Que como consecuencia de las declaraciones deprecadas en los numerales anteriores, el Tribunal proceda a liquidar el contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, teniendo en cuenta sus declaraciones y condenas.

SEXTO. Que como consecuencia de la liquidación del contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, SE DECLARE que, INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A. es absolutamente responsable de las sumas que sus subcontratistas adeudan al proyecto al igual que de las sumas que él les adeude, o que estos lleguen a cobrar a la parte Convocante por valor de MIL CUARENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS DIECISÉIS MIL CUATROCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$1.042.316.422,00) MLC, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima comercial o debidamente actualizada desde la fecha de desembolso hasta la fecha del Laudo.

SÉPTIMO. Que como consecuencia de la liquidación del contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, el Tribunal proceda a liquidar cada uno de los subcontratistas.

OCTAVO. Que como consecuencia de la liquidación del contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 SE DECLARE que INSERCO S.A. es el único responsable de los contratos o subcontratos suscritos con ocasión del contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 y que, en el evento en el cual al FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA representada por su vocero ALIANZA FIDUCIARIA S.A. o el INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED sean condenados por la Justicia Ordinaria (Civil o Contencioso administrativa) al pago de suma alguna a favor de contratistas o subcontratistas de INSERCO S.A. o a favor del mismo convocado, dicha sociedad está obligada a pagar directamente a dichos reclamantes o, en su defecto, reembolsar el pago total junto con los respectivos intereses de mora o a reembolsar las sumas pagadas debidamente actualizadas con el IPC.

NOVENO. Que como consecuencia de la declaración del incumplimiento el contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 según numeral primero, SE CONDENE a INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A. a pagar a favor del FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA y del INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED el pago de la cláusula penal sancionatoria que se asciende al 10% del valor final de los honorarios percibidos por INSERCO S.A. del contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 por un equivalente a DOSCIENTOS QUINCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS (\$215.791.202,00) MLC.

DÉCIMO. Que como consecuencia de la declaración del incumplimiento el contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 según numeral primero, SE DECLARE que, INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS

S.A. – **INSERCO S.A.** queda imposibilitado para participar durante diez (10) años en proyectos de Vivienda de Interés Social e Interés Prioritario que vinculen los recursos asignados por las entidades otorgantes de subsidios familiares de vivienda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1537 de 2012 y los artículos 2.1.6.2.1. y siguientes del Capítulo 2 del Título 6 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y las demás normas concordantes aplicables al caso.

UNDÉCIMO. Que para las declaraciones y condenas anteriores se tenga en cuenta lo prescrito en los artículos 283 y siguientes del CGP, aplicable a este proceso arbitral en virtud de la Ley 1563 de 2012.

DUODÉCIMO. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demanda, en especial lo que se trata de los costos del Tribunal de Arbitramento.”

La contestación de la demanda principal reformada

En la contestación de la demanda principal reformada **INSERCO** incluyó las siguientes excepciones de mérito:

- **INSERCO** ejecutó el contrato y cumplió sus obligaciones.
- Las obras faltantes o deterioradas no constituyen un incumplimiento de **INSERCO**.
- Ausencia de causalidad: el Contratante e **ISVIMED** son la causa exclusiva de sus perjuicios.
- Los cobros de los subcontratistas no son un perjuicio.
- **INSERCO** no es responsable por los anticipos no amortizados por los subcontratistas
- Excepción del contrato no cumplido.
- Cobro indebido de la cláusula penal.
- Compensación.

Adicionalmente, formuló objeción al juramento estimatorio.

El traslado de la contestación de la demanda principal reformada

En el traslado del escrito de contestación de la demanda principal reformada, la Convocante se pronunció en relación con las excepciones de mérito propuestas por **INSERCO**, se pronunció respecto de la objeción al juramento estimatorio y solicitó el decreto y práctica de medios probatorios documentales, indicio e informe.

La demanda de reconvencción reformada

La demanda de reconvencción reformada contiene las siguientes pretensiones:

“1. Primer grupo de pretensiones principales: relativas al pago de honorarios.

Pretensión 1.1. DECLÁRESE que el Fideicomiso Contratante está en mora de pagar a INSERCO los honorarios por obra ejecutada y aprobada cobrados mediante las facturas No. 6433, 6434 y 6435.

Pretensión 1.2. CONDÉNESE en consecuencia al Fideicomiso Contratante a pagar a INSERCO los honorarios de las facturas No. 6433, 6434 y 6435, por valor total de \$6.127.812,00, más los intereses de mora a la tasa comercial (1,5 veces el interés bancario corriente) desde la fecha en que según la Cláusula 8ª del contrato debieron haber sido pagados a INSERCO, que a la fecha ascienden a \$2.445.086,00.

Pretensión 1.3. DECLÁRESE que el ISVIMED está obligado contractualmente a aportar al Fideicomiso Contratante el valor que le permita cancelar a INSERCO las facturas No. 6433, 6434 y 6435 más los intereses de mora comerciales causados, y CONDÉNESE en consecuencia al ISVIMED a pagar esos valores al Fideicomiso Contratante, con los intereses de mora que se causen desde que venció el plazo para pagarlas a INSERCO.

2. Segundo grupo de pretensiones principales: relativas al pago de los retenidos.

Pretensión 2.1. DECLÁRESE que deben tenerse por cumplidas las condiciones previstas en el párrafo de la cláusula 8ª del contrato, a partir del 5 abril de 2017, es decir, dos meses después de vencerse el plazo de vigencia del contrato (el 4 de febrero de 2017), plazo acordado para que tales condiciones se cumplieran, toda vez que no pudieron cumplirse por causa exclusiva del Contratante y del Isvimed.

Pretensión 2.2. DECLÁRESE, como consecuencia de la pretensión anterior, que el Fideicomiso Contratante está en mora de pagar a INSERCO el valor de los retenidos por todas las facturas de sus honorarios, a partir del 5 de abril de 2017 o desde el día que se establezca esa mora conforme a las normas legales y contractuales.

Pretensión 2.3. CONDÉNESE, en consecuencia, al Fideicomiso Contratante a pagar a INSERCO el monto de los retenidos por honorarios causados por valor de \$184.819.636,00, más los intereses de mora comerciales (1,5 veces el interés bancario corriente) desde el 5 de abril de 2017, que era el tiempo acordado para que esa obligación fuera exigible, que a la fecha (15 de febrero de 2019) ascienden a \$93.791.666,00.

Pretensión 2.4. DECLÁRESE que el ISVIMED está obligado contractualmente a aportar al Fideicomiso Contratante el valor que le permita cancelar a INSERCO los retenidos por todas las facturas de honorarios más los intereses de mora comerciales causados, y CONDÉNESE en consecuencia a ISVIMED a pagar su valor al Fideicomiso contratante, con los intereses de mora que se causen desde que venció el plazo para pagarlas a INSERCO.

3. Tercer grupo de pretensiones principales: relativas al pago de los servicios de bombeo interno de concreto prestados por INSERCO (nueva pretensión).

3.1. DECLÁRESE que El Fideicomiso Contratante está en mora de pagar a INSERCO los servicios de transporte interno de concreto (bombeo) cobrados mediante las facturas Nos. 6255, 6256, 6262, 6261, 6263, 6264, 6273, 6270, 6267, 6280, 6257, 6260, 6266, 6281 y 6286.

3.2. CONDÉNESE en consecuencia al Fideicomiso Contratante a pagar a INSERCO los valores de las facturas Nos. 6255, 6256, 6262, 6261, 6263, 6264, 6273, 6270, 6267, 6280, 6257, 6260, 6266, 6281 y 6286, por valor total de \$ 144.904.417, más los intereses de mora

a la tasa comercial (1,5 veces el interés bancario corriente) desde la fecha en que el Fideicomiso Contratante quedó en mora de pagar cada una de esas facturas, hasta el pago de cada una de ellas. Esos intereses ascienden a la fecha (15 de febrero de 2019) a \$180.192.750,00, según liquidación que se adjunta en CD.

3.3. *DECLÁRESE* que el ISVIMED está obligado contractualmente a aportar al Fideicomiso Contratante el valor que le permita cancelar a INSERCO las facturas Nos. 6255, 6256, 6262, 6261, 6263, 6264, 6273, 6270, 6267, 6280, 6257, 6260, 6266, 6281 y 6286., más los intereses de mora comerciales causados, y *CONDÉNESE* en consecuencia al ISVIMED a pagar esos valores al Fideicomiso Contratante, con los intereses de mora que se causen desde que venció el plazo para pagarlas a INSERCO.

4. Cuarto grupo de pretensiones principales: relativas a la obligación de los demandados de pagar los dineros necesarios para liquidar los contratos celebrados por INSERCO con los contratistas (nueva pretensión).

4.1. *Declárese* que por el contrato de construcción por administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, en el cual el Fideicomiso Contratante tenía la calidad de mandante, INSERCO, en calidad de mandatario sin representación, debía celebrar los contratos con los subcontratistas para ejecutar la obra, obrando INSERCO en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo del mandante y *declárese* también que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para pagar las obligaciones con los subcontratistas (cláusula 2ª, literal C, numeral 5).

4.2. *Declárese*, en consecuencia, que el Fideicomiso contratante, en su calidad de mandante, adquirió la obligación de proveer las sumas de dinero que le permitieran a su mandatario INSERCO cancelar sus obligaciones con los subcontratistas en ejecución de los respectivos subcontratos que celebró INSERCO en su propio nombre, pero por cuenta del Fideicomiso y *declárese* también que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5).

4.3. *Declárese* que INSERCO, obrando como mandatario sin representación del Fideicomiso contratante (en ejecución del contrato celebrado el 21 de febrero de 2013 ya mencionado), celebró los siguientes subcontratos en su nombre, pero por cuenta y riesgo del Fideicomiso mandante:

1. Con Hidráulica y Saneamiento SAS
2. Con Proinsel SAS
3. Con Calorgas Medellín SAS
4. Con Coinsermaca SAS
5. Con Conhime SAS
6. Con Estructuras y Acabados JPP SAS
7. Con AHINCO S.A
8. Con Aldecco
9. Con Disferro y Seguridad SAS
10. Con Infracon
11. Con Inversiones Flórez Briceño

4.4. *Declárese* en consecuencia que cualquier suma que para el momento del laudo haya sido pagada por INSERCO a los subcontratistas mencionados, o a los empleados de éstos por la solidaridad laboral, por razón de una reclamación extrajudicial o judicial de esos

subcontratistas o empleados contra INSERCO para el pago de obligaciones surgidas de los subcontratos celebrados con INSERCO, debe ser reembolsada por el Fideicomiso contratante a Inserco, incluyendo capital, intereses, multas, y gastos en que deba incurrir INSERCO para atender la reclamación y declárese también que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5).

En consecuencia, CONDÉNESE al Fideicomiso contratante a reembolsar a INSERCO las sumas que ésta haya pagado a las personas mencionadas hasta el momento del laudo, incluyendo en todos los casos capital, intereses, multas y gastos por la reclamación y condénese también al ISVIMED a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5), incluyendo las siguientes sumas que según la documentación de INSERCO se le adeuda actualmente a los subcontratistas y/o empleados de los subcontratistas, sin perjuicio de otras sumas que posteriormente demuestren que se les adeudan:

CONTRATISTA/ PROVEEDOR	CONTRATO	RETENIDO	POR AMORTIZAR	TOTAL	OBRA	TOTAL A FAVOR DE CONTRATISTA
Hidráulica y Saneamiento S.A.S	CSM-509002-29-16	\$16,363,407	\$ 53,437,940	\$ 37,074,533	C	Cascada: \$2,373,631 Montaña: \$16,539,964 TOTAL: \$18,913,595
	CSM-509010-14-13	\$16,038,476	\$ 12,743,450	-\$ 3,295,026	M	
	CSM-509002-10-13	\$39,448,164		-\$ 39,448,164	C	
	CSM-509010-25-16	\$13,244,938		-\$ 13,244,938	M	
Proinsel S.A.S	CSM-509002-05-13	\$46,950,164	\$ 56,870,111	\$ 9,919,947	C	Cascada \$8,521,176 POR AMORTIZAR Montaña \$33,139,585 TOTAL: \$24,618,409 Interventoría hace descuento de
	CSM-509002-30-16	\$44,270,075	\$ 42,871,304	-\$ 1,398,771	C	

	CSM-509010-27-16			-\$ 5,575,525	M	Factura 5511 \$27,563,304. Quedando un saldo a reintegrar de \$2,944,942
	CSM-509010-07-13			-\$ 27,563,791	M	
Calorgas Medellín S.A.S	CSM-509002-34-16	\$15,217,381		-\$ 15,217,381	C	Retenido Cascada \$22,778,276 Retenido Montaña: \$14,009,261 TOTAL: \$36,787,537
	CSM-509002-13-14	\$ 7,560,895		-\$ 7,560,895	C	
	CSM-509010-15-14	\$ 2,976,681		-\$ 2,976,681	M	
	CSM-509010-28-16	\$11,032,580		-\$ 11,032,580	M	
Conisermaca S.A.S	CPJ-509002-22-17			-\$ 6,145,589	M	TOTAL: \$9,030,235
	CPJ-509010-09-17			-\$ 2,884,646	C	
Conhime S.A.S	509002-33-16	\$ 14,122,342		-\$ 15,296,583	C	TOTAL: \$15,296,583
Inversiones Flórez Briceño	001-2014			-\$ 66,146,727	C	TOTAL: \$66,146,727
ALDECCO				-\$ 33,109,930	C	Reposición de equipo \$55,837,454 Pendiente saldo de Alquiler de equipo SALDO TOTAL APROXIMADO \$150,000,000
				-\$ 22,727,524	M	
Disferro y Seguridad S.A.S.				-\$ 3,534,580	C	\$ 4,098,094

			-\$ 563,760	M
Infracon			-\$ 11,238,480	C
				\$ 11,238,480
		RETENIDO	POR AMORTIZAR	TOTAL PAGAR A CONTRATISTAS Y PROVEEDORES
		\$ 213,102,761	\$ 180,045,147	-\$241,967,091

RELACIÓN DEMANDAS JUDICIALES

CONVOCANTE	JUZGADO / TRIBUNAL	DEMANDADO	CUANTÍA
1 ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP S.A.S	Proceso tramitado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia – Sistema de Oralidad – Sala Primera de Decisión bajo radicado No. 05-001-23-33-000-2016-01516-00.	-ISVIMED -INSERCO S.A. -Fideicomiso macroproyecto Pajarito PA2 Montaña B8-9 y Mirador de la Cascada representada por su vocero Alianza Fiduciaria S.A.	\$ 588,191,808
2 AHINCO	Centro de conciliación, arbitraje y amigable composición de la LONJA de propiedad raíz de Medellín- Antioquia Audiencia de conciliación extrajudicial institucional	-INSERCO S.A.	\$ 134,641,880
3 JUAN DAVID ZÚÑIGA TORO	Proceso ordinario laboral y de la seguridad social de primera instancia bajo el radicado No. 05-001-31-05-019-2017-00385-00 que se tramita en el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Medellín.	-Johan Camilo Torres Graciano -Eduardo Álvarez Moreno -ISVIMED -INSERCO S.A. -Fideicomiso macroproyecto Pajarito PA2 Montaña B8-9 y Mirador de la Cascada representada por su vocero Alianza Fiduciaria S.A.	\$ 51,577,168

4	GIOVANY ALEXANDER HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	Proceso ordinario laboral y de la seguridad social de primera instancia bajo el radicado No. 05-001-31-05-010-2017-00340-00, que se tramita en el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Medellín.	-Johan Camilo Torres Graciano -Eduardo Álvarez Moreno -ISVIMED -INSERCO S.A. -Fideicomiso macroproyecto Pajarito PA2 Montaña B8-9 y Mirador de la Cascada representada por su vocero Alianza Fiduciaria S.A.	\$ 79,834,766
5	JHON JAIRO MOSQUERA MOSQUERA	Proceso ordinario laboral y de la seguridad social de primera instancia bajo el radicado No. 05-001-31-05-022-2017-00224-00, que se tramita en el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Medellín.	-Johan Camilo Torres Graciano -Eduardo Álvarez Moreno -ISVIMED -INSERCO S.A. -Fideicomiso macroproyecto Pajarito PA2 Montaña B8-9 y Mirador de la Cascada representada por su vocero Alianza Fiduciaria S.A.	\$ 124,576,399
6	LEONEL MOYA MENA	Proceso ordinario laboral y de la seguridad social de primera instancia bajo el radicado No. 05-001-31-05-021-2017-00255-00, que se tramita en el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Medellín.	-Johan Camilo Torres Graciano -Eduardo Álvarez Moreno -ISVIMED -INSERCO S.A. -Fideicomiso macroproyecto Pajarito PA2 Montaña B8-9 y Mirador de la Cascada representada por su vocero Alianza Fiduciaria S.A.	\$ 108,418,179
7	JOSE ANÍBAL HURTADO MOSQUERA	Proceso ordinario laboral y de la seguridad social de primera instancia bajo el radicado No. 05001310500820150008600, que se tramita en el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Medellín.	-INSERCO S.A.	\$ 92,000,000
8	YEISON HINESTROZA Y SIXTO MURILLO.			

TOTAL	\$ 1,179,240,200
--------------	-------------------------

RESUMEN ESTADO CONTRATISTAS / PROVEEDORES Y DEMANDAS

DESCRIPCIÓN	VALOR
Total a favor de contratistas / Proveedores	\$ 241,967,091
Total reclamado por demandas judiciales actuales	\$ 1,179,240,200

SALDO TOTAL	\$ 1,421,207,291
--------------------	-------------------------

4.5. Declárese en consecuencia también que cualquier suma que con posterioridad al laudo arbitral deba ser pagada por INSERCO a los subcontratistas mencionados o a los empleados de éstos por la solidaridad laboral, por razón de una reclamación extrajudicial o judicial de esos subcontratistas o empleados contra INSERCO para el pago de obligaciones surgidas de los subcontratos celebrados con INSERCO, debe ser pagada por el Fideicomiso Contratante directamente en manos de los reclamantes (subcontratistas y empleados de éstos), o subsidiariamente, debe ser pagada en manos de Inserco para que ésta haga el pago al reclamante; incluyendo en todos los casos capital, intereses, multas y gastos por la reclamación y declárese también que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5).

En consecuencia, CONDÉNESE al Fideicomiso contratante a pagar directamente en manos de los reclamantes (subcontratistas o empleados de subcontratistas) las sumas que INSERCO deba pagar a dichos reclamantes con posterioridad al laudo arbitral, o subsidiariamente a pagarlas en manos de Inserco para que ésta haga el pago al reclamante, incluyendo en todos los casos capital, intereses, multas y todos los gastos por la reclamación y condénese también al ISVIMED a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5).”

La contestación a la demanda de reconvención reformada

En la contestación de la demanda de reconvención reformada la Convocante incluyó las siguientes excepciones de mérito:

- Excepción de contrato no cumplido
- Inexistencia de mora por parte del fideicomiso contratante o el **ISVIMED**
- Abuso del derecho – incumplimiento de lo pactado
- Cobro de lo no debido – enriquecimiento sin causa
- Pago – compensación
- Buena fe
- Ejecución de mala fe del contrato por **INSERCO S.A.** – mora del contratista
- Cumplimiento defectuoso del contrato – incumplimiento del contrato
- No se reclamó desequilibrio contractual en la oportunidad debida

- Inexistencia de causa para el cobro por rechazo directo del negocio jurídico causal (referido al contrato de bombeo)
- Deber de declarar cualquier excepción que resulte probada en el proceso – declaración de oficio.

Adicionalmente, realizó oposición al juramento estimatorio.

El traslado de la contestación de la demanda de reconvención reformada

En el traslado del escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada, **INSERCO** se abstuvo de presentar pronunciamiento alguno.

Las pruebas

El 12 de diciembre de 2019, se llevó a cabo la primera audiencia de trámite y dentro de ella, por medio de **Auto No. 24**, se decretaron los medios de prueba solicitados por la Convocante en: i) la demanda inicial reformada; ii) el pronunciamiento frente a las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda inicial reformada; y iii) la contestación de la demanda de reconvención reformada; También, se decretaron los medio de prueba solicitados por **INSERCO** en: i) la demanda de reconvención reformada; y ii) la contestación a la demanda inicial reformada.

El Tribunal practicó la totalidad de medios probatorios decretados. De lo anterior da cuenta el relato de actuaciones surtidas y las manifestaciones de las partes de 29 de septiembre y 1° de octubre, ambos de 2020.

Los alegatos de conclusión

El 15 de diciembre de 2020 se constituyó el Tribunal en audiencia de alegaciones dentro de la cual las partes intervinieron de manera oral. Las partes y el Agente del Ministerio Público allegaron por medios digitales documentos que recogen los argumentos esgrimidos en la diligencia.

La Convocante en sus alegaciones comienza por realizar precisiones sobre el objeto del proceso, la carga de la prueba y la obligación de resultado a cargo de **INSERCO**.

Se parte de la premisa de que la Convocada no culminó la obra y que no se configuró un supuesto de causa extraña que pudiera justificarlo. Indica que para la fecha de finalización del Contrato había actividades pendientes de realización, incluyendo aquellas relativas al urbanismo que debieron ser excluidas tras la suscripción de la ampliación No. 10, adición No. 9 y Otrosí No. 3 del 30 de noviembre de 2016. Lo anterior, aunado al hecho que, en su sentir, tal ausencia de causa extraña resulta

evidente en la medida en que **INSERCO**, faltando un día para culminar el plazo contractual, anuncia una suspensión bajo el único argumento del atraso, en un día, en el pago de \$58.206.391 (es decir, 0.16% del valor del contrato).

En relación con las pretensiones de reconvención, indica que las obligaciones reclamadas por **INSERCO**, corresponden a situaciones por fuera del plazo contractual y que no debían ser asumidas por sus representados. Ahora, en relación con el monto de los retenidos, expresa que es claro que no existe mora y que no se trata de una deuda causada. Incluso, manifiesta, se hace imposible determinar la devolución de los mismos, ya que la obra jamás se entregó a satisfacción.

Continúa la Convocante refiriéndose al comportamiento procesal de **INSERCO**. Expresa que la actitud del apoderado de **INSERCO**, fue desgastante a lo largo del proceso, toda vez que pretendió en cada traslado obtener unas consecuencias procesales desorbitantes por situaciones que son de rutina en cualquier litigio. Indica que, en cada traslado de pruebas solicitó la aplicación de consecuencias procesales pretendiendo con ello que las pruebas no fueran valoradas por el Tribunal. Finaliza expresando que, es más que evidente, que para el Laudo el tribunal tendrá suficiente material probatorio y no tendrá que valerse de presunciones o indicios.

Prosigue la Convocante realizando su análisis en torno al incumplimiento técnico de obras por parte de **INSERCO**. Indica que la fecha de finalización del contrato era el 04 de febrero de 2017, plazo que estima cierto e indiscutible para las partes. Ello es así porque, respecto de los efectos de la suspensión invocada por **INSERCO**, estima que la misma fue ilegal, abusiva y una manifestación inequívoca de su mala fe contractual. Lo cierto es que, plantea la Convocante, llegado el 04 de febrero de 2017 la totalidad de las actividades previstas en el objeto contractual no estaban terminadas, ni en Montaña ni en Mirador de la Cascada, ni lo relativo a los apartamentos ni en el urbanismo de cada área de intervención, luego de que la Interventoría realizará recorrido por las obras el 04 de febrero de 2017 e inventariara las actividades que aún no habían sido ejecutadas. Tal circunstancia no fue desvirtuada por **INSERCO**, respecto de quien considera, se limitó a discutir si tenía o no motivos que avalaran su incumplimiento o excluyeran su responsabilidad.

Realiza la Convocante un análisis de las obras finalizadas tras la contratación de JOSE IVÁN GÓMEZ SALAZAR. Plantea que toda actividad que fue “suspendida” y que le correspondió al nuevo constructor, es imputable también al incumplimiento de **INSERCO** y hace parte de los perjuicios que generó. En otras palabras, indica, la causa eficiente de la suspensión de obras por parte de la Interventoría no es otra que el incumplimiento contractual de **INSERCO**.

En relación con las excepciones propuestas por **INSERCO**, plantea la Convocante que, cuando se intenta suspender las obras el 03 de febrero de 2017, ya era más que claro que **INSERCO** había incumplido y se había vencido el pazo contractual para la entrega de la totalidad de los hitos. Reitera que la suspensión fue ilegal e infundada por las siguientes razones: i) Impago de la factura 6397 correspondiente a los honorarios del mes de diciembre; ii) Impago de la cuenta de cobro 268 por concepto de reembolsables; y iii) Existencia de una Facultad de suspensión en los términos de la cláusula vigesimoséptima del contrato por administración delegada. Concluye indicando que la suspensión, es además configurativa de un incumplimiento contractual de **INSERCO**.

Frente a las pretensiones de la demanda en reconvención, expresa la Convocante que, **INSERCO** tendría que demostrar que cumplió sus obligaciones como presupuesto para su prosperidad. En su opinión, el análisis de la demanda principal y su conclusión fáctica y probatoria hace nugatorio el reconocimiento de sus pretensiones. Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que: i) las facturas 6433, 6434 y 6435 fueron presentadas seis meses después de haber incumplido las obligaciones contractuales; ii) no existe relación jurídica entre **ISVIMED** o el fideicomiso con aquellos sujetos contratados por **INSERCO**; iii) los retenidos están concebidos como un último pago y constituyen entonces una obligación sometida a condición suspensiva; y iv) la modificación realizada a la forma de calcular el pago no atiende a la buena fe contractual ni siguió los parámetros establecidos por la Interventoría.

Finalmente, en relación con los perjuicios padecidos por las entidades que conforman la Convocante indica que; i) hay arrendamientos temporales que se han venido causando desde el 04 de febrero de 2017, y corresponde que se asuma el perjuicio hasta la fecha de entrega de los proyectos por parte del nuevo contratista; ii) hay multas contractualmente pactadas que deben calcularse e incluirse en la liquidación del Contrato; y iii) hay sumas pagadas a **INSERCO** por bombeo de concreto sin que existiera obligación legal como consecuencia de la modificación a los contratos de dicha actividad sin autorización de la Interventoría.

La Convocada en sus alegaciones comienza por plantear que la demanda contra **INSERCO** debe ser desestimada por cuanto no es responsable por la no terminación de la obra, ni por sus defectos faltantes. Sin respecto de lo que se plantea anteriormente, indica que se discute que las obras no estaban terminadas al vencerse el plazo pactado, sin embargo, ello no es atribuible o imputable a **INSERCO** pues el **ISVIMED** no dispuso los recursos económicos para terminarla. Para sus afirmaciones se fundamenta en los conceptos emitidos por el perito GONZALO ECHEVERRI PALACIO.

Continúa la Convocada pronunciándose de las obras faltantes y los defectos y deterioros. Plantea que estos no son imputables a **INSERCO**. En relación con esta afirmación expresa que: i) la suspensión decretada por ISVIMED que duró casi 16 meses; ii) se realizaron nuevas exigencias sobre obras ya aprobadas y pagadas a los subcontratistas; y iii) se excluyeron obras por la Interventoría debido a falta de recursos.

En sentir de la Convocada, el contratante y el **ISVIMED** son la causa exclusiva de sus perjuicios. Al respecto reitera que hubo obras que tuvieron que ser excluidas por falta de recursos para terminar el proyecto y, por tanto, es un contrasentido que la demanda afirme que el incumplimiento de **INSERCO** consistió en no haber terminado las obras al finalizar el plazo y que al mismo tiempo no cobre como perjuicio el mayor valor de las obras. Especialmente, destaca las siguientes tres circunstancias que explicarían sus afirmaciones: i) que se hayan excluido obras; ii) que no se permitiera a **INSERCO** terminar las labores de posventa; y iii) que no se hubiera gestionado lo mas rápido posible la ejecución de la obra pendiente.

Finalmente, en lo que atañe a la demanda principal reformada, solicita la aplicación de las consecuencias que establece el Código General del Proceso en relación con las conductas de la Convocante relacionadas con los siguientes medios de prueba: i) respuestas del director del **ISVIMED** a la prueba por informe; ii) documentos aportados con la exhibición de documentos por las Convocadas; y iii) el video de la inspección judicial aportado por la Convocante.

En lo que atañe a las pretensiones de reconvención, estima la Convocada que estas deben prosperar. Comienza por referirse al primer grupo de pretensiones indicando que se demostró en el proceso que **INSERCO** no incumplió sus obligaciones contractuales, que los honorarios cobrados en dichas facturas fueron aprobados por Interventoría y que les fue anunciado que las mismas serían pagadas.

En relación con el segundo grupo de pretensiones, estima la Convocada que al no poderse cumplir las condiciones contempladas en la cláusula 8ª del Contrato por causa exclusiva del Contratante y del **ISVIMED**, estas deben tenerse por cumplidas.

Frente al tercer grupo de pretensiones, considera la Convocada que i) el Contrato permitía que **INSERCO** suministrara equipos y herramientas con autorización de la Interventoría; ii) la Interventoría autorizó que **INSERCO** fuera contratado para la prestación del servicio de bombeo de concreto; iii) tales contratos fueron ejecutados en un 100%; iv) el fideicomiso no pagó la totalidad del precio acordado; y v) en virtud del dictamen pericial aportado hay un saldo por pagar a **INSERCO** de \$144.903.396.00.

Finalmente, respecto del cuarto grupo de pretensiones, estima la Convocada que los demandados en reconvencción deben asumir las deudas con los subcontratistas teniendo en cuenta que, **INSERCO** debía celebrar los contratos con estos terceros en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo del mandante. Indica que el **ISVIMED** estaba obligado a suministrar al fideicomiso los dineros necesarios para cubrir las obligaciones asumidas con subcontratistas.

A su turno, el Agente del Ministerio Público presenta su concepto de fondo. Considera que el problema jurídico principal es determinar si en efecto alguno de los intervinientes, o los dos, incurrieron en el incumplimiento contractual que se demanda de parte y parte. De allí se derivan algunos problemas subordinados, a saber: i) definir la modalidad contractual que convinieron los contratantes; ii) establecer cuáles eran las obligaciones principales del contrato; iii) revisar detenidamente cuáles obligaciones quedaron pendientes; iv) determinar a cuál de las partes le es atribuible cada incumplimiento contractual que se observe; y v) determinar el grado de incumplimiento de cada uno de los contratantes de cara a la determinación de la responsabilidad planteada y la liquidación del contrato.

Tempranamente, anuncia su tesis manifestado que considera que el contratista **INSERCO S.A.** incumplió de manera grave con su obligación negocial, por lo que debe indemnizar los perjuicios que acarreó al contratante con esa omisión. Plantea fundamentos normativos y jurisprudenciales en torno de la responsabilidad contractual y del contrato de administración delegadas. También, realiza un análisis de las obligaciones contractuales en la relación jurídica objeto de Litis, contrastado con el material probatorio recaudado.

Justifica el Ministerio Público su tesis en que resulta incuestionable que **INSERCO S.A.** incumplió con el plazo final que se le ofreció e incluso un día antes de ese límite temporal, decidió suspender la obra. Por eso, considera que le asiste la razón al demandante al sostener que hubo incumplimiento por parte de **INSERCO S.A.** y no a la inversa como se propuso en la demanda de reconvencción.

Expresa el Ministerio Público que resulta evidente que **INSERCO S.A.** no atendió su obligación contractual bajo el principio de buena fe, que se insiste es de carácter objetivo, en la medida en que creyó estar habilitada para dejar la obra inconclusa bajo la idea de que cualquier incumplimiento del contratante le habilitaba para no atender sus obligaciones, sin percatarse que no había tal incumplimiento grave de parte del contratante y que además el principio de buena fe obligaba a manifestar sus inconformidades en el momento en que se presentasen, manifestaciones que solo se dieron al final y no en las etapas que sucesivamente fueron postergando el plazo de ejecución de la obra.

En suma, se recalca, mientras los incumplimientos de parte y parte suponían la ampliación de plazos y la modificación económica de la ecuación contractual **INSERCO** se mostró de acuerdo con lo pactado y continuó con la obra, y solo cuando se dio cuenta que en el plazo final no podía dar finiquito a sus obligaciones contractuales, asumió el papel de parte afectada con la relación negocial y con todas las manifestaciones que fueron acogidas contractualmente de manera previa, lo que no solo muestra un contrasentido, sino una actitud contractual que se aleja de la buena fe exigible.

En relación con el no pago de retenidos estima que no le asiste a **INSERCO** el derecho contractual de reclamar la responsabilidad por el no pago que acusa en su demanda de reconvención, teniendo en cuenta los acuerdos contractuales en la materia.

En relación con el no pago de las facturas 6433, 6434 y 6435, por haberse cobrado de manera posterior a la suspensión de la obra, considera el Delegado del Ministerio Público que no deben operar intereses de mora, pues su no pago ciertamente se encuentra bajo la excepción de no cumplimiento del contrato que presentó el demandante principal y que, justamente, se probó en el proceso, en la medida en que, como se refirió en apartado previo, fue el contratista el que incumplió su compromiso negocial de entregar la obra el 4 de febrero de 2016.

En relación con los perjuicios reclamados, estima que la parte actora no presentó prueba cabal de todos los perjuicios que reclama como consecuencia del incumplimiento contractual. Por lo anterior, las Convocantes se hacen acreedoras a la indemnización de perjuicios materiales por daño emergente y a favor del contratante, sin embargo, deberá liquidarse con ajuste a las cuentas pendientes y los factores que se resaltaron en su intervención, lo que permite inferir que debe ser por debajo de la cuantificación que hizo la parte activa.

Finaliza su intervención solicitando al Tribunal que compulse copias ante los organismos de control fiscal para que se investigue una eventual responsabilidad por detrimento patrimonial del Estado dentro de la imperfecta ejecución contractual que fue objeto de revisión a través del curso procesal.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES Y MATERIALES

Teniendo en cuenta que a través del proceso arbitral se ejerce la función jurisdiccional del Estado¹ y esta 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

¹ Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

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:

Pacto arbitral, jurisdicción y competencia

Las pretensiones que dan lugar a este proceso arbitral ocurren como consecuencia de diferencias acaecidas con ocasión del presunto incumplimiento de las obligaciones surgidas del Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 entre las partes.

En la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada de fecha 21 de febrero de 2013 se pactó lo siguiente:

“(...) VIGÉSIMA QUINTA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Toda diferencia que llegare a surgir entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo o liquidación de la obra objeto del presente contrato que no pueda ser resuelta en forma directa entre ellas dentro de los 20 (veinte) días siguientes a la fecha en que una de ellas la someta por escrito a consideración de la otra, será sometida a conciliación. El conciliador será designado por el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, siendo la participación en las diligencias pertinentes de carácter obligatorio para las partes.

En caso de fracasar la conciliación, las partes de común acuerdo convienen que la controversia sea resuelta por un Tribunal de Arbitramento que funcionará en Medellín y que será designado por el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, a solicitud de cualquiera de las partes, el cual estará integrado por 3 (tres) árbitros nombrados uno por cada parte y el tercero, por el indicado centro de conciliación. Los árbitros deberán decidir en derecho, por consiguiente, deberán ser abogados titulados, ciudadanos en ejercicio de sus derechos civiles y tendrán facultad para conciliar las pretensiones opuestas. En lo no previsto en esta cláusula se aplicarán las normas legales vigentes sobre la materia. (...).”

Mediante **Auto No. 23** del 12 de diciembre de 2019, 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, salvo en lo que atañe a la pretensión décima de la demanda principal reformada concerniente a la declaración de inhabilidad para contratar que formula la parte Convocante con respecto a **INSERCO**, el Tribunal no tiene nuevas apreciaciones que lo hagan cambiar sus consideraciones y por lo tanto ratifica: i) la 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 las partes le han puesto de presente.

En lo que atañe a la pretensión referida el Tribunal anticipa que carece de competencia para dirimir la misma, por las razones que se explicarán en el acápite en el que se hará un estudio de esta.

Integración del Tribunal, capacidad de los Árbitros, deber de información, impedimentos y recusaciones

El 10 de abril de 2018, las partes nombraron de común acuerdo a los árbitros Carlos Humberto Mayorca Escobar, Luis Fernando Álvarez Jaramillo y Juan Carlos Gaviria Gómez. En dicha reunión se nombraron como suplentes personales a los abogados Maximiliano Londoño Arango, Guillermo Montoya Pérez y Fernando Moreno Quijano, respectivamente.

Los árbitros designados 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, estos cumplen con los requisitos exigidos para fungir como tal.

Tras darse cumplimiento al deber de información preceptuado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 por parte de los miembros del Tribunal, las partes no manifestaron dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia o su deseo de relevarlos con fundamento en la información suministrada. Así mismo, ninguno declaró estar impedido ni fue recusado por las causales previstas en el artículo 142 del Código General del Proceso.

Finalmente, mediante **Auto No. 1** del 30 de julio de 2019, 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.

Capacidad para ser parte, comparecer al proceso y derecho de postulación

La parte Convocante está conformada por el **ISVIMED**, un establecimiento público del orden municipal² y el Patrimonio Autónomo denominado **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA-**, representado por su vocera **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**

La Convocada **INSERCO**, es una sociedad comercial constituida bajo la figura de las sociedades anónimas.

Todas las partes del proceso tiene existencia y representación debidamente acreditadas y comparecieron representadas por apoderado judicial.

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 proferirse frente a ellas una decisión que ponga fin a su litigio.

Término del proceso y suspensiones

En ausencia de pacto expreso entre las partes, por medio de **Auto No. 26** del 12 de diciembre de 2019, proferido en la Primera Audiencia de Trámite celebrada esa misma fecha, el Tribunal fijó el término del proceso en seis (6) meses y comenzó su conteo. De conformidad con lo anterior, el término del trámite correría hasta el 12 de junio de 2020.

Como consecuencia de las circunstancias asociadas al estado de emergencia sanitaria relacionadas con la propagación del COVID- 19, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020. En su Artículo 10 el Decreto dispuso modificar el artículo 11 de la Ley 1563 del 2020, ampliando para el presente caso el término de los procesos arbitrales a ocho (8) meses y aumentó el término máximo de suspensiones a ciento cincuenta (150) días. De conformidad con lo anterior, el término del trámite correría hasta el 12 de agosto de 2020.

Dentro del trámite se presentaron las siguientes suspensiones:

² Acuerdo 52 del 6 de diciembre 2008. Por medio del cual se transforma el Fondo de Vivienda de Interés Social del Municipio de Medellín FOVIMED, por el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín ISVIMED y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1. Transformación, Nombre y Naturaleza Jurídica. Transfórmese el Fondo de Vivienda de Interés Social del Municipio de Medellín FOVIMED por el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín, el cual estará dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. (...)

Artículo 3. Objeto. El Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín – ISVIMED tendrá por objeto: Gerenciar la vivienda de interés social en el Municipio de Medellín, conduciendo a la solución de las necesidades habitacionales; especialmente de los asentamientos humanos y grupos familiares en situación de pobreza y vulnerabilidad; involucrando a los diferentes actores públicos, privados y comunitarios en la gestión y ejecución de proyectos de construcción de vivienda nueva, titulación y legalización, mejoramiento de vivienda, mejoramiento de entorno, reasentamiento, acompañamiento social, gestión inmobiliaria y demás actuaciones integrales de vivienda y hábitat en el contexto urbano y rural Municipal y regional.

1. El 12 de diciembre de 2019, por medio de **Auto No. 27**, tras solicitud de las partes, el Tribunal dispuso suspender el término del proceso desde el 13 de diciembre de 2019 hasta el 28 de enero de 2020, ambas fechas incluidas. El término estuvo suspendido 30 días hábiles.
2. El 16 de marzo de 2020, por medio del **Auto No. 40**, tras solicitud de las partes el Tribunal dispuso suspender el término del proceso entre los días 16 de marzo de 2020 y 30 de abril de 2020, ambas fechas inclusive. El término estuvo suspendido 31 días hábiles.
3. El 4 de mayo de 2020, por medio del **Auto No. 41**, el Tribunal dispuso, tras solicitud de las partes, suspender el término del proceso entre los días 30 de abril de 2020 y 8 de junio de 2020, ambas fechas inclusive. El término estuvo suspendido 25 días hábiles.
4. El 9 de junio de 2020, por medio del **Auto No. 42**, el Tribunal dispuso, tras solicitud de las partes, suspender el término del proceso entre los días 9 de junio de 2020 y 3 de julio de 2020, ambas fechas inclusive. El término estuvo suspendido 16 días hábiles.
5. El 31 de julio de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, por medio de **Auto No. 48**, el Tribunal dispuso, tras solicitud de las partes, suspender el proceso desde el 1 de agosto de 2020 hasta el 16 de septiembre de 2020, ambas fechas inclusive. El término estuvo suspendido 31 días hábiles.
6. El 13 de octubre de 2020, dentro de la audiencia de pruebas, por medio de **Auto No. 51**, el Tribunal dispuso, tras solicitud de las partes, suspender el término por solicitud de las partes desde el 14 de octubre de 2020 hasta el 5 de noviembre de 2020, ambas fechas incluidas. El término estuvo suspendido 16 días hábiles.

Así las cosas, el proceso estuvo suspendido un total de 149 días hábiles. De conformidad con lo anterior, el término del trámite correría hasta el 19 de marzo de 2021.

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.

Demanda en forma

El 5 de marzo de 2019, por medio de **Auto No. 10**, el Tribunal dispuso admitir la reforma a la demanda de reconvencción. Por su parte, el 29 de julio de 2019, por medio de **Auto No. 16**, el Tribunal dispuso admitir la reforma a la demanda inicial.

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.

Legitimación en la causa

El Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada fue celebrado el 21 de febrero de 2013 por las entidades que conforman la parte Convocante e **INSERCO**. Inicialmente, **CONFIANZA** fue vinculada por pasiva en razón del contrato de seguro de cumplimiento celebrado con la misma. Sin embargo, esta última fue desvinculada del trámite en virtud de un acuerdo conciliatorio parcial celebrado respecto de las pretensiones a ella dirigidas.

De la lectura de las pretensiones de la demanda principal reformada y de la demanda de reconvencción reformada, se extrae que se pretende que el Tribunal resuelva sobre declaraciones y condenas en torno al cumplimiento de obligaciones, y sus efectos, derivadas del mencionado contrato.

Por lo anterior pude concluirse que existe correspondencia entre los sujetos vinculados por la relación sustancial (Convocante en calidad de contratante y Coordinadora del proyecto e **INSERCO** en calidad de administrador delegado) y los sujetos vinculados por la relación sustancial (la Convocante en calidad de resistente **INSERCO** en calidad de pretensor), predicándose entonces la legitimación por activa y por pasiva, necesarias para que la decisión que se tome resuelva eficazmente el litigio.

Consecuentes con lo anterior, 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.

Integración del contradictorio

En el presente trámite no se planteó solicitud en virtud de la cual debiera integrarse el contradictorio. Tampoco encontró el Tribunal mérito alguno para tomar una decisión en tal sentido.

Se reitera que, si bien en un comienzo fue vinculada **CONFIANZA** en calidad de Convocada, esta fue excluida del trámite en virtud del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal el 30 de octubre de 2019, por medio de **Auto No. 20**.

**III. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO
– MOTIVOS DE LA DECISIÓN- DEMANDA PRINCIPAL**

3.1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La parte Convocante pretende que el Tribunal declare que **INSERCO** incumplió el contrato de construcción por administración delegada celebrado entre las partes el 21 de febrero de 2013 al no haber cumplido para el 4 de febrero de 2017 con la obligación de entregar las 424 unidades de vivienda habitacional correspondientes a los proyectos de vivienda de interés social prioritario **MONTAÑA B-8 Y 9** y **MIRADOR DE LA CASCADA** (pretensión primera de la demanda reformada).

Consecuencialmente con la declaratoria de incumplimiento pretende que:

- Se condene a la sociedad Convocada a pagar: i) la indemnización de los perjuicios generados en razón del incumplimiento contractual, tasándolos en la suma de **SIETE MIL DOSCIENTOS DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$7.202.989.439,32)**, correspondientes al mayor valor de obra y al sobrecosto por arrendamientos temporales (pretensión tercera de la demanda reformada); ii) los sobrecostos que se llegasen a generar por los arrendamientos temporales que habrían de ser asumidos por el **ISVIMED** (pretensión cuarta de la demanda reformada); y iii) la cláusula penal contractualmente pactada (pretensión novena de la demanda).
- Se proceda por el Tribunal a la liquidación del contrato referido (pretensión quinta de la demanda reformada) y consecuencialmente se liquiden los subcontratos celebrados para la ejecución de la obra contratada (pretensión séptima de la demanda reformada).
- Se declare que **INSERCO**: i) es responsable de las sumas que los subcontratistas adeudan al proyecto y de las sumas que estos le llegasen a cobrar a la parte Convocante (pretensión sexta de la demanda reformada); y ii) es el responsable de los contratos o subcontratos suscritos con ocasión del contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, estando obligada a pagar o reembolsar las condenas que llegase a imponer la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo (pretensión octava de la demanda reformada).

- Se declare que **INSERCO** queda imposibilitado para participar durante diez (10) años en proyectos de Vivienda de Interés Social e Interés Prioritario (pretensión décima de la demanda reformada).

3.2. POSICIÓN DE LA PARTE CONVOCADA CON RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La parte Convocada se opone a las pretensiones de la demanda al considerar que no incumplió con el contrato celebrado entre las partes y que la no entrega de las 424 unidades de vivienda habitacional correspondientes a los proyectos de vivienda de interés social prioritario **MONTAÑA B-8 Y 9** y **MIRADOR DE LA CASCADA** no le es imputable a ella, sino a la parte Convocante.

Sostiene la Convocada que; i) ejecutó cabalmente la obra contratada de acuerdo al presupuesto otorgado por la Contratante, y que ésta fue recibida a entera satisfacción por la Interventoría; ii) las obras faltantes y deterioradas no constituyen incumplimiento, por cuanto no existían recursos disponibles para finalizar las actividades pendientes y el deterioro de éstas obedece al término de suspensión del contrato; iii) los perjuicios reclamados no son imputables a **INSERCO**, en tanto corresponden a obras que no alcanzaron a ser ejecutadas por falta de recursos, al contrato celebrado con otro contratista y a las vicisitudes propias de los subcontratos; y iv) la Contratante fue quien incumplió las obligaciones que le correspondían al no efectuar el pago de los gastos reembolsables y de los honorarios causados a favor de la Contratista.

3.3. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE COMPORTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

El problema jurídico central que comporta las pretensiones de la demanda principal es el de establecer si **INSERCO** incumplió el contrato de administración delegada celebrado con las Convocantes el 21 de febrero de 2013.

De verificarse dicho incumplimiento le corresponde al Tribunal establecer la procedencia de las consecuencias jurídicas de diversa índole (indemnizatoria, liquidatoria, sancionatoria) que la parte Convocante reclama en razón de éste.

Dado que la pretensión toral de la demanda principal es de incumplimiento contractual, el Tribunal debe analizar los presupuestos estructurantes de ésta.

Tratándose de un contrato bilateral y conmutativo -como el que es objeto de la controversia- dichos presupuestos se concretan en: i) la celebración de un contrato

válido entre las partes; ii) el cumplimiento de las obligaciones contractuales en cabeza de la parte que formula la pretensión; iii) el incumplimiento de las obligaciones contractuales en cabeza de la otra parte; iv) la ausencia de causas justificativas del incumplimiento; y v) los perjuicios generados por el incumplimiento contractual.

En sentencia del 16 de diciembre de 2020 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE** se refirió a la distinción entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual, enfatizando en los presupuestos que deben concurrir para la estructuración de ésta. De la providencia citada el Tribunal destaca el siguiente aparte:

*“1.1.- La responsabilidad civil ha sido tradicionalmente clasificada en **contractual** y **extracontractual** según la fuente de la cual provenga el daño, cuya reparación es lo que justifica su estudio.*

1.1.1.- La primera exige la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho, la desatención de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución defectuosa o tardía, así como la presencia de un detrimento, y el nexo causal entre tal omisión y su resultado; además, se funda en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil, consagradorios de la fuerza normativa de los contratos, así como en las estipulaciones y términos convenidos por las partes, sin perjuicio de las reglas imperativas, dispositivas y supletorias de la materia.

Ello se explica porque los contratos válidos son ley para las partes quienes, desde el momento de su perfección, quedan compelidas a honrar las prestaciones asumidas y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su apartamiento unilateral deriven para quien sí cumplió o, cuando menos, se acercó a acatar sus deberes en la forma y términos pactados.

Precisamente, en CSJ SC5585-2019, se recordó que:

(...) la responsabilidad contractual está edificada sobre los siguientes pilares axiológicos: a) la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes; b) su incumplimiento relevante por quien es demandado; c) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y d) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado.”

En sentencia del 3 de abril de 2020 la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Dra. **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO** (Radicación número: 25000-23-36-000-2015-00840-01(61500)) expuso en relación con el alcance del concepto de incumplimiento contractual:

“A contrario sensu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo comercial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Asimismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral³.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos cocontratantes que, de manera injustificada, se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulada.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y, desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligacional, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.”

En sentencia del 11 de julio de 2018 (Radicación número: 76001-23-31-000-1999-01224-01(41405) la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Dra. **STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO** explicó con respecto a los presupuestos que deben confluir para la prosperidad de una pretensión de incumplimiento de un contrato bilateral:

“Conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, las que, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte hasta tanto la otra no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponde (art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, siguiendo la jurisprudencia tradicional de la Sección, resulta claro que para invocar la declaratoria de incumplimiento parcial o total, cada parte debe acreditar que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo debidos. Sobre el particular, la Sala ha señalado⁴:

“18. En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su co-contratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó

³ Sobre el particular consultar sentencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 27195, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago⁵.

20. La Sala reitera⁶ que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos⁷ tiene una doble dimensión:

Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada⁸.

Como el contrato es fuente de obligaciones, se impone el deber de cumplir las obligaciones propias, para poder solicitar al juez la declaración de responsabilidad atribuible a la otra parte, como argumenta la parte Convocante en el presente caso, de acuerdo con las afirmaciones plasmadas en el expediente.

Es claro, qué además de ratificar el propio cumplimiento, para que se derive la responsabilidad contractual de la otra parte, es necesario que ésta no cumpla con una o varias de sus obligaciones principales y que dicho incumplimiento se deba a una acción u omisión suya, culposa o dolosa, para que el daño o perjuicio se le pueda imputar desde el punto de vista jurídico.

El incumplimiento es doloso, si la parte a la que se atribuye la conducta irregular, actúo en forma intencional y con debido conocimiento dejó de ejecutar la obligación que le correspondía asumir; y es culposo el incumplimiento, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o falta de atención, no satisface la prestación debida.

Por otra parte, para que se pueda reclamar la responsabilidad contractual, es necesario que la conducta incumplida origine un daño indemnizable. La doctrina ha entendido por daño o perjuicio, el detrimento patrimonial que padece una persona

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.

⁷ Artículo 1498 del C.C.: "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez..."

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp. 14937, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

por el hecho ilícito causado por otro, es decir, por el incumplimiento doloso o culposo del contrato.

Para que el daño o perjuicio sea imputable al deudor, es decir, al co-contratante incumplido en forma dolosa o culposa, se requiere que cumpla las siguientes condiciones:

- Debe ser cierto, es decir, realmente debe haber ocurrido.
- Debe ser directo, es decir generarse como consecuencia del incumplimiento doloso o culposo del co-contratante incumplido dolosa o culposamente.

Por último, para que surja la responsabilidad contractual, es necesario el nexo de causalidad entre el incumplimiento doloso o culposo y el daño o perjuicio sufrido por el acreedor, es decir, por el co-contratante cumplido⁹.

Teniendo presente el marco conceptual descrito, y en aras de establecer la concurrencia de los presupuestos de la pretensión de incumplimiento contractual formulada, el Tribunal abordará los siguientes aspectos: i) la tipología y naturaleza del contrato objeto de la controversia; ii) los antecedentes del contrato celebrado entre las partes; iii) las cláusulas del contrato y las obligaciones asumidas por las partes; iv) la ejecución del contrato, sus modificaciones, suspensiones y terminación; v) los incumplimientos obligacionales que se habrían presentado; y vi) los perjuicios que dichos incumplimientos habrían generado.

Igualmente se estudiará la procedencia de las demás pretensiones incoadas en la demanda (liquidación del contrato y de los subcontratos, sanción deprecada).

3.4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA, SOBRE SU TIPOLOGÍA, SOBRE SU OBJETO Y SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE LO RIGEN.

El Consejo de Estado en sentencia de 2007 enseña las nociones fundantes del contrato de obra pública por administración delegada, de acuerdo con el siguiente recuento:

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección C. Sentencia del 24 julio 2014 Rdo 25131 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

El contrato de obra pública por administración delegada¹⁰ no constituye una figura nueva en el derecho colombiano¹¹ como que de él ya se ocupaba tanto el artículo 85 del Decreto 150 de 1976¹², como los artículos 90 a 100 del Decreto 222 de 1983. Este negocio jurídico es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre propio y por cuenta y riesgo del contratante delegante¹³.

Bajo este sistema la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad¹⁴, tal y como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil:

“Según lo expresado, los dos elementos del precio en el contrato de Administración delegada son: El costo de las obras y los honorarios del contratista. Ambos factores, que son asumidos por la entidad contratante, constituyen el valor del contrato. Así se expresó esta Sala en otra oportunidad¹⁵.”

“El total de las obligaciones que en cuanto al valor adquiere la Administración es la suma de los factores honorarios y costos de las obras. Lo único que varía en el contrato de Administración delegada es la forma de pago al contratista (...) Este monto es el que desembolsa y paga la Administración y por ello en el contrato habrá de especificarse en forma clara el valor del mismo integrado por los honorarios del contratista y el costo de las obras.”

“En el contrato de Administración delegada el costo de las pólizas de seguros, tendientes a garantizar las obligaciones del contratista, no forma parte integrante del valor del contrato; y este valor, como queda dicho, representa el total de las obligaciones de la entidad pública.”

“(…) Por otra parte, el mismo Decreto establece que el administrador delegado toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra; que maneja también bajo su propia responsabilidad los fondos que la entidad contratante le suministra para el cumplimiento de

¹⁰ De acuerdo con el decreto 2090 de 1989, por el cual se expidió el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura, se definió esta modalidad de pago del contrato de obra pública, en el artículo 1º sección séptima en los siguientes términos: “7.1.1 CONSTRUCCIÓN POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA. En este caso el arquitecto obra como representante o delegado de la entidad contratante y todos los gastos de la obra se hacen por cuenta y riesgo de este último. El arquitecto deberá pagar a nombre y cuenta de la entidad contratante todos los gastos de obra definidos como presupuesto de construcción, sin incluir los gastos legales, financieros, gerencia, promoción y ventas, escrituración, propaganda y avalúos que no se consideran incluidos en el presupuesto de la obra. Sobre este punto se aclara que los pagos de otros honorarios, gastos reembolsables de otros asesores, licencias y tasas municipales, el arquitecto sólo está comprometido a pagarlas de los fondos sometidos a su responsabilidad por autorización expresa de la entidad contratante, pero no está responsabilizado a controlar y estar pendiente de la oportuna contratación y pago de dichos gastos.”

¹¹Incluso con anterioridad a estas regulaciones ya era referido por la doctrina nacional Cfr. PAREJA, Carlos H. Curso de Derecho Administrativo, teórico y práctico. 2ª ed., Bogotá, 1939, editorial El Escolar, t. I. p. 319.

¹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 13 de junio de 2002, Rad. 1395, C. P. César Hoyos Salazar.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 26 de julio de 1996, Rad. 7754, Actor: Inmobiliaria El Cedrito S.A., en liquidación, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje–SENA, C. P. Delio Gómez Leyva.

¹⁴ Marienhoff lo denomina este sistema de construcción de la obra como ‘coste y costas’, donde ‘coste’ comprende todos los gastos de construcción (materiales, mano de obra, etc.) y ‘costas’ comprende la utilidad del cocontratante (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B, Abeledeo Perrot, Buenos Aires, Tercera edición, p. 544 y 545.

¹⁵ Consulta de fecha 16 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Doctor Oswaldo Abello Noguera.

sus funciones y obligaciones; que serán de cuenta del administrador delegado los daños que cause a terceros en desarrollo del contrato, así como los que ocasione el incumplimiento del contrato; y que tendrá la obligación de pagar con los fondos del contrato el valor de los salarios y prestaciones a que hubiere lugar.

“Toda esa gama de obligaciones contractuales que están a cargo del contratista, deben ser garantizados por él, con su propio peculio, sin que posteriormente la Administración esté obligada al reembolso de los gastos efectuados por dicho concepto.”¹⁶ (Subrayas fuera de texto original)

El contratista ejecuta, entonces, el objeto convenido por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra, de suerte que se convierte en un delegado o representante de aquélla, a cambio de un *honorario* que se acuerda en el contrato ya como una suma fija, ora como un porcentaje del presupuesto de la obra¹⁷. Se trata pues, como advierte Sayagués Laso¹⁸, de una modalidad del precio del contrato.

De modo que el contrato de obra pública ejecutado por el sistema de administración delegada impone, en aras del principio de transparencia que debe orientar la contratación pública y en general el ejercicio de la función administrativa, meridana claridad en la aplicación de los dineros y bienes oficiales a los trabajos cuyo desarrollo se ha encomendado al contratista, como delegado o intermediario de la entidad contratante, en tanto que por virtud de esta modalidad contractual a él se encomienda la ejecución por encargo oficial del gasto público destinado a la obra.¹⁹ Así lo puso de relieve la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al advertir:

“Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (sección tercera, sentencias de 12 de septiembre de 1994 y 23 de marzo de 1995), el sistema de administración delegada se realiza ‘por cuenta y riesgo del contratante’, por lo cual coloca al contratista en la posición de un representante que no contrae obligaciones a nombre propio sino del contratante, salvo en tratándose de subcontratos, o sea cuando el contratista encomienda la ejecución de parte del objeto del contrato a un tercero, pues en este evento el subcontratista se vincula en forma directa e independiente con el contratista.

Se comprende entonces que corresponda a la entidad contratante suministrar los fondos necesarios para el cumplimiento de las funciones u obligaciones del contratista; fondos que

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 26 de octubre de 1988, Rad. 229, C. P. Javier Henao Hidrón.

¹⁷ “La diferencia entre el contrato de administración delegada y el contrato de obra pública por el sistema de concesión, consistía en que en el primero el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio y, en el segundo, el concesionario se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, aquel cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas. Ambos son contratos administrativos, regidos por el derecho público.”: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 5 de mayo de 1999, Rad. 1190, C. P. Javier Henao Hidrón.

¹⁸ SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, 1974, p. 108 y ss.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de octubre de 1995, Rad. 7757, Actora: Sociedad Skandia de Seguros de Colombia S. A., Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte, C. P. Juan De Dios Montes Hernández.

el administrador delegado manejará bajo su propia responsabilidad, con la obligación de rendir cuentas a la entidad respectiva y a la Contraloría General de la República. Adicionalmente, también se podrán suministrar al contratista equipos y elementos de propiedad de la entidad contratante.

En materia laboral, el contratista deberá manifestar a los trabajadores su condición de intermediario, pues de lo contrario responderá solidariamente con la entidad contratante por el pago de las obligaciones respectivas.

Con la vigencia de la ley 80 de 1993 o nuevo estatuto de contratación de la administración pública, el contrato de administración delegada ha quedado sujeto a los principios generales sobre autonomía de la voluntad, al cumplimiento de los fines estatales y a las normas que se derivan de su artículo 40, en concordancia con los artículos 2º., 3º., 11, 13, 14, 24, 32, 39 y 41 ibidem.; de utilizarse para la explotación de recursos naturales no renovables, deberá someterse a la ley que determine las condiciones para adelantar dicha explotación. Si asume las características de contrato interadministrativo, rige el procedimiento de la contratación directa (art. 24, numeral 10., letra c.)²⁰(Subrayas fuera del texto original)

En tal virtud, el sistema de administración delegada constituye una de las formas o modalidades de pago del contrato de obra pública, en las que la remuneración del administrador delegado, que se denomina *honorarios*, puede pactarse en forma de porcentaje o de precio fijo, con base en el presupuesto oficial de la obra y por lo mismo, la diligencia debe ser mayor al momento de seleccionar al contratista, en cuanto este último se encarga *-por cuenta y riesgo* de la administración- de la ejecución de la obra y *toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la misma*²¹. Adicionalmente, el valor del contrato corresponde al valor de los honorarios del administrador delegado, en los cuales quedan comprendidos además de la remuneración del trabajo desplegado por el administrador delegado, el valor de los gastos en que éste incurra para ejecutar ese trabajo y que son diferentes a aquellos propios de la ejecución de la obra cuya administración se le encomendó, los cuales, como ya se anotó, son pagados con cargo al presupuesto de la obra, esto es, a aquel destinado por la entidad contratante a la ejecución de la obra.

En otras palabras, con cargo a los honorarios que se pactan para el administrador delegado, éste debe cubrir los gastos en que incurra para la ejecución de su trabajo, tales como los viajes que deba realizar o los honorarios que deba pagar a quienes encargue de la vigilancia permanente de la ejecución de la obra, o los gastos administrativos como salarios de secretaria, costos de papelería, etc. Con todo, ello no significa que el administrador deba siempre asumir estos gastos, porque puede pactarse en el contrato de manera diferente.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 7 febrero de 1997, Rad. 934, C. P. Javier Henao Hidrón.

²¹ En el mismo sentido ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2001, Rad. 25000-23-26-000-1991-7672-01(13793), Actor: Sociedad Sadeico S.A., Demandado: Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

En síntesis, el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre propio, pero por cuenta y riesgo del contratante delegante.

Con fundamento en lo anterior, el contratista toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra; maneja también bajo su propia responsabilidad los fondos que la entidad contratante le suministra para el cumplimiento de sus funciones y obligaciones y serán de su responsabilidad los daños que cause a terceros en desarrollo del contrato, así como los que ocasione su incumplimiento del contrato.

Esta modalidad contractual no significa que el contratista tenga absoluta libertad para evadir sus responsabilidades legales, ni excluye su derecho a reclamar cuando se presenten circunstancias que lo habiliten para ello, en caso de presentarse eventuales desequilibrios contractuales.

El contrato de obra pública por administración delegada debe estar precedido de un proceso de planeación adecuado y completo, que le permita a las partes visualizar el alcance de la obra que se va a emprender. Esta modalidad contractual no fue diseñada para desplazar al Estado toda la responsabilidad por los riesgos que se deriven de su objeto, incluidos los desconocidos al momento de su celebración.

Esto significa que las partes contratantes están obligadas a mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de proponer y contratar, y adoptar en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento en caso de que dicha equivalencia se rompa por causas no imputables a quien resulta afectado.

Asimismo, es claro que con la ejecución contractual debe buscarse, además del cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y mayor efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de esos fines, según el artículo 3º de Ley 80 de 1993, cuya parte final dispone que *“los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que como tal, implica obligaciones.”* Es decir, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, el contratista colabora con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social.

Así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 24 de abril de 2013 Radicado 24637 M. P. **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**. Dijo la Corporación:

“Por ser la ejecución del contrato una asunto nuclear, es que la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales, así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. En consecuencia, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara finalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.”

Ahora, cuando se trata de un contrato de obra pública por administración delegada, no es posible exigir su ejecución y menos aún, imponer cargas al contratista, si la entidad pública no cumple a cabalidad, de manera completa y oportuna, con sus obligaciones. En síntesis, la falta de cumplimiento total o parcial de sus obligaciones inhabilita a la administración para exigir, multar o presionar al contratista, con el ejercicio de facultades exorbitantes.

3.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 80 de 1993, las reglas y principios en ella contenidos regirán los contratos de las entidades estatales:

“La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”

Por su parte, el numeral 1º del artículo 2º de la misma Ley se encarga de determinar el concepto de “entidad estatal”:

“Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; **los establecimientos públicos**, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

(...)” (Subraya fuera del texto).

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 califica como como Contrato Estatal a aquella relación de carácter contractual que tenga como extremo a una entidad estatal, de aquellas que se encuentran en la lista considerada en el numeral 1º de su artículo 2º:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”

De conformidad con lo anterior, la naturaleza de estatal predicable de un determinado contrato estará determinada exclusivamente por la condición de entidad estatal de uno de los sujetos contractuales. No se tendrán en cuenta para efectos de este análisis el régimen o derecho aplicable al contrato, ni mucho menos el contenido de éste. Bastará pues, a efectos de determinar si un contrato es estatal, verificar que uno de sus extremos sea una entidad que encaje en los supuestos considerados en el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

En cuanto al caso que ocupa al Tribunal, este encuentra que el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-** es un establecimiento público del orden municipal, que nació de la transformación del **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL -FOVIMED-**, enfocado en la atención de población en situación de pobreza, vulnerabilidad social y precariedad del hábitat.

Se acreditó durante el trámite que el 17 de diciembre de 2012 **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** actuando *“única y exclusivamente en calidad de vocera del FIDEICOMISO PA1 MACROPROYECTO PAJARITO MEDELLÍN”* y en posición propia como sociedad fiduciaria y el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-**, actuando en calidad de Beneficiario del Fideicomiso PA1 Macroproyecto Pajarito Medellín, celebraron contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos, en razón del cual se constituyó el Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2 – Montaña B-8 y Mirador de La Cascada²².

El Tribunal encuentra acreditado que el 21 de febrero del 2013 **ALIANZA FIDUCIARIA** actuando *“única y exclusivamente en calidad de vocera del FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA-”* en condición de **CONTRATANTE**, la sociedad **INSERCO S.A.** actuando en condición de **CONTRATISTA** y el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-** actuando en condición de

²² Fs. 79 a 96

COORDINADOR, celebraron el contrato denominado: “CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA”²³.

Así las cosas, el Tribunal concluye que este último es un verdadero Contrato Estatal, teniendo en cuenta que uno de sus suscribientes es el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-**, de quien se predica la calidad de entidad estatal al tratarse de un establecimiento público.

Un segundo nivel de análisis supone para el Tribunal la determinación del régimen de derecho aplicable al CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA celebrado el 21 de febrero del 2013.

La Ley 1537 de 2012 en varios de sus apartes determina con claridad que el régimen aplicable al Contrato en comento es el del derecho privado:

Artículo 6°. Financiación y desarrollo para los proyectos de Vivienda de Interés Prioritario. Reglamentado por el Decreto Nacional 2045 de 2012. Los recursos mencionados en el artículo anterior podrán ser transferidos directamente a los patrimonios autónomos que constituyan Fonvivienda, Findeter, las entidades públicas de carácter territorial o la entidad que determine el Gobierno Nacional.

*Para la constitución de patrimonios autónomos el Director o Representante Legal de la entidad respectiva celebrará directamente contratos de fiducia mercantil en los que las entidades del sector central y descentralizado por servicios del nivel nacional y territorial, o cualquier persona natural o jurídica, podrán ser aportantes de bienes o recursos, a título gratuito. **Tanto la selección del fiduciario, como la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos y la ejecución y liquidación de los proyectos por parte de los referidos patrimonios, se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado.***

(...)

*Artículo 20. Esquema de garantía. **Los contratos que en virtud de la presente ley suscriban los patrimonios autónomos con los constructores seleccionados para la ejecución de los proyectos, serán totalmente regulados por el derecho privado** y sus derechos económicos podrán ser pignorados en garantía a favor de los establecimientos de crédito que financien los mencionados proyectos. En el contrato se establecerá la forma en que el establecimiento de crédito, hará efectiva la garantía y la posibilidad de que pueda, por sí mismo o a través de terceros, concluir el proyecto financiado, en caso de incumplimiento del constructor. Para el efecto se mantendrá el compromiso de los recursos para la ejecución de las obligaciones contractuales, en cada uno de los proyectos.*

(...)” (Negrilla fuera del texto)

No obstante, no puede perderse de vista lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en el sentido de indicar que las entidades estatales que cuenten con un régimen especial de contratación – como el reglado en la Ley 1537 de 2012 –

²³ Fs. 97 a 111; 2396 a 2399

deberán aplicar una serie de principios generales de la actividad contractual del Estado:

“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

De conformidad con lo que se viene de anotar, para el Tribunal es claro que el CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA celebrado el 21 de febrero del 2013 y su ejecución, estarán regulados por el derecho privado. Sin embargo, teniendo en cuenta su carácter de contrato estatal y los intereses jurídicos que al mismo se encuentran vinculados, también le son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

3.4.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ESTATALES PARA EJECUCIÓN DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA.

Las entidades estatales, cualquiera sea el régimen que regule sus contratos, tienen a su cargo el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución Política. Para dicha tarea cuentan, entre otras herramientas e instrumentos, con la posibilidad de celebrar contratos, bien con particulares, bien con otras entidades estatales. Así, tras la celebración de un contrato existirá de forma mediata o inmediata, la finalidad de satisfacer los fines estatales. Se destaca del mencionado precepto constitucional lo siguiente:

*ARTICULO 2o. **Son fines esenciales del Estado:** servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y **para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.** (Negrilla fuera del texto)*

Como ya se indicó, las entidades estatales que no se encuentran sometidas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública, aun cuando sus contratos se rijan prevalentemente por las disposiciones del derecho privado, deberán aplicar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal.

Se destaca especialmente el texto constitucional donde se consagran los principios de la función administrativa:

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

(...). (Negrilla fuera del texto)

Ahora bien, de acuerdo con los postulados de la Ley 80 de 1993 y en atención al respeto a los fines que de acuerdo con el artículo 2º de la Constitución Política, debe perseguir el Estado, el contratista en un contrato estatal, independiente de su régimen jurídico, debe ser considerado, no como un simple contratista, sino como un verdadero colaborador de la administración, y en este sentido le son aplicables los principios de “*igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*” que rigen el ejercicio de la función administrativa, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política y normas concordantes.

Estos principios suponen serias exigencias para las partes del contrato estatal, a quienes les concierne asumir obligaciones de planeación, programación y disponibilidad financiera y presupuestal, debiendo asumir las consecuencias que se derivan de la omisión en el cumplimiento de estos deberes.

Lo anterior lleva al Tribunal a reiterar que para la resolución del problema contractual puesto a su consideración se debe tener en cuenta el régimen de derecho privado, las cláusulas acordadas por las partes, pero también los principios que regulan la función administrativa, pues no se puede desconocer los intereses jurídicos que subyacen en la contratación de la que aquí se trata (vivienda de interés social).

3.5. SOBRE EL CONTRATO DE MANDATO SIN REPRESENTACIÓN.

El artículo 2142 del Código Civil define el mandato de la siguiente forma:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

Conforme lo explica el autor **CESAR GÓMEZ ESTRADA** “*el mandato es un contrato, lo que quiere decir que él supone un acuerdo de voluntades entre el comitente o mandante, de un lado, que es quien confiere el encargo, y el procurador,*

apoderado o mandatario, de otro, que es quien lo acepta. (...) el objeto del mandato está constituido por uno o más negocios del mandante que este confía al mandatario para que los lleve a cabo”²⁴.

Una característica propia del mandato, que lo distingue de otros vínculos jurídicos en que se confía una gestión a una persona, es que los negocios celebrados se hacen por cuenta y riesgo del mandante.

Sobre este negocio jurídico y sus modalidades la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 2014 con ponencia del Dr. **FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ** expuso:

“El encargo para la gestión de los negocios por interpuesta persona constituye la esencia del contrato de mandato, que frente a los terceros que participan en los acuerdos puede ser con o sin representación, al tenor de los artículos 2177 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio. En ambos casos puede, a su vez, darse un ocultamiento en cuanto a la verdadera esencia de la labor encomendada al mandatario, ya sea como producto de las instrucciones del agenciado o la aplicación del criterio propio del autorizado.

Al omitirse esa información se generan unos efectos respecto de los terceros que terminan siendo ajenos a tal disfraz, pero quedando eso sí obligado el intercesor frente al mandante en los términos secretamente convenidos.

De tal manera que, como lo preceptúa el artículo 2183 del Código Civil, “[e]l mandatario es responsable tanto de lo que ha recibido de terceros, en razón del mandato (aun cuando no se deba al mandante), como lo que ha dejado de recibir por su culpa”, pudiendo acudir a las acciones pertinentes para su cumplimiento.

La Corte en ese sentido tiene esclarecido que “el mandato puede llevar o no la representación del mandante, según se previene en los artículos 1262 del Código de Comercio y 2177 del Código Civil. Sin embargo, cuando se trata del encargo no representativo, se entiende que aunque el procurador, en ejercicio de sus funciones, actúa en nombre propio, en el fondo lo hace por cuenta ajena (...) En ese caso, los efectos jurídicos del negocio de que se trate se radican en el mandatario, pero esto no quiere decir que el comitente se mantenga al margen de sus consecuencias, puesto que así aquél externamente obre en nombre propio, sigue actuando, en palabras de la Corte, ‘por cuenta ajena, la del mandante, y a riesgo de éste, cual lo define el reseñado artículo 1262 del Código de Comercio, de modo que sobre su patrimonio habrán de recaer, en últimas, los resultados del acto’ (...) Esto significa, en el evento del mandato oculto, que aunque el mandatario se hace titular de los derechos, lo cierto es que, en cumplimiento de sus obligaciones, posteriormente se encuentra compelido a transferirlos a quien el comitente haya señalado, que puede ser él o un tercero” (sentencia de 28 de septiembre de 2010, exp. 2004-00353-01)”²⁵.

Sobre las principales características de este tipo de contrato la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de septiembre de 2014, expuso:

²⁴ GÓMEZ ESTRADA. César. De los principales contratos civiles. Tercera Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 1999. Pág. 342

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4809-2014 del 22 de abril de 2014. M.P. Dr. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ. Exp. 0500131030112000-00368-01

“Al contrato de mandato se refiere el artículo 2142 del Código Civil como aquel en el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera; asimismo, el artículo 1262 del Código de Comercio se ocupa del mandato comercial y lo define como un contrato en el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.

Como lo han reconocido la doctrina y la jurisprudencia colombianas, el mandato puede, o no, tener carácter representativo. Sobre el tema el profesor Bonivento Fernández ha expresado lo siguiente:

“Se discute mucho, en nuestro medio, si el mandato es o no esencialmente representativo. En Francia no existe problema alguno, ya que el artículo 1984 consagra que la representación es de la esencia del mandato. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 17 de junio de 1937, reiterada en sentencias de 28 de marzo de 1939 y 18 de agosto de 1958, ha sostenido que el mandato no es esencialmente representativo, así: ‘En la legislación colombiana el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandatario ostensible y el secreto; el testafiero; la interposición en todas sus formas lícitas, y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación’. Es decir, que el mandato no es representativo, porque puede darse el evento de que el mandatario oculte la calidad con que actúa frente a terceros, o sea, que obrando para el mandante, no indique su condición de mandatario, lo que se conoce ordinariamente como representación indirecta o mediata, en contraposición a la directa o inmediata en donde la calidad de mandatario es puesta de presente al ejecutar el acto jurídico. En este mismo sentido se manifiesta Noel Gavina (Derecho Civil Contratos. Conferencias Universidad Libre, págs. 207 y 211-212).”²⁶.

(...)

De conformidad con los dictados del artículo 2177 del Código Civil, el mandatario, en ejercicio del mandato, puede contratar a su nombre o hacerlo a nombre del mandante y si lo hace a su nombre no obliga al mandante respecto de terceros y se presenta entonces el llamado mandato oculto. Al tema se ha referido la jurisprudencia de la Corporación, en estos términos:

“El mandato oculto o sin representación consiste en que el mandatario contrata a nombre propio y, en consecuencia, no obliga al mandante frente a terceros (art. 2177 C.C.). O, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, ‘el carácter del mandato no representativo estriba en que, anteriormente, entre mandante y mandatario existe por hipótesis un contrato de mandato civil o mercantil llamado a gobernarse por sus propias reglas, mientras que en el plano exterior no se da esa percepción jurídica del mandato pues la representación - se repite - no existe ya que el mandatario obra en su propio nombre, no en el de su mandante” (Sala de Casación Civil, sentencia de octubre 11 de 1991. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss)’.”²⁷ ²⁸.

²⁶ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y comerciales. T. II. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 2005, p. 592 y 593.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 1997, Expediente 10.315.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. C.P. Dr. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-001-56-00(49100).

De manera que, cuando de un contrato de mandato sin representación se trata: i) el mandatario obra en su propio nombre en los negocios jurídicos que celebra con terceros; ii) el mandante no es parte de dichos negocios jurídicos; iii) el mandatario sin representación obra por cuenta y riesgo del mandante, lo que significa que este finalmente asume las consecuencias patrimoniales de la gestión realizada por el mandatario, siempre y cuando este haya obrado dentro de la órbita del mandato otorgado y de acuerdo a la diligencia y cuidado que le son exigibles, sin que esto signifique que los terceros puedan ejercer acciones en contra del mandante.

3.6. SOBRE LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO Y LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS MISMAS. TACHA DEL TESTIGO SANTIAGO JARAMILLO.

En el proceso obran los siguientes medios probatorios: i) documentos emanados de las partes y provenientes de terceros; ii) testimonios; iii) interrogatorios de parte; iv) dictámenes periciales; y v) inspección judicial.

El Tribunal apreciará dichos medios probatorios de conformidad con los siguientes parámetros:

3.6.1. PRUEBA DOCUMENTAL.

Al proceso se incorporaron documentos provenientes de las partes y de terceros; algunos de ellos aducidos por las partes, y otros ordenados por el Tribunal.

Los documentos privados provenientes de las partes fueron aportados en original y en copia, por lo que ambos poseen el mismo valor probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 245 y 246 del Código General del Proceso; máxime que ninguno de los escritos presentados en copia es de aquellos respecto de los que la ley exige su aportación en original.

Los documentos provenientes de las partes: i) se presumen auténticos²⁹; ii) fueron reconocidos de manera expresa o implícita³⁰ por sus otorgantes; y iii) no fueron tachados ni desconocidos por estos, excepto en lo que concierne a los correos electrónicos aportados por la parte Convocada con la demanda de reconvención y con la demanda de reconvención reformada, los cuales fueron desconocidos por la

²⁹ Código General del Proceso. Artículo 244. "(...) Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. (...)".

³⁰ Código General del Proceso. Artículo 244. "(...) La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos (...)".

Convocante al contestar la demanda y al descorrer el traslado de las excepciones de mérito³¹.

Lo anterior, le impone al Tribunal efectuar una valoración sobre el mérito probatorio de dichos correos electrónicos, los cuales fueron incorporados al proceso en copias simples³².

Para resolver sobre este punto se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 247 del Código General del Proceso, el cual dispone:

“Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”.

Revisados los documentos cuestionados el Tribunal halla que los mismos corresponden a reproducciones, por lo cual los mismos serán valorados tal como lo solicita la parte Convocante, como copias simples de documentos, advirtiendo que no se tendrán en cuenta aquellos correos electrónicos respecto de los cuales no es posible establecer su trazabilidad, tal como ocurre con el correo electrónico obrante a f. 8139.

Por su parte, los documentos privados allegados al proceso y emanados de terceros fueron igualmente aportados en copia, y son apreciados por este Tribunal de manera plena, de acuerdo con lo previsto en el artículo 262 del Código General del Proceso.

Ello por cuanto, respecto de algunos no se solicitó ratificación, y frente a los que se exigió la práctica de dicha diligencia, la misma fue llevada a cabo en debida forma.

Finalmente, el Tribunal no encuentra procedente la aplicación de la consecuencia jurídica establecida en el artículo 267 del Código General del Proceso, que la parte Convocada reclama en razón de las omisiones en las que considera que la parte Convocante incurrió en la exhibición de documentos que fue ordenada³³.

Ello, por cuanto la exhibición documental se llevó a cabo en coherencia con la solicitud efectuada por la parte Convocada y por lo ordenado por el Tribunal; advirtiendo además que la solicitante no precisó de manera detallada los documentos que debían ser exhibidos, ni los hechos puntuales que pretendía demostrar con la exhibición.

³¹ Fl. 8659 vto y 8273.

³² Fl. 8139, 8390, 8391, 8462 a 8476 y 8572 a 8579.

³³ Fl. 11658 a 11666.

Si bien el Tribunal valora en el Laudo toda la prueba documental incorporada al proceso, hará hincapié en los documentos que se estiman especialmente relevantes para la resolución de la controversia, y a los que se hará referencia explícita en los acápites siguientes.

3.6.2. PRUEBA TESTIMONIAL.

En el curso del trámite arbitral se recibieron las declaraciones de **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR**, **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ**, **PEDRO JOSÉ RODRÍGUEZ ALMÁNZA**, **BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO**, **GUILLER ALEXIS ÁLVAREZ MORENO**, **SEYGARTH ANTONIO CANTILLO DÍAZ**, **JUAN DAVID COLORADO OSORIO**, **DANIEL ANDRÉS ZAPATA RUÍZ**, **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO**, **GUILLERMO LEÓN MARTÍNEZ MEJÍA**, **ARLEX PEDRAZA CALDERÓN**, **PAOLA ANDREA MAZO MEJÍA**, **JOSÉ DANIEL SIERRA CALDERÓN**, **CLAUDIA ELENA RUÍZ MEJÍA**, **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ LONDOÑO**, **GONZALO ALBERTO MARÍN VÉLEZ**, **JUAN DE JESÚS VÉLEZ GRANDA**, **NELSON DE JESÚS URIBE ARANGO** y **WILMAR IVÁN TORRES MONSALVE**, los cuales son igualmente valorados en su totalidad por el Tribunal.

Es bien sabido que “[e]l testimonio es la declaración, narración o relación que una persona-testigo hace ante un juez o tribunal, respecto a hechos, sucesos o eventos sobre los que se le interroga”³⁴ y que con estos se pretende, como ocurre con todos los medios de prueba, “producir convencimiento del juez respecto a las afirmaciones de las partes”³⁵.

Para la valoración de los testimonios el Tribunal tendrá en consideración las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los testigos conocieron los hechos, su cercanía con el asunto debatido, su coherencia, su espontaneidad, la verosimilitud de su dicho y su correspondencia con el restante material probatorio, todo enmarcado en criterios de sana crítica.

Es de advertir que todos los testigos que comparecieron al proceso son hábiles para testimoniar, y el Tribunal no advierte de entrada circunstancias relevantes que pudieran afectar su credibilidad o imparcialidad respecto de los hechos relatados, con excepción del testimonio rendido por el señor **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO**, pues la parte Convocante lo tachó en razón de su vínculo como socio y representante legal suplente de **INSERCO**.

³⁴ FÁBREGA P., Jorge. MEDIOS DE PRUEBA: La prueba en materia civil, mercantil y penal. Tomo I. Editorial Plaza y Janés. Bogotá. 2001. Pág. 301.

³⁵ FÁBREGA P., Jorge. MEDIOS DE PRUEBA: La prueba en materia civil, mercantil y penal. Tomo I. Editorial Plaza y Janés. Bogotá. 2001. Pág. 23.

En consecuencia, habrá de resolverse la tacha planteada por la parte Convocante, a efectos de analizar en acápite posterior la fuerza probatoria del referido testimonio.

Respecto de la tacha de los testigos el artículo 211 del Código General del Proceso dispone:

“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.
(Subrayas fuera del texto original).

La tacha de un testigo no genera la desestimación total de su declaración, pues conforme lo ha referido de manera unánime la jurisprudencia de las altas cortes³⁶, no corresponde desestimar de plano el dicho del deponente tachado, sino que compete analizarlo con mayor cuidado frente a los demás elementos de convicción obrantes en el proceso.

De manera que, corresponde al Tribunal analizar con detenimiento el testimonio rendido por el testigo **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO** tachado por la parte Convocante, con el fin de verificar la verosimilitud, imparcialidad y credibilidad de su dicho.

Efectuado lo anterior, se concluye que el vínculo existente entre la sociedad Convocada y el referido testigo no alcanzan a erigirse como fundamento de descrédito de su declaración, toda vez que no se vislumbran en su relato hechos significativamente contrarios a los que resultaron probados en el proceso.

En efecto, el dicho del señor **JARAMILLO GIRALDO** encuentra soporte en el material probatorio allegado al proceso, y el hecho de que este afirmó el cumplimiento de las obligaciones que correspondían a **INSERCO** en el Contrato no resulta suficiente para demeritar la totalidad de su declaración.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de abril de 2014, radicación 68001-23-15-000-2000-03456-01 (29195). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en que precisó que los testigos sospechosos o de oídas “no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad”.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 180 de 19 de septiembre de 2001. Expediente 6624. *La causa de sospecha de un testigo, bien se sabe, no constituye razón para demeritarlo, porque como tiene explicado la Corte, la “sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”.*

En consecuencia, habrá de desestimarse la tacha planteada y, por consiguiente, se apreciará el testimonio del señor **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO**, con mayor rigor y severidad.

3.6.3. INTERROGATORIOS DE PARTE.

En el proceso se recibió interrogatorio a la representante legal de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** y al representante legal de **INSERCO S.A.**, quienes expusieron su conocimiento sobre los hechos materia de la controversia.

El dicho de la parte solo tiene efectos probatorios en la medida en que del mismo se pueda derivar confesión, esto es, solo en lo relacionado con el reconocimiento de hechos adversos a la parte que absolvió el interrogatorio.

Ello, por cuanto de acuerdo con la regulación probatoria existente en nuestro ordenamiento jurídico, por regla general, el solo dicho de las partes no es suficiente para acreditar los supuestos de hecho en que se fundan sus pretensiones o excepciones.

Al respecto, explicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de noviembre del 2014, con ponencia del Dr. **FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**, lo siguiente:

“Como lo recordó la Corporación en SCC de 25 mar. de 2009, rad. 2002-00079-01,

(...) no puede confundirse la confesión con la declaración de parte, habida cuenta que “la confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio del cual se intenta provocar la confesión judicial... En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario o, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba” (sentencias de 13 de septiembre de 1994, 27 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2002, entre otras)³⁷. (Subrayas fuera del texto original)

De acuerdo con los parámetros señalados, el Tribunal valorará si de los interrogatorios de parte rendidos en el proceso se puede derivar confesión.

3.6.4. DICTÁMENES PERICIALES.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC15746-2014 del 14 de noviembre de 2014. M.P. DR. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ.

Al proceso se incorporaron dos dictámenes periciales, aportados por **INSERCO**, a saber: i) rendido por Concretar Bombeos S.A.S. a través del señor **CAMILO ALBERTO ÚSUGA OSORIO**, que será analizado en el acápite correspondiente a la demanda de reconvención, toda vez que guarda relación con las pretensiones planteadas en la misma; y ii) presentado por el Ingeniero **GONZALO ECHEVERRI PALACIO**, con el fin de *“analizar desde el punto de vista eminentemente técnico las causas y los efectos de la terminación del contrato sin que se hubieren finalizado las metas físicas del Proyecto”*.

Los dictámenes periciales y sus respectivas sustentaciones serán valorados de conformidad con los criterios establecidos por el artículo 232 del Código General del Proceso, esto es, de conformidad con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos.

3.6.5. INSPECCIÓN JUDICIAL.

La inspección judicial fue solicitada por la parte Convocante con el fin de acreditar el estado de ejecución de las obras.

En razón de las limitaciones generadas por la pandemia se autorizó la práctica de la prueba de manera directa por las partes y mediante el sistema de videograbación.

Si bien la práctica de la prueba no resulta ortodoxa, la misma se ajusta a los parámetros autorizados por el artículo 236 del Código General del Proceso.

El Tribunal encuentra pertinente apreciar el video incorporado al proceso, más no la versión que durante la misma expone la ingeniera **BIBIANA OSORIO LONDOÑO** (funcionaria del **ISVIMED**), pues su dicho no fue objeto de la debida contradicción, ni puede ser valorado como prueba testimonial.

3.6.6. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES. INDICIOS.

En diversas oportunidades procesales las partes cuestionaron recíprocamente la conducta asumida por la contraparte³⁸, reprochando la falta de lealtad, seriedad o colaboración.

El artículo 280 del Código General del Proceso indica que el Juez en la sentencia siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. De igual manera, el artículo 241 de la misma codificación prescribe que el Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

³⁸ FI. 8120, 11694 a 11697.

El Tribunal encuentra que cada una de las partes asumió con rigor la posición que defendió en el proceso, contravirtiendo con argumentos a su contraparte.

Para el Tribunal la vehemencia con la que obraron las partes en el curso del proceso no puede ser apreciada como una conducta contraria a la lealtad procesal y a la buena fe.

Situaciones como la planteada por la parte Convocante con respecto al proceso ejecutivo que con antelación promovió **INSERCO** en su contra ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín, o la forma en que fueron atendidos los requerimientos del Tribunal no son hechos constitutivos de indicios en contra de cada una de ellas.

Por lo tanto, las conductas procesales que las partes se han reprochado, no se valorarán como indicios en su contra.

3.7. ANTECEDENTES DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES.

El **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-** es un establecimiento público del orden municipal, que nació de la transformación del **FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL -FOVIMED-**, enfocado en la población en situación de pobreza, vulnerabilidad social y precariedad del hábitat.

El propósito de dicho establecimiento es el de brindar soluciones habitacionales de interés social en el Municipio de Medellín, implementando una política integral y coordinada con actores públicos, privados y comunitarios que garantice el derecho al hábitat y a la vivienda digna y permita mejorar la calidad de vida de los grupos familiares de menores ingresos³⁹.

El 24 de diciembre de 2008 el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-**, el **FONDO NACIONAL DE VIVIENDA -FONVIVIENDA-** y el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** suscribieron un Convenio Interadministrativo con el objeto de: i) que **FONVIVIENDA** asignara los recursos para la ejecución del

³⁹ Acuerdo 52 del 6 de diciembre 2008. Por medio del cual se transforma el Fondo de Vivienda de Interés Social del Municipio de Medellín FOVIMED, por el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín ISVIMED y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1. Transformación, Nombre y Naturaleza Jurídica. Transfórmese el Fondo de Vivienda de Interés Social del Municipio de Medellín FOVIMED por el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín, el cual estará dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. (...).

Artículo 3. Objeto. El Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín – ISVIMED tendrá por objeto: Gerenciar la vivienda de interés social en el Municipio de Medellín, conduciendo a la solución de las necesidades habitacionales; especialmente de los asentamientos humanos y grupos familiares en situación de pobreza y vulnerabilidad; involucrando a los diferentes actores públicos, privados y comunitarios en la gestión y ejecución de proyectos de construcción de vivienda nueva, titulación y legalización, mejoramiento de vivienda, mejoramiento de entorno, reasentamiento, acompañamiento social, gestión inmobiliaria y demás actuaciones integrales de vivienda y hábitat en el contexto urbano y rural Municipal y regional.

Macroproyecto denominado “*Plan parcial Pajarito*”; y ii) que el **ISVIMED** constituyera un fideicomiso (PA1 estructurador) al que se aportarían los recursos de los cuales dispondría dicha entidad, así como los suministrados por el Municipio y por **FONVIVIENDA**⁴⁰.

En el Convenio Interadministrativo se estableció como obligación del **ISVIMED** la de “*celebrar el contrato de fiducia mercantil para la administración, inversión y ejecución de los recursos del Macro-proyecto conforme a las condiciones definidas en la ley y por las partes de conformidad con la naturaleza del proyecto*”⁴¹.

El 24 de febrero de 2009 el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-** celebró con **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** un contrato de fiducia mercantil, con el objeto de desarrollar integralmente el “*esquema de fiducia mercantil diseñado para el programa “macroproyectos de interés social nacional de Medellín”*”,⁴² a través de la constitución de un patrimonio autónomo denominado **PATRIMONIO AUTÓNOMO ESTRUCTURADOR** de administración y pagos (PA1), en el que el **ISVIMED** tuvo la condición de Fideicomitente⁴³.

La finalidad del Patrimonio Autónomo constituido en virtud del contrato de fiducia mercantil (PA1) denominado “*estructurador*” “*es la de generar bases técnicas financieras y jurídicas para la constitución del (o los) patrimonio(s) autónomo(s) inmobiliario(s)*”⁴⁴, los cuales se denominarían genéricamente como PA2.

El 27 de junio de 2012 el **ISVIMED** y el **MINISTERIO DE VIVIENDA** celebraron contrato interadministrativo en virtud del cual aquella entidad se obligó a participar en la construcción y asignación de 10.000 viviendas, distribuidas en diferentes proyectos de la ciudad de Medellín, algunos de ellos ubicados en el Macroproyecto Pajarito Medellín, como son Montaña B-8 y Mirador de la Cascada⁴⁵.

El 17 de diciembre de 2012 **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** actuando “*única y exclusivamente en calidad de vocera del FIDEICOMISO PA1 MACROPROYECTO PAJARITO MEDELLÍN*” y en posición propia como sociedad fiduciaria y el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-**, actuando en calidad de Beneficiario del Fideicomiso PA1 Macroproyecto Pajarito Medellín, celebraron contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos en

⁴⁰ Fl. 99.

⁴¹ Fl. 99 vto.

⁴² Ver. Fl. 72: Contrato de Fiducia Mercantil suscrito entre el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín como Fideicomitente y Alianza Fiduciaria S.A. -Fideicomiso PA1 Macroproyecto Pajarito Medellín. Cláusula Primera.

⁴³ Fs. 70 a 78.

⁴⁴ Ver. Fl. 73 vto. Contrato de Fiducia Mercantil suscrito entre el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín como Fideicomitente y Alianza Fiduciaria S.A. -Fideicomiso PA1 Macroproyecto Pajarito Medellín. Cláusula Quinta.

⁴⁵ Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2 – MONTANA B-8 y Mirador de La Cascada. Antecedente Cuarto.

razón del cual se constituyó el Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2 – Montaña B-8 y Mirador de La Cascada⁴⁶.

En la Cláusula Primera de dicho contrato se estableció: i) que la sociedad Fiduciaria sería **“ALIANZA FIDUCIARIA S.A. NIT 860-531315.3, entidad de servicios financieros, encargada de administrar los bienes que conformen el patrimonio autónomo, que actúa como vocera del mismo, en los términos y condiciones establecidos”**; ii) que el Fideicomitente sería **“el FIDEICOMISO PA1, que transfiere a título de fiducia mercantil irrevocable, los recursos”** indicados en el contrato; iii) que el Coordinador del proyecto sería el **“ISVIMED, quien tendría a su cargo fundamentalmente servir de intermediario entre el FIDEICOMITENTE y BENEFICIARIO, el COMITÉ FIDUCIARIO, ALIANZA, el CONSTRUCTOR y el INTERVENTOR”**; iv) que el Constructor sería **“quien por su exclusiva cuenta y riesgo, llevaría a cabo la labor de construcción bajo la modalidad llave en mano”**; y v) que el Interventor sería **“quien por su exclusiva cuenta y riesgo llevaría a cabo la vigilancia, control y seguimiento técnico, administrativo y contable a los contratos celebrados para el desarrollo de los PROYECTOS. Sería quien adelantaría el seguimiento al constructor de acuerdo con el cumplimiento de la programación”**.

3.8. EL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA CELEBRADO ENTRE LAS PARTES.

El 21 de febrero del 2013 **ALIANZA FIDUCIARIA** actuando **“única y exclusivamente en calidad de vocera del FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA-”** en condición de **CONTRATANTE**, la sociedad **INSERCO S.A.** actuando en condición de **CONTRATISTA** y el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN -ISVIMED-** actuando en condición de **COORDINADOR**, celebraron el contrato denominado: **“CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA”**⁴⁷.

Del contrato celebrado -respecto del cual versa este litigio- el Tribunal destaca los siguientes puntos, que resultan trascendentes para la definición de la controversia:

En el negocio jurídico celebrado se estableció que **INSERCO** adquiriría las obligaciones propias del contrato de construcción en la modalidad de administración delegada sin representación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, en el Decreto 2090 de 1986 y con lo pactado expresamente por las partes. Estas dispusieron al respecto en el Contrato:

⁴⁶ Fs. 79 a 96.

⁴⁷ Fs. 97 a 111; 2396 a 2399.

*“Para todos los efectos se entenderá contrato de construcción por el sistema de administración delegada el mandato sin representación conferido por **EL CONTRATANTE**, al **CONTRATISTA**, para que ponga toda su capacidad técnica y administrativa a fin de que en su nombre, pero por cuenta y riesgo del **CONTRATANTE**, ejecute **LA OBRA**, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma; y como contraprestación recibe un reembolso para atender todos los costos directos, incrementados en una suma porcentual sobre los costos directos de la obra, por concepto de gastos de administración y utilidades. Los contratos celebrados entre el aquí contratista y terceros tendrán el carácter de subcontratos y serán de exclusiva responsabilidad del aquí contratista”.* (Subrayas fuera del texto original. Negrillas propias del texto)

El objeto del Contrato de Administración Delegada celebrado se delimitó en la Cláusula Primera de la siguiente forma:

*“**PRIMERA: OBJETO:** En virtud del presente contrato, **EL CONTRATISTA** se obliga a ejecutar bajo su inmediata dirección y vigilancia y con su propio personal, pero por cuenta del contratante, las actividades correspondientes a la construcción por el sistema de administración delegada de **CUATROCIENTAS VEINTICUATRO (424)** unidades de vivienda de interés social prioritario (VIP) en altura, en el proyecto denominado **MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA**, ubicado en el municipio de Medellín, dentro del Macro-Proyecto “Pajarito”, en el lote de terreno ubicado dentro de la Unidad de Gestión 2 del **PLAN PARCIAL PAJARITO**, que para efectos de este documento se denominará **LA OBRA**, de acuerdo con el listado de obras, estudios, planos, diseños, especificaciones y suministrados por **EL CONTRATANTE**, los programas de trabajo definidos de común acuerdo, así como a las actas de obra que las partes, a través de sus representantes autorizados suscriban durante la ejecución de LA OBRA Y los permisos y licencias necesarios para adelantarla”.*

De acuerdo al contenido de la Cláusula Segunda **INSERCO**, en su calidad de contratista se obligó a:

1. *Dirigir la ejecución de LA OBRA ejerciendo la dirección técnica y administrativa de los trabajos, con el fin de lograr la realización de los mismos con sujeción a los estudios, planos, diseños y especificaciones y programas de trabajo*
2. *Revisar y cumplir o hacer cumplir el presupuesto y programación de la obra, con base en todos los estudios, planos y diseños necesarios para la ejecución' de LA OBRA que le sean oportunamente entregados por EL COORDINADOR.*
3. *Efectuar la explicación adecuada de los planos y especificaciones al personal técnico, operarios y subcontratistas que participen en la ejecución de LA OBRA.*
4. *Desarrollar las funciones de consecución, selección y dirección del personal de mano de obra necesario para la ejecución de LA OBRA.*
5. *Pagar los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que directamente o a través de subcontratistas, emplee en la construcción. El incumplimiento de ésta obligación dará derecho a EL CONTRATANTE para dar por terminado el contrato, así como hacer efectivas las garantías sin perjuicio de que pueda igualmente cobrarse la cláusula penal.*
6. *Vincular con cargo a los costos de obra, el personal que directamente o a través de sub contratistas emplee en la construcción, al sistema general de Seguridad Social (pensiones, salud y riesgos profesionales) y cumplir con las obligaciones laborales, fiscales, parafiscales y de seguridad industrial a que haya lugar.*

7. *Adquirir todos los elementos y materiales necesarios para garantizar el desarrollo de la construcción en las condiciones más favorables para EL CONTRATANTE en lo referente a calidad y precio, cediendo a éste el beneficio de todas las rebajas, comisiones y descuentos que pudiera obtener en razón de este contrato.*

Por tanto se entiende que la carencia de equipos adecuados en la obra por causas imputables a EL CONTRATISTA no es justificación para demoras en la ejecución de los trabajos.

PARÁGRAFO: el suministro de equipos y herramientas propias de EL CONTRATISTA que le arriende o venda a EL CONTRANTE (sic) serán controladas por EL INTERVENTOR, el cual los aceptará siempre y cuando sean competitivos y favorables para EL CONTRATANTE.

8. *Garantizar, reparar y mantener, con cargo a los costos de obra, los equipos de construcción que sean necesarios para el desarrollo eficiente de los trabajos, sin perjuicio del derecho de EL CONTRATISTA de exponer a EL CONTRATANTE los motivos por los cuales no los pudo suministrar.*
9. *Celebrar controlar y liquidar los contratos que se requieran para cumplir con las actividades del proyecto y velar porque los subcontratistas cumplan con sus obligaciones legales para con los trabajadores que empleen durante el desarrollo de los respectivos subcontratos.*
10. *Designar y mantener, el personal técnico y administrativo que fuere requerido para la ejecución de LA OBRA.*
11. *Presentar a EL CONTRATANTE, previa aprobación de la interventoría, la relación de los gastos a cancelar dentro de los 15 días siguientes a su presentación, con el fin de que aquel haga los pagos respectivos o suministre los fondos necesarios para cubrir los gastos relacionados con la obra. En la presentación de estas relaciones se realizarán los ajustes necesarios al flujo de caja, según los desembolsos y condiciones comerciales de las contrataciones reales de LA OBRA.*
12. *Presentar quincenalmente a EL CONTRATANTE, la relación de gastos efectuados en la ejecución de LA OBRA, anexando los comprobantes, facturas y demás soportes con los respectivos requisitos fiscales.*
13. *Llevar en forma clara, correcta y precisa la contabilidad de LA OBRA, inventarios, entradas y salidas de materiales del almacén, y facilitar a EL CONTRATANTE las cuentas de gastos efectuados para un adecuado control de costos.*
14. *Suministrar mensualmente a EL CONTRATANTE, una certificación avalada por la Revisoría Fiscal de EL CONTRATISTA sobre de los conceptos, costos e impuestos generados en el correspondiente período de ejecución.*
15. *Responder por el recibo, control de calidad en la entrega, transporte interno de todos los materiales, equipos y herramientas, adquiridos o alquilados con destino a la obra, así como atender el almacenamiento adecuado y la conservación y cuidado de aquellos, para lo cual designará con cargo a los costos de obra, el personal necesario.*
16. *Responder ante terceros por los daños que se ocasionen, cuando provengan de causas imputables a EL CONTRATISTA, sus empleados, dependientes y/o sus sub-contratistas, de conformidad con la ley.*
17. *Presentar e implementar el plan de manejo de riesgos ocupacionales donde conste la política, los propósitos y las actividades del programa de salud ocupacional que implantará durante la ejecución de la obra, incluidos los procedimientos de prevención, con cargo a los costos de obra.*
18. *Mantener en todo momento la obra libre de toda acumulación de desperdicios o de escombros causados por los empleados, dependientes o sub contratistas; a la terminación de la obra, retirar de ella y de sus dependencias y entregar a quien*

- ordene EL CONTRATANTE todos los residuos, herramientas, andamios, sobrantes etc., dejando la obra completamente aseada.
19. Al terminar LA OBRA someter a aprobación de EL CONTRATANTE y/o de LA INTERVENTORÍA, los avalúos que se hagan para la venta de herramientas, materiales y demás elementos sobrantes de la construcción, lo mismo que la lista de tales elementos, cuando deban darse de baja por inservibles, vinculando al final de la obra, a su sistema de compras, todos los inventarios sobrantes. EL CONTRATANTE y/o LA INTERVENTORÍA deberá autorizar toda salida de materiales, herramientas y demás sobrantes de construcción de su propiedad.
 20. Informar a EL COORDINADOR DEL PROYECTO y/o a LA INTERVENTORÍA, todo plan de trabajo que haya de efectuarse en horas extras o días festivos.
 21. Avisar a EL CONTRATANTE Y a LA INTERVENTORIA con una antelación de quince (15) días calendario, la fecha en que se entregará la obra.
 22. Realizar dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrega a LA INTERVENTORÍA, la correspondiente liquidación del presente contrato, para lo cual contará con el visto del INTERVENTOR y/o COORDINADOR, para lo cual podrá contar con un profesional director de obra y un almacenista; el valor correspondiente a este personal durante el perlado de liquidación será cubierto con cargo a los costos de obra.
 23. Cumplir las obligaciones fiscales y parafiscales correspondientes a la ejecución de LA OBRA.
 24. Tramitar por cuenta y riesgo de EL CONTRATANTE, ante las entidades correspondientes, la legalización de servicios definitivos.
 25. Velar y hacer cumplir a sus empleados, dependientes, sub contratistas y cualquier persona o tercero que ingrese a la obra, todas las normas de seguridad industrial y salud ocupacional, así como retirar de la obra a quien no cumpla con los mismas.
 26. Enviar al INTERVENTOR dentro de los cinco (5) días siguientes a los pedidos, a los sub contratos celebrados y demás documentos necesarios para su debida aprobación y duplicado de toda la correspondencia que se elabore en relación con la obra.
 27. Cumplir con todas las obligaciones que se desprendan de la naturaleza de este contrato. Así como con todas las normas y disposiciones que las leyes o reglamentos vigentes a que se expidan, contemplen respecto de la ejecución de obras como la que es objeto de éste contrato.
 28. Realizar con cargo a los costos de obra, examen médico tanto de ingreso como de retiro al personal destinado a su ejecución, dejando pactado que la renuencia o imposibilidad por otra causa de realizar el último, dentro de los cinco días siguientes retiro, eximirá de responsabilidad al CONTRATANTE, al ISVIMED y a EL CONTRATISTA.
 29. Incluir en los subcontratos que celebre, una cláusula en la cual se indique que la vigencia del subcontrato está condicionada al tiempo de ejecución del presente contrato.
 30. Responder ante terceros por los perjuicios que puedan derivarse de la construcción de LA OBRA por causas imputables a EL CONTRATISTA”.

Por su parte **ALIANZA FIDUCIARIA**, en su calidad de vocera del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA-**, asumió las obligaciones de:

1. Suministrar en forma oportuna toda la información que sea necesaria para la ejecución de LA OBRA (planos, especificaciones, diseños debidamente conciliados).

2. *Hacer entrega material del lote y predios en condiciones que permita dar inicio a las obras.*
3. *Llevar en su contabilidad, todas las operaciones realizadas como consecuencia de la ejecución del Contrato de Administración Delegada, como si los estuviera realizando en forma directa.*
4. *Pagar a EL CONTRATISTA los honorarios pactados, así como las relaciones de gastos reembolsables en las oportunidades establecidas para el efecto en el presente contrato y suministrar oportunamente, los recursos necesarios para su correcta ejecución de conformidad con lo previsto en el presupuesto, la programación de obra y el flujo de caja, siempre que EL COORDINADOR los haya aportado de conformidad con lo previsto en el plan de inversiones.*
5. *Permitir dentro del inmueble las instalaciones provisionales y administrativas de LA OBRA necesarias para su ejecución.*
6. *Recibir LA OBRA a través de EL INTERVENTOR a la finalización de la construcción, previo aviso de 15 días por parte de EL CONTRATISTA, realizando oportunamente todas las acciones tendientes a la liquidación de la obra”.*

Así mismo, el **ISVIMED** en su condición de Coordinador del Proyecto adquirió las siguientes obligaciones:

1. *Servir de enlace entre CONTRATISTA y CONTRATANTE, para todos los aspectos relacionados con el presente contrato.*
2. *Coordinar las actividades de EL CONTRATISTA, los terceros contratistas y los demás participantes en LA OBRA.*
3. *Enterar a EL CONTRATISTA oportunamente y durante la ejecución del presente contrato de las observaciones e indicaciones necesarias para la cabal ejecución del diseño y construcción de LA OBRA.*
4. *Suministrar oportunamente la información y la documentación que solicite EL CONTRATISTA y que esté relacionada con el objeto del presente contrato.*
5. *Suministrar a EL CONTRATANTE los recursos necesarios para cubrir los honorarios y los gastos reembolsables de conformidad con el presupuesto, la programación de obra, el flujo de caja y el plan de inversiones.*
6. *Informar a EL CONTRATISTA con la debida anticipación de los aumentos, recortes o la suspensión de los trabajos contratados.*
7. *Realizar la entrega material a EL CONTRATISTA del(os) predio(s) donde se construirá el Proyecto MONTAÑO (sic) B8 y MIRADO (sic) DE LA CASCA (sic) y responder por el saneamiento por evicción y vicios redhibitorios.*
8. *Acompañar a EL CONTRATISTA en los trámites de entrega final a las Empresas Públicas de Medellín y a Planeación Municipal.*
9. *Las obligaciones que se desprendan por efecto de cesiones de zonas verdes y equipamiento que exijan las Entidades Municipales.*
10. *Cubrir los gastos de administración y constitución de la Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Pagos, Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA.2- MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA - Nit. 830.053.812-2, celebrado con ALIANZA FIDUCIARIA S.A. el 17 de diciembre de 2012.*
11. *Responder por la consecución de los recursos que se requieran para la construcción total de LA OBRA, para efectos del cumplimiento del pago total del valor del contrato.*
12. *Velar por el cumplimiento de LA PROPUESTA la cual hace parte del presente contrato como anexo.*
13. *Aprobar en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su presentación, la relación de gastos a que se refiere el numeral 11 de la cláusula segunda.*

14. *Aprobar los pagos que han de hacerse a EL CONTRATISTA según lo convenido en el presente contrato.*
15. *Recibir a satisfacción todos los productos del presente contrato, previo aviso de EL CONTRATISTA, para dicho efecto, realizando oportunamente todas las actas de recibo a satisfacción y las demás acciones tendientes a la liquidación del objeto del presente contrato.*
16. *Hacer entrega oportuna de la licencia de construcción vigente, con una duración igual o mayor a la prevista, al igual que de todos los estudios, licencias y permisos requeridos para su ejecución, debidamente aprobados por las autoridades competentes.*
17. *Entregar a EL CONTRATISTA los estudios y diseños debidamente aprobados por las entidades competentes.*
18. *Responder ante terceros por los perjuicios que puedan derivarse de la naturaleza del terreno o de la construcción de LA OBRA, salvo que sean imputables a EL CONTRATISTA y/o sus subcontratistas.*
19. *Asumir el daño patrimonial, incluido el daño emergente y el lucro cesante, que llegue a derivarse de la ejecución de la obra y que no haga p (sic)".*

Las funciones de la Interventoría fueron determinadas en la Cláusula Tercera del Contrato, así:

- a. *Revisar las cuentas que presente EL CONTRATISTA en un lapso de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha en que éstas fueron presentadas por EL CONTRATISTA para su revisión. Si pasado este lapso sin que EL INTERVENTOR las hubiere objetado, se entenderá que éstas fueron aprobadas.*
- b. *Aprobar en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su presentación, la relación de gastos a que se refiere el numeral 11 de la cláusula segunda.*
- c. *Aprobar o no las propuestas que presente EL CONTRATISTA para compras, gastos o subcontratos que hayan de realizarse en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su presentación.*
- d. *Inspeccionar los materiales de construcción, de acuerdo con las especificaciones predeterminadas.*
- e. *EL INTERVENTOR podrá designar un ingeniero o arquitecto auxiliar, residente en la obra, quien tendrá las atribuciones que EL INTERVENTOR titular le delegue.*
- f. *Aprobar o no los planes de trabajo que debe ejecutar EL CONTRATISTA Y autorizar las modificaciones del mismo si fuere necesario en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de su presentación*
- g. *Aprobar o no las propuestas para el alquiler de equipos y herramientas que sean necesarias en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su presentación.*
- h. *Aprobar un estudio y una tabla de salarios y prestaciones sociales para el personal de la obra presentado por EL CONTRATISTA, lo mismo que las modificaciones que puedan surgir durante la ejecución de la misma, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de su presentación.*
- i. *Solicitar el retiro o cambio del personal, cuando a su juicio lo considere inconveniente, para la buena marcha de las obras.*
- j. *Cerciorarse de que se cumplan los planos y especificaciones.*
- k. *Tomar las muestras que estime conveniente de los materiales, mezclas, etc., que EL CONTRATISTA desee usar o use en la obra, para someterlos a exámenes de laboratorio y ordenar las pruebas que sean necesarias para comprobar la calidad o resistencia de las obras, las cuales serán pagadas por EL CONTRATANTE de conformidad con la cláusula octava numeral 14.*

- l. Proponer a EL CONTRATANTE la destinación de los elementos de la obra.*
- m. EL INTERVENTOR o el auxiliar y sus ayudantes tendrán libre acceso a la obra en todo tiempo, y EL CONTRATISTA les proporcionará la información que éstos le soliciten.*
- n. Comunicar sus órdenes por escrito y confirmar también por escrito las instrucciones verbales que de (sic) a EL CONTRATISTA.*
- o. Resolver las consultas que le presente EL CONTRATISTA en el desarrollo de los trabajos dentro de los cinco (5) días calendario, siguientes a su presentación.*
- p. Convenir las obras adicionales que se requieran y aprobar, en forma previa a su ejecución, los precios que deban pagarse por las mismas y el plazo para su construcción, todo lo cual se someterá a la aceptación final de EL CONTRATANTE Y EL COORDINADOR.*
- q. Autorizar los trabajos en horas extras, diurnas o nocturnas, con el fin de lograr una mayor intensificación de los mismos.*
- r. Hacer recibo parcial y total de la obra mediante acta de entrega y recibo que para su validez requieren el visto bueno de EL CONTRATANTE”.*

El precio del Contrato se estableció en la suma de **\$1'055.422.232** más IVA⁴⁸, y el valor de la obra se tasó en la suma de **\$15'421.131.360**⁴⁹. Los honorarios de la Contratista fueron pactados en la suma equivalente al 5.9% del valor del contrato.

En lo concerniente a la forma de pago de los honorarios de la Contratista se estableció en la Cláusula Octava lo siguiente:

“OCTAVA. FORMA DE PAGO DE HONORARIOS:

1. EL CONTRATISTA presentará la factura a nombre de **ALIANZA FIDUCIARIA COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO MONTAÑA B-8 y MIRADOR DE LA CASCADA** y la entregará directamente a **EL COORDINADOR DEL PROYECTO**, en la sede administrativa, del **ISVIMED** en Medellín, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes. **EL COORDINADOR DEL PROYECTO** contará con un periodo de diez (10) días hábiles contados a partir de la radicación de la factura, para revisarla, vencido el cual se entenderá como aprobada si no se le hubieren formulado observaciones dentro del mismo plazo. En ningún caso se entregarán las facturas directamente en **ALIANZA FIDUCIARIA**, ni se emitirán directamente a nombre de ésta como sociedad fiduciaria y de hacerlo, se entenderán por no presentadas ni aceptadas.

2. En caso de observaciones o glosa a honorarios facturados, debidamente sustentadas por escrito, **EL CONTRATISTA** se obliga a anular dicha factura y a presentar una nueva factura por el valor no glosado que se cancelará dentro del plazo establecido en esta cláusula; respecto a honorarios objetados, **EL CONTRATISTA** contará con un plazo de cinco (5) días hábiles para subsanar el tema y expedirá una factura por el saldo restante que deberá contar con la aprobación de **EL COORDINADOR DEL PROYECTO** dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la radicación.

3. Vencido el periodo de diez (10) días hábiles previsto para la revisión y aprobación por parte de **EL COORDINADOR DEL PROYECTO**, las remitirá inmediatamente a la **FIDUCIARIA** quien las cancelará máximo dentro de 2 días hábiles subsiguientes.

PARÁGRAFO: Se acuerda entre las partes que el último pago; correspondiente al 10% del mismo, el cual es la suma de \$105.542.233, serán pagaderos una vez se haya entregado la

⁴⁸ Cláusula Sexta.

⁴⁹ Cláusula Séptima.

obra al Instituto Social de Hábitat y Vivienda de Medellín –**ISVIMED**-, suscripción del acta de liquidación y aprobación de las pólizas de estabilidad y certificado de habitabilidad”.

Respecto de los gastos reembolsables se pactó en la Cláusula Novena del Contrato lo siguiente:

“NOVENA. GASTOS REEMBOLSABLES: EL CONTRATANTE reconocerá y pagará a **EL CONTRATISTA** durante la ejecución de **LA OBRA** para la buena marcha y ejecución de la misma, entre otros los siguientes gastos reembolsables y aquellos que tengan relación de causalidad con el negocio que aquí se ejecuta:

1. Los salarios y prestaciones sociales, aportes parafiscales, indemnizaciones y demás cargas laborales del personal profesional, administrativo y obrero de **EL CONTRATISTA** asignado para **LA OBRA**, tales como Director de Construcción en el porcentaje que le dedique a la obra, el Director de Obra, Residente Técnico y Residente Administrativo, Maestro de Obra, Tecnólogo en Construcción, Residente Ambiental o Ingeniero Ambiental, Técnico en Siso, Almacenista, Mensajero, Vigilancia, entre otros.
2. Los gastos indirectos fijos de oficina y los gastos fijos de amueblamiento y dotación.
3. Los gastos de materiales, equipos, herramientas y de mano de obra que se causen durante el desarrollo del proyecto, que hubieren sido adquiridos directamente por **EL CONTRATISTA**, autorizado previamente por **EL CONTRATANTE**.
4. Los pagos hechos a subcontratistas.
5. Los gastos de materiales y mano de obra que se causen por la atención de pos construcción que se haga necesaria por motivos no imputables a **EL CONTRATISTA**.
6. Los equipos y demás elementos de propiedad de **EL CONTRATISTA** destinados a **LA OBRA**.
7. Los costos de obra incluyendo los de instalación y operación de las instalaciones provisionales y el personal no profesional como Maestros, Almacenistas, Inspector de Seguridad, Vigilancia, Secretaria, Oficiales, Ayudantes, Patieros, Mensajero, etc.
8. La señalización y los cerramientos provisionales,
9. La dotación necesaria para cumplir con los estándares previstos en las normas de salud ocupacional, prevención y control de riesgos laborales.
10. Pago de horas extras, festivas, nocturnas, etc.
11. Pagos correspondientes a alimentación y transporte, en caso de ser requeridos y autorizados en razón de trabajos nocturnos y/o en días festivos.
12. Los impuestos, licencias y permisos necesarios para la ejecución de **LA OBRA** que no sean suministrados por **EL CONTRATANTE**.
13. El valor de las primas correspondientes a las pólizas de seguro que hayan de suscribirse conforme a lo previsto en este contrato.
14. El valor de los deducibles a que haya lugar por la efectividad de las citadas pólizas.
15. El valor de los ensayos de materiales, laboratorios, perforaciones, pruebas, etc.
16. Personal adicional como asesores y personal complementarios entre otros.
17. El valor de la papelería, fotocopias, planos e insumos requeridos con ocasión de la ejecución de **LA OBRA**, al igual que la caja menor, siempre y cuando no hagan parte de los relacionados con la Administración delegada y que sean requeridos por **EL CONTRATISTA**, para el desarrollo interno de su labor.
18. Los costos de operaciones financieras tales como comisiones, costo de transferencias electrónicas, impuestos a las transacciones en caso de que fuere indispensable su cancelación, las retenciones e impuestos que se originen en la causación de las facturas o documentos de cobro y cheques, entre otros.
19. Los demás conceptos contemplados en la reglamentación de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, para la modalidad de construcción ofrecida.

Sobre los salarios del personal profesional y administrativo vinculado laboral y directamente con **EL CONTRATISTA**, **EL CONTRATANTE** pagará hasta el 62,70% correspondiente a prestaciones sociales legales, aportes parafiscales y de seguridad social. Cuando el personal sea vinculado a **LA OBRA** a través de contratos de prestación de servicios, **EL CONTRATANTE** pagará a **EL CONTRATISTA** solo el monto de los honorarios pactados.

Para el personal obrero o de planilla vinculado directamente por **EL CONTRATISTA**, el recargo que pagará **LA CONTRATANTE** será de 71,07% el valor de las planillas de liquidación semanales, los cuales incluyen el pago de las obligaciones con la seguridad social, prestaciones sociales legales y extralegales, demás pagos y aportes parafiscales, además de los recargos a que haya lugar por laborar en horas extras o jornadas extendidas”.

En la Cláusula Décima se pactó la forma de pago de los gastos reembolsables, en los siguientes términos:

“DÉCIMA. PAGO DE GASTOS REEMBOLSABLES: El valor total de los gastos reembolsables a los que hace referencia el Formulario 3 Gastos Reembolsables, se estima en la suma de \$ (\$1.152.104 .800) los cuales serán reembolsados de la siguiente manera:

- 1 A la legalización del presente contrato, **EL CONTRATISTA** recibirá como anticipo una suma equivalente al 30% del valor de los gastos reembolsables, o sea la suma de (\$345.631.144), previa la presentación de la garantía de buen manejo de anticipo, suma que será amortizada en las actas de pago parciales mensuales.
- 2 La suma de los \$806'473.656 restantes se pagará mensualmente una vez aprobados por **EL COORDINADOR DE LA OBRA**, los extractos correspondientes a períodos mensuales causados.

PARÁGRAFO PRIMERO: Si el contrato tuviese que ser prorrogado por alguna razón, los gastos reembolsables serán adicionados en proporción a la prórroga.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Se anexa cuadro con formato de honorarios (Formulario 2 Honorarios) y formato de gastos reembolsables (Formulario 3 Gastos Reembolsables)

PARÁGRAFO TERCERO: El valor estimado en esta cláusula como gastos reembolsables, corresponde a los ítems, valores y cantidades mínimos previstos en el Formulario 3 Gastos Reembolsables que hace parte integrante de este documento; por lo tanto, en el evento que por necesidades de la obra o por acuerdo entre las partes dichos ítems, valores y cantidades deban ser aumentados, se entenderá incrementado el valor de gastos reembolsables previsto en esta cláusula de acuerdo a los correspondientes valores unitarios de que se trate y el número de meses por el que se requiera”.

Las partes previeron la constitución de un Fondo Rotatorio cuyo funcionamiento estaría acorde con la Cláusula Décima Primera del Contrato, la cual es del siguiente tenor:

“DÉCIMA PRIMERA. FONDO ROTATORIO DE INVERSIÓN: El **ISVIMED** a través de **ALIANZA FIDUCIARIA** se compromete a suministrar los recursos necesarios para la ejecución de los trabajos objeto de este contrato, mediante la creación de un fondo rotatorio de inversión a nombre de **EL CONTRATISTA** que tendrá un valor inicial del 20% (Veinte por

ciento) del estimativo de los costos directos de la obra, por un valor igual a TRES MIL OCHENTA y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTISÉIS MIL DOSCIENTOS SETENTA y DOS PESOS (**\$3.084.226.272**). El retiro de los recursos del fondo por parte de **EI CONTRATISTA** estará por escrito de la **INTERVENTORÍA** y el **ISVIMED** y deberán ser periódicamente y de común acuerdo con **EL CONTRATANTE**.

EI FONDO ROTATORIO deberá ser legalizado como mínimo, previa solicitud de recursos sin que se agote el monto inicialmente establecido.

PARÁGRAFO PRIMERO: Todos los retiros de este fondo tendrán que ser firmados por **EL CONTRATISTA**, el **ISVIMED** y la interventoría, junto con la solicitud correspondiente y debidamente soportada con la relación que discrimina los pagos de mano de obra, materiales, equipos y subcontratistas, que el contratista enviará los días martes en horas de la mañana. El comité de obra deberá ser informado periódicamente sobre el movimiento del fondo rotatorio de inversión sin que por ello se releve a **EL CONTRATISTA** Y el Interventor de cada una de las responsabilidades que le corresponden, y al otro como supervisor.

Para la realización de los pagos, todas las facturas o documentos de cobro de los costos y gastos del proyecto, se causarán contablemente con la autorización de **EL INTERVENTOR** de **EL COORDINADOR DEL PROYECTO** y del Director de obra de **EL CONTRATISTA**, en virtud de las correspondientes firmas en el documento.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Las relaciones de gastos no implican recibo ni aceptación de la obra por parte del **ISVIMED**, sino que constituyen un elemento que por la naturaleza del contrato, se usa para efectuar pagos. El recibo y aceptación solo se efectuará al final de la obra y de una manera general.

PARÁGRAFO TERCERO: si **EL CONTRATISTA** incumple sus compromisos laborales o comerciales relacionados con el contrato o surgen reclamaciones de cualquier índole que afecten la ejecución de la obra, y éste no logra justificar las causas, **ALIANZA FIDUCIARIA** procederá, previa autorización del **ISVIMED**, a pagar las obligaciones a nombre de **EL CONTRATISTA**, con cargo a los recursos del fondo rotatorio. **ALIANZA FIDUCIARIA** podrá inclusive hacer efectiva la póliza de correcto manejo del fondo rotatorio de Inversión si **EL CONTRATISTA** maneja de forma inapropiada los recursos, los desvía o no los aplica con el rigor debido”.

En la Cláusula Décima Segunda se pactó lo relacionado con el personal de la obra y los subcontratistas, disponiéndose al respecto:

“DÉCIMA SEGUNDA. PERSONAL DE LA OBRA: Las partes contratantes dejan expresa constancia de que los obreros, subcontratistas y demás trabajadores empleados en **LA OBRA**, no tienen relación jurídica directa con **EL CONTRATANTE**, sino con **EL CONTRATISTA** y que, en consecuencia, éste está obligado a atender con los fondos que **EL CONTRATANTE** le suministre, el pago de salarios, prestaciones, honorarios y demás obligaciones que le impone la respectiva legislación.”

En la Cláusula Décima Cuarta las partes fijaron en diez meses el plazo de duración de la obra, el cual comenzaría a correr a partir de la suscripción del acta de inicio. Al respecto se acordó:

“DÉCIMA CUARTA. DURACIÓN DE LA OBRA: El plazo para la ejecución de LA OBRA, se estima en diez (10) meses contados a partir del día de suscripción del acta de inicio de **LA OBRA**.

Habrà lugar a la suscripción del acta de inicio una vez firmado el contrato por ambas partes, entregados por parte de **EL CONTRANTE** (sic) de los planos, estudios y diseños necesarios para la construcción, de todas las licencias y permisos necesarios, de la aprobación de pólizas, de la disponibilidad de fondo rotatorio y de la entrega del sitio de la obra en forma que permita dar inicio inmediato a la construcción,

EL CONTRATANTE concederá ampliación del plazo aquí previsto para la entrega de las obras, cuando por circunstancias ajenas a **EL CONTRATISTA** y por fuera del control del mismo, así lo justifiquen y en especial en los siguientes casos:

- Si los trabajos no pudieren realizarse o deban suspenderse por fuerza mayor o caso fortuito, debidamente sustentados.
- Por modificaciones y/o cambios introducidos por **EL CONTRATANTE**, o convenidos por las partes a los planos, especificaciones o metodologías constructivas
- Por mutuo acuerdo entre las partes.

A la terminación de las obras a satisfacción de **EL CONTRATANTE**, las partes acordarán lo pertinente a la entrega de la misma”.

Las causales de suspensión del contrato fueron establecidas en la Cláusula Décima Octava en los siguientes términos:

“DÉCIMA OCTAVA. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: Las partes podrán suspender el contrato por mutuo acuerdo, por caso fortuito o fuerza mayor; en estos casos **EL CONTRATISTA** tendrá derecho a que se liquiden y paguen los honorarios correspondientes a los trabajos ejecutados conforme al contrato, hasta el momento de la suspensión; así mismo a que se le paguen todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como resultado de subcontratos, órdenes de compra y en general compromisos adquiridos, que tengan destinación específica para LA OBRA.

En caso de suspensión se entiende que no habrá terminación del contrato y que éste no entrará en liquidación, pudiendo ser reiniciado cuando se modifiquen las causas que obligaron a las partes a tomar tal decisión. Para tal efecto, **EL CONTRATISTA** prorrogará la vigencia de las garantías establecidas en este contrato por un término igual al de la suspensión y con cargo a los recursos del **FIDEICOMISO**.

PARÁGRAFO: Se consideraran (sic) razones de suspensión del presente contrato, según denuncia verificada por la autoridad correspondiente y presentada a **EL COORDINADOR DEL PROYECTO**, las siguientes circunstancias: Amenazas contra la integridad personal y vida de las personas vinculadas o que presten servicios a la obra, actos terroristas, bloqueos o impedimentos para el acceso a la obra de material, maquinaria o del personal de la obra, operaciones militares, enfrentamientos armados. En éstos eventos se reanudarán las obras una vez las autoridades competentes informen de la normalidad de situación de seguridad de la zona en la cual se ejecuta el proyecto”.

En la Cláusula Décima Novena se le atribuyó a la Contratante la facultad de imponer multas a la Contratista, así:

“DÉCIMA NOVENA. MULTAS: Contractualmente se pactan las siguientes causales de multa, cuando la mora o incumplimiento provengan de causas imputables a EL CONTRATISTA:

- a) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a ampliar en valor y/o en plazo, la garantía única de cumplimiento en cualquiera de sus riesgos amparados, cuando a ello hubiere lugar, el 1 por ciento del valor del contrato.*
- b) *Por mora o Incumplimiento de las obligaciones referentes a iniciar o reanudar los trabajos, según el caso, en la fecha determinada, el 1 por 1000 del valor del contrato por cada día de mora, sin superar el 3% del valor total del mismo.*
- c) *Por suspensión temporal de la obra por causas imputables a EL CONTRATISTA, el 1 por mil del valor total del contrato por cada día de mora sin superar el 3% del valor total del mismo.*
- d) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a acatar las órdenes de LA INTERVENTORÍA para que se corrijan defectos observados en la obra, el 0.5 por mil del valor total del contrato por cada día de mora en el incumplimiento de éste requisito, contado a partir de la fecha en que se haya dado la orden por escrito por parte de EL INTERVENTOR sin superar el 2% del valor total del mismo.*
- e) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a acatar las órdenes de LA INTERVENTORÍA para que se tomen las medidas de seguridad necesarias para la prevención de accidentes, el 0.5 por mil del valor total del contrato por cada día de mora en el cumplimiento de este requisito, contado a partir de la fecha, en que se haya dado la orden por escrito por parte de EL INTERVENTOR, sin superar el 2% del valor total del contrato.*
- f) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a disponer del residente o demás personal requerido en LA OBRA por causas imputables a EL CONTRATISTA, o por reemplazarlo sin previa autorización de LA INTERVENTORÍA, por cada día de mora en el cumplimiento de éste requisito, el 1 por mil del valor total del contrato sin superar el 2% del valor total del mismo, lo cual no exonera a EL CONTRATISTA del cumplimiento de esta obligación.*
- g) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a suministrar oportunamente el equipo exigido y necesario para el adecuado desarrollo de los trabajos por causas imputables a EL CONTRATISTA, por cada día de mora en el cumplimiento de éste requisito, el 1 por mil del valor total del contrato, sin superar el 2% del valor total del mismo.*
- h) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes de instalar y mantener la señalización preventiva durante la ejecución de la obra. Por cada día de mora en el cumplimiento de ésta obligación, el 0.1 por mil del valor total del contrato sin superar el 5% del valor total del mismo.*
- i) *Por cambios en las especificaciones que no hayan sido autorizados por el ISVIMED, el 2% del valor total del contrato, lo cual no exonera a EL CONTRATISTA de la obligación de realizar LA OBRA según lo estipulado en el contrato.*
- j) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a la prohibición de depositar escombros en sitios no autorizados por escrito por LA INTERVENTORÍA, o el no retiro oportuno de los escombros en la obra, el 1 por mil del valor total del contrato, sin superar el 2% del valor total del mismo.*
- k) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a acatar las medidas de seguridad industrial e higiene; o de las instrucciones de EL INTERVENTOR al respecto, por cada día de mora en el cumplimiento de ese requisito, el 0.1 por mil del valor total del contrato sin superar el 5% del valor total del mismo.*
- l) *Por cada día de retraso en la entrega de la obra, por causas imputables a EL CONTRATISTA, el 1 por mil del valor total del contrato*

- m) *Por mora o incumplimiento de las obligaciones referentes a presentar los documentos exigidos para la liquidación del contrato dentro del plazo establecido para el efecto según las disposiciones vigentes, por causas imputables a EL CONTRATISTA, el 0.3% del valor total del contrato.*
- n) *Por mora o incumplimiento de aportes al Sistema de Seguridad Social y parafiscales, por causas imputables a EL CONTRATISTA, el 1 % del valor total del contrato.*

PARÁGRAFO PRIMERO: *En caso que la sumatoria de los valores de los pagos a título de multas exceda a un valor equivalente al 10% del valor total del contrato, **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, como vocera del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 - MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA - NIT. 830.053.812-2**, queda facultada para terminar por anticipado el presente contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales para obtener el pago. Lo anterior sin perjuicio de que se hagan exigibles las garantías establecidas en el contrato, así como la cláusula penal.*

PARÁGRAFO SEGUNDO: *Previa certificación escrita de **EL INTERVENTOR** dirigida a **LA FIDUCIARIA** y al **ISVIMED**, sobre el incumplimiento de alguna de las obligaciones de **EL CONTRATISTA**, por causas que le sean imputables, y antes de proceder a la imposición de las multas y penalidades establecidas en el presente contrato, **EL COORDINADOR DEL PROYECTO** deberá notificar por escrito el incumplimiento a **EL CONTRATISTA**, para que éste último proceda a solucionar la situación de incumplimiento dentro de un término de cinco (5) días calendario siguientes a la fecha en que se le haya notificado el incumplimiento; en el evento de no poder atender el requerimiento de que se trate en el término mencionado, **EL CONTRATISTA** deberá presentar a **EL COORDINADOR DEL PROYECTO** debidamente sustentadas las razones por las cuales no es posible hacerlo en el término fijado, las cuales serán evaluadas por **EL COORDINADOR DEL PROYECTO**, quien decidirá si procede a la imposición de la multa respectiva. En caso de procedencia **EL ISVIMED**, instruirá a **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, para que como vocera del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 - MONTAÑA B.8 Y MIRADOR DE LA CASCADA - NIT. 830.053.812-2**, proceda a cobrar los dineros certificados por **EL INTERVENTOR** a título de multa.*

Las partes acordaron una cláusula penal sancionatoria, que se pactó en la Cláusula Vigésima del Contrato de la siguiente forma:

“VIGÉSIMA. CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA: *Ante el incumplimiento parcial o total del contrato por parte de **EL CONTRATISTA** de las obligaciones en forma tal que pueda afectar la ejecución del contrato, **EL CONTRATANTE** podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que para efectos de éste contrato se establece en el 10% del valor total del mismo. La presente cláusula penal no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios, ni su pago extinguirá las obligaciones contraídas por **EL CONTRATISTA** en virtud del presente contrato, En consecuencia, la estipulación y el pago de la pena dejan a salvo el derecho de **EL CONTRATANTE** de exigir acumulativamente con ella el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Lo anterior sin perjuicio de que puedan hacerse exigibles las garantías establecidas en el contrato”.*

Las causales de terminación del Contrato y el procedimiento para la terminación de este fueron acordados por las partes en la Cláusula Vigésima Séptima, así:

“VIGÉSIMA SÉPTIMA. TERMINACIÓN: ***EL CONTRATISTA** deberá ser notificado mediante escrito motivado proveniente de **EL CONTRATANTE**, su decisión de terminar el contrato.*

Este escrito deberá ser notificado con 30 días de anticipación a la fecha que en el mismo escrito **EL CONTRATANTE** establezca como finalización del contrato.

Si el contrato no se termina por causas imputables a **EL CONTRATISTA**, éste tendrá derecho a los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato, a las indemnizaciones correspondientes y a todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato o con ocasión del mismo, previa aprobación de **LA INTERVENTORÍA** y el **ISVIMED**. En tal virtud **EL CONTRATISTA**, **EL CONTRATANTE** e **ISVIMED** suscribirán un acta en la que indiquen los trabajos comprometidos y ejecutados, su cantidad y el material entregado y puesto en obra.

Si el contrato, se terminare por causas imputables a **EL CONTRATISTA**, éste no tendrá derecho a indemnización alguna en su favor, pero si al pago de los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato y de todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato y con ocasión del mismo, previa aprobación de **LA INTERVENTORÍA** y el **ISVIMED**; en este caso se podrán hacer efectivas las garantías constituidas, se cobrará la cláusula penal, la multa e igualmente las demás sumas a las que haya lugar si con el incumplimiento de **EL CONTRATISTA** se llegaren a generar perjuicios.

El no pago oportuno de honorarios y gastos reembolsables por parte de **EL CONTRATANTE**, faculta a **EL CONTRATISTA** para suspender el contrato, debiendo **EL CONTRATANTE** reconocerle y pagarle los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha de la suspensión y las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato o con ocasión del mismo, e intereses de mora a la tasa máxima legal permitida; pasado un mes de la suspensión, **EL CONTRATISTA** podrá dar por terminado el contrato y tendrá derecho a los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato, así mismo tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes y a los pagos a favor de terceros a los que se hace referencia en este párrafo.

Las partes podrán terminar el presente contrato por las siguientes causales:

1. La incapacidad financiera de **EL CONTRATISTA** o el embargo por terceros que afecte la ejecución del proyecto.
2. El incumplimiento de los compromisos principales derivados de este contrato que de manera grave y directa afecten la ejecución de LA OBRA Y evidencien que pueden conducir a su paralización.
3. El apartarse de las especificaciones de la obra sin aceptación de **EL CONTRATANTE** o su delegado para tal efecto.
4. La disolución de la sociedad de **EL CONTRATISTA**.

El análisis del negocio jurídico descrito permite reconocer un contrato plurilateral, del que fueron partes: i) **ALIANZA FIDUCIARIA**, en su calidad de vocera del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA** como Contratante; ii) **INSERCO** como Contratista; y iii) el **ISVIMED** como Coordinador del proyecto.

Las cláusulas contractuales citadas dejan en claro que: i) el Contrato acordado por las partes se corresponde con un típico contrato de obra por el sistema de

administración delegada que en el caso concreto se celebró bajo la modalidad de un mandato sin representación otorgado a la Contratista, quien en coherencia con esta figura contractual, **obraba en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo de la Contratante**; ii) las partes establecieron que los honorarios pactados se causarían a favor de la Contratista de manera paulatina, en proporción a la ejecución de la obra; y iii) para el cumplimiento de la obligación principal de **INSERCO** consistente en la entrega de la obra concluida se acordó un plazo de diez meses.

En coherencia con la modalidad contractual acordada: i) la Contratante asumió la obligación de pagar los honorarios causados y de suministrar los recursos necesarios para la ejecución del proyecto, siempre y cuando el **ISVIMED** los hubiera “*aportado de conformidad con lo previsto en el plan de inversiones*”, ii) el **ISVIMED** se obligó a proveer los recursos que se requiriesen para la ejecución del Contrato y para el pago de los honorarios de la Contratista; y iii) **INSERCO** se obligó a la dirección de la obra y a la gestión adecuada de los recursos.

Consecuente con ello: i) se estableció que la Contratista sería la encargada de la celebración en nombre propio de los subcontratos que se requiriesen para la ejecución de la obra, correspondiéndole su gestión, manejo y control; y ii) se determinó el derecho de la Contratista a obtener el reembolso de los gastos en los que incurriera (determinados en el negocio jurídico celebrado).

Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato celebrado y los intereses que el mismo vinculaba como proyecto de vivienda de interés social, se le atribuyó a la Interventoría un rol especialmente relevante en relación con la revisión, inspección y control de la obra y de las actividades a desarrollar por la Contratista.

Las partes previeron mecanismos para sancionar eventuales incumplimientos de la Contratista, que se concretaron en la atribución a la Contratante de imposición de multas y en el pacto de una cláusula penal sancionatoria.

Igualmente, las partes regularon las causales y procedimientos para la suspensión y la terminación del Contrato, quedando claro que aun si el Contrato terminaba por conducta imputable a la Contratista, ésta tendría derecho al pago de los honorarios causados y al reembolso de los gastos efectuados, incluidos los concernientes a los subcontratos.

3.9. LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, SUS MODIFICACIONES, SUSPENSIONES Y TERMINACIÓN.

El 23 de abril de 2013 se suscribió el Acta de Inicio del Contrato entre **ALIANZA FIDUCIARIA** e **INSERCO**⁵⁰.

El 26 de abril de 2013 las partes suscribieron Otrosí No. 1 al Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada en el cual modificaron la Cláusula Sexta relacionada con el precio del contrato y el inciso tercero de la Cláusula Séptima referida a los honorarios de la Contratista⁵¹.

El 6 de diciembre de 2013 se suscribió el Otrosí No. 2 en el cual: i) se modificaron las Cláusulas Sexta y Séptima del Contrato, en el sentido de aclarar los costos directos e indirectos de la obra; ii) se modificó la Cláusula Novena en lo concerniente a los gastos reembolsables que serían reconocidos a la Contratista⁵²; iii) se modificó la Cláusula Décima Cuarta ampliando el plazo de ejecución de la obra de 10 meses a 11 meses y 6 días; iv) se modificó la Cláusula Décima Primera en cuanto al Fondo Rotatorio de Inversión; y v) se adicionaron la cláusula Trigésima Primera y Trigésima Segunda para incluir la determinación de los gastos de personal profesional y no profesional, y la creación de una cuenta especial de IVA recuperable ante la DIAN.

El 31 de marzo de 2014 se suscribió el Otrosí No. 3 al Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada en el cual se amplió el plazo del contrato a 14 meses y 4 días (hasta el 30 de junio de 2014)⁵³.

Mediante comunicación de 27 de junio de 2014 **ALIANZA FIDUCIARIA** informó a **INSERCO** que el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** y el **ISVIMED** decidieron “*de común acuerdo*” ampliar el plazo del Contrato hasta el 30 de agosto de 2014 (16 meses y 4 días)⁵⁴.

⁵⁰ Fl. 112.

⁵¹ Fl. 113.

⁵² Cláusula Novena modificada: “**CLÁUSULA NOVENA: GASTOS REEMBOLSABLES:** EL CONTRATANTE reconocerá y pagará a EL CONTRATISTA durante la ejecución de LA OBRA para la buena marcha y ejecución de la misma, los siguientes gastos reembolsables:

1. Viajes y viáticos del contratista y de sus empleados y personas a cargo para efectos del proyecto, cuando tengan que trasladarse fuera de su domicilio contractual para cualquier asunto relacionado con la obra.

2. Cables, portes y otros tipos de telecomunicaciones relacionados con el trabajo.

3. Copias heliográficas, fotografías, maquetas, fotocopias, grabaciones, películas y todo tipo de reproducción de originales.

4. Ensayos de laboratorio y honorarios de especialistas, y estudios de ingeniería.

5. Honorarios o salarios y prestaciones sociales de todo el personal profesional que sea necesario disponer en el sitio de la obra, de tiempo parcial o permanente, tales como los residentes de obra con sus auxiliares profesionales, residente ambiental o ingeniero ambiental.

6. Los gastos indirectos fijos de oficina y los gastos fijos de amueblamiento y dotación de las oficinas en obra.

7. Pólizas de seguro, sus primas y deducibles a que haya lugar por la efectividad de las pólizas.

8. Impuestos y tasas municipales directamente relacionados con la obra.

9. Otros gastos que no sean imputables a la operación normal del contratista y que efectúe con destino específico al trabajo que la entidad contratante le haya encomendado, siempre y cuando no sea costo directo de la obra.

1 O. El contratante reconocerá y pagará al contratista sobre los salarios del personal profesional y administrativo vinculado laboral y directamente por éste, el 62.70% lo correspondiente a prestaciones sociales legales, aportes parafiscales y de seguridad social

⁵³ Fs. 122 vto. a 124.

⁵⁴ Fl. 129.

El 30 de septiembre de 2014 la sociedad **ALIANZA FIDUCIARIA** comunicó a **INSERCO** que el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** y el **ISVIMED** aprobaron la ampliación del plazo contractual hasta el 30 de octubre de 2014⁵⁵.

El 1° de octubre de 2014 **ALIANZA FIDUCIARIA** en su condición de Fiduciaria, **GUTIÉRREZ DÍAZ Y CIA S.A.**, actuando como interventora, **INSERCO**, en su condición de Contratista y el **ISVIMED** como Coordinadora del Proyecto, suscribieron acta de suspensión del Contrato hasta el 19 de febrero de 2015⁵⁶.

En dicho documento se dejó consignado que la suspensión se generó por *“las dificultades presentadas respecto a la disponibilidad de los recursos necesarios para el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el contrato de construcción por administración delegada por parte de EL CONTRATANTE, que ocasionó que no se suministraran los recursos destinados a cubrir los costos de la obra y dejaran de cancelarse honorarios y gastos reembolsables, lo cual motivó a EL CONTRATISTA a suspender actividades a partir del 24 de junio de 2.014”*.

Igualmente, el contratista declaró que *“no realizará ninguna reclamación a la entidad por concepto de la presente suspensión”*⁵⁷.

En documento suscrito el 23 de enero de 2015 por **ALIANZA FIDUCIARIA**, el **ISVIMED** e **INSERCO** se acordó *“eliminar la obligación [de la Contratista de realizar la iluminación urbana del proyecto] debido a que será La Alcaldía de Medellín directamente la que la ejecutará”*⁵⁸.

Mediante escrito remitido por **ALIANZA FIDUCIARIA** a **INSERCO** el 19 de febrero de 2015 se le informó que en reunión celebrada con el Interventor y el Coordinador del Proyecto Montaña B-8 y Mirador de la Cascada se tomó la decisión de ampliar el plazo de suspensión del Contrato hasta el 24 de marzo de 2015⁵⁹.

En el Acta No. 3 de fecha 23 de marzo de 2015 las partes acordaron *“establecer como nueva fecha de finalización del periodo de suspensión el 29 de mayo de 2015, bajo el entendido que el contratista INSERCO se obliga a tener liquidados sus contratistas de mano de obra, contratistas de suministro, y contratistas de suministro que incluyen mano de obra y material en esta fecha”*⁶⁰.

⁵⁵ Fl. 131.

⁵⁶ Fs. 132 a 134.

⁵⁷ Fl. Ibidem.

⁵⁸ Fs. 135 vto. y 136.

⁵⁹ Fl. 137.

⁶⁰ Fs. 140 vto. a 142.

En la referida Acta se consignó que las causas que dieron lugar a la suspensión inicial no se encontraban subsanadas y que **INSERCO** no había cumplido con la obligación de liquidar los subcontratos por causas no imputables a ella.

El 27 de mayo de 2015 las partes convinieron la ampliación del término de suspensión del Contrato hasta el 30 de septiembre de 2015 *“bajo el entendido que el contratista INSERCO se obliga a tener liquidados sus contratistas de mano de obra, contratistas de suministro, y contratistas de suministro que incluyen mano de obra y material en esta fecha”*⁶¹.

En dicha Acta se dejó consignado nuevamente que las causas que determinaron la suspensión no habían sido superadas a la fecha, y que *“si el contratista INSERCO dentro de esta ampliación del plazo de suspensión no liquida los contratos que no tienen anticipo por amortizar no se continuarán reconociendo los gastos reembolsables, y correrán por cuenta y riesgo directamente del contratista INSERCO S.A., a partir del vencimiento de esta ampliación”*.

En documento del 28 de mayo de 2015 **INSERCO** puso de presente a la Interventoría el deterioro causado en la estructura y mampostería de la obra por el tiempo que llevaba suspendida⁶².

El 30 de septiembre de 2015 las partes suscribieron el Acta de reinicio del Contrato de Construcción, en la cual se amplió el plazo de ejecución de la obra Montaña Bloque 8 y 9 en 212 días a partir de la fecha (vencimiento 30 de abril de 2016) y se dispuso que *“[e]l plazo estimado para el frente de obra Mirador de la Cascada, se definiría una vez ingres[aran] los recursos faltantes al FIDEICOMISO MACRO PROYECTO PAJARITO PA2 MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA”*⁶³.

En comunicación del 27 de abril de 2016 **ALIANZA FIDUCIARIA** aclaró a **INSERCO** los efectos de la terminación del Contrato informada el 11 de abril de ese año, señalando que la Convocada estaría *“a cargo del proyecto (...) hasta el once (11) de mayo de 2016 fecha de terminación del contrato”*, y que *“el empalme entre la administración adelantada por INSERCO y la que continuará haciendo el nuevo administrador (que en su momento se le informará) contará con el acompañamiento y coordinación de la INTERVENTORÍA”*⁶⁴.

El 11 de mayo de 2016 **ALIANZA FIDUCIARIA**, **INSERCO** y el **ISVIMED** suscribieron un acuerdo con el objeto de *“establecer el plazo de ejecución del objeto*

⁶¹ Fs. 143 vto. y 144.

⁶² Fs. 2403 a 2405.

⁶³ Fs. 148 vto. y 149; 2400 a 2402.

⁶⁴ FI. 4009.

del contrato, y de establecer las obligaciones que a partir de su suscripción adquirirán las partes, adicionales a las establecidas en el contrato principal”⁶⁵.

Con respecto al plazo de ejecución del Contrato las partes pactaron en la Cláusula Segunda de dicho documento:

“ítem Montaña B8: El plazo de ejecución de este ítem de obra será de ochenta y dos (82) días calendario, contados a partir de la suscripción de la respectiva acta de inicio del plazo del respectivo cronograma, los cuales se discriminan de la siguiente manera:

- 12 días para actividades pre-contractuales.
- 40 días de ejecución de obra.
- 30 días de liquidación.

ítem La Cascada: El plazo de ejecución de este ítem de obra será de ciento veinticinco (125) días calendario, contados a partir de la suscripción de la respectiva acta de inicio del plazo del respectivo cronograma, los cuales se discriminan de la siguiente manera:

- 95 días de ejecución de obra.
- 30 días de liquidación.

Parágrafo 1: Los plazos establecidos para el contrato y cada uno de los ítems de obra, se ejecutarán con fundamento en lo plasmado en el cronograma de obra presentado por el CONTRATISTA mediante comunicación con radicado interno N° E 2796 del 06 de mayo de 2016, el cual es aprobado por EL CONTRATANTE Y COORDINADOR del contrato, el cual forma parte integrante de este acuerdo.

Parágrafo 2: Cualquier incumplimiento injustificado al cronograma sustento de este acuerdo por parte del CONTRATISTA, será causal suficiente para dar por terminado el contrato por parte del CONTRATANTE, previo agotamiento del procedimiento establecido en el contrato para la imposición de multas”.

En comunicación de fecha 22 de septiembre de 2016 **ALIANZA FIDUCIARIA** informó a **INSERCO** sobre la nueva ampliación del plazo de ejecución del Contrato hasta el 30 de octubre de 2016 y se adicionaron recursos al mismo⁶⁶.

En escrito del 26 de octubre de 2016 **INSERCO** presentó al **ISVIMED** los plazos para la ejecución de las obras pendientes “en los proyectos la Montaña y la Cascada”⁶⁷.

El 28 de octubre de 2016 **ALIANZA FIDUCIARIA** informó a la Contratista que el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN - ISVIMED-** y el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** autorizaron la adición de recursos y la ampliación del plazo total de ejecución del Contrato en 87 días, contados a partir de la fecha en que se realizara el desembolso del valor a adicionar al Fideicomiso⁶⁸.

⁶⁵ Fs. 150 y 152.

⁶⁶ Fl. 152.

⁶⁷ Fl. 227.

⁶⁸ Fl. 227.

Mediante documento del 25 de noviembre de 2016 **INSERCO** remitió a la Interventoría “la programación de obra y respectivo cuadro de resumen, revisada y conciliada con la interventoría”, en la cual constan los 10 hitos a desarrollarse en el proceso desde el día 1 (10 de noviembre de 2016)⁶⁹

Los hitos fijados para la conclusión de la obra fueron determinados de la siguiente forma:

Id	Nombre de tarea	Duración	Comienzo	VALOR HITO	PORCENTAJE MULTA (1X1000)	16 J	10 oct '16 L	V	21 nov '16 M	S	X	02 ene '17 D	J	13 feb '17 L	V
1	PROGRAMACION TERMINACION	74.1	jue 10/11/16												
2	PROGRAMACION	0 días?	jue 10/11/16												
3	TORRES	52.25 días	jue 10/11/16												
4	HITO 3. TORRE 1	0 días	mar 06/12/16	\$ 24.268.035,88	\$ 24.268,04										
5	Detallado de torre 1	25 días	jue 10/11/16												
6	HITO 6. Torre 2	0 días	lun 12/12/16	\$ 39.268.035,88	\$ 39.268,04										
7	Detallado de torre 2	31 días	jue 10/11/16												
8	HITO 7. Torre 3	0 días	sáb 31/12/16	\$ 313.206.274,11	\$ 313.206,27										
9	Detallado de torre 3	49 días	jue 10/11/16												
10	HITO 8. Torre 4	0 días	mar 03/01/17	\$ 226.158.525,31	\$ 226.158,52										
11	Detallado de torre 4	52 días	jue 10/11/16												
12	HITO 4. Torre 5	0 días	mié 14/12/16	\$ 84.271.641,88	\$ 84.271,64										
13	Detallado de torre 5	33 días	jue 10/11/16												
14	HITO 5. Torre 6	0 días	mié 14/12/16	\$ 24.823.035,88	\$ 24.823,04										
15	Detallado de torre 6	33 días	jue 10/11/16												
16	URBANISMO	74.1 días	jue 10/11/16												
17	HITO.10.URBANISMO	0 días	jue 26/01/17	\$ 896.183.092,51	\$ 896.183,09										
18	Red de alcantarillado	38 días	lun 21/11/16												
19	Red de aguas lluvias	38 días	vie 11/11/16												
20	Red de acueducto	37 días	mar 22/11/16												
21	Red de gas	17 días	mar 06/12/16												

Proyecto: PROGRAMACION CASCA Fecha: vie 25/11/16 <i>Cascada</i>	Tarea		Resumen inactivo	
	División		Tarea manual	
	Hito		Sólo duración	
	Resumen		Informe de resumen manual	
	Resumen del proyecto		Resumen manual	
	Tareas externas		Sólo el comienzo	
	Hito externo		Sólo fin	
	Tarea inactiva		Fecha límite	
Hito inactivo		Progreso		

Amo de la...
 25-11-2016

 25-Nov-16

Página 1

⁶⁹ Fs. 232 a 243 y 3168 a 3172 cuaderno 7

Id	Nombre de tarea	Duración	Comienzo	VALOR HITO	PORCENTAJE MULTA (1X1000)	Gantt Chart													
						16	10 oct '16			21 nov '16		02 ene '17			13 feb '17				
						J	L	V	M	S	X	D	J	L	V				
22	Red contraincendio	30 días	jue 10/11/16																
23	Alarmas	18 días	vie 02/12/16																
24	Andenes	38 días	vie 16/12/16																
25	Filtro M.C	30 días	lun 14/11/16																
26	Puntos limpios	20 días	sáb 19/11/16																
27	Gimnasios	54 días	jue 01/12/16																
28	Juegos Infantiles	54 días	sáb 19/11/16																
29	Gramas	30 días	vie 23/12/16																
30	Tramites servicios publicos	40 días	mié 30/11/16																

Proyecto: PROGRAMACION CASCA Fecha: vie 25/11/16 <i>Casaca</i>	Tarea	Resumen inactivo	▬
	División	Tarea manual	▬
	Hito	Sólo duración	◆
	Resumen	Informe de resumen manual	▬
	Resumen del proyecto	Resumen manual	▬
	Tareas externas	Sólo el comienzo	[
	Hito externo	Sólo fin]
	Tarea inactiva	Fecha límite	+
	Hito inactivo	Progreso	▬

Página 2

Id	Nombre de tarea	Duración	Comienzo	VALOR HITO	PORCENTAJE MULTA (1X1000)	Gantt Chart													
						26 sep '16	14 nov '16			02 ene '17			20 feb '17						
						V	S	D	L	M	X	J	V						
1	PROGRAMACION	62.1 días	jue 10/11/16																
2	TORRES	25 días	jue 10/11/16																
3	HITO. 1 TORRE 8	0 días	mar 06/12/16	\$ 45.366.377	\$ 45.366														
4	Detallado torre 8	25 días	jue 10/11/16																
5	HITO. 2 TORRE 9	0 días	mar 06/12/16	\$ 45.366.377	\$ 45.366														
6	Detallado torre 9	25 días	jue 10/11/16																
7	URBANISMO	60.8 días	jue 10/11/16																
8	HITO.9URBANISMO	0 días	jue 12/01/17	\$ 584.342.577	\$ 584.343														
9	Red alcantarillado	37 días	jue 10/11/16																
10	Red aguas lluvias	37 días	jue 10/11/16																
11	Red acueducto	20 días	sáb 26/11/16																
12	Red de gas	8 días	jue 24/11/16																
13	Red contraincendio	20 días	jue 10/11/16																
14	Alarma	15 días	lun 21/11/16																
15	Andenes	31 días	jue 10/11/16																
16	Filtro M.C	20 días	mar 15/11/16																
17	Puntos limpios	20 días	jue 10/11/16																
18	Juegos infantiles	40 días	jue 10/11/16																
19	Gramas	40 días	jue 01/12/16																
20	Tramites SERV.	45 días	lun 28/11/16																

Proyecto: PROGRAMACION MON Fecha: vie 25/11/16 <i>Montaña</i>	Tarea	Resumen inactivo	▬
	División	Tarea manual	▬
	Hito	Sólo duración	◆
	Resumen	Informe de resumen manual	▬
	Resumen del proyecto	Resumen manual	▬
	Tareas externas	Sólo el comienzo	[
	Hito externo	Sólo fin]
	Tarea inactiva	Fecha límite	+
	Hito inactivo	Progreso	▬

Página 1

OBRA LA MONTAÑA

HITO No.	NOMBRE DEL HITO	FECHA DE TERMINACIÓN PROGRAMADA	VR. HITO
1	TORRES 8	mar 06/12/16	\$ 45,366,377
2	TORRE 9	mar 06/12/16	\$ 45,366,377
9	URBANISMO	jue 12/01/17	\$ 584,342,577
			\$ 675,075,331
OBRA MIRADOR DE LA CASCADA			
HITO No.	NOMBRE DEL HITO	FECHA DE TERMINACIÓN PROGRAMADA	VR. HITO
3	TORRE 1	mar 06/12/16	\$ 24,268,035.88
6	TORRE 2	lun 12/12/16	\$ 39,268,035.88
7	TORRE 3	sáb 31/12/16	\$ 313,206,274.16
8	TORRE 4	mar 03/01/17	\$ 226,158,525.33
4	TORRE 5	mie 14/12/16	\$ 84,271,641.88
5	TORRE 6	mie 14/12/16	\$ 24,823,035.88
10	URBANISMO	jue 26/01/17	\$ 896,183,092.59
			1,608,178,641.60
		TOTAL	\$ 2,283,253,972.60

El 30 de noviembre de 2016 **ALIANZA FIDUCIARIA**, el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** y el **ISVIMED** suscribieron documento denominado “**AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.**”⁷⁰ en el cual: i) modificaron las instrucciones emitidas por **ALIANZA FIDUCIARIA** en su calidad de Contratante; ii) se amplió el plazo del contrato en 87 días contados a partir del 10 de noviembre de 2016, de acuerdo al cronograma presentado por el constructor; y iii) se incluyó una nueva causal de multa⁷¹.

De manera textual aparece consignado en dicho documento lo siguiente:

“PRIMERO: (...) ADICIÓN: Adicionar el valor del contrato en dos mil novecientos cuarenta y seis millones ochocientos cincuenta mil setecientos noventa y siete pesos ML (\$2.946.850.797) (...) el valor total del contrato es de TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVENTA Y TRES PESOS ML (\$35'697.253.093)

(...)

SEGUNDO. AMPLIACIÓN: Ampliar el plazo del contrato en ochenta y siete (87) días calendario, según cronograma presentado por el constructor, el cual se adjunta a este documento y forma parte integral del mismo.

⁷⁰ Fs. 232 a 236.

⁷¹ Fs. 232 a 235.

Parágrafo 1: Se establecen los siguientes plazos, los cuales se empiezan a contar a partir del 10 de noviembre de 2016.

- Sesenta y ocho (68) días calendario, para ejecución de obra, según el cronograma soporte de esta ampliación.
- Diecinueve (19) días calendario para la liquidación del contrato.

Parágrafo 2: El plazo de ejecución del contrato es uno (1) solo, independientemente que el proyecto se encuentre dividido en dos (2) ítems constructivos.

(...)

TERCERO. NUEVA CAUSAL DE MULTA: Incluir una nueva causal de multa a las establecidas en la cláusula novena del contrato, la cual será del siguiente tenor literal:

- Por incumplimiento de los hitos de obra establecidos en el cronograma soporte de esta ampliación, el uno por mil (1.1.000) del valor de los honorarios.

Esta multa se aplicará por cada día de retraso en el cumplimiento del respectivo hito. Por lo tanto, si son uno (1) o más hitos los incumplidos, por cada uno de ellos se podrá imponer la respectiva multa de acuerdo al valor establecido, por las partes para cada uno de ellos acumulativamente.

La multa iniciará a contarse a partir del día siguiente al establecido como el de cumplimiento para el respectivo hito y hasta que el mismo se cumpla a plena satisfacción del Contratante.

Parágrafo 1: Es de anotar que el procedimiento para la imposición de la multa será el mismo establecido para las multas del contrato, esto es, la establecida en la cláusula décima novena, parágrafo segundo.

Parágrafo 2: Las fechas y valores establecidos para cada uno de los hitos, es la siguiente.

OBRA LA MONTAÑA					
HITO No.	NOMBRE DEL HITO	FECHA DE TERMINACIÓN PROGRAMADA	VR. HITO PARA MULTAS	VR. HONORARIOS	MULTAS
1	TORRES 8	mar 06/12/16	\$ 4.009.887.623	\$ 236.583.370	\$ 236.583
2	TORRE 9	mar 06/12/16	\$ 2.122.881.683	\$ 125.250.019	\$ 125.250
9	URBANISMO	jue 12-01-17	\$ 1.984.791.261	\$ 117.102.684	\$ 117.103
OBRA MIRADOR DE LA CASCADA					
HITO No.	NOMBRE DEL HITO	FECHA DE TERMINACIÓN PROGRAMADA	VR. HITO PARA MULTAS	VR. HONORARIOS	MULTAS
3	TORRE 1	mar 06/12/16	\$ 1.887.005.940	\$ 111.333.350	\$ 111.333
6	TORRE 2	lun 12/12/16	\$ 3.774.001.880	\$222.666.701	\$ 222.667
7	TORRE 3	sáb 31/12/16	\$ 3.774.001.880	\$222.666.701	\$ 222.667

8	TORRE 4	mar 03/01/17	\$ 3.774.001.880	\$222.666.701	\$ 222.667
4	TORRE 5	mie 14/12/16	\$ 3.774.001.880	\$222.666.701	\$ 222.667
5	TORRE 6	mie 14/12/16	\$ 1.887.005.940	\$ 111.333.350	\$ 111.333
10	URBANISMO	jue 26/01/17	\$ 4.542.362.851,32	\$ 267.999.408	\$ 267.999
					\$ 0
		TOTAL	\$ 31.529.982.818,39		\$ 0
		VR. ADICION			

El 7 de diciembre de 2016 **INSERCO** le expresó a la Interventoría “... la necesidad real de integrar un maestro para torres...”⁷².

El 13 de diciembre de 2016 la Interventoría le informó a **INSERCO** que luego de realizar “un análisis del presupuesto y las cantidades de obra a corte de 5 de diciembre de 2016, se observa que hay un faltante de \$ 848.070.600”⁷³; y ordenó suspender la ejecución de algunas obras correspondientes a La Cascada. En dicho documento se indicó:

“hasta nueva orden (...)

1. las actividades a realizar y aprobar por Interventoría estarán ceñidas a las establecidas en el análisis antes relacionado; El análisis fue entregado a ustedes en medio magnético el día 13 de diciembre del presente año.
2. Para buscar un equilibrio al presupuesto actual se aplazara (sic) por el momento el inicio de las siguientes actividades en torres y urbanismo.

CASCADA

URBANISMO: suministro e instalación de cordonería y bordillo, instalación y suministro de tope llantas, instalación y suministro de puertas metálicas de puntos limpios, pasamanos de senderos peatonales y parqueadero, desmonte de provisionales, construcción de gimnasio, juegos infantiles, compensación arbórea, disipadores quebrada la cascada.

TORRE 1: tanque de reserva, instalación de escalera gato, escotilla y sistema de impulsión.

TORRES 2 a 6: tanque de reserva, instalación de escalera gato y escotilla, sistema de impulsión y gabinetes contra incendios.

MONTAÑA: se ejecutaran (sic) todas las actividades.

3. Este direccionamiento se establece hasta nueva orden del **ISVIMED**”

En el mismo sentido, en comunicación de fecha 14 de diciembre de 2016 la Interventoría le informó al **ISVIMED** que luego de realizar una cuantificación de las actividades faltantes de la obra al 5 de diciembre de 2016 se advirtió “un saldo faltante para terminar las obras al 100% de (...) **\$848.070.600**”⁷⁴.

⁷² Fl. 3223.

⁷³ Fl. 3180.

⁷⁴ Fs. 247 a 252.

El mismo 14 de diciembre **INSERCO** le remitió comunicación a la Interventoría con los presupuestos de actividades faltantes y el balance financiero del proyecto “conciliado y revisado entre el contratista y la Interventoría”⁷⁵.

El 15 de diciembre de 2016 la Interventoría le presentó al **ISVIMED** un informe sobre “del recibo de hitos torres” 1, 2, 8 y 9 en el cual concluyó que “los apartamentos inferiores presentan mas (sic) detalles y no hay personal suficiente para terminar estos detalles y ajustes” y “Como se puede verificar los apartamentos tiene mucho (sic) pendientes (sic) y no hay ninguno para entregar en su totalidad”⁷⁶.

El 19 de diciembre de 2016 **INSERCO** le solicitó a la Interventoría “copia de los planos de redes de servicio, acueducto, alcantarillado y gas, actualizados para construcción y con sellos de EPM (última versión), ya que a la fecha no se tienen y se requieren para los trámites finales de entrega de redes”⁷⁷.

El 21 de diciembre de 2016 **INSERCO** requirió a la Interventoría para obtener el rediseño de la estación reguladora con el fin de dar cumplimiento a esta actividad⁷⁸, así:

“...debido a que la estación reguladora de presión que figura en el plano de acueducto, no se puede ubicar en el sitio indicado, por la existencia de una válvula de corte, que obliga a respetar dos (2) metros libres antes de la caja de ERP, la cual quedaría ubicada en la parte baja y no se estaría cumpliendo con la cota para la válvula según el plano. Por este motivo solicitamos muy amablemente el rediseño de la estación reguladora, con el fin de dar cumplimiento a esta actividad y a la programación de la Obra”.

El 22 de diciembre de 2016 **INSERCO** se pronunció sobre el “**SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DICIEMBRE 2016**” negando su existencia y solicitando que se le precisaran varias de las observaciones de la Interventoría⁷⁹. En dicho escrito la Convocada manifestó:

“El informe no es detallado apartamento por apartamento que permita hacer las correcciones necesarias, razón por la cual solicitamos el listado de detalles por apartamento, de esta forma tan general se genera la equivocada sensación de que en todos los apartamentos esta todo por detallar.

Cabe aclarar que, en comité de obra se definió que se iba a trabajar sobre el listado de detalles realizado el 09 de septiembre de 2016 en el recorrido hecho por el personal delegado por Interventoría, en este nuevo informe de interventoría se evidencia detalles que no estaban y que hacen parte de la falta de definición de actividades, tales como: enchapes cocos, timbres oxidados, fijación de pasamanos en balcones, Puertas Principales y de baño, Instalación de pasamanos en puntos fijos escalas, sistema de evacuación de aguas lluvias

⁷⁵ FI. 10783.

⁷⁶ FI. 247 a 253.

⁷⁷ FI. 3224.

⁷⁸ FI. 3219 a 3221.

⁷⁹ FI. 3206 a 3208.

en sótanos, detalle de fabricación dissipador lateral torres, mesones y alfajías manchadas, donde en reiteradas ocasiones se solicito (sic) el paso a seguir teniendo en cuenta las características del contrato por administración delegada y a la fecha no se ha obtenido ninguna respuesta.

Es importante anotar que dichos elementos fueron instalados hace aproximadamente tres años y medio (3.5 años), recibidos conjuntamente con interventoría en los inventarios ya (sic) actas de apartamentos elaboradas con motivo de la suspensión de las obras. Muchos de los elementos y detalles relacionados en el informe de interventoría tienen o han sufrido el deterioro normal por falta de mantenimiento preventivo y no debería tener ningún tipo de observación en su instalación, diseño y fabricación, ya que la Empresa de Interventoría aprobó y pago (sic) dichas actividades.

(...)

Adicionalmente, en cuanto a la falta de personal de obra que se menciona en el informe del asunto, en las revisiones conjuntas con interventoría de los apartamentos se tiene un personal de obreros atendiendo de manera inmediata las observaciones hechas en el recorrido.

(...)

Confirmar la construcción del buitrón en la cubierta que se está solicitando debido a que en planos no está especificado ni tampoco se tiene presupuestado (Proyección de buitrón de escalas).

Autorizar compra y mano de obra de las dos incrustaciones adicionales que se están solicitando, debido a que los juegos que se encuentran en el mercado vienen de 4 unidades y no de 6 según solicitud, además en plano de detalles de balo solo aparecen 4 unidades que corresponden a: 1 jabonera de ducha, 1 toallero a a salid de la ducha, 1 portapapel y 1 toallera en área de lavamanos.

Definir como se debe proceder con los timbres que presentan oxidación debido a que por falta de mantenimiento presentan deterioro. Estos fueron instalados antes de la suspensión de la obra.

En zonas comunes de todos los pisos se está solicitando instalación de lava escobar, estos solo van instalados en pisos intermedios.

Los medidores de agua por información de contratistas deben ser instalados cuando ya los apartamentos y la torre estén entregados en su totalidad y la red de abasto que alimenta el sistema de impulsión este (sic) completa. Con referencia a los medidos de gas estos se encuentran en almacén de la obra y no se instalan por seguridad.

Los pasamanos de los puntos fijos se encuentran instalados desde el 12 de diciembre del presente año.

Se solicita autorización para realizar compra de materiales requeridos para iniciar con las reparaciones de enchapes cocos, vale aclarar que estos enchapes fueron instalados y pagados con visto buenos de interventoría antes de la suspensión de la obra. Esta actividad no se encuentra dentro del presupuesto actual.

En términos generales y de acuerdo al informe entregado por parte de interventoría, no entendemos como se calculó el estado del avance real de cada apartamento, ya que en el

informe se habla de un avance del 96% y la magnitud de los detalles son normales en la entrega de los inmuebles, los cuales se están y continuarán atendiendo a medida que la interventoría no indique el procedimiento y liberación de los recursos para ello. Además en nuestro concepto estos detalles de entrega no pueden reflejar de ninguna manera un 4% de obra por ejecutar, las obras están completamente ejecutadas y solo está pendiente de los detalles que se ejecutan a medida que nos son comunicados a nosotros y liberados para la realización”.

El 27 de diciembre de 2016 **INSERCO** le remitió comunicación a la Interventoría solicitándole autorización para el “cargue y botada de tierra” que resulte de la perfilación del terreno para la conformación del parqueadero del proyecto La Montaña, y manifestando que es “*indispensable la presencia de personal de interventoría constante en la Obra para que esté al tanto de todas las situaciones, novedades y actividades...*”⁸⁰.

En comunicación remitida por la Interventoría al **ISVIMED** el 5 de enero de 2017 se realizó un resumen y análisis del avance del proyecto, y se concluyó que la construcción de La Montaña tenía un atraso del 29,87% y la de La Cascada de 64,3%⁸¹.

En este informe se indicó que:

“el atraso se ve reflejado en días, según los tiempos de ejecución de cada obra, se puede ver en cada cuadro el atraso en días de cada hito y en general para cada proyecto.

*Dado lo anterior y según cuadro de personal laborando en actividades, donde se observa que este disminuye, la interventoría concluye que el contratista INSERCO NO cumplirá con la fecha de entrega final del proyecto, según lo constatado (personal, equipos y materiales) el atraso presentado estará aumentando día a día”*⁸².

El 5 de enero de 2017 **INSERCO** le remitió comunicación al **ISVIMED** pronunciándose sobre el retraso de actividades y quejándose sobre las obstrucciones generadas por la Interventoría⁸³, así:

“Es indispensable la presencia de personal de interventoría constante en la Obra La Montaña, para que esté al tanto de todas las situaciones, novedades y actividades que se desarrollan en el día a día, y así tener un panorama más claro de las observaciones que se toman sin un seguimiento, conocimiento y acompañamiento de la situación, ya que el día Martes 27 de Diciembre de 2017, Interventoría suspende actividades en parqueadero, por desconocimiento de la programación del movimiento de tierra, perforación de terreno para conformación del parqueadero, del cual se obtiene material resultante de excavación y perfilación y este debe ser evacuado inmediatamente para no afectar la programación, Interventoría afirma que Andrés Díaz se hace responsable del cargue y botada de la tierra. Desde el día antes 26 de diciembre de 2016, se le hacía seguimiento a una novedad

⁸⁰ Fl. 3216.

⁸¹ Fs. 254 a 258.

⁸² Fl. 256 vto.

⁸³ Fs. 3227 a 3230; y 3461 a 3464.

encontrada en el parqueadero, la cual se hizo apique para verificación de la inestabilidad del terreno y seguidamente una brecha hacia el filtro perimetral del muro de contención para evacuar aguas encontradas, seguidamente un oficio enviado el día martes 27 de diciembre a interventoría donde se solicitaba solución inmediata a esta novedad.

(...)

- 04 de Enero de 2017: interventoría se acerca a la Obra la montaña y dice que no recibirá parqueadero porque se está trabajando sin diseño. Afirma que Andrés Díaz se hace responsable de la construcción y: conformación del parqueadero. No se entiende que se aduzca la falta de diseño ya que este fue radicado a la Interventoría junto con la cotización de la construcción del mismo.
 - Se debe solucionar a quien se le entrega el equipamiento de los gabinetes red contra incendio, esto ante la orden de Interventoría de no permitir la instalación de los mismos por temas de seguridad y cual será el procedimiento para el pago de los mismos al subcontratista.
- Pasamanos Urbanismo y Parqueadero: luego que interventoría había aprobado realizar contratos en Cascada y montaña para ejecución de esta actividad, Interventoría suspende proceso de contratación con Conhime en Montaña y solicita cotizaciones nuevas, esto atrasa notoria y representativamente la programación que se tenta para entrega de andenes y del urbanismo en general.*
- El acompañamiento que se tiene de interventoría en las dos obras, es hasta las 4:00 pm y 4:30 pm, todas las actividades en la obra, son hasta las 5:30 pm y en ocasiones hasta más tarde, y se han presentado casos puntuales como, lo es el cargue y botada de tierra que por falta de no estar presentes dejar a cargo a personal de vigilancia para hacer el trabajo de ellos después de las 4:30 pm 4:30 pm, prestándose esto para que hayan malos entendidos futuros, (caso puntual ocurrido el 30 de Noviembre de 2016, vigilancia no reportó la salida de 5 viajes de volqueta e interventoría inmediatamente dijo que Inserco era el responsable).
 - En el acta ele Comité realizada el 27 de Julio de 2016 entre Interventoría, Isvimed e Inserco, Obras Públicas manifiesta que sobre los andenes no deben ir cuneta. Interventoría manifiesta a enero de 2017 que debemos construir cunetas en el andén elevado; por lo anterior solicitamos se nos informe de manera oficial cual es el procedimiento a seguir con esta novedad (...)

El 6 de enero de 2017 **ALIANZA FIDUCIARIA** le notificó a **INSERCO** la terminación del Contrato a partir del 4 de febrero de 2017 **invocando la causal del numeral 2 de la cláusula 27**. La comunicación es del siguiente tenor:

“Como consecuencia de los incumplimientos y atrasos presentados en la construcción del Proyecto Montaña B-8 Y Mirador de la Cascada, según informe remitido por la interventoría al Isvimed el 5 de enero de 2017 y de acuerdo a la instrucción recibida por parte del Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín (ISVIMED) el día 6 de enero de 2017, documentos que se adjuntan con el original de la presente comunicación, en su calidad de Coordinador del Proyecto, nos permitimos notificar la terminación del Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada del Proyecto denominado Montaña B-8 y Mirador de la Cascada, el próximo 4 de febrero de 2017.

Lo anterior con fundamento en el Numeral 2 de la Cláusula Vigésima Séptima “Terminación” del Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada mencionado, la cual prescribe que el Contrato de Construcción en cuestión podrá terminar por “... El incumplimiento de los compromisos principales de este contrato que de manera grave y directa afecten la ejecución de la obra y evidencien que puede conducir a su paralización”. Causal que, por lo anteriormente indicado, le es a Usted imputable.

Así las cosas, Alianza Fiduciaria S.A., como vocera del FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, procederá a tomar las acciones legales pertinentes para el cobro de las multas y/o penalidades y/o pólizas y demás a las que haya lugar, por el incumplimiento en la construcción de los Proyectos Mirador de la Cascada y Montaña B-8”⁸⁴.

El 17 de enero de 2017 **INSERCO** respondió el comunicado de terminación unilateral del Contrato⁸⁵ dando explicaciones sobre los presuntos atrasos y quejándose sobre la conducta de la Interventoría. En dicha comunicación se indicó:

“En primer lugar, porque la INTERVENTORÍA impuso un sistema de autorizaciones que se ha convertido en un obstáculo para el proyecto, no es ágil ni tiene carácter proactiva o preventiva, lo cual ha generado un sin número de circunstancias que impactan el desarrollo de la obra como son autorizaciones de adjudicaciones, liberación de cortes, etc., cuyo trámite se libera después de casi dos (2) semanas o más tiempo en muchos casos.

por falta de mantenimiento preventivo y no debería tener ningún tipo de observación en su instalación, diseño y fabricación, ya que la Empresa de Interventoría aprobó y pago (sic) dichas actividades.

(...)

Adicionalmente, en cuanto a la falta de personal de obra que se menciona en el informe del asunto, en las revisiones conjuntas con interventoría de los apartamentos se tiene un personal de obreros atendiendo de manera inmediata las observaciones hechas en el recorrido.

(...)

Confirmar la construcción del buitrón en la cubierta que se está solicitando debido a que en planos no está especificado ni tampoco se tiene presupuestado (Proyección de buitrón de escalas).

Autorizar compra y mano de obra de las dos incrustaciones adicionales que se están solicitando, debido a que los juegos que se encuentran en el mercado vienen de 4 unidades y no de 6 según solicitud, además en plano de detalles de balo solo aparecen 4 unidades que corresponden a: 1 jabonera de ducha, 1 toallero a a salid de la ducha, 1 portapapel y 1 toallera en área de lavamanos.

Definir como se debe proceder con los timbres que presentan oxidación debido a que por falta de mantenimiento presentan deterioro. Estos fueron instalados antes de la suspensión de la obra.

⁸⁴ Fs. 3257 y 3258.

⁸⁵ Fs. 3240 a 3276.

En zonas comunes de todos los pisos se está solicitando instalación de lava escobar, estos solo van instalados en pisos intermedios.

Los medidores de agua por información de contratistas deben ser instalados cuando ya los apartamentos y la torre estén entregados en su totalidad y la red de abasto que alimenta el sistema de impulsión este (sic) completa. Con referencia a los medidos de gas estos se encuentran en almacén de la obra y no se instalan por seguridad.

Los pasamanos de los puntos fijos se encuentran instalados desde el 12 de diciembre del presente año.

Se solicita autorización para realizar compra de materiales requeridos para iniciar con las reparaciones de enchapes cocos, vale aclarar que estos enchapes fueron instalados y pagados con visto buenos de interventoría antes de la suspensión de la obra. Esta actividad no se encuentra dentro del presupuesto actual.

En términos generales y de acuerdo al informe entregado por parte de interventoría, no entendemos como se calculó el estado del avance real de cada apartamento, ya que en el informe se habla de un avance del 96% y la magnitud de los detalles son normales en la entrega de los inmuebles, los cuales se están y continuarán atendiendo a medida que la interventoría no indique el procedimiento y liberación de los recursos para ello. Además en nuestro concepto estos detalles de entrega no pueden reflejar de ninguna manera un 4% de obra por ejecutar, las obras están completamente ejecutadas y solo está pendiente de los detalles que se ejecutan a medida que nos son comunicados a nosotros y liberados para la realización”.

El 26 de enero de 2017 la Interventoría presentó informe al **ISVIMED** acerca de las actividades faltantes para la ejecución completa de la obra y los permisos pendiente de tramitar⁸⁶, así:

- **“La Montaña B8 y 9:**
 - Detallado de Torres 8 y 9 (ajuste plomería, resanes en concreto, ajustes aparatos sanitarios, resanes de mampostería, cambios y reparación de chapas y cerámicas, ajuste de puertas y ventanas, sellos de fajas de puertas y ventanas, ajuste de aplicaciones eléctricas e instalación y ajuste de incrustaciones), en general todas las actividades necesarias para que todas las torres y apartamento queden debidamente terminadas para el recibo por parte de los beneficiarios.
 - Suministro e instalación de pasamanos en buque de escaleras (puntos fijos), senderos peatonales y accesos a torres.
 - Limpieza de patios donde están ubicados los tanques de agua (grama, pendiente, etc)
 - Construcción de cunetas a lo largo de muro de contención aledaños a los senderos peatonales y andenes a senderos elevados.
 - Limpieza y televisación de redes.
 - Perfilación y banqueo para urbanismo.
 - Suministro e instalación de gramas.
 - Parqueadero (pavimentación, topellantas, tramo de andenes y demarcación).
 - Sendero de piedra y urbanismo aledaño a parqueadero.
 - Compensación arbórea.
 - Limpieza y televisación de redes.

⁸⁶ FI. 258 y 259.

- *Suministro y construcción de válvula de regulación, incluyendo caja en concreto.*
- *Suministro e instalación de medidores de acueducto y energía.*
- *Legalización de servicios de acueducto, alcantarillado, energía y gas.*
- *Terminación de puntos limpios.*

- **Mirador de la Cascada:**

- *Detallado de torres (6, 5, 4, 3, 2, 1), (ajuste de plomería, resanes en concreto, ajustes aparatos sanitarios, resanes de mampostería, cambios y reparación de chapas y cerámicas, ajuste de puertas y ventanas, sellos de fajas de puertas y ventanas, ajuste de aplicaciones eléctricas e instalación y ajuste de incrustaciones), en general todas las actividades necesarias para que todas las torres y apartamentos queden debidamente terminados para el recibo por parte de los beneficiarios.*
- *Suministro e instalación de pasamanos en buque de escalas (puntos fijos, senderos peatonales y accesos a torres).*
- *Pasamanos de senderos peatonales (actividad suspendida por la interventoría).*
- *Limpieza de patios donde están ubicados los tanques de agua (grama-cunetas-pendientes, etc).*
- *Cunetas a los (sic) largo de muros de contención aledaños a los patios donde se encuentran los tanques de almacenamiento de agua potable.*
- *Redes externas de Gas.*
- *Perfilación y banqueo para urbanismo (movimiento de tierra).*
- *Suministros e instalación de grama.*
- *Llenos para acceso a torres 5 y 6.*
- *Parqueadero (pavimentación, topellantas, demarcación, conformación y adecuación de acceso).*
- *Compensación Arbórea (Actividad suspendida por interventoría de manera temporal).*
- *Construcción de tramo acueducto y alcantarillado (torres 5 y 6).*
- *Construcción de andenes.*
- *Suministro y construcción de pasamanos de parqueaderos (actividad suspendida por la interventoría).*
- *Suministro e instalación de medidores de gas, acueducto y energía.*
- *Limpieza y televisación de redes.*
- *Suministro de tanques de almacenamiento (actividad suspendida por la interventoría).*
- *Suministro e instalación de gabinetes contra-incendio (actividades suspendidas por interventoría).*
- *Suministro e instalación escaleras gastos y escotillas (actividades suspendidas por interventoría)*
- *Impermeabilización cubierta torre 4*
- *Legalización de servicios públicos (acueducto, alcantarillado, energía y gas).*
- *Terminar puntos limpios (construir 1 y terminar 5)*
- *Construcción de filtros.*

- **Permisos Pendientes:**

- *Se requiere solicitar y tramitar plan de manejo de tránsito (sic) de mediano impacto, ya que se venció el 31 de diciembre de 2016. Sin PMT no se puede mover equipos, vehículos y maquinaria (el contratista está desobedeciendo ordenes (sic) de interventoría hasta que tenga el PMT actualizado y aprobado por la secretaría de movilidad de Medellín.*
- *Permiso de rotura de pavimento para conexiones de redes de torres 5 y 6. Este permiso no será posible de obtener mientras no se tenga PMT".*

En comunicación del 27 de enero de 2017 remitida por la Interventoría al **ISVIMED** se informó el incumplimiento del hito de construcción de urbanismo previsto para la fecha, señalándose que: i) se encontraba pendiente la “instalación de grama en sendero peatonal entre parqueadero y torre 4”; ii) “Pendiente finalizar instalación de enchape cerámico e impermeabilización”; iii) “Pendiente construcción de cunetas en senderos Peatonales (sic) e instalación de grama en torre 1 y 4”; iv) “pendiente construcción de cunetas sobre muros de contención llenos y grama entre torre 2 y torre 1”; v) “Pendiente construcción de sendero peatonal y empalme con Puente de acceso a torre 6”; vi) “Pendiente construcción de cunetas y empalme de tubería filtros a red de desagües”; vii) “Pendiente instalación de pasamanos metálico en Puente de acceso, llenos y grama en torre 3”; viii) “pendiente empalme de tubería de filtros Con red de aguas lluvia torre 3”; ix) “Pendiente nivelación de terreno-compactación y adecuación de cunetas en torres 2 y 3”; x) “Pendiente adecuación de terreno para instalación de grama”; xi) “Senderos aéreos de acceso a zona de parqueaderos y torre 1 pendiente instalación de grama, terminación de punto limpio fijo impermeabilización enchape”; xii) “Senderos peatonales pendiente instalación de loseta táctil y adecuación de terreno torres 3 y 4”; xiii) “Pendiente adecuación de terreno e instalación de grama urbanismo”; ivx) “Pendiente construcción e instalación de MH, cuello y tapa. Empalme red de desagües a red principal. Construcción de cajas de inspección para Red de A.R. y A.L.L.”⁸⁷.

El 3 de febrero de 2017 **INSERCO** le notificó a **ALIANZA FIDUCIARIA** la declaratoria de suspensión unilateral del Contrato aduciendo mora en el pago de la factura 6397 y de los gastos reembolsables radicados el 16 de enero de 2017, e invocó la facultad consagrada en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato⁸⁸.

Dicho documento refiere expresamente que:

“En mi calidad de ADMINISTRADOR DELEGADO - CONTRATISTA dentro del contrato de construcción por el sistema de Administración Delegada del proyecto MONTAÑA 8-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, suscrito el día veintiuno (21) de Febrero de dos mil trece (2.013) y de conformidad con la cláusula VIGÉSIMO SÉPTIMA del mismo contrato en su párrafo cuarto (4°), por medio del presente escrito nos permitimos comunicarle que plenamente facultados contractualmente decretamos la SUSPENSIÓN DEL CONTRATO de manera inmediata y a partir de este momento por las siguientes razones:

1. El día once (11) de Enero de dos mil diecisiete (2.017), se radico la FACTURA No. 6397 del corte de Honorarios del Constructor No. 31 que corresponden al mes de Diciembre de 2.016.
2. A la fecha de hoy tres (3) de Febrero de dos mil diecisiete (2.017) no se ha generado o formulado observaciones al mismo.

⁸⁷ FI. 260.

⁸⁸ FI. 158 Y 159; FS. 3278 a 3281.

3. Que de la misma manera. a la fecha de hoy no se generado el respectivo pago de la mencionada factura.

4. El día dieciséis (16) de Enero de dos mil diecisiete (2.017), se radicó los gastos reembolsables Profesionales del mes de diciembre de 2.016.

5. A la fecha de hoy tres (3) de Febrero de dos mil diecisiete (2.017) no se ha generado o formulado observaciones al mismo.

6. Que de la misma manera a la fecha de hoy no se generado el respectivo pago.

7. Que la cláusula SEGUNDA literal B, del mencionado contrato, OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE en su numeral cuarto (4°) que a su tenor señala:

"4. Pagar a EL CONTRATISTA los honorarios pactados, así como las relaciones de gastos reembolsables en las oportunidades establecidas para el efecto en el presente contrato y suministrar oportunamente, los recursos necesarios para su correcta ejecución de conformidad con lo previsto en el presupuesto, la programación de obra y el flujo de caja, siempre que EL COORDINADOR los haya aportado de conformidad con lo previsto en el plan de inversiones".

8. Que la cláusula SEGUNDA literal e, del mencionado contrato, OBLIGACIONES DEL COORDINADOR DEL PROYECTO en su numeral cuarto (4°) que a su tenor señala:

"4. Suministrar a EL CONTRATANTE los recursos necesarios para cubrir los honorarios y los gastos reembolsables de conformidad con el presupuesto, la programación de obra, el flujo de caja y el plan de inversiones "

9. Que de conformidad con las cláusulas OCTAVA, NOVENA Y DÉCIMA del contrato y de los términos y días señalados en las mismas, los pagos de honorarios, reembolsables (profesionales y no profesionales) que corresponden al mes de diciembre de dos mil dieciséis (2.016) ya deberían haber sido cancelados y pagados en su totalidad.

10. Que a la fecha de hoy tres (3) de Febrero de dos mil diecisiete (2.017) no se ha generado el respectivo pago.

11. Que teniendo en cuenta lo anterior, se configuraron causales de INCUMPLIMIENTO contractual por parte del CONTRATANTE Y del COORDINADOR DEL PROYECTO.

12. Que de, la misma forma, de conformidad con la cláusula VIGESIMO SEPTIMA del contrato en su párrafo cuarto (4°) indica:

El no pago oportuno de honorarios y gastos reembolsables por parte de EL CONTRATANTE faculta a EL CONTRATISTA para suspender el contrato, debiendo EL CONTRATANTE reconocerle y pagarle los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha de la suspensión y las sumas a cargo de EL CONTRATISTA y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato o con ocasión del mismo, e intereses de mora a la tasa máxima legal permitida; pasado un mes de la suspensión, EL CONTRATISTA podrá dar por terminado el contrato y tendrá derecho a los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato, así mismo tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes y a los pagos a favor de terceros a los que se hace referencia en este párrafo

13. Que teniendo en cuenta lo anterior se configuró una causal de SUSPENSIÓN del contrato en virtud del no pago de los ítems señalados y del incumplimiento contractual.

14. Que teniendo en cuenta la misma cláusula VIGESIMO SEPTIMA (sic) del mismo contrato, con el solo pago de los ítems adeudados no se subsana la causal de SUSPENSIÓN, debiéndose seguir con el procedimiento, reconocimiento y pago de los valores que en la cláusula se indica y a favor del CONTRATISTA, a favor de terceros y subcontratistas.

15. Que como quiera que se suscita la aparición de una nueva controversia contractual se deberá seguir el procedimiento señalado en la cláusula VIGESIMA QUINTA (sic) del contrato.

Que por todo lo anterior la sociedad INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS INSERCO S.A., en su calidad de CONTRATISTA en el contrato de construcción por el sistema de Administración Delegada del proyecto MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, suscrito el día veintiuno (21) de Febrero de dos mil trece (2.013) y en virtud a lo dispuesto en la cláusula VIGESIMO SEPTIMA (sic) del mismo se declara:

A. LA SUSPENSIÓN del contrato de construcción por el sistema de Administración Delegada del proyecto MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA a partir de día de hoy Febrero 03 de 2.017, suscrito el día veintiuno (21) de Febrero de dos mil trece (2.013), suscrito entre el contratante ALIANZA FIDUCIARIA S.A como vocera del FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 MONTAÑA B8 Y MIRADOR DE LA CASCADA Y como contratista la sociedad INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS INSERCO S.A.

B. Que la suspensión es de manera inmediata y operara para todos los subcontratos del proyecto.

c. Se verificara durante el término de suspensión contractual, los pagos, montos, intereses y demás a los que hace referencia la cláusula VIGESIMO SEPTIMA (sic) del contrato.

D. Comunicaremos de manera inmediata a todos los subcontratistas y proveedores sobre la mencionada suspensión”.

El 4 de febrero de 2017 **ALIANZA FIDUCIARIA** se pronunció respecto de la suspensión unilateral del contrato expresando que la misma “no es ni legal ni contractualmente procedente”⁸⁹, por las siguientes razones:

“1. Artículo 1602 del Código Civil- “LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES.

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

La suspensión, en el presente caso, no cuenta con el consentimiento mutuo, luego no produce los efectos a que Usted alude. Tampoco ha sido declarada judicial o arbitralmente ni existe una norma legal positiva - causas legales- que permita a alguna de las partes abstenerse de desconocer los pactos convenidos

2. Cláusula 1 Contrato. Suspensión Del Contrato: Las partes podrán suspender el contrato por mutuo acuerdo, por caso fortuito o fuerza mayor; en estos casos EL CONTRATISTA

⁸⁹ FI. 162.

tendrá derecho a que se liquiden y paguen los honorarios correspondientes a los trabajos ejecutados conforme al contrato, hasta el momento de la suspensión; así mismo a que se le paguen todas las sumas a cargo de EL CONTRATISTA y a favor de terceros, como resultado de subcontratos, órdenes de compra y en general compromisos adquiridos, que tengan destinación específica para LA OBRA.

En el contrato celebrado, quedó claramente convenido que la suspensión sólo opera por mutuo acuerdo. En el presente caso, no existe mutuo acuerdo, luego, no produce efectos si es de manera unilateral.

3. Plazo convenido. El último plazo convenido de mutuo acuerdo, fue el 4 de febrero de 2017. Este convenio es ley para las partes. Llegado el 4 de febrero, se termina el plazo pactado pues de común acuerdo no hubo suspensión.

De allí que, vencido el término pactado, sólo resta dar trámite a la etapa de "liquidación" contractualmente pactada.

4. Respecto a condiciones de pago. Frente al supuesto vencimiento de las cuentas y su supuesto estado de no pago, le recordamos los procedimientos contractualmente establecidos:

- Son 5 días hábiles para revisión por parte de la INTERVENTORÍA*
- Si no hay observaciones por parte de ésta, se presentan para revisión de ISVIMED como COORDINADOR.*
- El ISVIMED tiene 10 días hábiles después de radicada por parte de INSERCO la cuenta, para presentar observaciones; de pasar este tiempo se entiende aprobada la factura.*
- A partir de allí, se radica en ALIANZA y ésta cuenta con dos días hábiles para el pago. Ver cuadro siguiente:*
- De acuerdo con el resumen anterior, el plazo de pago de honorarios se venció el día de ayer, siendo procedente el pago el día lunes, sin que esto se entienda como incumplimiento, y desvirtuando de esta forma la causal de suspensión llamada por el administrador delegado.*

5. Otros argumentos. Frente a los demás argumentos expuestos por Usted, los mismos serán analizados, como es apenas lógico, durante la etapa de liquidación, para decidir, en derecho, sobre cada uno de ellos".

El 4 de febrero de 2017 la Interventoría le impartió la orden a la Empresa de Vigilancia de no dejar entrar personal a la obra. En esta comunicación se indicó:

"Mediante la presente les informo a ustedes señores COOSEGURIDAD que a partir del día de hoy 4 de febrero de 2017 está prohibido el ingreso de todo personal a la obra exceptuando personal de la Interventoría"⁹⁰

En comunicación del 6 de febrero de 2017 el Director de la Interventoría le informó al **ISVIMED** el incumplimiento del Contrato por parte de la Contratista, recomendando:

⁹⁰ FI. 3299.

“Declarar el incumplimiento a INSERCO S.A por no cumplir con el objeto del contrato “...Construcción de cuatrocientas veinticuatro (424) unidades de viviendas prioritario (VIP) en altura...”

Notificar y afectar las pólizas de CONFIANZA NIT. 860070374-9, Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares. 05 CU070549, CERTIFICADO 05 CU183361⁹¹.

El 6 de febrero de 2017 la Interventoría solicitó al **ISVIMED** que se pagaran los honorarios correspondientes a la factura 31 *“lo más pronto posible”*, reconociendo que había nota de recomendación de no pago⁹².

En comunicación del 6 de febrero de 2017 el **ISVIMED** le remitió a **ALIANZA FIDUCIARIA** la orden de giro Nro. 46 por valor de **\$31.718.728,00** por concepto de los gastos reembolsables⁹³.

El 10 de febrero de 2017 **INSERCO** se pronunció sobre la respuesta a la comunicación de suspensión del Contrato insistiendo en la legitimidad de la misma⁹⁴, como sigue:

“En mi calidad de ADMINISTRADOR DELEGADO - CONTRATISTA dentro del contrato de construcción por el sistema de Administración Delegada del proyecto MONTAÑA B-8 y MIRADOR DE LA CASCADA, suscrito el día veintiuno (21) de Febrero de dos mil trece (2.013), por medio del presente escrito me permito dar respuesta a su oficio fechado 04 de Febrero de 2.017 en los siguientes términos:

(...) Este es el fundamento legal que valida la declaratoria de suspensión y que a su tenor transcribo:

“El no pago oportuno de honorarios y gastos reembolsables por parte de EL CONTRATANTE, faculta él EL CONTRATISTA para suspender el contrato, debiendo EL CONTRATANTE reconocerle y pagarle los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha de la suspensión y las sumas a cargo de EL CONTRATISTA y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato o con ocasión del mismo, e intereses de mora a la tasa máxima legal permitida; pasado un mes de la suspensión, EL CONTRATISTA podrá dar por terminado el contrato y tendrá derecho a los honorarios causados por: los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato, así mismo tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes y a los pagos a favor de terceros a los que se hace referencia en este párrafo ...”

Por lo anterior no es cierto indicar que el procedimiento señalado en el PROPIO CONTRATO, es ilegal y no produce efectos jurídicos vinculantes.

(...)

⁹¹ Fs. 264 a 266.

⁹² Fl. 165.

⁹³ Fl. 187.

⁹⁴ Fl. 3285 a 3295.

Así las cosas, no entendemos como defienden ustedes lo indefendible con plazos que a la luz del contrato no se encuentran por ningún lado y que a la larga ya están más que vencidos (les recuerdo que estamos en febrero no en enero ni en diciembre).

Con respecto al pago de REEMBOLSABLES, el contrato en su CLÁUSULA DECIMA, señala que dichos pagos deben hacerse de manera mensual, no bimensual o cada trimestre.

Los tiempos que ustedes señalan en el cuadro que adjuntaron, son procedimientos que no están en contrato y que en todo caso, atendiendo la destinación de los mismos, deben cumplir con lo reglado en el contrato (mensual).

Por todo lo anterior, señalamos que no estamos de acuerdo con su carta de contestación a la suspensión ya que no se ajusta a lo regido y dispuesto por el CONTRATO, donde se puede observar que el CONTRATANTE al incumplir el contrato, le está dando vida jurídica a la suspensión”.

El 10 de febrero de 2017 la Interventoría remitió al **ISVIMED** informe fotográfico del proyecto describiendo las actividades por ejecutar a 4 de febrero de 2017⁹⁵, así:

“DESCRIPCION (sic) DE ACTIVIDADES POR EJECUTAR A 4 DE FEBRERO

El 4 de febrero del 2017 según lo establecido en la ampliación N° 10, adición N° 9 y otrosí N° 3, se venció el plazo contractual para la entrega final y sin pendientes de las obras del proyecto Mirador de la Cascada y Montaña B8-9.

Montaña. Proyecto compuesto por dos torres (6 y 9) Y urbanismo.

Torre 8. Contiene 68 Aptos. Torre 9. Contiene 36 Aptos Total. 104 apartamentos.

El personal técnico de INSERCO S.A no se hizo presente para la entrega del citado proyecto y la interventoría después de analizar y verificar en campo que faltan por realizar las siguientes actividades, presenta el respectivo registro fotográfico.

OBRA LA MONTAÑA B8-9

- **Estación reguladora:** Los suministros y acoples los realizará EPM Y la obra civil la realizará INSERCO S.A con sub contratistas.
Estado: Sin iniciar.
- **Construcción de cunetas aledañas a senderos peatonales elevados:** Actividad que está claramente definida en planos.
Estado: Sin iniciar.
- **Construcción de cunetas en zona de tanques de almacenamiento agua:** empalme para descargas. Torres 8 y 9. Llenos y nivelación.
Estado: Sin iniciar.
- **Compensación Arbórea:** Actividad y cotizaciones autorizadas hace dos meses.
Estado: Sin contrato. Sin Iniciar.

⁹⁵ Fs. 268 a 290.

- **Suministro e instalación de pasamanos para senderos y parqueaderos:**
Estado: Cotizaciones aprobadas. Sin contrato. Sin iniciar.
- **Suministro e instalación de grama:**
Estado: Avance del 65%
- **Demarcación parqueaderos:**
Estado: Sin contrato. Sin iniciar.
- **Construcción de Sendero peatonal en piedra y urbanismo aledaño a parqueadero. Estado.** Sin iniciar.
- **Cuneta paralelo a muro de contención aledaño a parqueaderos:**
Estado: Sin iniciar.
- **Escalas de acceso entre parqueadero y costado izquierdo de torre 9:**
Estado. Sin iniciar.
- **Colocación de Bordillos en parqueadero:**
Estado: Sin iniciar.
- **Construcción de cuarto de aseo:**
Estado. Sin terminar.
- **Punto limpios: (sic)**
Estado. Son 2. Falta Impermeabilización de cubierta, enchapes, cunetas perimetrales, impermeabilización de muros, suministro e instalación de puertas.
- **Transporte y disposición final de escombros, madera, chatarra y tierra.**
Estado: Sin iniciar
- **Retiro de cerramiento perimetral y provisionales.**
Estado. Sin Iniciar.
- **Mantenimiento. Juegos Infantiles y gimnasio**
Estado: Sin iniciar.
- **Tratamiento de juntas en muro de contención:**
Estado: Sin iniciar.
- **Tramos de andén y brechas de excavación red de alcantarillado (parqueo):**
Estado. Sin iniciar
- **Construcción de tapa en salida box coulvert aledaño a portería:**
Estado: Sin iniciar.
- **Suministro e Instalación de escaleras gato y escotilla en torres 8 y 9:**
Estado: Sin iniciar.
- *Detallado de torres 8 y 9: (ajuste plomería, resanes en concreto, ajustes aparatos sanitarios, resanes de mampostería, cambios y reparación de chapas y cerámicas, ajuste de puertas y ventanas, sellos de fajas de puertas y ventanas, ajuste de aplicaciones eléctricas e instalación y ajuste de incrustaciones), en general todas las actividades necesarias para que todas las torres y apartamentos queden debidamente terminadas para el recibo por parte de los beneficiarios. Se deben basar*

para realizar esta actividad en los formatos de pendientes realizados entre INSERCO S.A e interventoría.

- **Aseo y limpieza general:**
Estado: Sin iniciar.

(...)

DESCRIPCION (sic) DE ACTIVIDADES PENDIENTES.

- **Construcción de cunetas laterales de descarga de zona de tranques (sic) de almacenamiento.** En torres 1 a 5. ambos costados.
Estado: Sin iniciar.
- **Construcción de cunetas sobre muros de contención. en torres 1,2,3,5,6.**
Estado sin iniciar
- **Construcción de cunetas en zona de tanques de almacenamiento agua. Torres 1,2,3,5 Y 6.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Compensación Arbórea.** Actividad y cotizaciones autorizadas hace dos meses.
Estado. Sin contrato. Sin iniciar.
- **Construcción de cunetas a lo largo de senderos peatonales y escalas.**
Estado: Suspendido por el contratista
- **Pasamanos en apartamentos (Balcones)**
Estado: Suspendido por el contratista
- **Pasamanos (Bolillos) en puntos fijos**
Estado: No se ha cotizado, sin iniciar
- **Pasamanos en puentes de acceso, torres y puntos fijos**
Estado: Suspendido por el contratista
- **Suministro e Instalación de pasamanos para senderos y parqueaderos.**
Estado: Cotizaciones aprobadas. Sin contrato. Sin iniciar.
- **Suministro e instalación de grama.**
Estado: Avance del 10%
- **Pavimentación de parqueadero.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Demarcación parqueaderos.**
Estado. Sin contrato. Sin iniciar.
- **Construcción de andenes en torres 5 y 6.**
Estado. Sin iniciar.
- **Empalmes de andenes a accesos torres 1,2, y 3.**
Estado. Sin Iniciar.

- **Colocación de Bordillos en parqueadero.**
Estado. Sin iniciar.
- **Punto limpio.**
Estado: Son 5. Falta Impermeabilización de cubierta, enchapes, cunetas perimetrales, impermeabilización de muros, suministro e instalación puertas
- **Transporte y disposición final de escombros, madera, chatarra y tierra.**
Estado: Sin iniciar
- **Retiro de cerramiento perimetral y provisionales.**
Estado. Sin Iniciar.
- **Suministro e instalación de juegos infantiles y gimnasio.**
Estado. Sin iniciar.
- **Construcción de losas de apoyo para tanques en torres 1, 2, 3, 5,6.**
Estado. Sin iniciar.
- **Suministro e Instalación de escaleras gato y escotilla en torres 1, 2, 3, 4,5 Y 6.**
Estado. Sin iniciar.
- **Llenos, excavaciones y perfilaciones en torres 1 a 6.**
Estado: Sin Iniciar
- **Tramo de alcantarillado entre torre 4 y entre final (tramo 65), entre parqueadero y torre 1 y conexiones a la vía (pavimento), para torres 5 y 6 y torre 4.**
Estado: En construcción.
- **Cerramiento en mampostería de nivel inferior de parqueadero.**
Estado: Sin iniciar.
- **Instalación de loseta táctil entre torres 3 y 4.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Construcción de andén en torre 3.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Impermeabilización cubierta torre 4.**
Estad: En ejecución.
- **Construcción de Redes externas de gas (urbanismo).**
Estado. Sin iniciar.
- **Construcción de acceso a parqueadero aledaño a torre 4.**
Estado. Sin iniciar.
- **Construcción de Filtros. M.C Detrás de muros de contención.**
Estado: Suspendido por contratista.
- **Aseo y limpieza general.**
Estado: Sin iniciar.

Detallado de torres 1, 2, 3, 4, 5, 6 (ajuste plomería, resanes en concreto, ajustes aparatos sanitarios, resanes de mampostería, cambios y reparación de chapas y cerámicas, ajuste de puertas y ventanas, sellos de fajas de puertas y ventanas, ajuste de aplicaciones eléctricas e instalación y ajuste de incrustaciones), en general todas las actividades necesarias para que todas las torres y apartamentos queden debidamente terminadas para el recibo por parte de los beneficiarios. **Se deben basar para realizar esta actividad en los formatos pendientes realizados entre INSERCO S.A. e Interventoría”**

En escrito del 13 de febrero de 2017 **INSERCO** solicitó a la Interventoría autorizar el ingreso de un trabajador para “la revisión en obra del corte correspondiente a **CONSTRUCTORRES S1 S.A.S.**”⁹⁶.

El 22 de febrero de 2017 la Interventoría presentó informe al **ISVIMED** acerca de la reunión llevada a cabo el 9 de febrero de 2017 entre la Contratista, la Coordinadora del Proyecto y la Interventoría en la cual se trató el tema de las multas, la cláusula penal y la indemnización de perjuicios⁹⁷. En dicho informe se concluyó que:

- “(a) *Procede la aplicación de multas por retardo en la entrega de los hitos, hasta el tope pactado.*
- “(b) *Procede la aplicación de la penal pecuniaria por el abandono de la obra y la no entrega definitiva del objeto del contrato.*
- “(c) *Podrán sumarse tanto la penal pecuniaria como las multas.*
- “(d) *Procede la efectividad del amparo por la vía de la reclamación directa a la aseguradora por las penalidades antes indicadas pero si paga primero el contratista habrá de desistir del reclamo”*

El recuento efectuado, con base en la prolífica prueba documental aportada por las partes, da cuenta de que: i) el Contrato fue objeto de diversas modificaciones, especialmente en lo concerniente al plazo de ejecución y a su valor; ii) el 1º de octubre de 2014 se acordó una suspensión en la ejecución del Contrato que se extendió por lapso de un año; iii) al reanudarse la ejecución del Contrato continuaron presentándose vicisitudes que afectaron el cumplimiento de los plazos contractualmente previstos; iv) el 11 de abril de 2016 la Contratante le notificó a **INSERCO** la terminación del Contrato; v) el 11 de mayo de 2016 se decidió continuar con la ejecución del Contrato y se suscribió un acuerdo con el objeto de “establecer el plazo de ejecución del objeto del contrato, y de establecer las obligaciones que a partir de su suscripción adquirirán las partes, adicionales a las establecidas en el contrato principal”⁹⁸; y vi) en la ejecución de la “**AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.**” se suscitaron reclamaciones recíprocas que culminaron con la decisión de **ALIANZA FIDUCIARIA** de terminar el Contrato.

⁹⁶ Fl. 3431.

⁹⁷ Fs. 291 a 294.

⁹⁸ Fs. 150 y 152.

3.10. SOBRE LA VALIDEZ DEL CONTRATO.

Cuando se formula una pretensión de incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual, resolución, terminación), uno de los presupuestos para la prosperidad de la misma es el que concierne a la validez del contrato.

En el caso concreto quedó suficientemente demostrado que las partes celebraron el 21 de febrero de 2013 el contrato de construcción por el sistema de administración delegada sobre el que versa el litigio, el cual reúne los requisitos de existencia exigidos, a saber: declaración de voluntad de las partes, objeto y causa.

La demostración de la existencia del contrato hace presumir su validez, sin que las partes hubieran alegado la existencia de un vicio de nulidad contractual o cuestionado su validez.

Sin embargo, el control de legalidad que el juez debe efectuar en relación con la validez de un contrato, le impone verificar que el mismo no esté afectado de un vicio de nulidad absoluta.

El Tribunal no encuentra que el Contrato celebrado adolezca de un vicio de nulidad absoluta. En efecto, el objeto y la causa del mismo resultan lícitos y las partes que lo celebraron plenamente capaces. La celebración del Contrato no vulnera los principios que rigen la contratación administrativa, y los problemas que el mismo presentó se suscitaron en su etapa de ejecución, sin que su clausulado contradiga los principios referidos, normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

El Tribunal no encuentra que se haya presentado un vicio en el perfeccionamiento del Contrato. Al contrario, como debe suceder en los contratos de fomento, se pudo observar un especial cuidado en la determinación y acuerdo de las obligaciones y fundamentos materiales y jurídicos necesarios para el debido nacimiento de la relación jurídico contractual. Cosa diferente es que al momento de la ejecución y durante el desarrollo del contrato se hubiesen presentado situaciones de incumplimiento que pudieron haber afectado la realización plena y en tiempo del objeto de este. Dichos incumplimientos constituyen el objeto central del Laudo y se ubican en la etapa de ejecución del negocio jurídico y no en la de su celebración.

Así mismo, las partes no alegaron un vicio de nulidad relativa (vicio en la voluntad, incapacidad relativa), ni el Tribunal advierte sobre su presencia.

Ello significa que se satisface el requisito de la validez del contrato como presupuesto de las pretensiones de incumplimiento contenidas en la demanda.

3.11. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

El punto central de la controversia impone analizar si el Contrato de Construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 entre **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** como vocero del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 - MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** en calidad de **CONTRATISTA**, el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED** en calidad de **COORDINADOR DEL PROYECTO**, fue incumplido por las partes.

La parte Convocante plantea en la demanda reformada que **INSERCO** incumplió el negocio jurídico referido, por cuanto no entregó en el plazo acordado en el Otrosí Nro. 3 (4 de febrero de 2017) las 424 unidades de dominio privado a las que se comprometió, correspondientes a los proyectos La Montaña y La Cascada.

Por su parte, **INSERCO** afirma que cumplió cabalmente con las obligaciones derivadas del Contrato y que las obras faltantes no le son imputables, pues fueron las entidades Convocantes quienes habrían impedido con su conducta que la obra fuera entregada en la fecha establecida.

En el Contrato las partes asumieron diversas obligaciones -descritas con amplitud en acápite precedente-, siendo pertinente destacar que **INSERCO** se obligó de manera principal a la construcción de **CUATROCIENTAS VEINTICUATRO (424) unidades de vivienda de interés social prioritario (VIP) en altura, en el proyecto denominado MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, ubicado en el municipio de Medellín, dentro del Macro- Proyecto "Pajarito", "de acuerdo con el listado de obras, estudios, planos, diseños, especificaciones y suministrados por EL CONTRATANTE".**

Las partes finalmente fijaron al 4 de febrero de 2017 como el plazo para el cumplimiento de la obligación descrita. Así se pactó en el documento rotulado **"AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A."**⁹⁹suscrito el 30 de noviembre de 2016.

En el proceso se demostró -y así lo acepta la parte Convocada- que para el 4 de febrero de 2017 la obra contratada no se encontraba culminada.

⁹⁹ Fs. 232 a 236.

La obligación contractual asumida por **INSERCO** corresponde a una típica obligación de resultado, pues su prestación consistía en entregar la obra terminada en la fecha estipulada por las partes, sin que la conducta debida se circunscribiera a procurar poner los medios para lograr tal objetivo.

Lo anterior resulta especialmente trascendente, dado que tratándose de obligaciones de resultado el deudor incumplido solo puede exonerarse de responsabilidad demostrando una causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa del acreedor).

En el régimen de las obligaciones de resultado el deudor no puede liberarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado; a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de obligaciones de medios.

Sobre las obligaciones de resultado expone JORDANO FRAGA lo siguiente:

“en las obligaciones de resultado... lo debido es la obtención del concreto resultado, que, por consiguiente, se integra en el contenido de la prestación. En este tipo de obligaciones no basta que el deudor despliegue la actividad diligente encaminada al logro del resultado, sino que debe obtener este último. Por resultado se debe entender una determinada configuración de una realidad física y jurídica, respecto del modo como ésta se encontraba en el momento anterior a la constitución de la relación obligatoria”¹⁰⁰.

En la sentencia ya citada del 11 de julio de 2018 (**Radicación número: 76001-23-31-000-1999-01224-01(41405)**) la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia de la Dra. **STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO** expuso con respecto al régimen de las obligaciones de resultado:

“Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionado por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, con el propósito de que se reparen integralmente los daños que el incumplimiento ocasiona, responsabilidad que, tratándose de obligaciones de resultado, solo admite exoneración, en principio, por causas que conduzcan a concluir que los perjuicios reclamados no son imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).”

Consecuente con lo expuesto -régimen jurídico de las obligaciones de resultado-, y teniendo presente los argumentos planteados por las partes de cara a explicar la conducta contractual asumida y a cuestionar el comportamiento de la contraparte, le corresponde al Tribunal valorar el acervo probatorio -documentos, testimonios, dictámenes periciales, inspección judicial- en aras de determinar las causas por las

¹⁰⁰ FRAGA, Jordano. Anuario de Derecho Civil. Tomo 44, Volumen 1. Pág. 21.

cuales la obra no se encontraba terminada para el 4 de febrero de 2017, debiendo apreciar si las mismas exoneran o no a la Convocada de la responsabilidad contractual que se le atribuye.

Como ya se ha expuesto, la posición de las partes en relación con las causas que determinaron que la obra contratada no fuera entregada el 4 de febrero de 2017, son radicalmente disímiles.

Mientras que la parte Convocante afirma el incumplimiento de la obligación de resultado referida, y enfatiza que **INSERCO** no realizó adecuadamente las labores que le correspondían, no gestionó de manera apropiada el presupuesto y no coordinó en debida forma su trabajo con los subcontratistas, la parte Convocada aduce que ello obedeció a que el **ISVIMED** no dispuso de los recursos necesarios para el desarrollo del Contrato, a que la estructura y apartamentos construidos se deterioraron en virtud de la suspensión contractual acordada el 1º de octubre de 2014, a la falta de comunicación adecuada con la Interventoría, a que la Interventoría suspendió en el mes de diciembre de 2016 la ejecución de obras de urbanismo por falta de recursos y a que las Convocantes no cumplieron con tareas contractuales que les incumbían.

Si bien el incumplimiento contractual invocado se configuró el 4 de febrero de 2017 (en vigencia de la “*AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.*”), para el Tribunal resulta importante -en la tarea de valoración de la conducta contractual de las partes- tener presente las vicisitudes que se presentaron en la ejecución del Contrato desde su celebración.

En desarrollo del análisis que se acomete, el Tribunal insiste en que se encuentran suficientemente demostrados los siguientes eventos:

- El Contrato se celebró el 21 de febrero de 2013 y el Acta de Inicio se suscribió el 26 de abril de 2013.
- El 1º de octubre de 2014 la ejecución del Contrato fue suspendida en razón de “[l]as dificultades presentadas respecto a la disponibilidad de los recursos necesarios para el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el contrato de construcción por administración delegada por parte de EL CONTRATANTE”.

- La suspensión del Contrato afectó las obras que se habían ejecutado, al generarse un deterioro significativo en estas¹⁰¹.
- La ejecución del Contrato se reanudó el 29 de octubre de 2015.
- A partir del momento en que se reanudó la ejecución del Contrato se suscitaron diversas quejas e inconformidades de ambas partes sobre la conducta contractual desplegada. La parte Contratante, especialmente a través de la Interventoría, puso de presente los atrasos en que venía incurriendo **INSERCO**¹⁰², y por su parte la sociedad Contratista se quejó de actuaciones de entorpecimiento de la Interventoría, de atraso en los pagos y de sus implicaciones negativas frente al manejo de los subcontratistas¹⁰³.
- El 9 de septiembre de 2016 se realizó visita a la obra por parte del personal delegado por Interventoría en la cual se chequeó el estado de cada uno de los apartamentos, dejándose consignado su situación y los ajustes que requerían¹⁰⁴.
- Pese a todas esas vicisitudes, en diversas oportunidades -ya descritas- las partes acordaron modificar el Contrato, especialmente en lo concerniente al plazo de entrega de la obra y al valor del mismo.
- La última modificación del Contrato fue autorizada el 28 de octubre de 2016, fecha en la cual **ALIANZA FIDUCIARIA** le comunicó a **INSERCO** que: i) el plazo sería ampliado en 87 días; y ii) que se adicionarían los recursos para que se culminara con la ejecución de la obra.
- Dicha modificación contractual quedó plasmada en el documento denominado *“AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.”*

Después de suscrito el OTROSÍ No. 3 acaecieron varios hechos trascendentes:

- El 14 de diciembre de 2016 la Interventoría ordenó la suspensión de varias obras de urbanismo del proyecto Mirador de la Cascada por faltantes presupuestales¹⁰⁵.

¹⁰¹ Fs. 2403 a 2405; 148 vto. y 149; 2400 a 2402.

¹⁰² Fs. 10515, 10548, 10557 a 10568, 10570 A 10584, 10595 a 10612, 10652 a 10655 y 10756 a 10762.

¹⁰³ Fs. 3180, 3218, 3219, 3223 a 3225, 3227 a 3234, 3302 a 3305, 3367 a 3375, 3395 a 3397, 3400 a 3409, 3411 a 3420, 422 a 3427, 3429 a 3444, 3446 a 3469, 3471 a 3478, 3751 a 3809, 3754.

¹⁰⁴ Fl. 3206 a 3208.

¹⁰⁵ Fs. 247 a 252.

- Desde el mes de diciembre de 2016 la Interventoría generó alertas sobre atrasos significativos de **INSERCO**, sobre la insuficiencia de personal y sobre la imposibilidad de que se entregara la obra en el plazo acordado.
- En comunicación del 5 de enero de 2017 la Interventoría le indicó a **ISVIMED** que la construcción de La Montaña tenía un atraso del 29,87% y la de La Cascada de 64,3%:

“el atraso se ve reflejado en días, según los tiempos de ejecución de cada obra, se puede ver en cada cuadro el atraso en días de cada hito y en general para cada proyecto.

Dado lo anterior y según cuadro de personal laborando en actividades, donde se observa que este disminuye, la interventoría concluye que el contratista INSERCO NO cumplirá con la fecha de entrega final del proyecto, según lo constatado (personal, equipos y materiales) el atraso presentado estará aumentando día a día”¹⁰⁶.

- Por su parte, **INSERCO** le hizo requerimientos a la Interventoría para que cumpliera con las obligaciones que le correspondían y defendió su conducta contractual. Con respecto a este punto se destacan los siguientes documentos:
 - Comunicación del 7 de diciembre de 2016 remitida por **INSERCO** a la Interventoría manifestando “... la necesidad real de integrar un maestro para torres...”¹⁰⁷.
 - Misiva del 19 de diciembre de 2016 remitida por **INSERCO** a la Interventoría solicitando “copia de los planos de redes de servicio, acueducto, alcantarillado y gas, actualizados para construcción y con sellos de EPM (última versión), ya que a la fecha no se tienen y se requieren para los trámites finales de entrega de redes” (fl. 3224)
 - Comunicación del 21 de diciembre de 2016 remitida por **INSERCO** a la Interventoría solicitando el rediseño de la estación reguladora con el fin de dar cumplimiento a esta actividad¹⁰⁸.
 - Escrito de fecha 22 de diciembre de 2016 elaborado por **INSERCO**, en el que se pronunció sobre el “**SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DICIEMBRE 2016**” negando su existencia y solicitando que se le precisaran varias de las observaciones de la Interventoría.

¹⁰⁶ Fl. 256 vto.

¹⁰⁷ Fl. 3223.

¹⁰⁸ Fl. 3219 a 3221.

- Misiva del 27 de diciembre de 2016 dirigida a la Interventoría por **INSERCO** solicitándole autorización para el “*cargue y botada de tierra*” que resulte de la perfilación del terreno para la conformación del parqueadero del proyecto La Montaña, y manifestando que es “*indispensable la presencia de personal de interventoría constante en la Obra para que esté al tanto de todas las situaciones, novedades y actividades...*”¹⁰⁹.
- Comunicación del 5 de enero de 2017 dirigida por **INSERCO** al **ISVIMED** pronunciándose sobre el retraso de actividades y quejándose sobre las obstrucciones generadas por la Interventoría.
- Comunicación del 17 de enero de 2017 en la cual **INSERCO** respondió el comunicado de terminación unilateral del Contrato¹¹⁰ brindando explicaciones sobre los presuntos atrasos, y manifestando nuevamente inconformidades con la Interventoría.
- El 6 de enero de 2017 **ALIANZA FIDUCIARIA** le comunicó a **INSERCO** la terminación del Contrato con base en la Cláusula Vigésima Séptima de éste.
- El 3 de febrero de 2017 **INSERCO** le notificó a **ALIANZA FIDUCIARIA** la suspensión del Contrato¹¹¹.

Para efectos del análisis que se efectúa, en relación con el incumplimiento contractual, existen varios documentos especialmente relevantes emanados de la Interventoría, a saber: i) informe del 5 de enero de 2017; ii) comunicación del 26 de enero de 2017 remitida por la Interventoría al **ISVIMED** acerca de las actividades faltantes para la ejecución completa de la obra y los permisos pendientes de tramitar¹¹²; iii) comunicación del 27 de enero de 2017 remitida por la Interventoría al **ISVIMED**, en la cual informó el incumplimiento del hito de construcción de urbanismo previsto para la fecha¹¹³; iv) escrito de fecha 6 de febrero de 2017 remitido por la Interventoría al **ISVIMED** informando el incumplimiento del Contrato por parte de la contratista; y v) informe de la Interventoría remitido al **ISVIMED** el 10 de febrero de 2017, con fotografías del proyecto, en el que se describen las actividades pendientes de ejecutar al 4 de febrero de 2017¹¹⁴.

¹⁰⁹ Fl. 3216.

¹¹⁰ Fs. 3240 a 3276.

¹¹¹ Fl. 158 y 159; 3278 a 3281.

¹¹² Fl. 258 y 259.

¹¹³ Fl. 260.

¹¹⁴ Fs. 268 a 290.

Adicional a ello, la sociedad Interventora **GUTIÉRREZ DÍAZ Y CIA S.A.**, rindió en el proceso informe escrito en el que concluyó que **“INSERCO S.A. NO cumplió, a cabalidad, con las *Obligaciones del Contrato de Construcción*, por el Sistema de Administración Delegada, suscrito el **21 de Febrero de 2013** con el *Fideicomiso* y el **ISVIMED**”**¹¹⁵.

La Interventoría le atribuyó dicho incumplimiento a: i) que ninguna de las 424 unidades de vivienda se encontraba completamente terminada, faltaban *“Puertas, Ventanas, Pasamanos de Balcones, Redes de Gas, Pozuelos, Lavaderos, Lavamanos, Timbres, Instalaciones Eléctricas, etc”*; ii) que faltaban actividades de urbanismo en ambos proyectos; iii) que **INSERCO** no construyó ni legalizó las redes de servicios públicos, a pesar de estar obligada a hacerlo; y iv) que **INSERCO** tampoco cumplió su obligación de entregar de manera completa la documentación requerida para la ejecución cabal del Contrato.

De dicho documento se destacan los siguientes apartes:

“Como puede observarse en los Registros del Estado Final de los Apartamentos, al 04 de Febrero de 2017, realizados en Formatos firmados por Esta Interventoría (Gutiérrez Díaz y Cía. S.A.), el Administrador Delegado (INSERCO S.A.), y el Representante del Contratante, en Obra (ISVIMED), ninguno de los 424 Apartamentos fue terminado por el Administrador Delegado, en donde se observaban faltantes en Puertas, Ventanas, Pasamanos de Balcones, Redes de Gas, Pozuelos, Lavaderos, Lavamanos, Timbres, Instalaciones Eléctricas, etc., y principalmente, debido a que, Ningún Apartamento contaba con Conexiones a Servicios Públicos (Acueducto, Alcantarillado, Energía, y Gas) (Ver Anexos Carpeta 014B3 y Carpeta 014B4). Los Formatos fueron entregados al ISVIMED, y se incorporaron en el proceso. La Torre de Parquaderos, y las Obras de Urbanismo de Mirador de la Cascada y Montaña, tampoco fueron terminadas por INSERCO S.A., como se evidencia en el informe fotográfico y descriptivo, presentado por Esta Interventoría al ISVIMED (Entrega Informe Fotográfico – 04 de Febrero de 2017), remitido mediante Oficio 216-GDP-CC01-255 del 10 de Febrero de 2017, además de las siguiente Actividades Faltantes en los urbanismos de Montaña y Mirador de la Cascada.

(...)

El Administrador Delegado No Atendió, de manera precisa, los Requerimientos de la Interventoría, en cuanto a documentación para la ejecución de la obra. Entre los Documentos Solicitados por la Interventoría, y no entregados, se pueden citar, la Actualización del P.M.T., la Relación de Vehículos Movilizados en la Obra (Tarjeta de Propiedad, Certificado de Gases), Contratos Firmados suministrados a Interventoría fuera de los tiempos Esperados, Pólizas de Subcontratistas, Liquidaciones y Paz y Salvos de Subcontratistas, y Balances, entre otros.

Cabe anotar que, el Incumplimiento en la Entrega de la Documentación, aumentó las causas de que muchos Contratos no se pudieran liquidar oportunamente, como se puede observar en la relación del numeral anterior.

¹¹⁵ Ver memoria USB.

(...)

El Proyecto No fue Recibido a Satisfacción por la Interventoría, ni el ISVIMED, y quedaron Pendientes de Obra y Obligaciones Contractuales, como se puede observar en los numerales anteriores, a los cuales se les ha dado respuesta.

Básicamente, podemos afirmar que, el Administrador Delegado no terminó, ni entregó los proyectos Mirador de la Cascada y Montaña Bloque 8 y 9, cómo lo establecía el Contrato, y/o los requerimientos de la Interventoría y el ISVIMED.

Por otra parte, INSERCO S.A., tampoco liquidó, ni entregó la Documentación necesaria para liquidar a los diferentes interesados del Proyecto, tales como, Personal Administrativo, Personal Operativo, Subcontratistas y el Personal de éste; ISVIMED, entre otros”.

En la aclaración y complementación que la sociedad Interventora presentó a dicho informe se consignó:

“El Objeto General del Contrato celebrado entre ALIANZA Fiduciaria S.A. y la Firma Contratista INSERCO S.A., era la Construcción de 424 Unidades de Vivienda (320 Unidades de Vivienda en Mirador de la Cascada, y 104 Unidades de Vivienda en Montaña - Bloques 8 y 9), para ser ocupados por los Beneficiarios Seleccionados. Las Unidades de Vivienda, al no tener los Servicios de Acueducto, Alcantarillado, Gas, Energía, y Alumbrado Público, en debido funcionamiento, no podían ser entregadas y ocupadas por la Población Seleccionada y Beneficiada, para estos proyectos.

Los Servicios Públicos Domiciliarios, anteriormente relacionados, no estaban completamente terminados, y mucho menos, legalizados por la Firma Contratista INSERCO S.A., para el 04 de febrero de 2017, Fecha de Terminación del Plazo Contractual del Proyecto.

(...)

Es decir, que si le correspondía al Contratista INSERCO dentro de su alcance contractual, realizar dichas actividades, sin embargo, esta actividad de legalización de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado, Gas, Energía, y Alumbrado Público, fue realizada por el contratista JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR, contratado por Alianza Fiduciaria S.A., para terminar las Actividades Pendientes de Ejecución en el Proyecto (debido a la no terminación en su momento por parte del INSERCO de las actividades mencionadas) y dentro de las cuales se incluían: la terminación y conexión de las Redes de Servicios Públicos Domiciliarios, además de Otras Legalizaciones fundamentales para la operación del Proyecto ante entidades como: la Secretaría de Obras Públicas, la Subsecretaría de Control Territorial y el Departamento Administrativo de Planeación. (Ver ANEXO No.03 – Programación presentada por JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR), en donde se pueden observar las actividades de legalización que realizó, según Informe Mensual No.16 de febrero de 2020.

En virtud de lo anterior, la Interventoría, con base en la información anterior, puede afirmar que INSERCO S.A. No Cumplió con la obligación de ejecución de las Actividades Previas, a la Conexión y Legalización de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado, Gas, Energía, y Alumbrado Público, en los Proyectos de Mirador de la Cascada y Montaña – Bloques 8 y 9”.

Así mismo, el señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR**, quien en 2018 fue contratado para la culminación de la construcción del Proyecto **MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA** fue requerido por el Tribunal para que rindiera informe escrito acerca del estado en que recibió el proyecto.

En el informe presentado, el señor **GÓMEZ SALAZAR** indicó que en la obra “no se contaba con los empalmes a las redes públicas” y que “es claro que los defectos encontrados obedecen directamente a los procesos constructivos implementados”¹¹⁶.

De manera textual se indica en dicho documento lo siguiente:

"Los servicios públicos para la totalidad de los (424) apartamentos: Acueducto, Energía, y gas no se encontraban habilitados, debido a que los sistemas y redes que permiten el funcionamiento, tenían problemas constructivos, tanto al interior del apartamento, como en el exterior de los mismos, pues las redes que abastecen a los edificios, para el caso del acueducto, gas y las redes de evacuación de las aguas servidas para el caso del alcantarillado de aguas lluvias y residuales se encontraban rotos, mal instalados, y algunos incluso sin instalar, habían cruces de salidas de aguas residuales a aguas lluvias, y las cajas de empalme al exterior de la edificación, muchas de éstas no estaban construidas, y las que se encontraban construidas no estaban de acuerdo a la normas de EPM, presentaban deficiencias constructivas, por lo tanto Empresas Públicas de Medellín EPM, quien recibe y autoriza los empalmes a la red pública no había autorizado dicho procedimiento."

"La red del acueducto del proyecto, presentaban muchas deficiencias constructivas, faltaban tramos por instalar, y el empalme a la red de igual manera no estaba instalado, ni presurizado, fue entonces necesario realizar apiques perforaciones investigaciones, presurizaciones, levantamiento de tramos completos de tuberías, bajo la supervisión de Empresas Públicas de Medellín para su recibo final."

En sentido contrario a la prueba documental reseñada, la parte Convocada presentó dictamen pericial rendido por el Ingeniero **GONZALO ECHEVERRI PALACIO**, el cual fue sustentado en la audiencia programada por el Tribunal para tal efecto.

El perito conceptuó que no hubo incumplimiento contractual de parte de **INSERCO**.

En primer lugar, el perito partió de la base -coherente con el análisis efectuado por el Tribunal acerca de la naturaleza del Contrato celebrado – de que el Contrato ejecutado por **INSERCO** correspondía a un contrato por el sistema de administración delegada, respecto del cual predicó las siguientes características:

"A partir de los conceptos que acaban de exponerse, el Perito fija los parámetros específicos de ejecución en un contrato de administración delegada, los que serán empleados en el estudio del contrato que ocupa este trabajo:"

¹¹⁶ Ver pág. 6 respuesta JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR memoria USB.

1. El Administrador Delegado es responsable por la calidad técnica de lo construido; así como por la optimización de precios de las actividades, cantidades, y, en general demás actuaciones propias de un consultor.
2. El dueño de la obra mantiene durante toda la ejecución del proyecto el pleno control del mismo. Además del activo ejercicio del control sobre aspectos técnicos, de presupuesto y financiero.
3. Los riesgos de la ejecución del contrato son en su totalidad del Contratante, dentro de los que conviene destacar el relativo al costo de construcción.
4. El valor del contrato supone que se paga el costo real de la obra más el costo por honorarios, proporcional al primero. De este elemento se desprende el hecho que el contratista percibe sus honorarios una vez se hubieren pagado costos reales de la obra, y, por ende, cuando haya avance y pago.
5. Esta modalidad se utiliza en proyectos con bajo nivel de certeza o definición en cuanto a su real alcance, esto al estar en todo momento el costo y la dirección en cabeza del dueño de la misma.
6. Del anterior presupuesto se desprende que no resulta extraño a este tipo de proyectos el que ocurran variaciones significativas en los valores estimados, pues precisamente es en razón a esas probabilidades que se podría optar por esta modalidad. Es decir, los valores del contrato, al igual que el del costo de obra, son meras estimaciones.

Estando definidos los elementos con base en los cuales el Perito realizará su análisis, se procede con la exposición de los puntos relevantes del contrato de administración delegada celebrado por INSERCO¹¹⁷

El perito se pronunció sobre los incrementos significativos del valor del Contrato, conceptuando que los mismos no obedecían a un simple fenómeno inflacionario. Al respecto indicó:

“A partir del comportamiento de las de las previsiones económicas del Contrato y de las adiciones en valor que se presentaron, el Perito destaca las siguientes conclusiones útiles para el análisis:

- *El valor de la obra hasta su última adición tuvo un incremento del 104,46%, cifra ciertamente desproporcionada. La magnitud de esta variación da cuenta del porqué de la modalidad de contratación utilizada, pues, como se vio al comienzo del presente informe, la administración delegada se emplea usualmente en contratos en los que existe una baja definición sobre el alcance del proyecto.*
- *El índice de Costos en la Construcción de Vivienda (para vivienda multifamiliar) en la ciudad de Medellín, correspondiente al mes de febrero de 2013, fecha en que se suscribió el contrato estaba en 194,69 y para el mes de noviembre de 2016, en el que se acordó la modificación final definiendo los últimos valores para las torres, se ubicó en 222,95.*

¹¹⁷ Fs. 966 y 967.

Así las cosas, la variación en el mencionado índice es del 14,52% para la totalidad de este período - Feb. 13 a Nov. 16 = 45 meses -, por lo que la incidencia del incremento en los costos de construcción entre la fecha del contrato y aquella en la que se hizo el último presupuesto, se considera baja, y, por lo tanto, no explica por sí misma la diferencia entre el precio arriba reseñada.

De esta manera, no fueron efectos inflacionarios los que incidieron en el desbordado incremento en el valor del Proyecto.

- *El costo de la obra, definido por la Entidad en el contrato, actúa como límite para la ejecución del Contratista, quien no podía ejecutar actividades que excedieran el presupuesto sin que se realizará la adición respectiva.*

Esta condición del contrato, es totalmente ajustada a la naturaleza de la administración delegada, en la cual, como se explicó anteriormente, "(...) es el propietario quien controla el desarrollo del proyecto, es decir, aprueba diseños, requisiciones, compras y vigila toda la fase técnica y administrativa del proyecto."

Dentro del concepto de gastos reembolsables se incluyeron los "gastos de materiales y mano de obra que se causen por la atención de pos construcción, que se haga necesaria por motivos no imputables al contratista"; lo cual es importante en la medida en que desde la firma del contrato ya existía una previsión para las actividades de pos construcción, que deberían estar incorporadas en el presupuesto"

El ingeniero **ECHEVERRI PALACIO** explicó que el administrador delegado tiene la obligación de seleccionar a los terceros que han de apoyar la ejecución de la obra, debiendo coordinar su trabajo y estando sus honorarios correlacionados con el cumplimiento de dicha obligación.

Sobre este punto expuso el perito en el dictamen:

"Así, el administrador delegado debe gestionar la búsqueda de los terceros necesarios para la marcha del proyecto y coordinar su trabajo, por lo que precisamente recibe un porcentaje sobre el pago al subcontratista, el cual cubre dos conceptos: i) gastos de administración (indirecto), y ii) la utilidad de su gestión.

De lo anterior es precisamente que la primera de las obligaciones a su cargo, de acuerdo con la Cláusula Segunda del contrato, es la de "Dirigir la ejecución de LA OBRA ejerciendo la dirección técnica y administrativa de los trabajos, con el fin de lograr la realización de los mismos con sujeción a los estudios, planos, diseños y especificaciones y programas de trabajo.

(...)

Pues bien, en cuanto a los honorarios de INSERCO, éstos se facturaban en razón al 5,9% del total de los costos directos aprobados y debidamente causados en el período por: i) Anticipos; ii) Facturas de proveedores; iii) carga prestacional de personal obrero".

El perito concluyó en relación con la operación del Contrato:

"Principales conclusiones del Perito con relación a la operación del contrato"

- *La manera como se definió la contratación, el pago de honorarios y reembolsable, con la intervención activa de todos los involucrados tanto en la ejecución de los subcontratistas como en la ejecución de sus contratos, corresponde al modelo de administración delegada, en la forma en que fue expuesto al inicio de este informe.*
- *La remuneración del administrador delegado, con excepción del cobro de honorarios calculados sobre anticipos, se ligó a la ejecución efectiva del presupuesto en obra y, por ende, su causación depende necesariamente del avance y aceptación de costos de los subcontratos.”*

El experto cuestionó el análisis efectuado por la Interventoría que sirvió de base a la terminación del Contrato. Al respecto conceptuó en el dictamen:

“De lo anterior, es claro que la terminación se vino a justificar en supuestos incumplimientos y atrasos presentados en la construcción del proyecto, partiendo del informe remitido por la Interventoría al ISVIMED el 5 de enero de 2017 con referencia 216-GDP-CC-01-238.

- *El análisis que realiza el Interventor para medir el avance del proyecto, se limita exclusivamente a aquello que tiene que ver con el Otrosí 3 (Ampliación 10, Adición 9), es decir, realiza un análisis programático del documento acordado entre las partes el 25 de noviembre de 2016; cuyas fechas de inicio y terminación son el 10 de noviembre de 2016 y el 04 de febrero de 2017 respectivamente, un total de 87 días.*

Como se analizará más adelante en el documento del Interventor del 5 de enero de 2017, el corte se realiza con el avance al 27 de diciembre de 2016, de manera que habían transcurrido 48 de los 87 días pactados en dicho Otrosí 3 (55/17%).

Así mismo, el recurso disponible del que parte el análisis, corresponde al saldo del fondo rotatorio el 10 de noviembre de 2016 (\$3.833'972.006), de donde se anticipa desde ya un error grave en la valoración del Interventor, en la medida en la que desde el punto de vista económico el Cronograma incorporado por el Otrosí contenía un presupuesto a invertir por valor de \$2.283.253.972.

Para el Perito existe una cierta incongruencia en que se realice un corte de programación de un cronograma partiendo de la valoración con una inversión diferente que en últimas es sustancialmente mayor.

- *Lo anterior, en apreciación del Perito es una inconsistencia en el análisis del Interventor si lo que pretendía, como lo indica su comunicación era presentar "un resumen análisis de los proyectos". El exclusivo análisis del programa presentado con el Adicional del 30 de noviembre de 2016 desconoce el avance alcanzado del proyecto a lo largo de la ejecución del contrato.*

Lo anterior, sobre todo teniendo en cuenta que al momento de suscripción del Otrosí 3 (Ampliación 10, Adición 9), 30 de noviembre de 2016 con actividades iniciando el 10 de noviembre de 2016; ya habían transcurrido 42,6 meses de ejecución, tiempo transcurrido entre el 26 de abril de 2013 en que se suscribió el Acta de inicio y esa fecha.

Resulta entonces ciertamente inadecuado presentar un estado de avance con un "un resumen análisis de los proyectos" tomando como referencia exclusivamente un periodo de

poco menos de 3 meses y desconociendo lo materializado a lo largo de los 42,6 meses anteriores (un período 14 veces mayor al plazo analizado).

(...)

- Al igual que con el plazo, asumir dentro de los presupuestos de un informe de avance el "presupuesto adicionado en el Otrosí N° 3 más el saldo existente a la fecha de consignación de la adición", desconoce el presupuesto invertido en el proyecto, cifra que como se expondrá en detalle más adelante en el presente informe, para el mes de noviembre de 2016 correspondía con una inversión bastante representativa con relación al valor total de los costos establecidos para el total del contrato.

(...) Se reitera que, en concepto del Perito, no es preciso presentar un estado de avance si se tiene como referencia exclusivamente el presupuesto pendiente de inversión sin tener en cuenta lo invertido a lo largo de la ejecución de las obras, sobre todo cuando, además, dicho presupuesto difiere del que fue utilizado en la elaboración del cronograma de ejecución de obra, como ocurrió en este caso.

Al margen de la distorsión en la base presupuestal utilizada por el Interventor, si se considera como variable de avance únicamente la inversión existente en el fondo rotatorio como éste lo plantea en su análisis, especulando que la ejecución de las obras culminaría una vez se invirtieran los \$3.833'972.006 disponibles para el momento de inicio de actividades propuesto por el Interventor en su informe (10 de noviembre de 2016) ya el proyecto tenía un avance bastante considerable teniendo en cuenta el peso de la adición tanto en plazo como en valor con relación a lo existente hasta ese momento.

- De acuerdo con lo anterior, es claro que un análisis de los términos pactados en el Otrosí 3 (Ampliación 10, Adición 9), puede interpretarse únicamente como un **informen de seguimiento** que reflejaría eventualmente el alcance de los plazos de dicho Otrosí y la validación de la inversión del presupuesto allí establecido (que en este caso no ocurre por no considerar el presupuesto de inversión sino el recurso disponible, variables ciertamente); pero, **de ninguna manera** puede asociarse como un **avance del proyecto**, porque partiría de una premisa equivocada, por desconocer el avance del proyecto para el momento de firma de la modificación del contrato.

- La anterior afirmación se valida a partir del hecho de que las actividades faltantes se asocian en su mayoría con equipos y detalles externos a las estructuras de las torres y los apartamentos; situación que es consecuente con el avance obtenido antes de la suscripción del Otrosí.

- Debe hacerse énfasis nuevamente igualmente en la gravedad de que el Interventor indique como base de su informe que la programación es la que se incorporó mediante el Otrosí N° 3 del 30 de noviembre, mientras que para efectos presupuestales no toma como base el que contiene esa programación, por valor de \$2.283.253.972,60, sino que utiliza un valor existente en el Fondo Rotatorio por \$3.833.972.006, que daría según las cuentas de su comunicación del 14 de diciembre (216 GDP CCC 01 - 236) (donde el Interventor actualiza el Presupuesto con datos al 5 de diciembre) para ejecutar obra por \$2.599.727.027.

(...)

Para este perito es claro que el informe del Interventor, además de resultar bastante complejo de comprender, parte de una información que no corresponde a los valores y plazos del contrato en su integridad, lo que indefectiblemente conduce a que no sea viable

para reflejar en su verdadera dimensión el avance del Proyecto como ya se indicó, sino que, a lo sumo, evaluaría el de lo pactado en el último Otrosí.

Por otro lado, llama la atención del Perito la forma en la cual el Interventor realiza su análisis para concluir además que INSERCO **“No cumplirá con la fecha de entrega final del Proyecto”**, cuando era de su conocimiento que la entrega del proyecto dependía de factores externos a éste, específicamente a una nueva adición presupuestal que debía realizar ISVIMED; o lo que es lo mismos, siendo conocedor de que lo destinado para el consto directo resultaba insuficiente para culminar la meta física.

La anterior afirmación se desprende del análisis del informe que desarrolló el mismo Interventor el día 14 de diciembre de 2016 (20 días antes de emitir el informe que motiva la terminación del Contrato de INSERCO que se analiza) y que además de ser un anexo de la carta de terminación, es citado en el informe que sustenta esa decisión. El Perito se refiere a la comunicación 216-GDP-CCOI-236 con sello de radicación en INSERCO del 20 de diciembre y en el ISVIMED del 16 del mismo mes.

(...)

Sucedee una situación que para el Perito es incomprensible, y la que se resume en el siguiente cuestionamiento: *¿Si para el Interventor era claro que para la terminación del proyecto hacía falta recursos adicionales que le obligaron a informar a INSERCO la suspensión de diversas actividades, porque razón presenta el avance del proyecto como el incumplimiento de INSERCO al no cumplir con el 100% de actividades en ambos proyectos como se plantea en su análisis del programa?”*

En el dictamen se concluyó que los honorarios pagados a **INSERCO** correspondían al 97,87% de los honorarios pactados por la ejecución de la obra, insistiendo en que los mismos se causaban en la medida en que la ejecución de la misma avanzara. Sobre este punto expuso:

“El Perito concluye entonces que los Honorarios por obra efectivamente legalizada descontaminada del valor de los anticipos por amortizar, ascienden a \$1.820.640.649, equivalentes al 97,87% de los \$1.860.268.987 honorarios pactados en el documento AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FICUARIA S.A. E INSERCO S.A. porcentaje que correspondería, cuando menos, en forma idéntica al avance de la inversión en Costo Directo.

En conclusión, de llegarse a considerar que la totalidad de los anticipos pendientes de amortizar no fue incorporado a la obra, asunto que se analiza con mayor detalle más adelante, el Perito ha obtenido que el 97,87% del valor de los Honorarios pactados y partiendo de ellos del Consto Directo correspondiente, fueron financieramente ejecutados, por lo que, a partir de los valores contenidos en los informes de la Interventoría que se han analizado, no resultaba posible alcanzar la totalidad de la meta física del contrato.

(...)

Con base en estas cifras, el Perito puede afirmar que resulta cuando menos apresurado establecer un incumplimiento de un programa cuando la ejecución del presupuesto definido en mediante Otrosí mostraba una ejecución de entre el 97,87% y el 99,15% del presupuesto del costo directo total, y para efectos del Plazo del Programa restaba un plazo de entre 29 y 38 días, que corresponde a un período que fluctúa entre el 33,33% y el 43,67% del plazo

adicionado, ello según la metodología que se considere más apropiada entre las arriba presentadas”.

El perito realizó un análisis sobre las obras que se encontraban pendientes de ejecutar en el proyecto Montaña B-8 y Mirador de la Cascada, así:

“De los documentos analizados se desprende que las actividades preponderantes que se encuentran pendientes para que en concepto de la Interventoría las viviendas se encuentren en un 100%, son aquellas que presenta en su informe con radicación 216-GDP-CCOI-237 ya transcrita, así:

- Limpieza de mesones - manchados
- Limpieza de alfajías - manchadas
- Detalles de pintura
- Reparación en instalación de tablero eléctrico
- Limpieza por presencia de óxido o manchas
- Reparación de enchapes - Resane
- Ajuste de puertas
- Reposición o colocación de incrustaciones
- Resane aparatos eléctricos
- Deficiencias en fijación de pasamanos
- Corrección filos enchapes de baños (detallar)
- Corrección en instalación de sanitarios
- Reemplazar rejillas de pisos
- Sellos de ventanas
- Remate de enchapes
- Limpieza juntas de piso
- Nomenclatura de algunos apartamentos pendiente
- Emboquillado de ducha
- Reparación cerraduras
- Instalación de tapas de sanitarios
- Aseo general

El Perito evidencia que en el informe contenido en la comunicación 216-GDP- CCOI-244, que se transcribió más atrás, el Interventor al presentar un resumen de los pendientes en las Torres también se refiere a los pendientes en los apartamentos. En concepto del Perito este informe es el que mejor se ajusta para ilustrar el estado de los pendientes.

Es así como en dicho informe se tienen las actividades "necesarias para que todas las torres y apartamentos queden debidamente terminados para el recibo por parte de los beneficiarios" (se suman todas las de las Torres), siendo las de los apartamentos las siguientes:

- Ajuste Plomería.
- Resanes en concreto.
- Ajustes aparatos sanitarios.
- Resanes de mampostería.
- Cambios y reparación de chapas y cerámicas.
- Ajuste de puertas y ventanas.
- Sellos de fajas de puertas y ventanas.
- Ajuste de aplicaciones eléctricas.
- Instalación y ajuste de incrustaciones.

Pues bien, analizadas las actividades pendientes partiendo de esta última clasificación que de ellos hace la Interventoría, para el Perito salta a la vista el hecho de que hay una incorrecta catalogación de las mismas como actividades de construcción, afirmación que obedece al hecho de que se trata de típicas actividades de pos construcción, que como su nombre bien lo indica, tienen lugar con posterioridad a la terminación propiamente dicha de la construcción de obra.

Por ende, no deben ser consideradas como parte de ésta para efectos de la medición de avance. En términos sencillos, no debe asemejarse la ejecución de un ítem en el que esté pendiente algún detalle (limpieza, reparación ajuste, resane etc.) con su inexecución.

(...)

Como puede observarse, prácticamente la totalidad de las actividades que de acuerdo con el informe de la Interventoría son "necesarias para que todas las torres y apartamentos queden debidamente terminados para el recibo por parte de los beneficiarios", y que se encuentran en listadas en sus informes (en especial las resumidas en el enero 26 de 2017), son por naturaleza de post venta o pos construcción, y corresponden a aquellas que habitualmente se presentan en los proyectos de construcción de vivienda con posterioridad a su terminación.

(...)

Con relación a los puntos fijos, urbanismo, y, en general todas las demás actividades pendientes diferentes a las que propiamente corresponden a los apartamentos, el Perito considera oportuno analizar su incidencia y estado a la luz de varios puntos de vista, los cuales apuntan, se anticipa, a una imposibilidad de que hayan sido terminadas en las condiciones de plazo y valor del Contrato, tal y como se determinó en capítulos anteriores de este informe.

(...)

Habiendo analizado la relación entre ciertas firmas con las actividades objeto de su contrato, haciendo especial énfasis en que el Perito no sugiere con el ejercicio realizado que se trata de actividades terminadas en su integridad, el Perito consolida la relación de pendientes excluyendo las identificadas en el acápite anterior, teniendo entonces que para ambas Unidades los pendientes podrían, a grandes rasgos, integrarse finalmente en los siguientes:

PENDIENTES INTEGRADOS
<i>Construcción de cunetas y andenes (específicos)</i>
<i>Empalmes de andenes</i>
<i>Puntos limpios</i>
<i>Pavimentación de parqueadero</i>
<i>Demarcación de parqueadero</i>
<i>Construcción de sendero peatonal en piedra y urbanismo</i>
<i>aledaño a parqueadero</i>
<i>Demarcación de andenes (específicos en torres 5 y 6)</i>
<i>Compensación arbórea Montaña</i>
<i>Demarcación de parqueadero</i>
<i>Llenos, excavaciones y perfilaciones en torres 1 a 6</i>
<i>Bordillo parqueaderos Montaña</i>
<i>Impermeabilización cubierta torre 4</i>

Construcción de acceso a parqueadero aledaño a torre 4
Construcción de filtros M.C. Detrás de muros de contención
Aseo y Limpieza General

De este listado de actividades pendientes, a partir de una (sic) análisis cualitativo de la forma en que influyen en la terminación total de las urbanizaciones La Montaña y Mirador de La Cascada, se obtiene que aquellas que no correspondían a la meta física fijada para el contrato de Administración Delegada a cargo de INSERCO (algunas en ejecución) no se perfilan como las determinantes con miras a la terminación del Proyecto (ruta crítica), entendida esta, como la habitabilidad del mismo. La habitación de las viviendas dependía, entonces, necesariamente, y en mayor medida, de las actividades que se excluyeron de dicho contrato o que nunca fueron responsabilidad de Inserco.

(...)

A partir del contenido de este anexo técnico, y tomando en consideración el estado del proyecto observado en las fotografías anexas a los informes de la Interventoría, así como las actividades que correspondían al dueño de la obra, es decir que no estaban dentro del alcance de la Administración delegada, el Perito concluye que en éstas podrían identificarse como determinantes de la ruta crítica para la utilización del Proyecto.

(...)

Si bien es cierto el Perito no dispone de los elementos necesarios para realizar una evaluación detallada del nivel de avance en que se encontraban las actividades que de acuerdo con los informes de la Interventoría se encontraban dentro del alcance del contrato de INSERCO, sí cuenta con la ilustración suficiente para indicar que en lo esencial corresponderían a actividades que normalmente pueden rematarse durante la entrega de las viviendas; es usual que en este tipo de Proyectos, actividades de demarcación, pavimentos, empalmes, cunetas, entre otras, se finiquiten con posterioridad a la terminación e incluso a la entrega y habitabilidad de las viviendas, siempre que se no se afecte el seguro tránsito hacia las viviendas. En otras palabras, no todas las actividades de urbanismo son requeridas como parte del proceso de entrega de las viviendas, por lo que no es extraño que puedan terminarse luego de que se habite el Proyecto”.

Finalmente, el perito concluyó que no resultaba posible que **INSERCO** hubiera ejecutado la obra en el plazo acordado, sin que ello obedeciera a causas que le fueran imputables, tal como se evidencia en el siguiente aparte de la experticia:

“1. Bajo la figura de la Administración Delegada, no resultaba posible que INSERCO culminara en su totalidad el Proyecto de las Urbanizaciones Mirador de La Cascada y La Montaña con el presupuesto que se fijó en la modificación que se hizo del contrato el 30 de noviembre de 2016.

2. El informe de avance citado en la terminación del contrato se refería, a lo sumo, a un análisis del comportamiento del Último Otrosí, pero de manera alguna podría ser entendido como un estudio del comportamiento físico o financiero del contrato en su integridad.

3. Cuando se realizó el corte para el informe de la Interventoría al que se refiere la comunicación anterior (27 de diciembre de 2017), aún quedaba pendiente una porción significativa del plazo fijada en el Otrosí allí analizado, por lo que una conclusión definitiva sobre un incumplimiento definitivo de lo pactado en Otrosí no es confiable.

4. A la luz del plazo y valor que se definen en la demanda como necesarios para terminar la obra, se concluye que en el marco del contrato firmado por INSERCO y, en especial de lo definido frente a estos elementos en el otrosí de noviembre de 2016, no era posible ejecutar la meta física.

5. El contrato tuvo un (sic) ejecución de honorarios superior al 97%, lo que refleja una ejecución en obra (pagada a los contratistas y recibida de estos) en al menos este mismo porcentaje, el cual podría incrementar en la medida que se presenten más amortizaciones de anticipos.

6. En cuanto a los apartamentos, los informes de la Interventoría y las actas de entrega de los mismos, indican con total certeza que se terminó su ejecución, quedando pendientes actividades principalmente de postventa o pos construcción, cuya existencia estuvo presupuestada en el contrato, pues allí se previó el pago como un costo reembolsable de la mano de obra y materiales que esta etapa demandara.

7. Las actividades de Urbanismo incluidas en el contrato y que quedaron pendientes, con excepción de aquellas que pudieran poner en riesgo la circulación segura de los usuarios, pudieran perfectamente haber sido ejecutadas durante el periodo de entrega o con posterioridad a este, lo que es usual en este tipo de obras.

8. Las actividades exteriores y de urbanismo que no estaban a cargo de INSERCO (de acuerdo con los informes de la Interventoría) afectaban directamente la posibilidad de habitar las viviendas. Es el caso, entre otras, de los servicios públicos, los tanques, impulsores, entre otras”.

La prueba testimonial practicada muestra también dos caras diametralmente opuestas del problema que se analiza. Mientras que un grupo de testigos -los que declararon a instancia de la parte Convocante- enfatizan en la conducta negligente de **INSERCO**; otro grupo de testigos -los que declararon por solicitud de la Convocada- responsabilizan a la parte Contratante y a la Interventoría de que la obra no estuviera culminada para el 4 de febrero.

En el primer grupo de testigos se destacan las declaraciones de: i) **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR**, quien para la fecha trabajaba para la firma interventora **GUTIÉRREZ DÍAZ Y ASOCIADOS S.A.** y quien fue el encargado de efectuar recorridos de verificación del estado de la obra en el mes de diciembre de 2016; ii) **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ**, quien se desempeñó como Supervisora Técnica del Proyecto La Cascada y La Montaña entre el 6 de febrero de 2017 y el 31 de diciembre de 2018; iii) **PEDRO JOSÉ RODRÍGUEZ ALMÁNzar**, quien fue Director de Obra del proyecto entre el 28 de enero y el 28 de marzo de 2019; iv) **BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO**, quien se desempeñó como Supervisora del Contrato de obras complementarias celebrado con **JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR** para la finalización del objeto del Contrato celebrado con **INSERCO**; y v) **GUILLER ALEXIS ÁLVAREZ MORENO**, quien trabaja para el **ISVIMED** desde el año 2012.

De los testimonios citados se resaltan los siguientes aspectos:

EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR fue enfático al referirse al incumplimiento de **INSERCO** respecto de la obligación principal del Contrato, señalando que para el 4 de febrero de 2017: i) los apartamentos no tenían servicios de acueducto, alcantarillado, gas ni energía; y ii) no se encontraban terminadas las obras de urbanismo. En su declaración manifestó:

“A ver, el objeto del contrato consistía en entregar 424 unidades de vivienda con todos los servicios instalados, incluyendo torre de parqueaderos y obras de urbanismo; como se pudo haber observado en las fichas o en el levantamiento de los apartamentos, yo puedo afirmar y también lo evidencian los formatos, que INSERCO no entregó ni cumplió con el objeto del contrato, de hecho, los apartamentos o los proyectos no tenían servicios de acueductos, ni de alcantarillado, ni de gas, ni de energía, pues, redes fundamentales para entregar un proyecto a la comunidad. Aparte de eso tampoco terminó las obras de urbanismo, como son parqueaderos en Montaña, parqueaderos en Cascada, y no terminó senderos peatonales en las Torre 5 y Torre 6 del proyecto de Cascada. Entonces, con base en esto, con base en los informes, afirmo que no cumplió con el objetivo del contrato.

(...) Como le dije anteriormente, el proyecto no tenía redes de acueducto, no tenía redes de alcantarillado, no tenía energía, no tenía redes de gas, ninguna vivienda estaba habitable para la comunidad, para entregarlo el proyecto, ni a los contratantes.

(...) A ver, el proyecto Cascada tiene seis torres, enumeradas de uno a la seis; las Torres 5 y 6 no tenían listos ni terminadas las redes de alcantarillado, ni las redes de acueducto, ni mucho menos las redes de gas. A partir de eso tampoco había..., estaban listos los senderos peatonales de acceso a las torres, de hecho, en el informe fotográfico se puede observar que se requieren hacer una cantidad de llenos (...) para terminar las redes de urbanismo. Estamos hablando, igualmente, de urbanismo, de grama, terminación de puntos limpios, estamos hablando de cunetas, estamos hablando de una cantidad de árboles que se -(...) (falla de grabación)- para el proyecto, parqueaderos, -(...) de llantas, no (...) (falla de grabación)- marcados, faltaban pasamanos... (...) faltaban los pasamanos respectivos, que si bien no son fundamentales para los apartamentos como tal, hacen parte del proyecto, ¿cierto? Básicamente eran esas actividades -faltantes (no es clara la palabra)”.

El señor **RAMÍREZ BETANCUR** dio cuenta de los atrasos que periódicamente fue estableciendo la Interventoría, exponiendo al respecto:

“Dentro de las obligaciones de la Interventoría estaba el analizar semanalmente el avance del proyecto; se hacían unos comités de obra respectivos, un informe semanal de estos... de los avances; estos informes se le entregaban al contratista y al ISVIMED, esto se hacían..., -las observaciones respectivas (no es clara la frase)-, cuantificando los días de atraso del proyecto y el porcentaje de avance de (...). Esto se hacía, básicamente, cada semana, con informes semanales, igual, también se hacía el avance, el informe y los comités de obra que también eran semanales, también de eso hay constancia, y mensualmente también se hacía un informe del avance del proyecto, como -les digo (no es clara la frase)-, el avance se cuantificaba en cuanto a días de atraso, porcentaje de avance y valor de la ejecución con base en la información presentada por INSERCO. También (...) se le indica al ISVIMED (...) el avance del proyecto, (...) con base en estos informes se le indicaba al ISVIMED o a Alianza que el proyecto no se iba a terminar a tiempo porque el contratista no

tenía los recursos necesarios para terminarlos, cuando esos recursos eran, básicamente (...) materiales y personal de obra.

(...) Sí, no, semana a semana se podía observar, en el análisis de la programación, que el contratista no estaba cumpliendo con el avance de la obra ni con los tiempos establecidos, ¿dónde también se observaba?, se observaba también en la falta de personal, como le digo, una programación tiene implícita un personal para trabajar en él, y se veía que siempre el personal requerido era mínimo, de hecho, se le hacía al contratista los requerimientos respectivos en el sentido de aumentar el personal para poder cumplir. También se le manifestaba que no había materiales, se le manifestaba, como le digo, que no había equipos, y una parte muy delicada, para cuando uno trabaja en ese tipo de proyectos, se requieren unos permisos que salgan a tiempo, como uno fue el plan de manejo de tránsito, sin este plan no se puede desplazar maquinaria en la obra; al contratista se le informó un mes - dos meses antes que este permiso se cumplía..., se iba a cumplir el vencimiento, se le informó y no lo renovó, eso fue también parte de los atrasos en el proyecto.

(...) Sí, como le digo, pues, de hecho no se cumplió con el objeto del contrato. Como le digo, ningún apartamento..., y se puede ver en los informes, cumplía para ser habitable, porque unos apartamentos que no tienen ni agua, ni energía, ni gas, ni (...) no cumplen. Aparte, en la documentación requerida y pues, se veían problemas muy serios de programación, básicamente de recursos y de tiempo y de equipos.

(...) ¿No! Faltan muchas más actividades (...) (falla de grabación)- en los informes finales, fotográficos, faltaban muchas más actividades. Solamente se suspende esas actividades pensando, pues, como en la parte de números, ¿correcto?, pero faltaban muchas más actividades, (...) en el informe final y el informe fotográfico”.

En la misma línea, la señora **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ** refirió que la obra se encontraba inconclusa para el 4 de febrero de 2017, haciendo hincapié en que los apartamentos no se hallaban en condiciones de habitabilidad y que la obra de urbanismo no había sido terminada. De su testimonio se extrae el siguiente aparte:

“Pues, el estado físico del edificio todavía tenía un porcentaje inconcluso, después nosotros entramos a verificarlo, las tres entidades, o sea, INSERCO, el ISVIMED y la Interventoría, por medio de unas actas, no sé si de pronto las tendrán por ahí, se registró cada uno del estado, donde se anotaban como los faltantes de obra que estaban dentro del contrato inicial del proyecto, por así decirlo. **PREGUNTADA:** De esos apartamentos, al 4 de febrero, que es la fecha que usted menciona del 17, ¿habían apartamentos ya listos para entrega? **CONTESTÓ:** No, o sea, estaban..., digamos que el apartamento estaba..., hay algunos que ya estaban físicamente, digámoslo, terminados, pero estos apartamentos todavía no podían ser entregados a la población porque no tenían conexión a la red pública, por ejemplo, no podíamos usar el agua porque no era agua... no teníamos los permisos de EPM, no se podía manejar el alcantarillado porque todavía no teníamos conexiones de alcantarillado aprobadas, o sea, teníamos, como quien dice, en algunos, no en todos, en algunos estaba el coco físico, pero todavía no podía ser habitado, pues, entregado a los usuarios finales. **PREGUNTADA:** ¿Recuerda usted, más o menos, qué porcentaje de apartamentos estaba, como usted lo dice, el coco listo, y en cuáles el coco estaba todavía con pendientes en dicha fecha, 4 de febrero del 2017? **CONTESTÓ:** No, yo, pues, como dar un porcentaje ya exacto no lo tendría presente, pero las torres que estaban más adelantadas eran la torre 8 y 9, las torres de Montaña, que estaban como ya más listas físicamente, pues, pero faltaban todo el tema de permisos y... y sin los temas de permisos no se podía hacer ni escrituración ni entregas.

(...) Por ejemplo, podían verse muros vaciados que tenían problemas de plomos, problemas de plomos es que -verticalmente (no es clara la palabra)- los muros, pues, muchas veces tienen que seguir una sola línea y tienen algún tipo de diferencias. Se podían encontrar errores en el vaciado, podrían verse problemas con la mampostería, los vaciados de los pisos un tanto irregulares, las pendientes de los pisos a contrapendiente, por lo cual habían... teníamos apartamentos que se nos inundaban.

(...) Bueno, el urbanismo estaba más completo, como les digo, en la torre 8 y 9, o sea, en las dos torres de abajo; ya en ese punto teníamos un porcentaje de las rampas realizado; el mayor déficit de urbanismo estaba en las torres superiores, donde el urbanismo no llegaba ni siquiera al 50%, pues, estamos hablando que urbanismo no solo son los pisos duros sino todo el tema de manejo de taludes, siembras, redes, que es lo más importante es los urbanismos, redes hidrosanitarias; entonces, realmente el mayor faltante era el tema de urbanismo en las torres del 1 al 6".

(...) No. Pues, esas puertas específicas, no, o sea, el proyecto tenía..., eran 424 apartamentos, digamos que podía tener, no sé, 200 puertas, pero unas faltantes, que eran las que estaban ese contrato, no llegaron al proyecto"

Dicha testigo informó al Tribunal las actuaciones desplegadas por las partes una vez se concluyó la existencia del incumplimiento por parte de **INSERCO**:

"Bueno, entonces, inicialmente el primer paso que se hizo fue con INSERCO, identificar los faltantes de obra, entonces, con una persona de INSERCO, una de la Interventoría y, pues, yo personalmente, fuimos a cada uno de los apartamentos, hicimos un listado, una verificación de cada uno de los faltantes; posteriormente, Interventoría cogió todos estos faltantes y los sistematizó; una vez sistematizados se cuantificaron, pues, se valorizaron; una vez valorizados estos ítems se tuvo que tener en cuenta factores externos, por ejemplo, como la renovación de permisos, que durante ese periodo, pues, INSERCO se... se vencieron los permisos de manejo de tránsito, los permisos..., pues, todos los permisos de conexiones, había que hacer como iniciar la obra nuevamente, porque todos los permisos estuvieron vencidos, eso generaba unos costos adicionales, entonces, se sumaron al valor de la contratación; se tuvieron que sumar también unos valores por mantenimientos, que era todo el tema de televisación de redes, limpieza de fachadas, resiembras, pues, todo lo que tenía que hacerse por el tema de dejar el proyecto en el estado en que quedó; y ya con todos estos valores, pues, se buscó un nuevo contratista para terminar la obra".

A su turno, el señor **PEDRO JOSÉ RODRÍGUEZ ALMANZAR** explicó que para la fecha de terminación del Contrato los apartamentos no eran habitables, señalando sobre el particular que:

"En el tiempo en que yo, encontré, básicamente encontramos que había mucho ejecutado en cuanto a estructura, digamos, en su totalidad estaba la estructura ejecutada, pero en el tema de acabados y puesta a punto de los apartamentos para ser entregados a un propietario, o que sean habitables, les faltaban muchos detalles, en unos sectores mucho más notorio, en otros, digamos, en menos cantidad, pero sí les faltaba, o sea, no había ningún apartamento que fuera habitable en el momento, no lo había".

En su declaración el testigo informó que los proyectos desarrollados por **INSERCO** presentaban deficiencias y errores constructivos. Al respecto expuso:

“Lo que pasa es que ya habría que definir, de pronto, qué es un error constructivo. Yo más bien lo diría de esta manera, a ver, en el tema específico de la red contra incendios, que es un ejemplo, digamos, muy palpable, encontramos que la red externa, por ejemplo, todas estaban interrumpidas, la red externa contra incendios; la red hidrosanitaria, igual, estaba interrumpida, o sea, había tramos que no estaban ejecutados, que tuvimos que investigar torre por torre qué había y qué no había, en la red externa a la que le estoy haciendo referencia; y lo mismo en la red eléctrica, también buscar torre por torre, en Cascada básicamente, qué había y qué no había.

(...) En el urbanismo, vea, el urbanismo lo podríamos separar..., no, es que era la misma patología, básicamente; el urbanismo estaba muy poco ejecutado, o sea, tuvimos que ejecutar andenes, senderos, rampas, instalar pasamanos, hacer los puntos de acopio de los puntos sanitarios, pues, o de recolección de basuras, escalas, accesos a las torres, losas de..., lo que llamamos nosotros terrazas, de donde iban a poyados los tanques del acopio del agua, o sea, de la red de acueducto... ¿Qué más hicimos? Y la verificación de las redes, pues, es que eso era muy dispendioso, la verificación de las redes.

(...) ¡Ah, no! Eso lo que hay que hacer es levantar el piso y ejecutar nuevamente con la pendiente adecuada para que el desagüe funcione, porque si no funciona, si el agua no... si el piso no queda con la suficiente... y pendiente, entonces, el agua no se drena, entonces, queda es empozada.

PREGUNTADO: *¿Eso es un error constructivo o no es un error...?* **CONTESTÓ:** *Ese sí, podría decirse que es un error constructivo.*

(...) Pues, hay cosas (Hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-particulares, por ejemplo, que cuando hicimos la revisión individual de los apartamentos había, por ejemplo, en las redes eléctricas había salidas eléctricas que de pronto tenían aparato y no tenían cableado, por ejemplo; había... en unos baños estaban colocados los sanitarios pero sobrepuesto, o sea, sin ninguna adherencia, o sea, no aptos para el uso porque estaban era colocados nomás; en la ventanería también había algunas cosas como, por ejemplo, que donde se instalan los chazos no había mezcla adecuada para que el chazo, pues, digamos trabaje estructuralmente y pueda le tornillo funcionar y darle... y garantizarle estabilidad a la ventana. Eso podría, pues, como así a grosso modo, pues, ese tipo de cosas pasar”.

La declarante **BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO** explicó sobre el estado de las obras contratadas y el incumplimiento por parte de **INSERCO**, lo siguiente:

“Bueno, lo que les mencionaba, se hizo un informe muy completo en cuanto a las redes eléctricas, ¿qué pasaba con las redes eléctricas?, reitero, si no me hago entender me preguntan; las redes eléctricas, lo normal, tienes un toma, se verificó toma a toma, corriente y switch, como tal, el encendedor que vos tenés, se verificó uno a uno, habían unos que estaban sin cablear, entonces, había que volver a cablear, los plafones..., en cuanto a redes eléctricas, en general, todo, habían, por ejemplo, zonas de breakers que estaban incompletas, puestas a tierra que estaban incompletas, el tema de puesta a tierra general, malla de puesta a tierra, que es el pararrayos que llamamos, si bien estaba colocado en la cubierta, faltaba colocarlo o enterrarlo alrededor del edificio, eso en cuanto a redes eléctricas; en cuanto al tema del acueducto y el alcantarillado habían tramos de redes de alcantarillado pendientes, nos tocó hacer limpieza, pues, como tal, como les decía, a tubos

que estaban sin empalmar a algún lado, entonces como tal, pasa el tiempo y eso se llena de tierra, entonces, toca hacerles limpieza, toca verificar dónde se llegó, hacer limpieza para poder retomar otra vez como la actividad, empalmar y poder entregar a EPM, que es EPM quien nos recibe ese tipo de actividades; en el tema de las cubiertas, lo que les mencionaba, habían, a ver, una granada es la rejilla como tal por donde se va el agua que cae a la cubierta, esas granadas estaban, digamos, sin instalar bien, entonces hubo que instalarlas, hubo que hacer limpieza, porque como habían unas sin instalar entonces las basuritas se meten y eso obstruye toda la red; en los apartamentos teníamos problemas de enchapes mal colocados, de sanitarios mal colocados, mal colocados es que tú, pues, tan descriptiva, pero el sanitario se suelta, si lo coges se suelta, y nosotros, pues, no podemos entregarle a la comunidad eso así, porque eso nos genera una postventa al ISVIMED o una queja al ISVIMED para ese tipo de cosas; el tema de los enchapes, hay algo que se llama técnicamente enchapes huecos, que es que suenan, no están bien pegados, entonces, con el tiempo se caen y nos generan una postventa a nosotros como ISVIMED, entonces, hubo que reparar ese tipo de problemas; en cuanto a... a ver, ¿qué más?... Redes, exter... Eso como en general lo que... Bueno, y habían pendientes de gas, no se había terminado completamente la red de gas, no se había instalado..., tuvimos un poquito de dificultad con la red de alumbrado público porque..., incluso nos generó, digamos, cierta dificultad para el proceso con este nuevo constructor, porque si bien habían unos diseños, esos diseños tienen una vigencia de dos años, entonces, cuando llegamos a retomar, hicimos la solicitud para construir y nos dijeron 'tienes que refrendar', refrendar es que nuevamente la Secretaria de Gestión y Control, la Subsecretaría de Servicios Públicos, nos selle los planos, si estoy siendo muy técnica, me disculpan y me corrigen, pues, que yo... Bueno, entonces, solicitamos que nos sellaran nuevamente los planos, pero nos dijeron 'ese diseño ya no te sirve, entonces, tienes que volver a diseñar' y nos tocó volver a diseñar y eso nos generó, digamos, un retraso en el proyecto, porque nosotros apenas pudimos tener diseños en..., sellados como tal, porque ellos tienen que avalar, no es solo que vos diseñés sino que tenés que mandar el plano a allá, ellos te dicen 'sí nos sirve', 'sí está válido', y nos lo sellan, entonces, solamente pudimos empezar a ejecutar alumbrado como en septiembre, octubre del año pasado. ¿Qué más dificultades tuvimos? Bueno, tuvimos problemas también con los concretos de los parqueaderos de Cascada porque quedaron como parcial, o sea, en la construcción... Yo no tengo muy claro lo que pasó con INSERCO, pero cuando llegué sí, entonces, digamos que había deterioro en esos pavimentos, entonces nos tocó levantar, hubo problemas de filtros, digamos..., a ver, filtros porque, me hago entender, los edificios son construidos en zonas como de ladera, entonces, vos montás el edificio, pero tenés que hacerle una contención y detrás de esa contención tenés que hacer filtro porque si no, obviamente, el muro se te afecta, se genera humedad sobre los edificios, entonces, digamos que nos tocó hacer también un tema de control de aguas por medio de filtros, filtros (...), los que existían, digamos, como quedaron parciales, algunos, no todos, los que conocí nos tocó hacer esa actividad de... El filtro consiste en un triturado y un geotextil, ese geotextil se colmata de tierra y el filtro se daña completamente, entonces, nos tocó reponer, quitar los que habían y meter los otros..., cositas como así, en este momento no recuerdo como más, pero sí, ese tipo como de actividades, pero el tema de alumbrado sí nos afectó".

(...) Bueno, sí, no (...), pero sí, terminó las redes de acueducto que habían pendientes; habían tramos de alcantarillado pendientes, no sabría exactamente decir cuántos tramos, tramos es distancias entre una cámara y otra cámara; habían tramos pendientes; en cuanto a gas habían tramos... empalmes como tal de la red de gas, también estaban pendientes; obviamente, los empalmes de la red de acueducto y alcantarillado de lluvias y residuales, estaba pendiente el tema de la siembra de árboles; estaba pendiente el tema de (...) la construcción del acceso a los parqueaderos; estaba pendiente la colocación de unos pasamanos, la instalación de unos pasamanos; estaba pendiente... Bueno, tenemos dos ingresos a, tres ingresos a parqueaderos, había dos parqueaderos de Cascada, uno de los parqueaderos de Cascada tenía dos accesos, estaban pendientes esos dos accesos... A

ver, la siembra de árboles, obviamente terminar engramado, detallar engramado, la hierba crece pero como tal, pues, cuando vos ejecutás actividades sobre la hierba tenés que restituirla para que quede..., para que cuando las personas lleguen esté, pues, adecuada, pues, como se debe; estaba pendiente el tema de alumbrado público, obviamente; estaba pendiente el empalme de las redes externas de energía”.

La testigo **OSORIO LONDOÑO** se refirió a las actividades que en un proyecto constructivo pueden considerarse como “*post venta*” y aquellas que son indispensables para considerar que un proyecto inmobiliario se encuentra terminado y en condiciones de ser entregado. Puso de presente que muchos de los cuestionamientos efectuados a la gestión de **INSERCO** no podían ser considerados como *post venta*. En su testimonio explicó al respecto:

(...) A ver, una a una así..., a ver, es un, todas las actividades, pero así las que me mencionaste, pues, postventa..., no, el tema de redes hidrosanitarias hay que terminarlo, o sea, no es una postventa, hay que terminarlos, eso es una actividad de construcción; el tema de alumbrado público, pues, no se había ejecutado nada, o sea que hay que hacerlo completo, no es una postventa, es una actividad de construcción; el tema de engramado, pues, como tal sí, si trabajas sobre el engramado o estás actuando, trabajando ahí encima, obviamente lo tienes que restituir, o sea, no es una postventa como tal; el tema de... ¿qué más me mencionaste?

(...) Eh..., algunos sí, pero el tema de energía no, porque nosotros tenemos que entregar..., el tema de los sanitarios afectados, no, porque nosotros tenemos que entregar los proyectos en condiciones de habitabilidad.

(...) Pues, a ver, yo cómo enfoco... Sí se..., cuando te digo que sí se puede manejar como postventa, sí se puede manejar como postventa, ¿qué pasa?, nosotros y el constructor y la Interventoría antes de..., eso hace parte del proceso de entrega de un apartamento, o sea, antes de, si bien tenés que ir a chequear, y suena muy engorroso para los 424, tenés que ir a chequear baldosín por baldosín que no esté coco, entonces, se admite que, digamos, que durante ese chequeo vos verifiques y encuentres unos dañados porque se te pasó, lo que no se admite es, para nosotros como ISVIMED, es que sea generalizado, o el tema de las contrapendientes en las duchas, las contrapendientes en las duchas es que el agua no se va por rejilla de la ducha sino que sale al apartamento y se riega, ese tipo de verificaciones las debe hacer la Interventoría y, el constructor para entregárselo a la Interventoría, y la Interventoría posterior a nosotros, nosotros revisamos después de que revisa la Interventoría, para poder luego entregar al constructor.

(..) O sea, cuando digo que lo manejamos como postventa es que eso a veces pasa porque uno no lo ve, a eso me refiero, de pronto es un error de concepto mío, que vos como técnico lo mirás y no lo viste, entonces, llamamos al constructor y le decimos ‘vea, esto es imputable a usted, usted tiene que venir a corregirlo’, porque una contrapendiente es una falla constructiva y se puede atender después, pero como tal sí es un error de construcción, claro una contrapendiente es un error del oficial que está haciendo”.

De manera coincidente con los testimonios ya citados, el señor **GUILLER ALEXIS ÁLVAREZ MORENO** se refirió a los incumplimientos de la sociedad Convocada y al avance de la obra para el 4 de febrero de 2017, afirmando que para tal fecha no había ningún apartamento terminado. En su declaración manifestó:

“PREGUNTADO: Diga cuántos apartamentos entregó el constructor terminados, con recibos de entrega a satisfacción, a la fecha final de terminación del contrato, es decir, 4 de febrero de 2017. **CONTESTÓ:** Ninguno, ni el Montaña ni el Cascada terminó ningún apartamento. **PREGUNTADO:** Diga si INSERCO, en calidad de constructor, entregó a entera satisfacción las obras de urbanismo de los proyectos Montaña y Mirador de La Cascada. **CONTESTÓ:** No, tampoco, todas las obras quedaron inconclusas, quedó faltando por terminar el alcantarillado, el acueducto, la red de energía, la red de alumbrado, todas esas actividades quedaron pendientes”.

(...) **PREGUNTADO:** ¿A qué eran imputables esos retrasos, según la Interventoría y en lo que usted tuvo conocimiento? **CONTESTÓ:** Había muchos de falta de personal en la obra, de mala planificación de los contratos que impedían, pues, que se avanzara en la obra, sobre todo habían muchos de falta de personal. **PREGUNTADO:** ¿Y qué es mala planificación de los contratos con relación a la ejecución de las obras? **CONTESTÓ:** Pues, ve, por ejemplo, recuerdo unos contratos que se hicieron para hacer, por ejemplo, el aseo final de algunos apartamentos, entonces, se hacía el aseo de los apartamentos y faltaban todavía instalaciones por hacer en los apartamentos, entonces, eran reprocesos que..., o actividades que se podían haber ejecutado... que implicaban haberse ejecutado dos veces, si era que se hubieran hecho en el orden que INSERCO les estaba planificando. **PREGUNTADO:** ¿Y usted por qué afirma que se debía a falta de personal? **CONTESTÓ:** No, porque las, digamos, que el personal total de obreros y oficiales que se tenía en la obra era insuficiente para atender las actividades en los plazos, pues, que estaban convenidos, digamos que los informes de Interventoría traían como esa observación”

“PREGUNTADO: ¿Sabe usted, como Coordinador del proyecto, qué avance del proyecto tenía para el 4 de febrero de 2017?. **CONTESTÓ:** Estaba en un... El proyecto en general marchaba como en un 97%, si no estoy mal”

(...) Doctor, no recuerdo la particularidad, pero el último hito son..., siempre era el urbanismo, el urbanismo del proyecto, que también estaba como separadito de las torres. El último era el urbanismo, que ya son las actividades, pues, finales, que ya que son las que tienen que ver con acueducto, con alcantarillado, con energía y con alumbrado. **MINISTERIO PÚBLICO:** Última pregunta, ¿eso quiere decir que los hitos anteriores se cumplieron? **EL DECLARANTE:** No, digamos que dentro de la programación era el último, pero no significaba... La programación estaba por hitos, por etapas, edificio número tal..., edificio número tal..., la fecha exacta no la recuerdo, digamos, edificio número tal el 20 de enero; edificio número tal, el 22 de enero; edificio número tal, el 25 de enero, urbanismo el 4 de febrero, pero el plazo final del contrato siempre fue el 4 de febrero, pero tenían que hacer esas entregas parciales o esas entregas de esas etapas. A pesar de que se llegó al 4 de febrero, no se había cumplido tampoco la terminación de, digamos de las torres, que eran las iniciales, ¿sí me hago entender? O sea, las otras tampoco se entregaron, y de eso hay informes de la Interventoría, que dan cuenta de que en cada una de esas fechas no estaba terminado el componente que se debió haber entregado, en cada una de esas fechas previas a la terminación del plazo final”.

El testigo informó al Tribunal acerca de los errores constructivos detectados en las obras adelantadas por la Contratista:

“(...) Pues, ahorita con este nuevo subcontrato hemos detectado problemas de calidad, justamente las redes de alcantarillado han tenido que ser reparadas, pues, en varias ocasiones por problemas constructivos que se dieron en las actividades que alcanzó a hacer

*INSERCO, funcionamiento de la tubería... estripamientos, pues, no recuerdo el nombre técnico, todo eso ha tenido que ser corregido por parte del nuevo contratista; también, doctor, temas de pendiente en los baños, se ha tenido que demoler muchos baños para nuevamente volverles a corregir la pendiente y que queden hacia los desagües; pues, que recuerde en este momento. **PREGUNTADO:** Esas actividades, ¿usted por qué manifiesta que son errores constructivos y no un deterioro por el abandono de la obra o por el tiempo que la obra estuvo inactiva? **CONTESTÓ:** No, porque son, digamos, diferentes actividades, por ejemplo, también hay muchas cosas oxidadas, ¿cierto?, eso no te lo mencioné, eso sí es deterioro de la obra, pero estás cosas sí son mal ejecutadas, un piso en contrapendiente no es por el paso del tiempo, es porque desde que lo construyeron, lo construyeron mal, ¿cierto?, se construyó no hacia el desagüe sino hacia la pared, entonces, se queda encharcando; lo mismo el tema de las tuberías, fueron problemas que durante la construcción estacas o piedra sobre la tubería que las perforaron, y ahorita que llegamos a televisar esas redes se detectaron esos inconvenientes; eso es constructivo, eso no es por el paso del tiempo, esos son errores constructivos”.*

En el segundo grupo de testigos -que apoyaron la posición de **INSERCO**- se encuentran: i) **SEYGARTH ANTONIO CANTILLO DÍAZ**, quien se ha desempeñado como contador de la sociedad Convocada; ii) **JUAN DAVID COLORADO OSORIO**, quien trabajó para **INSERCO** entre junio de 2016 y octubre de 2017; iii) **DANIEL ANDRÉS ZAPATA RUÍZ**, quien ha trabajado para **INSERCO** desde el 1° de julio de 2015; iv) **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO**, ingeniero civil y socio de la sociedad Convocada y quien se desempeñó como Coordinador de obra del proyecto; v) **GUILLERMO LEÓN MARTÍNEZ MEJÍA**, ingeniero electricista que realizó la construcción de las redes eléctricas y de comunicaciones interiores y exteriores de La Cascada y La Montaña; vi) **ARLEX PEDRAZA CALDERO** ingeniero civil vinculado a **INSERCO** como Director de Obra del proyecto Montaña B-8 y Mirador de la Cascada; y vii) **JOSÉ DANIEL SIERRA CALDERÓN**, ingeniero civil, quien participó en la realización de acabados de la obra.

El señor **SEYGARTH ANTONIO CANTILLO DÍAZ** se refirió a la falta de disponibilidad de recursos para el avance del proyecto, a las implicaciones de la suspensión de la obra dispuesta en septiembre de 2014 y a la mora de los Contratantes en el pago de facturas para el mes de febrero de 2017. De su testimonio se destacan los siguientes apartes:

“El proyecto dio inicio en el mes de abril del 2013, INSERCO fue contratado para realizar la administración delegada en la construcción de ese proyecto, el proyecto inició, se empezó a realizar, pues, el desarrollo del contrato, se hacían pues, las contrataciones de proveedores, contratistas, y se empezaba a desarrollar, pues, el levantamiento de las unidades de vivienda. Durante todo el proyecto se evidenció que habían unos tiempos en donde no se contaba con los recursos para realizar el avance, prueba de ello es que se tuvo, en unas ocasiones suspensión del proyecto o baja en el ritmo de trabajo al no contar con los recursos para realizar, pues, los respectivos pagos a proveedores y contratistas.

(...) Sí, claro, esa suspensión en septiembre del 2014 fue decretada porque en el Fideicomiso, de donde hacíamos los giros para el avance de la obra, para pagarle a los proveedores, a los contratistas, no contaba con recursos suficientes para continuar; esta

suspensión fue de casi un año que estuvo la obra inactiva sin poder pegar ni un solo ladrillo, porque no habían los recursos para hacerlo, y se hizo, pues, se decretó la suspensión.

(...) Pues, como estaba contando, el no poder hacer los pagos a los proveedores y contratistas, ¿qué pasaba?, los proveedores y contratistas se comunicaban directamente a las oficinas de INSERCO, en el área de tesorería o en la parte de contabilidad y solicitaban que se les hiciera el pago por los servicios que ya habían prestado; como no podíamos hacerlos como INSERCO, porque no teníamos, pues, los recursos, porque no estaban consignados en el Fideicomiso, entonces, se les pedía que se volvieran a comunicar, que se volvieran a comunicar, que estábamos esperando información; varios indicaron en ese momento que iban a indicar intereses de mora, otros decían que iban a proceder judicialmente contra la empresa porque no se les estaba pagando las facturas por servicios ya prestados o materiales ya entregados.

(...) **PREGUNTADO:** Antonio, ¿usted sabe si para el 4 de febrero de 2017 el contratante estaba en mora con INSERCO en el pago de facturas de honorarios desde el mes de diciembre o de qué mes? **CONTESTÓ:** Sí, se tenían unas facturas en mora, que eran las que correspondían a diciembre de 2016, y no había sido pagada para esa fecha. Si recuerdo bien, se le radicó una comunicación a Alianza para ese momento y Alianza misma dio respuesta de que sí, que estaban pendientes esas facturas, y hasta el momento esas no se han pagado”.

Por su parte, el señor **JUAN DAVID COLORADO OSORIO** informó acerca de los incumplimientos presentados frente a la obligación de las Convocantes de pagar a los subcontratistas los honorarios por las obras desarrolladas:

“Sí, claro, a ver, pues, que recuerde, estaba con el contratista Atlantis cuando entré, ¿qué pasaba?, se retrasaban demasiado los pagos a los contratistas, cuando se retrasaban los pagos, entonces, llevaba a muchos problemas para la ejecución de obra, muchos inconvenientes allá en obra, esto nos llevó a cambios de contratistas. En el tiempo que yo estuve allá tuve como mano de obra, pues, la mano de obra es el contratista de mayor capacidad, pues, allá tuve a Atlantis, hubo un contratista E&J, luego tuve otro contratista que era Camilo Torres, luego, al final hubo otro contratista que era COINSERMACA, entonces, pues, muchos inconvenientes al tener tantas personas en una actividad que realmente, pues, debería haber hecho un solo contratista, pues, el mismo contratista que la empezó, la debería haber terminado en su totalidad, ¿sí?, entonces, muchos inconvenientes con eso, y eso se presentaba más que todo por los retrasos en los pagos y por los problemas que había muchas veces para definir las actividades.

(...) Sí, claro, como te digo, entré en junio del año 2016, cuando ingresé a la obra el Ingeniero Director y el Ingeniero Residente, pues, que había en ese momento, me asignaron, pues, mis actividades y era para, pues, supervisar a los contratistas. Cuando arranqué trabajé con el contratista Atlantis, pero ese contratista al poco tiempo salió de la obra, entró el contratista E&J a continuar con las actividades, ese contratista no duró mucho tiempo por faltas de pago, no les daba..., pues, el contratista decía que no le daba porque se le retrasaban mucho con los pagos, entonces, estaban también hubo que parar, hubo que cambiar ese contratista y entró el otro, que fue Camilo Torres; siguió con el contratista Camilo Torres, ese contratista ya me siguió con una parte que fue el -andén elevado (no es clara la frase)-, terminando los detalles a los apartamentos, todas las observaciones que iba dejando la Interventoría, ¿sí?, hasta, más o menos, el mes de diciembre, en el mes de diciembre - enero el contratista también salió y entró otro contratista, que fue COINSERMACA, estos contratistas eran como los contratistas de mano de obra que manejábamos allá; fuera, pues, de los otros, que eran

COINSEL en la parte eléctrica, H&F en la parte hidráulica, ¿sí?, que también había muchos inconvenientes con ellos porque..., el caso, pues, de COINSEL y H&F, al ser contratistas de hidráulicos y eléctricos, eran contratistas que tenían todo costo, entonces, al retrasarse con los pagos, se retrasaban llevando el material, y nos generaban muchos inconvenientes para realizar las actividades, para ejecutar, pues, para poder cumplir con los propósitos, pues, que nos pedían, ¿sí? También en el tiempo, pues, que estuve, hubo también cambio en la parte en la Interventoría; cuando yo ingresé, estaba un arquitecto, el señor Jhon Velaides, es el nombre, él estuvo un tiempo, más o menos hasta el mes de octubre creo que estuvo y entró el ingeniero Edilson, Don Edilson, pues, al entrar nuevo, no sabe él cómo veníamos ejecutando la obra, cómo se venía realizando todo, entonces, ese fue otro percance porque, por ejemplo, la salida del contratista Camilo Torres se debió también a eso, el contratista Camilo Torres nos prestaba mucho personal por administración, entonces, cuando nos prestaba el personal por administración para realizar actividades que no pueden ser cuantificadas, ¿sí?, nos prestaba un personal, era fijo, ese personal era fijo, entonces, cuando estaba el arquitecto Velaides se le pagaban las 48 horas, pues, se pagaban las 48 horas del personal, que era la labor semanal del personal, y le pagaban 56, o sea, el derecho, pues, por ley que tiene cada trabajador a sus 56 horas semanales, eso se le pagaba con el arquitecto Velaides, ¿sí?, pero entonces, cuando entró, por ejemplo, el ingeniero Edilson ya le pagaban solo las 48 horas, y las otras ocho horas el contratista tenía que asumirlas, a lo que me decía Camilo Torres que 'no, pues, que eso no le daba, que cómo iba a sacar él ocho horas más para un trabajador que no le estaba generando un beneficio directo a él', porque nosotros lo utilizábamos para actividades por administración, entonces, por ejemplo, esa es una de las cosas que le generó la salida al contratista Camilo Torres, pues, que lo obligó a dejar el contrato así, que ahí fue, como les digo, para (...) (falla de grabación)- el otro contratista COINSERMACA, ¿sí?".

En el mismo sentido declaró el señor **DANIEL ANDRÉS ZAPATA RUÍZ**, quien afirmó sobre el incumplimiento en el pago a los subcontratistas:

"A ver, es que es relativo, es relativo porque el proceso suena largo, suena largo pero se hacía de forma celera, se podría llegar a demorar una semana, pero había días en que se demoraba, no sé, 20 - 25 días, incluso un mes, a veces, cuando... Porque, ¿qué pasaba allá?, o sea, allá se generaban a veces algunas demoras en ciertos puntos del proceso, entonces, por ejemplo, cuando la Interventoría recibía en primer lugar la factura para aprobarla, habían veces..., porque cuando yo hacía ese seguimiento a través de la Residente Administrativa, ella me contaba, pues, los inconvenientes que iba teniendo; cuando ellos recibían en primer lugar, el señor Jhon Velaides, en ese momento, se tomaba un poco más del tiempo en aprobar esa factura en primer lugar, y después cuando ya estaba en orden de giro, me acuerdo muy bien del asunto, es que la Interventoría, allá en el Fondo de Alianza Fiduciaria tenía como a la firma autorizada para aprobar los desembolsos del fondo, la firma del señor Jhon Hernández, que era el Director de Interventoría en esa obra, pero él en sí, él ejecutaba -interventorías (falla de grabación)- en otra obra, entonces, en esa coordinación de la firma, de obtener la firma del señor Jhon, consta que un día en el proceso que yo le comentaba ahorita al doctor, que me trasladaba a la obra a hacer la verificación mancomunada de los honorarios y eso, fui testigo directo del asunto en que con el señor Jhon Velaides, que era el que estaba haciendo las veces de interventor en la obra, nos tocó coordinar y trasladarnos hasta una obra donde el señor Jhon Hernández estaba ejecutando y allá él nos pudo atender y entonces, le ayudó al señor firmando unas órdenes de giro que tenía él represadas y nos ayudó, pues, con el tema de las órdenes de giro que fui a obtener, tramitar esa vez de forma rápida, que era el tema de los reembolsables, de los reembolsables y de los honorarios de INSERCO. Entonces, básicamente eran esos dos puntos de demoras que yo puedo constatar en este instante.

(...) Las que le mencionaba, básicamente, ahorita, o sea, cuando la Interventoría recibía esa factura, en primer lugar, se demoraba, pues, en la aprobación y cuando recibían la orden de giro también hubo ese tema de la coordinación con el señor que estaba en otra obra, el señor Jhon Hernández, para que pudiese firmar esa orden de giro, porque (...) (falla de grabación)-, si la orden de giro, durante ese tiempo que él estuvo, que fue largo, como firma autorizada allá en Alianza Fiduciaria para que autorizara los desembolsos de ese fondo, por ejemplo, si esa orden de giro se iba con la firma del señor Velaides no tenía validez para el fondo, entonces, no se procedía con ese desembolso, entonces, la Interventoría se demoraba, pues, básicamente, en ese asunto de coordinar esa orden de giro para que se la pudieran firmar.

(...) Ese tema yo lo divido como en dos formas, porque mire, ¿qué pasaba durante la ejecución?, la demora en el pago. Los subcontratistas, usted sabe, cuando a un subcontratista no se le paga, ¿ellos qué hacen?, ellos se ven avocados a decir 'bueno, no me están pagando, yo tengo, lamentablemente que disminuir frente, personal, fuerza de trabajo de aquí de esta obra', entonces, ellos disminuían ese frente de trabajo, esos obreros que tenían en obra y, obviamente, la reducción de obreros es directamente proporcional a la decaída en el ritmo de trabajo, entonces, ahí el ritmo de trabajo de la obra decaía. Y eso fue, básicamente en lo que se afectaban, pues, los subcontratistas respecto a esa demora en el pago. Se les pagaba pero se les demoraba el trámite”.

El ingeniero **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO** -cuya declaración fue tachada por la parte Convocante- hizo énfasis en el aplazamiento en el mes de diciembre de 2016 de algunas actividades por parte de la Interventoría, en los retrasos generados por la Interventoría con respecto al pago de los subcontratistas, y en diseños requeridos por **INSERCO** que no le fueron entregados:

“Sí, el 13 de diciembre se aplazaron, digamos, por parte de la Interventoría, unas actividades fundamentales para la terminación de la obra, no solo de urbanismo sino también para la habitabilidad de los apartamentos, eso habían unos tanques de reserva, habían unos sistemas de impulsión, unos gabinetes de red contra incendio, y otros temas de urbanismo, unos bordillos, unos andenes y demás, que no permitían la habitabilidad del proyecto.

(...) Pues, hubo infinidad de inconvenientes y retrasos, uno de los más graves y los más notorios era con temas de contratistas, porque, pues, en el tema de la construcción a los contratistas se les paga quincenalmente para que ellos puedan hacer el pago a sus trabajadores, ¿cierto?, pero en el proceso de los cortes y los pagos acá en esta obra eran mucho más largos, pues, me atrevería a decir que casi nunca se llegó a pagar en menos de un mes un corte de obra, entonces, digamos, que los subcontratistas les tocaba casi que ir financiando los pagos de sus trabajadores hasta que les llegara el corte; eso en primera instancia, muy largo los cortes. Y segundo, la aprobación de los mismos cortes de obra eran muy subjetivos, es decir, nosotros hacíamos... el proceso era, nosotros hacíamos un recorrido con los contratistas, revisábamos las obras que habían ejecutado, llenábamos los cortes de obra con sus cantidades y sus precios y daba un valor, pues, para poner cualquier ejemplo, de 100 pesos, ¿cierto?, posteriormente nosotros debíamos realizar una visita con la Interventoría, donde ellos, a criterio propio y de manera muy subjetiva, quitaban algunas de esas actividades porque no les parecía que estuvieran ejecutadas o no les gustaban y quitaban algunas actividades bajo su propio criterio, diciendo, por ejemplo, para llegar al mismo ejemplo, y generando un corte de obra de 80 pesos; entonces, al contratista se le desconocía una parte de las actividades que estaba ejecutando, entonces, era doble el perjuicio, un tiempo muy largo para recibir su dinero, y aparte se le desconocía valor de lo que habían ejecutado, o sea, recibían menos, entonces, esto generaba un montón de

inconformidades y nos generaba que los contratistas se nos iban de la obra, entonces, nos tocaba volver a hacer todo el proceso de contratación, que era otro proceso también bastante largo, entonces, obviamente esto perjudicaba, pues, el avance de las obras.

(...) No, no, no estaban listos en ese momento, y faltaban también otros diseños, otros planos sellados EPM, de acueducto y alcantarillado, que también eran importantes para entregar los servicios públicos.

(...) Bueno, ahí hay varios acontecimientos importantes, pues, lo primero es las inconformidades que les conté, pues, de los contratistas con la Interventoría, que, pues, se alargaban mucho los procesos y el desistimiento de los contratistas y que se fueran y demás. Segundo y, pues, yo creo que esta es la más importante, la falta de recursos, no había plata para terminar, nosotros, digamos, que esto es un contrato de mandato sin representación, nosotros no tenemos, pues, la autonomía de decidir, necesitamos la plata para poder ejecutar, y en este caso no existía. Y, por último, pues, diseños y licencias y permisos que hacían falta en ese momento para poder entregar la obra”.

Por su parte, el señor **GUILLERMO LEÓN MARTÍNEZ MEJÍA** insistió también en las dificultades que generó la Interventoría en los procesos de facturación, en las consecuencias de la suspensión de la obra y en las sumas que le quedaron adeudando a **PROINSEL** como subcontratista:

“(...) Desafortunadamente, en ese proceso de facturación y demás, tuvimos varias dificultades porque la Interventoría en muchas ocasiones alargaba los procesos e inclusive en algunos de esos cortes nos tocó repetir facturas porque se vencían los tiempos de entrega de la factura en los procesos de revisión de la Interventoría, que eran bastante dispendioso, adicional, tuvimos una dificultad y es que el tiempo de aprobación del pago de la factura era bastante largo; si bien en el contrato se establecía que los cortes de obra se harían quincenales, a más tardar 30 días, los pagos serían a los 15 días después de presentado el corte, y esto nunca, nunca se nos cumplió, siempre los cortes fueron más extensos, y en todas las veces fue debido al proceso de revisión por parte de la Interventoría del proyecto; sin embargo, nosotros avanzamos, continuamos en el proyecto y con esa dificultad de pagos, pues, se nos afectó bastante el flujo de caja del proyecto, pero igual, la intención nuestra siempre fue poder terminar el proyecto y poder entregar dentro de los tiempos que se habían establecido en el contrato. Más adelante se empezaron a presentar otras dificultades adicionales en el proyecto, que fue un tema de suspensión de trabajos en el proyecto, y una de esas suspensiones, pues, que nosotros la información que recibíamos era los oficios de parte de nuestro contratante, que era en este caso INSERCO como representante del Fideicomiso, nos manifestaban que se suspendía el proyecto por un tema de evolución de presupuesto, es decir, había alguna dificultad en los flujos de presupuesto para el proyecto y por esa razón hubo una primera suspensión, esa primera suspensión tardó alrededor de unos tres meses, e inclusive durante esa suspensión nosotros dejamos todo el proyecto como en stop, pues, ahí quieto, con todos los materiales, herramientas, con todo, todo, todo lo que era nuestra propiedad dentro del proyecto.

(...) cuando nosotros estábamos por terminar, estábamos a dos semanas de terminar el proyecto, de repente un día fuimos a trabajar y no, simplemente el portero o el vigilante dijo ‘no, hoy no hay entrada para nadie en el proyecto’, y pues, esa fue una situación bastante difícil para nosotros porque nosotros teníamos más de 30 empleados dispuestos para avanzar en el proyecto y de repente llegamos a la puerta y no nos dejaron entrar y, adicional, pues, no nos dejaron ni siquiera sacar herramientas, ni siquiera algunas cosas personales de los empleados que ellos tenían dentro de sus lugares donde se cambiaban fue posible

retirar. Ese mismo día en la tarde nos envió un comunicado INSERCO, donde nos manifestaban que el proyecto había sido nuevamente suspendido, pues, no conocí realmente las razones exactas porque igual, finalmente nuestro contratante era INSERCO, y no teníamos acceso a la información directa con el cliente, que era el ISVIMED o el Fideicomiso.

(...) La situación se quedó así, y eso ya desde el año 2017 hasta la fecha, pues, ahí estamos pendientes de que nos paguen nuestras facturas porque, de hecho, inclusive de la Montaña nosotros terminamos el proyecto completamente y nos quedaron debiendo más de 27 millones de pesos de valores retenidos en el proyecto, y nosotros ya teníamos actas finales de entrega, todo, absolutamente todo terminado y entregado en el proyecto, y hasta el sol de hoy no nos han pagado. De la Cascada, pues, sí teníamos ahí el proceso rodando y teníamos unas facturas entregadas, hay unas actividades que inclusive nosotros habíamos adelantado y no pudieron ser incluidas en el último corte de obra, y finalmente esa información no la pudimos entregar, no se pudo cobrar y se perdió, pues, como el trabajo y lo que se haya adelantado en ese último corte de obra porque no fue permitido el ingreso nuevamente al proyecto. Nosotros, finalmente, pues, quedamos como pendientes de que INSERCO nos generara los pagos que se estaban pendientes de los dos proyectos y no. Después, la Interventoría entregó un informe como el estado de cuentas económico del proyecto, y hay una cosa muy particular, que inclusive es importante como en este recuento tenerla presente, y es, por ahí en el año dos mil..., eso fue en el 2016, al final del año, en uno de los primeros paros del proyecto, cuando hubo el robo, que se entraron al almacén del proyecto y se robaron unos elementos eléctricos y que adicional, en el cuarto eléctrico desmantelaron unos gabinetes, robaron unos barrajes, en fin, nosotros generamos la respectiva..., no fue una denuncia pero sí una Declaración Extra Juicio, donde manifestamos, pues, de que se había presentado la situación de pérdida de los elementos, no podíamos asegurar que había sido completamente un robo porque la vigilancia nunca estableció ni se dio cuenta cómo fue que se perdieron los elementos y la puerta estaba sellada, entonces, se estableció como todo el proceso con la Interventoría, del informe, la declaración, se hicieron dos reuniones con la Interventoría donde se estableció, pues, que esos materiales era necesario reponerlos, inclusive nos autorizaron el suministro de esos materiales, hacer la reposición, y se facturaron. Esto lo traigo a alusión es porque dentro del información que presentó la Interventoría posteriormente, un año después de que esa factura inclusive había sido pagada, estaba manifestando en el informe, el nuevo Interventor, que esa factura no se podía pagar porque no había sido autorizada por él, yo decía 'es que no es por usted, la Interventoría, como empresa de Interventoría autorizó la factura', yo tengo los registros de las autorizaciones, inclusive tengo hasta la grabación de la reunión que se hizo con el Interventor donde se aprobaba y se verificaba absolutamente todo, en detalle, de todos los elementos que fueron perdidos en la obra y que fueron facturados. Finalmente, a la fecha, estoy esperando que nos paguen los dineros adeudados, que suman alrededor de unos 41 millón de pesos, entre los proyectos de la Montaña y la Cascada, y ese sería como la historia general del proyecto. De la Cascada, la parte...".

El señor **ARLEX PEDRAZA CALDERÓN** declaró acerca de las demoras administrativas generadas por la Interventoría para el pago de los cortes a los subcontratistas, de la suspensión de algunas obras de urbanismo dispuesta en razón de que faltaban recursos, y de la mora en la entrega de documentos. De su testimonio el Tribunal destaca los siguientes apartes:

"Bueno, más adelante, pues, ya se empezó, pues, a hacer..., continuar con los contratos que había, y hubo algunos problemitas que ya venían y eran algunas demoras administrativas en los trámites para pagar los cortes a los subcontratistas, esto lógicamente

empezó con un malestar de parte de ellos porque se demoraba más de lo normal, se demoraban 15 - 20 días, lógicamente ellos necesitan para su -desarrollo, funcionamiento (falla de grabación)- normal y no tengan inconvenientes, pues, que se les pague de acuerdo a lo convenido y de acuerdo a lo que se había contratado con ellos; esto también produjo que muchos..., que algunos contratistas se fueran de la obra, aduciendo que no tenían las condiciones para trabajar y para cumplir con lo pactado. La época también fue una época difícil, fue una época, pues, ya de diciembre, que es complicada para contratar cualquier contratación, es hacer un cuadro comparativo, llamarlos, hablar con ellos, -(...) la documentación (falla de grabación)-, esto demoró, lógicamente, también un tiempo, pues, algo que se podía hacer en dos o tres días, o cinco días máximo, que entregue la documentación, también se empezó a demorar 10 - 15, 15 días. Adicionalmente, habían unas cosas contratadas como la grama, el pavimento, buitrones..., creo que sí también los buitrones, y la Interventoría volvió a solicitar otros contratistas, que se -pidieran (no es clara la palabra)- otros proponentes, volver otra vez a iniciar otro proceso, perder ahí..., como un reproceso, que también estaba retrasando-(...) (falla de grabación)- afectando la ejecución del contrato y el plazo. ¿Qué más hubo?, algunas faltas de parte también del encargado de los planos, del ISVIMED, pues, y EPM, no sé, pues, cómo es la relación ahí con ellos, de que nos entregaran unos planos ya definitivos, unos planos sellados para el acueducto, esto también, pues, nos demoraba porque no teníamos unos planos definitivos. Sí, lo que recuerdo es esto y que el tiempo iba corriendo y..., ahora también lo que faltaba, de acuerdo a la Interventoría a -(...) (falla de grabación)- del Interventor la obra iba en un 96%, lo que significaba que lo que faltaba era un 4%, de acuerdo con ellos, y ya eran detalles, pues, detalles de las obras, eran puros detalles, que en un desarrollo normal se cumple, pues, en ese tiempo, de tres meses que estaba programado, porque era cosas realmente insignificantes. Vamos a ver, ¿qué más recuerdo? Sí, ah bueno, con base en el presupuesto se hizo un presupuesto real verificando, pues, cantidades se puso a todo el personal a trabajar en base a hacer un presupuesto bien aterrizado para ver qué obra se hacía y si alcanzaba con el presupuesto, lo que se definió, y ya la consolidación del presupuesto, el Interventor nos comunicó que quedaba faltando aproximadamente 800 millones, 850 millones, para terminar las obras completamente, o sea que este dinero faltaba para terminar lo que había de adicional. Teniendo en cuenta esto, pues el Interventor, lógicamente, no se podía pasar de esa plata, solicitó al ISVIMED también, pues, y comunicó que le faltaba este dinero, y entonces él dijo..., pues, cuando yo le pregunté qué hacíamos, él me contestó que no 'que había que dejar de ejecutar unas obras mientras el ISVIMED solucionaba, pues, o de dónde salían esos recursos para terminar'; en ese sentido él dejó..., nos manifestó en el oficio, que había que dejar de hacer los pavimentos, unos cordones, unos bordillos, instalar unos tanques de agua, dejar de hacer unos buitrones, unos gabinetes, pavimentos..., pues, habían unas obras que no se podían hacer, igual unas obras exteriores de complementarias de unos disipadores laterales de unas quebradas, -(...) (falla de grabación)- que pasaba por el límite de la obra, por el lindero, y pues, todo este tipo de obras no se podían hacer. Esto quedó así y eso fue lo que nosotros hicimos, pues, trabajar en lo que podíamos y no se podía intervenir las otras cosas. Esto hasta el final no obtuvimos respuesta de si se iba a terminar todo; y faltaban otras cosas adicionales, ahora que recuerdo de Montaña, faltaba la estación reguladora porque la presión de servicio que llegaba en la parte técnica, pues, era muy elevada, lo que ocasionaba era dañar medidores, dañar tuberías; solicitamos por escrito también que nos agilizaran ese diseño de la reguladora y localización para empezar esa construcción y poder avanzar y terminar en Montaña, que era el contrato directo de la parte de abajo. En cuestión de urbanismo faltaban cosas, como le digo, por diseños porque no... no nos entregaron los diseños definitivos, uno a veces trabaja con unos planos que no están sellados y después salen otros y, vea, es un problema, eso me ha sucedido mucho, entonces uno por curarse en salud, siempre solicita los planos definitivos y sellados, sellados por la -(...) (falla de grabación)- competente que en este caso de servicios, pues, es EPM; esto tampoco los obtuvimos, e igualmente, si no se podía hacer acueducto había que dejar de hacer..., porque en la zona de acueductos pasaban unos andenes, entonces si no hacíamos

acueductos tampoco podíamos hacer andenes; igual también la Interventoría nos frenó unos pasamanos de urbanismo porque el funcionario de Espacio Público, en una visita, nos dijo que no, que esos diseños que había que reformarlos, entonces ya habíamos contratado, pues, los pasamanos, ya estaban contratados cuando –(...) (falla de grabación)-, cuando yo llegué ya estaban contratados, entonces, pues, eso fue otro reproceso, volver a iniciar otros trámites de contratación, lo que también requiere de un tiempo prudencial. En términos generales, pues, esto fue lo que pasó, y pues, todo esto fue redundó en que las obras no tuvieran el desarrollo normal”.

El señor **JOSÉ DANIEL SIERRA CALDERÓN** informó al Tribunal las dificultades que se presentaron con la Interventoría en relación con los cortes de obra, afectando los pagos a los subcontratistas. Al respecto manifestó:

“Empezamos a trabajar con normalidad y las actividades, pues, se desarrollaron sin ningún contratiempo, hasta el punto en que se empezaron a presentar los cortes de obra. Como es bien sabido, pues, en un proyecto de estos la Interventoría debe recibir cada uno los trabajos que se ejecutan, entonces, inicialmente, con el primer corte se presentó la primera dificultad que fue una demora en la recepción del trabajo, era..., pues, fue difícil, como coordinar un recorrido en el cual nos recibieran las actividades que estábamos ejecutando, entonces eso, pues, generó como ciertas trabas ahí tuvimos como la primera alerta, porque varios contratistas, cuando nosotros llegamos a la obra y empezamos a hacer recorridos, nos hacían como el comentario de ‘ustedes no saben en qué se metieron, esto aquí está muy difícil, aquí es muy difícil que paguen’, pero, pues, nosotros estábamos apenas arrancando, el contrato era de una suma interesante, y teníamos, pues, la tranquilidad de que por ser, pues, un proyecto con una firma constructora y con una entidad del Estado, no creíamos que fuera a haber como problemas con los pagos, entonces, continuamos. Se fueron haciendo como los avances en los diferentes apartamentos, y al llegar al corte número dos volvieron y se presentaron los mismos inconvenientes, hubo retrasos por parte de la Interventoría, tanto para recibir el trabajo como para autorizar el acta de pago, entonces... Pues, cuando nosotros ingresamos a la obra se habló de que se hacían corte quincenales y se hacían los pagos quince días después del corte, y los cortes nunca se demoraron menos de 20 - 30 días, en los que mejor nos fue, entonces eso siempre lo iba como limitando a uno en el tema, pues, como de su flujo de caja, sobre todo porque es bien sabido también que el personal que uno maneja en ese tipo de cosas, si no se le paga, pues, te deja tirado, entonces, nosotros teníamos igual que pagarle al personal lo que ellos ya nos habían ejecutado, así no hubiéramos recibido el pago nosotros mismos; entonces esa fue como la dinámica todo el tiempo. Ya llegando a final de año, recuerdo porque ya estaba cerca la fiesta de navidad de la obra, también empezamos a ejecutar unas actividades adicionales que nos solicitaron para que nos metiéramos en el tema de urbanismo, entonces nos metimos en lo que fueron los módulos de aseo, que eran unos módulos externos, en muros de concreto vaciado o en losas de concreto vaciado, y unos andenes para todo el tema de urbanismo, que era la circulación como para llegar a ese tipo de lugares y también al parqueadero de la parte superior del proyecto, con loseta táctil para personas, pues, invidentes; entonces empezamos con esas actividades también, de hecho, porque, según también rumores, porque yo el tema contractual y el manejo de los contratistas nunca lo pude conocer porque no me incumbía, pero según lo que decían algunos contratistas, esa actividad nos la pasaron a nosotros porque otro contratista la había abandonado porque ya estaba, pues, muy inconforme con el tema de los pagos.

(...) Problemas sí, como les cuento, o sea, el principal problema fue el retraso de los pagos, que fue una constante durante toda la ejecución del contrato, por varias razones, uno: los recorridos con Interventoría eran muy difíciles porque los interventores, pues, se mantenían

como muy atareados y muchas veces uno pactaba una cita para hacer el recorrido y hacer la entrega y eran esperas de dos y tres horas uno sentado afuera de la oficina de ellos, esperando que lo atendieran a uno porque, a pesar de que se pactaban citas, por lo general estas no eran cumplidas, y muchas veces en los recorridos no recibían las actividades ejecutadas por cosas ajenas a uno, ejemplo, nosotros no estábamos encargados de redes de gas ni de redes eléctricas ni de ventanería, ninguna de esas actividades, entonces, nosotros cuando acabábamos lo que nos correspondía en cada uno de los apartamentos citábamos a Interventoría para hacer la entrega del apartamento, y a pesar de que nuestra actividad estaba completamente ejecutada, la respuesta muchas veces del encargado de Interventoría era 'yo no les puedo recibir el apartamento si el apartamento no está completamente terminado', y como eran actividades que no dependían de nosotros, entonces nosotros teníamos que pasarnos para otro apartamento a seguir haciendo lo nuestro y esperar a que el contratista del gas, a que el contratista eléctrico, a que el de las ventanas terminara de sellar de instalar, entonces, aunque nosotros ya habíamos acabado nuestro trabajo, la Interventoría no nos recibía; y muchas veces, cuando nosotros nos devolvíamos a volver a entregar, porque ya los otros contratistas habían terminado, el contratista del gas nos había dañado un muro, el contratista eléctrico había hecho una cancha en un muro que ya habíamos resanado, nos habían quebrado una baldosa del enchape, cualquier daño se había dado, entonces la Interventoría nos decía 'no, es que esta actividad usted no me la está entregando terminada, vea, que esto está dañado'; a pesar de que ya se le había mostrado que estaba buena y que el daño había sido hecho por parte de otro contratista. Entonces se empezaban a ver todos ese tipo de trabas y de temas como en la parte de la burocracia, si se puede así decir, de la Interventoría para poder hacer las recepciones, que generaban muchos reprocesos, que esas horas del trabajo y esas actividades no se las pagaban a uno adicionales en el contrato, entonces uno tenía uno que incurrir en reprocesos para que le pudieran recibir, entonces, eran trabajos que uno los terminaba, tenía proyectado que se los pagaran 15 días después de haberlos terminado y realmente se los recibían a uno a los 20 – 30 días y ahí empezaba a contar el tiempo del pago, entonces eran pagos que se podían demorar hasta un mes y uno igual tenía que pagarle cumplido, quincenal, a los trabajadores; entonces ese tema siempre era muy complicado y, como les digo, alrededor de nosotros se empezó a generar un ambiente muy difícil con los demás subcontratistas, que empezaron a abandonar la obra.

(...) No, la Interventoría nunca nos dio respuesta de nada a nosotros, era muy difícil la comunicación, nosotros siempre tuvimos que esperar a que INSERCO intermediara porque el trato directo de la Interventoría con los subcontratistas era muy limitado, eran muy distantes”.

De otro lado, en relación con la inspección judicial solicitada por la parte Convocante, y dadas las limitaciones generadas por la pandemia, el Tribunal autorizó que la prueba fuera practicada directamente por las partes, disponiendo que se aportara al proceso un video en el que constara el estado de las obras objeto de la controversia.

Dicha prueba fue practicada por las partes el 1º de septiembre de 2020 e incorporada al proceso mediante la aducción de un video aportado por la Convocante, cuya eficacia fue controvertida por **INSERCO** alegando que el video fue editado y la grabación direccionada por personal del **ISVIMED**¹¹⁸.

¹¹⁸ Fl. 11708

Sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán en el acápite siguiente, el Tribunal advierte que la prueba aludida no da cuenta del estado de la obra para la fecha de terminación del Contrato, de las obras ejecutadas, de la calidad de estas, ni de las actividades que faltaban por ejecutar al 4 de febrero de 2017.

3.12. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LO ATINENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL QUE SE ATRIBUYEN RECÍPROCAMENTE LAS PARTES.

Conforme se expuso en el acápite anterior, en el proceso obran diversas pruebas relevantes en el ámbito de la ejecución del Contrato, que revelan datos contradictorios en relación con los incumplimientos contractuales que se atribuyen las partes.

La prueba documental y testimonial recolectada es coherente en reconocer las dificultades sucesivas que se presentaron en el desarrollo del Proyecto y en que para el 4 de febrero de 2017 la obra no estaba concluida, ni las unidades de dominio privado en condiciones de ser entregadas a los beneficiarios de las mismas.

Los documentos aportados por las partes y los testimonios recibidos difieren radicalmente en lo que atañe a las causas de tales situaciones.

En lo que tiene que ver con la prueba testimonial, las declaraciones de terceros rendidas por solicitud de las Convocantes dan cuenta de hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones en cabeza de **INSERCO**, haciendo énfasis en atrasos sucesivos, en errores constructivos, en un manejo inadecuado de los subcontratistas, y en general, en fallas en la planeación de las actividades a su cargo.

Si bien los testigos reconocen que algunas actividades de la obra fueron suspendidas por parte de la Interventoría, las demás actividades que le correspondía ejecutar a **INSERCO** para el 4 de febrero de 2017 no fueron finalizadas a cabalidad.

Aunque se concluya que existían detalles y ajustes necesarios que podrían ser considerados como post venta¹¹⁹, tales como enchapes “cocos”, zócalos y ventanas sueltas, lo cierto es que la totalidad de las obras faltantes no podían ser calificadas como tales.

Así, las actividades de urbanismo que faltaba por ejecutar (sin tener obviamente en consideración las que fueron suspendidas por la Interventoría) y las fallas

¹¹⁹ <https://dle.rae.es/posventa>. Posventa: Período posterior a la venta de un producto, en el que el vendedor o el fabricante garantizan ciertos servicios, especialmente la reparación.

constructivas que presentaban las redes de servicios públicos no pueden ser calificadas como post ventas, pues atañen a condiciones esenciales que debe cumplir un proyecto inmobiliario para poder ser entregado a sus adquirentes o beneficiarios.

El otro grupo de testigos que compareció al proceso refirió las dificultades que se presentaron con la Interventoría y el **ISVIMED**, resaltando los hechos que habrían entorpecido la ejecución del Contrato.

Tales testigos hicieron especial énfasis: i) en las consecuencias de la suspensión inicial del Contrato; ii) en las demoras que serían imputables a la Interventoría en la verificación de los cortes de obra y en la dilación en los trámites para los pagos a los subcontratistas; iii) en la falta de disponibilidad de recursos para atender los requerimientos de la obra; iv) en las nuevas exigencias de adecuación de la obra que introdujo la Interventoría en las visitas llevadas a cabo en diciembre de 2016, las cuales excedieron lo establecido en la visita del mes de septiembre de 2016; y v) en situaciones imputables a la parte Contratante, que habrían impedido que para el 4 de febrero de 2017 la obra estuviera lista para ser entregada en condiciones de habitabilidad a los beneficiarios.

El Tribunal no descalifica los testimonios rendidos a instancia de **INSERCO**, pero estima que las situaciones referidas, por ellos descritas, son relevantes, pero no suficientes para justificar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por **INSERCO**, por las razones que a continuación se exponen:

- Es incuestionable que la suspensión de la obra dispuesta el 1º de octubre de 2014 y que se extendió hasta el 30 de septiembre de 2015 generó deterioros significativos de la obra que se había alcanzado a ejecutar. Ello implicó sobrecostos y reprocesos en la ejecución del Proyecto.

No obstante, las consecuencias de dicha suspensión y su repercusión en la continuidad de la ejecución del Contrato tuvieron que haber sido previstos por las partes en las modificaciones y adiciones contractuales acordadas con posterioridad a la finalización del período de suspensión, máxime que en el Acta de suspensión de la obra quedó establecido que **INSERCO** no efectuaría reclamación respecto de la misma, y que el presupuesto elaborado para la continuación de la obra debió haber sido ajustado a las condiciones en las que se hallaba el Proyecto.

Tal como lo planteó el Agente del Ministerio Público en el concepto rendido, después de que las partes celebran suspensiones, adiciones o prórrogas al contrato, no es dable que sustenten el incumplimiento contractual que le

atribuyen a la otra parte en hechos acaecidos con antelación a dichos actos jurídicos.

El Tribunal encuentra pertinente invocar el aparte jurisprudencial citado por el señor Procurador Delegado en el concepto presentado, el cual resulta elocuente para apoyar el criterio jurídico planteado. En sentencia del 23 de octubre de 2017 la Sección Tercera del Consejo de Estado (Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00526-01) explicó al respecto:

“Si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes. Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”. En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del PROCURADURÍA 30 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA. 26 plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.”

- Para el Tribunal está demostrado con la prueba documental y testimonial citada, que la Interventoría incurrió en dilaciones en la aprobación de los cortes de obra y en los trámites de pago a los subcontratistas. Ello suscitó dificultades en la ejecución del Contrato y entorpeció su desarrollo. Sin embargo, no está cabalmente acreditado que esa hubiera sido la causa para que **INSERCO** no hubiera terminado de ejecutar para el 4 de febrero de 2017 las actividades a su cargo, y en particular que no hubiera cumplido los hitos contractuales establecidos en el Otrosí Nro. 3.

Adicionalmente, tales retrasos no son justificativos de las fallas constructivas evidenciadas por la Interventoría y de las que da cuenta el informe rendido por el señor JOSÉ IVÁN GÓMEZ, ni del atraso en las obras de urbanismo.

- Tampoco existe evidencia de que a partir de la suscripción del Otrosí No. 3 y hasta el 4 de febrero de 2017 no existieran recursos para la ejecución de la

obra. Por el contrario, en el proceso existe constancia de que durante dicho período la cuenta del Patrimonio Autónomo Montaña B-8 y Mirador de La Cascada siempre tuvo recursos disponibles¹²⁰, sin que ello sea óbice para reconocer que para el 1° de enero de 2017 únicamente existía la suma de **\$371,258,969.35**.

- El Tribunal aprecia que los requerimientos de la Interventoría efectuados en las visitas realizadas a la obra en diciembre de 2016 divergieron de los plasmados en el recorrido efectuado en septiembre de 2016; pero ello no explica las fallas constructivas, ni los atrasos en las obras de urbanismo, pues tales requerimientos versaron fundamentalmente sobre detalles de cada apartamento.
- Finalmente, el Tribunal encuentra demostrado que también existían actividades a cargo de la parte Contratante (diseño de la estación reguladora, reglamentos de propiedad horizontal, licencias de construcción vigentes) que no se encontraban ejecutadas para el 4 de febrero de 2017, y las cuales efectivamente impedían la entrega de la obra a los beneficiarios de los apartamentos, así **INSERCO** hubiera cumplido con las obligaciones que le incumbían.

Sin embargo, tal situación no es justificativa del incumplimiento de **INSERCO**, pues no se trata de hechos -salvo el atinente a la estación reguladora- que tuvieran incidencia en el avance de las obras a cargo de ésta. La misma tiene trascendencia, pero para efectos de determinar la procedencia de la indemnización de perjuicios deprecada.

El dictamen pericial aportado, presentado por el Ingeniero **GONZALO ECHEVERRI PALACIO**, con el fin de “*analizar desde el punto de vista eminentemente técnico las causas y los efectos de la terminación del contrato sin que se hubieren finalizado las metas físicas del Proyecto*”, contradice las conclusiones precedentes, y por ello amerita una valoración especial.

Dicha prueba concluye principalmente, que las obras contratadas por **INSERCO** fueron efectuadas casi en su totalidad (97%), y que las actividades que se encontraban pendientes de desarrollar a la fecha de terminación del contrato a cargo de la sociedad Contratista: i) correspondían a actividades de post venta; o ii) no hubieran podido ejecutarse por falta de recursos económicos y cumplimiento de las obligaciones que le correspondían a las demás partes contractuales.

¹²⁰ CD de pruebas allegadas con la reforma de la demanda. Para el 1° de octubre de 2016 existía un saldo de **218,645,917.99**. Para el 1° de noviembre de 2016 existía un saldo de **154,588,241.54**. Para el 1° de diciembre de 2016 existía un saldo de **422,433,079.81**.

Aunque el Tribunal no desconoce la trayectoria y conocimientos especiales del perito, considera que las conclusiones plasmadas en su dictamen no pueden ser acogidas en su totalidad, por cuanto se advierten circunstancias que permiten afirmar que la experticia no refleja la realidad del estado del proyecto constructivo para el 4 de febrero de 2017 y en ella se arriba a conclusiones contrarias a hechos que para el Tribunal están cabalmente demostrados mediante otros medios probatorios.

En efecto, del estudio del dictamen analizado encuentra el Tribunal que el perito: i) no tuvo en cuenta la totalidad de los documentos cruzados entre las partes durante toda la etapa de desarrollo del contrato (solo tuvo en consideración los que le aportó **INSERCO**); ii) no visitó la obra; y iii) no contaba con elementos suficientes para determinar el estado real del proyecto para la fecha de terminación del Contrato.

Conforme lo describe en el dictamen y lo reconoció en la audiencia de sustentación del mismo, el perito solo tuvo acceso a los documentos remitidos por **INSERCO** en los cuales no se encuentran las quejas, requerimientos y comunicaciones remitidos a ésta por la Coordinadora del Proyecto, la Contratante y la Interventoría.

Ello se afirma, por cuanto en el “**CAPÍTULO IX. ANEXOS**” del dictamen no aparecen relacionadas diversas comunicaciones relevantes cruzadas entre las partes, que habrían permitido establecer un contexto más ajustado a la realidad de la ejecución del Contrato.

Así mismo, el perito admitió que sólo tuvo en cuenta la documentación suministrada por **INSERCO**. Sobre el particular informó en la audiencia de sustentación del dictamen:

*“**PREGUNTADO:** Sírvase indicar al Tribunal si es cierto, sí o no, que su dictamen se realizó única y exclusivamente con la documentación suministrada por **INSERCO**. **CONTESTÓ:** Sí, me apoyé en eso”.*

Se advierte que el ingeniero **ECHEVERRI PALACIO** informó que no visitó la obra, ni solicitó autorización para acudir a esta, con lo cual habría podido formarse una visión más cercana de la realidad del desarrollo del proyecto; máxime si se tiene en cuenta que para la fecha de realización de la experticia -diciembre de 2018- el proyecto se encontraba aun en ejecución.

Al respecto el ingeniero perito expuso en la sustentación de su dictamen:

*“**PREGUNTADO:** Sírvase indicarle al Tribunal si usted, para rendir el dictamen, realizó una visita técnica a la obra. **CONTESTÓ:** No, me tuve que apoyar en correspondencia que se le pidió a **INSERCO** y en el contrato, en las especificaciones, etcétera, entre otras cosas,*

porque después que se prendió el lío, a INSERCO se le impidió el ingreso a las obras.
PREGUNTADO: ¿Usted pidió autorización al ISVIMED para entrar a las obras a realizar el dictamen? **CONTESTÓ:** No, no”.

El perito reconoce en su dictamen que no disponía de los elementos de juicio necesarios para realizar una evaluación detallada del nivel de avance de las obras, habiendo llegado a las conclusiones a partir de razonamientos inferenciales (v.g. porcentaje de honorarios pagados a **INSERCO**).

Para el Tribunal no es posible dar por demostrado, con fundamento en el contenido de la experticia analizada y su sustentación, que las obligaciones a cargo de **INSERCO** se encontraran cabalmente cumplidas para el 4 de febrero de 2017, ni que todas las actividades pendientes correspondieran a temas de posventa o a situaciones imputables a la parte Contratante.

En este punto se considera necesario resaltar que, cuando a un proceso se aporta dictamen pericial sobre un asunto que requiere conocimientos especiales, no es obligación del juzgador el acogimiento del mismo, pues corresponde a éste analizar la suficiencia de la experticia, su contenido, la solidez de sus conclusiones y la coherencia de éstas con el restante material probatorio obrante en el proceso.

Al respectó explicó la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 20 de noviembre de 2020 que:

“(…) la jurisprudencia de las altas cortes del país ha sido pacífica en sostener que las conclusiones del dictamen pericial no limitan la valoración probatoria que en conjunto debe efectuar el juzgador, pudiendo apartarse de los conceptos contenidos en ella, aún si no se presentó oposición por las partes en contienda. En tal sentido, la Corte Constitucional ha esgrimido¹²¹:

Por último, el tercer ámbito de control del dictamen pericial es el ejercicio de la función judicial de apreciación y valoración de la prueba. Es evidente que a pesar que la experticia está sometida a métodos particulares de contradicción como los antes explicados, no por ello el juez queda limitado para valorar el dictamen pericial como uno más de los medios de pruebas incorporados en el proceso. En ese sentido, bien puede apartarse el funcionario judicial de las conclusiones del dictamen, cuando concluyese, por supuesto de manera motivada, que la pericia no interpreta adecuadamente los hechos materia de análisis, o que sufre de algún otro vicio que le reste aptitud probatoria¹²²”.

De allí que, si bien el Tribunal acoge muchas de las apreciaciones del perito, como las que tienen que ver con la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, con las obligaciones que del mismo se derivan, con el porcentaje de ejecución

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas.

¹²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 6 de noviembre de 2020. C.P. Dra. MARÍA ADRIANA MARÍN. Radicado: 20001-23-31-000-2011-00510-01(50094).

contractual basado en los honorarios pagados a la Contratista, se aparta de la conclusión a la que arriba sobre el cumplimiento contractual de **INSERCO**.

Finalmente, en relación con la inspección judicial solicitada por la parte Convocante y practicada por las partes por expresa autorización del Tribunal, se considera que la misma no aporta elementos de juicio relevantes.

Como ya se anticipó, el Tribunal encuentra pertinente apreciar el video incorporado al proceso, más no la versión que durante la misma expone la ingeniera **BIBIANA OSORIO LONDOÑO** (funcionaria del **ISVIMED**).

No obstante, este medio probatorio no revela hechos trascendentes para la resolución de la controversia, teniendo en consideración que el mismo da cuenta del estado de la obra para el momento en que se llevó a cabo la diligencia (1º de septiembre de 2020), pero no acredita el estado de la misma para el 4 de febrero de 2017, ni de las obras ejecutadas para tal fecha, ni de las actividades que le habría faltado por desarrollar a **INSERCO**.

La apreciación individual y en conjunto de la prueba allegada, bajo los parámetros antes esbozados y con fundamento en las reglas de la sana crítica, le permite al Tribunal arribar a las siguientes conclusiones:

- i). Desde los inicios de la ejecución del Contrato se presentaron diversas vicisitudes que afectaron el desarrollo de la obra y que conllevaron a su suspensión y a modificaciones sucesivas de los plazos de ejecución y de los valores del Contrato; vicisitudes que denotan falta de planeación en la ejecución del Contrato. Así lo enseña la prueba documental reseñada en los acápite precedentes y el dictamen rendido por el Ingeniero **GONZALO ECHEVERRI PALACIO**. Para el Tribunal va en contravía de parámetros de razonabilidad que una obra proyectada para ser ejecutada en un plazo de 10 meses, hubiera requerido más de cuatro años para ser finalizada.
- ii) Después de que se reanudó la ejecución de la obra se empezaron a suscitar situaciones recurrentes de discordancia entre **INSERCO** y la Interventoría. La primera quejándose de demoras en los procesos de verificación de los cortes de obra que afectaban el pago de los subcontratistas; y la segunda, de sucesivos atrasos en el desarrollo de la obra. Así lo demuestran los testimonios de **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR, BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO, GUILLERMO ALEXIS ÁLVAREZ MORENO, SEYGARTH ANTONIO CANTILLO DÍAZ, JUAN DAVID COLORADO OSORIO, DANIEL ANDRÉS ZAPATA RUÍZ, SANTIAGO JARAMILLO**

GIRALDO y ARLEX PEDRAZA CALDERO en coherencia con la documental reseñada.

- iii) Los cuestionamientos de la Interventoría frente a la ejecución de la obra por parte de **INSERCO** y las quejas de ésta frente a la Interventoría se intensificaron a partir de la suscripción de la *“AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.”*. De ello da cuenta la prueba testimonial y la documental obrante a folios 10515, 10548, 10557 a 10568, 10570 a 10584, 10595 a 10612, 10652 a 10655 y 10756 a 10762, 3180, 3218, 3219, 3223 a 3225, 3227 a 3234, 3302 a 3305, 3367 a 3375, 3395 a 3397, 3400 a 3409, 3411 a 3420, 422 a 3427, 3429 a 3444, 3446 a 3469, 3471 a 3478, 3751 a 3809, 3754.
- iv) Los hitos contractuales establecidos en la *“AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA”* no fueron cumplidos por **INSERCO**, conforme lo evidencian los informes sucesivos de la Interventoría y los testimonios de **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR, BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO, GUILLER ALEXIS ÁLVAREZ MORENO**.
- v) Si bien es cierto que la Interventoría en las visitas efectuadas a la obra en el mes de diciembre de 2016 introdujo observaciones y requerimientos adicionales y diferentes a los establecidos en la visita del 9 de septiembre de 2016¹²³, ello no es justificativo del atraso presentado en la última etapa de ejecución del Contrato, el cual se fue generando de manera sucesiva, pese a los hitos contractuales acordados por las partes. Así lo acreditan los informes de la Interventoría ya citados y los testigos que declararon a instancia de la parte Convocante.
- vi) La Interventoría recibió requerimientos de **INSERCO**, sin que exista prueba de que estos hubieran sido atendidos; situación que tampoco justifica que para el 4 de febrero de 2017 la obra no estuviera terminada y presentara defectos significativos en obras ya ejecutadas, tal como se pone de presente: i) en los informes de la Interventoría; ii) en el informe rendido en el proceso por el señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ**; y iii) con los testimonios de **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR, BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO, GUILLER ALEXIS ÁLVAREZ MORENO**.
- vii) De conformidad con el informe de Interventoría de fecha 10 de febrero de 2017, para el 4 de febrero de 2017 la obra presentaba los siguientes faltantes:

¹²³ Fs. 2408 a 2509 y 3081 a 3162.

“DESCRIPCION (sic) DE ACTIVIDADES POR EJECUTAR A 4 DE FEBRERO

El 4 de febrero del 2017 según lo establecido en la ampliación N° 10, adición N° 9 y otrosí N° 3, se venció el plazo contractual para la entrega final y sin pendientes de las obras del proyecto Mirador de la Cascada y Montaña B8-9.

Montaña. Proyecto compuesto por dos torres (6 y 9) Y urbanismo.

Torre 8. Contiene 68 Aptos. Torre 9. Contiene 36 Aptos Total. 104 apartamentos.

El personal técnico de INSERCO S.A no se hizo presente para la entrega del citado proyecto y la interventoría después de analizar y verificar en campo que faltan por realizar las siguientes actividades, presenta el respectivo registro fotográfico.

OBRA LA MONTAÑA B8-9

- **Estación reguladora:** Los suministros y acoples los realizará EPM Y la obra civil la realizará INSERCO S.A con sub contratistas.

Estado: Sin iniciar.

- **Construcción de cunetas aledañas a senderos peatonales elevados:** Actividad que está claramente definida en planos.

Estado: Sin iniciar.

- **Construcción de cunetas en zona de tanques de almacenamiento agua:** empalme para descargas. Torres 8 y 9. Llenos y nivelación.

Estado: Sin iniciar.

- **Compensación Arbórea:** Actividad y cotizaciones autorizadas hace dos meses.

Estado: Sin contrato. Sin Iniciar.

- **Suministro e instalación de pasamanos para senderos y parqueaderos:**

Estado: Cotizaciones aprobadas. Sin contrato. Sin iniciar.

- **Suministro e instalación de grama:**

Estado: Avance del 65%

- **Demarcación parqueaderos:**

Estado: Sin contrato. Sin iniciar.

- **Construcción de Sendero peatonal en piedra y urbanismo aledaño a parqueadero. Estado.** Sin iniciar.

- **Cuneta paralelo a muro de contención aledaño a parqueaderos:**

Estado: Sin iniciar.

- **Escalas de acceso entre parqueadero y costado izquierdo de torre 9:**

Estado. Sin iniciar.

- **Colocación de Bordillos en parqueadero:**

Estado: Sin iniciar.

- **Construcción de cuarto de aseo:**
Estado. Sin terminar.
- **Punto limpios:** (sic)
Estado. Son 2. Falta Impermeabilización de cubierta, enchapes, cunetas perimetrales, impermeabilización de muros, suministro e instalación de puertas.
- **Transporte y disposición final de escombros, madera, chatarra y tierra.**
Estado: Sin iniciar
- **Retiro de cerramiento perimetral y provisionales.**
Estado. Sin Iniciar.
- **Mantenimiento. Juegos Infantiles y gimnasio**
Estado: Sin iniciar.
- **Tratamiento de juntas en muro de contención:**
Estado: Sin iniciar.
- **Tramos de andén y brechas de excavación red de alcantarillado (parqueo):**
Estado. Sin iniciar
- **Construcción de tapa en salida box couvert aledaño a portería:**
Estado: Sin iniciar.
- **Suministro e Instalación de escaleras gato y escotilla en torres 8 y 9:**
Estado: Sin iniciar.
- *Detallado de torres 8 y 9: (ajuste plomería, resanes en concreto, ajustes aparatos sanitarios, resanes de mampostería, cambios y reparación de chapas y cerámicas, ajuste de puertas y ventanas, sellos de fajas de puertas y ventanas, ajuste de aplicaciones eléctricas e instalación y ajuste de incrustaciones), en general todas las actividades necesarias para que todas las torres y apartamentos queden debidamente terminadas para el recibo por parte de los beneficiarios. Se deben basar para realizar esta actividad en los formatos de pendientes realizados entre INSERCO S.A e interventoría.*
- **Aseo y limpieza general:**
Estado: Sin iniciar.

(...)

DESCRIPCION (sic) DE ACTIVIDADES PENDIENTES.

- **Construcción de cunetas laterales de descarga de zona de tranques (sic) de almacenamiento.** En torres 1 a 5. ambos costados.
Estado: Sin iniciar.
- **Construcción de cunetas sobre muros de contención.** en torres 1,2,3,5,6.

Estado sin iniciar

- **Construcción de cunetas en zona de tanques de almacenamiento agua. Torres 1,2,3,5 Y 6.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Compensación Arbórea.** Actividad y cotizaciones autorizadas hace dos meses.
Estado. Sin contrato. Sin iniciar.
- **Construcción de cunetas a lo largo de senderos peatonales y escalas.**
Estado: Suspendido por el contratista
- **Pasamanos en apartamentos (Balcones)**
Estado: Suspendido por el contratista
- **Pasamanos (Bolillos) en puntos fijos**
Estado: No se ha cotizado, sin iniciar
- **Pasamanos en puentes de acceso, torres y puntos fijos**
Estado: Suspendido por el contratista
- **Suministro e Instalación de pasamanos para senderos y parqueaderos.**
Estado: Cotizaciones aprobadas. Sin contrato. Sin iniciar.
- **Suministro e instalación de grama.**
Estado: Avance del 10%
- **Pavimentación de parqueadero.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Demarcación parqueaderos.**
Estado. Sin contrato. Sin iniciar.
- **Construcción de andenes en torres 5 y 6.**
Estado. Sin iniciar.
- **Empalmes de andenes a accesos torres 1,2, y 3.**
Estado. Sin Iniciar.
- **Colocación de Bordillos en parqueadero.**
Estado. Sin iniciar.
- **Punto limpio.**
Estado: Son 5. Falta Impermeabilización de cubierta, enchapes, cunetas perimetrales, impermeabilización de muros, suministro e instalación puertas
- **Transporte y disposición final de escombros, madera, chatarra y tierra.**
Estado: Sin iniciar
- **Retiro de cerramiento perimetral y provisionales.**
Estado. Sin Iniciar.

- **Suministro e instalación de juegos infantiles y gimnasio.**
Estado. Sin iniciar.
- **Construcción de losas de apoyo para tanques en torres 1, 2, 3, 5,6.**
Estado. Sin iniciar.
- **Suministro e Instalación de escaleras gato y escotilla en torres 1, 2, 3, 4,5 Y 6.**
Estado. Sin iniciar.
- **Llenos, excavaciones y perfilaciones en torres 1 a 6.**
Estado: Sin Iniciar
- **Tramo de alcantarillado entre torre 4 y entre final (tramo 65), entre parqueadero y torre 1 y conexiones a la vía (pavimento), para torres 5 y 6 y torre 4.**
Estado: En construcción.
- **Cerramiento en mampostería de nivel inferior de parqueadero.**
Estado: Sin iniciar.
- **Instalación de loseta táctil entre torres 3 y 4.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Construcción de andén en torre 3.**
Estado: Actividad suspendida por el contratista
- **Impermeabilización cubierta torre 4.**
Estado: En ejecución.
- **Construcción de Redes externas de gas (urbanismo).**
Estado. Sin iniciar.
- **Construcción de acceso a parqueadero aledaño a torre 4.**
Estado. Sin iniciar.
- **Construcción de Filtros. M.C Detrás de muros de contención.**
Estado: Suspendido por contratista.
- **Aseo y limpieza general.**
Estado: Sin iniciar.

Detallado de torres 1, 2, 3, 4, 5, 6 (ajuste plomería, resanes en concreto, ajustes aparatos sanitarios, resanes de mampostería. cambios y reparación de chapas y cerámicas, ajuste de puertas y ventanas, sellos de fajas de puertas y ventanas, ajuste de aplicaciones eléctricas e instalación y ajuste de incrustaciones), en general todas las actividades necesarias para que todas las torres y apartamentos queden debidamente terminadas para el recibo por parte de los beneficiarios. **Se deben basar para realizar esta actividad en los formatos pendientes realizados entre INSERCO S.A. e Interventoría”.**

- viii) Si bien algunos de los puntos de los que se duele la Interventoría corresponden a post ventas -tal como se indica en el dictamen pericial rendido por el Ingeniero **GONZALO ECHEVERRI**- y a actividades suspendidas previamente, existen falencias en la obra que no encuadran dentro de tal categoría (v.g. construcción de cunetas, construcción de losas y de andenes, culminación de los tramos de alcantarillado, construcción de redes de gas).
- ix) **INSERCO** debió haber entregado la obra -con excepción de las actividades suspendidas por la Interventoría- para el 4 de febrero de 2017, y no lo hizo, sin que el Tribunal encuentre que los argumentos justificativos esgrimidos durante el proceso tengan tal virtualidad, y sin que ello sea óbice para reconocer que el Proyecto se encontraba ejecutado en más de un 97%. Así se establece en el dictamen pericial rendido por **GONZALO ECHEVERRI PALACIO** y lo reconocen inclusive testigos que declararon a instancia de la parte Convocante, como **BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO**¹²⁴, **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR**¹²⁵ y **GULLER ALEXIS ÁLVAREZ MORENO**¹²⁶.
- x) Para el 4 de febrero de 2017 existían actividades por desarrollar a cargo de la parte Contratante, que igualmente impedían que los apartamentos fueran entregados a sus beneficiarios en la fecha señalada. Tal situación no es justificativa del incumplimiento de **INSERCO**, pero sí tiene relevancia para efectos de la delimitación de la indemnización de perjuicios pretendida por la parte Convocante.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que sí quedó demostrado que para el 4 de febrero de 2017 **INSERCO** incumplió con las obligaciones contractuales a su cargo.

En consecuencia, se acogerá la primera pretensión de la demanda principal reformada.

3.13. ACERCA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DISPUESTA POR INSERCO EL 3 DE FEBRERO DE 2014 Y DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO NOTIFICADA POR ALIANZA FIDUCIARIA.

Antes de proceder a analizar las consecuencias que se derivan del incumplimiento contractual de **INSERCO** de cara a las pretensiones consecuenciales formuladas en

¹²⁴ Indíqueme al Tribunal, en la medida que tenga elementos de juicio para ello, ¿en qué porcentaje se encontraba ejecutada la obra cuando el señor José Iván Gómez empezó a desarrollar el contrato celebrado con él? **LA DECLARANTE:** ¿En qué porcentaje? Tenía..., la estructura la tenía terminada, estaba como en un noventa y algo, noventa y... Esperáte, noventa y... yo no sé, noventa y dos, noventa y cinco, más o menos, pues, pero a groso modo, me van a disculpar la cifra así como tan...

¹²⁵ No, póngale un 97 - 98% de la construcción, todo proyecto como tal.

¹²⁶ **PREGUNTADO:** ¿Sabe usted, como Coordinador del proyecto, qué avance del proyecto tenía para el 4 de febrero de 2017? **CONTESTÓ:** Estaba en un... El proyecto en general marchaba como en un 97%, si no estoy mal.

la demanda, y especialmente en lo que a la pretensión indemnizatoria se refiere, el Tribunal considera necesario analizar la decisión de la parte Contratista de haber suspendido el Contrato el 3 de febrero de 2017 y de la Contratante de haber terminado el Contrato a partir del 4 de febrero de la misma anualidad.

3.13.1.SOBRE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DISPUESTA POR INSERCO EL 3 DE FEBRERO DE 2017.

El 6 de enero de 2017 **ALIANZA FIDUCIARIA** le comunicó a **INSERCO** la terminación del Contrato a partir del 4 de febrero siguiente invocando el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

La sociedad Convocada le informó a la Contratante el 3 de febrero de 2017 que suspendía el Contrato a partir de tal fecha, en razón de la mora en el pago de la factura 6397 y de los gastos reembolsables radicados el 16 de enero de 2017, invocando la facultad consagrada en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato¹²⁷.

De conformidad con la cláusula contractual citada, la Contratista estaba facultada para suspender el Contrato en caso de que la Contratante no pagara oportunamente los honorarios y gastos reembolsables.

Sin embargo, el Tribunal aprecia que el acto de suspensión del Contrato resulta inocuo, teniendo en consideración que ya **ALIANZA FIDUCIARIA** le había notificado la terminación del negocio jurídico a partir del día siguiente, vale decir del 4 de febrero de 2017.

Como lo confesó el representante legal de **INSERCO** al absolver interrogatorio, se trató de una medida con la cual se buscó evitar los efectos de la terminación del Contrato. Concretamente el absolvente indicó:

“... nosotros previendo que se pudiera presentar una situación que complicara la conclusión de las obras, solicitamos la suspensión, con el objetivo de generar un espacio para tratar de encontrar una salida que no perjudicara la ejecución de las obras”.

El Tribunal aprecia además -y en ello coincide con los planteamientos de la parte Convocante- que la decisión de suspensión del Contrato fue abusiva, pues desbordó su razón de ser, y ya no tenía sentido, teniendo en cuenta que: i) solo faltaba un día para que operara la terminación del Contrato; ii) que la mora presentada era mínima; iii) que la decisión no se avenía con la conducta asumida por las partes en el desarrollo del Contrato; iv) que el incumplimiento presentado no era relevante; y v)

¹²⁷ Fl. 158 y 159; 3278 a 3281.

que ya para ese momento no era posible que **INSERCO** cumpliera con la obligación contractual principal a su cargo.

Por ello se considera que en este caso el acto de suspensión del Contrato carece de relevancia, sin que tuviera la aptitud para evitar la terminación del Contrato a partir del 4 de febrero de 2017.

3.13.2.SOBRE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

El 6 de enero de 2017 **ALIANZA FIDUCIARIA** le comunicó a **INSERCO** la terminación del Contrato a partir del 4 de febrero siguiente.

La comunicación referida es del siguiente tenor:

“Como consecuencia de los incumplimientos y atrasos presentados en la construcción del Proyecto Montaña B-8 Y Mirador de la Cascada, según informe remitido por la interventoría al Isvimed el 5 de enero de 2017 y de acuerdo a la instrucción recibida por parte del Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín (ISVIMED) el día 6 de enero de 2017, documentos que se adjuntan con el original de la presente comunicación, en su calidad de Coordinador del Proyecto, nos permitimos notificar la terminación del Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada del Proyecto denominado Montaña B-8 y Mirador de la Cascada, el próximo 4 de febrero de 2017.

Lo anterior con fundamento en el Numeral 2 de la Cláusula Vigésima Séptima “Terminación” del Contrato de Construcción por el Sistema de Administración Delegada mencionado, la cual prescribe que el Contrato de Construcción en cuestión podrá terminar por “... El incumplimiento de los compromisos principales de este contrato que de manera grave y directa afecten la ejecución de la obra y evidencien que puede conducir a su paralización”. Causal que, por lo anteriormente indicado, le es a Usted imputable.

Así las cosas, Alianza Fiduciaria S.A., como vocera del FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, procederá a tomar las acciones legales pertinentes para el cobro de las multas y/o penalidades y/o pólizas y demás a las que haya lugar, por el incumplimiento en la construcción de los Proyectos Mirador de la Cascada y Montaña B-8”¹²⁸.

La decisión de terminación del Contrato adoptada por **ALIANZA FIDUCIARIA** es inequívoca en cuanto a la causa fáctica y el fundamento jurídico invocados. La misma tuvo como causa fáctica “los incumplimientos y atrasos presentados en la construcción del Proyecto Montaña B-8 Y Mirador de la Cascada” y se soportó en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato.

En principio podría considerarse que como el Tribunal concluyó que la sociedad Convocada incumplió el Contrato celebrado, correlativamente debería admitir que el acto de terminación unilateral del Contrato se ajustó a derecho y fue justificado.

¹²⁸ Fs. 3257 y 3258.

Sin embargo, el criterio del Tribunal es diferente, como pasa a explicarse.

La terminación del Contrato estuvo amparada de manera puntual en la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato, la cual, en lo que interesa para este análisis, es del siguiente tenor:

*“VIGÉSIMA SÉPTIMA. TERMINACIÓN: EL CONTRATISTA deberá ser notificado mediante escrito motivado proveniente de **EL CONTRATANTE**, su decisión de terminar el contrato. Éste escrito deberá ser notificado con 30 días de anticipación a la fecha que en el mismo escrito **EL CONTRATANTE** establezca como finalización del contrato.*

(...)

Las partes podrán terminar el presente contrato por las siguientes causales:

- 1. La incapacidad financiera de **EL CONTRATISTA** o el embargo por terceros que afecte la ejecución del proyecto.*
- 2. El incumplimiento de los compromisos principales derivados de este contrato que de manera grave y directa afecten la ejecución de LA OBRA y evidencien que pueden conducir a su paralización.*
- 3. El apartarse de las especificaciones de la obra sin aceptación de **EL CONTRATANTE** o su delegado para tal efecto.*
- 4. La disolución de la sociedad de **EL CONTRATISTA**”.*

Para la terminación del Contrato con ajuste a la causal segunda de la Cláusula citada era necesario que concurrieran los siguientes presupuestos: i) un incumplimiento de las obligaciones principales de la Contratista; ii) que el incumplimiento tuviera un impacto grave y directo en la ejecución de la obra; y iii) que existiera evidencia que el incumplimiento contractual pudiera conducir a la paralización de la obra.

De conformidad con la cláusula contractual que se analiza, no es cualquier incumplimiento de la Contratista el que habilitaba a la Contratante a terminar el Contrato, y ello se explica por la trascendencia del negocio jurídico celebrado, por los intereses que estaban vinculados al mismo y por las implicaciones que la decisión de terminación del Contrato podía acarrear.

El Tribunal reitera que las pruebas recaudadas dejan en claro que hubo incumplimiento contractual de parte de **INSERCO**, tal como se explicó en los dos acápite precedentes; pero no existe evidencia de que la conducta contractual que se le reprocha a la Convocada tuviera un impacto grave en la ejecución de la obra que pudiera conllevar a su paralización, máxime cuando estaba muy cercana a ser terminada.

Después de que las partes acordaron la última modificación al Contrato, materializada en el documento denominado “**AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.**”, rápidamente: i) se suscitó la orden de la Interventoría de suspensión de parte de la obra; y ii) se presentaron reproches y requerimientos mutuos entre la Contratista y la Interventoría, tal como se expuso en precedencia.

El Tribunal aprecia que durante este período falló la comunicación entre la Interventoría e **INSERCO**, en lo cual tuvo incidencia el cambio del encargado de la Interventoría (salió el Ingeniero **JHON VELAIDES** y asumió el Ingeniero **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR**), tal como lo refirieron los testigos **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR, JUAN DAVID COLORADO OSORIO, LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ y GUILLER ALEXIS ÁLVAREZ MORENO**.

Durante el mismo período hubo disminución del personal del que debía disponer **INSERCO** para la culminación de la obra, conforme lo demuestran los documentos emanados de la Interventoría¹²⁹; pero igualmente hubo requerimientos de **INSERCO** a la Interventoría¹³⁰, de los que no existe prueba que hubieran sido respondidos ni atendidos.

La dinámica de ejecución de la obra en el lapso que se analiza no fue la adecuada, pero en ningún momento el Proyecto se paralizó, ni se evidenció el riesgo de que ello fuera a ocurrir, insistiendo en que tales supuestos debían confluir para que contractualmente se pudiera terminar el contrato con sujeción al numeral 2 de la Cláusula Vigésima Séptima.

INSERCO expresó su disposición a concluir el Contrato, tal como lo evidencian las comunicaciones del 17 de enero de 2017 y del 13 de febrero de 2017.

En la comunicación del 17 de enero de 2017 **INSERCO** respondió el comunicado de terminación unilateral del Contrato¹³¹ brindando explicaciones sobre los presuntos atrasos y quejándose sobre la conducta de la Interventoría. En dicha comunicación se indicó:

“En primer lugar, porque la INTERVENTORÍA impuso un sistema de autorizaciones que se ha convertido en un obstáculo para el proyecto, no es ágil ni tiene carácter proactiva o preventiva, lo cual ha generado un sin número de circunstancias que impactan el desarrollo

¹²⁹ Fs. 10515, 10548, 10557 a 10568, 10570 a 10584, 10595 a 10612, 10652 a 10655 y 10756 a 10762.

¹³⁰ Fs. 3180, 3218, 3219, 3223 a 3225, 3227 a 3234, 3302 a 3305, 3367 a 3375, 3395 a 3397, 3400 a 3409, 3411 a 3420, 422 a 3427, 3429 a 3444, 3446 a 3469, 3471 a 3478, 3751 a 3809, 3754.

¹³¹ Fs. 3240 a 3276.

de la obra como son autorizaciones de adjudicaciones, liberación de cortes, etc., cuyo trámite se libera después de casi dos (2) semanas o más tiempo en muchos casos.

(...)

Adicionalmente, en cuanto a la falta de personal de obra que se menciona en el informe del asunto, en las revisiones conjuntas con interventoría de los apartamentos se tiene un personal de obreros atendiendo de manera inmediata las observaciones hechas en el recorrido.

(...)

Confirmar la construcción del buitrón en la cubierta que se está solicitando debido a que en planos no está especificado ni tampoco se tiene presupuestado (Proyección de buitrón de escalas).

Autorizar compra y mano de obra de las dos incrustaciones adicionales que se están solicitando, debido a que los juegos que se encuentran en el mercado vienen de 4 unidades y no de 6 según solicitud, además en plano de detalles de bala solo aparecen 4 unidades que corresponden a: 1 jabonera de ducha, 1 toallero a a salida de la ducha, 1 portapapel y 1 toallera en área de lavamanos.

Definir como se debe proceder con los timbres que presentan oxidación debido a que por falta de mantenimiento presentan deterioro. Estos fueron instalados antes de la suspensión de la obra.

En zonas comunes de todos los pisos se está solicitando instalación de lava escobar, estos solo van instalados en pisos intermedios.

Los medidores de agua por información de contratistas deben ser instalados cuando ya los apartamentos y la torre estén entregados en su totalidad y la red de abasto que alimenta el sistema de impulsión este (sic) completa. Con referencia a los medidos de gas estos se encuentran en almacén de la obra y no se instalan por seguridad.

Los pasamanos de los puntos fijos se encuentran instalados desde el 12 de diciembre del presente año.

Se solicita autorización para realizar compra de materiales requeridos para iniciar con las reparaciones de enchapes cocos, vale aclarar que estos enchapes fueron instalados y pagados con visto buenos de interventoría antes de la suspensión de la obra. Esta actividad no se encuentra dentro del presupuesto actual.

En términos generales y de acuerdo al informe entregado por parte de interventoría, no entendemos como se calculó el estado del avance real de cada apartamento, ya que en el informe se habla de un avance del 96% y la magnitud de los detalles son normales en la entrega de los inmuebles, los cuales se están y continuarán atendiendo a medida que la interventoría nos indique el procedimiento y liberación de los recursos para ello. Además en nuestro concepto estos detalles de entrega no pueden reflejar de ninguna manera un 4% de obra por ejecutar, las obras están completamente ejecutadas y solo está pendiente de los detalles que se ejecutan a medida que nos son comunicados a nosotros y liberados para la realización”.

Los testigos **GUILLERMO LEÓN MARTÍNEZ MEJÍA**, **JUAN DAVID COLORADO OSORIO** y **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO** dan cuenta de que para el 4 de febrero de 2017: i) **INSERCO** se encontraba ejecutando las obras contratadas; ii) había subcontratistas desarrollando las actividades para las que fueron contratados; y iii) a una y a otros les fue prohibido el ingreso a la obra.

El señor **GUILLERMO LEÓN MARTÍNEZ MEJÍA** -subcontratista (PROINSEL)- declaró sobre el particular que:

“(...) inclusive de la Montaña nosotros terminamos el proyecto completamente y nos quedaron debiendo más de 27 millones de pesos de valores retenidos en el proyecto, y nosotros ya teníamos actas finales de entrega, todo, absolutamente todo terminado y entregado en el proyecto, y hasta el sol de hoy no nos han pagado. De la Cascada, pues, sí teníamos ahí el proceso rodando y teníamos unas facturas entregadas, hay unas actividades que inclusive nosotros habíamos adelantado y no pudieron ser incluidas en el último corte de obra, y finalmente esa información no la pudimos entregar, no se pudo cobrar y se perdió, pues, como el trabajo y lo que se haya adelantado en ese último corte de obra porque no fue permitido el ingreso nuevamente al proyecto. Nosotros, finalmente, pues, quedamos como pendientes de que INSERCO nos generara los pagos que se estaban pendientes de los dos proyectos y no”.

Por su parte, el señor **JUAN DAVID COLORADO OSORIO** informó al Tribunal que **INSERCO** venía ejecutando las obras contratadas, pero que en el mes de febrero de 2017 no se permitió el ingreso de los empleados para culminar sus labores:

Sí, como te dije ahorita, Pablo, nosotros veníamos trabajando, ¿sí?, y llegamos un día allá a la obra y los vigilantes, los de la empresa de vigilancia, nos dijeron, me dijeron, pues, ‘no, maestro, que no pueden ingresar, que está prohibido, pues, el ingreso a la obra’, como te dije, no podíamos ingresar ni nosotros, que éramos los de INSERCO, ni los subcontratistas que habían en ese momento, nada, pues, todo el que estaba se tuvo que devolver hasta que dieran el permiso para ingresar, que después fue que nos empezaron a dar los permisos, pero para ingresar a hacer los recorridos con el ISVIMED y la Interventoría, para empezar a hacer la verificación del estado de cada uno de los apartamentos.

(...)

Sí, con el contratista Aldecco, Aldecco era el que nos alquilaba equipo, más que todo formaleta metálica, taco, cerchas..., pues, todo lo general para armar estructura, ese era el que nos alquilaba eso, y no, con Aldecco teníamos un equipo alquilado, cuando se paró la obra, en febrero, ¿sí?, se prohibió el ingreso, pues, para todos y -de igual (no es clara la frase)- Aldecco, todos los subcontratistas no podía ingresar, después, cuando nos autorizaron el ingreso a nosotros para hacer los recorridos, de todas formas el contratista Aldecco no pudo ingresar, a él se le autorizó el ingreso por allá como en el mes de junio – julio, porque él lo estaba pidiendo porque él estaba cobrando el alquiler, porque así la obra se haya parado desde febrero, él tenía su equipo allá, así nosotros no lo estuviéramos utilizando, la obra no lo estuviera utilizando, él necesitaba pues, que le pagaran el costo, pues, del alquiler de ese equipo, porque lo tenía allá, no le estaba produciendo nada; entonces, cuando el contratista entró a hacer el inventario, en el mes de junio - julio, ¿sí?, entró a hacer inventario, hubo mucho equipo que no lo encontró, pues, que no pudo hacer el inventario porque no estaba, no lo encontramos, entonces, ese fue el inconveniente que

él llevó a las mesas de trabajo, el cobro del tiempo que él no pudo ingresar a la obra a recoger su equipo, y el equipo seguía en la obra, y el equipo que no aparecía en la obra cuando él hizo el inventario en el mes de junio o julio.

(...) No, como le digo, la obra se paró en febrero, a nosotros, INSERCO, nos prohibieron el ingreso, lo negaron, entonces, por ende, pues, ninguno de los subcontratistas tampoco podía entrar, pero no sé por qué no les autorizaron el ingreso. Yo sé que don Leo, don Leo es uno de los asesores de allá, de Aldecco, estuvo inclusive hablando conmigo, que para organizar, porque él necesitaba, pues, ir a hacer un inventario y todo, y había que esperar a que Interventoría y el ISVIMED les dieran la autorización para ingresar, entonces, la autorización salió en junio, como en junio - julio, salió para poder hacer ese recorrido”.

En el mismo sentido, el testigo **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO** señaló que a partir del 4 de febrero de 2017 no se permitió el ingreso de más personal a la obra. Sobre el particular refirió:

“Y ya finalmente 4 de febrero, ya con el vencimiento del plazo, nosotros íbamos a ingresar a la obra, pues, a seguir continuando con nuestras actividades como de postventas y demás, pero se nos impide el ingreso, por parte del contratante, en cabeza, pues, de la Interventoría, y ahí ya no... perdemos el control de la obra y no nos dejan seguir ejecutando. Es como un resumen como muy general con los hitos como más importantes del contrato

(...) Sí. Sí, el contratante por medio de la Interventoría nos prohibió el ingreso a partir del 4 febrero, que era ya como el vencimiento del plazo del otrosí, y tomaron ellos el control ya de la ejecución, inclusive se pusieron en contacto directamente con algunos contratistas para terminar ciertas actividades como de postventas y eso, y ahí nosotros ya perdimos el control, no nos permitieron el ingreso a la obra”.

La prueba reseñada da cuenta de una obra en ejecución, respecto de la cual no se podía predecir paralización o riesgo de que ello ocurriera.

Para el Tribunal el acto de terminación unilateral del Contrato no se aviene con la cláusula contractual invocada como base de la decisión, ni con principios que rigen el ejercicio de la administración pública que deben ser considerados en la celebración y ejecución de contratos que involucran recursos públicos y que son un mecanismo de cumplimiento de los deberes sociales del Estado, así estén regidos por el derecho privado; como el principio de eficiencia.

En la sentencia C 826 de 2013 la Corte Constitucional se pronunció sobre el principio de eficiencia en los siguientes términos:

“Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos - beneficios”

(...)

*“En síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto ha señalado que la eficacia, hace relación “...al cumplimiento de las determinaciones de la administración” y la eficiencia a “...la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos”. En este sentido, ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia **“la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones”.***

En el presente caso la decisión de terminación del Contrato –por la causal invocada– no comportó una racionalización de la relación costos beneficios ni tuvo como objetivo el de maximizar la finalización de la obra ejecutada en el menor tiempo posible, con las menores implicaciones y minimizando costos.

Inclusive, si se considerara que la terminación del Contrato también habría obedecido al vencimiento del plazo (hecho que no fue invocado por la Contratante en la comunicación citada) la conclusión del Tribunal sería la misma, pues no resultaba proporcional que frente a una obra en el estado de avance que presentaba (ejecutada en cerca de un 98%) y con los múltiples tropiezos que ya las partes habían superado en momentos precedentes, se diera por terminado el Contrato, en lugar de haberse adoptado remedios tendientes a su pronta culminación.

Resulta también significativo que para el 1° de enero de 2017 solo existieran en la cuenta del Fideicomiso recursos por valor de \$ 371,258,969.35, que evidencian que la obra pendiente de ejecutar no era de la magnitud que ha pretendido mostrar la parte Convocante.

La prueba recaudada ya reseñada -documental y testimonial - demuestra que la decisión de terminar el Contrato que se encontraba ejecutado en más de un 97% (hecho que no es controvertido) y que había presentado múltiples vicisitudes en su ejecución, trajo consecuencias desafortunadas, pues conllevó: i) a la suspensión de la obra hasta el 19 de noviembre de 2018 por un término de 21 meses; ii) al deterioro de la obra que se había ejecutado; y iii) a que se hubiera incurrido en costos excesivos en el nuevo contrato que se celebró con el señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ** para la terminación de la obra, el cual igualmente fue objeto de prórroga.

Sobre la suspensión de la obra por el término de 21 meses y los sobre costos en que se incurrió para su finalización da cuenta el contrato de obra celebrado entre

ALIANZA FIDUCIARIA como vocera del Fideicomiso Obras Complementarias B8 y Cascada y el señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ SALAZAR** el 25 de octubre de 2018, cuya ejecución comenzó el 19 de noviembre de 2018, y el cual también fue objeto de modificaciones y ampliaciones.

En efecto, quedó demostrado (documentos que obran en la memoria USB del cuaderno 24): i) que el valor inicial del contrato con el señor **GÓMEZ SALAZAR** se fijó en la suma de **“CUATRO MIL SEISCIENTOS NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M.L. (\$4.609.681.951)¹³²**; ii) que el término de duración inicial fue de **“seis (6) meses”¹³³**; iii) que el valor del contrato fue adicionado hasta la suma de **MIL OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$1.840.000.000,00)**; y iv) que el plazo fue ampliado por 16 meses hasta el año 2020.

La Contratante contaba con mecanismos pactados por las partes para afrontar la situación de incumplimiento contractual en la que venía incurriendo **INSERCO**, y sin embargo, no hizo uso de los mismos.

Recuérdese que al suscribir la **“AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.”** las partes pactaron una nueva causal para la imposición de multas al Contratista por el incumplimiento de los hitos contractuales, en los siguientes términos:

“TERCERO. NUEVA CAUSAL DE MULTA: Incluir una nueva causal de multa a las establecidas en la cláusula novena del contrato, la cual será del siguiente tenor literal:

- *Por incumplimiento de los hitos de obra establecidos en el cronograma soporte de esta ampliación, el uno por mil (1.1.000) del valor de los honorarios.*

Esta multa se aplicará por cada día de retraso en el cumplimiento del respectivo hito. Por lo tanto, si son uno (1) o más hitos los incumplidos, por cada uno de ellos se podrá imponer la respectiva multa de acuerdo al valor establecido, por las partes para cada uno de ellos acumulativamente.

La multa iniciará a contarse a partir del día siguiente al establecido como el de cumplimiento para el respectivo hito y hasta que el mismo se cumpla a plena satisfacción del Contratante.”

Pese a que la Interventoría insistió en el incumplimiento de los hitos contractuales, la Contratante no procedió a la imposición de multas.

El Tribunal reitera que la Contratante contaba con instrumentos contractuales (multas, cláusula penal) para “sancionar” el incumplimiento en el que venía

¹³² Ver cláusula tercera del contrato de obra.

¹³³ Ver cláusula sexta del contrato de obra.

incurriendo **INSERCO** y procurar el cumplimiento del Contrato, sin que resultara adecuado y coherente con el principio de eficiencia, optar por la terminación de un Contrato que se encontraba ejecutado en más de un 97% (97,87% según el dictamen rendido por el Ingeniero **GONZALO ECHEVERRI PALACIO**) y que había presentado múltiples vicisitudes imputables a ambas partes.

Además, los antecedentes contractuales demuestran que cuando el Contrato se encontraba en etapas mucho más incipientes de ejecución, las partes fueron proclives a resolver los problemas que se suscitaban -atribuibles indistintamente a una u otra parte- acordando suspensiones y modificaciones que propendían por el cumplimiento del objeto contractual acordado; e inclusive dejando sin efectos la terminación del Contrato comunicada a **INSERCO** el 11 de abril de 2016.

Es claro para el Tribunal que la planeación contractual falló en diversas oportunidades, incluida la decisión de terminación del Contrato, la cual trajo consecuencias que volvieron mucho más onerosa la conclusión del proyecto inmobiliario de interés social.

Finalmente, tampoco puede pasar por alto el Tribunal el hecho de que aun cuando **INSERCO** hubiera cumplido con las obligaciones a su cargo, para el 4 de febrero de 2017 el **ISVIMED** no habría podido entregar los apartamentos de los proyectos La Cascada y La Montaña a los beneficiarios, dado que había obras y actividades pendientes de ejecutar, que eran responsabilidad de la parte Convocante (no había reglamento de propiedad horizontal, las licencias de construcción se encontraban vencidas, no estaban listos los diseños de la estación reguladora), y que faltaban recursos para poder terminar las obras de urbanismo de La Cascada, que fueron suspendidas el 13 de diciembre de 2016.

Las premisas anteriores permiten concluir que la terminación del Contrato no se ciñó a lo dispuesto en el numeral 2 de la Cláusula Vigésima Séptima, ni resulta coherente con la conducta asumida por las partes durante la ejecución del Contrato (teoría de los actos propios).

La decisión adoptada, inclusive si se entendiera que la misma también se justificó en el vencimiento del plazo acordado, no resulta coherente con los antecedentes contractuales, ni con criterios de proporcionalidad y razonabilidad que deben imperar cuando de la ejecución de un contrato que involucra recursos públicos se trata, máxime cuando el mismo envuelve intereses de orden general, tal como ocurre con contratos que versan sobre obras de interés social, ligados al cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Las anteriores consideraciones son especialmente relevantes para la determinación de los perjuicios que deben ser indemnizados por la parte Convocada, pues el Tribunal anticipa –como se explicará en el acápite siguiente- que muchos de los perjuicios reclamados tienen como causa directa la decisión de la parte Convocante de haber terminado unilateralmente el Contrato y no el incumplimiento imputable a **INSERCO**, lo cual impide que se reconozcan como base de la indemnización a conceder.

3.14. SOBRE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA FORMULADA

En las pretensiones tercera y cuarta de la demanda reformada, la parte Convocante reclama que como consecuencia del incumplimiento contractual de **INSERCO**, que ésta sea condenada a indemnizarle los siguientes perjuicios:

- i) El daño emergente generado por el mayor valor de obra correspondiente a la suma de **DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/L (\$2.775.461.366,00)**, dentro del cual se encuentran los perjuicios generados: i) por la ejecución de las obras faltantes; ii) los gastos de administración; iii) los gastos de vigilancia; iv) la utilidad y el IVA generados en razón del nuevo contrato; v) los gastos de interventoría; y vi) los gastos generados por la reactivación de la obra.
- ii) El daño emergente por concepto de los sobrecostos asumidos por el **ISVIMED** por concepto de arrendamientos temporales pagados a los beneficiarios de las unidades de dominio privado, correspondiente a la suma de **TRES MIL CIENTO TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M/L (\$3.131.503.352,00)**.
- iii) El valor que resulte por los sobrecostos por arrendamientos temporales, hasta tanto los beneficiarios del proyecto reciban una solución habitacional definitiva.

Para determinar la procedencia de la pretensión indemnizatoria planteada por la Convocante se debe comenzar por precisar los requisitos que debe cumplir el perjuicio para que sea susceptible de ser indemnizado.

El perjuicio indemnizable en el ámbito contractual es aquel que reúne las condiciones de ser cierto, directo, previsible y actual.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado sobre los requisitos del perjuicio indemnizable lo siguiente:

“Ahora bien, en lo referente a lo señalado por el apelante de reclamar los perjuicios sufridos por la frustración en el tratamiento de infertilidad, considera la Subsección que lo reclamado constituye un perjuicio incierto o eventual, en efecto se ha señalado por la jurisprudencia que el perjuicio que debe ser indemnizado es el que sea cierto, actual y directo; y en este sentido, el perjuicio cierto, es el consumado, efectivo y real en el momento de liquidarse o el futuro que se espera exista”¹³⁴.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada¹³⁵ y unificada¹³⁶ de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación¹³⁷.

La certeza del daño se refiere a que *“se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura”¹³⁸*. El daño será directo *“siempre que sea una consecuencia del agravio inferido, de suerte que pueda enlazarse el menoscabo con el hecho contrario a derecho endilgado al agresor (...) que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento..., lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende”¹³⁹*. La actualidad exige que *“al momento de promoverse la acción restaurativa, exista, haya existido o se vislumbre la existencia”¹⁴⁰*.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido igualmente a las condiciones que debe cumplir el perjuicio para que sea susceptible de ser indemnizado:

“En la teoría de la responsabilidad civil si bien se impone al victimario, por regla general, la obligación de resarcir a la víctima, tal compromiso surge inevitable siempre y cuando su conducta afecte, injustificada y dañinamente, la humanidad o el patrimonio de esta última. Por supuesto, en el evento de no acaecer tal hipótesis, es decir, si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada. Queda así fijada la regla general en la materia de que no hay responsabilidad sin daño, aunque exista incumplimiento o infracción a un deber de conducta.

¹³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2015. C.P. Dra. Olga Melida Valle de de La Hoz. Radicado: 25000-23-26-000-2001-01572-01(30266).

¹³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

¹³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 36.149.

¹³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. C.P. Dra. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicado: 54001-23-31-000-2002-00516-01(47320).

¹³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2019. C.P. Dra. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicado: 17001-23-31-000-2012-00081-01(50500).

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5025-2020 del 14 de diciembre de 2020. M.P. Dr. HAROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO. Radicado: 23660-31-03-001-2009-00004-01.

¹⁴⁰ Ibidem.

De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios.

2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).

Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repetiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; negrillas fuera del texto).’¹⁴¹

En el presente caso resultó acreditado, tal como se dejó expuesto en acápites precedentes, que **INSERCO** incumplió el contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado con las Convocantes.

No obstante, el Tribunal advierte que no todos los perjuicios reclamados en la demanda reformada tienen como causa directa el incumplimiento atribuido a la Convocada.

¹⁴¹ CSJ, SC del 7 de diciembre de 2017, Rad No SC20448-2017.

En efecto, según concluyó el Tribunal, el acto de terminación unilateral del Contrato no se ajustó a las condiciones contractualmente establecidas, ni a principios que rigen la contratación cuando hay recursos públicos de por medio, ni tuvo como objetivo el de maximizar la finalización de la obra ejecutada en el menor tiempo posible, con las menores implicaciones y minimizando costos.

En razón de ello, se estima que solo deberán reconocerse la indemnización de los perjuicios ciertos que sean causa directa del incumplimiento de **INSERCO**, y no aquellos que devienen directamente de la terminación del Contrato efectuada por la Contratante y de las consecuencias que se derivaron de esta decisión.

En el presente asunto se afirma que en razón del incumplimiento de **INSERCO** la Contratante incurrió en unos gastos por concepto de: i) la ejecución de las obras faltantes, que finalmente fueron realizadas por el señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ**; ii) la administración, vigilancia e interventoría de la obra desde la terminación del contrato con **INSERCO** y hasta la terminación del proyecto por parte de **JOSÉ IVÁN GÓMEZ**; y iii) la reactivación de la obra.

Igualmente se aduce que el **ISVIMED** debió asumir el pago de arrendamientos temporales de los beneficiarios de las unidades de dominio privado desde la fecha de terminación del Contrato con **INSERCO** hasta la fecha de culminación de la obra.

El Tribunal aprecia que el perjuicio reclamado por las Convocantes por concepto de mayor permanencia en la obra y por sobrecostos por arrendamientos temporales que debió reconocer el **ISVIMED** a los beneficiarios del proyecto no fue, en su totalidad, generado de manera directa por el incumplimiento de **INSERCO**.

La extensión de dichos perjuicios obedeció en gran medida a: i) la decisión de la parte Contratante de dar por terminado el Contrato; ii) que la Contratante tampoco había ejecutado actividades que le incumbían y sin las cuales no era posible entregar los apartamentos a los beneficiarios (diseño de la estación reguladora, reglamentos de propiedad horizontal, licencias de construcción vigentes, obras de urbanismo suspendidas); iii) la falta de adopción por la Contratante y por el **ISVIMED** de medidas inmediatas para la conclusión de la obra; iv) la tardanza en la selección de un nuevo contratista; y v) la ampliación del plazo y del precio que se efectuó al contrato inicial celebrado con el nuevo contratista.

Así las cosas, para establecer el tiempo de mayor permanencia en la obra y los sobrecostos por arrendamientos temporales que son atribuibles a **INSERCO** el Tribunal deberá establecer el plazo razonable que hubiese tomado a la Contratista culminar adecuadamente las obras a su cargo, teniendo en consideración lo

acordado en el Otrosí Nro. 3, y omitiendo las actividades que fueron suspendidas por la Interventoría.

No puede perderse de mira que el Otrosí Nro. 3 fue producto del acuerdo entre las partes¹⁴², quienes en el mes de noviembre de 2016 con participación de la Interventoría determinaron el costo de la obra faltante y el plazo necesario para la ejecución de la misma.

En el documento denominado “*AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.*”¹⁴³ suscrito por las partes el 25 de noviembre de 2016 se determinó en 87 días el plazo necesario para finalizar la ejecución de la totalidad de las obras que correspondían a **INSERCO**, es decir, hasta el 4 de febrero de 2017, y que para ello, se requería incrementar el presupuesto en la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/L (\$2.283.253.972,00)**.

La modificación contractual referida resulta especialmente significativa, en tanto que la misma contiene un parámetro objetivo (plazo requerido para la terminación de la obra) determinado por las mismas partes con participación de la Interventoría, para la finalización cabal del proyecto, luego de revisar el estado de ejecución de la obra y las actividades faltantes.

Como para la fecha de terminación del Contrato la Convocada no había cumplido la totalidad de las actividades contratadas, pero había avanzado en su ejecución, el Tribunal considera pertinente ponderar el avance logrado para efectos de determinar el plazo que faltaría para la culminación de la obra.

En el proceso se demostró con la prueba documental allegada con la demanda, en especial la comunicación remitida por la Interventoría al **ISVIMED** el 5 de enero de 2017¹⁴⁴, que para el 4 de febrero de 2017 se presentaba un retraso del 29,87% en la ejecución del Otrosí Nro. 3 para el proyecto La Montaña y un retraso del 64,3% para el proyecto Mirador de la Cascada.

Luego en términos de avance de la obra que faltaba por ejecutar para el momento en que se acordó la “*AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.*” es dabe establecer que para el 5 de

¹⁴² 3168 y 94739.

¹⁴³ Fs. 232 a 236 y 3173 a 3177.

¹⁴⁴ Fs. 254 a 258.

enero de 2017 **INSERCO** había ejecutado en relación con el Otrosí Nro. 3 el 70.13% de las obras faltantes en el proyecto La Montaña y el 35,7% de las actividades faltantes en el proyecto Mirador de la Cascada, sin que exista prueba del avance logrado con posterioridad a tal data.

Con base en tales parámetros el Tribunal aprecia que para la culminación cabal de la obra a cargo de **INSERCO** faltaba ejecutar el 29.87% en el caso de La Montaña y el 63.3% en el caso del Mirador de la Cascada.

Esto significa que, para finalizar a cabalidad las actividades que correspondían a **INSERCO** se requería un término de 26 días adicionales en La Montaña y de 55 días adicionales en el caso del Mirador de la Cascada; cifras que se obtienen de aplicar al plazo pactado en la “**AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO**” el porcentaje faltante para la culminación de la obra¹⁴⁵.

Dicho parámetro debe ser tenido en cuenta para determinar los gastos de vigilancia, los gastos de Interventoría y los mayores valores de los cánones de arrendamiento pagados por el **ISVIMED** a los beneficiarios de las unidades habitacionales del proyecto que deben ser asumidos por **INSERCO**.

Ello por cuanto, no resulta lógico ni proporcional reconocer a la Convocante una indemnización comprensiva de un valor superior al del plazo, que según la “**AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO**”, le faltaba a **INSERCO** para finalizar debidamente las actividades contratadas, máxime que los inmuebles tampoco hubiesen podido ser entregados a sus beneficiarios el 4 de febrero de 2017, teniendo en cuenta las actividades que se encontraban a cargo de la parte contratante que no estaban al orden del día, y aquellas que fueron suspendidas por la Interventoría.

Tampoco puede perderse de mira el deber que pesa sobre el acreedor de mitigar el daño causado por su deudor, y así evitar que el mismo se expanda.

Sobre el particular ha expuesto la Sección Tercera del Consejo de Estado lo siguiente:

“En efecto, si está en manos del interesado evitar el daño es su deber hacerlo, pues de lo contrario incurre en una actitud negligente, de desidia frente a sus propios deberes, lo cual le impide trasladar a la administración las consecuencias desfavorables de ello y perseguir, entonces, la obtención de una ventaja o provecho económico, con cargo al patrimonio de aquella, pues tal comportamiento no solo resulta contrario a la buena fe, principio superior por el cual se deben regir todas las relaciones entre el Estado y los administrados, sino que

¹⁴⁵ 87 días corresponde al 100% de ejecución de la obra, y si faltaba ejecutar el 29.87% en el caso de La Montaña y el 63.3% en el caso del Mirador de la Cascada se concluye que se requería un término de 26 días adicionales en La Montaña y de 55 días adicionales en el caso de la Cascada.

también contraría el principio de derecho según el cual nadie puede sacar provecho de su propia desidia". (Subrayas fuera del texto original).

Acerca del deber de mitigar el daño, la doctora **LILIAN SAN MARTÍN NEIRA**, en su obra "La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño", sostiene:

*"Una vez que el hecho lesivo se ha producido, la actitud de la víctima puede influir de dos maneras en la extensión de la responsabilidad: en primer lugar, mediante una agravación con conductas positivas (en este caso los juristas hablan de further damages), lo cual puede dar lugar a una interrupción del nexo causal entre el hecho lesivo y el ulterior daño, o actuar como concausa del mismo (en cuyo caso se aplican las reglas de la contributory negligence), si bien este último caso es considerado como una hipótesis poco frecuente. La otra manera en que la actitud de la víctima puede influir en la extensión de la responsabilidad es mediante la mera omisión. En efecto, es plenamente aceptado que el perjudicado 'no está autorizado para cruzarse de brazos y padecer los daños que hubiera podido evitar mediante esfuerzos razonables'. En consecuencia, sobre la víctima pesa el 'deber' (duty) de activarse para mitigar el daño. En tal sentido se dice que si bien el principio fundamental en la materia es que el perjudicado debe ser resarcido, éste está calificado por un segundo principio, en virtud del cual el perjudicado tiene el deber de adoptar todas las medidas razonables a fin de mitigar los daños consecuentes, y que le impide reclamar cualquier parte de los daños que sean producto de su dejación en adoptar dichas medidas"*¹⁴⁶. (Subrayas fuera del texto original)

Sobre el deber de mitigar el daño se ha pronunciado igualmente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia del 18 de diciembre de 2020, en la cual expuso:

*"En efecto, la carga de mitigar el daño, como expresión del principio de buena fe, exige que la parte agraviada adopte medidas razonables para limitar la extensión y evitar el incremento del perjuicio irrogado por el agente, so pena de perder el derecho a obtener una reparación por los perjuicios atribuibles a esa falta de mitigación"*¹⁴⁷. Sobre el punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que

*«(...) en el campo de la responsabilidad civil –contractual y extracontractual– la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, **que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo**. Ejemplo dicente de lo anterior, en relación con el contrato de seguro, es la previsión del artículo 1074 del Código de Comercio colombiano que impone al asegurado, una vez ocurrido el siniestro, la obligación de "evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas" o la disposición que al respecto está consagrada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, artículo 77, incorporada, como bien se sabe, al ordenamiento nacional a través de la Ley 518 de 1999.*

*El señalado comportamiento, **que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe**, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas*

¹⁴⁶ Publicado por la Universidad Externado de Colombia, 2012, págs. 235 y 236.

¹⁴⁷ Cfr. MC KENDRICK, Ewan. *Contract Law: Text, Cases, & Materials*. Oxford University Press, Oxford. 2009, pp. 901-903.

que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan –sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo –sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo negocial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.).

(...) Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico -constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifíquese entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que "fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará" (Cas. Civ., sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente No. 6146).

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, **tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.**

Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como "una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que descono[ce] al otro [e] ignor[a] su particular situación, o sus legítimos intereses, o que está dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido" (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda» (CSJ SC, 16 dic. 2010, rad. 1989-00042-01).

Conforme con ello, es innegable que el afectado no puede afrontar con total pasividad las secuelas del hecho dañoso, sino que tiene que tomar medidas para conjurar su extensión o consumación, mediante esfuerzos que resulten razonables, conforme las circunstancias de cada caso concreto. Pero, para que ello sea exigible, es necesario que aquel hubiera tenido la posibilidad –directa y real- de evitar o reducir los efectos del evento que pone en riesgo su integridad física o patrimonial, pues el deber de mitigación no es nada distinto a una conducta proactiva y de buena fe, exigible frente a ese acontecimiento¹⁴⁸.

Luego, no resulta coherente con el deber jurídico que pesa sobre el acreedor de mitigar el daño que se pretenda hacer recaer sobre la Contratista las consecuencias: i) de la demora en la consecución de un nuevo contratista; ii) de la suspensión por más de 18 meses de la obra; iii) de la falta de recursos para la culminación cabal de la obra; y iv) de las actividades que le correspondía ejecutar a la parte Contratante

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5176-2020 del 18 de diciembre de 2020. M.P. Dr. LUIS ALONSO RICO PUERTA. Radicado: 11001-31-03-028-2006-00466-01.

para la entrega del proyecto a los beneficiarios; situaciones atribuibles a la decisión adoptada por ésta.

En consecuencia, deberá reconocerse al **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA-** por concepto de indemnización de perjuicios patrimoniales en la modalidad de daño emergente debido al mayor valor de obra por los conceptos de gastos de vigilancia e interventoría causados en un periodo de 26 días del proyecto La Montaña y de 55 días en el Mirador de la Cascada.

Por concepto de gastos de vigilancia del proyecto La Montaña se reconocerá la suma de **DIEZ MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/L (10.562.994,00)** correspondiente a 26 días de dicho perjuicio, liquidados sobre el valor de los gastos de vigilancia cancelados en el mes de enero de 2017¹⁴⁹.

Por los gastos de vigilancia asumidos por la Convocante en el proyecto Mirador de La Cascada se reconocerá la suma de **VEINTIDÓS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/L (\$22.344.795,00)**, correspondiente a 55 días de mayor permanencia en la obra, liquidados sobre el valor de los gastos de vigilancia cancelados en el mes de enero de 2017¹⁵⁰.

Aunque la solicitud de reconocimiento de los gastos de interventoría por la mayor permanencia de esta en la obra debido al incumplimiento de la obligación principal de **INSERCO**, es en principio procedente, el Tribunal no puede acceder a la misma en razón de que no obra en el proceso una prueba que dé cuenta de las erogaciones que habría efectuado la parte Convocante por tal concepto.

No se reconocerá el daño emergente generado por los gastos de administración, toda vez que estos fueron pagados por el Patrimonio Autónomo en razón de la celebración del contrato con **JOSÉ IVÁN GÓMEZ**, y como se dejó expuesto en precedencia, dichos perjuicios no devienen del incumplimiento del Contrato por parte de **INSERCO**, sino de la terminación del mismo dispuesta por parte de la Convocada.

Por su parte, corresponde ordenar el pago a favor del **ISVIMED** por concepto de daño emergente por los sobrecostos de arrendamiento en que tuvo que incurrir como consecuencia del incumplimiento de **INSERCO**.

¹⁴⁹FI. 3933.

¹⁵⁰FI. 3933.

Al proceso se allegó como prueba documental para acreditar la causación y cuantía del perjuicio: i) copia del Acuerdo Municipal 32 de 1999 por medio del cual se creó el Subsidio de Vivienda de Interés Social en el Municipio de Medellín; ii) copia del Decreto No. 2339 de 2013, por el cual se reglamenta la administración, postulación y asignación del subsidio municipal de vivienda del Municipio de Medellín; iii) copia de la Resolución 1406 de 2014, por medio de la cual el Fondo Nacional de Vivienda de la República de Colombia asignó 736 subsidios familiares en la ciudad de Medellín; iv) copia de la Resolución No. 2127 de 2015 por medio de la cual el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia asignó 10 subsidios familiares de vivienda en la ciudad de Medellín; v) copia de la Resolución No. 1158 de 2016 por medio de la cual el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de la República de Colombia asignó 149 subsidios familiares de vivienda en la ciudad de Medellín; vi) un cuadro en formato Excel denominado “CONSOLIDADO BENEFICIARIOS ASIGNACIÓN SUBSIDIO MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA” donde se relacionan las personas que habrían sido beneficiarias de subsidios de vivienda en estos proyectos; vii) un archivo en formato Excel denominado “RELACIÓN DE PAGOS BENEFICIARIOS SMA MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA”, donde aparecen relacionados los pagos en que habría incurrido el **ISVIMED** por concepto de subsidios de arrendamiento en el año 2017; y viii) copia de la Resolución No. 0019 del 10 de enero de 2017 por medio de la cual se actualizó el valor mensual del subsidio de arrendamiento temporal administrado y asignado por el **ISVIMED**.

Adicional a ello, la testigo **CLAUDIA ELENA RUIZ MEJÍA**, quien se desempeñaba como la Supervisora Técnica del operador del contrato de arrendamiento temporal, dio cuenta acerca del pago de los subsidios por arriendo temporal entregados a los beneficiarios de los proyectos La Montaña y Mirador de la Cascada, así:

“Pues, digamos que el proyecto de arrendamiento temporal está establecido para atender a los hogares que son afectados por riesgo de desastre o que son intervenidos por una obra pública y cumplen los requisitos para ser atendidos con subsidios, que lo general es que no tengan ingresos superiores a dos salarios mínimos, que tengan su hogar conformado, que no tengan otra vivienda algunos de los integrantes o hayan recibido un subsidio de vivienda, y cuando inician es como para atender esa situación, pues, y poderles dar una vivienda temporal. Cuando ellos ingresan, no ingresan con una opción definitiva, digamos, establecida, porque ingresan es esperando si son propietarios y poseedores, como es el caso de los hogares a los que se les asignó en los dos proyectos a los que hice mención, a que tengamos una disponibilidad de apartamentos o una disponibilidad de oferta en vivienda usada, porque atendemos con esas dos modalidades; la de usada, según nuestra reglamentación, está establecida para los hogares más grandes o con condiciones especiales, esos que tienen menos de seis integrantes se les va asignando según la llegada al proyecto, o sea, a los más históricos es a los que les vamos atendiendo con la vivienda que vamos teniendo. Cuando yo llegué, digamos, no tuve conocimiento específico de cuántos hogares, pero cuando me citaron a esta audiencia, porque mi rol específico es mirar que nuestro contratista cumpla con la asignación, con la verificación de requisitos y con todas las obligaciones contractuales, pedí que me indicaran qué familias tenían asignación”

y se les permanecía pagando, porque, obviamente, ellos como operadores saben a quién le vamos a entregar vivienda definitiva, en dónde y, más o menos, en qué fecha, para poder hacer todo el tema de la terminación, porque nuestro deber como Instituto, frente a propietarios y poseedores, es pagarles el arrendamiento temporal hasta la entrega definitiva; como no se consolidó, digamos, en el tiempo que estaba establecido, hemos seguido pagando, y lo que yo hice fue decirles ‘Señores contratistas, que es la Corporación Ayuda Humanitaria, indíqueme, por favor, los valores que hemos pagado a los hogares que van a hacer o que tienen asignación de Subsidio de Vivienda Definitiva en Montaña y Cascada’, y ellos me pasaron una relación, pues, que les pido me permitan adjuntar porque, obviamente, no tengo al detalle, los nombres, ni los valores, porque son más de 150 familias, creo, o sea, no tengo el detalle así exacto, y dice de cada hogar cuánto se le pagó por año”.

Como soporte de su declaración, la referida señora **RUIZ MEJÍA** aportó la relación de pagos efectuados por el **ISVIMED** por concepto de dichos subsidios¹⁵¹, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221 del Código General del Proceso¹⁵².

La prueba relacionada, a la cual el Tribunal le da crédito, da cuenta de que el **ISVIMED** pagó por concepto de subsidios de arrendamiento durante el año 2017 a los beneficiarios de los Proyectos La Cascada y La Montaña la suma de **MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL SEISCIENTOS NUEVE PESOS M/L (\$1.624.820.609,00)**.

En el documento aportado por la testigo se discriminan los pagos realizados por el rubro señalado a los beneficiarios de cada Proyecto. Efectuados los cálculos correspondientes el Tribunal encuentra que a los beneficiarios del Proyecto La Cascada le fue pagada, durante 2017, la suma de **MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS M/L (\$1.224.234.305,00)**; y a los beneficiarios del Proyecto La Montaña la suma de **CUATROCIENTOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SIETE PESOS M/L (\$400.586.307,00)**.

Con base en tales pruebas el Tribunal encuentra acreditadas la existencia y cuantía del perjuicio reclamado por la parte Convocante, por concepto del valor de los subsidios de arrendamiento pagados a los beneficiarios de los proyectos constructivos, el cual será limitado en la forma referida en precedencia, en el sentido de reconocer el valor equivalente a 26 días de subsidio del año 2017 respecto del Proyecto La Montaña y de 55 días de subsidio del año 2017 respecto del Proyecto Mirador de La Cascada.

¹⁵¹ Fs. 10434 a 10439.

¹⁵² Artículo 221. Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: "(...) 6. El testigo al rendir su declaración podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del testimonio. Así mismo el testigo podrá aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración".

Así las cosas, el Tribunal concluye que el **ISVIMED** asumió por concepto de los subsidios en referencia, los valores que a continuación se discriminan:

1. La suma de **CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y CINCO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/L (\$187.035.796,00)** por concepto de subsidios de arrendamientos correspondientes a 55 días del proyecto Mirador de la Cascada.

Dicha suma se liquida teniendo en cuenta que para el año 2017 el **ISVIMED** pagó por concepto de subsidios a los beneficiarios del proyecto en referencia, la suma de **MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS M/L (\$1.224.234.305,00)**, lo que corresponde a un promedio mensual de **CIENTO DOS MILLONES DIECINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS M/L (\$102.019.525,00)**.

2. La suma de **VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/L (\$28.931.233.00)** por concepto de subsidios de arrendamientos correspondientes a 26 días del proyecto La Montaña.

Dicha suma se liquida teniendo en cuenta que para el año 2017 el **ISVIMED** pagó por concepto de subsidios a los beneficiarios del proyecto en referencia, la suma de **CUATROCIENTOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SIETE PESOS M/L (\$400.586.307,00)**, lo que corresponde a un promedio mensual de **TREINTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS M/L (\$33.382.192,00)**.

Consecuente con los razonamientos precedentes, no hay lugar a reconocer a la parte Convocante otros sobrecostos por arrendamientos temporales, pues para el Tribunal los mismos deben circunscribirse al plazo que razonablemente faltaba al 4 de febrero de 2017 para la ejecución de las obras a cargo de **INSERCO**, por lo cual se desestimará la pretensión cuarta de la reforma de la demanda, acerca de condenar *“a INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A. (...) a pagar, a futuro, el total de los sobrecostos por arrendamientos temporales al INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED”*.

Finalmente, es necesario advertir que la prueba allegada al proceso no permite concluir que las obras complementarias ejecutadas por **JOSÉ IVÁN GÓMEZ** correspondan a actividades que fueron canceladas a **INSERCO** y que no fueron ejecutadas, o que lo fueron de manera deficiente.

En efecto, al proceso se aportó: i) copia del contrato de obra por la modalidad de precios unitarios celebrado entre las Convocantes y el referido señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ**, con su Otrosí No. 1; ii) diferentes relaciones de las obras pendientes por ejecutar en los proyectos Mirador de la Cascada y La Montaña para el 4 de febrero de 2017¹⁵³; y iii) testimonios que informaron acerca de las obras ejecutadas por el nuevo contratista, como el de los señores **JOSÉ RODRÍGUEZ ALMÁNzar** y **BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO**.

El testigo **JOSÉ RODRÍGUEZ ALMÁNzar** informó que participó en las obras encargadas al nuevo contratista:

“Yo conozco que el contrato que estábamos ejecutando, en ese momento en el que yo participé, era por un monto aproximado de 4.609 millones y algo más, algo, aproximadamente, y tenía un plazo de ejecución hasta el 20 de mayo del 2019... del 2019, sí, del año pasado. En el momento en que yo, hasta cuando yo participé, o sea, a finales de marzo, ya habíamos solicitado una adición de plazo porque las obras que faltaban por ejecutar, de acuerdo a lo contratado, no se alcanzaban a ejecutar en su totalidad. (...) Lo primero, como es una obra que ya ha sido ejecutada, pues, anteriormente, lo primero es revisar el estado actual en el momento del reinicio de la ejecución, el estado en que se encuentra la obra en general, o sea, había una estructura..., habían ocho torres ejecutadas, a esas torres de todas maneras había que hacerles un estudio, digamos, estructural, por un ingeniero, pues, avalado como un patólogo de estructuras, y retomar el estado individual de todos los apartamentos, o sea, al interior de las ocho torres, revisar minuciosamente, digamos, el estado interior en que se encontraban los acabados, las salidas de las redes eléctricas, de las redes hidrosanitarias, de la red contra incendios, tanto al interior de los apartamentos de... cuando, a las redes me refiero tanto al interior de los apartamentos como la red externa; y la funcionalidad de las instalaciones que estaban ejecutadas, por ejemplo, la ventanería, en qué estado se encontraba..., y eso había que hacer..., pues, un trabajo minucioso y extenso porque, por la cantidad de apartamentos que eran...”.

Por su parte, la testigo **BIBIANA MIRELLY OSORIO LONDOÑO** expuso sobre la ejecución de las obras llevadas a cabo por el señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ** y sobre el deterioro generado por la suspensión del Proyecto:

“Es ejecutar las obras que quedaron pendientes de los proyectos de la Urbanización Mirador de la Cascada y Montaña Bloque 8 y 9, para entregar a los beneficiarios para que ellos puedan habitar las viviendas.

(...) Bueno, inicialmente, como el proyecto... entre la terminación de INSERCO, en el momento en que terminó INSERCO y arranca obras complementarias, la obra estaba sola, estaba cerrada, entonces, nos tocaron hacer, pues, como actividades que estaban, que se concibieron, pues, en el nuevo contrato y ese tema de desmalezar el proyecto como tal, porque estaba, no sé, yo soy muy técnica, me van a disculpar, estaba con hierba, antes había que podar completamente el proyecto, había que..., los dos proyectos como tal, Montaña y Cascada; había que restituir el cerramiento porque estaba, pues, destruido, entonces, para tema de seguridad de la obra había que restituir cerramiento; hubo que hacer

¹⁵³ Fs. 254 a 258 y 268 a 290.

limpieza de tuberías..., o sea, hubo, por ejemplo, el tema de redes, yo no sé si soy muy técnica y me corrigen, porque yo sé que ustedes son abogadas y qué pena, pero si algo les aclaro; por ejemplo, redes de acueducto y alcantarillado que quedaron inconclusas, entonces, ese tipo de obras como tal hubo que hacerles como limpieza para retomar, porque eso genera dificultades a la hora de entrega a EPM; adicionalmente al nuevo contratista se le solicitó, y en el contrato está, que tenía que hacer una verificación del estado de las obras como tal, cómo habían quedado, ¿por qué?, digamos de redes eléctricas internas, que algunas tenían dificultades y no funcionaban por ciertos motivos que están en los informes que presentó, pues, el nuevo constructor; también hubo verificación de cubiertas que tenían problemas de filtraciones, es decir, se pasaba el agua, pues, hablando muy coloquialmente, se pasaba el agua para los apartamentos de abajo, entonces, ellos hicieron una revisión, una verificación de esos pendientes para poder retomar el proceso y, obviamente, poder entregar los apartamentos sin ese tipo de fallas, digámoslo así, o dificultades.

(...) Bueno, lo que les mencionaba, se hizo un informe muy completo en cuanto a las redes eléctricas, ¿qué pasaba con las redes eléctricas?, reitero, si no me hago entender me preguntan; las redes eléctricas, lo normal, tienes un toma, se verificó toma a toma, corriente y switch, como tal, el encendedor que vos tenés, se verificó uno a uno, habían unos que estaban sin cablear, entonces, había que volver a cablear, los plafones..., en cuanto a redes eléctricas, en general, todo, habían, por ejemplo, zonas de breakers que estaban incompletas, puestas a tierra que estaban incompletas, el tema de puesta a tierra general, malla de puesta a tierra, que es el pararrayos que llamamos, si bien estaba colocado en la cubierta, faltaba colocarlo o enterrarlo alrededor del edificio, eso en cuanto a redes eléctricas; en cuanto al tema del acueducto y el alcantarillado habían tramos de redes de alcantarillado pendientes, nos tocó hacer limpieza, pues, como tal, como les decía, a tubos que estaban sin empalmar a algún lado, entonces como tal, pasa el tiempo y eso se llena de tierra, entonces, toca hacerles limpieza, toca verificar dónde se llegó, hacer limpieza para poder retomar otra vez como la actividad, empalmar y poder entregar a EPM, que es EPM quien nos recibe ese tipo de actividades; en el tema de las cubiertas, lo que les mencionaba, habían, a ver, una granada es la rejilla como tal por donde se va el agua que cae a la cubierta, esas granadas estaban, digamos, sin instalar bien, entonces hubo que instalarlas, hubo que hacer limpieza, porque como habían unas sin instalar entonces las basuritas se meten y eso obstruye toda la red; en los apartamentos teníamos problemas de enchapes mal colocados, de sanitarios mal colocados, mal colocados es que tú, pues, tan descriptiva, pero el sanitario se suelta, si lo coges se suelta, y nosotros, pues, no podemos entregarle a la comunidad eso así, porque eso nos genera una postventa al ISVIMED o una queja al ISVIMED para ese tipo de cosas; el tema de los enchapes, hay algo que se llama técnicamente enchapes huecos, que es que suenan, no están bien pegados, entonces, con el tiempo se caen y nos generan una postventa a nosotros como ISVIMED, entonces, hubo que reparar ese tipo de problemas; en cuanto a... a ver, ¿qué más?... Redes, exter... Eso como en general lo que... Bueno, y habían pendientes de gas, no se había terminado completamente la red de gas, no se había instalado..., tuvimos un poquito de dificultad con la red de alumbrado público porque..., incluso nos generó, digamos, cierta dificultad para el proceso con este nuevo constructor, porque si bien habían unos diseños, esos diseños tienen una vigencia de dos años, entonces, cuando llegamos a retomar, hicimos la solicitud para construir y nos dijeron 'tienes que refrendar', refrendar es que nuevamente la Secretaria de Gestión y Control, la Subsecretaría de Servicios Públicos, nos selle los planos, si estoy siendo muy técnica, me disculpan y me corrigen, pues, que yo... Bueno, entonces, solicitamos que nos sellaran nuevamente los planos, pero nos dijeron 'ese diseño ya no te sirve, entonces, tienes que volver a diseñar' y nos tocó volver a diseñar y eso nos generó, digamos, un retraso en el proyecto, porque nosotros apenas pudimos tener diseños en..., sellados como tal, porque ellos tienen que avalar, no es solo que vos diseñés sino que tenés que mandar el plano a allá, ellos te dicen 'sí nos sirve', 'sí está válido', y nos lo sellan, entonces, solamente pudimos empezar a ejecutar alumbrado como en septiembre, octubre del año pasado. ¿Qué más

dificultades tuvimos? Bueno, tuvimos problemas también con los concretos de los parqueaderos de Cascada porque quedaron como parcial, o sea, en la construcción... Yo no tengo muy claro lo que pasó con INSERCO, pero cuando llegué sí, entonces, digamos que había deterioro en esos pavimentos, entonces nos tocó levantar, hubo problemas de filtros, digamos..., a ver, filtros porque, me hago entender, los edificios son construidos en zonas como de ladera, entonces, vos montás el edificio, pero tenés que hacerle una contención y detrás de esa contención tenés que hacer filtro porque si no, obviamente, el muro se te afecta, se genera humedad sobre los edificios, entonces, digamos que nos tocó hacer también un tema de control de aguas por medio de filtros, filtros (...), los que existían, digamos, como quedaron parciales, algunos, no todos, los que conocí nos tocó hacer esa actividad de... El filtro consiste en un triturado y un geotextil, ese geotextil se colmata de tierra y el filtro se daña completamente, entonces, nos tocó reponer, quitar los que habían y meter los otros..., cositas como así, en este momento no recuerdo como más, pero sí, ese tipo como de actividades, pero el tema de alumbrado sí nos afectó”.

Los testimonios citados dejan en claro que la suspensión del Proyecto generó: i) una afectación de la obra ya ejecutada que implicó la realización de actividades de limpieza, arreglo de trabajos realizados, recomposición de obras deterioradas; ii) la culminación de las obras que habían sido comenzadas a desarrollar por **INSERCO** por un nuevo contratista; y iii) la corrección de defectos constructivos.

No obstante, del análisis de los medios de convicción recolectados, no es posible determinar con certeza las obras que se encontraban pendientes de ejecutar por parte de **INSERCO**, que ya hubiesen sido pagadas a dicha sociedad y que hubieran sido ejecutadas por el nuevo contratista; ni los mayores valores pagados por la parte Convocante en razón de obras mal ejecutadas por la sociedad Convocada, máxime que los contratos de obra celebrados con **INSERCO** y con **JOSÉ IVÁN GÓMEZ** corresponden a modalidades diferentes.

Como lo expuso el Agente Especial del Ministerio Público en el concepto rendido “es que no se demostró dentro del proceso que ese estimado inicial en plazo que fue ampliado en diez meses, así como el valor total de la obra con incremento de mas de dos mil millones de pesos sea un hecho dañoso atribuible a **INSERCO S.A.** Es mas, lo que queda en evidencia es la falta de planeación contractual que de ninguna manera puede sumarse a la pretensión de indemnización de daño emergente, pues aquel incremento o sobrevino por la imprevisión del **ISVIMED**, o por la misma causa atribuible al nuevo contratista (...)”¹⁵⁴.

En el proceso no milita una prueba concreta, y menos una prueba técnica, que permita determinar los puntos referidos, sin que le sea dable al Tribunal efectuar un juicio especulativo en un ámbito que requiere de conocimientos técnicos calificados.

¹⁵⁴ FI 11935

Valga advertir que el juramento estimatorio no es un medio de prueba de la causación del perjuicio; ni de la cuantía de este cuando ha sido objetado de manera razonada, tal como ocurre en este caso.

Así las cosas, ante la ausencia de un elemento de convicción que permita concluir cuales de las obras realizadas por el señor **JOSÉ IVÁN GÓMEZ** corresponden a actividades que habían sido pagadas a **INSERCO** y que ésta no realizó, o que desarrolló de manera defectuosa, no hay lugar al reconocimiento del perjuicio deprecado.

Proceder en sentido contrario sería tanto como ordenar el reconocimiento de un perjuicio incierto e indeterminado, en contravía de los presupuestos que debe cumplir el perjuicio para efectos de ser indemnizado.

Para efectos de cuantificar la indemnización que debe ser reconocida a **ALIANZA FIDUCIARIA** como vocera del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA 2 MONTAÑA B8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** y al **ISVIMED**, el Tribunal tendrá en cuenta lo prescrito en el artículo 283 del Código General del Proceso (pretensión undécima de la demanda principal reformada) y aplicará la siguiente fórmula:

$$Dec = Va \times (1 + i)^n$$

Donde:

Dec: Equivale al valor de la indemnización a reconocer.

Va: Equivale al valor actualizado del daño emergente.

i: Equivale a la tasa de interés mensual correspondiente a 0,4867%.

n: Equivale al periodo durante el cual se causó el perjuicio.

Va se obtiene actualizando el valor del daño emergente entre la fecha de causación (4 de febrero de 2017) y la fecha del laudo (3 de marzo de 2021), teniendo en cuenta el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, cuyos efectos no tienen por qué ser soportados por el acreedor.

La indexación se calculará con base en la siguiente fórmula acogida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente se obtiene de multiplicar el valor de la suma reconocida (Rh) por el resultado de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (el último con anterioridad a la fecha del Laudo, vale decir enero de 2021¹⁵⁵) por el índice inicial de precios al consumidor (vigente para la fecha en que se causó la obligación; vale decir, febrero de 2017).

Indemnización por mayores costos de vigilancia en La Montaña:

La suma base a tener en cuenta es de **\$10.562.994,00**, que indexada, tiene un valor de **ONCE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/L (\$ 11.774.831,00)**.

Aplicando la fórmula antes descrita se encuentra que:

$$Dec = 11.774.831 \times (1 + 0,4867)^{49}$$

$$Dec = \$14.930.486$$

Indemnización por mayores costos de vigilancia en La Cascada:

La suma base a tener en cuenta es de **\$22.344.795,00**, que indexada, tiene un valor de **VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/L (\$ 24.908.296,00)**.

$$Dec = 24.908.296 \times (1 + 0,4867)^{49}$$

$$Dec = \$31.583.719$$

Indemnización por subsidios de arrendamiento en La Cascada:

La suma base a tener en cuenta es de **\$187.035.796,00**, que indexada, tiene un valor de **DOSCIENTOS OCHO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/L (\$ 208.493.433,00)**.

$$Dec = 208.493.433 \times (1 + 0,4867)^{49}$$

$$Dec = \$264.369.673$$

Indemnización por subsidios en La Montaña:

¹⁵⁵ Para la fecha el último IPC certificado por el DANE es el correspondiente al mes de enero de 2021.

La suma base a tener en cuenta es de **\$28.931.233,00**, que indexada, tiene un valor de **TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M/L (\$ 32.250.361,00)**.

$$Dec = 32.250.361 \times (1 + 0,4867)^{49}$$

$$Dec = \$40.893.458$$

De conformidad con lo anterior, se le reconocerá a favor del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** la suma de **CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS M/L (\$46.514.205,00)**; y a favor del **ISVIMED** la suma de **TRESCIENTOS CINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$305.263.131,00)**.

3.15. SOBRE LA PRETENSIÓN DE PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL.

La pretensión novena de la demanda reformada fue formulada con la finalidad de que se condenara a la sociedad Convocada a pagarle a la parte Convocante la cláusula penal pactada en el Contrato.

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal *“es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

Para la doctrina la cláusula penal es *“por su naturaleza y la forma en que es convenida entre las partes, secundaria y accesoría a una obligación primitiva y principal. Ella no existe, si no existe la obligación primitiva que constituye el vínculo obligatorio entre los contratantes y al cual accede con la finalidad de reforzarlo y asegurar así su cumplimiento, porque sean más firmes o mejor guardadas las obligaciones. Su causa se encuentra en el temor del incumplimiento de la obligación principal; y su fuente, en la libre voluntad de las partes.”*¹⁵⁶

De manera que, el pacto de la cláusula penal corresponde efectuarlo a las partes en el contrato, con la finalidad de procurar el cumplimiento de éste, pudiéndose pactar la causación de la misma por el incumplimiento parcial o total del negocio.

La cláusula penal puede tener un carácter indemnizatorio o también una connotación estrictamente sancionatoria.

¹⁵⁶ CLARO SOLAR, Luis. Derecho Civil – Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. Santiago de Chile, 1968. Págs. 505 y 508.

En el presente evento, en la Cláusula Vigésima del Contrato de Construcción por el sistema de administración delegada suscrito entre las partes se pactó una cláusula penal típicamente sancionatoria, de la siguiente forma:

*“VIGÉSIMA. CLÁUSULA PENAL SANCIONATORIA: Ante el incumplimiento parcial o total del contrato por parte de **EL CONTRATISTA** de las obligaciones en forma tal que pueda afectar la ejecución del contrato, **EL CONTRATANTE** podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que para efectos de éste contrato se establece en el 10% del valor total del mismo. La presente cláusula penal no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios, ni su pago extinguirá las obligaciones contraídas por **EL CONTRATISTA** en virtud del presente contrato, En consecuencia, la estipulación y el pago de la pena dejan a salvo el derecho de **EL CONTRATANTE** de exigir acumulativamente con ella el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Lo anterior sin perjuicio de que puedan hacerse exigibles las garantías establecidas en el contrato”.*

Como se advierte, en el presente evento la cláusula contempló dos supuestos para su procedencia: i) el incumplimiento total o parcial de una obligación a cargo del Contratista; y ii) que dicho incumplimiento “pueda afectar la ejecución del contrato”.

Conforme quedó acreditado en este proceso, se presentó un incumplimiento de parte de **INSERCO** al no cumplir con la obligación principal de entregar el 4 de febrero de 2017 la obra a su cargo.

El incumplimiento de **INSERCO** con clara incidencia en la ejecución del Contrato determina que se cumplan los presupuestos de causación y exigibilidad de la cláusula penal acordada, advirtiendo que al tratarse de una cláusula penal sancionatoria la misma es compatible con la indemnización de perjuicios generada por el incumplimiento contractual.

Para efectos de la cuantificación de la cláusula penal, debe tenerse en cuenta que en la última modificación del contrato de construcción plasmada en el documento denominado “**AMPLIACIÓN N° 10, ADICIÓN N° 9 Y OTROSÍ N° 3 AL CONTRATO DE OBRA POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA SUSCRITO ENTRE ALIANZA FIDUCIARIA S.A. E INSERCO S.A.**”¹⁵⁷, se fijó el valor de los honorarios que corresponderían a la sociedad Convocada por la ejecución del contrato en la suma de **DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL VEINTICUATRO PESOS M/L (\$2.157.912.024,00)**.

En razón de ello, el valor que corresponde a la cláusula penal sancionatoria equivale al 10% de dicho valor, esto es, la suma de **DOSCIENTOS QUINCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS M/L (\$215.791.202,00)**; sin que haya lugar a la reducción de la cláusula penal, en

¹⁵⁷ Fs. 232 a 236 y 3173 a 3177.

consideración a que la misma se pactó por el incumplimiento **parcial** o total del Contrato.

El valor que se reconoce por concepto de la cláusula penal debe ser indexado, de conformidad con los parámetros previamente explicados, sin que sea aplicable la fórmula de determinación del daño emergente, teniendo en cuenta que se trata de una consecuencia sancionatoria y no indemnizatoria.

Por concepto de cláusula penal la suma reconocida (**\$ 215.791.202,00**), con la indexación, tiene un valor de **DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/L (\$ 240.547.797,00)**.

3.16. SOBRE LAS PRETENSIONES RELATIVAS A LAS RECLAMACIONES DE LOS SUBCONTRATISTAS. PRETENSIONES SEXTA Y OCTAVA DE LA DEMANDA.

En las pretensiones sexta y octava de la demanda la parte Convocante pretende que le sean reconocidas: i) las sumas de dinero que los subcontratistas adeudan al Proyecto, las que **INSERCO** le adeuda a los subcontratistas, y las que estos llegaren a cobrar a la parte Convocante (pretensión sexta); y ii) las sumas que se ordene al **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** o al **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED** pagar en favor de contratistas o subcontratistas de **INSERCO S.A.**, o a favor de esta sociedad.

Para resolver la solicitud de la parte Convocante se deben analizar las disposiciones contractuales, que regularon el alcance de las relaciones con los subcontratistas que requiriera la obra.

Como ya se explicó, las partes celebraron el Contrato de construcción por administración delegada bajo la modalidad de un contrato de mandato sin representación, que conllevaba a que la Contratista celebrara en nombre propio, pero por cuenta y riesgo de la Contratante, los negocios jurídicos que estimara pertinente celebrar con terceros (subcontratistas) para la ejecución del Proyecto.

Así lo evidencia lo que al respecto dispusieron las partes en el Contrato:

*“Para todos los efectos se entenderá contrato de construcción por el sistema de administración delegada el mandato sin representación conferido por **EL CONTRATANTE**, al **CONTRATISTA**, para que ponga toda su capacidad técnica y administrativa a fin de que en su nombre, pero por cuenta y riesgo del **CONTRATANTE**, ejecute **LA OBRA**, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma; y como contraprestación recibe un*

reembolso para atender todos los costos directos, incrementados en una suma porcentual sobre los costos directos de la obra, por concepto de gastos de administración y utilidades. Los contratos celebrados entre el aquí contratista y terceros tendrán el carácter de subcontratos y serán de exclusiva responsabilidad del aquí contratista". (Subrayas fuera del texto original. Negrillas propias del texto).

La modalidad del mandato sin representación se caracteriza por: i) la existencia de un contrato en la que el mandante le encomienda al mandatario la realización de negocios o actos jurídicos ante terceros; ii) la actuación del mandatario en nombre propio, pero por cuenta y riesgo del mandante; iii) la inexistencia de una relación jurídica entre el mandante y los terceros; y iv) la obligación del mandante de asumir con su propio patrimonio los negocios celebrados por el mandatario.

En consonancia con la modalidad contractual acordada, se establecieron como obligaciones contractuales de **INSERCO**: i) la de *"Vincular con cargo a los costos de obra, el personal que directamente o a través de sub contratistas emplee en la construcción, al sistema general de Seguridad Social (pensiones, salud y riesgos profesionales) y cumplir con las obligaciones laborales, fiscales, parafiscales y de seguridad industrial a que haya lugar";* y ii) la de *"Presentar a EL CONTRATANTE, previa aprobación de la interventoría, la relación de los gastos a cancelar dentro de los 15 días siguientes a su presentación, con el fin de que aquel haga los pagos respectivos o suministre los fondos necesarios para cubrir los gastos relacionados con la obra"*.

Por su parte a **ALIANZA FIDUCIARIA**, en su calidad de vocera del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA**- le correspondía la obligación de *"Pagar a EL CONTRATISTA los honorarios pactados, así como las relaciones de gastos reembolsables en las oportunidades establecidas para el efecto en el presente contrato y suministrar oportunamente, los recursos necesarios para su correcta ejecución de conformidad con lo previsto en el presupuesto, la programación de obra y el flujo de caja, siempre que EL COORDINADOR los haya aportado de conformidad con lo previsto en el plan de inversiones"*.

Las partes también pactaron que al **ISVIMED** en su condición de Coordinador del Proyecto le competía: i) *"Aprobar en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su presentación, la relación de gastos a que se refiere el numeral 11 de la cláusula segunda";* y ii) *"Aprobar los pagos que han de hacerse a EL CONTRATISTA según lo convenido en el presente contrato"*.

Finalmente, dentro de las funciones de la Interventoría se determinaron las de: i) *"Aprobar en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados a partir del día*

siguiente a la fecha de su presentación, la relación de gastos a que se refiere el numeral 11 de la cláusula segunda”; y ii) “Aprobar o no las propuestas que presente EL CONTRATISTA para compras, gastos o subcontratos que hayan de realizarse en un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de su presentación”.

Dentro de los gastos que la Contratante reembolsaría a la Contratista para la buena marcha y ejecución de la obra, conforme lo estipulado en la cláusula novena del contrato, se incluyeron “Los pagos hechos a subcontratistas”.

Significa lo anterior, que la relación contractual con los subcontratistas era de **INSERCO**, en virtud del mandato sin representación celebrado; pero los gastos que implicaban dichos subcontratos debían ser asumidos finalmente por la parte Contratante, pues la gestión de **INSERCO** era por cuenta y riesgo de aquella.

Ello resulta coherente con lo que resultó probado en el proceso, acerca de que las facturas de pago causadas por los servicios prestados por los subcontratistas eran elaboradas a nombre de **INSERCO**, pero pagadas directamente a los subcontratistas por el Fideicomiso, conforme la obligación adquirida en el Contrato.

En efecto, los documentos allegados en las diligencias de exhibición de documentos¹⁵⁸ y los testimonios de **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR, SEYGARTH ANTONIO CANTILLO DÍAZ, DANIEL ANDRÉS ZAPATA RUÍZ y LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ** recibidos en el proceso, dan fe de que el pago de los servicios contratados con terceros (subcontratistas) era realizado por el Fideicomiso, luego de la aprobación de las facturas por parte de la Interventoría, conforme se pactó en el Contrato.

Al respecto el señor **RAMÍREZ BETANCUR** informó al Tribunal que:

“Sí, claro, a ver, la forma de pago del contrato consistía en lo siguiente, recuerde que el contrato es por Administración Delegada, entonces, el ISVIMED o la Interventoría autorizaba pagos de los subcontratistas, básicamente materiales y mano de obra, que cumplieran con los requisitos respectivos”.

Por su parte **SEYGARTH ANTONIO** señaló el trámite para el pago de los subcontratistas, así:

“PREGUNTADO: Antonio, ¿usted puede señalarle al Tribunal, si conoce, de dónde salía el dinero para pagarle a esos subcontratistas o proveedores? CONTESTÓ: Sí, claro, siempre salió del Fideicomiso que se «aperturó» en Alianza Fiduciaria. PREGUNTADO: Antonio, ¿usted puede señalarle al Tribunal cómo era ese procedimiento de pago a los subcontratistas y los demás costos? CONTESTÓ: Ok. El proceso de pago, una vez el

¹⁵⁸ Ver USB

proveedor suministraba el material o el contratista prestaba sus servicios, previa revisión de la factura de parte de la Interventoría y del personal de obra, se le hacían las aprobaciones de rigor a las facturas, las mandaban a contabilidad, verificábamos que cumpliera con los requisitos fiscales, se registraba y se organizaban en una orden de giro. La orden de giro la elaboraban en la obra con el visto bueno del Interventor, una vez se tenía lista la orden de giro con todas las facturas anexas, se procedía a la firma; para el pago de estas instrucciones de giro, órdenes de giro, se requerían dos firmas, una firma por parte de la Interventoría y una firma por parte de la gerencia del proyecto, que era pues, INSERCO. Cuando ya se tenían firmadas las órdenes de giro se tomaban fotocopias de cada una de las facturas y se anexaban en cuatro ejemplares de la orden, se radicaba en Alianza Fiduciaria y la fiduciaria dispersaba a cada uno de los proveedores y contratistas que se encontraban en esa orden de giro. Una vez se tenía ya radicado y ya se estaba seguro que se había pagado, como ya le había comentado, había cuatro ejemplares, un ejemplar era para la fiduciaria, nos quedaban tres, uno era para INSERCO, otro para la Interventoría y una de esas copias se enviaba al Instituto, al ISVIMED, y ya, ahí cerrábamos el ciclo y ya venía un proceso contable, que era realizar el registro de los pagos a los proveedores en la contabilidad”.

En el mismo sentido el testigo **DANIEL ANDRÉS ZAPATA RUÍZ** manifestó en su declaración:

“PREGUNTADO: Correcto. Daniel, ¿usted recuerda si esos dineros con los cuales se les pagaba a los subcontratistas entraban a cuentas de INSERCO? CONTESTÓ: No, no, no, señor, esos dineros siempre reposan en el fondo que para tal fin había creado el ISVIMED en Alianza Fiduciaria. Es que, inclusive, para INSERCO poder tramitar los pagos de los subcontratistas, como ya lo vengo mencionando, siempre tenía que estar autorizado la orden de giro esa firma, la Interventoría, y la firma de gerencia, más que nada era una aprobación, ¿cómo se dice?, mancomunada, no es que INSERCO pudiese disponer de esos recursos a -su bien sabiduría (no es clara la frase)”.

A su vez, **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ** ratificó en su declaración que los pagos a los subcontratistas provenían de fondos del Fideicomiso. Al respecto indicó:

“Pues, yo tenía entendido que los pagos sí tienen que salir de Alianza porque es plata de Alianza, pero se reconocen por medio de actas y las actas, digamos, se legalizan cuando la obra está ejecutada, o sea, con la aprobación de Interventoría con la obra ejecutada; los anticipos sí los pueden pagar de plata de Alianza pero se, digamos, se ponen en cero o se legalizan por medio del acta cuando se ejecuta la obra”.

De manera que, era finalmente la parte Contratante la que asumía patrimonialmente el costo de los servicios generados por el desarrollo de la obra por parte de los subcontratistas, así los contratos con estos fueran celebrados directamente por **INSERCO**.

El esquema contractual acogido, coherente con el mandato sin representación, determina que **INSERCO** no tuviera la obligación de asumir de su patrimonio las sumas adeudadas a los subcontratistas, ni la de reembolsar los pagos que se hubieran efectuado a estos, dado que obraba por cuenta y riesgo de la entidad Contratante (mandante).

El Tribunal encuentra que **INSERCO** sólo sería responsable frente a la Contratante de los pagos efectuados a los subcontratistas, si se evidenciara que estos fueron indebidamente utilizados o que no fueron amortizados por una razón que le fuera imputable a la Convocada, en razón de fallas en que hubiera incurrido en la ejecución del mandato.

En este asunto no resultó acreditado que la falta de amortización de los anticipos por parte de algunos contratistas hubiera ocurrido por un hecho imputable a **INSERCO**, teniendo en consideración que: i) los subcontratistas eran avalados por la Interventoría; ii) que los pagos efectuados a los subcontratistas, incluidos los anticipos, debían contar con el visto bueno previo de la Interventoría; y iii) que la no amortización de los anticipos obedeció en gran medida a la decisión de la Contratante de terminar el Contrato, o a circunstancias atribuibles a los propios subcontratistas.

En efecto, los testimonios recolectados en el proceso dan cuenta de que la falta de amortización del anticipo que se presentó con algunos subcontratistas ocurrió por circunstancias propias de estos y no como consecuencia de acciones u omisiones de **INSERCO**.

La testigo **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ** informó al Tribunal que se presentaron tres grupos de problemas con los subcontratistas: i) unos a quienes se les había entregado anticipo y no ejecutaron obras; ii) otros que las estaban ejecutando, pero no pudieron culminar por el cierre de proyecto ocurrido el 4 de febrero de 2017; y iii) un último grupo que había cumplido las labores contratadas, restando solo el acta de liquidación del contrato.

La testigo refirió expresamente que:

“Bueno, en esa fecha, habían... pues, cada caso, digamos, que cada contratista tenía un caso muy particular, pero en general había contratistas que algunos habían sido, se les había dado anticipo, otros estaban ejecutando obra, y como los pararon al 4 de febrero quedaron con obras inconclusas, y habían otros, por ejemplo, que faltaba solo hacerles el acta de liquidación; esos eran como los tres estados de los subcontratistas. Entonces, lo que hicimos de manera muy juiciosa, con la Interventoría y con INSERCO fue, uno a uno los subcontratistas miramos en qué estado se encontraba el contrato, buscamos de estos contratos cuáles podían resolverse técnicamente en obra, por ejemplo, yendo a medir o permitiéndole al subcontratista entrar para ejecutar sus actividades faltantes y así poder liquidar, pues, los contratos que pudiesen liquidarse, o algunos otros contratos en los que no se pudo llegar como a un punto medio con el contratista, pues, con INSERCO, entonces se pasaron ya a la parte jurídica. Mi función, básicamente, fue como tratar de darle respuesta técnica de los que podíamos liberar.

(...)

Por ejemplo, habían unos subcontratistas inicialmente que se les entregó un anticipo y los subcontratistas no volvieron a aparecer y no ejecutaron, pues, la obra o no llevaron el insumo a la obra, por ejemplo, las puertas; teníamos un subcontratista que se le..., INSERCO le pagó un anticipo y él estuvo buscando al subcontratista y él como que no apareció posteriormente. También tenemos unos subcontratistas que tenían problemas, por ejemplo, de medida, pues ¿cómo le explico de medida? A ver, en el A.P.U. por ejemplo, decía un tipo de ejecución de obra, entonces, creo que era como concreto, bombeo de concreto, entonces, ese ítem se paga por metro cúbico, un A.P.U. es como una especie de contrato que se hace con el subcontratista, es una forma donde usted especifica el valor de la actividad y unas condiciones en las que se realizan..., esto pasó antes, pues, de que llegara yo al Instituto, pero teníamos un contrato, por ejemplo, en el que había diferencia en la forma de pago de ese ítem, por ejemplo, en el ítem estaba pagándose sobre metro cúbico y el contratista estaba alegando que él había utilizado unas motobombas, entonces, requería reconocimiento de esas motobombas, entonces, eran temas que ya técnicamente no era de resolverse sino que tenían que entrar a negociarlos como con un tema jurídico porque era un tema de diferencias; entonces, esos fueron los que no... no pudimos como cerrar en esa mesa de trabajo”.

La misma testigo, quien para la fecha de los hechos controvertidos laboraba para el **ISVIMED**, fue clara en reconocer que no se tiene información de las razones por las cuales algunos anticipos no se pudieron amortizar; y que, por ejemplo, la falta de amortización de uno de ellos se debió a la desaparición del contratista -muerte o cambio de razón social-. Al respecto expuso:

“(...) Se terminaron ciertas obras, lo que decía de los subcontratistas, por ejemplo, faltaban unos subcontratistas por terminar un tema de unos retoques de unos pasamanos, o sea, el pasamanos estaba instalado, pero para hacer el pago del pasamanos, el pasamanos tiene que tener dos capas de pintura, o sea, una inicial, unas soldaduras finales y sobre esas soldaduras una pintura final; ¿qué pasó?, el subcontratista alegaba que no le habían podido pagar porque él faltaba por realizar, por ejemplo, la última pintura y arreglo final de esos pasamanos, entonces, en las mesas de trabajo técnicas lo que concretamos fue que el contratista entrara, finalizara, por ejemplo, estas obras en los pasamanos para poder cerrar a ese subcontratista.

(...) Pues, lo que yo recuerdo es que cuando nos sentamos en las mesas habían unos anticipos que no se pudieron cobrar, uno de ellos era el de las puertas, creo porque el señor se había muerto o cambió razón social, yo no... pasó algún tema ahí que no pudieron como encontrarlo”.

Al proceso no se allegó prueba concreta de que **INSERCO** hubiera tenido responsabilidad en la falta de amortización de los anticipos de manera puntual frente a cada subcontrato, o en un eventual mal manejo de los mismos, sin que afirmaciones generales al respecto resulten idóneas para la prosperidad de la pretensión.

La parte Convocante pretende igualmente que se declare que **INSERCO** es responsable de las sumas que los subcontratistas lleguen a cobrarle (pretensión sexta) y que se declare que es el único responsable en el evento en que el

Fideicomiso o el **ISVIMED** sean condenados por la justicia ordinaria al pago de suma alguna a favor de contratistas o subcontratistas.

Se demostró que cursan actualmente reclamaciones y litigios de subcontratistas y de empleados de estos en contra de **INSERCO** e inclusive de la parte Contratante en los que se formulan pretensiones para el reconocimiento de pagos de facturas, de honorarios insolutos, y de prestaciones de orden laboral.

El Tribunal no puede efectuar las declaraciones solicitadas, pues las misma versan sobre hechos contingentes, sobre controversias que no han sido definidas judicialmente, sin que le sea dable al Tribunal anticiparse al resultado de las mismas y de valorar si serían o no imputables a la Convocada.

Se trata de situaciones eventuales, respecto de las cuales el Tribunal no se puede anticipar. En este sentido se considera que se presenta una petición antes de tiempo.

Como lo ha explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado *“la excepción de petición antes de tiempo debe declararse cuando en el proceso aparece que el derecho reclamado está subordinado a un hecho posterior que no se ha realizado al presentar la demanda”*¹⁵⁹.

Precisamente ello es lo que ocurre con las pretensiones que se estudian, pues la prosperidad de las mismas estaría sometida a un evento que no ha ocurrido, como son las decisiones que se adopten en dichos litigios, que se erigirían en la base para determinar si se le puede o no reprochar una conducta a **INSERCO**.

Por lo expuesto, se desestimarán las pretensiones sexta y octava de la demanda reformada declarando parcialmente configurada la excepción de petición antes de tiempo.

3.17. SOBRE LA PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DE LOS SUBCONTRATOS.

En la pretensión séptima de la demanda inicial la parte Convocante solicitó que *“como consecuencia de la liquidación del contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, el Tribunal proceda a liquidar cada uno de los subcontratistas”*.

Dicha pretensión fue precisada por la parte Convocante en el memorial mediante el cual cumplió los requisitos exigidos por el Tribunal para la admisión de la reforma de

¹⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. CP Dr. Hernán Andrade Rincón. Exp. 73001233100020000025101.

la demanda, en el sentido de que no se está solicitando la liquidación de los subcontratos celebrados entre **INSERCO** y terceros, sino que se pretende que se tenga en cuenta el estado contable de cada uno de los subcontratos, a efectos de que se resuelva la pretensión quinta de la demanda reformada, relativa a la liquidación del contrato de construcción por administración delegada celebrada entre las partes del proceso.

De manera textual explicó la parte actora lo siguiente:

“Evidencia esta parte que, la redacción de la pretensión séptima en cuanto a la solicitud de liquidación de cada uno de los subcontratos, da lugar a un mal entendimiento de las intenciones petitorias del convocante, puesto que, mis poderdantes no tienen ninguna controversia contractual con los subcontratistas de INSERCO S.A., sino que, la liquidación del contrato de obra por el sistema de administración delegada necesita, obligatoria e inexcusablemente, del análisis del estado de cuentas (estado contable, administrativo, técnico, jurídico y financiero) de cada uno de los subcontratos suscritos por el demandado como elemento fundamental para conocer el estado actual de la situación administrativa, contable, financiera, tributaria, ambiental, técnica y jurídica del proyecto que se adelantó por el contrato de construcción por el sistema de administración delegada, que tendrá sustento en los documentos y elementos que le son oponibles a mis poderdantes según el esquema negocial que se le ha puesto para su conocimiento, esto es, la información que le ha suministrado el demandado INSERCO S.A. a la INTERVENTORÍA, no siendo necesaria ni procedente la vinculación de los subcontratistas.

En pocas palabras, cuando se le solicitó que procediera a liquidar cada uno de los subcontratistas, como premisa indispensable para liquidar el contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2019, no se refería a la vinculación de sujetos nuevos a la relación procesal entablada con la demanda arbitral en contra del contratista INSERCO S.A., sino que, se refería a que el honorable Tribunal debía tener en cuenta el estado de cuentas final entre el contratista convocado INSERCO S.A. y sus subcontratos toda vez que, según sus obligaciones contractuales, debía administrar los diferentes subcontratos para cumplir con el objeto contractual pactado con PATRIMONIO AUTÓNOMO, razón por la cual, la pretensión séptima está dirigida única y exclusivamente en contra de INSERCO S.A., quien debe responder en su calidad de contratista administrador delegado, como se relata en los hechos de la demanda arbitral (reformada), por el buen manejo de los recursos del proyecto, entre ellos el de los anticipos entregados a los subcontratistas (control de anticipos por medio de pólizas y reclamación ante la aseguradora respectiva en el momento adecuado, de las garantías exigidas), la aceptación de facturas que cumplan con los requisitos mínimos exigidos para su pago y la correcta gestión administrativa, contable, financiera, jurídica y constructiva de estos subcontratos de su entera responsabilidad.

En este sentido, es preciso señalar que no se pretende reclamar ninguna obligación en contra de terceros subcontratistas ni mucho menos de vincularlos a esta litis en alguna relación de tercería o intervención procesal puesto que, la pretensión de liquidación está dirigida única y exclusivamente en contra de INSERCO S.A. quien tiene la obligación contractual de tener “al día” el estado de sus subcontratos de cara a la finalización de la relación contractual con los convocantes, puesto que la relación contractual existente entre INSERCO S.A. y sus subcontratistas atañe única y exclusivamente a estos, e incluso contractualmente son de su entera y exclusiva responsabilidad, siendo los convocantes unos

terceros relativos y beneficiarios de estas relaciones, pero en ningún momento una parte con vocación contractual.

Por lo tanto, la pretensión no es de liquidación autónoma de cada subcontrato, sino que el estado de los mismos se tenga en cuenta al momento de liquidar de obra por administración delegada, independiente de la autonomía que existe de dichas relaciones contractuales entre INSERCO y cada uno de los subcontratistas.

En este sentido procedemos a cumplir con los requisitos exigidos por el H. Tribunal De la siguiente manera:

(i) Indicar con precisión y claridad los subcontratistas contra quien se encuentra dirigida la pretensión y en que calidad se les pretende vincular.

La pretensión séptima no se dirige contra ningún subcontratista, y los subcontratos que deben ser tenidos en cuenta en la liquidación del contrato son todos aquellos en que se cumpla la carga procesal de demostrar un saldo no justificado por INSERCO. En otras palabras, la pretensión séptima sólo está dirigida en contra de INSERCO S.A. quien es el contratista obligado con los convocantes, en calidad de constructor administrador delegado y, en cualquier caso, las relaciones que este haya tenido con terceros sólo interesan en tanto el estado de cuentas y el cumplimiento de estas relaciones permitirá evidenciar el cumplimiento y la calidad de éste frente a los convocantes.

En este sentido, no pretende esta parte vincular a ningún subcontratista de INSERCO S.A. al presente Tribunal arbitral, sino que, el mismo tenga en cuenta las relaciones entabladas por INSERCO S.A. con terceros para el cumplimiento del contrato de construcción por el sistema de administración delegada, y cuando esta parte hacía referencia a liquidación de cada subcontratista deberá entender que se refiere a que el honorable Tribunal indague dentro del material probatorio aportado por los convocantes y por el convocado, cómo fue la ejecución de cada subcontrato para determinar el cumplimiento del contrato de administración delegada y así determinar si existen saldos no justificados en dichas relaciones que deban ser reconocidos en la liquidación del contrato con INSERCO.

(ii) indicar con precisión y claridad los contratos que pretenden ser liquidados.

El único contrato que pretende ser liquidado es el contrato de construcción por el sistema de administración delegada que permite convocar a este Tribunal arbitral, no obstante, es indiscutible por la propia naturaleza y esencia del contrato celebrado con INSERCO S.A. que este tuviera una relación contractual con terceros, los cuales influían en sus compromisos contractuales, y de los cuales se acusa, según los hechos, no fueron satisfactoriamente recibidos por la INTERVENTORÍA del proyecto y, por tanto, generan unos saldos no legalizados que deben ser reconocidos al momento de liquidar el contrato, razón por la cual, deberá indiscutiblemente el Tribunal indagar por el estado de estas relaciones para determinar los hechos y la pretensión única de liquidación del contrato de obra por el sistema de administración delegada, bajo la premisa de que INSERCO S.A. era contractualmente responsable como administrador delegado, por el buen manejo de los recursos del proyecto, entre ellos el de los anticipos entregados a las subcontratistas (control de anticipos por medio de pólizas y reclamación ante la aseguradora respectiva en el momento adecuado, de las garantías exigidas), la aceptación de facturas que cumplan con los requisitos mínimos exigidos para su pago y la correcta gestión administrativa, contable, financiera, jurídica y constructiva de estos subcontratos de su entera responsabilidad.

Valga señalar que, en los hechos de la demanda se señala una lista de subcontratos celebrados por INSERCO S.A. y se enuncia cuáles son sus problemas técnicos, administrativos, contables, jurídicos y financieros que, en último término, genera perjuicios a los convocantes, pero con quienes no se tiene relación contractual alguna, razón por la cual, corresponderá a la parte convocada la prueba de su correcta gestión contractual de cara a probar los elementos fácticos de sus excepciones, puesto que se acusa de un incumplimiento en el objeto del contrato por la no entrega a tiempo, por incumplimiento tardío y por incumplimiento defectuoso, debiendo entonces el convocado aportar los elementos de prueba que permitan evidenciar el estado de sus relaciones con terceros.

(iii) Acompañar con el memorial de subsanación los pactos arbitrales correspondientes:

En el entendido que la pretensión séptima sólo está dirigida en contra de INSERCO S.A. y que no se pretende vincular a ningún otro sujeto con quien no se tiene relación contractual, la cláusula compromisoria que sirve de fundamento a esta demanda, es la que se menciona en la misma, desde la demanda inicial.

Nos permitimos reiterar que cuando en la pretensión séptima se indica que "(...) proceda a liquidar cada uno de los subcontratistas, como premisa indispensable para liquidar el contrato (...)", deberá entender que para liquidar judicialmente el contrato de administración delegada celebrado entre los convocantes e INSERCO S.A., indispensablemente el Tribunal deberá conocer el estado de las relaciones contractuales suscritas por INSERCO S.A. y terceros para determinar así el incumplimiento de las obligaciones contractuales y los perjuicios irrogados, especialmente en cuanto al manejo de los recursos del proyecto, entre ellos el de los anticipos entregados a los subcontratistas (control de anticipos por medio de pólizas y reclamación ante la aseguradora respectiva en el momento adecuado, de las garantías exigidas), la aceptación de facturas que cumplan con los requisitos". (Subrayas fuera del texto original).

Conforme a la precisión efectuada por la parte Convocante respecto de la pretensión séptima de la demanda reformada, el Tribunal aprecia que la solicitud de la parte demandante no procura la liquidación de cada uno de los subcontratos celebrados por **INSERCO**; tarea que en verdad no podría acometer el Tribunal en razón de que para ello se requeriría la presencia de los subcontratistas en el proceso, ya que no es dable liquidar judicialmente un subcontrato sin la intervención de quienes fueron parte en dicha relación jurídica.

En el hecho CENTÉSIMO DÉCIMO QUINTO de la demanda inicial reformada la parte Convocante explicó en relación con los problemas de los subcontratos:

*"Estos subcontratos sin cierre, responsabilidad del demandado **INSERCO S.A.**, presentan problemas jurídicos, administrativos y financieros que impiden declarar su cierre a satisfacción del proyecto. Presentan tres (3) hipótesis de problemas, a saber: (i) a algunos subcontratistas les fueron entregados anticipos los cuales no fueron amortizados en forma legal y, por tanto, se constituyen en un perjuicio cierto toda vez que, el proyecto ha perdido el dinero entregado sin recibir una contraprestación, dinero que deberá ser devuelto a los convocantes junto los intereses moratorios comerciales a la tasa máxima legal o debidamente actualizado; (ii) existen facturas de reposición de equipo (formalettería) donde se observa que el subcontratista no cumplió con la obligación contractual dispuestas con respecto al manejo y cuidado de los materiales, formaletas y/o equipos comprados o*

alquilados para el desarrollo del proyecto y las mismas no se han pagado y (iii) facturas sin soportes adecuados para su aprobación, por ello, constituye un perjuicio al proyecto y a los demandantes, razón por la cual, se pedirá que se declare que los convocantes no tienen una obligación legal de pago frente a las mismas y que el convocado debe restituir a los convocantes el valor de este perjuicio”.

Por su parte en el hecho CENTÉSIMO DÉCIMO OCTAVO de la demanda reformada la Convocante adujo:

“CENTÉSIMO DECIMOCTAVO. Durante el tiempo en que ha estado activo el presente Tribunal, la INTERVENTORÍA junto con el contratista INSERCO e ISVIMED adelantaron saneamiento de las condiciones en las que encuentran los subcontratos en cuestión, sin que a la fecha se logre aclarar el estado administrativo, contable, jurídico y financiero de cada subcontrato, lo que impide a la INTERVENTORÍA hacer un cierre completo de estos y determinar cuánto dinero adeudan al proyecto”.

Como se explicó al resolver las pretensiones quinta y octava de la demanda principal reformada: i) **INSERCO** era el encargado de la celebración, administración y manejo de los subcontratos; ii) la Contratante era la encargada de proveer los recursos para el pago de los subcontratistas, teniendo en cuenta que la Contratista obraba por cuenta y riesgo de la mandante; y iii) para el pago a los subcontratistas era necesario el aval previo de la Interventoría.

El esquema contractual descrito determina que **INSERCO** era el responsable de la gestión de los subcontratos, pero sin que de tal premisa se pueda derivar que tuviera que responder de manera general por los anticipos efectuados a los contratistas - que por lo demás debieron contar con el visto bueno de la Interventoría- o por la reposición de equipos o por las facturas expedidas por los subcontratistas, que para su pago requerían también del aval de la Interventoría.

En el marco del contrato celebrado, **INSERCO** tendría que responder por tales rubros en la medida en que se demostrara que incurrió en fallas de conducta en el manejo, administración o control de los subcontratistas, sin que haya lugar a presumir su culpa, teniendo en consideración que sus obligaciones en este ámbito son de medio y no de resultado.

El planteamiento efectuado en la demanda conforme al cual se solicita al Tribunal que tenga en cuenta el estado de cuentas de los subcontratos “*en que se cumpla la carga procesal de demostrar un saldo no justificado por INSERCO*” resulta coherente con las premisas precedentes.

Frente al particular debe reconocer el Tribunal que no se aportaron elementos de juicio que permitan establecer el “*estado contable, administrativo, técnico, jurídico y financiero*” de los subcontratos celebrados entre **INSERCO** y terceros; ni existe

prueba específica frente a cada subcontrato de que a la Convocada se le pueda atribuir culpa en relación con la no amortización de los anticipos por parte de los subcontratistas o con el impago de facturas a estos.

Si bien se allegaron al proceso documentos con los cuales se pretendía demostrar el estado financiero de los subcontratos, especialmente la copia del oficio No. 216-GDP-CC001-308 emitido por la Interventoría el 27 de diciembre de 2017, en el cual se relacionan “los contratos que se encuentran abiertos a la espera de ser liquidados o legalizados”, el mismo no evidencia el estado actual de cada uno de los vínculos relacionados, ni demuestra fallas de **INSERCO**.

En efecto, la Interventoría señala que dicho informe se elaboró con la información con que se contaba al 27 de diciembre de 2017, y como resultó acreditado en el proceso, el tema de los subcontratos continuó siendo gestionado en fecha posterior a esta.

De manera expresa la Interventoría deja constancia de que el informe podría variar “de acuerdo a la información que el administrador delegado envíe en fechas futuras”, sin que se hayan demostrado las modificaciones que sufrió el estado de los subcontratos.

Adicional a ello, se informa que respecto de algunos subcontratos se hicieron exigibles las pólizas, que otros estaban a la espera de la devolución de saldos pendientes y otros se encontraban pendientes de información por parte de los subcontratistas, sin que se tenga noticia del estado real de los subcontratos.

Por ejemplo, la testigo **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ** indicó que el subcontratista encargado de la ejecución de los pasamanos cumplió con las obligaciones que le correspondían, pero en el informe de la Interventoría se señala respecto de los tres subcontratistas encargados de tal labor (**METÁLICAS MAVENC, COHHIME.S.A.S. y SERVICUAR S.A.S.**), que no suministraron los elementos contratados.

De manera literal expuso la señora **ISAZA GÁLVEZ** en su declaración lo siguiente:

“Se terminaron ciertas obras, lo que decía de los subcontratistas, por ejemplo, faltaban unos subcontratistas por terminar un tema de unos retoques de unos pasamanos, o sea, el pasamanos estaba instalado, pero para hacer el pago del pasamanos, el pasamanos tiene que tener dos capas de pintura, o sea, una inicial, unas soldaduras finales y sobre esas soldaduras una pintura final; ¿qué pasó?, el subcontratista alegaba que no le habían podido pagar porque él faltaba por realizar, por ejemplo, la última pintura y arreglo final de esos pasamanos, entonces, en las mesas de trabajo técnicas lo que concretamos fue que el contratista entrara, finalizara, por ejemplo, estas obras en los pasamanos para poder cerrar a ese subcontratista”.

Además, los documentos aportados por la parte Convocada respecto de diversos subcontratistas no dan cuenta del estado específico de cada subcontrato, sin que el Tribunal pueda entrar a hacer especulaciones al respecto.

Se trata de un aspecto técnico que ameritaba la aducción al proceso de una prueba especializada, que no fue aportada.

Todo lo anterior, impide que este Tribunal determine el “estado contable, administrativo, técnico, jurídico y financiero” de los subcontratos, y que, en razón de ello, pueda establecer la incidencia de estos en la liquidación del Contrato.

En consecuencia, se dejará consignada dicha situación en la parte resolutive del Laudo, denegando la pretensión formulada por la parte Convocante.

3.18. SOBRE LA PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

El Tribunal encuentra procedente disponer la liquidación judicial del Contrato, en razón de la terminación de este.

Por razones metodológicas esta pretensión será dirimida una vez se resuelva la demanda de reconvenición reformada, puesto que lo que respecto de esta se defina debe ser factor a considerar para la liquidación del Contrato.

3.19. SOBRE LA PRETENSIÓN FORMULADA PARA QUE SE DECLARE QUE INSERCO S.A. QUEDA INHABILITADO PARA PARTICIPAR DURANTE 10 AÑOS EN PROYECTOS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL (PRETENSIÓN DÉCIMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA)

La pretensión décima de la demanda principal reformada tiene como objeto que el Tribunal “... **DECLARE** que, **INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. – INSERCO S.A.** queda imposibilitado para participar durante diez (10) años en proyectos de Vivienda de Interés Social e Interés Prioritario que vinculen los recursos asignados por las entidades otorgantes de subsidios familiares de vivienda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1537 de 2012 y los artículos 2.1.6.2.1. y siguientes del Capítulo 2 del Título 6 de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio y las demás normas concordantes aplicables al caso”.

La Ley 1537 de 2012 por medio de la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda, tiene por objeto “señalar las competencias, responsabilidades y funciones de las entidades del orden nacional y

territorial, y la confluencia del sector privado en el desarrollo de los proyectos de Vivienda de Interés Social y proyectos de Vivienda de Interés Prioritario destinados a las familias de menores recursos, la promoción del desarrollo territorial, así como incentivar el sistema especializado de financiación de vivienda”¹⁶⁰.

El artículo 22 de dicha normativa consagra las sanciones que pueden imponerse a los constructores, interventores, auditores y/o supervisores de proyectos de Vivienda de Interés Social, personas jurídicas y/o naturales, que incurran en incumplimiento de la ejecución de proyectos de vivienda, así:

“Los directores o representantes legales de las entidades otorgantes de subsidios familiares de vivienda tendrán la facultad de investigar y sancionar a los constructores, interventores, auditores y/o supervisores de proyectos de Vivienda de Interés Social, personas jurídicas y/o naturales, que incurran en incumplimiento de la ejecución de proyectos de vivienda, de conformidad con el procedimiento establecido por el Gobierno Nacional.

La sanción de que trata este artículo será la imposibilidad de participación durante diez (10) años en proyectos de Vivienda de Interés Social que vinculen los recursos asignados por las entidades otorgantes de subsidios familiares de vivienda.

Las entidades otorgantes incluirán en el sistema de información del Subsidio Familiar de Vivienda la información de las personas naturales y/o jurídicas sancionadas, para evitar su vinculación en nuevos proyectos de Vivienda de Interés Social. Igualmente, remitirán dicha información a las Cámaras de Comercio para su inclusión en el Registro Único de Proponentes.

PARÁGRAFO. Aquellos constructores, interventores, auditores y/o supervisores, personas naturales y/o jurídicas, que hayan sido objeto de medidas administrativas de incumplimiento por parte de las entidades otorgantes de subsidios, que se encuentren en firme, no podrán participar durante un periodo de diez (10) años a partir de la expedición de la presente ley en proyectos de Vivienda de Interés Social que vinculen los recursos asignados por las entidades otorgantes de subsidios familiares de vivienda”.

La norma referida es clara al atribuir a “[l]os directores o representantes legales de las entidades otorgantes de subsidios familiares de vivienda” la competencia para imponer la sanción sobre la que versa la pretensión que se estudia, sin que el órgano jurisdiccional pueda sustituir a los funcionarios a quienes se les otorga dicha facultad.

Ello determina que este Tribunal no sea competente para resolver la pretensión declarativa invocada.

Decisión en contrario, conllevaría a la afectación del debido proceso de la parte Convocada, quien estaría siendo juzgada por quien no tiene competencia legal para el efecto.

¹⁶⁰ Artículo 1°.

Por lo expuesto, el Tribunal declarará su falta de competencia para dirimir la pretensión décima de la demanda principal.

IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

La parte Convocada propuso las siguientes excepciones de mérito frente a las pretensiones de la demanda principal reformada: i) Cumplimiento del Contrato; ii) ausencia de incumplimiento por las obras faltantes y deterioradas; iii) ausencia de causalidad de los perjuicios; iv) el costo de los subcontratos no es un perjuicio; v) **INSERCO** no es responsable por los anticipos no amortizados por los subcontratistas; vi) excepción de contrato no cumplido; vii) cobro indebido de la cláusula penal; y viii) compensación.

Para efectos de la resolución de las excepciones el Tribunal debe tener en cuenta: i) las alegadas por las partes¹⁶¹; y ii) cualquier hecho que se halle probado en el proceso que sea constitutivo de una excepción, así no haya sido alegado por la parte resistente¹⁶².

Como lo ha explicado la doctrina procesal calificada no es cualquier razón de oposición a las pretensiones de la demanda, ni el rótulo que la parte le asigne al medio de defensa alegado lo que determina la existencia de una verdadera excepción.

La excepción de mérito supone la existencia de un hecho demostrado en el proceso, que, frente a la satisfacción de los presupuestos configurativos de la pretensión, impida que esta pueda prosperar total o parcialmente.

De las “excepciones” que propone la parte Convocada solo pueden catalogarse como verdaderas excepciones las de contrato no cumplido y de compensación. Las demás que se alegan corresponden a razones de oposición a las pretensiones de la demanda reformada, cuyo fundamento ha quedado desvirtuado en el análisis acometido por el Tribunal, sobre los presupuestos de las pretensiones.

En efecto, para el Tribunal: i) **INSERCO** no cumplió con la obligación principal a su cargo; ii) tal incumplimiento le es imputable a la Convocada; iii) existieron obras faltantes y/o deterioradas atribuibles a la sociedad Convocada; iv) existe relación de causalidad entre los perjuicios que se han encontrado demostrados y el incumplimiento de la Contratista; v) no se están reconociendo a cargo de **INSERCO**

¹⁶¹ Artículo 281 del Código General del Proceso.

¹⁶² Artículo 282 del Código General del Proceso.

costos derivados de los subcontratos; vi) no se encontró prueba de que **INSERCO** fuera responsable por los anticipos no amortizados por los subcontratistas; y vii) se satisfacen los presupuestos de causación y exigibilidad de la cláusula penal contractualmente acordada.

En consecuencia, se procede a resolver las dos excepciones de mérito propuestas por la parte Convocada, a las que se les puede atribuir técnicamente tal carácter.

4.1. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

La excepción de contrato no cumplido es una figura propia de los contratos bilaterales, regulada en el artículo 1609 del Código Civil, que habilita al contratante a quien se le ha incumplido por la contraparte con las obligaciones que esta ha debido ejecutar, facultándolo a su vez para dejar de cumplir con las obligaciones recíprocas a su cargo.

Tal como previamente se ha expuesto de manera amplia, el Tribunal no encuentra demostrado que los incumplimientos que **INSERCO** le atribuye a las Convocantes se hayan erigido en razón justificativa para la no entrega de las 424 viviendas que se obligó a construir y a entregar para el 4 de febrero de 2017.

En razón de ello, **INSERCO** no estaba habilitado para incumplir legítimamente con la obligación contractual principal a su cargo, pues las conductas que le reprocha a la Contratante y al **ISVIMED** no son justificativas de las obras faltantes, ni de los errores constructivos que se presentaron.

En consecuencia, y de acuerdo al análisis exhaustivo previamente realizado, no se reconocerá la excepción formulada.

4.2. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN.

Por razones metodológicas, el Tribunal abordará el estudio de la excepción de compensación analizada, una vez se hayan resuelto las pretensiones de la demanda de reconvención.

Lo anterior, en razón de que con la demanda de reconvención se pretende el reconocimiento de obligaciones dinerarias a cargo de la parte Convocante y a favor de **INSERCO**.

De allí que, los efectos de la compensación alegada habrán de tenerse en cuenta en sede de liquidación del Contrato.

4.3. PRONUNCIAMIENTO OFICIOSO SOBRE EXCEPCIONES.

Finalmente, y en cumplimiento a lo establecido por el artículo 282 del Código General del Proceso, el Tribunal debe tener en cuenta: i) la conciliación celebrada por la parte Convocante con la Compañía Aseguradora **CONFIANZA**, de cara a determinar los efectos de la misma frente a las pretensiones de la demanda; ii) la excepción de petición antes de tiempo, con efectos parciales, respecto de las pretensiones sexta y octava de la demanda principal reformada.

4.3.1. CONCILIACIÓN CELEBRADA CON CONFIANZA - PAGO.

Las pretensiones formuladas en la demanda principal reformada en contra de **CONFIANZA** (pretensiones segunda, tercera y cuarta) fueron conciliadas durante el proceso en la suma de **TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$ 350.000.000,00)**¹⁶³.

La vinculación al proceso de **CONFIANZA** tuvo origen en la celebración del contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza No 05CU70549¹⁶⁴ del cual fue tomador **INSERCO** y asegurado y beneficiario **ALIANZA FIDUCIARIA**.

El objeto de dicho contrato fue el de “AMPARAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO CONTENIDAS EN EL CONTRATO CELEBRADO POR LAS PARTES RELACIONADOS CON LA CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA DE CUATROCIENTAS VEINTICUATRO (424) UNIDADES DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL PRIORITARIO (VIP) EN ALTURA, EN EL PROYECTO DENOMINADO MONTAÑA B8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, UBICADO EN EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN, DENTRO DEL MACRO-PROYECTO “PAJARITO”.

De conformidad con las condiciones generales del contrato de seguro tomado por **INSERCO**, el amparo de cumplimiento del contrato *“CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES POR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL GARANTIZADO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO”*¹⁶⁵.

Dentro de las exclusiones previstas en el clausulado señalado se estableció la de *“SANCIONES PECUNIARIAS O ECONÓMICAS IMPUESTAS AL GARANTIZADO, TALES COMO MULTAS O CLÁUSULAS PENALES EN CONSECUENCIA TALES*

¹⁶³ FI 8999

¹⁶⁴ FI 2179 a 2198.

¹⁶⁵ FI 2199.

SANCIONES SERÁN DE CARGO DEL AFIANZADO Y PODRÁN HACERSE EFECTIVAS A CONFIANZA”

Significa lo anterior que con el contrato de seguro celebrado se cubría el riesgo de incumplimiento contractual de **INSERCO** y los perjuicios directos generados en razón de este.

El seguro de cumplimiento referido no amparaba las consecuencias sancionatorias derivadas del incumplimiento contractual, como tampoco los perjuicios que el mismo le pudiera generar al **ISVIMED**, el cual no hacía parte de la relación aseguraticia.

De acuerdo con las premisas antecedentes la obligación asumida por **CONFIANZA** frente a **ALIANZA FIDUCIARIA** en virtud de la conciliación celebrada debe tener efectos frente a las consecuencias indemnizatorias deducidas por el Tribunal a favor de esta última, mas no así frente a la condena por concepto de cláusula penal y las condenas que se reconocen a favor del **ISVIMED**.

Ello determina que la obligación indemnizatoria previamente reconocida debe entenderse extinguida por el fenómeno del pago y, por ende, se reconocerá de oficio esta excepción.

4.3.2. EXCEPCIÓN DE PETICIÓN ANTES DE TIEMPO.

Como se explicó al resolver sobre las pretensiones sexta y octava de la demanda principal reformada se declarará parcialmente probada la excepción de petición antes de tiempo en relación con la petición de que se declare que **INSERCO** es responsable de las sumas que los contratistas llegasen a cobrar a la parte Convocante y con respecto a la petición formulada para que se declare que **INSERCO** es responsable de las condenas que llegasen a imponerse al Fideicomiso o al **ISVIMED** a favor de contratistas o subcontratistas de **INSERCO** o favor del mismo convocado.

<p>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL LITIGIO – MOTIVOS DE LA DECISIÓN- DEMANDA DE RECONVENCIÓN</p>

5.1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.

La parte Convocada, demandante en reconvención, pretende: i) que el Tribunal declare que el **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 y MIRADOR DE LA CASCADA** está en mora de cancelar a **INSERCO** los honorarios por obra ejecutada y aprobada cobrados mediante las facturas 6433,

6434 y 6435, y en consecuencia se le condene al pago de \$6.127.812, más los intereses de mora a la tasa comercial (1,5 veces el interés bancario corriente) desde la fecha que según el Contrato (Cláusula 8ª) debía pagársele a **INSERCO**; ii) que se declare que el **ISVIMED** se encuentra obligado contractualmente a aportar al Fideicomiso Contratante el valor que le permita cancelar a **INSERCO** las facturas No. 6433, 6434 y 6435 más los intereses de mora comerciales causados, y iii) que en consecuencia dicha entidad debe cancelar dichos valores al Fideicomiso más los intereses de mora pedidos.

En el segundo grupo de pretensiones principales, solicita la reconviniendo: i) que se declaren cumplidas las condiciones previstas en el parágrafo de la cláusula 8ª del Contrato, a partir del 5 abril de 2017, es decir, dos meses después del vencimiento del plazo de vigencia del contrato (el 4 de febrero de 2017), plazo acordado para que tales condiciones se cumplieran, toda vez que no pudieron cumplirse por causa exclusiva del Contratante y del **ISVIMED**; ii) que como consecuencia de esta declaración se declare que el Fideicomiso se encuentra en mora de pagar a **INSERCO** el valor de los retenidos por todas las facturas de sus honorarios, a partir del 5 de abril de 2017 o desde el día que se establezca esa mora conforme a las normas legales y contractuales; iii) que se condene al Fideicomiso Contratante a pagar a **INSERCO** el monto de los retenidos por honorarios causados por valor de \$184.819.636,00, más los intereses de mora comerciales (1,5 veces el interés bancario corriente) desde el 5 de abril de 2017, que era el tiempo acordado para que esa obligación fuera exigible, y que para el día 15 de febrero de 2019 ascienden a \$93.791.666,00; iv) que se declare que el **ISVIMED** está obligado contractualmente a aportar al Fideicomiso Contratante el valor que le permita cancelar a **INSERCO** los retenidos por todas las facturas de honorarios más los intereses de mora comerciales causados, y como consecuencia de lo anterior se le ordene al **ISVIMED** pagar su valor al Fideicomiso contratante, con los respectivos intereses de mora que se causen desde que venció el plazo para realizar el pago a **INSERCO**.

En el tercer grupo de pretensiones contenidas en la demanda de reconvención reformada, se incluyen aquellas relativas al pago de los servicios de bombeo interno de concreto prestados por **INSERCO**. Allí se solicita: i) que se declare que El Fideicomiso Contratante está en mora de pagar a **INSERCO** los servicios de transporte interno de concreto (bombeo) cobrados mediante las facturas Nos. 6255, 6256, 6262, 6261, 6263, 6264, 6273, 6270, 6267, 6280, 6257, 6260, 6266, 6281 y 6286; ii) que se condene al pago de las anteriores facturas más los intereses de mora correspondientes desde la fecha en que el Fideicomiso Contratante quedó en mora de pagar cada una de esas facturas, hasta el pago de cada una de ellas; iii) que se indique que el **ISVIMED** está obligado contractualmente a aportar al Fideicomiso Contratante el valor que le permita cancelar a **INSERCO** dichas facturas más los intereses desde que venció el plazo para su pago.

Como cuarto grupo de pretensiones principales se encuentran las relativas a la obligación de los demandados de pagar los dineros necesarios para liquidar los contratos celebrados por **INSERCO** con los subcontratistas, para lo cual solicita: i) se declare que por el contrato de construcción por administración delegada objeto del litigio, **INSERCO** debía celebrar los contratos con los subcontratistas para ejecutar la obra, obrando **INSERCO** en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo del mandante; ii) que se declare que el **ISVIMED** estaba obligado contractualmente a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para pagar las obligaciones con los subcontratistas; iii) que en consecuencia el Fideicomiso adquirió la obligación de proveer las sumas de dinero que le permitieran a **INSERCO** cancelar sus obligaciones con los subcontratistas **HIDRÁULICA Y SANEAMIENTO SAS, PROINSEL SA, CALORGAS MEDELLÍN SAS, COINSERMACA SAS, CONHIME SAS, ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP SAS, AHINCO S.A, ALDECCO, DISFERRO Y SEGURIDAD SAS, INFRACON e INVERSIONES FLÓREZ BRICEÑO**, a los empleados de éstos por la solidaridad laboral, por razón de una reclamación extrajudicial o judicial de esos subcontratistas o empleados, ordenando el reembolso de cualquier suma que haya sido pagada por **INSERCO**, incluyendo capital, intereses, multas, y gastos en que deba incurrir **INSERCO** para atender la reclamación; y iv) que se declare que el **ISVIMED** está contractualmente obligado a aportar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas sumas, sin perjuicio de otras que posteriormente demuestren se les adeudan respecto de los subcontratistas antes referidos, y además, respecto de las demandas presentadas por parte de **ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP S.A.S, AHINCO, JUAN DAVID ZÚÑIGA TORO, GIOVANY ALEXANDER HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JHON JAIRO MOSQUERA MOSQUERA, LEONEL MOYA MENA, JOSÉ ANÍBAL HURTADO MOSQUERA y YEISON HINESTROZA y SIXTO MURILLO**, así como cualquier suma que deba pagarse con posterioridad al presente Laudo.

5.2. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA EN RECONVENCIÓN CON RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.

La parte demandada en reconvención se opone a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvención y en lo atinente al primer grupo de pretensiones considera que el demandante en reconvención no cumplió el Contrato en los términos y condiciones pactados al configurarse la excepción de contrato no cumplido consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, al no estar en “*mora de pagar a INSERCO las facturas por honorarios No. 6433; 6434 y 6435*” que fueron expedidas y presentadas por **INSERCO** para su cobro después de que el interventor aprobara la obra correspondiente, pues son facturas de 1 de agosto de 2017, fecha

posterior a la situación jurídica de suspensión unilateral abusiva e incumplimiento del Contrato, esto es, posteriores al 4 de febrero de 2017.

En relación con este punto solicita que con ocasión de la liquidación del Contrato pretendida en la demanda principal opere la compensación de cualquier suma que se le adeude a **INSERCO**, sin que por ello pueda entenderse legítimamente justificada la situación jurídica de suspensión unilateral abusiva e incumplimiento del Contrato acaecida el 3 de febrero de 2017, sin que ello sea justificativo del incumplimiento de las obligaciones principales y de la causación de los daños y perjuicios contenidos en la demanda principal reformada.

Frente a las “*segundas pretensiones principales: relativas al pago de los retenidos*” la demandada en reconvención se opone a la prosperidad de las mismas debido a que no se ha dado cumplimiento al parágrafo de la cláusula octava del Contrato, en la medida que no se han cumplido las condiciones previstas contractualmente para el nacimiento de dicha obligación de pago.

Solicita también la negativa del tercer grupo de pretensiones principales de la demanda de reconvención reformada al haberse devuelto las facturas emitidas con ocasión del pago de los servicios de bombeo, al no haber aceptado ni expresa ni tácitamente las quince (15) facturas presentadas conforme lo estipula el artículo 773 del Código de Comercio, debido a que no se contó con la aprobación de la Interventoría, tal como consta en su Oficio No. **216-GDP-CC03-440** del día 11 de diciembre de 2014, dirigido al emisor o tenedor del título **INSERCO** en su doble condición de administrador delegado y contratista según los **Contratos No. OS-509002-07-13 y OS-509002-07-14**.

En lo concerniente al cuarto grupo de pretensiones principales, se opone aduciendo que ni el **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 y MIRADOR DE LA CASCADA** representada por su vocero **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** ni el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN – ISVIMED** resultan solidaria, conjunta o exclusivamente responsables de las presuntas sumas adeudadas a los subcontratistas de **INSERCO**, toda vez, que según la cláusula décima segunda del Contrato los subcontratos son de exclusiva responsabilidad del contratista, quien debe responder en su calidad de administrador delegado por el buen manejo de los recursos del proyecto, con la posibilidad de ejercer las acciones legales o contractuales correspondientes.

5.3. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE COMPORTAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.

El primer problema jurídico que comprende las pretensiones de la demanda de reconvencción es el de establecer si la parte Convocante está en mora de pagar a **INSERCO** las facturas 6433, 6434 y 6435, y si de acuerdo con el Contrato, el **ISVIMED** debe aportar los recursos necesarios al **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 y MIRADOR DE LA CASCADA** con el fin de que se cubran las reclamaciones correspondientes a los valores contenidos en dichas facturas y los correspondientes intereses de mora.

El segundo problema jurídico consiste en establecer si se cumplieron las condiciones previstas contractualmente para realizar el pago de los retenidos del Contrato.

El tercer problema jurídico es determinar si de conformidad con el Contrato, corresponde al Fideicomiso pagar a **INSERCO** los servicios de transporte interno de concreto en virtud de los contratos celebrados por **INSERCO** como administrador delegado con **INSERCO** como subcontratista.

Finalmente, el cuarto problema jurídico es determinar si el Patrimonio Autónomo está obligado a reembolsar a **INSERCO** los valores que esta llegase a pagar en virtud de las demandas judiciales y conciliaciones presentadas, así como cualquier otra reclamación que se presente con posterioridad al Laudo; y si el **ISVIMED** está obligado a aportar los recursos para la realización de dichos pagos.

Es del caso tener en cuenta que previamente fue analizado por parte del Tribunal i) la tipología y naturaleza del Contrato objeto de la controversia; ii) los antecedentes del Contrato celebrado entre las partes; iii) las cláusulas del Contrato y las obligaciones asumidas por las partes; iv) la ejecución del Contrato, sus modificaciones, suspensiones y terminación; v) los incumplimientos obligacionales que se habrían presentado; vi) los perjuicios que dichos incumplimientos habrían generado; y vii) otras consecuencias que se derivarían de los incumplimientos contractuales, aspectos todos que se tendrán en cuenta para efectos de la resolución de las pretensiones de la demanda de reconvencción reformada.

Para efectos de lo manifestado anteriormente, el Tribunal procederá a analizar cada una de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción.

5.4. EL NO PAGO DE LAS FACTURAS 6433, 6434 Y 6435, CORRESPONDIENTE A LOS CORTES DE OBRA 36, 37 Y 38 DE FECHA 1º DE AGOSTO DE 2017.

En relación con este punto es del caso traer nuevamente a colación lo pactado contractualmente, en lo que atañe con la forma de pago de los honorarios, en especial lo determinado en la Cláusula Octava, que establece:

“OCTAVA. FORMA DE PAGO DE HONORARIOS:

1. EL CONTRATISTA presentará la factura a nombre de **ALIANZA FIDUCIARIA COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO MONTAÑA B-8 y MIRADOR DE LA CASCADA** y la entregará directamente a **EL COORDINADOR DEL PROYECTO**, en la sede administrativa, del **ISVIMED** en Medellín, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada mes. **EL COORDINADOR DEL PROYECTO** contará con un periodo de diez (10) días hábiles contados a partir de la radicación de la factura, para revisarla, vencido el cual se entenderá como aprobada si no se le hubieren formulado observaciones dentro del mismo plazo. En ningún caso se entregarán las facturas directamente en **ALIANZA FIDUCIARIA**, ni se emitirán directamente a nombre de ésta como sociedad fiduciaria y de hacerlo, se entenderán por no presentadas ni aceptadas.

2. En caso de observaciones o glosa a honorarios facturados, debidamente sustentadas por escrito, **EL CONTRATISTA** se obliga a anular dicha factura y a presentar una nueva factura por el valor no glosado que se cancelará dentro del plazo establecido en esta cláusula; respecto a honorarios objetados, **EL CONTRATISTA** contará con un plazo de cinco (5) días hábiles para subsanar el tema y expedirá una factura por el saldo restante que deberá contar con la aprobación de **EL COORDINADOR DEL PROYECTO** dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la radicación.

3. Vencido el periodo de diez (10) días hábiles previsto para la revisión y aprobación por parte de **EL COORDINADOR DEL PROYECTO**, las remitirá inmediatamente a la **FIDUCIARIA** quien las cancelará máximo dentro de 2 días hábiles subsiguientes.

PARÁGRAFO: Se acuerda entre las partes que el último pago; correspondiente al 10% del mismo, el cual es la suma de \$105.542.233, serán pagaderos una vez se haya entregado la obra al Instituto Social de Hábitat y Vivienda de Medellín –**ISVIMED**-, suscripción del acta de liquidación y aprobación de las pólizas de estabilidad y certificado de habitabilidad”.

El Tribunal procederá entonces a decidir sobre las pretensiones relativas al pago de las facturas 6433, 6434 y 6435, correspondientes a los cortes de obra 36, 37 y 38. respecto de los cuales manifiesta la demandante en reconvención en los hechos de la demanda de reconvención reformada que:

“6. El Fideicomiso Contratante está en mora de pagar a **INSERCO**, por no haberlo hecho dentro de los plazos acordados en la cláusula 8ª, las siguientes facturas por honorarios, que fueron expedidas y presentadas por **INSERCO** para su cobro después de que el interventor aprobara la obra correspondiente:

Factura	Corte obra número	Fecha de creación	Radicación en interventoría¹⁶⁶	Valor neto (descontando retenido en garantía)
6433	38	2017/08/01	2017/08/01	\$2.400.709,00
6434 ¹⁶⁷	37	2017/08/01	2017/08/02	\$2.317.888,00

¹⁶⁶ El procedimiento adoptado para el pago de honorarios era, por decisión del ISVIMED, que **INSERCO** radicaba las facturas en la interventoría, ésta las analizaba, las aprobaba y las enviaba después al ISVIMED para tramitar su pago. A pesar de estar acordado en el contrato, a **INSERCO** nunca se le permitió radicar facturas directamente en el ISVIMED y se le pidió que las radicara en la Interventoría.

¹⁶⁷ **INSERCO** había expedido unas primeras facturas correspondientes a estos cortes de obra, pero ISVIMED retrasó el trámite de aprobación y le exigió a **INSERCO** volver a expedirlas con nuevos números y fechas (las definitivas quedaron con los números 6434 y 6435).

6435 ¹⁶⁸	36	2017/08/01	2017/08/02	\$1.409.215,00
---------------------	----	------------	------------	----------------

7. La mora en el pago de los honorarios facturados genera intereses de mora a cargo de El Contratante, a la tasa máxima del interés mercantil (1,5 veces el interés bancario corriente) según la cláusula 27 del contrato

(...)

A la fecha (15 de febrero de 2019), esos intereses de mora ascienden a las siguientes sumas (según la liquidación que se adjunta en CD):

Factura	Corte obra número	Valor neto (descontando retenido en garantía)	Intereses de mora mercantiles
6433	38	\$2.400.709,00	\$ 959.058,00
6434 ¹⁶⁹	37	\$2.317.888,00	\$ 924.161,00
6435 ¹⁷⁰	36	\$1.409.215,00	\$561.866,00
TOTAL			\$2.445.086,00.

8. **Motivo aducido por el Contratante para no pagar.** Las anteriores facturas no fueron pagadas a INSERCO, al parecer, porque el actual apoderado del Contratante le recomendó devolverlas a INSERCO aduciendo la llamada “excepción del contrato no cumplido”. Ese apoderado aconsejó no pagar la factura No. 6433 (corte No. 38) y la factura no fue devuelta ni rechazada. Las facturas 6434 y 6435 no fueron ni pagadas ni devueltas.

El argumento carece de sustento y no excusa la mora del Contratante:

1.1. Esos honorarios quedaron causados con la aprobación por el Interventor de la obra ejecutada correspondiente.

En efecto, el Interventor escribió a ISVIMED el 3 de agosto de 2017 y le notificó la aprobación del pago de las facturas **No. 6435 por \$1.409.215,00** (Corte No. 36) y **No. 6434 por \$2.317.888,00** (Corte No. 37).

1.2. Mediante correo del 23 de julio de 2017, el ISVIMED (Sra. Laura Isaza) anunció que las facturas serían pagadas.

1.3. No tenía justificación dejar de pagar esas facturas de honorarios causados aduciendo que INSERCO está en mora de terminar las obras, toda vez que si quedaron obras faltantes ello es enteramente imputable al Contratante.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ INSERCO había expedido unas primeras facturas correspondientes a estos cortes de obra, pero ISVIMED retrasó el trámite de aprobación y le exigió a INSERCO volver a expedirlas con nuevos números y fechas (las definitivas quedaron con los números 6434 y 6435).

¹⁷⁰ Ibidem.

9.El Contratante incumplió la Ley 1231 de 2008¹⁷¹ y obró de mala fe, pues a pesar de haber recibido el original de esas facturas expedidas por INSERCO, no se las devolvió con el sello de radicado, ni con constancia de objeción, lo que ha impedido a INSERCO cobrarlas ejecutivamente o endosarlas a terceros.

INSERCO ha requerido en múltiples oportunidades al Contratante para que le devuelva esas facturas con el sello de radicado, pero el Contratante se ha negado o no ha respondido.¹⁷²

La parte demandada en reconvencción en la Contestación de la reforma de la demanda de reconvencción aduce que las facturas en referencia no fueron pagadas en razón de que **INSERCO** no había cumplido con las obligaciones a su cargo, estando habilitada para asumir dicha conducta en virtud de la excepción de contrato no cumplido y de que el Contrato terminó por conducta imputable a **INSERCO**.

Igualmente sostuvo que como solicitó en las pretensiones de la demanda principal reformada la liquidación del Contrato “*cualquier suma de dinero adeudada a INSERCO S.A. deberá surtir los efectos legales de la compensación, sin que por ello pueda entenderse legítimamente justificado la situación jurídica de suspensión unilateral abusiva e incumplimiento del contrato acaecida el 03 de febrero de 2017 como tampoco justifican la situación de incumplimiento a las obligaciones principales y la causación de los daños y perjuicios deprecados en la demanda principal.*”

La parte demandada en reconvencción reconoce que “... la Interventoría escribió al ISVIMED el 03 de agosto de 2017 (Oficio con radicado E7103 2017-08-04), informando la aprobación para pago de las facturas No. 6435 (Corte No. 36) por valor de \$1.409.215,00 y No. 6434 (Corte No. 37) por valor de \$2.317.888,00.” reiterando que “*las mismas no fueron pagadas debido a la situación jurídica de suspensión unilateral abusiva e incumplimiento del contrato acaecida el 03 de febrero de 2017*”.

Para efectos de resolver las pretensiones que se estudian, el Tribunal encuentra que son especialmente relevantes las siguientes pruebas:

- i) Comunicación de 6 de febrero de 2017, mediante la cual el Subdirector Administrativo y Financiero del **ISVIMED** remite “*la orden de giro No. 45 por*

¹⁷¹ Artículo 1. Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

¹⁷² Fs. 8291 a 8293.

valor de \$26.482.663 con sus respectivos soportes para dar trámite al pago de la factura No. 6397 por concepto de honorarios de **INSERCO**¹⁷³;

- ii) Comunicación de 6 de febrero de 2017 de la Interventoría **GUTIÉRREZ DÍAZ Y CIA. S.A.** en la que dice “Dado que el 18 de enero del 2017, se remitió el oficio 216-GDP-CC01-241 aprobando los honorarios del corte 31 con la nota de recomendación de no pago hasta no aclara (sic) el tema de posibles multas a **INSERCO S.A.** por incumplimiento de hitos, solicito sea levantada esta nota y se paguen lo antes posible”¹⁷⁴;
- iii) Comunicación del Subdirector Administrativo y Financiero del **ISVIMED** en la que indica “Por medio a la presente remitimos la orden de giro No. 45 por valor de \$26.482.663 con sus respectivos soportes para darle trámite al pago de la factura No. 6397 por concepto de honorarios a **INSERCO S.A.**”¹⁷⁵;
- iv) Comunicación de la Interventoría **GUTIÉRREZ DÍAZ Y CIA. S.A.** de fecha 18 de julio de 2018, correspondiente al corte de honorarios No. 37 presentada por el contratista **INSERCO** en la cual consta que “(...) esta interventoría da aprobación al mismo. Por lo tanto se autoriza, el siguiente valor”¹⁷⁶;
- v) Comunicación de la Interventoría **GUTIÉRREZ DIAZ Y CIA. S.A.** de fecha 18 de julio de 2018, correspondiente al corte de honorarios No. 36 presentada por el contratista **INSERCO** en la cual se manifiesta que “(...) esta interventoría da aprobación al mismo”¹⁷⁷;
- vi) Comunicación de la Interventoría **GUTIÉRREZ DIAZ Y CIA. S.A.** de fecha 18 de julio de 2018, correspondiente al corte de honorarios No. 37 presentada por el contratista **INSERCO** en la cual se manifiesta que “esta interventoría da aprobación al mismo”;
- vii) Correo electrónico de la señora **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ** de fecha 26 de julio de 2017, donde manifestó que: “Buenas tardes, por medio de la presente les solicito comedidamente realizar un cambio en la facturación de los honorarios con corte 36 y 37 por motivo de cambio de mes, lo anterior conociendo que se presento el mismo antecedente con facturas anteriores, pero tanto interventoría como **ISVIMED** se comprometen a darle celeridad a las nuevas facturas con fechas de agosto”(sic)¹⁷⁸;

¹⁷³ FI 160.

¹⁷⁴ FI 165.

¹⁷⁵ FI 76.

¹⁷⁶ FI 219.

¹⁷⁷ FI 220.

¹⁷⁸ FI 8097.

- viii) Comunicación de la Interventoría **GUTIÉRREZ DIAZ Y CIA. S.A.** de fecha 27 de julio de 2018, correspondiente al corte de honorarios No. 37 presentada por el contratista **INSERCO** en la cual se manifiesta que “(...) *El día 18 de julio de año en curso se hizo la entrega aprobando los honorarios correspondiente a los cortes No. 36 y 37 al cliente (ISVIMED) y el día 27 de julio del mismo año el ISVIMED realiza la devolución solicitando el cambio en las fechas de las facturas. Esta interventoría realiza la devolución de estos para proceder con los cambio solicitado por el ISVIMED (sic)*”¹⁷⁹;
- ix) Comunicación de fecha 1 de agosto de 2017 donde el Director Administrativo y Financiero de **INSERCO**, remitió las facturas 6434 y 6435 y expresó “*Adjunto a la presente se hace entrega de las Facturas de Venta No. 6434 y 6435 correspondientes a los cortes de honorarios 37 y 38 respectivamente, dichas facturas se cambiaron por solicitud expresa del Isvimed y la Interventoría según el oficio 216-GDP-CC03-1728, radicado el 1 de Agosto de 2.017, a pesar de que las facturas iniciales se radicaron con suficiente tiempo para la revisión y aprobación. Se accede a la obligación legal de acuerdo con el concepto emitido por la DIAN y el cual les fue entregado en días anteriores en una situación similar a esta. En pro de no entorpecer el trámite del pago y teniendo en cuenta el hecho del cambio de la factura se solicita tramitar de forma eficiente las dos facturas anexas ante el Isvimed*”¹⁸⁰
- x) Comunicación de 22 de agosto de 2017 de la Interventoría **GUTIÉRREZ DIAZ Y CIA. S.A.**, en la que se expresa “*Me permito realizar la devolución de los honorarios corte No. 38 sin aprobación por instrucciones del ISVIMED.*” Anexa a esta comunicación aparece el memorando de 16 de agosto de 2017 rendido por el representante legal suplente de la firma Enfoque Jurídico SAS en la que se expresa “(...) *Analizados todos los antecedentes del contrato y la situación actual de mismo, el fundamento legal para la devolución de las facturas es la excepción del contrato no cumplido, por lo tanto, proponemos que las mismas sean devueltas con la siguiente anotación “Toda vez que el contrato que da lugar a la expedición de la factura fue incumplido por INSERCO S.A., el ISVIMED hace uso de la excepción de contrato no cumplido y no tramitará el pago de la factura*”¹⁸¹.
- xi) Facturas 6433, 6434, y 6435 de fecha 1 de agosto de 2017¹⁸².

¹⁷⁹ FI 221.

¹⁸⁰ FI 8193.

¹⁸¹ FI 222.

¹⁸² Fs. 223, 8100, 8120 y 8119.

- xii) Declaración de la señora **LAURA CRISTINA ISAZA GÁLVEZ**, quien en sus palabras como encargada de todo el seguimiento técnico, administrativo y económico del proyecto durante el periodo en que trabajó, manifestó:

“EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, GAVIRIA: ¿Y usted recuerda si ese porcentaje de honorarios que se habían pagado a INSERCO era o no proporcional al porcentaje de la obra que había sido ejecutada? LA DECLARANTE: Tuvo que haber sido proporcional porque ellos pasaban honorarios cada mes, y cuando yo recibí estaba pendiente de pagarles, creo, que uno o dos meses, que hubo un tema ahí con unas facturas, precisamente, pero de ahí hacia arriba se habían hecho todos los pagos mes a mes, se habían realizado los pagos.”

- xiii) Declaración del señor **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR**, donde manifestó

“PREGUNTADO: ¿Recuerda usted cuál era la situación de pagos a INSERCO en la fecha en que INSERCO suspende unilateralmente el contrato? CONTESTÓ: Sí, claro, a ver, la forma de pago del contrato consistía en lo siguiente, recuerde que el contrato es por Administración Delegada, entonces, el ISVIMED o la Interventoría autorizaba pagos de los subcontratistas, básicamente materiales y mano de obra, que cumplieran con los requisitos respectivos; INSERCO tenía el derecho al cobro de sus honorarios por administrar el proyecto. Para el 3 de febrero, hacía una semana o dos semanas mal contadas, que INSERCO había presentado el cobro y unas facturas de honorarios, facturas que la Interventoría había autorizado, y que en el momento en que INSERCO suspendió el contrato, como se puede observar, pues, había un plazo mínimo para el pago de estos honorarios, el plazo no se había cumplido, y pues, entonces estamos casi que a la orden del día, porque (...) faltaba ese pago y todavía estábamos dentro del plazo contractual; estamos a la orden del día, prácticamente, como se puede observar en oficios, inclusive, al respecto, que se hicieron después, que estábamos en el plazo del pago de los honorarios y fue una sola vez, que se cumplió más de 10 días, pero todavía dentro del plazo contractual”.

- xiv) Informe rendido por el representante legal del **ISVIMED** donde manifestó:

“13. Dirá si ISVIMED ya entregó al Fideicomiso Contratante los recursos correspondientes a las facturas Nos. 6433, 6434, 6435 y de los retenidos equivalentes al 10% del valor de todas las facturas por honorarios de INSERCO

Aunque es cierto que a la fecha en el fideicomiso existen recursos por el orden de \$362.215.835, el ISVIMED, toda vez que el contrato que da lugar a la expedición de las facturas fue incumplido por INSERCO S.A., hace uso de la excepción de contrato no cumplido y no tramitará ningún pago mientras no haya un pronunciamiento del Tribunal.

(...)

18. Precisaré si los originales de las facturas No. 6433, 6434 y 6435 están o no en poder del ISVIMED. En caso afirmativo indicará las razones por las cuales no devolvió las facturas a INSERCO con el sello de radicado, una vez las recibió.

Las facturas 6434 y 6435 fueron radicadas mediante comunicación con radicado 7103 del 4 de agosto de 2017 y se aportan con la presente diligencia. La factura 6433 no fue

radicada en el ISVIMED ya que se recomendó a la Interventoría que no se procediera con el trámite de pago invocando la excepción de contrato no cumplido.

El ISVIMED informó que las anteriores facturas no serían pagadas en vista de que el contrato que da lugar a su expedición fue incumplido por INSERCO S.A., haciendo uso legítimamente de la excepción de contrato no cumplido y por lo tanto no tramitó el pago de las mismas.

19. Indicará si INSERCO ya pagó las facturas No. 6433, 6434 y 6435. En caso afirmativo adjuntará los soportes de pago correspondientes; y en caso negativo manifestará las razones por las cuales dichas facturas no han sido pagadas.

No se pagaron, por la excepción de contrato no cumplido. INSERCO no cumplió sus obligaciones.

Es importante precisar que el pago de las facturas lo realizaba Alianza Fiduciaria, como vocera del Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA 2 Montaña B8 y 9 y Mirador de la Cascada y no INSERCO como se describe en la pregunta.

Las facturas relacionadas fueron expedidas en el mes de agosto de 2017, es decir seis (6) meses después de la terminación del contrato, con lo que en el mes de agosto de 2017, cuando fueron radicadas, ya se conocía por el ISVIMED el estado de incumplimiento del contrato, puesto que al 04 de febrero de 2017 no se cumplió con el objeto del mismo por parte de INSERCO, así como tampoco se presentó en la obra para el recibo de la misma, diligencia que era obligatoria al 04 de febrero de 2017.

Además, la suspensión unilateral del contrato por parte de INSERCO el 03 de febrero de 2017 configura un supuesto más de incumplimiento por parte del administrador delegado. Bajo el anterior entendimiento, el ISVIMED, toda vez que el contrato que da lugar a la expedición de la factura fue incumplido por INSERCO S.A., hizo uso de la excepción de contrato no cumplido y no tramitó el pago de las facturas.

Teniendo en cuenta que según el artículo 1602 del Código Civil los contratos son ley para las partes y que estas deben ejecutarlos de buena fe (artículo 871 del código de comercio y artículo 1603 del código civil), el ordenamiento ha permitido que cuando una de las partes del contrato sea requerido para el cumplimiento de una obligación, esta se pueda oponer cuando su contraparte le ha incumplido primero, debiendo haber actuado de otra forma.

La facultad de una de las partes de interponer la excepción de contrato no cumplido se desprende de la lectura del artículo 1609 del código civil.

(...)

En el presente caso se cumplieron los supuestos necesarios para excepcionar el contrato no cumplido y por lo tanto no proceder con el pago de las facturas: i) Existencia de un contrato con obligaciones recíprocas, como es el caso del contrato de obra por administración delegada celebrado entre el Fideicomiso e INSERCO, ii) Incumplimiento real y efectivo de una de las partes, y que además sea determinante, y iii) Que la parte que lo invoca no sea quien haya tenido a su cargo la prestación que debió ejecutarse primero.

El presupuesto de incumplimiento gravoso por parte de INSERCO esta ostensiblemente evidenciado en la demanda presentada ante el Tribunal, basado básicamente en: i) Que

al 04 de febrero de 2017 no se cumplió con el objeto del contrato ni se acudió a la diligencia obligatoria de recibo de las obras, ii) la suspensión unilateral, abusiva y de mala fe que presentó INSERCO un día antes de la finalización del plazo contractual, sin tener fundamento legal o contractual para el ejercicio de dicha facultad.

Por otra parte, el ISVIMED como se anotó no estaba en mora de pago de honorarios ni de costos reembolsables para la fecha en que INSERCO decidió la suspensión del contrato, así como tampoco el ISVIMED ha requerido a INSERCO por las actividades que la Interventoría le comunicó que se suspenderían.

Con lo anterior se fundamenta porque el ISVIMED no ha procedido con la autorización para el pago de dichas facturas, puesto que conoció del incumplimiento del contrato de obra por administración delegada y procedió a solicitar la liquidación judicial del mismo, y por lo tanto las sumas adeudas a INSERCO deben ser objeto de compensación”.

En la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Construcción por el Sistema de Administración delegada, se regularon los efectos de la terminación del Contrato en los siguientes términos:

“VIGÉSIMA SÉPTIMA. TERMINACIÓN: EL CONTRATISTA deberá ser notificado mediante escrito motivado proveniente de **EL CONTRATANTE**, su decisión de terminar el contrato. Éste escrito deberá ser notificado con 30 días de anticipación a la fecha que en el mismo escrito **EL CONTRATANTE** establezca como finalización del contrato.

*Si el contrato no se termina por causas imputables a **EL CONTRATISTA**, éste tendrá derecho a los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato, a las indemnizaciones correspondientes y a todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato o con ocasión del mismo, previa aprobación de **LA INTERVENTORÍA** y el **ISVIMED**. En tal virtud **EL CONTRATISTA**, **EL CONTRATANTE** e **ISVIMED** suscribirán un acta en la que indiquen los trabajos comprometidos y ejecutados, su cantidad y el material entregado y puesto en obra.*

*Si el contrato, se terminare por causas imputables a **EL CONTRATISTA**, éste no tendrá derecho a indemnización alguna en su favor, pero si al pago de los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato y de todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato y con ocasión del mismo, previa aprobación de **LA INTERVENTORÍA** y el **ISVIMED**; en este caso se podrán hacer efectivas las garantías constituidas, se cobrará la cláusula penal, la multa e igualmente las demás sumas a las que haya lugar si con el incumplimiento de **EL CONTRATISTA** se llegaren a generar perjuicios.*

*El no pago oportuno de honorarios y gastos reembolsables por parte de **EL CONTRATANTE**, faculta a **EL CONTRATISTA** para suspender el contrato, debiendo **EL CONTRATANTE** reconocerle y pagarle los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha de la suspensión y las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato o con ocasión del mismo, e intereses de mora a la tasa máxima legal permitida; pasado un mes de la suspensión, **EL CONTRATISTA** podrá dar por terminado el contrato y tendrá derecho a los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la*

*ejecución del contrato, así mismo tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes y a los pagos a favor de terceros a los que se hace referencia en este párrafo”.*¹⁸³

Es importante resaltar, tal como se trató anteriormente, que **ALIANZA FIDUCIARIA** en su escrito de 6 de enero de 2017 le notificó a **INSERCO** la terminación del Contrato a partir del 4 de febrero de 2017 invocando la causal del numeral 2 de la Cláusula Vigésima Séptima, disposición contractual que reconoce de manera expresa que: “Si el contrato, se terminare por causas imputables a **EL CONTRATISTA**, éste no tendrá derecho a indemnización alguna en su favor, pero sí al pago de los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato y de todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA**”.

De conformidad con la prueba reseñada y con la cláusula contractual citada, el Tribunal encuentra debidamente probado que las facturas 6433, 6434 y 6435 correspondían a prestaciones ejecutadas con anterioridad al 4 de febrero de 2017, sin que la parte Convocante haya cuestionado este hecho, y sin que la terminación del Contrato se erija en una causa justificativa para su impago.

Los incumplimientos que la parte Convocante le atribuye a **INSERCO** y que en su criterio habilitarían para la invocación de la excepción de contrato no cumplido, no son, en concepto del Tribunal, hechos justificativos para el no pago de las facturas en referencia, puesto que las mismas correspondían a obra efectivamente ejecutada.

La excepción de contrato no cumplido se configura con respecto a obligaciones recíprocas, vale decir, en las cuales las obligaciones se sirven recíprocamente de causas; y ese no es el supuesto que aquí se configura, dado que, la causación de los honorarios tenía como fundamento el avance de la obra, y las facturas en referencia fueron expedidas en razón de tal situación, sin que la misma sea puesta en duda por la parte Convocante.

En el presente caso y en los términos del Contrato celebrado, puede concluirse que la parte Convocante incurrió en mora en el pago de dichas sumas, por lo cual se ordenará su pago y el de los respectivos intereses moratorios comerciales a partir de la fecha de presentación de las mismas, es decir, a partir del día 1° de agosto de 2017. Tales intereses al 3 de marzo de 2021 ascienden a la suma de **CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/L (\$5.681.535)**, según la siguiente liquidación:

Vigencia	Brio. Cte.	Máxima Mensual	Tasa	Inserte en esta columna	LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO
----------	------------	----------------	------	-------------------------	-------------------------

¹⁸³ FI 110.

Desde	Hasta	Efec. Anual	Autorizada	Aplicable	capitales, cuotas u otros	Capital liquidable	Días	Intereses
1-ago-17	31-ago-17		1,5		0,00	0,00		0,00
1-ago-17	31-ago-17	21,98%	2,40%	2,403%	6.127.815,00	6.127.815,00	30	147.253,21
1-sep-17	30-sep-17	21,98%	2,40%	2,403%		6.127.815,00	30	147.253,21
1-oct-17	31-oct-17	21,15%	2,32%	2,323%		6.127.815,00	30	142.335,95
1-nov-17	30-nov-17	20,96%	2,30%	2,304%		6.127.815,00	30	141.204,32
1-dic-17	31-dic-17	20,77%	2,29%	2,286%		6.127.815,00	30	140.070,43
1-ene-18	31-ene-18	20,69%	2,28%	2,278%		6.127.815,00	30	139.592,33
1-feb-18	28-feb-18	21,01%	2,31%	2,309%		6.127.815,00	30	141.502,33
1-mar-18	31-mar-18	20,68%	2,28%	2,277%		6.127.815,00	30	139.532,54
1-abr-18	30-abr-18	20,48%	2,26%	2,257%		6.127.815,00	30	138.335,41
1-may-18	31-may-18	20,44%	2,25%	2,254%		6.127.815,00	30	138.095,68
1-jun-18	30-jun-18	20,28%	2,24%	2,238%		6.127.815,00	30	137.135,76
1-jul-18	31-jul-18	20,03%	2,21%	2,213%		6.127.815,00	30	135.632,63
1-ago-18	31-ago-18	19,94%	2,20%	2,205%		6.127.815,00	30	135.090,53
1-sep-18	30-sep-18	19,81%	2,19%	2,192%		6.127.815,00	30	134.306,58
1-oct-18	31-oct-18	19,63%	2,17%	2,174%		6.127.815,00	30	133.219,33
1-nov-18	30-nov-18	19,49%	2,16%	2,160%		6.127.815,00	30	132.372,26
1-dic-18	31-dic-18	19,40%	2,15%	2,151%		6.127.815,00	30	131.827,04
1-ene-19	31-ene-19	19,16%	2,13%	2,128%		6.127.815,00	30	130.370,58
1-feb-19	28-feb-19	19,70%	2,18%	2,181%		6.127.815,00	30	133.642,40
1-mar-19	31-mar-19	19,37%	2,15%	2,148%		6.127.815,00	30	131.645,19
1-abr-19	30-abr-19	19,32%	2,14%	2,143%		6.127.815,00	30	131.341,97
1-may-19	31-may-19	19,34%	2,15%	2,145%		6.127.815,00	30	131.463,28
1-jun-19	30-jun-19	19,30%	2,14%	2,141%		6.127.815,00	30	131.220,64
1-jul-19	31-jul-19	19,28%	2,14%	2,139%		6.127.815,00	30	131.099,28
1-ago-19	31-ago-19	19,32%	2,14%	2,143%		6.127.815,00	30	131.341,97
1-sep-19	30-sep-19	19,32%	2,14%	2,143%		6.127.815,00	30	131.341,97
1-oct-19	31-oct-19	19,10%	2,12%	2,122%		6.127.815,00	30	130.005,88
1-nov-19	30-nov-19	19,03%	2,11%	2,115%		6.127.815,00	30	129.580,10
1-dic-19	31-dic-19	18,91%	2,10%	2,103%		6.127.815,00	30	128.849,45
1-ene-20	31-ene-20	18,77%	2,09%	2,089%		6.127.815,00	30	127.995,84
1-feb-20	29-feb-20	19,06%	2,12%	2,118%		6.127.815,00	30	129.762,62
1-mar-20	31-mar-20	18,95%	2,11%	2,107%		6.127.815,00	30	129.093,11
1-abr-20	30-abr-20	18,69%	2,08%	2,081%		6.127.815,00	30	127.507,49
1-may-20	31-may-20	18,19%	2,03%	2,031%		6.127.815,00	30	124.445,74
1-jun-20	30-jun-20	18,12%	2,02%	2,024%		6.127.815,00	30	124.015,77
1-jul-20	31-jul-20	18,12%	2,02%	2,024%		6.127.815,00	30	124.015,77
1-ago-20	31-ago-20	18,29%	2,04%	2,041%		6.127.815,00	30	125.059,41
1-sep-20	30-sep-20	18,35%	2,05%	2,047%		6.127.815,00	30	125.427,29
1-oct-20	31-oct-20	18,09%	2,02%	2,021%		6.127.815,00	30	123.831,40
1-nov-20	30-nov-20	17,84%	2,00%	1,996%		6.127.815,00	30	122.292,66
1-dic-20	31-dic-20	17,46%	1,96%	1,957%		6.127.815,00	30	119.945,75
1-ene-21	31-ene-21	17,32%	1,94%	1,943%		6.127.815,00	30	119.078,65
1-feb-21	28-feb-21	17,54%	1,97%	1,965%		6.127.815,00	30	120.440,64
1-mar-21	3-mar-21	17,41%	1,95%	1,952%		6.127.815,00	3	11.963,62
Resultados >>						6.127.815,00		5.681.537,99
							SALDO DE CAPITAL	6.127.815,00
							SALDO DE INTERESES	5.681.537,99
TOTAL CAPITAL MÁS INTERESES ADEUDADOS								\$11.809.352,99

De acuerdo a lo anterior, la suma que se reconocerá a **INSERCO** por concepto de las facturas 6433, 6434 y 6435, correspondientes a los cortes de obra 36, 37 y 38 corresponde a la suma de **ONCE MILLONES OCHOCIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/L (\$11.809.353,00)**.

Con fundamento en lo expuesto, prosperarán las pretensiones 1.1. y 1.2. de la demanda de reconvención. En relación con la pretensión 1.3., el Tribunal se pronunciará al momento de decidir sobre la pretensión de liquidación del Contrato.

5.5. SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN CORRESPONDIENTE AL PAGO DE RETENIDOS, EN RELACIÓN CON LA DECLARATORIA DE LAS CONDICIONES PREVISTAS EN EL PARÁGRAFO DE LA CLÁUSULA OCTAVA DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA.

Plantea el demandante en reconvencción lo siguiente:

10. *En el párrafo de la Cláusula 8ª del contrato se acordó que del valor de cada factura por honorarios de INSERCO, el Contratante solo pagaría el 90% y retendría el 10% para pagarlo a INSERCO al finalizar la ejecución del contrato, previo cumplimiento de las condiciones acordadas en ese párrafo:*

PARÁGRAFO: *Se acuerda entre las partes que el último pago, correspondiente 10% del mismo, el cual es la suma de \$105.542.233, serán pagaderos una vez se haya entregado la obra al Instituto Social de Hábitat y Vivienda en Medellín – ISVIMED, suscripción del acta de liquidación y aprobación de las pólizas de estabilidad y certificado de habitabilidad. (negrillas fuera de texto)*

11. *De la facturación presentada por INSERCO por honorarios durante toda la ejecución del contrato, el Contratante retuvo las siguientes sumas a INSERCO:*

FACTURA	FECHA DE CREACIÓN	VALOR RETENIDO
6358	2016/07/27	\$ 7.116.026,00
6359	2016/07/27	\$ 11.459.638,00
6360	2016/07/27	\$ 1.086.307,00
6361	2016/07/27	\$ 7.030.551,00
6362	2016/07/27	\$ 24.311.857,00
6363	2016/07/27	\$ 43.594.948,00
6365	2016/07/27	\$ 33.796.822,00
6366	2016/07/27	\$ 15.295.253,00
6367	2016/07/27	\$ 3.214.571,00
6372	2016/09/29	\$ 6.068.118,00
6373	2016/09/29	\$ 3.854.433,00
6382	2016/10/28	\$ 4.421.167,00
6386	2016/12/14	\$ 3.185.801,00
6387	2016/12/22	\$ 9.697.833,00
6397	2017/02/07	\$ 2.783.254,00
6402	2017/04/20	\$ 2.691.255,00
6406	2017/04/20	\$ 2.074.367,00
6410	2017/06/13	\$ 1.799.458,00
6420	2017/06/21	\$ 693.961,00
6435	2017/08/01	\$ 148.105,00
6434	2017/08/01	\$ 243.604,00
6433	2017/08/01	\$ 252.308,00
TOTAL		\$ 184.819.636,00

12. *El Contratante y EL ISVIMED han impedido (lo que constituye un incumplimiento contractual de ambos)¹⁸⁴ que se cumplan las condiciones previstas el parágrafo de la Cláusula 8ª del contrato para devolver a INSERCO las sumas retenidas: entrega de la obra al ISVIMED; suscripción del acta de liquidación; aprobación de las pólizas de estabilidad; y expedición del certificado de habitabilidad.*
- 12.1 *En efecto, vencido el plazo de ejecución del contrato (febrero 4 de 2017), el Contratante e ISVIMED imposibilitaron la terminación del proyecto principalmente por: (i) falta de recursos económicos; (ii) no haber reparado los deterioros causados durante la suspensión; (iii) haber rechazado obra ejecutada por los subcontratistas, sin sustentación ni justificación; (iv) haber impedido el ingreso de INSERCO y de los subcontratistas a partir del 4 de febrero de 2017 a terminar los ajustes y detalles finales; (v) no haber adoptado medidas inmediatas para terminar los pendientes, bien fuera permitiéndolo a INSERCO, como ésta se lo propuso, o contratando al menos a un 3º para que lo hiciera; y (vi) porque para el 4 de febrero de 2017 no tenía reglamento de propiedad horizontal, ni licencia de construcción vigente, ni planos y diseños de obras de urbanismo esenciales, entre otras.*
- 12.2 *A partir del 4 de febrero de 2017, la Interventoría prohibió a INSERCO y a los subcontratistas ingresar al sitio de la obra. Por lo tanto, INSERCO quedó en imposibilidad de gestionar la ejecución de las obras faltantes de los subcontratistas, lo que quedó bajo la exclusiva responsabilidad del Contratante.*
- 12.3 *Desde el 6 de enero de 2017, el Fideicomiso contratante había comunicado a INSERCO que el 4 de febrero de 2017 terminaría el contrato de obra por administración delegada “por incumplimiento grave” de INSERCO.*
- 12.4 *Por consiguiente, la Contratante puso fin al mandato sin representación que tenía celebrado con INSERCO, con lo cual ésta perdió su facultad contractual de seguir obrando por cuenta y en interés del Fideicomiso Contratante en las gestiones para finalizar y liquidar los diferentes subcontratos que INSERCO había celebrado.*
- 13 *Las condiciones previstas en la Cláusula 8ª del contrato, de las cuales depende la devolución del valor retenido a INSERCO, no han podido cumplirse por causa exclusiva del Contratante y del ISVIMED y, por tanto, deben tenerse por cumplidas (Artículo 1538 inc. 3 código civil) cuando se venció el plazo de 2 meses acordado para ello (Cláusula 2ª, literal A, numeral 22 del contrato), para efectos de que el Contratante devuelva a INSERCO los retenidos.*
- 14 *La no devolución oportuna a INSERCO de los retenidos por honorarios genera intereses de mora a la tasa máxima mercantil, según lo pactado en la Cláusula 27 del contrato, dado que los “retenidos” hacen parte de los honorarios.¹⁸⁵*

Al respecto la parte demandada en reconvencción en su contestación planteó que no se cumplieron las condiciones contractualmente establecidas para el reembolso de los valores retenidos por concepto de honorarios, puesto que en el Contrato se estableció que tal obligación solo se causaría “(...) una vez se haya entregado la obra al Instituto Social de Vivienda (sic) en Medellín –

¹⁸⁴ En el literal C de la Cláusula 2ª del contrato, el ISVIMED asumió la siguiente obligación: “15. Recibir a satisfacción todos los productos del presente contrato, previo aviso de EL CONTRATISTA, para dicho efecto, realizando oportunamente todas las actas de recibo a satisfacción y las demás acciones tendientes a la liquidación del objeto del presente contrato”.

¹⁸⁵ Fl. 8293 a 8295.

ISVIMED, suscripción del acta de liquidación y aprobación de las pólizas de estabilidad y certificado de habitabilidad (...), sin que tales condiciones se hubieran cumplido ya que:

- *En el contrato de obra por el sistema de administración delegada se pactó que el **CONTRATANTE** recibiría (...) LA OBRA a través de EL INTERVENTOR a la finalización de la construcción, previo aviso de 15 días por parte de EL CONTRATISTA, realizando oportunamente todas las acciones tendientes a la liquidación de la obra. (...)*, no obstante, a fecha del 04 de febrero de 2017 no se había recibido comunicación alguna del contratista **INSERCO S.A.** en el cual informara que entregaría la obra al Interventor.

*Asimismo, es preciso señalar que la obra no ha sido recibida a satisfacción y, contrario a lo pretendido por el demandante en reconvencción, y como se prueba como los formatos diseñados por la interventoría **GUTIÉRREZ DÍAZ Y CÍA. S.A.** y avalados por **INSERCO S.A.** e **ISVIMED**, se realizó una serie de recorridos entre las partes (**INTERVENTORÍA, ISVIMED, INSERCO S.A.**) y se plasmó en estos formatos el estado en que quedaron a la fecha, los apartamentos, puntos limpios, cubiertas, fachadas, parqueaderos y urbanismo de los proyectos **MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA**, la obra no está ni cerca de estar terminada de manos de **INSERCO S.A.** a la fecha de contestación de la demanda en reconvencción.*

- *No existe aprobación de las pólizas de estabilidad de la obra toda vez que ni siquiera existe entrega de la obra totalmente terminada de manos de **INSERCO S.A.***
- *No existe emisión del certificado de habitabilidad o autorización de ocupación de inmueble de que trata el artículo 2.2.6.1.4.¹⁸⁶ del Decreto Único Reglamentario 1077 de 2015 del sector Vivienda, Ciudad y Territorio, pues ni siquiera la obra está totalmente terminada”.*

En este orden de ideas, es preciso entonces concluir que, no se han dado las condiciones contractuales pactadas para el pago del “retenido”, razón por la cual, no le asiste razón al demandante en reconvencción al sostener que existe un incumplimiento por parte de mis pro hijadas.

*Ahora bien, se destaca nuevamente que esta parte solicitó la liquidación judicial del contrato de construcción por el sistema de administración delegada, razón por la cual, cualquier suma de dinero adeudada a **INSERCO S.A.** deberá surtir los efectos legales de la compensación, sin que por ello pueda entenderse legítimamente justificado la*

¹⁸⁶ ARTÍCULO 2.2.6.1.4.1. Autorización de Ocupación de Inmuebles. “Es el acto mediante el cual la autoridad competente para ejercer el control urbano y posterior de obra certifica mediante acta detallada el cabal cumplimiento de:

1. Las obras construidas de conformidad con la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva otorgada por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente para expedir licencias, cuando se trate de proyectos que no requirieron supervisión técnica independiente.

2. Las obras de adecuación a las normas de sismo resistencia y/o a las normas urbanísticas y arquitectónicas contempladas en el acto de reconocimiento de la edificación, en los términos de que trata el presente decreto. Para este efecto, la autoridad competente realizará una inspección al sitio donde se desarrolló el proyecto, dejando constancia de la misma mediante acta, en la que se describirán las obras ejecutadas. Si estas se adelantaron de conformidad con lo aprobado en la licencia, la autoridad expedirá la Autorización de Ocupación de Inmuebles.

En ningún caso se podrá supeditar la conexión de servicios públicos domiciliarios a la obtención del permiso de ocupación y/o demás mecanismos de control urbano del orden municipal o distrital. Dicha conexión únicamente se sujetará al cumplimiento de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y sus reglamentaciones o a las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan.

Parágrafo. La autoridad competente tendrá un término máximo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud, para expedir sin costo alguno la Autorización de Ocupación de Inmuebles”.

situación jurídica de suspensión unilateral abusiva e incumplimiento del contrato acaecida el 03 de febrero de 2017 como tampoco justifican la situación de incumplimiento a las obligaciones principales y la causación de los daños y perjuicios deprecados en la demanda principal.

(...)

*Es preciso acotar que el incumplimiento del contrato de construcción se ha dado por parte de **INSERCO S.A.** quien no sólo suspendió de forma unilateral e injustificada, con claro abuso del derecho, la obra el día 03 de febrero de 2017, sino que, para el día 04 de febrero de 2017, fecha pactada para la entrega de las obras físicas del proyecto, estas no estaban concluidas al 100% y, contrario a lo manifestado por el actor en reconvención, existe prueba eficiente en la demanda principal que indica que la obra estaba lejos de estar terminada para dicha fecha.*

Asimismo, no puede ser de recibo la manifestación de la parte actora en reconvención toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1649 del Código Civil, el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba.

Además, en virtud del artículo 1627 del Código Civil, el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación y el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.

(...)"

En relación con este segundo grupo de pretensiones, en el informe rendido por el representante legal de **ISVIMED** en desarrollo del presente trámite arbitral se dijo:

"Respecto de los retenidos, debe tenerse en cuenta que en el párrafo de la cláusula octava del contrato de construcción por administración delegada celebrado entre INSERCO y el Fideicomiso se estipula que de cada factura se retendrá el 10, y que estos valores retenidos serán pagados al contratista -INSERCO- cuando se cumplan las siguientes condiciones: "(...) una vez se haya entregado la obra al Instituto Social de Vivienda en Medellín -ISVIMED-, suscripción del acta de liquidación y aprobación de pólizas de estabilidad y certificado de habitabilidad (...)", condiciones que no ocurrieron debido al incumplimiento de INSERCO y por lo tanto no era ni es procedente su pago".

Es claro entonces para el Tribunal que tal como se ha analizado a lo largo de este laudo, y en especial en el aparte de la demanda inicial reformada en el que se estudió la pretensión de incumplimiento, que el Contrato y las 424 unidades de vivienda objeto del mismo no fueron entregadas el día 4 de febrero de 2017, razón suficiente para considerar que no se tuvieron por cumplidas las demás condiciones previstas en el párrafo de la Cláusula Octava del Contrato objeto de análisis (suscripción del acta de liquidación, la aprobación de las pólizas de estabilidad y certificado de habitabilidad).

Si bien obran en el expediente comunicaciones relativas a la entrega de la obra¹⁸⁷ como es el caso de: i) la comunicación de 28 de febrero del 2017 remitida por **INSERCO**; ii) la comunicación de 3 de marzo del 2017 remitida por el **ISVIMED**; y iii) la comunicación de fecha 15 de marzo de 2017 remitida por el **ISVIMED**, ninguna de aquellas da cuenta del cumplimiento de dichas condiciones.

El artículo 1530 del Código Civil colombiano define una obligación condicional como aquella que depende de la ocurrencia o no de una condición (hecho futuro o incierto). De igual manera el artículo 1542 del mismo código dispone que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición o las condiciones que fueron previstas contractualmente para su nacimiento, lo cual como ya se dijo no se encuentra debidamente acreditado.

Por lo anterior el Tribunal al no haberse cumplido tales condiciones para el pago de ese 10% restante de los retenidos, procederá a denegar la totalidad de las pretensiones correspondientes a este grupo, sin perjuicio de lo que se resuelva al momento de la liquidación del Contrato.

5.6. TERCER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES: RELATIVAS AL PAGO DE LOS SERVICIOS DE BOMBEO INTERNO DE CONCRETO PRESTADOS POR INSERCO.

El tercer grupo de pretensiones de la demanda de reconvención reformada fue planteado de la siguiente forma:

“3.1. DECLÁRESE que El Fideicomiso Contratante está en mora de pagar a INSERCO los servicios de transporte interno de concreto (bombeo) cobrados mediante las facturas Nos. 6255, 6256, 6262, 6261, 6263, 6264, 6273, 6270, 6267, 6280, 6257, 6260, 6266, 6281 y 6286.

3.2. CONDÉNESE en consecuencia al Fideicomiso Contratante a pagar a INSERCO los valores de las facturas Nos. 6255, 6256, 6262, 6261, 6263, 6264, 6273, 6270, 6267, 6280, 6257, 6260, 6266, 6281 y 6286, por valor total de \$ 144.904.417, más los intereses de mora a la tasa comercial (1,5 veces el interés bancario corriente) desde la fecha en que el Fideicomiso Contratante quedó en mora de pagar cada una de esas facturas, hasta el pago de cada una de ellas. Esos intereses ascienden a la fecha (15 de febrero de 2019) a \$180.192.750,00, según liquidación que se adjunta en CD.

3.3. DECLÁRESE que el ISVIMED está obligado contractualmente a aportar al Fideicomiso Contratante el valor que le permita cancelar a INSERCO las facturas Nos. 6255, 6256, 6262, 6261, 6263, 6264, 6273, 6270, 6267, 6280, 6257, 6260, 6266, 6281 y 6286., más los intereses de mora comerciales causados, y CONDÉNESE en consecuencia al ISVIMED a pagar esos valores al Fideicomiso Contratante, con los

¹⁸⁷ Fls. 3302 a 3308.

intereses de mora que se causen desde que venció el plazo para pagarlas a INSERTO”.

Con respecto al tercer grupo de pretensiones principales, la Convocante respondió:

“FRENTE AL TERCER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES”

Me opongo a la prosperidad de las pretensiones principales relativas al pago de los servicios de bombeo toda vez que, en forma sucinta, podemos afirmar que si bien INSERTO S.A. expidió unas facturas con ocasión del negocio causal, estas fueron de forma irregular, y devueltas por el INTERVENTOR del contrato, faltando así, en primer lugar, con la característica principal que ostenta el título valor, de ser una obligación clara, expresa y exigible y en segundo lugar, con los requisitos establecidos en el Código de Comercio antes mencionados, lo que significa que para el presente caso no se dio una aceptación ni expresa ni tácita de las facturas conforme lo estipula el artículo 773 del Código de Comercio, modificado por el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008, que establece:

“ARTÍCULO 773. ACEPTACIÓN DE LA FACTURA: Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.

El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.

La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio si no reclamare en contra de su contenido bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.” (Negrilla y subraya para resaltar)

Una vez realizado el análisis de las normas en cita, en especial el artículo 774 del Código de Comercio sobre los requisitos formales del título valor factura, y de las quince (15) facturas aportadas con la demanda, procederemos a hacer las siguientes observaciones:

Para el nacimiento de la factura requiere de dos (2) personas, el vendedor, quien crea el título valor, y el comprador, quien, con su aceptación expresa o tácita, lo

perfecciona. En este caso, de las facturas identificadas con los números 6255, 6256, 6257, 6260, 6261, 6262, 6263, 6264, 6266, 6267, 6270, 6273, 6280, 6281 y 6286, no se evidencia una aceptación de la misma de forma expresa ni tácita por parte del comprador, o en su defecto de quien estuvo autorizado para recibir el servicio. Por el contrario, se observa que la factura tiene sello de recibido de la misma empresa creadora de la factura, es decir, del demandante INSERCO S.A., lo que conlleva a concluir una actuación temeraria y de mala fe por parte de este al pretender el pago de una factura sin el recibido de la parte compradora.

Las facturas 6255, 6256, 6257, 6261, 6262, 6263, 6264, 6266, 6267, 6270, 6273, 6280, 6281 y 6286, no cumplen con los requisitos de los numerales 20 y 30 del artículo 774 del Código de Comercio, en lo que refiere a la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente Ley y a las condiciones del pago.

De las facturas 6261, 6262, 6263, 6264, 6266, 6267, 6270, 6273, es importante indicar que la fecha de creación y la fecha de vencimiento fueron estipuladas el mismo día, sin indicar la hora de su vencimiento, conforme con el artículo 829 del Código de Comercio, razón por la cual, dichas facturas no se consideran válidamente como un título valor.

La factura número 62605 se tiene por no existente debido a que, la fecha de vencimiento fue un día antes a la de su creación. Es decir, es un título valor cuya exigibilidad es una fecha anterior a la del momento de su creación.

El negocio causal para la expedición de las facturas antes relacionadas tuvo origen en el contrato de construcción por el sistema de administración delegada, celebrado el 21 de febrero de 2013, entre FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PAZMONTAÑA B8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, como parte contratante, e INSERCO S.A., como contratista, a su vez, del negocio inserto en el Contrato No. OS-50900207-13 suscrito entre INSERCO S.A. como administrador delegado e INSERCO S.A. como contratista, el cual vemos, según Oficio No. 216-GDP-CC03-440 del día 11 de diciembre de 2014, el INTERVENTOR del proyecto no ha aceptado en integridad por las múltiples inconsistencias reseñadas en dicho oficio.

Asimismo, para el presente caso NO SE DIO UNA ACEPTACIÓN NI EXPRESA NI TÁCITA DE LAS FACTURAS conforme lo estipula el artículo 773 del Código de Comercio, modificado por el artículo 20 de la Ley 1231 de 2008, toda vez que, tanto las facturas como lo atinente al negocio causal ha sido rechazado vehementemente por el INTERVENTOR DEL CONTRATO quien es la persona autorizada contractualmente para dicha actividad, y la devolución se hizo por el reclamo expreso y directo frente a su contenido mediante devolución de la misma y de los documentos soporte del servicio según el caso, y bien puede entenderse que ello también constituiría un reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título INSERCO S.A. en su doble condición de administrador delegado y contratista (autocontrato) según los Contratos No. OS-509002-07-13 y OS-509002-07-14.”

Corresponde al Tribunal dilucidar el problema planteado, a partir de las afirmaciones y pruebas presentadas por las partes del proceso.

La Interventoría y el Fideicomiso argumentan que no existe razón contractual para pagar a **INSERCO** una suma mínima mensual por bomba y que no se pactó un arrendamiento de equipo. Sostienen que la Interventoría no autorizó los Otrosíes Número 3 y 4 en los que se cambian las condiciones contractuales con efecto retroactivo, por lo que no había razón para que **INSERCO** hiciera el cobro de precio mínimo por 4 bombas, lo que para la Interventoría significó que **INSERCO** modificó las condiciones contractuales, sin contar con su aquiescencia, por lo cual no autorizaba más pagos y descontaría cualquier pago en exceso a lo acordado inicialmente.

Por su parte, **INSERCO** sostiene que es un absurdo que después de terminar la ejecución del Contrato, la Interventoría pretenda desconocer el pago, cuando ya había aceptado pagar entre el 80% y el 82% de ambos contratos, y además nunca se opuso a que entraran y se utilizaran las bombas en los dos frentes.

Según **INSERCO**, los oficios ISVIMED 2014-157 del 6 de octubre de 2014 (para Cascada) e ISVIMED 2014-157 del 15 de octubre de 2014, explican las razones de su cumplimiento y las autorizaciones de la Interventoría para el ingreso de las bombas adicionales.

Para fundamentar su argumento sobre autorización de bombas adicionales, **INSERCO** afirma:

“El ingreso de bombas adicionales fue informado en el plan de contingencia presentado a ustedes y al ISVIMED tal como se muestra en el siguiente párrafo:

El oficio ISVIMED 2014-042-PLAN DE CONTINGENCIA, de marzo 4 de 2014, en el título Medidas a la fecha implementadas, punto 3, cita: “Con la autorización de ampliar los equipos de bombeo se cuenta con tres bombas en obra (lote 2- 1 bomba, lote 1 – 2 bombas”; y en el título Medidas en proceso de aplicación, punto 7, cita: “Dado que en el frente de las terrazas 5 y 6 se construirán simultaneas se requiere la inmediata autorización de una bomba adicional para el lote 2, la cual se abastecerá con concreto de argos, hacemos referencia nuevamente al oficio s272 en donde se indica el aval y consentimiento por parte del ISVIMED para que a través de una decisión conjunta se den las medidas de contingencia tomadas”

*En informe de marzo 11 de 2014, titulado “INFORME DE SEGUIMIENTO LA CASCADA”, en título Medidas aplicadas, numeral 7, cita: “Se realizó la contratación del cuarto equipo para el bombeo dada la necesidad de los vaciados simultáneos para el lote 2 torres 5 y 6, el cual empezaran a operar a partir del próximo lunes 17 de marzo en este frente”*Autorización ingreso de bombas adicionales:

En oficio ISVIMED No. S272 de fecha 2014-01-15 con asunto “Atrasos en la programación de los proyectos mirador de la Cascada y Montaña bloques 8y9”, cita: Según lo anterior el ISVIMED ha sido reiterativo en tomar conjuntamente las medidas

necesarias, para ello, en diferentes ocasiones se ha autorizado el alquiler de mayor número de equipos como es la formaleta metálica, el trabajo en horas extras como lo son los domingos y la subcontratación de mano de obra para la estructura, a lo cual Inserco respondió en oficio ISVIMED 2013-037-Rpta Isvimed Radicado S272, con fecha 2014-01-22 con asunto "ISVIMED 2014-037 respuesta a oficio atrasos en la programación de los proyectos Mirador De La Cascada Y Montaña Bloques 8 y 9, cita: Sin embargo con el reinicio del nuevo año, INSERCO S.A. implementando de nuevo el plan de contingencia planteando con la incorporación de nuevos contratistas para atender las terrazas y frentes con los mayores atrasos, además de incrementar los equipos y formaletas que se van a requerir, para lo cual ya se hicieron los acercamientos para tener dos juegos de formaletas más, otra bomba de concreto y ampliar los volúmenes de producción y suministro de concreto con la autorización de concreto premezclado de la firma Argos, en informe titulado Seguimiento La Cascada, con fecha marzo 11 de 2014, cita: en título Medidas Aplicada, numeral 7, Se realizó la contratación del cuarto equipo para bombeo dado la necesidad de los vaciados simultáneos para el lote No.2, torre 5 y 6 el cual empezaran a operar a partir del próximo lunes 17 de marzo en este frente".

Con fundamento y apoyo en el dictamen rendido por **CONCRETAR BOMBEO S.A.S., INSERCO** realiza un detallado análisis financiero sobre las condiciones de tiempo, valor, promedio diario y promedio mensual contratado, valor del metro cúbico de concreto, el mínimo mensual acordado, la facturación mínima acordada tanto diaria como mensual, para concluir que la única forma de alcanzar estos resultados era mediante la utilización simultánea de 4 bombas. Para justificar aún más su pretensión, **INSERCO** compara los rendimientos antes y después de las modificaciones introducidas a las condiciones iniciales del contrato suscrito para cada obra.

El Tribunal, para decidir sobre este grupo de pretensiones, debe observar lo siguiente:

Habiéndose dado cumplimiento al procedimiento establecido en el contrato de ejecución de obra por administración delegada, para la escogencia del subcontratista para el transporte interno de concreto para las obras Mirador de la Cascada y la Montaña, el 10 de septiembre de 2013 se suscribió entre **INSERCO** como administrador delegado e **INSERCO** como subcontratista, la orden de servicio OS-509010-07-13-13 para la obra la Montaña, en cuya cláusula primera, parte final, se acordó: " *el valor unitario del transporte interno de concreto es la suma de veintiocho mil pesos (\$28.000.00) y al final de la obra se debe cumplir con un mínimo en promedio de 700m³/mes, en caso de no llegar a este mínimo se debe hacer un ajuste.*"

Mediante Otrosí N° 1 del 29 de marzo de 2014 se amplió en 89 días, el plazo de entrega. Las demás condiciones permanecieron iguales.

Mediante Otrosí N° 2 del 6 de mayo de 2014 se amplió el valor. Las demás condiciones permanecieron iguales.

Mediante Otrosí N° 3 del 27 de mayo de 2014 se amplió el valor. Las demás condiciones permanecieron iguales.

El 1 de julio de 2014 se suscribió entre **INSERCO** administrador delegado e **INSERCO** subcontratista la orden OS-509010-10-14, modificando la parte final de la cláusula primera original de la siguiente forma: “*el valor unitario de transporte interno de concreto es la suma de veintinueve mil pesos por metro cúbico (\$ 29.000/mt3) con un mínimo de 425 m3/mes **por bomba***”. (negrilla por fuera del texto). Las demás condiciones permanecieron iguales.

Con respecto al Mirador de la Cascada, el 24 de septiembre de 2013 se suscribió entre **INSERCO** como administrador delegado e **INSERCO** como subcontratista, la orden de servicio OS-509002-07-13, en cuya cláusula primera parte final se acordó: “*el valor unitario del transporte interno de concreto es la suma de veintiocho mil pesos (\$28.000.00) y al final de la obra se debe cumplir con un mínimo en promedio de 700m3/mes, en caso de no llegar a este mínimo se debe hacer un ajuste*”.

Mediante Otrosí N° 1 del 26 de diciembre de 2013 se amplió en 90 días, el plazo de entrega. Las demás condiciones permanecieron iguales.

Mediante Otrosí N° 2 del 26 de mayo de 2014 se amplió el plazo en 90 días adicionales a los del contrato inicial y el Otrosí N°1. Las demás condiciones permanecieron iguales.

Mediante Otrosí N° 3 del 6 de mayo de 2014 se amplió el valor. Las demás condiciones permanecieron iguales

Mediante Otrosí N° 4 del 27 de mayo de 2014 se amplió el valor de la orden inicial y del Otrosí N° 3. Las demás condiciones permanecieron iguales.

El 1 de julio de 2014 se suscribió entre **INSERCO** administrador delegado e **INSERCO** subcontratista, la orden OS-509002-12-14, modificando la parte final de la cláusula primera original de la siguiente forma: “*el valor unitario de transporte interno de concreto es la suma de veintinueve mil pesos por metro cúbico (\$29.000/mt3) con un mínimo de 425 m3/mes **por bomba***” (Negrilla fuera del texto). Las demás condiciones permanecieron iguales.

Mediante comunicación de Interventoría del 5 de septiembre de 2014, se observa que a los contratos iniciales se adicionaron Otrosíes de ampliación de plazo, lo que,

en sentir de la Interventoría, constituye una contradicción con respecto a los argumentos que aduce **INSERCO** para ejecutar cobros mínimos por cuatro bombas. Agrega que la *“variación ejecutada unilateralmente entre el administrador y el subcontratista va en contra de todo procedimiento establecido contractualmente, lo que pone en grave riesgo la idoneidad de estas acciones.”*

Así las cosas, el Tribunal considera que para adoptar una decisión de fondo no es menester agregar más argumentos, pues del acervo probatorio del expediente surgen claros elementos de fondo para pronunciarse negativamente con respecto al tercer grupo de pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

Es claro que con autorización de la Interventoría y siguiendo los procedimientos propios del Contrato para ejecución de obra por el sistema de administración delegada, **INSERCO** como administrador delegado e **INSERCO** como subcontratista, bajo el esquema formal de órdenes de servicio, suscribieron los contratos pertinentes para el transporte interno de concreto, tanto para la obra Mirador de la Cascada como para la obra la Montaña. En sendos contratos se acordó la forma de pago a partir del valor unitario del transporte interno de concreto en la suma de \$28.000/m³, observando que al final de la obra se debía cumplir con un mínimo en promedio de 700 mt³/mes y en caso de no llegar a este mínimo se haría un ajuste.

En los varios Otrosíes suscritos entre **INSERCO** administrador delegado e **INSERCO** subcontratista, de manera unilateral y sin contar con la autorización de la Convocante o de la Interventoría, el administrador y el subcontratista acordaron cambiar las condiciones de remuneración, de manera que a partir de sendas órdenes suscritas el 1 de julio 2014 para el transporte interno de concreto para las obras antes mencionadas, se determinó que el valor unitario para este servicio sería de \$29.000/m³ con un mínimo de 424 m³/mes por bomba.

Las modificaciones no consultadas y sin aprobación de la parte contratante y la Interventoría cambiaban radicalmente las condiciones económicas de las órdenes, razón por la cual, ni **ISVIMED** como entidad pública, ni la Interventoría podían aprobar pagos con cargo a ese nuevo esquema contractual.

En cuanto al tema de las facturas presentadas para su cobro por parte de **INSERCO** y no autorizadas para su pago por la Interventoría, hay que tener en cuenta, de acuerdo con lo dispuesto por la cláusula primera del contrato original, en concordancia con la argumentación anteriormente expuesta, que las mismas debían ajustarse a la medida, valor y forma de pago establecidas en dicha cláusula y que cualquier cambio no aprobado por Interventoría, necesariamente lleva a que se pueda desconocer el negocio causal de las mismas.

Por otra parte, si bien **INSERCO** expidió unas facturas con ocasión del negocio causal, estas fueron devueltas por la Interventoría del Contrato, con el argumento de que las mismas no cumplían con las exigencias legales propias de todo título valor, de contener una obligación clara, expresa y exigible, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 773 del Código de Comercio, modificado por el artículo 20 de la Ley 1231 de 2008.

Es claro que en el caso bajo estudio no se dio una aceptación ni expresa ni tácita de las facturas, toda vez que, éstas fueron rechazadas por la Interventoría del Contrato, persona autorizada contractualmente para ello, por considerar que no se ajustaban a las exigencias de ley, como claramente lo expresa ésta en los documentos aportados. La devolución de las facturas y de los documentos soporte del servicio, también significó una especie de reclamo por la forma como **INSERCO** en su doble condición de administrador delegado y contratista, según los contratos no. OS-509002-07-13 y OS-509002-07-14, introdujo modificaciones al negocio causal sin la respectiva autorización de la Interventoría.

Independientemente de la discusión sobre el cumplimiento o no de las exigencias de cobro que consagra el Código de Comercio, el Tribunal se permite recordar, con fundamento en jurisprudencia ya reseñada del Consejo de Estado, que cuando las partes celebran modificaciones al contrato consienten en rehacer su relación contractual, sin que haya lugar a reclamaciones por situaciones precedentes, a menos que hubieren dejado una salvedad al respecto.

En el caso concreto, las partes acordaron la suspensión del Contrato, la reanudación del mismo, y le introdujeron diversas modificaciones a este, incluida la consignada en el documento de Adición N° 9, Ampliación N° 10 y Otrosí N° 3, sin que hubieran planteado salvedades, y en particular a lo que respecta a los servicios de transporte de bombeo, debiéndose resaltar que las facturas en las que se sustenta este grupo de pretensiones fueron expedidas con anterioridad a los actos que antes se relacionaron.

Por las razones expuestas, el Tribunal negará este grupo de pretensiones.

5.7. CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES: RELATIVAS A LA OBLIGACIÓN DE LOS DEMANDADOS DE PAGAR LOS DINEROS NECESARIOS PARA LIQUIDAR LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR INSERCO CON LOS SUBCONTRATISTAS.

En lo concerniente a este grupo de pretensiones el Tribunal encuentra que se han presentado diferentes visiones, así como multiplicidad de documentos relativos a los

subcontratos celebrados por los subcontratistas por parte de **INSERCO**, para lo cual se formulan inicialmente las pretensiones 4.1. y 4.2., las cuales piden la declaración de aspectos que aparecen en el Contrato, las cuales además en el desarrollo del proceso no han generado discusión o debate alguno por las partes. Estas fueron formuladas así:

“4.1. Declárese que por el contrato de construcción por administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, en el cual el Fideicomiso Contratante tenía la calidad de mandante, **INSERCO**, en calidad de mandatario sin representación, **debía celebrar los contratos** con los subcontratistas para ejecutar la obra, **obrando INSERCO** en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo del mandante **y declárese también** que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para pagar las obligaciones con los subcontratistas (cláusula 2ª, literal C, numeral 5).

4.2. Declárese, en consecuencia, **que el Fideicomiso** contratante, en su calidad de mandante, adquirió **la obligación de proveer** las sumas de dinero que le permitieran a su mandatario INSERCO cancelar sus obligaciones con los subcontratistas en ejecución de los respectivos subcontratos que celebró INSERCO en su propio nombre, pero por cuenta del Fideicomiso **y declárese también** que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5)”.

Sobre este punto la demandante en reconvención advierte en su demanda reformada que:

“3. El contrato fue celebrado bajo la modalidad de “construcción por administración delegada”, lo que implicaba, según las Consideraciones 11 y 12 y la Cláusula 1ª del contrato, que INSERCO:

*3.1. Se obligaba a poner toda su capacidad técnica y administrativa para ejecutar la obra, **siempre que tuviera los recursos económicos para hacerlo**, suministrados por ISVIMED.*

3.2. Obraría como mandatario sin representación para la celebración de los subcontratos y el manejo de los subcontratistas, es decir, en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo del Fideicomiso Contratante y con los recursos de ISVIMED”¹⁸⁸.

La demandada en reconvención en su escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada expresó al respecto:

“AL 3. ES CIERTO QUE, el contrato de obra se celebró bajo la modalidad de construcción por administración delegada.

AL 3.1. ES CIERTO QUE, el contratista **INSERCO S.A.** se obligó a poner toda su capacidad técnica y administrativa para ejecutar la obra y para ello, el **ISVIMED** a través del patrimonio autónomo y según el esquema comercial dispuesto en el contrato de administración delegada y sus modificaciones, dispuso de los recursos necesarios para la construcción de la obra.

AL 3.2. NO ES CIERTO COMO NARRA EL DEMANDANTE, y pasamos a precisar:

¹⁸⁸ Fl. 8344.

Las consideraciones 11 y 12 del contrato de construcción suscrito el 21 de febrero de 2013 disponen lo siguiente:

“(…) CONSIDERACIÓN DÉCIMA PRIMERA: Que **INSERCO S.A.**, en su calidad de contratista, asume las obligaciones propias del contrato de construcción en la modalidad de administración delegada sin representación, cuyas reglas están contenidas entre los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, en el decreto 2090 de 1989 y en el presente instrumento.

CONSIDERACIÓN DECIMA SEGUNDA. Teniendo en cuenta que el contrato de construcción por el sistema de administración delegada no se encuentra actualmente tipificado en la legislación colombiana, las partes consideran esencial definirlo en el presente instrumento a fin de identificar su naturaleza y el alcance de las obligaciones y derechos recíprocos.

Definición: Para todos los efectos se entenderá contrato de construcción por el sistema de administración delegada el mandato sin representación conferido por **EL CONTRATANTE**, al **CONTRATISTA**, para que ponga toda su capacidad técnica y administrativa a fin de que en su nombre, pero por cuenta y riesgo del **CONTRATANTE**, ejecute **LA OBRA**, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma; y como contraprestación recibe un reembolso para atender todos los costos directos, incrementados en una suma porcentual sobre los costos directos de la obra, por concepto de gastos de administración y utilidades. Los contratos celebrados entre el aquí contratista y terceros tendrán el carácter de subcontratos y serán de exclusiva responsabilidad del aquí contratista. (...)”

En este sentido, olvida **INSERCO S.A.** que en virtud del contrato de obra por el sistema de administración delegada los múltiples subcontratos que celebró, de conformidad con las cláusulas del contrato de obra, son de su exclusiva responsabilidad, tal como quedó pactado en el contrato de construcción por el sistema de administración delegada, especialmente en los numerales 9°, 16, 25, 27 y 29 del literal A de la cláusula segunda (...)”¹⁸⁹

Tal como han sido formuladas las anteriores pretensiones estas corresponden a aspectos que aparecen en el Contrato, a saber:

i) Desde el título mismo tal como se estudió en el aparte correspondiente del Laudo, el Contrato celebrado por las partes corresponde a un contrato de construcción por el sistema de administración delegada, el cual dispone expresamente en la definición que las partes le dan al mismo que:

*“Para todos los efectos se entenderá contrato de construcción por el sistema de administración delegada el mandato sin representación conferido por **EL CONTRATANTE**, al **CONTRATISTA**, para que ponga toda su capacidad técnica y administrativa a fin de que en su nombre, pero por cuenta y riesgo del **CONTRATANTE**, ejecute **LA OBRA**, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma; y como contraprestación recibe un reembolso para atender todos los costos directos, incrementados en una suma porcentual sobre los costos directos de la obra, por concepto de gastos de administración y utilidades. Los contratos celebrados entre el aquí contratista y terceros tendrán el carácter de subcontratos y serán de exclusiva responsabilidad del aquí contratista”.¹⁹⁰ (Subrayas fuera del texto original. Negritas propias del texto)*

¹⁸⁹ Fls. 8626 a 8627.

¹⁹⁰ Fl. 98.

ii) Tal como se indicó anteriormente en esta providencia, el **ISVIMED** en su condición de Coordinador del Proyecto se obligó a:

“5. Suministrar a EL CONTRATANTE los recursos necesarios para cubrir los honorarios y los gastos reembolsables de conformidad con el presupuesto, la programación de obra, el flujo de caja y el plan de inversiones”.

iii) La cláusula décima segunda del contrato dispone que:

“DÉCIMA SEGUNDA. PERSONAL DE LA OBRA: Las partes contratantes dejan expresa constancia de que los obreros, subcontratistas y demás trabajadores empleados en **LA OBRA**, no tienen relación jurídica directa con **EL CONTRATANTE**, sino con **EL CONTRATISTA** y que, en consecuencia, éste está obligado a atender con los fondos que **EL CONTRATANTE** le suministre, el pago de salarios, prestaciones, honorarios y demás obligaciones que le impone la respectiva legislación.”

En atención a la simple verificación que se hizo anteriormente y en los términos en los que están planteadas las pretensiones en comento, el Tribunal procederá a declarar la prosperidad de las pretensiones 4.1. y 4.2. antes mencionadas, sin que ello signifique que la Convocante tenga que asumir cualquier reclamación efectuada por un subcontratista o por un tercero a **INSERCO**, pues ello dependerá de la causa de la reclamación, pues si la misma es atribuible a culpa de la Convocada, la parte Contratante no tendría por que asumir tales consecuencias patrimoniales, conforme se explicó al resolver sobre las pretensiones sexta y octava de la demanda principal reformada.

5.7.1. SOBRE LA PRETENSIÓN DE QUE SE DECLARE QUE INSERCO CELEBRÓ SUBCONTRATOS EN SU NOMBRE, PERO POR CUENTA Y RIESGO DEL FIDEICOMISO.

A renglón seguido en las pretensiones de este cuarto grupo de pretensiones aparece la pretensión 4.3. en la cual se solicita que:

“4.3. Declárese que INSERCO, obrando como mandatario sin representación del Fideicomiso contratante (en ejecución del contrato celebrado el 21 de febrero de 2013 ya mencionado), celebró los siguientes subcontratos en su nombre, pero por cuenta y riesgo del Fideicomiso mandante:

12. Con Hidráulica y Saneamiento SAS
13. Con Proinsel SAS
14. Con Calorgas Medellín SAS
15. Con Coinsermaca SAS
16. Con Conhime SAS
17. Con Estructuras y Acabados JPP SAS
18. Con AHINCO S.A
19. Con Aldecco

- 20. *Con Disferro y Seguridad SAS*
- 21. *Con Infracon*
- 22. *Con Inversiones Flórez Briceño*¹⁹¹

En la demanda y en su contestación no se discute la existencia de los subcontratos celebrados con cada uno de los subcontratistas mencionados en la misma, mas sí sobre los saldos o valores que corresponden en favor o en contra de cada una de las partes.

Con respecto a dichos subcontratos, el Tribunal reconoce las siguientes situaciones:

- i) **HIDRAÚLICA Y SANEAMIENTO S.A.S.:** Si bien la pretensión habla de los subcontratos de manera indeterminada, encuentra el Tribunal que a pesar de dicha indeterminación obra en el expediente referencia a varios subcontratos celebrados con **INSERCO** como es el caso del contrato No. CSM-509002-10-13 en los que dicha sociedad aparece como “*CONTRATANTE Y ADMINISTRADOR DELEGADO: INSERCO S.A. COMO ADMON DELEGADO DEL FIDEICOMISO MACROPROYECTO PA2, MONTAÑA B8 Y MIRADOR DE LA CASCADA*”¹⁹². Aparecen también proyectos de actas de liquidación, facturas y multiplicidad de documentos dentro de los cuales también se mencionan varios contratos más como los CSM-509010-14-13, CSM50902-29¹⁹³.
- ii) **PROINSEL S.A.:** Tal como se dijo en el numeral anterior, si bien la pretensión habla simplemente de subcontratos, obran en el expediente multiplicidad de documentos relacionados con varios subcontratos celebrados con esta sociedad, como es el caso de los contratos de suministro No. 509010-27-16¹⁹⁴ y CSM-509010-07-13, en los cuales aparece como contratante **INSERCO** en su condición de administrador delegado **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PA2, MONTAÑA B8 Y MIRADOR DE LA CASCADA**. Además, fueron aportados y exhibidos documentos dentro de los cuales aparecen, actas de liquidación, cortes de obras y facturas¹⁹⁵.
- iii) **CALORGAS MEDELLÍN S.A.S:** Al expediente fueron aportados, en relación con este subcontratista, documentos relacionados con cortes de obra, actas de seguimiento, correos electrónicos relacionados con los subcontratos CSM-50902-34-16¹⁹⁶, CSM-509002-13-14¹⁹⁷, CSM-509010-1514¹⁹⁸, y 509010-28-

¹⁹¹ Fl. 8345.

¹⁹² Fl. 4806.

¹⁹³ Fls. 3541 a 3662 y 4796 a 5421.

¹⁹⁴ Fl. 5841.

¹⁹⁵ Fls. 3564 a 3604 5568 a 6095, 11630 a 11634.

¹⁹⁶ Fls 3631 a 3651.

¹⁹⁷ Fls 4508.a 45553.

¹⁹⁸ Fls 4554 a 4653.

16¹⁹⁹, muchos de ellos dirigidos al **ISVIMED** y a la Interventoría, algunos relativos a la liquidación. En la mayoría de los documentos, facturas y demás, se hace mención a **INSERCO** como administrador delegado del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PA2, MONTAÑA B8 Y MIRADOR DE LA CASCADA**.

El señor **EDILSON DE JESÚS RAMÍREZ BETANCUR**, en el desarrollo de su testimonio expresó con respecto a este subcontratista que:

“PREGUNTADO: ¿Recuerda ejemplos ilustrativos de esos casos en que no se cumplían las condiciones para devolución de los retenidos? CONTESTÓ: Claro que sí, por ejemplo, hay un contrato con CALORGAS, es una empresa que colocaba redes de gas. En el momento en que la Interventoría fue a hacer la liquidación final, cuantificó, se pudo observar que el contratista antes le debía antes recursos al proyecto. CALORGAS, otra empresa, a ver... CALORGAS es como la más evidente”.

- iv) **COINSERMACA S.A.S.:** Respecto de este subcontratista, aparecen documentos en el expediente que fueron aportados por las partes y otros objeto de exhibición de documentos, los cuales se relacionan entre otros con los contratos CPJ-509002-22-17 del 20 de enero del 2017²⁰⁰ y el contrato CPJ-509010-09-17²⁰¹ de la misma fecha del anterior.
- v) **CONHIME S.A.S.:** Respecto de esta sociedad aparece también una multiplicidad de documentos en el expediente, que fueron aportados o fueron objeto de exhibición de documentos²⁰², en los que aparecen los contratos No. 509002-3316²⁰³ y 509002-33-16²⁰⁴.
- vi) **ESTRUCTURA Y ACABADOS JPP S.A.S.:** En el expediente aparecen varios documentos relacionados con los subcontratos celebrados con esta sociedad, dentro de los cuales se encuentra la copia del expediente remitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, iniciado por esta sociedad contra **INSERCO S.A.** y el **ISVIMED**²⁰⁵, el cual se relacionan con el CONTRATO CPJ-590002-0213 de 2014.
- vii) **AHINCO S.A.:** Al proceso se aportó copia de la solicitud de conciliación y de la demanda presentada por esta sociedad frente a **INSERCO**, y fueron exhibidos diferentes documentos relacionados con los Contratos CSM-509010-06-13 y CS-509002-0913.

¹⁹⁹ Fls 4654 a 4731.

²⁰⁰ Fls. 6863 a 6918.

²⁰¹ Fls. 6919 a 6927.

²⁰² Fls. 3811 a 3832.

²⁰³ Fls. 4351 a 4368.

²⁰⁴ Fls. 4569 a 4773.

²⁰⁵ Fs 1157 a 11364.

- viii) **ALDECCO**: Se allegaron al proceso documentos relacionados con el contrato celebrado entre **INSERCO** y esta sociedad, y con el pago de las facturas presentadas por el suministro de formaletería. También se aportó, en la diligencia de exhibición de documentos, copia de la demanda ejecutiva presentada por esta sociedad²⁰⁶.

A este contrato se hizo referencia en la declaración del señor **JUAN DAVID COLORADO OSORIO**.

- ix) **DISFERRO & SEGURIDAD S.A.S.**: En el expediente obran diferentes órdenes de compra, así como actas de reuniones²⁰⁷, y varias facturas que se indica no han sido pagadas por parte de **INSERCO**, las cuales dan cuenta de la existencia del subcontrato.
- x) **INFRACON**: Fue aportada al expediente la factura de venta No. 00014, que fue devuelta por la Interventoría al no tener aprobado el PMT (Plan de manejo de tránsito), lo cual conllevó a que no se autorizara el movimiento de maquinaria, volquetas y demás equipos, en especial el *“transporte retroexcavadora 120 del 16 al 02 de febrero del 2017”*.
- xi) **INVERSIONES FLÓREZ BRICEÑO**: Respecto de este subcontratista en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención se expresa que: *“Los subcontratistas aquí descritos se encuentran con facturas no aceptadas por concepto de reposición de formaletería ya que de acuerdo al contrato celebrado con el administrador delegado encontramos la cláusula 1”*.

Sobre el mismo subcontratista fueron aportados varios documentos dentro de los cuales se encuentra la Comunicación del 4 de septiembre de 2015 dirigida por **INSERCO** a la Interventoría informando el valor que debía descontarse a los contratistas de obra y a la empresa de vigilancia por la pérdida de equipos de propiedad de Flórez Briceño²⁰⁸.

Sobre varios de los subcontratistas contenidos en la pretensión objeto de análisis encuentra el Tribunal que de acuerdo con el dicho de la testigo **PAOLA ANDREA MAZO MEJÍA**, quien ingresó como residente técnica administrativa y participó en las mesas de trabajo que se adelantaron entre las partes de este proceso y al respecto expresó:

“LA DECLARANTE: Bueno, muchas gracias. Bueno, quedaron nueve contratos, según, pues, como el listado que yo tengo acá, nueve contratistas por liquidar, habían contratistas

²⁰⁶ Fls 3890 a 3907

²⁰⁷ Fls. 3909 a 3929

²⁰⁸ Fl. 3834.

que tenían cuatro contratos, por ejemplo, Hidráulica y Saneamiento, que es H&S, pues, como se conoce la empresa, tenía cuatro contratos; tenía saldos, pues, a favor, habían unos anticipos que no se habían amortizado pero también había una devolución de Rete Garantías, entonces, al cruzar esa amortización y esa Rete Garantías le quedaba un saldo a favor; lo mismo pasaba con PROINCEL, que era el contratista, pues, eléctrico, y tenía un contrato que no se le había terminado de amortizar el anticipo, pero tenía ya unas cuentas de cobro porque se había logrado avanzar con la liquidación de esos contratos, que eran de Montaña, justamente, y al hacer los cruces, digamos, de estos estados, pues, contables, también les daba un saldo a favor. Estos dos contratistas de los que hablaba no tuvieron ninguna liquidación de contrato, estaban, pues, pendientes ya CALORGAS, también tenía una devolución de Rete Garantías pendiente. COINSERMACA, que era un contratista de mano de obra, fue digamos, uno con los que menos se pudo avanzar porque él tenía un corte pendiente, entonces, al tener un corte pendiente no se podía avanzar, digamos, en tema de papelería y conciliación, pues, contable, entonces, si tenía corte pendiente no se podía todavía hacer o iniciar el proceso de la liquidación, lo mismo pasaba con COLIME. Inversiones Flóreatenia unas facturas que estaban pendientes por pagar, lo mismo ALDECO, DISFERRO Y SEGURIDAD también tenía unas facturas pendientes, al igual que INFRACOL. Estos contratista que acabo, pues, de mencionar, son los que faltaban por liquidar, tanto de Cascada como de Montaña”.

Tal como se relata y de las pruebas que obran en el expediente se puede concluir que los contratos mencionados y contenidos en esta pretensión fueron celebrados por **INSERCO** en su condición de administrador delegado y en los términos contenidos en el contrato objeto de análisis por lo que está pretensión meramente declarativa y verificatoria de hechos, prospera.

5.7.2. SOBRE LA PRETENSIÓN DE QUE SE DECLARE QUE EL FIDEICOMISO DEBE REEMBOLSAR TODAS LAS SUMAS DE DINERO A LA FECHA DEL LAUDO QUE HAYA PAGADO INSERCO A LOS SUBCONTRATISTAS.

El Tribunal en primer lugar procederá a analizar la primera parte de la pretensión 4.4. que establece:

*“**Declárese** en consecuencia que **cualquier suma que para el momento del laudo haya sido pagada por INSERCO** a los subcontratistas mencionados, o a los empleados de éstos por la solidaridad laboral, por razón de una reclamación extrajudicial o judicial de esos subcontratistas o empleados contra INSERCO para el pago de obligaciones surgidas de los subcontratos celebrados con INSERCO, **debe ser reembolsada** por el Fideicomiso contratante a Inserco, incluyendo capital, intereses, multas, y gastos en que deba incurrir INSERCO para atender la reclamación y **declárese también** que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5)”*

Teniendo en cuenta que se trata de una pretensión meramente declarativa e indeterminada, el Tribunal encuentra que no obra en el expediente la constancia de pago realizado a los subcontratistas o empleados indicada, lo cual es el presupuesto para declarar el reembolso aquí impetrado, razón por la cual se procederá a denegar.

A renglón seguido la pretensión 4.4., establece:

“En consecuencia, **CONDÉNESE** al Fideicomiso contratante a **reembolsar** a **INSERCO las sumas que ésta haya pagado** a las personas mencionadas hasta el momento del laudo, **incluyendo** en todos los casos capital, intereses, multas y gastos por la reclamación y **condénese también** al **ISVIMED** a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5), incluyendo las siguientes sumas que según la documentación de **INSERCO** se le adeuda actualmente a los subcontratistas y/o empleados de los subcontratistas, sin perjuicio de otras sumas que posteriormente demuestren que se les adeudan:

CONTRATISTA/ PROVEEDOR	CONTRATO	RETENIDO	POR AMORTIZAR	TOTAL	OBRA	TOTAL A FAVOR DE CONTRATISTA
Hidráulica y Saneamiento S.A.S.	CSM- 509002-29- 16	\$16,363,407	\$ 53,437,940	\$ 37,074,533	C	Cascada: \$2,373,631 Montaña: \$16,539,964 TOTAL: \$18,913,595
	CSM- 509010-14- 13	\$16,038,476	\$ 12,743,450	-\$ 3,295,026	M	
	CSM- 509002-10- 13	\$39,448,164		-\$ 39,448,164	C	
	CSM- 509010-25- 16	\$13,244,938		-\$ 13,244,938	M	
Proinsel S.A.S.	CSM- 509002-05- 13	\$46,950,164	\$ 56,870,111	\$ 9,919,947	C	Cascada \$8,521,176 por amortizar Montaña \$33,139,585 TOTAL: \$24,618,409 Interventoría hace descuento de Factura 5511 \$27,563,304. Quedando un saldo a reintegrar de \$2,944,942
	CSM- 509002-30- 16	\$44,270,075	\$ 42,871,304	-\$ 1,398,771	C	
	CSM- 509010-27- 16			-\$ 5,575,525	M	

	CSM-509010-07-13			-\$ 27,563,791	M	
Calorgas Medellín S.A.S.	CSM-509002-34-16	\$ 15,217,381		-\$ 15,217,381	C	Retenido Cascada \$22,778,276 Retenido Montaña: \$14,009,261 TOTAL: <u>\$36,787,537</u>
	CSM-509002-13-14	\$ 7,560,895		-\$ 7,560,895	C	
	CSM-509010-15-14	\$ 2,976,681		-\$ 2,976,681	M	
	CSM-509010-28-16	\$11,032,580		-\$ 11,032,580	M	
Conisermaca S.A.S.	CPJ-509002-22-17			-\$ 6,145,589	M	TOTAL: <u>\$9,030,235</u>
	CPJ-509010-09-17			-\$ 2,884,646	C	
Conhime S.A.S.	509002-33-16	\$ 14,122,342		-\$ 15,296,583	C	TOTAL: <u>\$15,296,583</u>
Inversiones Flórez Briceño	001-2014			-\$ 66,146,727	C	TOTAL: <u>\$66,146,727</u>
ALDECCO				-\$ 33,109,930	C	Reposición de equipo \$55,837,454 Pendiente saldo de Alquiler de equipo SALDO TOTAL APROXIMADO <u>\$150,000,000</u>
				-\$ 22,727,524	M	
Disferro y Seguridad S.A.S.				-\$ 3,534,580	C	\$ 4,098,094
				-\$ 563,760	M	
Infracon				-\$ 11,238,480	C	\$ 11,238,480

RETENIDO	POR AMORTIZAR	TOTAL PAGAR A CONTRATISTAS Y PROVEEDORES
\$ 213,102,761	\$ 180,045,147	-\$241,967,091

Teniendo en cuenta que, en la segunda parte de esta pretensión, se formula una solicitud consecencial, al haberse denegado la primera parte que corresponde a una pretensión declarativa, esta debe igualmente ser desestimada.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal tal como lo dispuso en el aparte correspondiente al análisis de la pretensión séptima de la demanda inicial reformada, encuentra que los documentos aportados por la parte Convocada respecto de diversos subcontratistas no permiten determinar el estado concreto de cada uno de los subcontratos, por lo cual reitera que dicho aspecto requería de una prueba técnica especializada, que dentro del presente trámite arbitral se echa de menos, en la medida que no existe prueba que permita determinar el “estado contable, administrativo, técnico, jurídico y financiero” de dichos subcontratos.

Llama la atención del Tribunal lo indicado al final de esta pretensión al establecer que “sin perjuicio de otras sumas que posteriormente demuestren que se les adeudan”. Al respecto es importante tener en cuenta lo que de manera reiterada ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia y en especial en Sentencia de 7 de diciembre de 2017 en la cual se dijo:

“Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994-26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01).

Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende”²⁰⁹

²⁰⁹ SC20448-2017Radicación n° 47001-31-03-002-2002-00068-01.

De acuerdo con lo antes expuesto, el Tribunal no puede acoger una pretensión que se basa en meras eventualidades relacionadas con controversias más propias del subcontrato que del Contrato que es objeto de estudio.

Para el Tribunal, en la medida que no existe prueba de las sumas que solicita reconozca a los subcontratistas (a pesar del cúmulo de documentos aportados por las partes), no es posible con el material probatorio existente conocer el estado actual de cada uno de los subcontratos mencionados, lo cual conlleva a denegar la presente pretensión.

5.7.3. SOBRE LA PRETENSIÓN DE QUE SE DECLARE QUE EL FIDEICOMISO DEBE REEMBOLSAR A INSERCO TODAS LAS SUMAS DE DINERO QUE CON POSTERIORIDAD AL LAUDO DEBA ASUMIR EN RAZÓN DE LOS SUBCONTRATOS CELEBRADOS.

Por último, corresponde analizar la pretensión 4.5, la cual se transcribe a continuación:

*“4.5. Declárese en consecuencia también que **cualquier suma que con posterioridad al laudo arbitral deba ser pagada** por INSERCO a los subcontratistas mencionados o a los empleados de éstos por la solidaridad laboral, por razón de una reclamación extrajudicial o judicial de esos subcontratistas o empleados contra INSERCO para el pago de obligaciones surgidas de los subcontratos celebrados con INSERCO, **debe ser pagada** por el Fideicomiso Contratante **directamente en manos** de los reclamantes (subcontratistas y empleados de éstos), **o subsidiariamente, debe ser pagada en manos de Inserco** para que ésta haga el pago al reclamante; incluyendo en todos los casos capital, intereses, multas y gastos por la reclamación y **declárese también** que el ISVIMED está contractualmente obligado a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5).*

*En consecuencia, **CONDÉNESE** al Fideicomiso contratante **a pagar directamente** en manos de los reclamantes (subcontratistas o empleados de subcontratistas) las sumas que INSERCO deba pagar a dichos reclamantes con posterioridad al laudo arbitral, o **subsidiariamente a pagarlas en manos de Inserco** para que ésta haga el pago al reclamante, incluyendo en todos los casos capital, intereses, multas y todos los gastos por la reclamación y **condénese también** al ISVIMED a suministrar al Fideicomiso los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (cláusula 2ª, literal C, numeral 5)”.*

Si bien obra prueba documental que da cuenta de procesos judiciales promovidos en contra de **INSERCO** ante el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín y el Tribunal Administrativo de Antioquia, así como la solicitud de conciliación presentada por el subcontratista **AHINCO** referida en la pretensión 4.3., el Tribunal, en consonancia con lo resuelto al dirimir la pretensión sexta y octava de la demanda principal reformada, estima que se configura la excepción de petición antes de tiempo, pues no se conoce el

resultado de dichas controversias, el cual sería determinante para poder emitir una decisión de fondo.

VI. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA EN RECONVENCIÓN
--

La parte Convocante (demandada en reconvención) propuso las siguientes excepciones de mérito frente a las pretensiones de la demanda principal reformada: i) Excepción de contrato no cumplido, ii) Inexistencia de mora por parte del fideicomiso contratante o el **ISVIMED**; iii) Abuso del derecho – incumplimiento de lo pactado; iv) Cobro de lo no debido – enriquecimiento sin causa v) Pago – compensación; v) Buena fe; vi) Ejecución de mala fe del Contrato por **INSERCO S.A.** – mora del contratista; vii) Cumplimiento defectuoso del Contrato – incumplimiento del Contrato; viii) No se reclamó desequilibrio contractual en la oportunidad debida; ix) Inexistencia de causa para el cobro por rechazo directo del negocio jurídico causal (referido al contrato de bombeo), y x) Deber de declarar cualquier excepción que resulte probada en el proceso – declaración de oficio.

El Tribunal procederá respecto de las excepciones planteadas por la demandada en reconvención a realizar el análisis de las mismas teniendo en cuenta las planteadas por las partes; y cualquier hecho que se haya probado en el proceso y que constituya una excepción, incluso sin que haya sido alegada por las partes.

Como ya se dijo en este Laudo al analizar las excepciones formuladas contra la demanda reformada, no cualquier oposición a las pretensiones puede configurar una excepción, ni el rótulo que la parte le asigne al medio de defensa alegado lo que determina la existencia de una verdadera excepción.

De las “excepciones” propuestas por la demandada en reconvención solo pueden considerarse como verdaderas excepciones las de: i) excepción de contrato no cumplido; ii) abuso del derecho – incumplimiento de lo pactado; iii) cobro de lo no debido – enriquecimiento sin causa; iv) pago – compensación; v) buena fe; vi) ejecución de mala fe del Contrato por **INSERCO S.A.** – mora del contratista.

Las demás “excepciones” alegadas corresponden a razones de oposición a las pretensiones de la demanda reformada, cuyo fundamento quedó desvirtuado en el análisis realizado por el Tribunal, sobre los presupuestos de las pretensiones.

En efecto, el Tribunal reitera: i) el pago de las facturas 6433, 6434 y 6435 correspondían a prestaciones ejecutadas y que de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula Vigésimo séptima del Contrato debían reconocerse al administrador delegado al momento de la terminación del contrato; ii) se realizaron actuaciones

tendientes al pago de dichas facturas con posterioridad al 4 de febrero de 2017; iii) la nueva emisión de las facturas se debió a una instrucción recibida por parte de **INSERCO**.

En consecuencia, se procede a resolver las excepciones de mérito propuestas por la parte Convocada, a las que atribuye técnicamente tal carácter.

6.1. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

En relación con la excepción de contrato no cumplido, si bien en aparte anterior del Laudo se decretó el incumplimiento del Contrato por parte de **INSERCO** en los términos y condiciones antes expresados por el Tribunal, tal como se analizó previamente en atención a que se trata de un contrato bilateral y lo pactado expresamente por las partes, mal podría el Tribunal considerar que prestaciones ejecutadas y honorarios ya causados por **INSERCO** e instrumentadas en las facturas antes mencionadas no debían ser canceladas en los estrictos términos fijados por las partes en el contrato.

Sobre la excepción de contrato no cumplido la Corte Suprema de Justicia ha expresado que:

“(...) la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) regulada en el canon 1609 de la misma obra, a cuyo tenor ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

“Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.”²¹⁰

La excepción de contrato no cumplido habilita a que no se cumplan las obligaciones que constituyen una contraprestación de la obligación incumplida en cabeza de la otra parte, pero no tiene como efecto que se puedan dejar de cumplir obligaciones exigibles con antelación al incumplimiento, tal como ocurre en el presente caso, en la medida que como se reitera las facturas aludidas corresponden a prestaciones ejecutadas antes del 4 de febrero de 2017, es decir, fueron previas al incumplimiento general del contrato por parte de **INSERCO**, lo cual llevó a que se desarrollaran todas las actividades correspondientes para su pago tal como aparece en las pruebas antes mencionadas, por parte del **ISVIMED** y de la Interventoría.

²¹⁰ Sentencia de 29 de noviembre de 1978, reiterada en SC de 4 sep. 2000 rad. 5420. Sentencia SC4420 de 2014, rad. 2006-00138. Sentencia SC6906 de 2014, rad. 2001-00307-01.

Por las razones expuestas no se reconocerá la excepción de mérito formulada.

6.2. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE PAGO.

No se configura esta excepción, dado que la propia parte Convocante reconoce que las facturas 6433, 6434 y 6435 no han sido solucionadas.

6.3. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN.

Una vez analizadas las pretensiones de la demanda de reconvención, tal como se anunció previamente, la excepción de compensación se tendrá en cuenta en la liquidación del contrato, toda vez que prosperó la pretensión correspondiente al pago de las facturas 6433, 6434 y 6435, así como al pago de los intereses de mora causados a partir del 1° de agosto de 2017 por parte del Fideicomiso, y la obligación del **ISVIMED** de realizar el fondeo para el pago de las sumas correspondientes.

Por lo que, los efectos de la compensación alegada habrán de tenerse en cuenta en sede de liquidación del Contrato.

6.4. SOBRE LAS DEMÁS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

Los demás medios exceptivos propuestos no tienen la aptitud de enervar las pretensiones que se acogen correspondientes al primer grupo, pues no constituyen medios extintivos de las obligaciones dinerarias insolutas que se reconocen.

En efecto, ni el abuso del derecho, ni la buena fe de la parte contratante, ni la mala fe de la parte contratista tienen la vocación de impedir la exigibilidad de las obligaciones dinerarias causadas a favor de **INSERCO**.

Finalmente, es claro que dichas obligaciones tienen causa en el Contrato ejecutado y su cobro está plenamente fundamentado.

Por ello, se desestimarán las demás excepciones propuestas.

6.5. PRONUNCIAMIENTO OFICIOSO SOBRE EXCEPCIONES.

El Tribunal no encuentra demostrados en el proceso hechos configurativos de excepciones no alegadas por la parte Convocante que pudieran impedir la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada que se acogen, excepto lo planteado con respecto a la pretensión 4.5. de la demanda de reconvención reformada, frente a la cual se configura la excepción de petición antes de tiempo.

VII. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

En la pretensión quinta de la demanda principal reformada la parte Convocante solicitó: “*Que como consecuencia de las declaraciones deprecadas en los numerales anteriores, el Tribunal proceda a liquidar el contrato de construcción por el sistema de administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, teniendo en cuenta sus declaraciones y condenas*”.

En consideración al objeto del litigio, a que el Contrato celebrado entre las partes terminó el 4 de febrero de 2017, y a que las mismas no se han puesto de acuerdo sobre su liquidación, el Tribunal encuentra procedente disponer sobre la misma.

Para efectos de la liquidación deben tenerse en cuenta las decisiones adoptadas en relación con las pretensiones de la demanda principal reformada y de la demanda de reconvencción reformada, y en particular los conceptos y valores que en el Laudo se han reconocido a favor de cada una de las partes a título de indemnización de perjuicios, de cláusula penal y de las facturas no pagadas a **INSERCO** por la parte Convocante.

Igualmente, la liquidación del Contrato impone reconocerle a **INSERCO** el valor de las sumas que le fueron retenidas por concepto de honorarios durante su ejecución, con fundamento en lo acordado por las partes en la Cláusula Vigésima Séptima de éste, la cual -en lo que interesa para el asunto que se analiza- es del siguiente tenor:

*“**VIGÉSIMA SÉPTIMA. TERMINACIÓN:** (...) Si el contrato no se termina por causas imputables a **EL CONTRATISTA**, éste tendrá derecho a los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato, a las indemnizaciones correspondientes y a todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato o con ocasión del mismo, previa aprobación de **LA INTERVENTORÍA** y el **ISVIMED**. En tal virtud **EL CONTRATISTA, EL CONTRATANTE** e **ISVIMED** suscribirán un acta en la que indiquen los trabajos comprometidos y ejecutados, su cantidad y el material entregado y puesto en obra.*

*Si el contrato, se terminare por causas imputables a **EL CONTRATISTA**, éste no tendrá derecho a indemnización alguna en su favor, pero si al pago de los honorarios causados por los trabajos ejecutados hasta la fecha en que se previó terminar la ejecución del contrato y de todas las sumas a cargo de **EL CONTRATISTA** y a favor de terceros, como subcontratos, compras o gastos de acuerdo a este contrato y con ocasión del mismo, previa aprobación de **LA INTERVENTORÍA** y el **ISVIMED**; en este caso se podrán hacer efectivas las garantías constituidas, se cobrará la cláusula penal, la multa e igualmente las demás sumas a las que haya lugar si con el incumplimiento de **EL CONTRATISTA** se llegaren a generar perjuicios”.*

Conforme a dicha cláusula **INSERCO** tiene derecho al pago de los honorarios causados hasta la fecha de terminación del Contrato, aún cuando la terminación obedeciera a una causa imputable al administrador delegado.

En el proceso se demostró que a **INSERCO** se le retuvo por concepto de honorarios causados por su gestión la suma de **CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/L (\$184.819.363,00)**, teniendo derecho a su restitución conforme a las consideraciones precedentes, y en razón a que se trató de retenidos por la gestión efectivamente realizada.

Respecto de dicha suma no se reconocen intereses moratorios teniendo en cuenta que el derecho a la restitución es una consecuencia de la liquidación del Contrato, la cual solo se está efectuando en el Laudo, y sin que para el 4 de febrero de 2017 se hubieran cumplido las condiciones contractualmente pactadas para su restitución.

Se dispondrá la indexación de la suma que se reconoce por concepto de restitución de honorarios retenidos, en la misma forma en que se ordenó la actualización de la cláusula penal.

La referida suma de **\$184.819.363,00**, indexada, tiene un valor de **DOSCIENTOS SEIS MILLONES VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS VEINTIÚN PESOS M/L (\$206.022.721,00)**.

Dado que existen condenas a favor de **ALIANZA FIDUCIARIA** como vocera del Patrimonio Autónomo **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 - MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** como parte Contratante, y que a su vez, existen condenas a favor de **INSERCO** y en contra de la Contratante, habrá de reconocerse el fenómeno jurídico de la compensación.

Es de advertir que en la liquidación del Contrato no pueden reconocerse multas derivadas de la mora en la entrega de la obra -como se pide en los alegatos de conclusión presentados por la parte Convocante- dado que las mismas no fueron objeto de una pretensión por la parte demandante, sin que tal punto hubiera sido objeto de controversia en el proceso.

De acuerdo a lo anterior, la liquidación del contrato tendrá en cuenta las siguientes sumas de dinero:

- A cargo del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** y a favor de **INSERCO** se reconoció:
 - i) la suma de **DOSCIENTOS SEIS MILLONES VEINTIDÓS MIL**

SETECIENTOS VEINTIÚN PESOS M/L (\$206.022.721,00) por concepto de restitución de honorarios retenidos; y ii) la suma de **ONCE MILLONES OCHOCIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/L (\$11.809.353,00)** por concepto de las facturas 6433, 6434 y 6435.

- A cargo de **INSERCO** y a favor del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** se reconoció la suma de: i) **DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/L (\$240.547.797,00)** por concepto de cláusula penal; y ii) la suma de **CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS M/L (\$46.514.205,00)** por concepto de mayor valor de la obra por los gastos de vigilancia.
- A cargo de **INSERCO** y a favor del **ISVIMED** se reconoció la suma de **TRESCIENTOS CINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$305.263.131)** por concepto de la indemnización por los subsidios de arrendamiento.

Conforme se dejó expuesto en acápite precedente, el pago efectuado por **CONFIANZA** se imputará a las condenas indemnizatorias impuestas a **INSERCO** y a favor del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** que se encuentren amparadas por el seguro de cumplimiento en virtud del cual la Compañía Aseguradora fue vinculada al proceso.

En consecuencia, se declarará extinguida por pago la suma de **CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS M/L (\$46.514.205,00)** por concepto de mayor valor de la obra por los gastos de vigilancia.

Las obligaciones a cargo de **INSERCO** y a favor del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** serán compensadas con las condenas impuestas a cargo del Patrimonio Autónomo y a favor de la Convocada principal.

Efectuada la anterior compensación judicial se encuentra que corresponde a **INSERCO** reconocer al **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** la suma de **VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/L (\$22.715.723,00)**.

Finalmente, **INSERCO** deberá reconocer al **ISVIMED** la suma de **TRESCIENTOS CINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y**

UN PESOS M/L (\$305.263.131) por concepto de la indemnización por los subsidios de arrendamiento.

VIII. JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 206 del Código General del Proceso, quien pretenda en su demanda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos y mejoras, debe realizar bajo juramento, en forma razonada y mediante la discriminación de cada uno de los conceptos reclamados, una estimación de los mismos.

El juramento estimatorio formulado con arreglo a la Ley dispone en la norma antes citada, está llamado a convertirse en prueba del monto reclamado si el demandado, en el término de traslado respectivo no lo objeta. Esto implica que cuando el juramento estimatorio no es objetado o la objeción no satisface las exigencias legales (indicación de la inexactitud atribuida), en principio dicho juramento estimatorio se transforma en la prueba de la cuantía reclamada y queda el demandante exonerado de acreditar el quantum de sus perjuicios a través de otros medios de prueba.

En el presente caso ambas partes tanto en la contestación de la demanda inicial reformada, como en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención reformada objetaron de manera fundada el juramento estimatorio, ante lo cual el Tribunal procedió a surtir el trámite previsto en la ley.

Por lo que, una vez objetado el juramento estimatorio por la parte demandada y demandada en reconvención, dentro del término y en la forma señalado en el estatuto procesal, ya no puede tenerse en cuenta como medio de prueba, tal como lo ha explicado el Tribunal precedentemente.

La Ley establece dos hipótesis en las cuales el juramento estimatorio genera la aplicación de sanciones pecuniarias en contra de la parte que lo ha formulado:

1. Cuando *“la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada”*, caso en el cual *“se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”*, dicha sanción opera cuando la pretensión indemnizatoria que fue objeto de juramento estimatorio logra prosperidad, pero en una proporción que no alcanza al cincuenta por ciento (50%) de la suma estimada, es decir, cuando lo probado resulta inferior en dicho porcentaje a lo jurado.

2. Cuando “se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”, caso en el cual la sanción “equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”, el cual opera cuando se nieguen las súplicas de la demanda y ello obedezca exclusivamente a la falta de demostración del perjuicio solicitado.

Es del caso resaltar que, ninguna de las sanciones contempladas opera automáticamente, sino que debe analizarse si quien formuló el juramento estimatorio obró con temeridad o mala fe, pues así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 2013, en la que indicó que “[e]sta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano”. Esto implica, el análisis subjetivo de la conducta desplegada por la parte Convocante y en este caso además de la Convocada al formular la demanda de reconvención.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013, al momento de analizar la constitucionalidad de la sanción prevista en el párrafo de la disposición, expresó que:

“si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba”, no puede operar la sanción en comento, habida cuenta de que con ello se vulneraría “el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte”. Esta posición fue recogida en la reforma legal introducida por la Ley 1743 de 2014, que modificó el referido párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso y agregó que “La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Realizadas las anteriores precisiones de orden conceptual, encuentra el Tribunal que en este caso no hay lugar a aplicar ninguna de las sanciones contempladas en el artículo 206 del Código General del Proceso, a pesar de que los montos que se ordenarán y reconocerán son inferiores a los jurados en las respectivas demandas, debido a que no encuentra el Tribunal mala fe, temeridad, descuido ni negligencia en la conducta procesal desplegada por las partes al formular el juramento estimatorio en relación con los rubros reclamados en la demanda inicial y en la reconvención.

Por las razones expuestas, no se impondrán las sanciones establecidas en la norma referida.

IX. SOLICITUD ESPECIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el concepto rendido en la audiencia de alegaciones²¹¹ el Agente Especial del Ministerio Público solicitó al Tribunal compulsar *“copias ante los organismos de Control Fiscal para que se investigue una eventual responsabilidad por detrimento patrimonial del Estado dentro de la imperfecta ejecución contractual que fue objeto de revisión a través del curso del proceso”*.

Se encuentra procedente acceder a la petición formulada por el Procurador Judicial en razón de los intereses jurídicos que involucra el Contrato, el cual se financió con recursos públicos.

X. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con el artículo 361 del Código General del Proceso: *“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”, y “serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente...”*.

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 365 ibídem, en los procesos en que haya controversia se condenará en costas a la parte vencida.

De la letra de este numeral 1º, surge evidente el criterio objetivo que domina la directriz para imponer costas; basta que una de las partes sea vencida, sin que se requiera efectuar juicio de valoración acerca del comportamiento procesal de quien debe sufrir la condena.

La legislación civil no realizó una definición concreta acerca de las costas. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-539 de 1999, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, realizó la siguiente precisión:

“...las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial etc.), y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, los cuales – vale la pena precisarlos – se

²¹¹ FI 11916 a 11936.

decretan a favor de la parte y no de su representante judicial. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es el juez quien, de manera discrecional, fija la condena por este concepto con base en los criterios establecidos en el artículo 393-3 del Código de Procedimiento Civil ...”.

Valorado el resultado del litigio, se aprecia que la parte vencida es **INSERCO**, teniendo en consideración las pretensiones de la demanda principal reformada y de la demanda de reconvenición reformada que prosperaron, así como la cuantía de las condenas que se están reconociendo.

Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, estima el Tribunal que corresponde imponer condena en costas en contra de **INSERCO**, pero no por la totalidad, si no en una suma equivalente al 20% de las mismas, es decir, reducidas en un 80%, teniendo en cuenta que solo prosperaron de manera parcial las pretensiones de la demanda principal reformada.

Procede, entonces, el Tribunal a liquidar las costas para lo cual es importante recordar que ellas están compuestas tanto por las expensas o gastos generados por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho.

En cuanto al primer rubro, es necesario considerar que de acuerdo con lo regulado en el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso, solamente puede imponerse condena en costas respecto de las sumas que se encuentren debidamente acreditadas en el expediente.

En el proceso solamente hay prueba del pago efectuado por la parte Convocante de las sumas correspondientes al 100% de los honorarios y gastos del Tribunal, teniendo en cuenta que **INSERCO** no pagó en la oportunidad dispuesta para ello. Al respecto, la parte Convocante solicitó la expedición de la certificación para su cobro prevista artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, motivo por el cual el único rubro que se tendrá en cuenta es el 50% de las expensas pagadas es el correspondiente al 50% de dichos honorarios.

Por lo anterior, la liquidación de las expensas es la siguiente:

Honorarios de los Árbitros (50%)	\$182.499.684,00
Honorarios del Secretario (50%).	\$30.416.614,00
Gastos del Administración del Centro de Arbitraje (50%)	\$30.416.614,00
Otros gastos	\$5.000.000,00

TOTAL:	\$248.000.000,00
20% de las expensas	\$49.666.582,00

En el expediente no hay constancia de otros costos pagados por parte del demandante, razón por la cual, por no estar debidamente acreditados, el Tribunal no hará ningún reconocimiento.

En relación con las agencias en derecho debe darse aplicación a lo establecido en el Acuerdo PSAA-16- 10554 del Consejo Superior de la Judicatura, que tratándose de procesos declarativos determina que estas deben fijarse en un rango entre el 5% y 15% del valor de las pretensiones de la demanda, entendiendo el Tribunal que el parámetro debe ser el de las condenas efectivamente reconocidas.

Con base en tales pautas se fijan las agencias en derecho en la suma de **CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$50.000.000)**, cifra que está dentro del rango establecido en el Acuerdo citado.

De acuerdo a lo anterior, la suma a favor de la parte Convocante, por concepto de costas incluyendo las agencias en derecho asciende a la suma de **NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/L (\$99.666.582,00)**.

XI. DECISIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal Arbitral conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA 2 MONTAÑA B8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** y **EL INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN e INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A.** administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y en desarrollo de la habilitación expresamente otorgada por las partes, con el voto unánime de sus miembros,

RESUELVE:

PRIMERO. DENEGAR la tacha formulada por la parte Convocante respecto del testimonio del señor **SANTIAGO JARAMILLO GIRALDO**.

SEGUNDO. ACOGER la pretensión primera de la demanda principal reformada. En consecuencia, **DECLARAR** que **INSERCO** incumplió el Contrato de Construcción por el sistema de administración delegada celebrado con el **FIDEICOMISO**

MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA y el ISVIMED.

TERCERO. DECLARAR probada la excepción de pago, que enerva parcialmente la pretensión tercera de la demanda principal reformada, en lo concerniente al mayor valor de obra por gastos de vigilancia respecto del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA.**

CUARTO. ACOGER parcialmente la pretensión tercera de la demanda principal reformada. En consecuencia, **CONDENAR** a **INSERCO** a pagar al **ISVIMED** la indemnización de los perjuicios patrimoniales derivados de su incumplimiento contractual, por la suma de **TRESCIENTOS CINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$305.263.131,00).**

QUINTO. DENEGAR parcialmente la pretensión tercera de la demanda principal reformada, en cuanto al reconocimiento de la indemnización de los demás perjuicios patrimoniales reclamados, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO. DENEGAR la pretensión cuarta de la demanda principal reformada, concerniente a reconocer a la parte Convocante los sobrecostos futuros por arrendamientos temporales.

SÉPTIMO. DENEGAR las pretensiones sexta y octava de la demanda principal reformada declarando parcialmente probada la excepción de petición antes de tiempo en la forma explicada en la parte motiva de la providencia.

OCTAVO. DENEGAR la pretensión séptima de la demanda principal reformada.

NOVENO. ACOGER la pretensión novena de la demanda principal reformada. En consecuencia, **CONDENAR** a **INSERCO** al pago de la cláusula penal sancionatoria a favor del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA**, por la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/L (\$ 240.547.797,00).**

DÉCIMO. DECLARAR la falta de competencia del Tribunal para dirimir la pretensión décima de la demanda principal reformada.

UNDÉCIMO. DESESTIMAR las excepciones de mérito formuladas por la parte Convocada, con excepción de la de compensación reconocida en sede de liquidación del Contrato.

DUODÉCIMO. ACOGER la pretensión 1.1. de la demanda de reconvención reformada. En consecuencia, **DECLARAR** que el **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** incurrió en mora en el pago de las facturas 6433, 6434 y 6435.

DÉCIMO TERCERO. ACOGER la pretensión 1.2. de la demanda de reconvención reformada. En consecuencia **CONDENAR** al **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** a pagar a **INSERCO** la suma de **SEIS MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS M/L (\$6.127.815,00)** por concepto de las facturas 6433, 6434 y 6435, más los intereses de mora liquidados hasta la fecha del pago, los cuales para el 3 de marzo de 2021, fecha del presente Laudo, ascienden a la suma de **CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/L (\$5.681.535)**.

DÉCIMO CUARTO. DESESTIMAR la pretensión 1.3. de la demanda de reconvención reformada.

DÉCIMO QUINTO. DENEGAR las pretensiones 2.1., 2.2., 2.3. y 2.4. de la demanda de reconvención reformada.

DÉCIMO SEXTO. DENEGAR las pretensiones 3.1., 3.2. y 3.3. de la demanda de reconvención reformada.

DÉCIMO SÉPTIMO. ACOGER la pretensión 4.1. de la demanda de reconvención reformada. En consecuencia, **DECLARAR** que por el Contrato de Construcción por administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013, en el cual el Fideicomiso Convocante ostentaba la calidad de mandante, **INSERCO**, en calidad de mandatario sin representación, debía celebrar los contratos con los subcontratistas para ejecutar la obra, obrando **INSERCO** en su propio nombre, pero por cuenta y riesgo del mandante.

DÉCIMO OCTAVO. ACOGER la pretensión 4.2. de la demanda de reconvención reformada. En consecuencia, **DECLARAR** que el **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** se obligó contractualmente a proveer las sumas de dinero que le permitieran a **INSERCO** cancelar las obligaciones con los subcontratistas y **DECLARAR** que el **ISVIMED** se obligó contractualmente a suministrar al fideicomiso

los dineros necesarios para cubrir tales obligaciones, **con el alcance establecido en la parte motiva de la providencia.**

DÉCIMO NOVENO. ACOGER la pretensión 4.3. de la demanda de reconvención reformada. En consecuencia, **DECLARAR** que **INSERCO** celebró contratos con **HIDRÁULICA Y SANEAMIENTO SAS, PROINSEL SA, CALORGAS MEDELLÍN SAS, COINSERMACA SAS, CONHIME SAS, ESTRUCTURAS Y ACABADOS JPP SAS, AHINCO S.A, ALDECCO, DISFERRO Y SEGURIDAD SAS, INFRACON e INVERSIONES FLÓREZ BRICEÑO** actuando como mandatario sin representación del Fideicomiso contratante.

VIGÉSIMO. DENEGAR la pretensión 4.4. de la demanda de reconvención reformada, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

VIGÉSIMO PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de petición antes de tiempo con respecto a la pretensión 4.5. de la demanda de reconvención reformada.

VIGÉSIMO SEGUNDO. DESESTIMAR las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada en reconvención, con excepción de la compensación reconocida en sede de liquidación del Contrato.

VIGÉSIMO TERCERO. ACOGER la pretensión quinta de la demanda principal reformada. En consecuencia, **LIQUIDAR** judicialmente el Contrato de Administración delegada celebrado el 21 de febrero de 2013 entre **INGENIEROS SERVICIOS CONSTRUCTIVOS S.A. "INSERCO", ALIANZA FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA 2 MONTAÑA B8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** y el **INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DE MEDELLÍN "ISVIMED"**.

VIGÉSIMO CUARTO. En consecuencia con la declaración anterior:

24.1. DECLARAR que operó parcialmente el fenómeno jurídico de la compensación entre la obligación de pago de la cláusula penal a cargo de **INSERCO**, y las obligaciones a cargo del **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** de pagar el valor de las facturas 6433, 6434 y 6435 con sus intereses moratorios y la restitución de los honorarios retenidos.

24.2. CONDENAR a **INSERCO** a pagar al **FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2-MONTAÑA B-8 Y 9 Y MIRADOR DE LA CASCADA** la suma de **VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS**

VEINTITRÉS PESOS M/L (\$22.715.723,00), correspondiente al valor insoluto resultante de la compensación.

24.3. REITERAR que **INSERCO** debe pagar al **ISVIMED** la suma de **TRESCIENTOS CINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$305.263.131)** por concepto de indemnización por los subsidios de arrendamiento.

VIGÉSIMO QUINTO. CONDENAR a **INSERCO** en favor de la parte Convocante a pagar la suma de **NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/L(\$99.666.582,00)**, por concepto de costas del proceso, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho liquidadas.

VIGÉSIMO SEXTO: ACCEDER a la solicitud del Agente Especial del Ministerio Público y **ORDENAR** que se compulsen copias de la actuación procesal a la Contraloría General de Medellín.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Decretar la causación y pago a los árbitros y al secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios, los cuales deberán ser cancelados por la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida su aclaración, corrección o complementación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012.

VIGÉSIMO OCTAVO. Decretar el pago de la contribución especial arbitral de que trata el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016 que modificó los artículos 17 a 22 de la Ley 1743 de 2014, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los honorarios pagados a los Árbitros y al Secretario, el cual deberá consignarse en la Cuenta del Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, al día siguiente a la ejecutoria del laudo arbitral o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

Remítase copia del pago de la contribución especial arbitral al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia para los efectos de información del pago que trata la Ley 1743 de 2014.

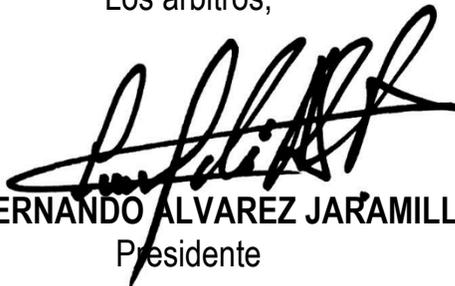
VIGÉSIMO NOVENO. Ordenar la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a la parte actora de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos de Funcionamiento del Tribunal".

TRIGÉSIMO. Ordenar el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, una vez se encuentre en firme esta providencia.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de Ley y con destino a cada una de las Partes y al Ministerio Público.

Notifíquese y Cúmplase,

Los árbitros,

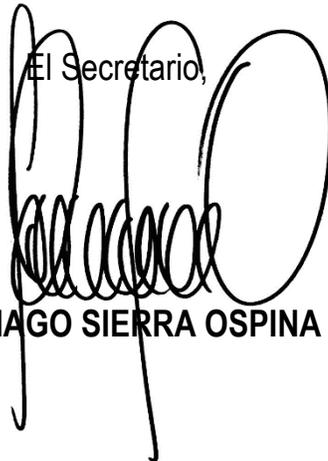


LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente

Juan Carlos Gaviria Gómez
JUAN CARLOS GAVIRIA GÓMEZ

Carlos Humberto Mayorca
CARLOS HUMBERTO MAYORCA

El Secretario,



SANTIAGO SIERRA OSPINA