

Tribunal de Arbitramento

Pópulus Ltda.

v.

Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza

Febrero 21 de 2005

Laudo Arbitral

En Bogotá, D.C., a los veintiún (21) días del mes de febrero de dos mil cinco (2005), siendo las ocho y treinta de la mañana (8:30 a.m.), se reunieron en la sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, los doctores Álvaro Barrero Buitrago, quien preside, Janeth Vargas Amaya y Gabriel Ibarra Pardo, árbitros, al igual que el secretario Mario Posada García Peña, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo. Así mismo asistieron el apoderado de la parte demandada, Dr. Hernán Antonio Barrero Bravo y el doctor Nelson Serrano Vega, Procurador Noveno Judicial Administrativo.

Agotado el trámite previsto en la ley y encontrándose en la oportunidad para hacerlo, se profiere en derecho el laudo arbitral que pone fin a las diferencias entre la Sociedad Pópulus Ltda., convocante, en adelante y para todos los efectos del presente laudo arbitral “Pópulus”, y el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, convocada, en adelante y para todos los efectos del presente laudo arbitral “El Fondo”, el cual es aprobado por unanimidad de los árbitros que integran el tribunal.

CAPÍTULO I

Antecedentes del trámite arbitral

1. El día 5 de febrero de 2002, se suscribió entre la Sociedad Pópulus Ltda. y el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, un acuerdo denominado “Acuerdo de Unión Temporal”.

En la cláusula séptima de dicho acuerdo se estipuló que: “Toda controversia o diferencia relativa a este acuerdo, su terminación, ejecución y liquidación se resolverá por un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante árbitros inscritos en la lista del Centro de Arbitraje y Conciliación de dicha cámara. El tribunal se sujetará a las normas vigentes y en especial a las siguientes reglas:

- El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros.
- La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para ese efecto por el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- El tribunal decidirá en derecho.
- El tribunal funcionará en Bogotá, D.C. en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

2. El día 23 de septiembre de 2003, el doctor Nelson Efrén Díaz Pardo, actuando como apoderado de Pópulus, de acuerdo al poder conferido por su representante legal, el doctor Julio Rafael Solano Posada, legalmente habilitado para hacerlo, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento, la cual dio origen al presente proceso contra el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza.

3. La designación de los árbitros que integrarían el tribunal, se llevó a cabo conforme a lo estipulado en la cláusula compromisoria del acuerdo que se debate. Así, mediante sorteo público llevado a cabo el 14 de octubre de 2003, la Cámara de Comercio de Bogotá designó a los árbitros principales y suplentes llamados a integrar este tribunal.

4. En su momento, aceptaron la designación para conformar el presente tribunal de arbitramento, los doctores Álvaro Barrero Buitrago, Janeth Vargas Amaya y Gabriel Ibarra Pardo, por lo cual se procedió a fijar el día 12 de noviembre de 2003 a las 10:00 a.m. para llevar a cabo la audiencia de instalación del tribunal.

5. El día 12 de noviembre de 2003 a las 10:00 a.m., se hicieron presentes en las dependencias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, los árbitros designados en desarrollo de la cláusula compromisoria, así como el representante legal y el apoderado especial de la parte convocante.

6. Igualmente, en dicha audiencia fueron designados presidente el Dr. Álvaro Barrero Buitrago y secretario el Dr. Mario Posada García-Peña (quien aceptó la designación en la segunda audiencia del proceso), y se profirió el auto 1 por medio del cual: (i) Se declaró formalmente instalado el tribunal, (ii) Se fijaron los gastos del proceso y los honorarios de los integrantes del tribunal y (iii) Se informó que la Procuraduría General de la Nación delegó para el presente caso al señor Procurador Noveno Judicial Administrativo, Dr. Nelson Serrano Vega.

7. La parte convocante, dentro del término legal previsto para ello consignó la totalidad de los honorarios y gastos del presente tribunal.

8. En sesión de enero 27 de 2004, sin la presencia de las partes: (i) Se fijó fecha para la primera audiencia de trámite el 4 de febrero de 2004 y (ii) Se ordenó la notificación personal al apoderado especial de Pópulus y al representante legal de El Fondo.

9. El tribunal decretó la nulidad en los términos del numeral 8° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil^(u), en razón a que la notificación de la demanda fue efectuada al señor apoderado de la alcaldía del municipio de Tenza y no al apoderado del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza.

10. Mediante auto, de febrero 4 de 2004, modificado por auto de febrero 5 de 2004, sin la presencia de las partes, el tribunal: (i) Admitió la solicitud de la convocatoria del tribunal de arbitramento presentada por la Sociedad Pópulus, (ii) Ordenó la notificación personal y el traslado de la solicitud de convocatoria al representante legal.

11. En audiencia del 30 de abril de 2004, en presencia de los apoderados de las partes, se reconoció personería para actuar a nombre de El Fondo al Dr. Hernán Antonio Barrero Bravo, quien aportó para el efecto un poder especial otorgado por el representante legal del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza. En dicha audiencia se rechazó el llamamiento en garantía al Dr. José Miguel Bernal Rodríguez (ex alcalde de Tenza – Boyacá) solicitado por el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, por no reunir los requisitos establecidos el artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

12. El tribunal resolvió dicha petición mediante auto dictado en audiencia de mayo 26 de 2004, confirmando el rechazo del llamamiento en garantía, por no cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos en los artículos 54 y 55 del Código de Procedimiento Civil y carecer la solicitud de prueba sumaria de la actuación dolosa o gravemente culposa del ex alcalde de Tenza – Boyacá, Dr. José Miguel Bernal Rodríguez, de acuerdo a lo ordenado en artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

13. En sesión de junio 7 de 2004, sin la presencia de las partes, el tribunal decretó la convocatoria de la audiencia de conciliación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998.

14. El día 30 de junio de 2004, el tribunal decretó nueva fecha para la audiencia de conciliación, en razón a que el representante legal de la sociedad demandante no compareció en la fecha señalada.

15. El 7 de julio de 2004, el tribunal declaró la preclusión del término de conciliación, en razón a la reiterada inasistencia del representante legal de la sociedad demandante.

16. En esta audiencia, se continuó con la primera audiencia de trámite para lo cual el tribunal declaró su competencia para conocer y decidir el proceso, el cual no fue objeto de recurso. En esta oportunidad, el señor procurador dejó constancia en la que cuestionó la competencia del tribunal, teniendo en cuenta, porque a su juicio, la litis versa sobre actos administrativos previamente proferidos por el municipio de Tenza y en su concepto, la controversia estaría por fuera de la competencia del tribunal. El tribunal manifestó que este la opinión del señor

procurador se tendría en cuenta en su oportunidad para lo cual en este laudo se ha elaborado un capítulo aparte.

17. El 2 de agosto de 2004, el tribunal decretó las pruebas solicitadas.

18. El período probatorio se adelantó entre los días 4 de agosto de 2004 y 26 de noviembre del mismo año como se explicará en el capítulo III del presente laudo.

19. A continuación el tribunal fijó como fecha para la presentación de los alegatos de conclusión el 28 de enero de 2005.

20. El día 13 de diciembre de 2004, se llevó a cabo audiencia de alegatos. En la misma audiencia se decretó la suspensión del proceso a petición de las partes y se fijó fecha para audiencia de fallo.

21. En audiencia privada del tribunal celebrada el 25 de enero de 2005, el tribunal profirió un auto posponiendo la audiencia de laudo, para que la misma tuviese lugar el lunes 21 de febrero de 2005.

CAPÍTULO II

El proceso

1. La demanda.

1.1. Los hechos en los cuales se sustenta la demanda:

1.1.1. El 5 de febrero de 2002 el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y la Sociedad Pópulus Ltda. suscribieron acuerdo denominado de unión temporal, con el fin de gestionar, promover, diseñar, construir, ejecutar, administrar y comercializar proyectos de vivienda de interés social en el municipio de Tenza – Boyacá.

1.1.2. La unión temporal se presentó a la primera convocatoria del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “Inurbe” (en liquidación), en el año 2002, para obtener la adjudicación de subsidios de vivienda de interés social a través del denominado programa esfuerzo municipal.

1.1.3. En marzo 26 de 2002 fue declarada la elegibilidad del proyecto presentado por la unión temporal denominado “Villas de San Miguel” para la construcción de 70 unidades de vivienda.

1.1.4. El 4 de junio de 2002 el Inurbe adjudica solamente 67 subsidios de vivienda.

1.1.5. El Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza debería donar a los beneficiarios del subsidio, en condiciones para construir, el lote para adelantar el proyecto.

1.1.6. El Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza solicitó, trámite (sic) y obtuvo la licencia de urbanismo y construcción el día 22 de enero de 2002, mediante Resolución 1 expedida por la oficina de planeación del municipio de Tenza.

1.1.7. El 30 de diciembre del 2002 el Inurbe transfirió a la Fiduciaria Bogotá, los recursos de los 67 subsidios de vivienda.

1.1.8. El día 29 de enero de 2003 se suscribe el acta de iniciación de obra y se solicita el primer desembolso a \$ 198.705.000.

1.1.9. A partir de esta, según lo manifiesta el demandante, se hace notorio que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza no había adelantado el correspondiente estudio de suelos sobre el terreno y este debió ser asumido por Pópulus Ltda. estudio que no se encontraba presupuestado en el proyecto inicial.

1.1.10. El día 4 de marzo de 2003 la oficina de planeación del municipio de Tenza suspende la obra por incumplimiento de requisitos que competían al Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, dentro del convenio de unión temporal. El día 6 de mayo de 2003 se suscribe nueva acta de reinicio de obra.

1.1.11. Del estudio de suelos se concluye que el terreno presenta en algunos puntos los siguientes problemas: a) Reptación. b) Suelos sueltos. c) Arcillas expansivas en un 135% lo que implica replantear todo el proyecto.

1.1.12. Actualmente la obra se encuentra paralizada y el fondo de vivienda municipal no ha accedido a asumir su responsabilidad y ha manifestado su decisión de dar por terminado el acuerdo de unión temporal.

1.2. Las pretensiones de la demanda.

Las pretensiones de la demanda, son:

1.2.1. Primera. Que se declare por parte del tribunal de arbitramento que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, parte demandada en este proceso incumplió el convenio suscrito el día 5 de febrero de 2002.

1.2.2. Segunda. Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la parte demandada asumir el lucro cesante y el daño emergente que se pruebe dentro del proceso.

2. Contestación de la demanda.

2.1. En cuanto a los hechos de la demanda.

El Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, en la contestación de la demanda, se pronunció respecto de los hechos; rechazó algunos, admitió otros como ciertos e hizo algunas salvedades frente a otros.

2.2. En cuanto a las pretensiones de la demanda.

El Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, en la contestación de la demanda, se opuso a todas las pretensiones de la sociedad demandante.

2.3. Excepciones de mérito.

Con la contestación de la demanda, el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza propuso las siguientes excepciones de mérito:

2.3.1. El incumplimiento del convenio suscrito el 5 de febrero de 2002, no proviene de la demandada.

2.3.1.1. El lote aportado para la construcción de las viviendas de interés social, con el subsidio familiar de vivienda otorgado por el Inurbe, fue conocido previamente por la parte demandante.

2.3.1.2. El representante legal de la sociedad demandante Julio Rafael Solano Posada, conocía el mencionado lote, con anterioridad al 5 de febrero de 2002, fecha en la cual se constituyó la unión temporal, cuando se suscribió con Jorge García Velasco, Gonzalo Ignacio Gil, Consuelo Chaves, Alicia Buitrago García y Jorge Galindo Leguizamon, el 1° de febrero de 2002, un contrato de consultoría, por valor de diez millones de pesos (\$ 10'000.000).

2.3.1.3. En este contrato de consultoría el señor Solano Posada, se comprometió a formular el proyecto de vivienda, a realizar los estudios y diseños del plan de vivienda, planos arquitectónicos, de urbanismo, estructurales y de servicios y a gestionar su viabilización ante el Inurbe, realizando las correcciones y reformulaciones a que haya lugar para cumplir con tal propósito (cláusula primera).

2.3.1.4. Tanto el representante legal de la sociedad demandante, como el interventor contratado por él, para, entre otras cosas, comprobar la calidad y avance de las obras, periódicamente, previendo las dificultades que pudieran presentarse y sugerir los correctivos y para determinar oportunamente los problemas y las soluciones para el cumplimiento de la calidad y objetivos del proyecto, etc., conocían el mencionado lote.

2.3.1.5. El interventor del proyecto, arquitecto Mauricio Archila, en los informes rendidos a las partes y al Inurbe, no da cuenta de los hechos y reclamaciones motivo de este proceso.

2.3.1.6. En la Resolución 207 del 30 de agosto de 2003, expedida por el alcalde del municipio de Tenza, donde se

resuelve un recurso de reposición interpuesto por la demandante, representada por el abogado Nelson Efrén Díaz Pardo, no se menciona por ninguna parte que la demandada haya incumplido con las obligaciones motivo de la convocatoria de este tribunal de arbitramento.

2.3.1.7. Conforme a las pruebas tenidas en cuenta en la Resolución 207 del 30 de agosto de 2003, expedida por el alcalde del municipio de Tenza y su parte considerativa, la sociedad “Pópulus Ltda.” no había consignado los dineros del proyecto en una cuenta de la unión temporal, sino en una cuenta privada de la empresa “Pópulus Ltda.”; no había invertido en forma clara y transparente esos dineros, según informe del interventor; no había cumplido con el objeto de la unión temporal, sino que lo poco que invirtió lo hizo mal y era necesario ordenar su demolición (página dos de la resolución); los recursos del desembolso realizado por la Fiduciaria Bogotá S.A. a “Pópulus Ltda.” y los depositados por los beneficiarios en el Banco Agrario de Tenza, como ahorro programado los ejecutó sin autorización alguna (página cinco de la resolución).

2.3.1.8. La Resolución 207 de 2003, expedida por el alcalde de Tenza, es un acto administrativo en firme que no ha sido suspendido ni anulado por la jurisdicción contencioso administrativa (CCA, art. 66).

2.3.2. En el convenio suscrito entre las partes el 5 de febrero de 2002, no se encuentra ningún acuerdo en relación con el motivo de controversia a que se refiere la demanda. Por lo tanto, según el demandado, no pueden prosperar las reclamaciones de la Sociedad “Pópulus Ltda.”.

2.3.2.1. En el mencionado acuerdo suscrito el 5 de febrero de 2002, en ninguno de los aspectos acordados, se encuentra la anterior obligación a cargo del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza.

2.3.2.2. La Sociedad Pópulus durante la ejecución del proyecto y la inversión de los dineros invertidos, no puso en conocimiento del Inurbe, de Seguros Generales Cóndor S.A., del interventor del proyecto, ni de otro miembro de la unión temporal, los aspectos reclamados en este proceso.

3. Llamamiento en garantía.

En el escrito de llamamiento en garantía, el doctor Hernán Antonio Barrero Bravo, apoderado del municipio de Tenza, solicitó el llamamiento en garantía del señor José Miguel Bernal Rodríguez, quien se desempeñó como alcalde del municipio de Tenza al momento de suscribirse el contrato denominado Unión Temporal “Progreso de Tenza”, objeto del presente proceso. Adicionalmente, afirma el apoderado de la parte demandada, el señor José Miguel Bernal Rodríguez participó en todas las actuaciones relacionadas con el contrato, lo que hace necesario llamarlo en garantía en este proceso, para que se decida su responsabilidad, de conformidad con lo establecido en la Ley 678 de 2001.

Al respecto, el tribunal se pronunció rechazando el llamamiento en garantía por no reunir los requisitos establecidos en los artículos: 54 y 55 del Código de Procedimiento Civil y 19 de la Ley 678 de 2001.

CAPÍTULO III

Pruebas

Dentro del proceso se practicaron y tuvieron como pruebas las siguientes:

1. Pruebas solicitadas por la convocante.

Se ordenó tener como pruebas los documentos anexados a la demanda, relacionadas en los folios 01 a 113 del cuaderno de pruebas número 1 del expediente, con el valor que les atribuye la ley.

En cuanto a las pruebas que fueron negadas se tiene: (i) La práctica del dictamen pericial, solicitado por la parte demandante, por no reunir los requisitos exigidos en el numeral 1º del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, (ii) La práctica de la inspección judicial sobre el terreno donde se adelantó el proyecto “Villas de San Miguel”, solicitado por la parte demandante, por no reunir los requisitos exigidos en el inciso 1º del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil.

2. Pruebas solicitadas por la convocada.

Se ordenó tener como pruebas los documentos anexados en la contestación de la demanda, relacionadas en los folios 116 a 120 del cuaderno de pruebas número 1 del expediente, con el valor que les atribuye la ley.

Se decretó el interrogatorio de parte del señor Julio Rafael Solano Posada, representante legal de Pópulus, el cual obra a folios 230 a 249 del cuaderno de pruebas del expediente.

Se ordenó oficiar a: (i) El Inurbe (en liquidación) y (ii) La secretaría de planeación y obras públicas del municipio de Tenza. El tribunal obtuvo respuesta a estos oficios como se relaciona a continuación:

	Destinatario	Fecha recepción Respuesta	Folio del cuaderno de pruebas
1	Secretaría de planeación y obras públicas del municipio de Tenza	17 de agosto de 2004	189 a 206
1	Inurbe	20 de septiembre de 2004	207 a 229

3. Pruebas ordenadas de oficio.

Se ordenó la práctica de un dictamen pericial por un perito experto en ingeniería de suelos, el cual fue presentado al tribunal el día 24 de septiembre de 2004. Respecto de dicho dictamen, el apoderado de la sociedad convocante solicitó su complementación y adicionado, a lo cual accedió el tribunal. Las aclaraciones respectivas fueron presentadas al tribunal el 8 de noviembre de 2004.

Se ordenó oficiar a la alcaldía del municipio de Tenza – Boyacá. El tribunal obtuvo respuesta, como se relaciona a continuación:

	Destinatario	Fecha recepción Respuesta	Folio del cuaderno de pruebas
3	Alcaldía municipal de Tenza	27 de septiembre de 2004	250

- Se ordenó llamar como testigos a los señores Mauricio Alfonso Archila (interventor del proyecto) y Alba Consuelo Ávila (secretaria de planeación municipal a la fecha de los hechos). La práctica de estos testimonios no pudo llevarse a cabo por la inasistencia de los testigos.

CAPÍTULO IV

Alegatos de conclusión

En audiencia celebrada el 13 de diciembre de 2004, las partes presentaron sus alegatos en forma oral y de ellas allegaron resumen escrito, los cuales fueron incorporados al expediente.

CAPÍTULO V

Término del proceso

Por no existir término especial pactado por las partes en la cláusula compromisoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente proceso arbitral tiene una duración de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, diligencia que finalizó el 2 de agosto de 2004.

En tales condiciones, el término de duración del proceso se extinguiría el 2 de febrero de 2005. Sin embargo, las partes, de común acuerdo, debidamente facultados para ello, solicitaron la suspensión del proceso entre el 21 de diciembre de 2004 hasta el 21 de enero de 2005, ambos incluidos. Teniendo en cuenta lo anterior, el término se extinguirá el 2 de marzo de 2005.

En estas condiciones, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

CAPÍTULO VI

Consideraciones del tribunal relativas a los presupuestos procesales

1. La competencia del tribunal.

1.1. Cláusula compromisoria.

De acuerdo a lo indicado en el numeral 17 de los hechos del presente laudo, este tribunal se pronunciará sobre su competencia para resolver la controversia que se ha planteado en este proceso arbitral.

Este tribunal de arbitramento es el juez competente para resolver la controversia que se le ha planteado. Así se evidencia del análisis del artículo 7° del acuerdo denominado unión temporal suscrito entre las partes, que obra en el cuaderno de pruebas, la cual establece: “toda controversia o diferencia relativa a este acuerdo, su terminación, ejecución y liquidación se resolverá por un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante árbitros inscritos en la lista del Centro de Arbitraje y Conciliación de dicha cámara (...)”; en efecto, la cláusula compromisoria citada anteriormente cumple con los requisitos necesarios para su legalidad, pues se ajusta tanto a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 como a lo previsto en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, y comprende el tipo de controversias planteado por la sociedad convocante, pues sus pretensiones derivan de la celebración y ejecución de un acuerdo denominado de unión temporal y tienen por objeto que se declare su incumplimiento y se ordene la correspondiente indemnización de perjuicios, materias de naturaleza patrimonial, susceptibles de transacción, en la medida en que se trata de derechos de los cuales pueden disponer las partes.

1.2. Análisis de las constancias presentadas por el señor Procurador Noveno Judicial Administrativo, Dr. Nelson Serrano Vega.

1.2.1. Hechos.

- El señor procurador delegado, en la audiencia de 7 de julio de 2004 dejó una constancia, debidamente aceptada por el tribunal.
- En dicha constancia el señor procurador señala: “(...) quiero poner de presente la existencia de acto administrativo emanado de la alcaldía municipal de Tenza, Resolución 207 de agosto 30 de 2003, que guarda estrecha relación con la convocante firma Pópulus Ltda., a efectos de que el tribunal analice dicho acto para establecer si el mismo en su contenido comporta relación con las pretensiones del solicitante en cuyo caso, si fuere así, quiere esta agencia fiscal dejar expreso que al tenor de la jurisprudencia vigente en materia contenciosa, el tribunal constituido no sería competente para dirimir el conflicto por existir acto administrativo del fuero de la jurisdicción contencioso administrativa⁽²⁾.”
- La mencionada constancia no fue presentada como recurso de reposición ni reúne las condiciones del mismo, en los términos del artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, pese a que el señor procurador delegado podía hacer uso de ese medio de impugnación (Res. 270/2001, art. 2°, num. 5° expedida por la Procuraduría General de la Nación).

- No obstante lo anterior, el tribunal en su oportunidad procedió, de acuerdo con lo expresado por señor procurador delegado a hacer un análisis de la Resolución 207 de agosto 30 de 2003, a verificar si tenía alguna relación con las pretensiones del solicitante y a su juicio determinar si ello afectaba la competencia. Hecho el respectivo análisis, procedió a continuar con el trámite en la medida en que consideró que, a la luz de la mencionada resolución, no se afectaba su competencia.

- En los anteriores términos el tribunal atendió el llamado efectuado por el señor procurador, con la diligencia y estudio que correspondía y lo señala el artículo 148 numeral 2º del Decreto 1818 de 1998.

- En todo caso, el señor procurador delegado, manifestó en constancia que obra en el acta 12 de agosto 2 de 2004 que, “(...) No obstante lo anterior, estima el Ministerio Público que ante la eminencia de gastos que impone este proceso a las partes y en particular a la entidad pública se deja constancia que en concepto de esta agencia fiscal debió procederse por el tribunal al análisis de dichos actos por economía procesal, habida cuenta de que está en vilo la competencia del mismo y no esperar a resolverlo al final del proceso en razón a que la resolución de dicho tribunal de “decidirse en su oportunidad” lleva a inferir que lo hará en el fallo o laudo para el presente caso, lo que se opone a la economía procesal antes dicha, pues esperaba esta agencia del Ministerio Público que antes de (sic) decreto de pruebas se estudiara con mayor juicio lo expuesto (...)”.

- El tribunal tuvo en cuenta la Resolución 207 de 2003, para mantener su decisión de julio 7 del año en curso, en cuanto a declarar su competencia para conocer de este proceso arbitral, razón por la cual no es aceptable la apreciación formulada por el señor procurador delegado en la audiencia del 2 de agosto de 2004.

1.2.2. Consideraciones.

Establecida la legalidad de la cláusula arbitral y que la misma comprende el tipo de controversias planteado por la sociedad convocante, conviene determinar si la Resolución 207 de 2003, limita, modifica o impide la aplicación de la mencionada cláusula y por ende la competencia del tribunal de arbitramento.

La Resolución 207 de agosto 30 de 2003.

Mediante la Resolución 207 de agosto 30 de 2003, el alcalde del municipio de Tenza en su calidad de director general del fondo de vivienda de dicho municipio, de oficio, modificó unilateralmente la Resolución 196 de 2003 y revocó en su integridad la Resolución 204 de 2003.

Como consta en el acto administrativo en referencia, la Resolución 204 de 2003 había declarado la caducidad del contrato de unión temporal celebrado entre el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y la Sociedad Pópulus Limitada. No obstante, la administración en uso de sus facultades decidió, previo a la ejecutoria de la Resolución 204, proceder a revocarla en su integridad, es decir, que el acto administrativo de caducidad no existe ni llegó a producir efectos, en la medida en que fue revocado antes de que adquiriera fuerza ejecutoria.

De esta manera el contrato de unión temporal celebrado entre el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y la Sociedad Pópulus Limitada, continuó vigente y produciendo efectos, como claramente se expresa en la parte motiva de la Resolución 207 de 2003: “En cuanto a la Resolución 204 del mismo año, el despacho en cumplimiento de los principios de eficiencia y economía administrativa y al investigar y determinar que al declarar la caducidad del acuerdo de unión temporal se va a dilatar mucho más la ejecución del resto de los recursos del proyecto que se encuentran disponibles (...) se llegó al acuerdo que no era conveniente acabar la unión temporal, solamente se debía modificar en lo pertinente por lo tanto este despacho en procura de sacar adelante el (sic) la terminación del proyecto y de no atentar contra los intereses públicos y sociales de los beneficiarios, **decide de oficio, mantener la unión temporal vigente**” (negritas fuera de texto).

De otra parte la Resolución 207 de 2003, modificó unilateralmente los artículos 1º, 2º y 3º de la Resolución 196 de 2003, “(...) para evitar la paralización y la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer en el cumplimiento del contrato, en este caso es la satisfactoria construcción de las viviendas de interés social según los diseños originales del proyecto, tal y como lo establece con diáfana claridad la Ley 80 de 1993, en sus artículos 15 y 16”.

Como puede observarse el fundamento de la decisión de la administración lo constituyen los artículos 15 y 16 de la Ley 80 de 1993, los cuales consagran respectivamente la potestad que tiene la entidad estatal de interpretar y modificar unilateralmente los contratos, facultades que en ningún caso parten del supuesto necesario de incumplimiento del contratista, puesto que en tal evento la facultad que puede utilizar la entidad estatal es la declaratoria de caducidad, cuando ella fuere procedente.

Si bien la Resolución 207 se refiere a una eventual falta de claridad del contratista en el manejo e inversión del anticipo, la decisión de la administración en este sentido fue la de adelantar las investigaciones y labores correspondientes para determinar la forma en que se invirtieron los dineros desembolsados por el Inurbe.

Es así como en los artículos tercero y cuarto de la Resolución 207 se establece:

“ART. 3º—(...) Ordénese la suspensión provisional de las obras adelantadas hasta la fecha por la firma “Pópulus Ltda.”, solicitándosele a la interventoría del proyecto, en coordinación con la aseguradora y la oficina de planeación municipal, con presencia de los organismos de control y delegados de los beneficiarios, para que realicen el avalúo técnico de las obras adelantadas, levantando un detallado inventario sobre todo lo existente y relacionado con la obra, que servirá como soporte técnico para cuantificar el total de la inversión realizada por la constructora, que al cruzar con la cuantía del anticipo más los dineros entregados por el Banco Agrario a la misma firma, **dará como resultante, si es que a ello hubiere lugar, la indemnización del anticipo por parte de la Aseguradora Cóndor S.A.** Una vez terminado el avalúo y realizado el inventario general, se ordenará la continuación de las obras hasta la terminación y liquidación del proyecto” (negrillas fuera de texto).

“ART. 4º—(...) Infórmese a la Fiduciaria Bogotá S.A. y al Banco Agrario sucursal Tenza, para lo pertinente al registro de la firma del nuevo representante legal de la Unión Temporal “Progrezo (sic) de Tenza”, junto con el interventor legalmente autorizado; al Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, enviando todos los documentos soporte, **para que se dé cumplimiento al posible cobro de la indemnización de la póliza de manejo de anticipo** y demás acciones encaminadas a recuperar los recursos que “Pópulus Limitada” tiene en su poder y que pertenecen al proyecto “Urbanización Villas de San Miguel” y que deben ser invertidos en la ejecución y desarrollo del mismo; a la Compañía de Seguros Generales “Cóndor S.A.” (...) para que inicie el trámite del pago de la indemnización, previo conocimiento del avalúo de la obra y lo invertido en ella, según anticipo girado a la constructora “Pópulus Limitada”, por el valor de \$ 198.705.000, cuyos recursos están asegurados con la póliza N° 000526 del 31 de julio de 2002 ; a la Fiscalía General de la Nación, unidad de delitos contra la administración pública de Bogotá, para que establezca sobre si se cometieron presuntos delitos en la inversión del anticipo y de los recursos depositados en el Banco Agrario de Tenza, a nombre de la Unión Temporal y retirados por el señor Julio Rafael Solano Posada; a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia; a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, a la Cámara de Comercio de Bogotá; a la interventoría del proyecto, para lo pertinente y al comité directivo de los beneficiarios del proyecto para su información” (negrillas fuera de texto).

Igualmente, se decide modificar el artículo 6º del contrato de unión temporal, determinando que, en adelante el representante legal de la misma, será el director general del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, que será el alcalde o su delegado, de manera tal que el señor Julio Rafael Solano representante legal de la Sociedad Pópulus Limitada, ya no representará a la unión temporal.

Como puede observarse, las decisiones contenidas en la Resolución 207 de 2004, están orientadas a que se adelanten actividades tendientes a evaluar el manejo que hizo el contratista de los dineros entregados como anticipo, sin que se haya hecho pronunciamiento alguno.

En este orden de ideas, puede concluirse que el contrato de unión temporal se encuentra vigente y que la Resolución 207 de 2004 no decidió declarar su incumplimiento, ni ordenó su terminación.

La interpretación jurisprudencial.

Considera este tribunal que la existencia y contenido de la Resolución 207 de 2003, no afecta su competencia para conocer y decidir sobre la controversia, la cual encuentra fundamento tanto en las normas constitucionales y

legales como en su interpretación jurisprudencial.

De acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado es “(...) importante precisar, que no por el solo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un tribunal de arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. **No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido** (...)”⁽³⁾ (negritas fuera de texto).

En el mismo sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, precisó:

“De esta forma, a partir de 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, el propio legislador, en esta misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que estos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento (...).

Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, pueden someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos implícitamente ostentan (...).

(...) las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos como medidas que adopta la administración en manifestación de su poder, solo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa no por particulares investidos temporalmente por a facultad de administrar justicia (...).

(...) Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares (...). Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a la decisión de los árbitros, se refiere exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, estos podrán pronunciarse como jueces transitorios (...).”.

Es clara la jurisprudencia al determinar, que si el objeto de la controversia versa sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad estatal en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, la decisión correspondiente queda excluida de la competencia arbitral.

Agrega sin embargo, que la existencia de un acto administrativo de tal naturaleza no es suficiente para excluir del conocimiento arbitral las controversias contractuales, las cuales podrán ser decididas por árbitros, cuando se refieran a aspectos patrimoniales de naturaleza concreta, que no tengan que ver con el análisis de la legalidad de dichos actos o el desconocimiento del contenido de los mismos.

Ahora bien, en el caso objeto de análisis la legalidad de la Resolución 207 de 2003 no es objeto de la demanda ni de la decisión de este tribunal, como tampoco lo es ningún aspecto relativo al ejercicio de la facultad exorbitante por parte del Fondo de Vivienda del Municipio Tenza.

De igual manera ni las pretensiones de la demanda ni el examen que realicen los árbitros versa sobre el desconocimiento del acto administrativo en mención, el cual como ya se señaló, no adoptó una decisión sobre el incumplimiento del contrato, circunscribiéndose a ordenar que se adelantarán investigaciones tendientes a determinar si se incurrió en una determinada conducta por parte del convocante.

Es por ello que tratándose de una controversia concreta y de naturaleza patrimonial, sobre la cual no existe

decisión de la entidad estatal mediante el acto administrativo correspondiente, no encontró el tribunal razón alguna que constitucional ni legalmente, le impidiera asumir competencia.

En los anteriores términos este tribunal deja constancia de las razones que tuvo en cuenta para mantener su decisión de asumir competencia.

Así las cosas, el segundo presupuesto procesal se encuentra cumplido.

2. La capacidad para ser parte.

Sobre este punto basta simplemente manifestar que la sociedad convocante es persona jurídica legalmente constituida y que la convocada es un establecimiento público del orden municipal con personería jurídica, y que de acuerdo con artículo 44 del Código de Procedimiento Civil tienen la facultad para ser parte de un proceso.

3. La capacidad para comparecer a juicio.

Por tratarse de personas jurídicas, las sociedades vinculadas a este trámite han comparecido a él por medio de sus representantes legales, circunstancia que se encuentra acreditada con los documentos aportados al expediente e incorporados al mismo en el cuaderno de pruebas.

Por lo tanto, el tribunal encuentra satisfecho el tercero de los llamados presupuestos procesales.

4. La demanda en forma.

De acuerdo con los artículos 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil, toda demanda debe cumplir una serie de requisitos formales para que pueda ser admitida y tramitada por el juez. De esta manera, este tribunal manifiesta que dentro del proceso que nos ocupa se cumplen con todos los requisitos legales para la demanda en forma y por ello el último de los presupuestos procesales se encuentra igualmente cumplido.

Consideraciones relativas a la controversia.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la convocante se fundan en el presunto incumplimiento por parte del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza del convenio suscrito el día 5 de febrero de 2002 con la Sociedad Pópulus Limitada, procede el tribunal a determinar la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, sus características así como la responsabilidad que se deriva del mismo, los eventuales perjuicios y su prueba.

1. Naturaleza del convenio suscrito entre las partes.

De acuerdo con lo expresado por el convocante en el numeral 1º de los hechos, el cual fue debidamente aceptado por la parte demandada “El 5 de febrero de 2002 el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, representado legalmente por José Miguel Bernal Rodríguez y la Sociedad Pópulus Ltda. suscribieron acuerdo de unión temporal”. Como prueba de dicha afirmación, obra a folio 000001 del cuaderno de pruebas un documento denominado acuerdo de unión temporal, suscrito por el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y la Sociedad Pópulus Limitada, el cual se habría celebrado en desarrollo del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, según se expresa en el numeral 2º de los fundamentos de derecho de la demanda.

Con base en lo anterior el tribunal procede a hacer las siguientes consideraciones:

1.1. La unión temporal – características.

Los acuerdos de unión temporal han sido ubicados tanto por la doctrina nacional como en la legislación extranjera, dentro de los denominados contratos de colaboración empresaria (o empresarial) los cuales tienen por objeto permitir que las empresas, sin perder su individualidad jurídica puedan aunar esfuerzos representados ya sea en capacidad tecnológica, dinero, bienes, infraestructura etc.; con el fin de lograr un fin económico que no podrían obtener en forma independiente.

Sobre la función de la unión temporal, en la exposición de motivos correspondiente al proyecto de ley sobre

contratación administrativa que presentó el gobierno a la cámaras legislativas, convertido luego en la Ley 80 de 1993, se expresó:

“sin duda el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada “ventaja comparativa” ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto”.

Ahora bien, este tipo de mecanismos de integración, ha tenido desarrollo en Colombia, tanto en el derecho privado como en el derecho público ya sea como contratos innominados en el primer caso, ya sea como figura regulada en el segundo caso.

Teniendo en cuenta que el acuerdo que nos ocupa, según se indica en los hechos de la demanda se presentó para obtener la elegibilidad y habilitación para desarrollar un proyecto de vivienda y la correspondiente adjudicación de subsidios de vivienda por parte del Inurbe, el análisis se efectuará a la luz de las disposiciones que regulan la contratación estatal.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 7º numeral 2º define la unión temporal de la siguiente manera:

“2. Unión temporal. Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con al participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal”.

De acuerdo con la anterior definición, la unión temporal es un mecanismo mediante el cual dos o más personas se integran para presentar una misma propuesta ante entidad estatal para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato.

El régimen de contratación estatal no define la unión temporal como un contrato sino como una forma mediante la cual dos o más personas pueden participar dentro de un proceso de selección y/o de adjudicación de un contrato estatal, de manera tal que se regula como un método de integración o asociación de oferentes.

Sobre la naturaleza de la unión temporal se ha pronunciado la Corte Constitucional, reiterando que por medio de ella se le otorga capacidad para ser sujeto de relaciones jurídicas a una agrupación que no tiene personalidad jurídica independiente. En este sentido ha señalado que:

“(…) En estos eventos el estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales (...). Se tiene de lo anterior que según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, **o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado**, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales (...).

Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la “unión temporal”, si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7º (...)”⁽⁴⁾ (negrillas fuera de texto).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 no exige ninguna formalidad para el surgimiento y reconocimiento de la unión temporal, basta para su existencia jurídica que dos o más personas en forma conjunta presenten una misma propuesta ante una entidad estatal; de manera tal que la unión temporal surge como resultado de una situación puramente fáctica.

Por lo anterior la entidad licitante o que convoca a una contratación directa no puede exigir la presentación de un acuerdo de unión temporal, puesto que la ley solo exige que se haga la presentación conjunta de la propuesta indicando la calidad en que se hace y señalando los términos y extensión de la participación de cada miembro, en la propuesta y en su ejecución, esto, con el fin de delimitar la responsabilidad, en cuanto a la imposición de sanciones, de cada uno de ellos en un eventual incumplimiento, por la unión temporal, de sus obligaciones contractuales.

Si bien es cierto que el contrato es eminentemente consensual y que surge a la vida jurídica con la presentación conjunta de la propuesta, nada impide que se plasme en un documento, un acuerdo sobre los elementos esenciales mínimos y las demás reglas que rigen la relación entre sus integrantes, los aportes de cada uno, la distribución y determinación y obligaciones, señalamiento de derechos y forma y término de la liquidación del contrato, etc.

En este sentido la jurisprudencia arbitral ha señalado que:

“(…) nada impide a los integrantes de un consorcio o de una unión temporal que procedan, si así lo deciden voluntariamente, a la celebración de un contrato entre sus miembros, con anterioridad a la conformación misma de dicha figura, esto es, con anterioridad a la presentación conjunta de la respectiva oferta ante la correspondiente entidad estatal, contrato que, en tales casos, ha de servir —y mucho—, para regular sus relaciones internas en lo que tendrá que ver con la organización y el funcionamiento de la correspondiente figura (consorcio o unión temporal), la distribución o asunción de sus gastos, la forma de distribuir las utilidades que se generen, la manera de adoptar decisiones colectivas, la forma de resolver sus diferencias, la forma y periodicidad de revisar o inspeccionar el cumplimiento de cada integrante respecto de las obligaciones contraídas frente a la entidad estatal, etc., todo lo cual si bien podría ser de una gran utilidad, de ninguna manera resulta de la esencia de los consorcios o de las uniones temporales, puesto que —se insiste en ello—, tales figuras bien pueden conformarse, organizarse o funcionar con total prescindencia de tales acuerdos.

El contrato que suelen celebrar, con anterioridad a la presentación de la propuesta conjunta, los integrantes de la que será una unión temporal o un consorcio, sin duda hará las veces de antesala a la conformación de la figura correspondiente. Es por ello que cabe subrayar, una vez más, el hecho de que la unión temporal surge de la señalada circunstancia fáctica, consistente en la presentación conjunta de la oferta y no del contrato que al respecto se hubiere celebrado, asunto de importancia en la medida en que dicha precisión permite entender cómo varias personas podrían suscribir un mismo documento e incluso celebrar un contrato con miras a la presentación de una oferta conjunta y consiguiente ejecución de un contrato estatal pero, si nunca presentan dicha oferta conjunta, el solo acuerdo de las voluntades de esas personas no bastará, no será suficiente, para que en realidad se pueda hablar de la conformación de la pretendida unión temporal.

Así mismo, si varias personas presentan una misma oferta ante una entidad estatal y, además, señalan los términos y extensión de la participación que cada uno de ellos tendrán en la propuesta y en la ejecución del correspondiente contrato estatal, naturalmente habrá surgido una unión temporal, independientemente de que sus integrantes no hubieren suscrito documento constitutivo alguno o que no hubieren celebrado un acuerdo específico encaminado a definir los términos o el alcance de sus relaciones internas, de cara a la ejecución del correspondiente contrato estatal”⁽⁵⁾.

Definido que la unión temporal en sí misma es una modalidad de asociación que puede estar o no precedida de un acuerdo, debe resaltarse otra de sus características fundamentales, cual es la de carecer de personalidad jurídica, conservando sus integrantes su propia individualidad.

Es así como en el caso de la conformación de una unión temporal, no hay un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, know how, maquinaria, equipos, dinero, etc., según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo.

La unión temporal no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar

una propuesta y celebrar un contrato con una entidad. Se trata aquí de aunar voluntades y esfuerzos para alcanzar un fin económico, pero no de crear un ente nuevo. Es claro que la unión temporal no constituye una nueva persona jurídica y por ello es que todos sus integrantes deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, en caso de resultar favorecidos en la licitación o concurso, independientemente de que designen una persona que represente a la unión temporal, “para todos los efectos”, como señala el parágrafo 1º del artículo 7º, pues tales agrupaciones no tienen existencia jurídica propia y por ende, cada uno de sus miembros debe obligarse directamente con su firma y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros⁽⁶⁾.

Otro de los elementos característicos de la unión temporal es su transitoriedad, en la medida en que esta es limitada en el tiempo, pues su objetivo se refiere a una sola contratación, sin perjuicio de que posteriormente surjan otras en las cuales se asocien también.

Por tanto, aun cuando exista un acuerdo marco que regule las relaciones entre los participantes, para cada propuesta o contratación se conformará una unión temporal que se extinguirá cada vez que se cumpla con el objeto del contrato respectivo o que se termine el proceso de selección correspondiente, en los casos en que el contrato estatal no le sea adjudicado. En consecuencia, pese a la vigencia del convenio marco, una vez extinguida la relación con la entidad estatal contratante, no puede argumentarse la vigencia de la unión temporal constituida para dicho proceso de contratación.

Adicional a lo anterior debe mencionarse como rasgo característico de la unión temporal el régimen de responsabilidad previsto en el numeral 2º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, según el cual todos y cada uno de sus miembros deberá responder solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado.

La citada disposición establece una solidaridad pasiva de orden legal, frente a las obligaciones que se derivan para cada uno de los integrantes, de la presentación de la propuesta y de la ejecución del contrato, cuando fuere el caso. De esta manera la entidad estatal contratante podrá exigir a cada uno de los miembros de la unión temporal el total cumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o de aquellas emanadas del contrato celebrado.

Esta solidaridad nace desde que se presenta la oferta conjunta, momento en el cual surgen, en forma principal, pero no exclusiva, las siguientes obligaciones: (i) suscribir el contrato; (ii) realizar todos los actos tendientes al perfeccionamiento del contrato; (iii) cumplir con todas y cada una de las actividades que constituyen el objeto del contrato celebrado; (iv) pagar las sanciones y multas a que hubiere lugar; (v) intervenir en la liquidación del contrato.

No obstante, la existencia de la solidaridad frente a las obligaciones adquiridas con la entidad contratante, la ley establece que en materia de sanciones estas recaen únicamente en aquel a quien correspondía el cumplimiento de la obligación desatendida.

De esta manera cabe precisar que la imposición de sanciones se hace en proporción a la participación de cada integrante en la actividad que dio origen al incumplimiento y no en proporción a su participación en el contrato, como bien se explica en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993:

“En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7º, puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes”.

1.2. Obligaciones y responsabilidad.

De lo anteriormente expuesto se puede establecer como de la conformación de la unión temporal se derivan obligaciones con la entidad estatal contratante como entre los integrantes de la unión temporal.

Para efectos del presente laudo nos ocuparemos de las obligaciones relativas a los vínculos existentes entre los

miembros de la unión temporal puesto que es sobre el eventual incumplimiento de estas, que versa el caso objeto de la presente litis.

Para este efecto, es de gran utilidad seguir las consideraciones expuestas en el laudo arbitral de diciembre 11 de 2001, anteriormente citado, según las cuales, en las relaciones jurídicas que se traban entre los miembros de una unión temporal pueden darse las siguientes hipótesis:

“Una primera opción hipotética estaría constituida por la situación en la que los miembros o integrantes de una unión temporal estuviesen vinculados únicamente por la oferta conjunta hubieren que presentado, con indicación de la distribución de funciones, actividades o participaciones a cargo de cada uno de ellos, más la celebración del respectivo contrato estatal. En este evento, dado que entre los miembros o integrantes de dicha unión temporal solo existiría el vínculo que se genera por la obligación que cada quien asume de cumplir con su parte frente a la entidad estatal contratante, sin que entre ellos exista relación contractual de por medio, los perjuicios que uno de los integrantes de la unión temporal llegare a ocasionarle a otro o a los demás, debería examinarse, entonces, a la luz de las disposiciones que regulan la denominada responsabilidad extracontractual (...).

A ello debe agregarse que si bien es cierto que para la presentación conjunta de la propuesta seguramente se requeriría o se presentaría un acuerdo de voluntades, por tangencial que sea, entre quienes pasan a ser integrantes de la respectiva unión temporal, también es cierto que no todo acuerdo de voluntades deriva en la formación de un contrato.

En efecto, tal como se encarga de definirlo el artículo 864 del Código de Comercio, para que haya contrato se requiere, como mínimo: i) Un acuerdo de voluntades, de dos o más partes; ii) Que ese acuerdo de voluntades tenga por objeto la constitución, regulación o extinción, entre las partes, de una relación jurídica y iii) Que esa relación jurídica, sobre la cual recae el acuerdo de voluntades, tenga contenido patrimonial.

Así pues, en la eventualidad que se examina bien podría presentarse un acuerdo de voluntades e incluso podría descubrirse en dicho acuerdo de voluntades el propósito de constituir o de regular una relación jurídica entre ellas, pero si esa relación jurídica no tiene, en forma alguna, contenido patrimonial, mal podrá predicarse entonces la existencia de un contrato entre tales personas.

Otra opción eventual sería la que correspondería a la existencia de un contrato celebrado entre los integrantes de la unión temporal, cuyo objeto sería el de regular sus relaciones internas y la distribución de sus funciones, sus actividades o sus participaciones en la ejecución del contrato estatal, caso este en el cual la responsabilidad de cada integrante, frente a los demás miembros de la unión temporal, tendría que examinarse a la luz de las estipulaciones acordadas entre dichos integrantes la unión temporal y con la perspectiva propia de la responsabilidad contractual”.

Existiendo un acuerdo entre los miembros de la unión temporal corresponderá analizar la forma en que se distribuyeron las actividades, ya sea por especialidades, ya sea en referencia al valor del contrato, ya sea en proporción a su participación en el contrato, con el fin de determinar cuando existe responsabilidad frente a los demás integrantes de la unión temporal y cual es el alcance de la misma.

2. El convenio suscrito entre el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y la Sociedad Pópulus Limitada.

A folios 000001 a 000003 del cuaderno de pruebas obra un documento aportado por la parte demandada, denominado acuerdo de unión temporal, suscrito el 5 de febrero de 2002 por el representante legal del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y por el representante legal de la Sociedad Pópulus Limitada, el cual se presume auténtico de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 y en el numeral 3° del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que cumple con los siguientes requisitos:

- (i) Ha sido presentado dentro de un proceso judicial.
- (ii) Ha sido allegado por la parte demanda para ser incorporado dentro de un expediente judicial.
- (iii) Ha sido aportado con fines probatorios.

(iv) No fue tachado de falsedad por la parte demandada, por el contrario fue aceptado por la parte demandada, según consta en la contestación de la demanda, en la cual se aceptan como ciertos los hechos uno y dos del escrito contentivo de la demanda.

Determinado lo anterior procede este tribunal a analizar el contenido del acuerdo suscrito entre las partes:

Causa: las partes señalaron como consideraciones para celebrar el denominado acuerdo de unión temporal:

“1. Que existe necesidad de soluciones de vivienda de interés social en el municipio de Tenza (Boyacá), situación que demanda la gestión, promoción, formulación, diseño y construcción de proyectos de vivienda de interés social para contribuir a la solución del déficit habitacional de la población de escasos recursos económicos.

2. Que el fondo de vivienda y Pópulus Ltda., como partes intervinientes de este convenio desean crear una unión temporal entre ellas con el objeto de **aunar esfuerzos administrativos, económicos, técnicos, sociales y humanos que permitan gestionar, promover, diseñar, construir y ejecutar proyectos de vivienda de interés social en el municipio**” (negritas fuera de texto).

Los anteriores considerandos permiten establecer que la causa inicial del acuerdo la constituyó el deseo de contribuir a la solución del déficit habitacional de la población de escasos recursos económicos del municipio de Tenza, en la cual por diferentes razones estaban interesados tanto el fondo de vivienda del municipio como la Sociedad Pópulus Limitada.

De igual manera las partes consideraron que podían unir esfuerzos de distinta naturaleza: “administrativos, económicos, técnicos, sociales y humanos” en pro de la causa general antes señalada. No especificaron, en todo caso las ventajas o esfuerzos que correspondían a cada una de los intervinientes.

Objeto: en el numeral 1º del acuerdo se prevé que el objeto de la unión temporal es gestionar, promover, diseñar, construir, ejecutar, administrar y comercializar proyectos de vivienda de interés social en el municipio de Tenza (Boyacá”).

Como puede observarse el objeto no precisa ni el proyecto de vivienda a desarrollar ni el proceso de selección en el que participarían ni la entidad estatal ante la cual se presentaría la propuesta conjunta.

Duración: el numeral 3º del acuerdo establece que la unión temporal tendría duración desde la suscripción del acuerdo “(...) hasta el cumplimiento total de los proyectos de vivienda de interés social y por un año más, extendiéndose su duración hasta la liquidación final de los proyectos (...)”.

Participación y responsabilidad: los numerales 4º y 5º del acuerdo establecen que “Los unidos temporalmente serán solidariamente responsables por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas durante la ejecución de los proyectos y de las resultantes en los términos previstos en la ley. Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del proyecto, se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los unidos temporalmente” (negritas fuera de texto).

En cuanto a la participación previeron las partes que el 10% correspondía al Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y el 90% a la Sociedad Pópulus Ltda., de manera tal que “Dichos porcentajes serán la base para determinar los derechos y obligaciones que se deriven para la unión temporal de la ejecución de los proyectos de vivienda de interés social” (negritas fuera de texto).

Representación: como representante de la unión temporal se nombró a la Sociedad Pópulus Limitada y más concretamente a su representante legal el señor Julio Rafael Solano Posada.

De lo expuesto anteriormente es claro que al tenor de lo dispuesto en el acuerdo suscrito el 5 de febrero de 2002, así como lo expresado en la demanda, en la contestación de la demanda y en la Resolución 207 de agosto 30 de 2003 expedida por el alcalde del municipio de Tenza en su calidad de director general del fondo de vivienda de dicho municipio, la intención clara de las partes fue crear una unión temporal, en los términos del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, razón por la cual es pertinente determinar si efectivamente se conformó o no la unión temporal.

Siguiendo los lineamientos esbozados en las consideraciones iniciales el documento suscrito por las partes el 5 de febrero de 2002 no implica en si mismo la conformación de una unión temporal, pero establece las reglas que se tendrán en cuenta en caso de llegar a integrarse la mencionada figura.

Se trata entonces de un acuerdo marco que tendrá aplicación cada vez que entre las partes se integre en la práctica una unión temporal. En efecto, como ya se había indicado, la unión temporal surge de una situación de hecho, cual es la presentación conjunta de una propuesta ante una entidad estatal para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, situación que se analiza a continuación.

De los documentos aportados al proceso, como son (i) Resolución 25 de 2002, modificada por la Resolución 80 de 2002 expedidas por el Inurbe (fls. 147 a 149 del cdno. de pbas.) (ii) El formulario de registro de oferta ante el Inurbe y sus anexos (fls. 139 a 146 del cdno. de pbas.) se establece con claridad que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y la Sociedad Pópulus Limitada, presentaron una oferta conjunta ante Inurbe, con el fin de obtener la elegibilidad del proyecto de vivienda de interés social denominado Villas de San Miguel que se ejecutaría en el municipio de Tenza y, la consecuente adjudicación de los subsidios a los beneficiarios.

Si bien es clara la presentación conjunta de la oferta ante una entidad estatal, como lo es el Inurbe, es preciso determinar si esta se realizó para la celebración y ejecución de un contrato.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “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 de la autonomía de la voluntad (...)”.

En el caso objeto de análisis las partes en forma conjunta presentaron una oferta dentro del concurso de esfuerzo municipal 2002, en la modalidad de postulación colectiva, con el fin de obtener la elegibilidad de proyecto Villas de San Miguel y la consecuente adjudicación de los subsidios de vivienda los cuales servirán para financiar el pago del proyecto de vivienda que obtuvo la correspondiente elegibilidad.

El proceso de selección y adjudicación está regido por normas especiales, que para la época de los hechos correspondían a la Ley 546 de 1999 y el Decreto 2620 de 2000, en dichas disposiciones se establecen los requisitos y condiciones para presentar oferta, la modalidad en que se pueden presentar, los criterios de selección y evaluación y los entes encargados de determinar la elegibilidad del proyecto.

Para obtener el certificado de elegibilidad del Inurbe, expedido por el director regional, acerca de la viabilidad técnica, legal y financiera de un proyecto de construcción de vivienda de interés social, es necesario cumplir con las siguientes etapas: (i) Recepción del proyecto, (ii) Verificación de condiciones básicas, (iii) Revisión de la documentación recibida, (iv) Radicación, evaluación y (v) Certificación de elegibilidad.

• Primera etapa: la entidad establece el cumplimiento de las condiciones básicas así como de la documentación y soportes requeridos. De esta manera verifica: (i) Localización del proyecto, (ii) Número de soluciones del proyecto. (iii) Recursos solicitados.

El oferente debe presentar los siguientes documentos: (i) Licencia de urbanismo y construcción, (ii) Copia de la disponibilidad inmediata de servicios públicos (cuando no esté contenida en la licencia), (iii) Juego de planos urbanísticos y arquitectónicos aprobados, junto con las especificaciones de las viviendas y ampliaciones si las hay, (iv) Copia del título de dominio donde conste su inscripción en la oficina de instrumentos públicos, (v) Folio de matrícula inmobiliaria, (vi) Certificado predial donde conste el avalúo del predio, (vii) Diligenciamiento del formulario de inscripción al registro de la oferta y de los anexos respectivos (viii) Copia del certificado de constitución de gerencia y representación legal, cuando se trate de OPV, asociaciones, juntas de vivienda, juntas de acción comunal, (iv) **Copia de constitución de consorcio, unión temporal y nombramiento de su representante legal, si fuera el caso.**

El oferente debe estar constituido de alguna de las siguientes maneras: (i) Organizaciones populares de vivienda (OPV), (ii) Organizaciones no gubernamentales (ONG), (iii) **Fondos municipales, distritales o departamentales de vivienda (FOVIS)**, (iv) entidades territoriales u otras entidades con personería jurídica vigente que tenga incluido en su objeto social la promoción y el desarrollo de programas de vivienda, (v) **Constructores**

independientes.

- Segunda etapa: la entidad lleva a cabo una revisión de los siguientes documentos:

(i) Formulario de inscripción registro de oferta y oferentes, debidamente firmado por el representante legal del oferente, con el fin de que se constituya su responsabilidad frente a la información suministrada y los compromisos adquiridos al formular el proyecto.

(ii) Anexos, los cuales permiten verificar especialmente la identificación del oferente, pues deberá presentarse el documento que acredite las condiciones del mismo. De esta manera, cuando se trate de consorcios o uniones temporales⁽⁷⁾, es necesario adjuntar el documento que acredite tal condición, debidamente suscrito entre las partes, en cuyo caso sus integrantes deberán cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 80 de 1993 y los previstos para la clasificación y calificación en el registro único de proponentes (RUP) de la cámara de comercio; y cuando se trate de proyectos colectivos los oferentes deben acreditar además el certificado sobre registro único de proponentes expedido por la cámara de comercio, donde se demuestre la capacidad financiera de contratación como constructor, igual o mayor al valor total de los proyectos que presente cada oferente, para la certificación de elegibilidad respectiva y además acreditar una experiencia de dos (2) años en gestión y promoción de vivienda o en su defecto demostrar diez (10) años de experiencia específica en gestión y promoción de vivienda por parte del representante legal de la entidad oferente. Estos documentos deberán estar vigentes y con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días, en el momento de su radicación.

(iii) Licencia de urbanismo, licencia de construcción y planos.

(iv) Disponibilidad de servicios públicos domiciliarios.

(v) Escritura, certificado de libertad y constancia de predial.

(vi) Aportes.

- Tercera etapa: la entidad lleva a cabo una evaluación del proyecto, desde el punto de vista socio económico, financiero, técnico y jurídico, a fin de determinar su viabilidad para su posterior certificación de elegibilidad.

- Cuarta etapa: como resultado de la evaluación de la totalidad del proyecto, emite **el concepto de viabilidad positivo o negativo que consigne brevemente por escrito las principales conclusiones de la revisión y análisis efectuados, en los aspectos socio-económicos, financieros, jurídicos y técnicos, debidamente firmado por los funcionarios encargados de la evaluación.**

Si bien, en el presente caso, no se suscribe un acuerdo entre los oferentes cuyo proyecto de vivienda se declara elegible, esto no implica que no haya un acto jurídico celebrado por una entidad pública, generador de obligaciones en los términos del artículo 32 del estatuto de contratación estatal.

En efecto, una vez surtido el proceso de selección el Inurbe mediante un acto administrativo declara la elegibilidad del proyecto se obliga a asignar los subsidios y girarlos en la forma y tiempos que le permiten las respectivas normas. Por su parte los oferentes adquieren el compromiso ante el Inurbe de ejecutar el proyecto de vivienda que fue declarado elegible en los términos en que fue presentada la respectiva propuesta.

Lo establecido anteriormente en cuanto a la naturaleza de la figura constituida entre las partes se ve reflejado en la Resolución 80 de 2002 expedida por el Inurbe, en cuyo artículo primero se lee: “Declarar elegible el proyecto de vivienda de interés social denominado Villas de San Miguel **presentado por el oferente Unión Temporal Progreso de Tenza (...)**” (negrilla fuera de texto).

Determinado como está que las partes integraron una unión temporal en los términos del artículo 7° de la Ley 80 de 1993 y que el funcionamiento de la misma se rige por el acuerdo suscrito entre ellas, el 5 de febrero de 2002, procede este tribunal a definir el contenido de las obligaciones que de dicho acuerdo se derivan para cada uno de los miembros de la unión temporal.

3. Obligaciones y responsabilidad.

Teniendo en cuenta que en la demanda se pretende de una parte “que se declare por parte del tribunal de arbitramento que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, parte demandada en este proceso incumplió el convenio suscrito el día 5 de febrero de 2002”, corresponde a este tribunal determinar si los hechos en los cuales se funda tal pretensión fueron probados en el proceso.

De ser así, el tribunal pasará a analizar la segunda pretensión: “que como consecuencia de lo anterior se ordene a la parte demandada asumir el lucro cesante y el daño emergente que se pruebe dentro del proceso”.

En la medida en que las pretensiones del demandante están fundadas en el hecho de que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza incumplió presuntamente las obligaciones derivadas del acuerdo de unión temporal, consistentes en que: (i) debía verificar que el lote donado a los beneficiarios del subsidio se encontraba en “(...) condiciones aptas para adelantar la construcción por parte de la Sociedad Pópulus Ltda.”; (ii) no adelantar el estudio de suelos sobre el terreno “(...) y este debió ser asumido por Pópulus Ltda., estudio que no se encontraba presupuestado dentro del proyecto inicial”, el tribunal pasará a determinar de una parte si dichas obligaciones correspondían al Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y, si fuere el caso, si hubo incumplimiento de las mismas de su parte.

Considera el demandante que la obligación del Fondo de Vivienda de verificar que el lote se encontraba en condiciones aptas para adelantar la construcción por parte de la Sociedad Pópulus Ltda. fue aceptada expresamente **“(...) cuando al momento de presentarse a la convocatoria ante el Inurbe como unión temporal, el Fondo de Vivienda Municipal de Tenza allegó las respectivas licencias de urbanismo y construcción”** (negrillas fuera de texto).

Igualmente señala que la forma de verificar dichas condiciones era mediante un estudio de suelos, que presuntamente no fue realizado.

Al respecto aduce la demandante en el hecho 10 que:

10. “A partir de esta fecha se hace notorio que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza no había adelantado el correspondiente estudio de suelos sobre el terreno y este debió ser asumido por Pópulus Ltda. estudio que no se encontraba dentro del presupuesto inicial”.

El demandante argumenta así mismo en el hecho 12 de la demanda que “de ese estudio de suelos se concluye que el terreno presenta en algunos puntos los siguientes problemas. A) Reptación. B) Suelos sueltos. C) Arcillas expansivas en un 135% lo que implica replantear todo el proyecto”.

En primer lugar destaca el tribunal que no fue probado dentro del proceso que las condiciones del suelo, alegadas por el demandante hicieran que el terreno entregado por el Fondo de Vivienda no fuera apto o adecuado para construir el proyecto de vivienda Villas de San Miguel. Por el contrario, los distintos estudios de suelos que obran en el expediente coinciden en señalar que el terreno era urbanizable siguiendo unos determinados métodos de construcción, de manera tal que el asunto de fondo a decidir no es si el terreno era o no apto para la construcción del proyecto, sino si el estudio de suelos requerido para el buen término de la obra era una obligación del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza.

En efecto, si bien en la demanda y en los alegatos de conclusión se refiere el demandante a que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza debía haber entregado un bien no apto para la construcción, se fundamenta en no haber contado con un estudio de suelos que le permitiera conocer con anticipación a la obra, las condiciones del terreno lo cual implicó, según argumenta el demandante que tuviese que realizar; (i) un estudio de suelos no presupuestado dentro del proyecto inicial; (ii) realizar unas obras de adecuación que no fueron presupuestadas en el proyecto inicial presentado al Inurbe.

Así pues, corresponde en este momento al tribunal determinar lo siguiente:

a) Si existe una obligación expresa, en el material probatorio allegado al proceso, en la que se consigne que era deber del fondo realizar el mencionado estudio de suelos, previo el inicio de la obra “Villas de San Miguel”.

b) De no estar probado lo anterior, será menester deducir, a partir del material probatorio allegado, la viabilidad de determinar si existe una obligación tácita, en cabeza del fondo, de realizar el estudio de suelos.

a) De la inexistencia de una obligación expresa.

Como se vio en acápites anteriores, las relaciones entre los miembros de unión temporal y en concreto las obligaciones asumidas por cada uno ya sea frente a la entidad estatal contratante ya sea entre ellos podrían establecerse de alguna de las siguientes formas:

(i) Del contenido de la oferta presentada conjuntamente por las partes.

(ii) De los términos de referencia o pliegos de condiciones cuando estén separadas las actividades de cada participante.

(iii) Del acuerdo de unión temporal cuando este existiere.

A la opción prevista en el numeral (ii) no nos referiremos, en la medida en que por la naturaleza del proceso de selección que nos ocupa, no se elige con base en términos de referencia o pliegos de condiciones, de manera tal que las normas que regulan el trámite para declarar la elegibilidad no se refieran a las actividades específicas que realizan los oferentes en relación con la ejecución de un determinado proyecto de vivienda.

Revisada la oferta presentada al Inurbe por la Unión Temporal Progreso de Tenza (cdno. de pbas. 1 fls. 139 s.s.) no se encuentra en el expediente ningún documento en el que se determinen las actividades a cargo de los integrantes de la unión temporal y, en consecuencia de la misma no puede establecerse la obligación del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza de realizar el respectivo estudio de suelos.

En cuanto hace al acuerdo marco de la unión temporal encontramos que en los numerales 4º y 5º del acuerdo se establece de una parte, que “Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del proyecto, se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los unidos temporalmente” y, de otra que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que asuman los unidos temporalmente, su porcentaje de participación, será el 10% para el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y el 90% para la Sociedad Pópulus Ltda., de manera tal que “Dichos porcentajes serán la base para determinar los derechos y obligaciones que se deriven para la unión temporal de la ejecución de los proyectos de vivienda de interés social” (negrillas fuera de texto).

No contiene el acuerdo, aparte de lo expresado anteriormente ninguna referencia a las actividades específicas que cumplirían cada uno de los integrantes de la unión temporal. Tampoco se hace alusión a la obligación de realizar estudios de suelos y, por ende tampoco se determina el responsable de la misma.

Señalan los citados numerales que los porcentajes de participación serán la base para determinar los derechos y obligaciones que se deriven de la unión temporal de la ejecución de los proyectos, de donde se establece que, al no existir una división de actividades entre los miembros de la UT la totalidad de las mismas serán ejecutadas por estos en el porcentaje de participación establecido.

De esta manera las actividades de: gestión, promoción, diseño, construcción, ejecución, administración y comercialización de proyectos de vivienda de interés social en el municipio de Tenza; las cuales constituían el objeto del acuerdo marco, correspondía ejecutarlas en conjunto en un 10% al fondo y un 90% a la Sociedad Pópulus Limitada, a menos que uno y otro porcentaje se hubieren concretado en unas determinadas actividades asignadas a cada integrante, circunstancia que no fue expresada en el acuerdo objeto de análisis.

En este orden de ideas, la obligación de realizar un estudio de suelos para el diseño y construcción del proyecto Villas de San Miguel, en los términos del acuerdo marco, correspondía en conjunto a los dos miembros de la unión temporal y su ejecución se adelantaría en un 10% por el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza y en un 90% a la Sociedad Pópulus Limitada, de manera tal que, a la luz de esta interpretación la ausencia del estudio de suelos comportaría una mayor responsabilidad de la Sociedad Pópulus Limitada.

Así las cosas, de acuerdo con el contenido del acuerdo suscrito el 5 de febrero de 2002, no puede alegarse un incumplimiento por parte del Fondo del Municipio de Tenza puesto que, como hemos dicho, en el “acuerdo de unión temporal” no se mencionó en forma expresa la obligación del fondo de realizar estudios de suelos en proyectos a desarrollar en el futuro, de manera que al ser una obligación conjunta, mal podría el titular del 90% de la responsabilidad de su ejecución alegar que la no realización del mismo con anterioridad al inicio de la construcción constituye un incumplimiento frente a ella de quien tenía una responsabilidad de ejecución del 10%.

Es menester pues, analizar si el material probatorio restante nos aporta elementos de juicio, para dilucidar si la obligación de realizar el mencionado estudio de suelos, con anterioridad a la iniciación de la obra era del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza.

b) De la inexistencia de una obligación tácita.

Del material probatorio el tribunal considera pertinente analizar: (i) La oferta presentada al Inurbe; (ii) El contrato de consultoría celebrado el 1º de febrero de 2002. (iii) Las licencias de construcción.

En cuanto a la oferta presentada ante el Inurbe, en ella se indica que el proyecto “Villas de San Miguel” se desarrollará en un lote aportado como subsidio municipal (el cual se canaliza a través del fondo de vivienda), que el valor del lote es de \$ 60'000.000 y que esto representa el 9.27% de participación en el valor del proyecto y en la actividad por ejecutar.

De lo anterior se puede establecer:

(i) Que el lote como se indicó en la demanda y se aceptó tácitamente en la contestación de la misma, fue donado por el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza.

(ii) Que la participación del fondo en la ejecución del proyecto, mediante la entrega del lote equivale al 9.27%.

En consecuencia, con la entrega del lote el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza estaba cumpliendo casi en su totalidad el porcentaje de actividades que le correspondía ejecutar dentro de la unión temporal, el cual correspondía al 10%, como antes se mencionó.

No se puede establecer de la oferta que fuese obligación del fondo de vivienda realizar un estudio de suelos con anterioridad a la construcción.

Cabe en todo caso resaltar que dentro del presupuesto inicial presentado no se contempla estudio de títulos y que la oferta fue presentada por el señor Julio Rafael Solano Posada en su condición de representante de la Unión Temporal Progreso de Tenza.

De otra parte obra en el expediente (cdno. de pbas. 1, fl. 120) prueba de un contrato de consultoría con fecha primero de febrero de 2002, suscrito entre el señor Jorge García Velasco (contratante), en su calidad de presidente del comité directivo de los postulantes del programa de vivienda de interés social “Villas de San Miguel” y el señor Julio Rafael Solano Posada, en su calidad de representante legal de Pópulus Limitada (contratista).

En este contrato, se comprometió el contratista “a formular el proyecto de vivienda, **realizar los estudios y diseños del plan de vivienda, planos arquitectónicos, de urbanismo, estructurales** y de servicios y a gestionar su viabilización ante el Inurbe, realizando las correcciones y reformulaciones a que haya lugar para cumplir con tal propósito” (negritas fuera del texto).

El monto de este contrato fue de diez millones de pesos (\$ 10.000.000 m/cte.), a pagar al contratista en dos contados. El primero, de siete millones de pesos (\$ 7.000.000 m/cte.) a la firma del documento y, el segundo, de tres millones de pesos (\$ 3.000.000 m/cte.), a desembolsar una vez radicado el proyecto para su viabilización ante el Ministerio de Desarrollo.

Los diez (10) millones mencionados, fueron aportados por el municipio de Tenza como esfuerzo económico municipal.

Nótese que este contrato fue suscrito tres días antes que el “acuerdo de unión temporal”.

Adviértase así mismo, que en el contrato en comento se consagró una obligación expresa, en cabeza de Julio Rafael Solano Posada, en su calidad de representante legal de Pópulus Limitada, de realizar todos los estudios y diseños para el plan de vivienda del proyecto “Villas de San Miguel”.

Estos estudios, habrían de realizarse con el fin de demostrar ante el Inurbe la viabilidad del proyecto, con el fin de obtener de esta entidad los recursos necesarios para su consecución.

Ahora bien, el proyecto “Villas de San Miguel” fue declarado elegible por el Inurbe, de acuerdo con la propuesta presentada por el oferente la Unión Temporal “Progreso de Tenza”, constituida el cinco (5) de febrero de 2002 entre Pópulus Limitada y el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza.

Es evidente que Pópulus Limitada se comprometió a realizar los estudios y diseños del plan de vivienda, planos arquitectónicos, de urbanismo, estructurales y de servicios y a gestionar su viabilización, y que ello solo era técnicamente posible analizando todas las variables que deben tenerse en cuenta para formular un proyecto de construcción, una de las cuales es la relativa a las condiciones del suelo, la cual se establece mediante el estudio correspondiente, máxime cuando esta información se encuentra incluida dentro de los ítems de costos que integran el formulario de oferta que debe tramitarse ante el Inurbe.

Si a lo anterior se adiciona que Pópulus Limitada es una sociedad que se dedica, según consta en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente, entre otras actividades a “diseños y aplicaciones de proyectos de vivienda”, se trata de una empresa que debe conocer los requerimientos mínimos para poder hacer un presupuesto de programación de obra e inversión de un proyecto de vivienda como el que solicita el Inurbe, uno de los cuales es el estudio de suelos respectivo.

De lo expuesto concluye el tribunal que Pópulus Limitada debía conocer el lote y las condiciones geotécnicas del mismo reflejadas en el estudio de suelos respectivo, ya que fue contratada para realizar entre otras, esa actividad, según consta en el contrato de consultoría antes transcrito.

De igual manera no puede alegar Pópulus que teniendo a su cargo la ejecución del 90% de las actividades a cargo de la unión temporal solo con posterioridad a la iniciación de la misma consideró necesario efectuar el estudio de suelos respectivo.

A este punto, expresa el tribunal su inquietud de que un proyecto de estas dimensiones, que solo buscaba proteger a los menos favorecidos con recursos del Estado, hubiera podido iniciarse sin el estudio de suelos requerido para diseñar y elaborar el proyecto y este solo se hubiera considerado necesario con posterioridad a la ejecución de la obra. Lo anterior, en el supuesto de que en este tipo de proyectos es menester estudiar su viabilidad con el fin de que los recursos estatales no sean dilapidados y pueda cumplirse con el presupuesto asignado.

A continuación el tribunal se refiere a las licencias de construcción, en la medida en que la demandante fundamenta la pretendida obligación del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza en que fue este quien solicitó la licencia de construcción y urbanismo.

Si bien no se encuentra demostrado que de la solicitud de la licencia se desprenda para el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, la obligación de realizar todos los estudios exigidos para otorgarla, quiere este tribunal recalcar qué según se expresa en la Resolución 1 de enero 22 de 2002, modificada por la Resolución 2 de febrero 1º de 2002, ambas de la secretaría de planeación de Tenza y mediante las cuales se concedió licencia de construcción al Fondo de Vivienda Municipal de Tenza para realizar la construcción del proyecto “Villas de San Miguel”, se anexaron “9. Los documentos establecidos en el artículo 12 del Decreto 1052”.

Se refieren las resoluciones al artículo 12 del Decreto 1052 de 1998 el cual en el literal a) se refiere a,

“Tres (3) juegos de la memoria de los cálculos estructurales, de los diseños estructurales, de las memorias de otros diseños no estructurales y de los estudios geotécnicos y de suelos que sirvan para determinar la estabilidad de la obra...” (negritas fuera de texto).

Al tenor de las mencionadas resoluciones el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza habría aportado los estudios de suelos correspondientes, a lo cual se atenderá este tribunal, en la medida en que se trata de actos administrativos que gozan de presunción de legalidad.

Cabe anotar, en todo caso, que tanto la solicitud del fondo de vivienda, como la expedición de la licencia de construcción, fueron actos anteriores a la suscripción del denominado acuerdo de unión temporal (feb. 5/2002) y a la integración efectiva de la misma (presentación de oferta 22 de febrero de 2002) y por ende no podrían considerarse como obligaciones derivadas de la unión temporal.

Basados en lo anterior, pasa este tribunal a analizar si puede deducirse que el municipio de Tenza adquirió o no la obligación tácita de realizar el estudio.

Consideramos que del material probatorio aportado no se puede deducir que el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza tenía dentro de la Unión Temporal Progreso de Tenza la obligación de realizar un estudio de suelos sobre el lote que donó al proyecto y mucho menos que esa obligación fue aceptada al haber aportado las licencias de construcción que fueron presentadas al Inurbe, las cuales como ya se indicó fueron obtenidas con anterioridad a la celebración del acuerdo y a la integración de la unión temporal.

De todo lo expuesto concluye el tribunal que no se encuentra probado que del acuerdo de unión temporal suscrito entre el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, el 5 de febrero de 2002 se derive ni expresa ni tácitamente la obligación del Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza de elaborar un estudio de suelos con anterioridad al inicio de la construcción del proyecto “Villas de San Miguel”. Al no estar probada dicha obligación tampoco puede concluirse su incumplimiento por parte del demandado.

4. Los perjuicios y su prueba.

Al no existir incumplimiento, falta uno de los tres presupuestos fundamentales para establecer la responsabilidad contractual, como es el daño, sin cuya prueba, no surge la acción indemnizatoria de perjuicios.

Máxime si se observa que ni en la unión temporal ni en sus documentos posteriores, aparece establecida con toda claridad la obligación contractual que se dice fue incumplida, ni mucho menos la valoración o el quantum de dicho alegado incumplimiento.

5. Las excepciones.

Para analizar, en términos generales, lo relativo a las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, debe tenerse en cuenta, como ha sido doctrina constante, que las verdaderas excepciones solo hay lugar a estudiarlas después de haber decidido en primer término que la acción entablada por el demandante sí está llamada a prosperar pues de no estarlo es inútil estudiarlas.

Lo anterior se desprende del conocido y elemental principio de que a las partes les corresponde probar la existencia o la extinción de las obligaciones que están en tela de juicio. No otro es el sentido y desarrollo del “*onus probandi*”, principio rector en lo relativo a la carga de la prueba.

Por lo anterior este tribunal no analizará las excepciones de mérito propuestas, en la medida en que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

CAPÍTULO VII

Costas

El tribunal estima que, en razón a que ninguna de las pretensiones de la demanda han prosperado, se fijan las costas en favor de la parte convocada en un 100%. Para estos efectos se fijan las agencias en derecho en la suma de \$ 1.950.000.

Por concepto de costas el tribunal las liquida así:

Honorarios de los árbitros ⁽⁸⁾ más IVA	\$ 6.490.600
Honorarios y gastos del perito ⁽⁹⁾	\$ 977.500
Honorarios del secretario ⁽¹⁰⁾	\$ 977.500
Gastos de funcionamiento y administración más IVA (Cámara de Comercio) ⁽¹¹⁾	\$ 875.800
Gastos aproximados de protocolización ⁽¹²⁾	\$ 270.000
Subtotal costas	\$ 9.591.400
Subtotal agencias en derecho	\$ 1.950.000
Total costas y agencias en derecho	\$ 11.541.400

El total de estas costas, incluyendo las agencias en derecho es de \$ 11.541.400, suma que deberá pagar la Sociedad Pópulus Ltda. al Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, Boyacá, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral.

CAPÍTULO VIII

Parte resolutiva

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias existentes entre la Sociedad Pópulus Ltda., parte convocante, y el Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar no probadas las pretensiones de la demanda.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, negar las pretensiones de la demanda y, absolver al Fondo de Vivienda del Municipio de Tenza, Boyacá de todas las peticiones y condenas solicitadas por la Sociedad Pópulus Ltda.

Tercero. De conformidad con lo expresado en la parte motiva, no es del caso hacer pronunciamiento alguno en relación con las excepciones propuestas por el fondo.

Cuarto. Con las constancias de ley, del presente laudo arbitral expídanse copias auténticas con destino a cada una de las partes, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación.

Quinto. Ordénese la protocolización del presente laudo por el presidente del tribunal en una notaría del círculo de esta ciudad quien además liquidará las cuentas del proceso, las cuales serán remitidas a las partes con los excedentes a su favor, si los hubiere.

Notifíquese y cúmplase.

Álvaro Barrero Buitrago, Presidente del tribunal—*Gabriel Ibarra Pardo*, árbitro—*Janeth Vargas Amaya*, árbitro.

Mario Posada García-Peña, Secretario.
