REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ARBITRAL DE

VARGAS VELANDIA LTDA – HOY XIE S.A., EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. Y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, INTEGRANTES DEL CONSORCIO KUMBRE

Contra

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE.

Bogotá D.C. 9 de agosto de 2017

LAUDO

Bogotá D.C., nueve (9) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **VARGAS VELANDIA LTDA – HOY XIE S.A., EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. Y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, INTEGRANTES DEL CONSORCIO KUMBRE,** y el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE.**, previos los siguientes:

CAPÍTULO 1
ANTECEDENTES

I. EL CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA[1]

El día treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y el CONSORCIO KUMBRE firmaron el contrato de obra No. 2071792 para la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario, en Florencia – Caquetá.

II. EL PACTO ARBITRAL

Se encuentra contenido en la cláusula vigésima quinta denominada "*CLÁUSULA COMPROMISORIA*", la cual señala:

> *"Si surgieren divergencias de cualquier índole entre el contratista y FONADE, relacionadas o derivadas de la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del Contrato, que no puedan ser resueltas de común acuerdo por las partes, tales controversias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento, que se regirá por las siguientes reglas:*
>
> 1. *Estará integrado por tres árbitros designados de mutuo acuerdo por las partes. En el evento en que no se logre acuerdo entre las partes para la designación de uno o varios de los árbitros, los mismos serán escogidos de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá conforme al procedimiento determinado por dicha Entidad.*
> 2. *La remuneración total de cada árbitro equivaldrá, como máximo a seis (6) meses de salario básico del representante legal de FONADE del momento*

[1] Folios 1 a 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

en el cual se presente la solicitud de composición del Tribunal. La remuneración del secretario del Tribunal será la mitad de la remuneración de un (1) árbitro.

3. *El tribunal de arbitramento se regirá por las leyes vigentes al momento de su instalación.*
4. *El tribunal de arbitramento funcionará en Bogotá D.C., en la sede del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.*
5. *Las decisiones se tomarán en derecho.*

PARÁGRAFO PRIMERO. Excepcionalmente cuando se trate de controversias de carácter técnico el desacuerdo se someterá a un arbitraje de acuerdo con las normas de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. En caso de desacuerdo entre las partes con el resultado de la decisión, estas pueden acudir a la cláusula compromisoria general.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las obligaciones de las partes contenidas en este contrato no se suspenden por el hecho de que se presenten diferencias o controversias, inclusive durante el tiempo en que se están resolviendo".

III. PARTES PROCESALES Y REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

A. PARTE DEMANDANTE

El **CONSORCIO KUMBRE** y cada una de sus sociedades integrantes**,** de conformidad con el documento consorcial[2]:

1. El **CONSORCIO KUMBRE**, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. Representado legalmente por el señor JAIME VARGAS GALINDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.463.536 de Bogotá D.C. de conformidad con el documento consorcial y sus modificatorios, que obran en los folios 68 a 76 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

2. La sociedad **VARGAS VELANDIA LTDA – HOY XIE S.A.**, con NIT. 830.061.684-1, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. Representada legalmente por el señor JAIME VARGAS GALINDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.463.536 de Bogotá D.C. Inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 2 de septiembre de 1999, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la misma ciudad, el cual obra en los folios 411 a 419 del Cuaderno Principal No. 3 del expediente.

3. La sociedad **EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S.**, con NIT. 830.057.735-1, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. Representada legalmente por el señor CARLOS EDUARDO BOCANEGRA DE LA TORRE, identificado con cédula

[2] Folios 68 a 76 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

de ciudadanía No. 19.459.893 de Bogotá D.C. Inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de abril de 1999, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la misma ciudad, el cual obra en los folios 404 a 409 del Cuaderno Principal No. 3 del expediente.

4. La sociedad **SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA**, sociedad comercial debidamente inscrita en el registro mercantil de Quito, según consta en certificado de cumplimiento de obligaciones y existencia legal de la Superintendencia de Compañías de la República de Ecuador, el cual obra en folio 156 del Cuaderno Principal No. 1, representada legalmente por su Presidente Ejecutivo – Gerente General, el ingeniero ESTEBAN GONZÁLO SEVILLA QUINTANA, identificado con C.I. 17-04218369 de Ecuador, de conformidad con la Inscripción en el Registro Mercantil de Quito que obra a folio 425 del Cuaderno Principal No. 3 del expediente.

B. PARTE DEMANDADA

Es el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE** empresa industrial y comercial del estado de carácter financiero, del orden nacional, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, con NIT 899.999.316-1, representada legalmente por **ARIEL ALFONSO ADUÉN ANGEL**.

C. MINISTERIO PÚBLICO

Se encuentra representado actualmente por la Dra. **DIANA MARCELA GARCÍA PACHECO**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.053.218, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., en su calidad de Procuradora Primera Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá.

IV. TRÁMITE INICIAL

1. Con el cumplimiento de los requisitos formales y mediante apoderado, el día doce (12) de agosto de dos mil trece (2013), VARGAS VELANDIA LTDA – HOY XIE S.A., EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, INTEGRANTES DEL CONSORCIO KUMBRE, presentaron demanda arbitral contra el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE.[3], con base en el contrato celebrado y en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el mismo.

2. El treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013) tuvo lugar la audiencia de designación de árbitros[4], en la cual, estando las partes presentes, se

[3] Folios 1 a 147 del Cuaderno Principal No. 1.
[4] Folios 219 y 220 del Cuaderno Principal No. 1.

nombró a JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, ANTONIO PABÓN SANTANDER y GABRIEL DE VEGA PINZÓN.

3. De dicha designación fueron informados los árbitros y dentro del término previsto para el efecto, aceptaron el cargo los doctores ANTONIO PABÓN SANTANDER y GABRIEL DE VEGA PINZÓN, dándose cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 del Estatuto Arbitral.

4. El doctor JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO declinó la designación debido a que participó en la revisión del contrato objeto de la presente controversia, con miras a su liquidación.

5. El árbitro suplente, doctor LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, fue informado de su designación y dentro del término previsto para el efecto aceptó el encargo dando cumplimiento al artículo 15 del Estatuto Arbitral.

6. El Tribunal se instaló el día trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), fecha en la cual se inadmitió la demanda[5].

7. El día veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), fue aceptado el cargo por parte del secretario CARLOS HUMBERTO MAYORCA ESCOBAR y se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 15 del Estatuto Arbitral.

8. El día veinte (20) de febrero dos mil catorce (2014), el apoderado de la parte convocante presentó memorial de subsanación de la demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.[6]

9. El día seis (6) de marzo de dos mil catorce (2014), se admitió la demanda presentada. En la misma audiencia se posesionó como secretario el doctor CARLOS HUMBERTO MAYORCA ESCOBAR[7].

10. El día treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE[8] quien, mediante su apoderado, el doctor JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ, contestó oportunamente la demanda, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y presentó demanda de reconvención[9].

[5] Folios 365 a 368 del Cuaderno Principal No. 1.
[6] Folios 392 a 412 del Cuaderno Principal No. 1.
[7] Folios 413 y 414 del Cuaderno Principal No. 1.
[8] Cuaderno Principal No. 1, folio 415.
[9] Folios 423 a 647 del Cuaderno Principal No. 1 y folios 1 a 52 del Cuaderno Principal No. 2.

11. El día ocho (08) de abril de dos mil catorce (2014), se notificó el auto admisorio de la demanda a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[10].

12. Mediante autos proferidos el día siete (7) de julio y diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014) respectivamente, el Tribunal dio por terminados los poderes otorgados a favor de la doctora JOHANNA TORO BAHAMON por las sociedades convocantes, en virtud de las renuncias por ella presentadas.[11]

13. Mediante Auto del diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), el Tribunal reconoció personería al nuevo apoderado de la parte convocante, ordenó vincular al proceso como litisconsorte necesario y demandado en reconvención al CONSORCIO KUMBRE, admitió la demanda de reconvención presentada y corrió traslado de la misma a la parte demandada en reconvención[12].

14. El día dieciséis (16) de septiembre de dos mil catorce (2014), se notificó personalmente al doctor HECTOR JULIO TRONCOSO, apoderado de la parte convocante y demandada en reconvención, del auto admisorio de la demanda de reconvención[13].

15. El día diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014), de manera oportuna, el apoderado del CONSORCIO KUMBRE y sus integrantes, contestó la demanda de reconvención y propuso excepciones de mérito.[14]

16. El día diez (10) de octubre de dos mil catorce (2014), el apoderado de la convocante presentó reforma a la demanda arbitral.[15]

17. Mediante Auto del dieciocho (18) de noviembre de dos mil catorce (2014), el Tribunal inadmitió la reforma de la demanda presentada por no cumplir con el requisito exigido por el artículo 206 del Código General del Proceso[16].

18. El día nueve (09) de diciembre de dos mil catorce (2014), el apoderado de la convocante presentó memorial de subsanación de la reforma de la demanda.[17]

[10] Folio 416 del Cuaderno Principal No. 1.
[11] Cuaderno Principal No. 1, folios 419 a 421 y Cuaderno Principal No. 2 folios 78 a 80
[12] Folios 78 a 80 del Cuaderno Principal No. 2.
[13] Folio 81 del Cuaderno Principal No. 2.
[14] Folios 83 a 148 del Cuaderno Principal No. 2.
[15] Folios 151 a 327 del Cuaderno Principal No. 2.
[16] Folios 149 y 150 del Cuaderno Principal No. 2.
[17] Folios 328 a 330 del Cuaderno Principal No. 2.

19. Mediante Auto del seis (06) de febrero de dos mil quince (2015), el Tribunal admitió la reforma de la demanda presentada y corrió traslado de la misma a la parte convocada[18].

20. El día diez (10) de marzo de dos mil quince (2015), de manera oportuna, el apoderado de FONADE, contestó la reforma de la demanda, propuso excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio.[19]

21. El día once (11) de marzo de dos mil quince (2015), por secretaría se corrió traslado de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio.

22. El día dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015), el apoderado de la convocante descorrió el traslado de la objeción al juramento estimatorio y guardó silencio respecto del traslado de las excepciones de mérito.[20]

23. Mediante auto del veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015), se fijó como fecha para realizar la audiencia de conciliación el día doce (12) de mayo del mismo año[21].

24. El día quince (15) de abril de dos mil quince (2015) el doctor ANTONIO PABÓN SANTANDER presentó renuncia a la designación como árbitro, por lo que se le informó de su designación al árbitro suplente, el doctor CESAR NEGRET MOSQUERA, quien no aceptó su designación por encontrarse en una reclamación de carácter contencioso ante el Gobierno Nacional.

25. Se informó de su designación al árbitro suplente, el doctor JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, quien no aceptó su designación toda vez que se encontraba impedido por mantener relación profesional con la entidad demanda, FONADE.

26. En razón de lo anterior, se citó a reunión de designación del tercer árbitro para el día treinta (30) de junio de dos mil quince (2015).

27. El día veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015), mediante memorial conjunto, los apoderados de las partes solicitaron aplazar la diligencia programada, por lo que se fijó nueva fecha para el día veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015).

28. El día veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015), mediante memorial conjunto, los apoderados de las partes solicitaron nuevamente aplazar la

[18] Folios 331 y 332 del Cuaderno Principal No. 2.
[19] Folios 333 a 549 del Cuaderno Principal No. 2.
[20] Folios 552 a 554 del Cuaderno Principal No. 2.
[21] Folios 550 y 551 del Cuaderno Principal No. 2.

reunión de designación de árbitro, por lo que se fijó fecha para el día veinticinco (25) de agosto de dos mil quince (2015).

29. En la fecha fijada, se celebró la reunión de designación de árbitros, la cual fue suspendida por solicitud de los apoderados de las partes.

30. Posteriormente, las partes solicitaron se informara de la designación nuevamente al Dr. JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, trámite que no culminó con éxito.

31. El día diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015), se celebró la reunión de designación de árbitros, la cual fue suspendida por solicitud de los apoderados de las partes con el fin de designar el tercer árbitro de común acuerdo.

32. El día veintiséis (26) de enero de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de los integrantes del CONSORCIO KUMBRE allegó copia auténtica del laudo arbitral proferido por el tribunal arbitral de FONADE contra el CONSORCIO KUMBRE y sus integrantes[22].

33. El día siete (07) de marzo de dos mil dieciséis (2016), el doctor CARLOS HUMBERTO MAYORCA ESCOBAR, presentó renuncia al cargo de secretario.

34. El día veintidós (22) de abril de dos mil dieciséis (2016), se celebró la reunión de designación de árbitros, en la que, de común acuerdo, las partes designaron como tercer árbitro al doctor CAMILO CALDERÓN RIVERA, quien no aceptó la designación por estar en ese momento participando como árbitro en un trámite en el que el Dr. De Vega es apoderado de parte.

35. Se comunicó al árbitro suplente la designación, el doctor JORGE PINZÓN SÁNCHEZ, quien tampoco aceptó la designación en razón a que uno de los miembros del panel arbitral era, para el momento, apoderado de parte en otro trámite arbitral en el que el Dr. Pinzón fungía como árbitro.

36. Se comunicó al árbitro suplente la designación, el doctor ÁLVARO TAFUR GALVIS, quien no aceptó la designación puesto que formaba parte de otro Tribunal Arbitral donde FONADE era parte convocada.

37. El día siete (07) de junio de dos mil dieciséis (2016), se celebró reunión de designación de árbitros, en la que la convocante solicitó proceder al nombramiento mediante sorteo público conforme lo previsto en el pacto arbitral, el cual se llevó a cabo el día nueve (09) de junio del presente año[23],

[22] Folios 297 a 391 del Cuaderno Principal No. 3.
[23] Folio 178 del Cuaderno Principal No. 3.

siendo designada la Dra. GLORIA MARÍA BORRERO RESTREPO a quien se le informó de su designación como árbitro y quien dentro del término previsto para el efecto aceptó el encargo, dando cumplimiento al artículo 15 del Estatuto Arbitral.

38. El día dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016), se llevó a cabo la audiencia de reintegración del Tribunal Arbitral, en la cual se designó como secretaria a la doctora LAURA MARCELA RUEDA ORDÓÑEZ y se fijó fecha y hora para realizar la audiencia de conciliación[24].

39. El mismo dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016), la doctora LAURA MARCELA RUEDA ORDÓÑEZ, secretaria designada, aceptó el nombramiento y dio cumplimiento al deber de información previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012.

40. El día veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016), se llevó a cabo la audiencia de conciliación la cual fue suspendida por solicitud de las partes con miras a lograr un acuerdo conciliatorio, fijándose como fecha para su reanudación el día dieciocho (18) de agosto del presente año[25].

41. El día dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciséis (2016), los apoderados de las partes radicaron memorial mediante el cual solicitaron aplazar por segunda vez la audiencia de conciliación, solicitud a la cual accedió el Tribunal.

42. El día veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de la convocada solicitó aplazar por tercera vez la audiencia de conciliación para que FONADE procediera a estudiar la propuesta de la convocante, solicitud que fue coadyuvada por el apoderado de los integrantes del CONSORCIO KUMBRE. El Tribunal accedió nuevamente a la solicitud.

43. El día primero (01) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de la parte convocante HÉCTOR JULIO TRONCOSO LEÓN presentó renuncia a los poderes conferidos a él.

44. Mediante auto del trece (13) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal requirió al doctor HÉCTOR JULIO TRONCOSO para que allegara la comunicación mediante la cual informó de su renuncia a sus poderdantes, y fijó fecha para la reanudación de la audiencia de conciliación[26].

[24] Folios 266 a 268 del Cuaderno Principal No. 3.
[25] Folios 270 a 276 del Cuaderno Principal No. 3.
[26] Folios 395 a 398 del Cuaderno Principal No. 3.

45. El día veinte (20) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el doctor HÉCTOR JULIO TRONCOSO allegó la comunicación solicitada[27].

46. El día veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), la convocante allegó nuevos poderes conferidos a la doctora MARÍA INÉS PACHECO[28].

47. El día veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), se allegó copia de la propuesta y contrapropuesta que plantearon las partes con el fin de llegar a un acuerdo conciliatorio[29].

48. El día veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) se reanudó la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida. A continuación, se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, las cuales fueron consignadas por las partes de manera oportuna.[30].

V. TRÁMITE ARBITRAL

1. El dos (02) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal declaró que, frente a las pretensiones de la demanda de reconvención y sus respectivas excepciones de mérito, operó el fenómeno de la cosa juzgada, por lo que el Tribunal no se pronunciará sobre ellas. En cuanto a la demanda principal presentada por el CONSORCIO KUMBRE contra FONADE, se declaró competente para conocer y decidir sobre dicho litigio.

2. Dentro del trámite, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por las partes.[31], salvo las que se desistieron y la declaración de CLAUDIA RODRÍGUEZ que no se recibió por su inasistencia reiterada.

3. Respecto de la solicitud de la convocante de recibir la declaración del señor Eduardo Bocanegra como testigo, el Tribunal de oficio la decretó como interrogatorio de parte, por ser representante legal de una de las sociedades convocantes.

4. En relación con la inspección judicial a los libros del Consorcio Kumbre, el Tribunal precisó que no se practicaría la inspección, sino que dicha información debía ser entregada directamente al perito contable.

5. Mediante memorial radicado el dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), la apoderada del CONSORCIO KUMBRE desistió del testimonio del

[27] Folios 400 y 401 Cuaderno Principal No. 3.
[28] Folios 402 a 425 del Cuaderno Principal No. 3.
[29] Folios 1 a 3 del Cuaderno Principal No. 4.
[30] Folios 4 a 15 del Cuaderno Principal No. 4.
[31] Folios 42 a 75 del Cuaderno Principal No. 4.

señor FEDERICO CARDONA.[32], el cual fue aceptado por el Tribunal mediante auto de fecha veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

6. El día veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal delimitó el objeto del dictamen pericial a las preguntas de contenido contable y eliminó aquellas de contenido técnico, auto respecto del cual la apoderada de la parte convocante interpuso recurso, el cual fue resuelto de manera negativa, indicándole el Tribunal a la apoderada, que dicha prueba fue pedida como un dictamen contable, por lo que así mismo fue decretada.

7. El mismo veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), se posesionó como perito contable la firma INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A. y se recibió testimonio de los señores WERNER ANTONIO GUERRA HERRERA, RAFAEL LÓPEZ OCHOA y PABLO QUIÑONEZ, quien solicitó suspender la diligencia y reprogramar la misma en siguiente fecha, solicitud que fue concedida por el Tribunal.[33]

8. El veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), se recibió la continuación del testimonio de PABLO QUIÑONEZ y los interrogatorios de parte de los representantes legales de las sociedades EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA. En audiencia, el apoderado de la parte convocada presentó desistimiento de la declaración del representante legal de VARGAS VELANDIA LTDA – HOY XIE S.A., el cual fue aceptado por el Tribunal.[34]

9. El día veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de la parte convocada allegó copia de los documentos solicitados por la convocante, en cumplimiento a lo ordenado mediante el Auto de Decreto de Pruebas[35]. Estos fueron puestos en conocimiento de la contraparte por un término de tres (3) días.[36]

10. El día catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), se recibió testimonio de los señores MAURICIO MARTÍNEZ FERNÁNDEZ y OSCAR VARGAS GALINDO.[37]

11. El día diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el apoderado de FONADE remitió la información solicitada por la firma perito.[38]

12. El diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017), se recibió testimonio

[32] Folios 92 a 94 del Cuaderno Principal No. 4.
[33] Folios 110 a 122 del Cuaderno Principal No. 4.
[34] Folios 128 a 136 del Cuaderno Principal No. 4.
[35] Folio 139 del Cuaderno Principal No. 4.
[36] Folio 150 del Cuaderno Principal No. 4.
[37] Folios 145 a 152 del Cuaderno Principal No. 4.
[38] Folio 153 del Cuaderno Principal No. 4.

de los señores ROY ALBEIRO MESA GUEVARA y MANUEL QUINTANA NARANJO.[39]

13. El día ocho (08) de febrero de dos mil diecisiete (2017), mediante Auto, el Tribunal ordenó prescindir del testimonio de CLAUDIA RODRÍGUEZ, de conformidad con el artículo 218 del Código General del Proceso, puesto que, ante su inasistencia no se aportó excusa.[40]

14. El día veintisiete (27) de febrero de dos mil diecisiete (2017), el apoderado de la parte convocada presentó solicitud de desistimiento de las declaraciones de DIEGO MORA y JAIME BOTERO.[41]

15. Por su parte, el día veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017), la apoderada de la parte convocante coadyuvó la solicitud de desistimiento de los testigos JAIME EDUARDO BOTERO y DIEGO MORA, y desistió del testimonio del señor LUIS FERNANDO CASTAÑO.[42]

16. Mediante Auto de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal aceptó el desistimiento de los testigos JAIME EDUARDO BOTERO, DIEGO MORA y LUIS FERNANDO CASTAÑO. De igual manera, puesto que la Interventoría informó que no contaba con los originales de los informes entregados, se requirió a FONADE para que allegara los informes mensuales de interventoría.[43]

17. El día seis (06) de marzo de dos mil diecisiete (2017), el apoderado de la parte convocada remitió la respuesta de su poderdante FONADE, en atención a lo solicitado en el auto del veintiocho (28) de febrero.[44] Esta respuesta fue puesta en conocimiento de la convocante, quien se pronunció respecto de los informes allegados y solicitó se aportaran algunos informes faltantes[45].

18. El trece (13) de marzo de dos mil diecisiete (2017), dentro del término ordenado y luego prorrogado por el Tribunal, la firma perito ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A. presentó la experticia que le fue encomendada con base en la información contable allegada por la parte convocante[46].

19. El día veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2016), dentro del término de traslado del dictamen pericial contable, la apoderada de la parte convocante presentó memorial de solicitud de aclaración y complementación del mismo y

[39] Folios 160 a 165 del Cuaderno Principal No. 4.
[40] Folios 175 a 178 del Cuaderno Principal No. 4.
[41] Folios 191 y 192 del Cuaderno Principal No. 4.
[42] Folios 193 a 195 del Cuaderno Principal No. 4.
[43] Folios 196 a 199 del Cuaderno Principal No. 4
[44] Folios 204 del Cuaderno de Principal No. 4
[45] Folios 211 y 212 del Cuaderno Principal No. 4.
[46] Folios 104 a 288 del Cuaderno de Pruebas No. 35.

también solicitó al Tribunal le concediera término para allegar un dictamen contradictorio, petición que fue aceptada por este, concediéndole diez (10) días hábiles para tal fin.

20. El día 24 veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017), de manera oportuna el apoderado de la parte convocada, presentó memorial por medio del cual solicitó aclaraciones y complementaciones del dictamen elaborado por la firma INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A.

21. Mediante Auto del cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017), atendiendo la solicitud presentada por la apoderada de la parte convocante, el Tribunal requirió a FONADE para que aportara los informes mensuales de interventoría faltantes, como también solicitó de oficio a la convocada aportar la totalidad de los informes de interventoría rendidos en desarrollo del Contrato.[47]

22. El día doce (12) de abril de dos mil diecisiete (2017), la apoderada de la parte convocante presentó recurso de reposición contra el auto que concedió el término para aportar el dictamen contradictorio a efectos de que se le concediera un término mayor, solicitud que fue negada con fundamento en el artículo 31 del estatuto arbitral y el 227 del CGP. Frente a esta providencia, la apoderada de la parte convocante solicitó aclaración, la cual fue negada mediante auto de fecha tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

23. El dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017), el apoderado de FONADE, informó que la entidad no pudo ubicar los dos informes mensuales faltantes, pero allegó el informe final de interventoría, el cual da cuenta de toda la ejecución del contrato[48]. Así las cosas, mediante Auto, el Tribunal declaró satisfecho el objeto de la prueba relacionada con los informes de interventoría y ampliada de oficio por el Tribunal[49].

24. El día cinco (5) de mayo de dos mil diecisiete (2017) la firma INTEGRA AUDITORES CONSULTORES presentó dentro del término ordenado por el Tribunal, informe complementario[50], del cual se corrió traslado a las partes por el término de cinco (5) días.

25. El día dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), dentro del término previsto para el efecto, la apoderada de la parte convocante radicó memorial por medio del cual descorrió el traslado del dictamen pericial contable complementario, sin aportar el dictamen contradictorio anunciado, pero solicitando se fijara audiencia para oír al perito.[51]

[47] Folios 235 a 241 del Cuaderno Principal No. 4.
[48] Folios 290 a 293 del Cuaderno de Pruebas No. 35.
[49] Folios 255 a 262 del Cuaderno Principal No. 4.
[50] Folios 294 a 507 del Cuaderno de Pruebas No. 35.
[51] Folios 281 a 293 del Cuaderno Principal No. 4.

26. El día nueve (9) de junio de dos mil diecisiete (2017), se inició audiencia de declaración del perito Julio César Chaparro Castro, en la cual éste fue interrogado por los apoderados de las partes, por la agente del Ministerio Público y por el Tribunal, la cual fue suspendida y reanudada el día doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017).[52]

27. El día doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal declaró concluida la etapa probatoria.

28. El día diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en treinta y cinco (35) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas decretadas salvo las que fueron desistidas y aquella que fue prescindida.

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el Art. 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto; así también lo hizo la representante del Ministerio Público, de acuerdo con lo señalado por el Art. 49 de la Ley 1563 de 2012. En ella, hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente[53].

VII. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del trámite arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 establece que al término del proceso "*se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales*".

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día dos (02) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), lo que significa que la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral, debe proferirse dentro del periodo comprendido desde el dos (02) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) hasta el dos (02) de

[52] Folios 353 a 365 del Cuaderno Principal No. 4.
[53] Folios 377 a 508 del Cuaderno Principal No. 4 y folios 1 a 263 del Cuaderno Principal No. 5.

mayo de dos mil diecisiete (2017); debiéndose adicionar los días que a continuación se señalan, por haber operado la suspensión.

Las suspensiones del proceso se surtieron mediante solicitud conjunta de los apoderados de las partes y fueron aceptadas por el Tribunal, habiéndose suspendido en el año dos mil dieciséis (2016), entre los días tres (03) de noviembre a veinte (20) de noviembre ambas fechas inclusive, veintitrés (23) de noviembre a trece (13) de diciembre ambas fechas inclusive; del quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) al dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017) ambas fechas inclusive; y en el año dos mil diecisiete (2017) entre los días trece (13) de junio a dieciocho (18) de julio ambas fechas inclusive y del veinte (20) de julio al veintinueve (29) de julio ambas fechas inclusive. De esta forma, por días de suspensión se suman al término de duración del proceso, 120 días calendario.

Se tiene entonces que, a los seis meses de duración del proceso, se adicionan 120 días calendario, de manera que el término vence el treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017), motivo por el cual el Tribunal se encuentra en término para fallar.

VIII. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

A. LA DEMANDA

1. Los Hechos de la Demanda

Teniendo en cuenta la extensión de los hechos en los que apoya sus pretensiones la parte demandante, se ha hecho un compendio de los mismos de la siguiente manera:

- **Hechos de carácter general**

1.1. En el mes de mayo de 2007, en virtud de Convenio Interadministrativo celebrado con el Ministerio del Interior y de Justicia, FONADE realizó apertura de Propuesta Pública de Contrato con el objeto de contratar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Florencia – Caquetá.

1.2. De conformidad con las reglas de participación, presentaron la oferta: el CONSORCIO HCCC, el CONSORCIO CÁRCELES 2008 y el CONSORCIO KUMBRE (VARGAS VELANDIA LTDA 40,00%, SEVILLA MARTÍNEZ C.A. SEMAICA 50,00% y EDIVIAL E.U. 10,00%).

1.3. Mediante resolución del 29 de octubre de 2007, FONADE aceptó la oferta presentada por el CONSORCIO KUMBRE.

1.4. El día 31 de octubre de 2007, FONADE y el CONSORCIO KUMBRE firmaron el contrato de obra No. 2071792 con el objeto de construir el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia – Caquetá, cuyo valor inicial fue de $45.296.243.092. El plazo pactado fue de 18 meses, de los cuales 14 eran para la ejecución y entrega final del contrato y los otros 4 para adelantar las acciones correctivas que fuesen requeridas en el inmueble por el interventor o por FONADE.

1.5. El contrato fue objeto de diferentes adiciones, prórrogas y modificaciones.

1.6. El 11 de febrero de 2011, una vez expirado el término contractual, la Interventoría y el CONSORCIO KUMBRE suscribieron el acta de entrega y recibo final del contrato, la cual estaría supeditada a la posterior revisión de FONADE para establecer las mayores cantidades de obras efectivamente ejecutadas, para así proceder a firmar el acta de recibo final.

1.7. Luego de la revisión por parte de FONADE, cuatro meses después, el CONSORCIO KUMBRE, la interventoría y FONADE firmaron el acta de entrega y recibo final, por lo que se recibieron formalmente por FONADE las obras del contrato, sus modificaciones y adiciones.

1.8. Ante la imposibilidad de cobrar el Acta de obra No. 38 y a pesar de los esfuerzos realizados, el CONSORCIO KUMBRE envió cartas a la Entidad evidenciando los perjuicios que se le estaban causando por el no recibo de las obras realmente ejecutadas.

1.9. FONADE no remitió comunicación alguna para citar al CONSORCIO KUMBRE a la liquidación bilateral del contrato, ni liquidó unilateralmente en el plazo legalmente establecido.

1.10. El día 9 de mayo de 2013, FONADE remitió el proyecto de acta de liquidación bilateral, la cual fue recibida en las oficinas del CONSORCIO el día 16 de mayo de 2013.

1.11. A pesar de las comunicaciones enviadas por el CONSORCIO KUMBRE a FONADE con el objetivo de celebrar una reunión para discutir el acta, FONADE dio por atendida la solicitud con el simple envío del acta de liquidación, y por lo tanto, el contrato finalmente no llegó a liquidarse.

- **Hallazgos evidenciados por la Contraloría respecto al contrato 2071792, relacionado con los hechos presentados por el Consorcio (Comunicación 2011EE90111 dirigida a FONADE del 24 de noviembre de 2011)**

La Contraloría hizo entrega a la entidad de las observaciones detectadas en la auditoria al proceso de construcción y entrega, evidenciando entre otros, lo siguiente:

1.12. Respecto de la ejecución de contratos de obras e interventoría, la Contraloría observó que se presentaron situaciones que afectaron la ejecución de las obras y resultaron ampliando los plazos debido a que los diseños entregados por las consultorías y la Interventoría presentaron varias inconsistencias. Esto denota unas debilidades en el análisis, estructuración y coordinación en la elaboración de los estudios de pre inversión y diseños por parte de las instituciones involucradas y de los consultores e interventores contratados.

1.13. La Contraloría señaló que la implantación arquitectónica de las edificaciones del proyecto no contempló las condiciones naturales y topográficas reales del lote. No se realizó el trámite de obtención de la servidumbre de la línea de conducción del acueducto que surte de agua potable al establecimiento ni la servidumbre para el tramo de conexión de la acometida eléctrica que alimenta de energía al establecimiento; lo que generó mayores cantidades de obra e ítems no previstos.

1.14. En el hallazgo No. 66 señaló que quedaron mal distribuidos e incluso en algunos casos no se instalaron los puntos de energía, red de voz y datos puesto que no fueron concebidos en los diseños de los edificios.

- **Incumplimiento de FONADE**

Se presentaron incumplimientos por parte de la Entidad en los siguientes aspectos:

1.15. En la entrega de sitios de trabajo y fecha de recibo de los mismos, aspecto necesario para el inicio de la construcción.

1.16. En cuanto a las obras preliminares, hubo incumplimiento en los diseños de las edificaciones sobre hidráulicas puesto que fueron proyectadas en las zonas más bajas del lote.

1.17. La ocupación de las zonas de trabajo por personas y animales, lo que generó retrasos en el inicio de las obras y desfases en el programa de trabajo.

1.18. La demora en la ejecución de la actividad, localización y replanteo por la no entrega oportuna de las zonas de trabajo.

- **En cuanto a la red de acueducto**

1.19. Se presentaron una serie de dificultades para la red de acueducto por la deficiencia en los diseños entregados por FONADE al CONSORCIO KUMBRE. La planeación de esta actividad se vio afectada debido a que los diseños suministrados por la Entidad variaron, en la medida en que las necesidades de la obra eran totalmente diferentes a las planteadas en los planos y especificaciones del contrato. En consecuencia, se generó para el CONSORCIO KUMBRE unos perjuicios de tipo técnico y, en consecuencia, económico.

- **Mayor tiempo de ejecución por causas no imputables al CONSORCIO KUMBRE**

1.20. Para captar las aguas de dos de las quebradas contempladas en el proyecto, era necesario hacer uso de los corredores viales de la región. En esta medida se radicó comunicación en junio de 2008 a la Interventoría, en la que se allegó resolución del Ministerio de Transporte, en la cual se informó que según el INVÍAS debían respetarse las distancias mínimas en las carreteras, por lo que para continuar con la actividad era necesaria la negociación con los dueños de los predios. Esta situación escapaba del resorte contractual del CONSORCIO KUMBRE y debió ser prevista de manera oportuna por parte de la Entidad, por lo que la actividad del Capítulo 29.01 tuvo que suspenderse por causas no imputables al contratista.

1.21. Ante los defectos en los diseños del acueducto, la Interventoría entregó los nuevos diseños para realizar la construcción del mismo. Esto sucedió cuando ya estaba próximo a vencerse el plazo originalmente previsto para la construcción del acueducto.

1.22. En septiembre de 2008, se informa que el servicio de acueducto de la cárcel lo prestaría la empresa de acueducto del municipio (SERVAF S.A. E.S.P.) y que, en consecuencia, de nuevo se cambiaría completamente el diseño del acueducto, lo que conllevó a la demolición de la obra realizada hasta el momento y la iniciación de las gestiones correspondientes a los nuevos diseños, lo cual trajo nuevos inconvenientes para la obra, entre ellos:

- Retrasos y mayores costos por los cambios al nuevo diseño causados por los requerimientos del INVIAS, ante lo cual el CONSORCIO KUMBRE realizó gestiones para poder solucionar las situaciones causadas por la imprevisión de la Entidad y la falta de planeación para la construcción del acueducto.
- Cambios de los nuevos diseños de los viaductos.
- Retrasos por la ineficiencia en la conexión de la línea de acueducto construida al sistema de suministro de la empresa de acueducto de Florencia (SERVAF S.A. E.S.P.).
- Nuevos cambios de diseño a los viaductos por recomendaciones de SERVAF S.A. E.S.P.
- Nuevos retrasos en la entrega definitiva del acueducto a SERVAF.

1.23. Finalmente, después de casi tres años, la Entidad se negó a pagar la totalidad de las obras ejecutadas en el acueducto (Acta No. 38) y, además, en el proyecto de acta de liquidación pretende pagar la totalidad de los viaductos ejecutados a precios diferentes a los presentados en la propuesta.

- **Redes eléctricas, de voz y datos de seguridad**

1.24. También se presentaron inconsistencias en los diseños de las redes eléctricas, de voz y datos de seguridad, puesto que sobre la marcha tuvieron que realizarse re-trabajos y hubo parálisis de actividades en los procesos constructivos.

1.25. Seis meses después de firmada el acta de inicio, se hizo entrega al CONSORCIO KUMBRE de los diseños de redes de vapor, seguridad y control, diseños que no fueron aprobados por Electrocaquetá por encontrar falencias en ellos, por lo que la Interventoría y el CONSORCIO KUMBRE debieron realizar esfuerzos conjuntos para rediseñar y poder ejecutar las redes de seguridad y de voz y datos.

1.26. En noviembre de 2009, el Interventor entregó de forma tardía el diseño de la red de media tensión, esto es, pasados 23 meses desde la firma del acta de inicio.

1.27. Todo lo anterior produjo sobrecostos, nuevos trabajos y mayores tiempos de ejecución debido a la falta de claridad y falencias en los diseños.

1.28. Además de las demoras en los tiempos de ejecución, se produjeron nuevas obras, actividades no previstas que conllevaron a que se suspendieran las actividades constructivas mientras se surtía el trámite de aprobación de precios no previstos. FONADE se negó a pagar los precios previamente pactados con la Interventoría, los cuales eran acordes a las condiciones de mercado.

1.29. De igual manera, existía una incertidumbre respecto de quién realizaría la instalación de seguridad puesto que no estaba pactado contractualmente. El CONSORCIO KUMBRE se negó a ejecutar la obra de instalaciones de seguridad hasta tanto no se tuviera claridad en la contratación y diseños.

1.30. El contratista CONSORCIO KUMBRE realizó varios aportes en materia de diseños en la red de energía eléctrica.

1.31. De igual manera, se presentó una interacción con otros contratistas de FONADE, que evidenciaron aún más falencias en diseños y especificaciones. Se requirieron nuevas modificaciones a las obras ya ejecutadas, las cuales fueron solicitadas por otro contratista de FONADE – Unión Temporal Seguridad Carcelaria – lo que ocasionó re-trabajos y mayores tiempos de ejecución.

1.32. Como conclusión, ante las falencias en los diseños, el CONSORCIO KUMBRE procedió a rediseñar y pasar a la Interventoría para su aprobación los arreglos y correcciones. Se generaron entre otros, cantidades de obra eléctrica completamente diferentes a las contratadas, se realizaron sistemas de canalizaciones diferentes para que se adaptarán a las reales exigencias de la red de seguridad, voz y datos, con diseños distintos a los de los consultores iniciales.

- **Afectación en la construcción de las obras hidrosanitarias**

1.33. Los diseños hidrosanitarios presentados por la Entidad estaban incompletos y durante su revisión se encontró que las redes de aguas lluvias y aguas negras no cumplían con el Reglamento Técnico para el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico – RAS 2000, por lo que no se pudo iniciar la construcción de las cimentaciones de los edificios y las vías del proyecto. Lo que produjo que el plazo del contrato se extendiera y ocasionara sobrecostos que el CONSORCIO KUMBRE tuvo que asumir.

Dentro de estas inconsistencias estaban:

1.34. Proyección de los canales de drenaje sobre sitios donde se encontraban ubicadas edificaciones.

1.35. El sistema para evacuar las inundaciones de las zonas bajas era insuficiente por lo que FONADE procedió a la corrección y modificación de los diseños hidráulicos.

1.36. Debieron modificarse los diseños hidrosanitarios, de conformidad con los nuevos diseños de los canales, toda vez que estos no coincidieron con la topografía del terreno.

1.37. Transcurridos 7 meses del plazo contractual, FONADE logró comprometer a sus consultores en la revisión y entrega de los diseños hidrosanitarios.

1.38. Debido a las falencias presentadas en los diseños hidrosanitarios, el CONSORCIO KUMBRE realizó la simulación hidráulica de las redes de aguas lluvias, detectando que los diámetros de la tubería se debían duplicar.

1.39. De esta manera, se produjo la entrega tardía de la revisión en los diseños solicitada por el CONSORCIO KUMBRE, evidenciándose que los planos entregados inicialmente presentaban problemas.

1.40. El CONSORCIO KUMBRE y la Interventoría, debido a las inconsistencias presentadas, unieron esfuerzos y tomaron decisiones sobre la marcha para evitar mayores traumatismos en la obra. En especial, el CONSORCIO KUMBRE realizó aportes en materia de diseños hidrosanitarios, evidenciando el incumplimiento de FONADE en la entrega de los mismos.

- **Afectación en las obras de concretos por la mala planeación de la Entidad**

1.41. Debido al tiempo utilizado en el diseño y rediseño de las obras hidráulicas, no fue posible iniciar las obras en concreto sino siete meses después de suscrito el contrato, por lo tanto, en el transcurso del primer año solo se pudo ejecutar un 10% de las mismas, cuando se había previsto en la programación original que debía

ejecutarse un 50% de dicha obra en concreto, resultando en que casi tres años después se logró la construcción de los edificios, que como se dijo, estaban ubicados en zonas donde se presentaban inundaciones, reflejando la falta de coordinación en los diseños, afectando considerablemente los rendimientos previstos por el CONSORCIO KUMBRE.

1.42. En todo este tiempo, se presentaron problemas con los diseños y por lo tanto con la cimentación en concreto de las edificaciones, ante lo cual el CONSORCIO realizó varias propuestas para superar los inconvenientes presentados. Así, las inconsistencias en los diseños generaron un eventual desequilibrio económico de la ecuación contractual.

- **Mayor permanencia del CONSORCIO KUMBRE, generada por la inadecuada planeación de FONADE.**

1.43. La caótica planeación por parte de la Entidad, generó que el CONSORCIO KUMBRE pasara de un plazo inicial de 18 meses a 38 meses y 10 días. Las circunstancias que impidieron el normal desarrollo de las obras son:

- Incumplimiento de FONADE de su obligación de entrega de las zonas de trabajo.
- Incumplimiento contractual de FONADE por falta de coordinación de diseños, interferencias de los accidentes topográficos y obras hidráulicas con la localización y replanteo.
- Negación de la Interventoría frente a la solicitud de reprogramación y suspensión del contrato con el fin de revisar los diseños entregados donde se localizaban los edificios en las zonas inundables o bajas.
- Dificultades para solventar las cantidades exorbitantes de material no previstas, requeridas para las obras y el relleno de las zonas bajas.
- Debido a las condiciones invernales y la oposición de la comunidad para localizar las bocatomas y la línea de conducción del acueducto, el CONSORCIO KUMBRE presentó solicitud de prórroga.
- A pesar de todo lo anterior, los informes de interventoría no contemplan la mala planeación de la Entidad, ni la inconsistencia de los diseños entregados al constructor.
- La necesidad de disponer de equipos adicionales a los establecidos en las *"reglas de participación"* de la oferta pública del Contrato No. IPG1958-195073.
- Costos adicionales generados por exigencias que excedían las cargas contractuales normales.

1.44. Debido a los cambios de especificación y/o diseño por parte de la Entidad, se produjeron actividades no previstas en el contrato cuyos precios unitarios fueron aprobados con demoras, en su mayoría dos meses después de la fecha de presentación de las cotizaciones. De igual manera, se presentaron factores

externos de orden social y de seguridad, que afectaron la ejecución normal de las actividades de la obra, entre ellos el paro camionero que inició el 31 de julio de 2008.

1.45. La Entidad persistió en desconocer la falta de diseños aptos para la fase de construcción, alegando por su parte unos supuestos graves hechos de incumplimiento de las obligaciones del Contratista. En vista de lo anterior, el CONSORCIO KUMBRE remitió comunicación aclarando la inexistencia de esos hechos y allegando documentos que demostraban su dicho.

- **La falta de acuerdo en los precios no previstos.**

1.46. Ante los inconvenientes presentados en la obra, se generó la necesidad de recursos adicionales por mayores cantidades de obra y obras no previstas, así como la reprogramación de la obra. Esta inquietud fue puesta de presente a la Entidad, así como también se solicitó autorización de modificación en la forma de pago para menguar los perjuicios padecidos por el CONSORCIO KUMBRE; solicitud a la cual se accedió mediante Modificatorio No. 4 del 23 de julio de 2009, cambiando la forma de pago mensual a una quincenal y concediendo un anticipo adicional, y un plazo adicional para la terminación de las obras.

1.47. Debido a que en el Modificatorio No. 4, no se incluyó la adición presupuestal que había sido solicitada y que resultaba necesaria, el CONSORCIO KUMBRE radicó nuevamente en la Interventoría una proyección del presupuesto, manifestando que era necesaria una adición de $5.463.518.127 pesos para la culminación de las obras. Finalmente, el 28 de agosto de 2007 se adicionó el contrato sólo en $3.195.472.000 pesos incluidos reajustes, así como también se realizó prórroga de un mes.

1.48. Posteriormente, el CONSORCIO KUMBRE solicitó en varias oportunidades la adición de presupuesto por falta de planeación y el reconocimiento de perjuicios asumidos por el Consorcio, ante las falencias en los diseños y las variaciones del contrato.

1.49. Desde diciembre de 2009 y nuevamente en enero de 2010, el CONSORCIO KUMBRE manifestó a FONADE los problemas de orden público que estaban afectando la ejecución de las obras, pues ante los posibles atentados contra el personal y Centro Penitenciario, y la presencia de grupos armados, la mano de obra mermó significativamente; razón por la cual el CONSORCIO solicitó la ampliación del plazo, así como una adición de recursos. A pesar de que en reiteradas ocasiones el CONSORCIO KUMBRE manifestó la necesidad de adicionar recursos al proyecto, ni la Interventoría ni la Entidad se pronunciaban formalmente al respecto.

1.50. Posteriormente el CONSORCIO KUMBRE reiteró sus solicitudes de adición y restablecimiento económico del contrato y FONADE nuevamente otorgó adiciones presupuestales insuficientes.

1.51. Los cambios en los diseños generales de la cárcel se siguieron presentando durante todo el plazo del contrato, así, se evidencia en que faltando 2 meses para la terminación de la cárcel, el CONSORCIO KUMBRE estaba solicitando tener los diseños detallados y las especificaciones técnicas de las obras especiales para avanzar en el área de equipos de rayos x. Finalmente, como sucedió en otras oportunidades, fue necesario demoler lo ejecutado para seguir adelante con la obra para que la cárcel quedara bien construida, a pesar de la falta de diseños y presupuesto requerido.

1.52. Para el 12 de febrero de 2011, ya estaban terminadas en su totalidad las obras. Debido a las reiteradas solicitudes tanto a la Interventoría como a la Entidad, la mayoría de ellas verbales, el CONSORCIO KUMBRE radicó físicamente el Acta No. 38 con su respectiva acta de mayores y menores cantidades No. 26, aun sin obtener la adición solicitada.

1.53. Posteriormente, mediante oficio del 17 de febrero de 2011, la Entidad solicitó los documentos requeridos para tramitar la liquidación del contrato, lo cual fue atendido por el CONSORCIO KUMBRE. Paralelamente, el Contratista insistió en el pago del Acta No. 38 solicitando a FONADE realizar una reunión a fin de discutir la liquidación del contrato y el pago del Acta No. 38.

1.54. Mediante oficio del 8 de junio de 2012, el CONSORCIO KUMBRE informó a la Entidad y a la Interventoría que la necesidad presupuestal para terminar las obras fue de más de $15.390.085.433 pesos, sin embargo, el contrato solo fue adicionado en aproximados $11.599.999.983 pesos, los cuales fueron insuficientes para cancelar la totalidad de lo ejecutado. Esta petición fue reiterada en oficio de septiembre de 2012 poniendo de presente que aún no existía pronunciamiento por parte de FONADE en cuanto al restablecimiento económico, esto teniendo en cuenta que, en oficio del 23 de mayo de 2012, la Interventoría había reconocido que existían obras pendientes de pago.

1.55. Los sobrecostos administrativos generados durante la ejecución del contrato, en especial, durante los 20 meses y 10 días adicionales, son de $4.129.539.845 pesos. Este valor se obtiene teniendo en cuenta el desglose del AIU contractual, descontando del valor causado en la contabilidad el valor pagado asociado a la obra ejecutada.

1.56. El contrato previsto para 18 meses terminó ejecutándose en 38 meses y 10 días, teniendo en cuenta este dato y la utilidad prevista mensualmente, se obtiene que la utilidad total que se debió obtener es de $3.773.702.471,66 pesos. No obstante, lo anterior, teniendo en cuenta las modificaciones y adiciones que se presentaron, se tiene un valor final de la obra de $66.778.923.243,50 pesos, incluyendo el valor del Acta No. 38 por cancelar. De este último valor se tiene un costo directo de $16.808.679,18 pesos, el cual da una utilidad de $840.414.683,96 pesos.

1.57. En consecuencia, si del valor total de utilidad que se debió obtener se resta la utilidad prevista en el contrato original – valor que corresponde a $1.772.014.830,30 pesos – y la utilidad del costo directo adicionado; se tiene que la utilidad dejada de percibir es de $1.161.272.957,40 pesos.

- **Instalación de la cubierta**

1.58. Respecto de la instalación de la cubierta, la misma debía ejecutarse en un término de 5 meses y 13 días. Sin embargo, esta obra dependía de la construcción de las edificaciones en las que se instalarían las cubiertas, por lo que, debido a los problemas presentados en la construcción de los edificios, no fue posible desarrollar las instalaciones de la cubierta sino 24 meses después de lo previsto. Fue la misma Interventoría y la Entidad quienes propusieron posponer la construcción de las edificaciones ante los desfases en los diseños, por lo que es evidente que ya conocían que la instalación del ítem de cubiertas no se realizaría dentro de la programación prevista.

1.59. De esta manera, todos los esfuerzos del CONSORCIO para cumplir a tiempo con la construcción de este ítem fueron en vano. Incluidos en estos esfuerzos estaban los pagos que se habían hecho previamente al subcontratista del CONSORCIO KUMBRE, quien ante los perjuicios por el retraso de las obras se retiró del proyecto sin devolver los dineros que le habían sido cancelados por concepto de anticipo.

1.60. En vista de lo sucedido, el CONSORCIO KUMBRE tuvo que contratar nuevos subcontratistas, incurriendo en nuevos costos, los cuales sumados a los ya causados por el contrato anterior, superaron el valor de las obras reconocidas por FONADE según los precios establecidos en la oferta.

1.61. De lo anteriormente descrito, se generó un desequilibrio económico en el desarrollo de la actividad por los mayores tiempos y costos causados por razones que claramente escapan al resorte contractual del CONSORCIO, con lo cual terminó generando 3 subcontratos, perdió los dineros del anticipo entregado al subcontratista y duplicó los recursos y esfuerzos para una actividad que duró 24 meses más de lo programado.

2. Las Pretensiones

Las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda arbitral son las siguientes:

*"**2.1. <u>PRETENSIONES DECLARATIVAS</u>***

2.1.1. PRETENSIÓN DECLARATIVA PRIMERA PRINCIPAL

*Que se declare que **EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**, incumplió, por ejecución tardía, el contrato*

*2071792 (convenio interadministrativo 150/05-195073) celebrado el 31 de Octubre de 2007, y sus adiciones y otrosíes, con las sociedades Convocantes que integran el **CONSORCIO KUMBRE** (según acuerdo suscrito el 20 de junio de 2007), para la "CONSTRUCCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO EN FLORENCIA – CAQUETÁ, las obligaciones a su cargo, especialmente las siguientes:*

1. Propias de la naturaleza del contrato de construcción de obras de infraestructura pública.
a. La Planeación debida del proyecto en todos sus aspectos de preparación, ejecución y control incluidos los aspectos previos a la apertura de la oferta de contrato, tales como técnicos, presupuestales, financieros, etc.
b. La entrega desde el inicio, completa y sin inconsistencias de los estudios, planos, diseños, y la definición de ítems y cantidades de obra requeridos para la ejecución del Contrato.
c. La entrega inicial al Contratista de los sitios o de las zonas de trabajos necesarios para la ubicación y construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia, libres de toda perturbación para la destinación a que estaban sometidas.
d. La tramitación y aprobación oportunas de los precios unitarios de los ítems de las obras necesarias y de carácter prioritario según la ruta crítica en el proceso constructivo, para la ejecución del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario objeto del contrato original y de sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes.

2. El pago de la última acta de corte de obra recibida en los plazos señalados en el contrato, sus modificaciones, adiciones, prorrogas y otrosíes según la cláusula cuarta literal a) del contrato.

3. Las demás que se evidencien en el proceso.

2.1.2. PRETENSIÓN DECLARATIVA SEGUNDA PRINCIPAL

*Que se declare que **EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**, incumplió parcialmente, por inejecución, el contrato 2071792 (Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/15 MIJ – 195073 – FONADE), sus modificaciones, adiciones, prorrogas, y otrosíes, celebrado el 31 de Octubre de 2007, con las sociedades convocantes que integraron el **CONSORCIO KUMBRE** (según acuerdo suscrito el 20 de junio de 2007), para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Florencia – Caquetá, de las siguientes obligaciones a su cargo según el contrato.*

1. El reconocimiento y el pago del valor total de las obras ejecutadas y recibidas, resultante del balance de estas obras frente a las obras facturadas y pagadas.
2. El acuerdo de precios y el consiguiente pago, de las cantidades de obras

ejecutadas y/o entregadas a satisfacción.
3. Las demás que se evidencien en el proceso.

2.1.3 PRETENSIÓN DECLARATIVA TERCERA PRINCIPAL

*Que se declare que **EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**, es responsable si se accede a las pretensiones 2.1.1 y 2.1.2, del incumplimiento parcial del contrato 2071792 (Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/05 MIJ – 195073 – FONADE) y sus adiciones y otrosíes, celebrado con las firmas convocantes integrantes del **CONSORCIO KUMBRE** suscrito entre las partes, para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia – Caquetá, de que tratan las peticiones precedentes, si a ellas se accede.*

2.1.4. PRETENSIÓN DECLARATIVA CUARTA PRINCIPAL

*Que se declare que las firmas convocantes integrantes de **EL CONSORCIO KUMBRE** debieron soportar cargas mayores del alea normal y riesgos extraordinarios, y en exceso, de los normales y propios de un contrato conmutativo de derecho privado, en la ejecución del contrato 2071792 y sus modificaciones, adiciones, prorrogas y otrosíes (Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/05 MIJ – 195073 – FONADE) celebrado con las firmas convocantes integrantes del **CONSORCIO KUMBRE**, para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia – Caquetá; en parte, por las falencias de la contratante, y en parte, con el fin de conjurar los inconvenientes soportados para entregar las obras objeto de contrato y sus modificaciones, adiciones, prorrogas y otrosíes, tales como:*

1. La mayor onerosidad por la necesidad de utilizar en la obra equipos diferentes y muy superiores, dada la insuficiencia casi absoluta del equipo mínimo considerado por la Contratante en las Reglas de Participación, o Pliegos de Condiciones formulados por la convocada, para la Licitación u Oferta Pública de Contrato No. IPG1958-195073, en orden a la fijación del presupuesto del contrato.
2. La ejecución de las obras del contrato en condiciones de inseguridad, tanto para el personal como para los bienes del Consorcio, por razones de orden público.
3. La necesidad de adoptar medidas extraordinarias de emergencia, como trabajar en horas extras y feriados, y utilizar sistemas especiales de aceleración técnica de los procesos constructivos, para mitigar los efectos de los incumplimientos de la entidad contratante y así poder entregar el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia – Caquetá.
4. La necesidad de adoptar medidas de carácter administrativo, de equipamiento y técnicos en procesos constructivos onerosos y extraordinarios, (para mitigar los efectos de los incumplimientos de la entidad contratante) que permitieran garantizar la entrega de las obras.

5. La mayor onerosidad del proyecto causada por los desfases de la programación, y su necesaria reprogramación, generados no solo en los Incumplimientos de la contratante, en las mayores cargas y exhorbitantes riesgos afrontados, sino también en las acciones y/u omisiones de los demás sub-contratistas de FONADE que tuvieron injerencia en el Proyecto.
6. Las demás cargas y riesgos superiores al "alea normal" de la contratación que evidencien los hechos probados en el proceso.
7. La elaboración de los diseños y rediseños necesarios en medio de la ejecución del proyecto y de los inconvenientes propios de la negación de la contratante de sus responsabilidades respecto de la planeación.
8. La necesidad de financiar a la entidad por la falta de recursos y la espera de apropiación de los recursos necesarios para terminar la construcción del Centro Penitenciario de Florencia.

2.1.5. PRETENSIÓN DECLARATIVA QUINTA PRINCIPAL

*Que se declare que **EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**, como beneficiario de las obras objeto del Contrato 2041792 (Convenio Interadministrativo de Gerencia Integral de Proyecto No. 150/05 MIJ – 195073 – FONADE) y sus adiciones y otrosíes, celebrado con las firmas constituyentes del **CONSORCIO KUMBRE** suscrito entre las partes, para realizar la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia – Caquetá, **debe asumir la mayor onerosidad** que le ocasionaron al **CONSORCIO KUMBRE** las cargas y riesgos exorbitantes, según la declaración precedente, si a ella se accede.*

2.1.6. PRETENSIÓN DECLARATIVA SEXTA PRINCIPAL

Que se tengan como ineficaces o inexistentes todas las estipulaciones pre-contractuales y contractuales en las cuales EL CONSORCIO KUMBRE, a instancias de la CONVOCADA, renunció directa o indirectamente, a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales, o extrajudiciales contra FONADE en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato.

2.2. <u>PRETENSIONES DE CONDENA</u>

2.2.1. PRETENSIÓN PRINCIPAL PRIMERA DE CONDENA

Que como consecuencia de las declaraciones que se impetran en los numerales que anteceden, si a ellas se accede, se condene a FONADE a pagar, a favor de la parte convocante, todas las sumas que correspondan a título de reparación integral, comprendiendo los siguientes conceptos, pero sin limitarse, así:

1. El restablecimiento de la simetría o ecuación contractual financiera, incluyendo el pago de la última acta de corte de obra No. 38 incluyendo los respectivos ajustes de esta.

2. Los perjuicios financieros incluidos, sin limitarse a los siguientes:

a. Costos de oportunidad, b. Estrés financiero, c. Deterioro neto operacional, d. Incidencia de inversión en capital de trabajo, e. Intereses etc., conforme a lo previsto por la ley que rige el contrato y a lo previsto en el contrato y las leyes aplicables del CCA y el código de comercio de la república de Colombia causados por la ejecución del contrato, sus modificaciones, sus adiciones, prorrogas y otrosíes

3. Los mayores costos de administración causados durante todo el tiempo de ejecución del contrato, sus adiciones y otrosíes hasta la entrega final de las obras.

4. El pago correspondiente a los diseños o rediseños que le toco (sic) realizar al Consorcio Kumbre debido a que los suministrados por la Entidad estaban incompletos y con inconsistencias, en observancia del decreto 2090 de 1989.

5. El mayor valor de la Utilidad esperada, durante el tiempo total de ejecución del contrato, sus adiciones y otrosíes hasta la entrega final de las obras.

6. Los mayores costos de los equipos generados por la mayor permanencia.

7. La reparación de todos los daños y perjuicios causados a cada una de las empresas contratistas en la etapa de ejecución del contrato, y durante todo el periodo posterior de su ejecución que se demuestren en el proceso, en su estructura comercial y empresarial, independientemente de los mayores y específicos costos del proyecto.

8. La mayor permanencia en obra como consecuencia de la planeación deficiente de la entidad contratante.

9. Por los intereses generados desde la fecha en que eran exigibles los pagos hasta la fecha en que queden ejecutoriados y en firme las sumas que queden probadas y se ordenen pagar.

10. Y por los demás conceptos relacionados, y por los valores que se encuentren probados por los señores árbitros aun cuando no se encuentren indicados expresamente en este escrito.

***PARÁGRAFO.** Las empresas convocantes estiman el valor mínimo de la reparación integral que se impetra, en la fecha de este escrito, en las siguientes sumas:*

*(Sic) Se aclara que el siguiente cuadro contenido en el memorial de reforma de demanda tiene las primeras palabras de cada línea omitidas.

	PRETENSIONE$ ECONÓMICAS (sic) *	
	CONSTRUCCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE FLORENCIA - CAQUETÁ	
	CONSORCIO KUMBRE	
1	**ES COSTOS DE LAS OBRAS EJECUTADAS POR LA FALTA DE PLANEACIÓN DE LA D CONTRATANTE**	**$13.327.706.892 ,00**
	reliminares	*$471.216.633,00*
	ructura de servicios (construcción acueducto)	*$603.127.578,68*
	léctricas, voz y datos y media tensión	*$1.216.511.194, 52*
	idrosanitarias	*$1.897.901.348, 23*
	ón de orbas en concreto	*$8.501.980.474, 57*
	ión de cubiertos	*$454.012.998,00*
	xteriores	*$182.956.665,00*
2	***PERMANENCIA***	**$4.129.539.845, 00**
3	**S ELABORADOS POR EL CONSORCIO KUMBRE**	**$297.275.592,15**
	ructura de servicios (Acueducto)	*$143.457.899,70*
	iones hidrosanitarias exteriores	*$99.250.516,70*
	Florencia	*$8.710.142,40*
	de Pavimentos	*$45.857.393,35*
4	**EJECUTADAS NO RECONOCIDAS POR LA ENTIDAD**	**$3.040.211.125, 00**
	obra No. 038	$2.549.299.886, 00
	Reajustes	$175.590.843,00
	ción y Replanteo no reconocido	$315.320.396,00
5	**D DEJADA DE RECIBIR POR EL MAYOR TIEMPO DE EJECUCIÓN DE OBRA**	**$1.161.272.957, 40**
	TOTAL (1+2+3+4+5)	**$21.956.006.772 ,55**

2.2.2. PRETENSIÓN PRINCIPAL SEGUNDA DE CONDENA

*Que toda suma que se disponga deba pagar la **CONVOCADA** a las empresas integrantes de la parte **CONVOCANTE**, en caso de recibo positivo de todas, o de parte, de las pretensiones, sea actualizada con el ICCP (sic), o con el índice que estimen los señores árbitros y los intereses de mora, a la tasa máxima autorizada por la Superfinanciera de Colombia, desde la fecha en que debió hacerse el pago de las sumas de dinero, y hasta la fecha en que se verifique el pago de la obligación.*

2.2.2.1. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

*Que toda suma que se disponga deba pagar la **CONVOCADA** a las empresas integrantes de la parte **CONVOCANTE**, sea actualizada a la*

tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado."

B. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

En el escrito presentado el diez (10) de marzo de dos mil quince (2015) por parte del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE., se dio contestación a la reforma de la demanda, y se aceptaron como ciertos los hechos 3.1.1.; 3.1.2.; 3.1.3.; 3.1.4.; 3.1.10; 3.5.10 y 3.6.4, señalando que se atiene al tenor literal de los documentos que cumplan los requisitos de autenticidad. En cuanto a los hechos 3.1.5.; 3.2.; 3.2.1.; 3.2.2.; 3.2.3.; 3.5.2. y 3.5.11., afirmó que son ciertos, pero realizó aclaraciones respecto de los mismos.

Consideró como parcialmente ciertos los hechos 3.1.6.; 3.1.7.; viñeta contenida en el hecho 1 del punto 3.3.2.1.; hecho 2 del punto 3.3.2.1.; hecho 3 del punto 3.3.2.1.; hecho 4 del punto 3.3.2.1.; 3.4.1.; 3.4.2.; 3.4.3.; 3.4.4.; 3.4.6.; 3.4.8.; 3.5.3.; 3.5.4.; 3.5.5.; 3.5.7.1.; 3.5.7.2.; 3.5.7.3.; 3.5.7.4.; 3.5.7.5.; 3.5.7.6.; 3.5.7.7.; 3.5.7.8.; 3.5.7.9.; 3.5.7.10.; 3.5.8.; 3.5.9.; 3.5.11.1.; 3.5.11.2.; 3.5.11.4.; 3.5.11.5.; 3.5.12.; 3.5.13; 3.5.14.; 3.5.15.; 3.5.15.1.; 3.5.15.2.; 3.6.1.1.; 3.6.1.2.; 3.6.1.3.; 3.6.1.4.; 3.6.1.5.; 3.6.1.6.; 3.6.2.; 3.6.4.1.; 3.6.5.; 3.6.6.; 3.6.7.; 3.6.8.1.; 3.6.8.2.; 3.6.8.3.; 3.6.9.; 3.6.9.1.; 3.6.9.2.; 3.6.10.1; 3.6.11.; 3.6.12; 3.7.4.; 3.7.6.; 3.7.7.; 3.7.8.1.; 3.7.10.2.; 3.8.1.1.; 3.8.1.2.; 3.8.1.3.; 3.8.2.; 3.8.2.1.; 3.8.2.2.; 3.8.3.; 3.8.3.1.; 3.8.4.; 3.8.4.1.; 3.8.5.; 3.9.1.; 3.9.5.; 3.9.6.; 3.9.7.; 3.9.9.;3.10.; 3.11.2.; 3.12.1.; 3.12.2.; 3.12.3.; 3.12.5.;3.12.6.; 3.13.; 3.13.1.; 3.14.; 3.14.1.; 3.14.2.; 3.14.3.; 3.14.4.; 3.14.5.; 3.14.6.; 3.15.; 3.16.; 3.17.; 3.18.; 3.18.1.; 3.18.2.; 3.19.; 3.20.; 3.20.1.; 3.20.2.; 3.20.3.; 3.21.; 3.22.; 3.23.; 3.24.; 3.24.1.; 3.25.; 3.28.; 3.30.; 3.34.1.1.; 3.34.1.2.; 3.34.1.3.; 3.34.1.4. y 3.34.1.5.

Adujo que los hechos 3.1.8.; hecho 1 del punto 3.3.1.; hecho 1 del hecho 3.3.2.1.; hecho 1 del punto 3.3.4.; hecho 3 del punto 3.3.4.; 3.5.6.; 3.5.16; 3.6.1.; 3.6.3.; 3.9.4.; 3.11.; numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del punto 3.26.; 3.27.; 3.29. y 3.34.1.6., no son hechos objetivos, sino afirmaciones subjetivas de la convocante.

Finalmente, se negaron los hechos que en ella se numeraron como 3.1.9.; 3.1.11.; hecho 2 del punto 3.3.1.1.; hecho 1 del punto 3.3.3., hecho 2 del punto 3.3.3., hecho 3 del punto 3.3.3., hecho 4 del punto 3.3.3., hecho 5 del punto 3.3.3., hecho 2 del punto 3.3.4.; 3.4.5.; 3.4.7.; 3.5.1.; 3.5.7.; 3.6.8.; 3.6.10.; 3.6.13., 3.7.1.; 3.7.2.; 3.7.3.; 3.7.5.; 3.7.8.; 3.7.8.2.; 3.7.9.; 3.7.10.; 3.7.10.1.; 3.8.; 3.8.1.; 3.9.; 3.9.2.; 3.9.3.; 3.9.5.; 3.9.6.1.; 3.9.8.; 3.11.1.; 3.12.; 3.12.4.; 3.19.1.; 3.23.2.; 3.26.; numeral 1 del punto 3.26.; numeral 2 del punto 3.26.; numeral 3 del punto 3.26.; 3.30.1.; 3.31.; 3.32.; 3.33. y 3.34.1.

El FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE se opuso a todas las pretensiones de la reforma de la demanda proponiendo las excepciones de:

"1. IMPROCEDENCIA DE DECLARAR LA INEFICACIA O INEXISTENCIA DE LAS ESTIPULACIONES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES EN LAS CUALES EL CONSORCIO KUMBRE RENUNCIÓ DIRECTA O INDIRECTAMENTE A PRESENTAR RECLAMACIONES, ACCIONES Y DEMANDAS JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES CONTRA FONADE EN LA CELEBRACIÓN, DESARROLLO, EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO", "2. INEXISTENCIA DE SALVEDADES POR PARTE DEL CONTRATISTA AL MOMENTO DE SUSCRIBIR LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS DEL CONTRATO DE OBRA 2071792, RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORES DEL PRESUNTO DAÑO O AFECTACIÓN ECONÓMICA. VENIRE CONTRA FACTUM, PROPIO NO VALET", "3. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DE FONADE DE PAGAR AL CONTRATISTA CONSORCIO KUMBRE UTILIDADES O SUMAS DE DINERO DIFERENTES A LAS ESTABLECIDAS EN LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN, EN LA OFERTA Y EN EL CONTRATO DE OBRA 2071792", "4. INEXISTENCIA DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA", "5. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE OBRA 2071792", "6. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN EL CONTRATO DE OBRA No. 2071792", "7. INEXISTENCIA DE ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE OBRA 2071792", "8. EXCEPCIÓN DE VIOLACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE MITIGAR SUS PROPIOS DAÑOS", "9. EXCEPCIÓN DENOMINADA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DE FONADE DE PAGAR LAS PRETENSIONES ECONÓMICAS DEL CONVOCANTE" y *"10. EXCEPCIÓN GENÉRICA".*

C. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La procuradora en representación del Ministerio Público rindió su concepto en la audiencia de alegatos de conclusión y presentó su escrito de la intervención realizada, el cual fue integrado al expediente. En el mismo, la representante del Ministerio Público relacionó los antecedentes de la presente controversia, expuso el problema jurídico, señaló la naturaleza jurídica de Fonade, se pronunció sobre el principio de la autonomía de la voluntad, de la buena fe, sobre el desequilibrio económico y sobre la oportunidad de las reclamaciones en materia contractual.

En primer lugar, relacionó las **pruebas relevantes** en el trámite (documentos, testimonios y dictamen pericial, entre otros).

En segundo lugar, procedió a estudiar el aludido **incumplimiento contractual y el equilibrio contractual**. Indicó las razones por las cuales la parte convocante alega un incumplimiento contractual de FONADE en virtud de una ejecución tardía de sus obligaciones y la inejecución de otras. Consideró al respecto, que se debía tener en cuenta las obligaciones que tenía a su cargo FONADE, las cuales relacionó de acuerdo con el contrato y las reglas de participación.

Concluyó este aparte indicando que no logró demostrarse dentro del proceso que las obligaciones de FONADE hayan sido incumplidas respecto a la ejecución tardía de algunas actividades y que como consecuencia de ello se hubiera causado un daño al consorcio convocante, motivo por el cual en el presente proceso no logró acreditarse la responsabilidad contractual del Estado.

En cuanto a los documentos allegados por la convocante como prueba de los perjuicios ocasionados, indicó que de los mismos no se puede inferir la ocurrencia del daño, el cual recordó debe ser cierto, concreto y determinado o determinable; es más, la parte actora, a quien le incumbía probar el supuesto de hecho en el que basaba la pretensión, no solicitó la práctica de un dictamen pericial de naturaleza técnica para determinar las cantidades de obras efectivamente ejecutadas y canceladas, y de esta manera contar con elementos probatorios adicionales.

Señaló que no fue acreditado el restablecimiento de la ecuación financiera puesto que no se demostró que ésta ocurrió y mucho menos que haya sido de carácter grave, tampoco se acreditó que existiera una relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico ni que la situación fáctica no fuera un riesgo propio de la actividad. Además, no se realizaron las oportunas solicitudes ni salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, pues sólo se radicó una solicitud la cual no fue específica ni concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor.

En tercer lugar, definió la **mayor permanencia en obra** e indicó que el Consejo de Estado ha dicho sobre la prueba de los sobrecostos que la sola premisa del exceso en el tiempo previsto para la ejecución del contrato no concede automática ni presuntivamente el reconocimiento de perjuicios por la mayor permanencia en obra, por lo que resulta insuficiente probar este daño a partir de meras operaciones aritméticas que simplemente multipliquen los valores propuestos en la oferta por el tiempo extra en el que efectivamente se ejecutó la construcción.

Sobre el caso concreto, señaló que no se acreditó la existencia del perjuicio pero además indicó que no se puede solicitar mayor permanencia en obra sobre conceptos que han sido reconocidos y pagados por mayores cantidades de obra e ítems no previstos en los otrosíes modificatorios, en la medida que estos implican la ampliación del plazo, tal como sucedió en este caso, además porque en dichos modificatorios el contratista expresó que la adición cubría todos los gastos y costos en que debía incurrir para ejecutar las actividades objeto de cada uno de los otrosíes y en ninguno de los documentos que hacen parte integral del contrato se realizó la salvedad del supuesto desequilibrio por sobrecostos.

Finalmente, se abordó el tema de la demora en el pago de la suma reconocida al contratista en el Acta No. 38 y el acta de reajuste de ésta. La procuradora relacionó los hechos relevantes respecto de la liquidación del contrato, entre ellos, que en mayo de 2013 FONADE remitió el acta de liquidación del contrato al CONSORCIO, quien hizo varias aclaraciones al mismo y realizó su propia liquidación del contrato

indicando que se adeudaba el pago del acta 38 y sus respectivos intereses moratorios. Así, el 24 de mayo de 2013, FONADE remitió una comunicación al CONSORCIO en la que le informan que se da por atendida su petición al remitirle el acta de liquidación.

Indicó que en el presente caso se encuentra demostrado que el contratista cumplió las obligaciones a su cargo y en esta media, la Entidad le adeuda el valor del acta 38 y también el acta de reajustes del acta 38, puesto que se demostró que desde el 17 de diciembre de 2012 se acreditó la entrega total de los documentos exigidos y a que el 24 de mayo de 2013, se tuvo por agotado el trámite de la liquidación del contrato, requisito final para realizar el pago de conformidad con lo pactado por las partes en el contrato de obra.

Concluye la agente del Ministerio Público que los 30 días para empezar a contar el periodo de mora deben contarse de conformidad con lo que al respecto ha indicado el Consejo de Estado, así, se deberá iniciar el conteo a partir de la fecha en la cual la Administración hubiere recibido, a satisfacción, las prestaciones a cargo del contratista particular; o bien, a partir de la fecha de presentación o entrega de la correspondiente cuenta de cobro o factura (teniendo como presupuesto el cumplimiento de las obligaciones a cargo del particular contratista), lo que ocurra primero.

Así las cosas, como en el presente caso se acreditó que el contratista cumplió con las obligaciones a cargo hasta el 17 de diciembre de 2012, la entidad convocada deberá al momento de reconocer los intereses respectivos empezar a contar el mencionado término desde la mencionada fecha.

La **SOLICITUD FINAL** de la delegada del Ministerio Público consistió en solicitar que se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda, toda vez que se encuentra demostrado el incumplimiento de la obligación de pago del Acta 38 y el acta de reajuste de ésta.

En cuanto a las excepciones formuladas por la parte convocada solicitó se declaren probadas las siguientes: Inexistencia de salvedades por parte del contratista al momento de suscribir los documentos modificatorios del contrato de obra 2071792, respecto de los hechos o circunstancias que en la demanda se alegan como generadores del presunto daño o afectación económica. VENIRE CONTRA FACTUM, PROPIO NO VALET; inexistencia de obligación por parte de Fonade de pagar al Contratista Consorcio Kumbre utilidades o sumas de dinero diferentes a las establecidas en las reglas de participación, en la oferta y en el Contrato de Obra 2071792; inexistencia de Mayor permanencia en obra e inexistencia de rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra 2071792.

CAPÍTULO 2
CONSIDERACIONES

I. PRESUPUESTOS PROCESALES

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, la relación procesal existente en el presente caso se ha ajustado a los preceptos normativos pertinentes y a lo largo del desenvolvimiento de este trámite arbitral, no se vislumbra la estructuración de defecto alguno que enerve alguna causal que deje sin efecto todo lo actuado. En este sentido, los presupuestos procesales sobre demanda en forma, competencia y capacidad de las partes se encuentran plenamente cumplidos, razón por la cual se analizará y resolverá el fondo del asunto.

II. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PROCESALES OCURRIDOS EN EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

A. TACHAS DE TESTIMONIOS PRESENTADAS

En las diligencias de práctica de pruebas adelantadas los días 21 de noviembre de 2016 y 14 de diciembre de 2016, el apoderado de la parte convocada presentó tacha a los testigos Rafael Bernardo López Ochoa, Mauricio Martínez Fernández y Oscar David Vargas Galindo. De lo anterior se dejó constancia en las respectivas transcripciones de las declaraciones contenidas en el CD que obra en el folio 289 del cuaderno de pruebas No. 35.

Los fundamentos de la tacha en cada uno de los casos son los siguientes:

- En cuanto al señor Rafael Bernardo López Ochoa se señaló que su condición de imparcialidad estaba cuestionada debido a que durante todo el proyecto fue un colaborador pagado por los demandantes y participó activamente en la toma de decisiones. Así, se estimó que la visión que dio de los hechos es la visión del contratista y no la de un testigo tercero imparcial. De igual manera, indicó que el testigo está vinculado afectiva y emocionalmente con el proyecto y sus afirmaciones resultan más de su vinculación afectiva y de su relación con sus antiguos patronos que de la objetividad que demanda una declaración jurada.

- En lo que tiene que ver con el testigo Mauricio Martínez Fernández, el apoderado de la convocada tachó su testimonio por ser accionista de una empresa integrante del Consorcio constructor y, en consecuencia, estar interesado en que se profiera condena en contra de Fonade, debido al beneficio económico que podría obtener. En ese orden de ideas, consideró que la imparcialidad y objetividad del testigo resultan minadas y es una declaración que no resulta creíble por lo que el testigo es inhábil o, en su

defecto, no puede tenerse su declaración como una prueba con actitud demostrativa al interior del proceso.

- También se tachó al testigo Oscar David Vargas Galindo, indicando que existen dos circunstancias que afectan su imparcialidad y objetividad: primero, que se trata de un accionista interesado en una condena contra Fonade debido a que le representaría unos dividendos al interior de la compañía; consideró que esto se configura en un claro interés que hace inviable el testimonio en la medida que el testigo resulta inhábil o conllevaría a que no pueda ser tenido como prueba con valor demostrativo en el curso del proceso. La segunda circunstancia es que el señor Vargas es hermano del señor Jaime Vargas, quien a su vez es representante legal de otra de las empresas integrantes del consorcio.

Ahora bien, sobre este tipo de tacha el estatuto arbitral nada regula, por lo que nos remitimos al artículo 211 del Código General del Proceso que dispone:

> *"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso".*

Como quiera que el citado artículo, en su inciso final ordena que los motivos de la tacha se deben apreciar al momento de fallar, procede el Tribunal a resolver sobre lo indicado, no sin antes advertir que, de acuerdo con lo previsto en este mismo inciso, el juez debe apreciar los testimonios sospechosos *"de acuerdo con las circunstancias de cada caso".*

En el presente asunto, estos fueron testimonios ordenados con el fin de probar las afirmaciones contenidas en la reforma de la demanda, y debido a su calidad de profesionales de la arquitectura o ingeniería, se solicitó fueran tenidos en cuenta como testigos técnicos.

Específicamente, en el caso del testigo Rafael Bernardo López, él mismo afirmó que fue empleado directo del Consorcio Kumbre, desde octubre del 2008 hasta enero del 2011. Por su parte, el testigo Mauricio Martínez afirmó ser accionista de Sevilla y Martínez Ingenieros C.A. Semaica, y que lleva 43 años trabajando en la misma empresa. En lo que tiene que ver con su participación en el proyecto, señaló que participó directamente en dos calidades: como delegado de Semaica y como director técnico del proyecto.

Finalmente, el señor Oscar Vargas efectivamente afirmó ser hermano del representante legal del consorcio, Jaime Vargas. Además, indicó que se

desempeñó en Vargas Velandia hoy XIE S.A. como gerente técnico de la compañía y en el Consorcio Kumbre como gerente de proyectos. Adicionalmente, indicó ser accionista de la sociedad Vargas Velandia Ltda. – hoy XIE S.A.

El Tribunal observa que la declaración de estos testigos estaba ordenada con el fin de conocer los hechos en que se basó la demanda, son sujetos que participaron activamente en el proyecto y por lo tanto, no se encuentra razón suficiente para considerar su declaración afectada de grave parcialidad.

Por las razones expuestas, el Tribunal rechaza la tacha de los testigos y sus declaraciones se tienen en cuenta en conjunto con las demás pruebas practicadas dentro del proceso.

B. COSA JUZGADA

Dentro de los aspectos procesales ocurridos en el presente proceso, cabe hacer una mención en esta providencia del pronunciamiento efectuado por el Tribunal en el momento de hacer el análisis sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite realizada el día dos (2) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), cuando se concluyó que, respecto de todas las pretensiones de la demanda de reconvención, operó el fenómeno de la cosa juzgada.

En este sentido, el Tribunal en dicha oportunidad, hizo una revisión de las pretensiones de la demanda de reconvención y las cotejó con las pretensiones de la demanda principal instaurada en el proceso arbitral de FONADE contra los integrantes del CONSORCIO KUMBRE, ya laudado el ocho (08) de septiembre de dos mil quince (2015), y encontró que son exactamente las mismas pretensiones.

De la misma manera, se hizo una comparación entre los hechos de la demanda de reconvención y los hechos contenidos en la demanda de aquel trámite y se concluyó que, en ambos casos se trata de la misma situación fáctica que se debe resolver.

Finalmente, destacó el Tribunal que en el numeral “SEGUNDO” de la parte resolutiva del laudo de fecha ocho (08) de septiembre de dos mil quince (2015), todas las pretensiones fueron negadas.

Así las cosas, el Tribunal declaró que en el presente caso se configuran los elementos constitutivos de la cosa juzgada prevista en el artículo 303 del Código General del Proceso y en consecuencia no cabe un nuevo pronunciamiento sobre la misma, ni sobre su contestación y, por lo tanto, quedó la controversia limitada a las pretensiones de la demanda principal y su contestación.

Frente a este auto de asunción de competencia, los apoderados de las partes no presentaron recurso alguno.

C. AUSENCIA DE VICIOS

En la etapa inicial, se atendió plenamente la totalidad del procedimiento previsto en la Ley 1563 de 2012, esto es, en la convocatoria e instalación del Tribunal, en la conciliación, así como en el pago de gastos y honorarios. De esto se dejó constancia en la primera audiencia de trámite[54], sin recurso por parte de los apoderados.

De igual manera en la etapa arbitral se practicaron la totalidad de las pruebas, y no se observó vicio alguno en el trámite que demandara la adopción de medidas de saneamiento, dejándolo así expresamente consignado en el acta de cierre de etapa probatoria[55], auto que tampoco fue recurrido por los apoderados de las partes.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SUSTANCIALES

De las pretensiones planteadas en la demanda (transcritas en el punto VIII literal A. del Capítulo 1 de este escrito) y de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda (transcritas en el punto VIII literal B del Capítulo I de este escrito), el Tribunal deduce que la controversia plantea los siguientes problemas jurídicos sustanciales:

1. Si son ineficaces o inexistentes las estipulaciones precontractuales y contractuales mediante las cuales el CONSORCIO KUMBRE renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones y demandas judiciales o extrajudiciales contra FONADE respecto de la celebración o ejecución y liquidación del contrato (Pretensión Declarativa Sexta Principal).

2. Si FONADE incumplió por ejecución tardía, las obligaciones a su cargo en el contrato y es responsable por dicho incumplimiento. (Pretensiones Declarativas Primera Principal y Tercera Principal).

3. Si FONADE incumplió parcialmente, por inejecución, las obligaciones a su cargo en el contrato y es responsable por dicho incumplimiento. (Pretensiones Declarativas Segunda Principal y Tercera Principal).

4. Si FONADE debe responder por las cargas mayores del alea normal y riesgos extraordinarios y en exceso, que debió soportar el CONSORCIO KUMBRE para el cumplimiento del contrato. (Pretensiones Declarativas Cuarta Principal y Quinta Principal).

5. Si hay lugar a liquidación de perjuicios y al pago de actualizaciones e intereses a cargo del FONADE y a favor del CONSORCIO KUMBRE. (Pretensiones Principales Primera y Segunda de Condena y Pretensión Subsidiaria).

[54] Folios 42 a 75 del Cuaderno Principal No. 4.
[55] Folios 359 a 365 del Cuaderno Principal No. 4.

6. Si hay lugar al pago de costas y agencias en derecho.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO OBJETO DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

1.- Previo al estudio de fondo de los problemas jurídicos planteados, el Tribunal considera necesario determinar el régimen sustancial aplicable al Contrato de Obra 2071792 de 31 de octubre de 2007. Para el efecto, el Tribunal destaca, en primer lugar, que en el numeral 1.6 de las Reglas de Participación de la Propuesta Pública de Contrato IPG1958-195073, que estableció el procedimiento que dio lugar a la celebración del contrato mencionado, se señaló lo siguiente: *"El presente proceso de selección y el contrato que de él se derive, se sujetarán a la Constitución Política, a la normatividad que regula a las empresas industriales y comerciales del Estado de carácter financiero, a lo regulado en el manual de contratación de FONADE contenido en el Acuerdo 02 del 25 de febrero de 2003 y modificado por el acuerdo 006 del 5 de agosto de 2003, expedidos por la Junta Directiva de FONADE y a lo especialmente previsto en estas Reglas de Participación"*.

Como puede verse, las Reglas de Participación previeron expresamente que el Contrato de Obra se regiría por la normatividad especial aplicable a las entidades estatales de carácter financiero –más específicamente, la normatividad aplicable a la contratación de las empresas industriales y comerciales de carácter financiero–, lo cual significa que a dicho contrato no le serían aplicables las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino las normas especiales para esa clase de entidades financieras, incluyendo el Manual de Contratación de Fonade, el cual consagra reglas tanto para la selección del contratista y la celebración del contrato como para la ejecución del mismo.

2.- En relación con la aplicación de dicha estipulación y sus consecuencias, debe el Tribunal analizar la naturaleza jurídica de Fonade y el régimen aplicable a su contratación al momento de celebrarse el Contrato de Obra 2071792. En ese sentido, a pesar de que Fonade fue creada por el Decreto 3068 de 1968 como un establecimiento público del orden nacional, mediante el Decreto 2168 de 1992 fue transformada su naturaleza jurídica para pasar a ser una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, cuyo objeto principal es ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas.

Para la fecha de celebración del Contrato de Obra 2071792, el artículo 1º del Decreto 288 de 2004 señalaba que Fonade *"es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Bancaria"*, naturaleza corroborada por el artículo

286 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que igualmente prevé que Fonade es una entidad de carácter financiero, más concretamente una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero. Esa naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado implica, a su vez y de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, que Fonade es una entidad estatal.

3.- A la fecha de la celebración del Contrato de Obra 2071792 (31 de octubre de 2007), la norma que regulaba el régimen jurídico aplicable a la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado de carácter financiero era el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 –posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007, que solo entró en vigencia el 16 de enero de 2008–, el cual disponía lo siguiente: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, **que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social**, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades"*.

A su vez, el artículo 21 del Decreto 679 de 1994 (igualmente vigente a la fecha de celebración del Contrato de Obra 2071792), que reglamentó la norma transcrita, dispuso que *"de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás instituciones financieras de carácter estatal **dentro del giro ordinario de sus negocios** no están sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas entidades"*.

Como puede verse, las normas citadas no establecen que todos los contratos celebrados por una entidad financiera de carácter estatal, como lo es Fonade, se encuentran excluidos de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino únicamente aquellos "*que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social*", de tal manera que en el caso concreto es necesario determinar si el Contrato de Obra 2071792 corresponde o no al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de Fonade.

4.- Para hacer dicho análisis, el Tribunal recuerda lo expresado por la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la noción *"giro ordinario de las actividades"* de las entidades financieras de carácter estatal, en los siguientes términos:

> *3.3. El concepto "giro ordinario de las actividades" propias del objeto social de las entidades financieras.*
>
> *Para determinar la aplicación precisa de la excepción al régimen público de contratación, en la materia que se está analizando, es necesario precisar el concepto de giro ordinario de las actividades propias del objeto social de las entidades financieras, toda vez que la demanda se centra en este punto, al decir que el inciso 3, del art. 21, demandado, es nulo porque incluye la contratación de la póliza global bancaria, como si hiciera parte del giro ordinario de las actividades; cuando, a juicio del actor, no hace parte del mismo.*

3.3.1. *El giro ordinario de las actividades propias del objeto social de las entidades financieras, en primer lugar, lo constituye el ejercicio de su "función principal". Para aproximarse a este concepto baste decir, pues parece bastante obvio, que hace parte del giro ordinario de las actividades propias del objeto social de estas entidades la realización de las actividades descritas para cada una de ellas, en el EOSF.*

Así, por ejemplo, el art. 2.1, inc. 2, del EOSF, define, bajo el nombre de "función principal", las actividades que pueden realizar los establecimientos de crédito: "Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya ***función principal*** *consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito." (Negrillas fuera de texto)*

A continuación, el mismo artículo 2 describe, una a una, la "función principal" que puede realizar cada uno de los entes que conforman el género Establecimientos de Crédito.

Luego, en los artículos 6 a 9 se detallan aún más las "facultades" que tienen los establecimientos bancarios; en los arts. 11 a 13 las de las Corporaciones Financieras, en los arts. 24 y 26 las de las compañías de financiamiento comercial; en los arts. 27 y 28 las de las Cooperativas Financieras.

De la lectura de esas normas, se puede deducir que la función principal de tales entidades es la de captar recursos, por distintos medios y para los distintos fines indicados para cada tipo de establecimiento.

Luego, el artículo 3 describe como "función principal" que pueden realizar las sociedades de servicios financieros: "la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad."

No obstante, a continuación, en los artículos 29 y 30, se describen las autorizaciones especiales que tienen las Sociedades Fiduciarias; en el art. 31 las de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías; y en el art. 33 las de los Almacenes generales de Depósito.

Las sociedades de capitalización, por su lado, tienen como "objeto" –el art. 4 del EOSF, extrañamente, no lo denomina función principal, como lo había hecho con los demás - "... estimular el ahorro mediante la constitución, en cualquier forma, de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos, con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos." Esta norma es complementada por los artículos 36 y 37 del mismo estatuto.

A las Entidades Aseguradoras, por su parte, se les define su objeto en el artículo 38.3. A los intermediarios de seguros en el art. 40.1 y a los intermediarios de reaseguros en el art. 44.1.

Según esto, parece bastante obvio concluir que las actividades descritas en los diferentes artículos citados hacen parte del denominado giro ordinario de las actividades propias del objeto social de la entidad financiera, pese a que este concepto no sea el que emplee el EOSF, sino la ley 80 y el art. 21 del decreto 679. Y es claro que esto constituye el giro ordinario, pues es lo que pueden hacer, en desarrollo del objeto de la actividad para la cual fueron creados.

3.3.2. *También hacen parte del giro ordinario de las entidades financieras, en segundo lugar, las actividades conexas. La conclusión del numeral anterior, para ser completa, exige formular y dar respuesta a una pregunta adicional: ¿pueden las entidades financieras realizar actividades, entre ellas celebrar contratos, para cumplir propósitos relacionados y afines con la función principal, pero no incluidas expresamente en lo estrictamente referido en las normas citadas en el punto anterior?*

La respuesta a esta pregunta es de gran importancia, porque se pretende establecer la posibilidad de realizar actividades no expresamente descritas en la función principal de las entidades financieras, aunque relacionadas con ella.

Para la Sala no hay duda de que una entidad de esta naturaleza puede hacer, no sólo lo que dice la ley en forma expresa, sino también lo que se deriva del objeto o función principal, a pesar de que no se encuentre expresamente definido en la ley.

Este aserto no se opone al hecho de que las entidades financieras gocen de un régimen especial, distinto del previsto por el Código de Comercio para las sociedades comerciales comunes, circunstancia por la cual la interpretación sobre su capacidad es más restringida que las de las mentadas sociedades, de modo que el simple acuerdo entre los socios no puede extender o ampliar el objeto de la entidad; cosa que sí puede ocurrir en materia comercial.

La razón es simple. Las entidades financieras están fuertemente reguladas en el EOSF, norma que define qué puede hacer una entidad de esta naturaleza, lo que implica un límite a la libertad societaria en este campo…

Lo anterior no significa que las entidades financieras sólo puedan realizar las actividades estricta y precisamente relacionadas en el EOSF, pues, es claro que también deben poder hacer todo aquello que esté directamente relacionado con la función principal, a fin de que puedan desarrollarla plenamente. En este caso, las actividades conexas con la principal deben guardar una estrecha relación de medio a fin, es decir, que lo que se realiza debe ser necesario para desarrollar la actividad principal.

En este campo, entonces, es posible, sin detrimento de la especialidad que constituye el EOSF, aplicar normas del Código de Comercio a las instituciones financieras, y en particular el artículo 99 de dicho estatuto, el cual establece que…

Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino

todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.,

En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero.

Siendo así las cosas, resulta que el concepto "giro ordinario de las actividades" –tal como lo refiere el art. 21 demandado- o también "giro ordinario de los negocios" –como lo denominan otras normas-, hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria.

Desde luego que la realización de una actividad que no cumpla estos requisitos estará prohibida, y esto tanto en el derecho financiero como en el societario común[56]*.*

Con base en la anterior jurisprudencia, concluye el Tribunal que la noción de *"giro ordinario de las actividades"* a la que se refiere el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 corresponde a las actividades que ejecuta una entidad estatal de carácter financiero previstas en su objeto general, así como a las demás funciones principales consagradas en su norma orgánica.

5.- En el caso concreto de Fonade, según el artículo 2º del Decreto 288 de 2004, su objeto principal es *"ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas"*. Pero, además, dentro de las funciones asignadas a Fonade por parte del artículo 3º del Decreto 288 de 2004, se encuentran las siguientes:

3.1 Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.
3.2 Realizar las gestiones necesarias para garantizar la viabilidad financiera del Fondo y la de los proyectos que administra o ejecuta.
3.3 Celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo.

[56] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 11.575.

3.4 Realizar operaciones de crédito externo o interno con sujeción a las normas legales vigentes.
3.5 Captar ahorro interno mediante la emisión de bonos, celebrando los contratos garantía y agencia o pago a que hubiere lugar para estos efectos, en las condiciones que autorice el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Bancaria.
3.6 Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos.
3.7 Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades líquidas asignadas a la entidad sin deteriorar su patrimonio en términos reales.
3.8 Vender o negociar su cartera o efectuar titularización pasiva de la misma.
3.9 Prestar asesoría y asistencia técnica a entidades públicas y privadas en materias relacionadas con proyectos de desarrollo.
3.10 Prestar servicios de asesoría, estructuración y reestructuración financiera y de banca de inversión.
3.11 Impulsar la consultoría nacional en sectores vinculados con el desarrollo.
3.12 Realizar inversiones de portafolio con los recursos que reciba en desarrollo de su objeto social.
3.13 Manejar las cuentas en moneda nacional o extranjera necesarias para su operación o el desarrollo o la ejecución de proyectos que ejecute o administre.
3.14 Las demás funciones que le sean asignadas.

Para el Tribunal es claro que las anteriores funciones de Fonade, según los términos de la jurisprudencia administrativa citada atrás, forman parte del *"giro ordinario de las actividades"* de dicha entidad, por lo cual debe indagarse si el objeto del Contrato de Obra 2071792 puede integrarse dentro de esas actividades.

6.- Para el efecto, debe recordarse que el Contrato de Obra 2071792 tiene origen en el Convenio Interadministrativo 150/05, celebrado entre Fonade y el Ministerio del Interior y de Justicia, que tenía por objeto el de aunar esfuerzos para la construcción y dotación de infraestructura penitenciaria y carcelaria del orden nacional. Es decir, que el Contrato de Obra 2071792 no corresponde a un proyecto directamente de Fonade, sino que es parte de un proyecto de inversión del Ministerio del Interior y de Justicia que es ejecutado por Fonade en virtud del citado Convenio Interadminstrativo.

Con base en lo anterior, para el Tribunal es claro que el Contrato de Obra 2071792 sí corresponde a las actividades encomendadas a Fonade por su norma orgánica. Concretamente, la celebración del Contrato de Obra 2071792 implica *"la ejecución de un proyecto de desarrollo"*, lo cual forma parte del objeto principal de Fonade según el artículo 1º del Decreto 288 de 2004 y, a la vez, el objeto contractual se enmarca dentro de la función de Fonade de "*promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales*", prevista en el artículo 3.1 del Decreto 288 de 2004.

Lo expresado implica, en consecuencia, que el Contrato de Obra 2071792 no se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración

Pública, sino que se rige, como lo dispone el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, "*por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades*", esto es, a la actividad de construcción de obras civiles.

7.- Además de lo anterior, el Tribunal debe destacar que, a pesar de que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –que dispone expresamente la obligatoriedad de dar aplicación a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal a los contratos que se celebren por parte de entidades estatales que no se encuentran sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública– no estaba vigente al momento de la celebración del Contrato de Obra 2071792, ello no obsta para que los mencionados principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal sean aplicables al mencionado Contrato de Obra.

Esta afirmación se fundamenta, en primer lugar, en el carácter de norma jurídica de eficacia directa que se reconoce al texto constitucional, lo cual implica que no se requiere de una norma legal que ordene la aplicación de los mencionados principios constitucionales para que los mismos tengan plena vigencia. Adicionalmente, si bien la actividad contractual de Fonade no puede calificarse de función administrativa entendida dicha expresión en sentido estricto, lo cierto es que como el objeto del contrato implica la construcción de una obra pública que corresponde desarrollar a la administración pública en cumplimiento de sus funciones ordinarias, se trata de la actividad de una entidad estatal que busca la satisfacción de los cometidos estatales de interés general y se ejecuta con cargo a recursos públicos, para el Tribunal no existen razones que justifiquen la inaplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Por ello, independientemente de que al momento de la celebración del Contrato de Obra 2071792 no estuviere vigente el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, a dicho negocio jurídico deben entenderse aplicables los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía), y los principios de la gestión fiscal consagrados en el artículo 267 de la misma Constitución (eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales).

8.- En ese orden de ideas, en cuanto al régimen jurídico aplicable al Contrato de Obra 2071792, concluye el Tribunal lo siguiente:

a.- De conformidad con el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 21 del Decreto 679 de 1994, al Contrato de Obra 2071792 no le es aplicable el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública;

b.- En consecuencia, dicho Contrato de Obra se rige por el derecho privado, más concretamente por las reglas del Código Civil que rigen el contrato de confección de una obra material, contenidas en los artículos 2053 y siguientes del Código Civil,

así como las reglas generales aplicables a las obligaciones derivadas de relaciones contractuales contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio;

c.- Además de las anteriores normas, es igualmente aplicable el Manual de Contratación de Fonade al que hace referencia el numeral 1.6 de las Reglas de Participación de la Propuesta Pública de Contrato IPG1958-195073, citado al comienzo del presente acápite, el cual incluye, entre otras cosas, las reglas aplicables a la selección del contratista y a la celebración y ejecución del contrato, y

d.- Finalmente, el mencionado contrato está sometido a los principios consagrados en el artículo 209 (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía) y en el artículo 267 (eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales) de la Constitución Política.

V. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA INEFICACIA O INEXISTENCIA DE LAS ESTIPULACIONES MEDIANTE LAS CUALES EL CONSORCIO KUMBRE RENUNCIÓ A PRESENTAR RECLAMACIONES CONTRA FONADE RESPECTO DE LA CELEBRACIÓN O EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (Pretensión Declarativa Sexta Principal)

A. Posiciones de las partes y del Ministerio Público

1. Posición del Consorcio Kumbre

En la demanda arbitral, concretamente en la pretensión declarativa sexta principal, los Convocantes, de manera genérica y sin precisar los documentos contractuales específicos sobre los cuales recae su petición, solicitan que se declaren inexistentes o ineficaces las estipulaciones mediante las cuales los Convocantes renunciaron, directa o indirectamente, a presentar reclamaciones contra Fonade respecto de la celebración, ejecución y liquidación del contrato y, como consecuencia de esta petición, se ordene pagar a los Convocantes y a cargo de Fonade todas las sumas que correspondan a título de reparación integral, sin exponer razonamientos jurídicos adicionales que justifiquen su pretensión.

A su vez, en el alegato de conclusión el Consorcio Kumbre afirmó que la suscripción de dichas renuncias estaba afectada por vicios del consentimiento, sin precisar las razones por las cuales existen tales vicios ni las pruebas en que se fundamenta dicha afirmación.

2. Posición de Fonade

En la contestación de la demanda, en la excepción denominada *"1. Improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el Consorcio Kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones, demandas judiciales o extrajudiciales contra*

Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del Contrato", la Convocada se opone a la prosperidad de la pretensión relacionada con la declaración de inexistencia o ineficacia de las estipulaciones suscritas por el Consorcio Kumbre sobre la renuncia a la posibilidad de hacer reclamaciones a la entidad respecto de la celebración, ejecución y liquidación del Contrato. Como fundamento de su excepción Fonade expresa:

a) Que el Consorcio Kumbre no puede pretender desconocer sus propios actos y que se dejen sin efecto dichas estipulaciones, cuando nunca hizo observaciones de esta índole frente a los documentos que suscribió a lo largo de la ejecución del contrato;

b) Que no existe prueba de vicios del consentimiento por parte de Fonade que obligaran al Consorcio a suscribir las cláusulas en las cuales manifestó que la suscripción de las modificaciones contractuales no alteraba el valor del Contrato y/o que no presentaría reclamaciones en virtud de dichas modificaciones;

c) Que la pretensión es antitécnica toda vez que no se precisa cuáles son las estipulaciones que considera inválidas, y

d) Que no existe norma alguna que considere ineficaz de pleno estipulaciones como las mencionadas por Fonade en su pretensión.

3. Posición del Ministerio Público

La Agente del Ministerio Público señaló que mal puede pretender el consorcio convocante que se tengan por ineficaces e inexistentes las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el contratista renunció, supuestamente a instancia de la convocada a presentar reclamaciones; toda vez que el contrato se rige por las normas del derecho privado en el que el principio de la autonomía de la voluntad cobra vital importancia.

B. Consideraciones del Tribunal

1. Las estipulaciones contractuales a las cuales se refieren la pretensión y excepción analizadas

Dado que, como se expresó, en la pretensión formulada por el Consorcio Kumbre no se precisan cuáles son los documentos contractuales en los cuales "*renunció directa o indirectamente, a presentar reclamaciones, acciones, demandas judiciales, o extrajudiciales contra Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del Contrato*", el Tribunal destaca los siguientes actos modificatorios al Contrato de Obra 2071792, en los cuales las partes acordaron estipulaciones semejantes a las que son objeto de la pretensión analizada:

a. Documento denominado *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 2 AL CONTRATO No 2071792",* de 11 de agosto de 2008, en el cual se pactó lo siguiente: *"Cláusula Primera: (…) Parágrafo: **Las partes de común acuerdo manifestamos que la presente modificación, no genera costos adicionales a los inicialmente contratados, y por lo tanto no se requiere adicionar el valor del contrato No 2071792**"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

b. Documento denominado *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 3 – ACLARACIÓN, ADICIÓN Y PRÓRROGA DEL CONTRATO No. 2071792"* de 2 de febrero de 2009, en el cual las partes dejaron establecido:

> *Cláusula Primera: (…) Parágrafo Tercero: **El contratista manifiesta expresamente que la presente adición, cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutarla.***
>
> *Cláusula Quinta: (…) Parágrafo Cuarto: **El contratista deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor*** (Negrilla y subraya fuera del texto).

c. Documento denominado *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 4 AL CONTRATO No. 2071792",* suscrito por las partes el 23 de julio de 2009, en el cual, además de que en la consideración 10 expresaron que *"las modificaciones solicitadas por el contratista no implican variación del valor del contrato"*, igualmente pactaron: "*Cláusula Cuarta: **Las partes de común acuerdo, manifestamos que la presente modificación, no genera costos adicionales a los inicialmente contratados, y, por lo tanto, no se requiere adicionar el valor del contrato No 2071792***" (Negrilla y subraya fuera del texto).

d. Documento denominado *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO No. 2071792",* suscrito por las partes el 28 de agosto de 2009, en el cual las partes estipularon: "Cláusula Primera: (…) Parágrafo: ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar mayores cantidades de obra y los ítems no previsto objeto de esta modificación***" (Negrilla y subraya fuera del texto).

e. Documento denominado *"MODIFICACIÓN DEL CONTRATO No. 2071792 CELEBRADO ENTRE FONADE Y EL CONSORCIO KUMBRE"*, suscrito el 30 de octubre de 2009, en el cual las partes dejaron establecido: "*Cláusula Primera: (…) Parágrafo: **Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato**, el cual se mantiene en la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES*

NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVENTA Y DOS PESOS ($54.486.943.092.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (1.171.375.338.oo)" (Negrilla y subraya fuera del texto).

f. Documento denominado: "*MODIFICACIÓN AL CONTRATO No. 2071792 CELEBRADO ENTRE FONADE Y EL CONSORCIO KUMBRE",* suscrito el 3 de diciembre de 2009, en el cual las partes estipularon: "*Cláusula Segunda: (…) Parágrafo: **Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato**, el cual se mantiene en la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIR MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVENTA Y DOS PESOS ($54.486.943.092.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (1.171.375.338.oo)"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

g. Documento modificatorio del Contrato 2071792 sin título, suscrito por las partes el 31 de marzo de 2010, en el cual dejaron establecido: *"Cláusula Tercera: (…) Parágrafo Primero: **EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición**"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

h. Documento denominado *"Prórroga y Adición Contrato No. 2071792",* suscrito por las partes el 30 de junio de 2010, en el cual las partes convinieron: *"Cláusula Tercera: (…) Parágrafo Segundo: **EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición**"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

i. Documento denominado *"Prórroga y Adición Contrato No. 2071792",* suscrito por las partes el 30 de julio de 2010, en el cual las partes convinieron: *"Cláusula Tercera: (…) Parágrafo Primero: **EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición**"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

j. Documento denominado: *"Modificación contrato de obra No. 2071792"*, suscrito por las partes el 31 de agosto de 2010, en el cual las partes convinieron: *"Cláusula Primera: (…) Parágrafo: **EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente prórroga no le genera gastos, ni costos, adicionales a los previstos en el valor del contrato No 2071792 y en sus respectivas modificaciones**"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

k. Documento denominado *"Modificación contrato de obra No. 2071792"*, suscrito por las partes el 15 de octubre de 2010, en el cual las partes convinieron: *"Cláusula Segunda: (…) Parágrafo Segundo:* ***EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición****"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

l. Documento denominado *"Modificación al contrato de obra No. 2071792",* suscrito el 20 de diciembre de 2010, en el cual las partes convinieron: *"Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato****, el cual se mantiene en la suma de SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVO M/L ($67.386.943.075.64.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de TRES MIL CINCUENTA Y UN MILLOES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (3.051.375.338.oo)"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

m. Documento denominado: *"Modificación al contrato de obra No. 2071792",* suscrito por las partes el 1º de febrero de 2011, en el cual las partes convinieron: *"Cláusula Primera: (…) Parágrafo:* ***Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato****, el cual se mantiene en la suma de SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVO M/L ($67.386.943.075.64.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de TRES MIL CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (3.051.375.338.oo)"* (Negrilla y subraya fuera del texto).

Una vez precisadas las estipulaciones sobre las cuales entiende el Tribunal que recaen la pretensión y la excepción formuladas, pasa a analizar la validez de las mismas a la luz del régimen jurídico aplicable al Contrato de Obra 2071792.

2. Facultad de las partes para establecer cláusulas de renuncia a la reclamación judicial o extrajudicial en relación con un contrato.

Para el análisis del tema, en primer lugar, debe recordarse que, de acuerdo con la conclusión expuesta en el punto IV de las consideraciones de este laudo arbitral, el Contrato de Obra 2071792 no se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que se rige por el derecho privado, más concretamente por las reglas del Código Civil que rigen el contrato de confección de una obra material, contenidas en los artículos 2053 y siguientes del Código Civil, así como las reglas generales aplicables a las obligaciones derivadas de relaciones contractuales contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio;

el Manual de Contratación de Fonade al que hace referencia el numeral 1.6 de las Reglas de Participación de la Propuesta Pública de Contrato IPG1958-195073, y los principios constitucionales consagrados en los artículos 209 (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía) y 267 de la Carta Política (eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales).

Teniendo como marco ese régimen jurídico, pasa el Tribunal a analizar la facultad de las partes para acordar cláusulas de renuncia a la reclamación judicial o extrajudicial en relación con un contrato sometido al derecho privado.

a. *El principio de la autonomía de la voluntad y la libertad en la determinación del contenido del contrato*

Para analizar el tema de la validez de las cláusulas que estipulan las partes sobre la renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales, es necesario señalar, en primer lugar, que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, las partes gozan de libertad para regular sus relaciones jurídicas, lo cual constituye un primer fundamento para afirmar que ellas pueden renunciar a derechos o reclamaciones provenientes de un negocio jurídico específico.

En ese sentido ha expresado la Corte Constitucional: *"La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación"*[57].

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente respecto del contenido general del postulado de la autonomía de la voluntad:

> *La autonomía privada (auto, 'aujtov', uno mismo, y "nomos", ley), expresión de la libertad, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad e iniciativa económica y de empresa garantizadas por el "Estado Social de Derecho" en tanto soportes del sistema democrático (Preámbulo, artículos 2º, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política), confiere al sujeto iuris un poder para engendrar el negocio jurídico (negotium iuridicus, Rechtgeschäft), rectius, acto dispositivo de intereses jurídicamente relevante.*
>
> *Más concretamente, la persona es la médula cinética, razón y justificación de toda conocida ordenación normativa, a la cual le concede personificación, atributos, derechos, iniciativa, libertad y habilidad jurídica para disponer de sus intereses en procura de satisfacer sus fines, necesidades vitales, designios o propósitos*

[57] Corte Constitucional, sentencia C-934 de 2013.

individuales en la vida de relación, disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato o "'acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas' (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil)" (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01; 1º de julio de 2008, exp. 11001-3103-033-2001-06291-01; y 1º de julio de 2008, exp. 11001-31-03-040-2001-00803-01).

Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad[58]*.*

En ese orden de ideas, de acuerdo con el mencionado principio, las partes están facultadas para establecer y reformar el contenido de las estipulaciones contractuales. Es así como una de las expresiones concretas de la autonomía de la voluntad es, precisamente, la libertad contractual, la cual incluye, entre otras, la libertad en la determinación del contenido del contrato, aspecto sobre el cual la doctrina ha expresado que ella *"hace referencia a la posibilidad que tienen las partes y, más ampliamente, los sujetos negociales, de establecer los términos de disposición de intereses o, en otras palabras, de insertar en ella las estipulaciones, cláusulas, pactos que a bien tengan, sin otra cortapisas que la coherencia de ellos y los límites del orden público y las buenas costumbres"*[59].

De acuerdo con lo anterior, en ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida a las partes de un contrato, estas tienen la posibilidad de determinar libremente el contenido de las cláusulas o estipulaciones contractuales según la forma que mejor satisfaga sus necesidades, con los límites derivados de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Precisamente por ello, en principio, las partes tienen la posibilidad de incluir dentro de un contrato estipulaciones relativas a la renuncia a la reclamación de derechos derivados del mismo, tema que pasa a analizar el Tribunal.

[58] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-31-03-012-1999-01957-01.
[59] FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. II, vol. 1, De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 318.

b. La validez de las cláusulas de renuncia a derechos contractuales en el derecho privado

Como bien lo ha destacado la doctrina, *"dentro del poder dispositivo del particular se encuentra su legitimación para despojarse de los derechos que posee, no simplemente para transmitirlos a otro sujeto, sino también haciendo dejación de ellos sin destinatario concreto"*[60]. El poder dispositivo al que se refiere la doctrina se concreta en la posibilidad de hacer uso de la autonomía de la voluntad para renunciar a los derechos de los cuales se es titular.

Desde el punto de vista del derecho positivo, el artículo 15 del Código Civil prevé que las partes dentro de un negocio jurídico específico pueden renunciar a los derechos conferidos, en los siguientes términos: *"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".*

De acuerdo con la anterior norma y en desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad, en principio, puede afirmarse que las partes se encuentran facultadas para estipular en los negocios jurídicos -contrato, contrato adicional, contrato modificatorio, prórroga, otrosí, etc.-, la renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales surgidas de aquellos negocios jurídicos, siempre y cuando no esté prohibido estipular dicha renuncia.

Ahora bien, en cuanto a la prohibición de estipular una renuncia a derechos contractuales, recuerda el Tribunal que, en el ámbito del derecho privado, es un presupuesto básico el que puedan ser objeto de negociación todos los derechos transigibles, esto es, los derechos disponibles por el titular, a menos que se encuentre expresamente prohibido por la ley pactar la renuncia a futuras reclamaciones.

De otra parte, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 15 del Código Civil, en cuanto a la posibilidad de que las partes renuncien a los derechos derivados de un contrato, el Tribunal destaca que, en materia de responsabilidad contractual, es perfectamente posible que las partes hagan una regulación de la forma en que serán reparados los perjuicios, pudiendo con ello, incluso, renunciar a su reclamación. Al respecto, el artículo 1616 del Código Civil establece las reglas de la responsabilidad contractual, en los siguientes términos:

> ***ARTICULO 1616.*** *Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.*

[60] Ibídem, p. 72.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas. (Subrayas y negrilla fuera del texto)

La anterior norma consagra el régimen general de responsabilidad contractual. Concretamente determina los perjuicios que resultan indemnizables como consecuencia del incumplimiento contractual, haciendo la diferencia en el caso en de que exista dolo y cuando no se presenta, mostrando el marcado carácter culpabilista del régimen de responsabilidad contractual en el derecho colombiano, como bien lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

4.2. En materia de responsabilidad civil contractual, ámbito al que pertenece la norma acusada, el elemento subjetivo continúa siendo un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la previsibilidad, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

4.3. El artículo 63 del Código Civil contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 ibídem señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extra contrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad:

"La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida" [Corte Suprema de Justicia. G.J, T IX, pág. 409]

"Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (…) acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles (artículo 1616 C.C.); la culpa, por

> *el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (…) las parte pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)" [Corte Suprema de Justicia, T. LXVI, pag. 356].*
>
> *[…]*
>
> *4.4. De lo anterior se sigue que en el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil contractual continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad…*[61]*.*

Igualmente, el Tribunal considera relevante destacar el contenido del artículo 1604 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

> *ARTICULO 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*
>
> *El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*
>
> *La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.*
>
> ***Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.*** (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Esta norma se refiere, de una parte, al alcance del deber de indemnización en la responsabilidad contractual, así como a la prueba de dicha responsabilidad. Así, reitera el criterio culpabilista del Código Civil para la determinación de la responsabilidad, en el sentido de que dependiendo de la clase de contrato cambiará el criterio para determinar si el deudor debe responder. Igualmente, precisa la norma a quién corresponde la prueba de los elementos de la responsabilidad contractual, creando una presunción de culpa del deudor, con la precisión de que no se trata de una presunción de responsabilidad, pues la carga de la prueba del daño permanece en cabeza del acreedor, de quien demanda la existencia de una responsabilidad contractual, lo cual es coherente con lo previsto en el artículo 1757 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

[61] Corte Constitucional, sentencia C-1008 de 2010.

Frente a ese régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual, destaca el Tribunal que el mismo artículo 1616 del Código Civil señala en su inciso final que "*las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas*", lo cual se traduce en que el régimen legal de responsabilidad contractual no es de orden público, sino que se trata de reglas que tienen un carácter apenas supletivo. De igual manera, el artículo 1604 del mismo Código Civil señala "*todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes*", ratificando el carácter meramente dispositivo del régimen legal de responsabilidad contractual[62].

En consecuencia, es perfectamente válido que las partes incluyan cláusulas de limitación, de extensión, de renuncia y, en general, regulación de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato. Al respecto, la doctrina ha expresado la existencia de esta posibilidad, en los siguientes términos:

> *El otro medio para introducir cambios en el régimen básico de responsabilidad es el acuerdo de los contratantes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada –es decir, el poder regulador que la ley les asigna a los particulares para diseñar sus relaciones jurídicas– pueden apartarse de la normatividad común para establecer, dentro de ciertos márgenes, un régimen de responsabilidad con rasgos especiales. Las modificaciones que pueden ser introducidas por las partes en un contrato son de distinto orden: pueden versar sobre el grado de prudencia o diligencia a cargo del deudor, es decir, cláusulas de graduación de responsabilidad; o pueden imponer una responsabilidad por culpa en los casos en que la ley no la establezca, siempre que ese pacto no esté prohibido; o pueden variar los medios de exoneración de que dispone el obligado; o modificar la carga de la prueba; o establecer límites monetarios de responsabilidad a favor del deudor incumplido; o exonerarlo completamente de responsabilidad.*
>
> *[…]*
>
> *Es igualmente factible cambiar la indemnización a cargo del deudor incrementando, limitando o reduciendo la reparación que debe pagar en caso de ser encontrado responsable, a través de acuerdos que varíen las reglas legales sobre los perjuicios resarcibles y su cuantía. Así, por ejemplo, si de acuerdo con el régimen general el deudor debe reparar los perjuicios ciertos, directos y previsibles, es posible pactar que también indemnizará los imprevisibles y aún los indirectos. En la vía contraria, esto es, en la de atenuación de la responsabilidad, se puede convenir, verbigracia, que el deudor únicamente resarza algunos perjuicios materiales y otros no, aunque también sean directos y previsibles. O puede establecerse un límite a la indemnización*[63]*.*

[62] En ese sentido, véase a ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1957, p. 41: *"…la responsabilidad contractual, a diferencia de la delictual, no es de orden público, siendo ésta una de las diferencias salientes entre ambos órdenes de responsabilidad"*.
[63] JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2003, pp. 343, 344 y 346.

Igualmente, ha dicho la doctrina, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, que *"las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad son válidas en Colombia, y en consecuencia las partes pueden pactar cláusulas mediante las cuales se aligera o elimina la carga indemnizatoria del deudor responsable"*[64].

De acuerdo con lo anterior, a la luz del inciso final del artículo 1604 y del inciso final del artículo 1616 del Código Civil, es claro para el Tribunal que en el derecho colombiano son válidas las cláusulas que modifican el régimen legal de responsabilidad contractual. Dentro de estas cláusulas se incluyen, entre otras, las que hacen más exigente la responsabilidad, así como las que la atenúan y las que la excluyen. De esa manera, es perfectamente válido que las partes renuncien a la indemnización de los perjuicios que pueden derivarse de la ejecución de un contrato.

Es decir, que en principio el deudor contractual debe indemnizar la totalidad de los perjuicios que se deriven de su incumplimiento, de la lesión al derecho de crédito del acreedor, en desarrollo del principio de reparación integral del daño. Sin embargo, también es válido que las partes de un contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidan acoger un régimen específico de responsabilidad contractual, ya sea eliminando la responsabilidad, limitándola o haciéndola más gravosa, incluso renunciando a los perjuicios que pueden derivarse de la celebración y/o ejecución de un contrato en particular. Dentro de estas cláusulas se encuentran también las llamadas cláusulas penales e, incluso, aquellas que fijan el valor de los intereses compensatorios o moratorios[65].

En ese sentido, puede afirmarse, entonces, que *"por regla general, toda cláusula modificativa de la responsabilidad contractual se presume válida"*[66]. La validez de estas cláusulas descansa no solo en que las mismas no están prohibidas por los ordenamientos jurídicos, sino especialmente en que constituyen una expresión del postulado de la autonomía de la voluntad y, particularmente en el derecho colombiano, en las normas analizadas (artículos 1604 y 1616 del Código Civil)[67].

c. Las excepciones a la posibilidad de renunciar a los derechos contractuales

Frente a lo concluido en el literal anterior en el sentido de que las cláusulas que implican la renuncia a derechos contractuales son válidas en el derecho privado,

[64] JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007, p. 557.
[65] Sobre las diversas modalidades de cláusulas relativas a la responsabilidad contractual, véase a FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER e YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1993, n° 590 y ss.
[66] LUIS MUÑIZ ARGÜELLES, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, Bogotá, Temis, 2006, p. 73.
[67] Véase a JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, Bogotá, Ibáñez, 2008, pp. 77 y ss.

debe hacerse notar que dicha validez tiene unos límites que no puede pasar por alto el Tribunal.

En ese sentido, en primer lugar, como consecuencia de los límites generales al ejercicio de la autonomía de la voluntad y, particularmente, a la libertad de determinación del contenido del contrato, las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres constituyen un límite a la validez de las estipulaciones en virtud de las cuales se hagan renuncias a la reclamación de perjuicios derivados de la celebración o ejecución de un contrato. Igualmente, como parte de los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad, la correspondiente cláusula debe obedecer a la expresión libre de la voluntad de las partes, esto es, que no debe estar afectada por un vicio del consentimiento.

De otra parte, destaca el Tribunal que el artículo 15 del Código Civil, citado atrás, prevé la posibilidad de renunciar a los derechos, condicionando la eficacia de la estipulación a que solo se mire interés individual del renunciante, sin que se afecten los intereses de la parte que no renuncia.

Igualmente, deben tenerse en cuenta los límites generales que existen para la validez de las cláusulas de modificación de las reglas legales de la responsabilidad contractual. Concretamente, dichos límites se concretan en que el daño al derecho de crédito inferido por el deudor no puede responder a un dolo en la conducta de la parte incumplida, es decir, que no será aplicable la cláusula cuando se pruebe incumplimiento doloso o una infracción a la obligación proveniente de un comportamiento donde se acredite una culpa grave, negligencia grave o culpa lata del deudor incumplido, que en materia civil equivale al dolo. En estos casos, la cláusula de exoneración, atenuación o limitación de la responsabilidad será parcialmente nula en lo que se refiera específicamente al dolo, y será válida en los demás casos, pero inaplicable en caso de que se pruebe el dolo en la conducta del deudor incumplido[68].

Esta prohibición de excluir la responsabilidad derivada de la conducta dolosa, se basa en lo previsto en el artículo 1522 del Código Civil. De conformidad con dicha norma, *"la condonación del dolo futuro no vale"*, lo cual se traduce en que una cláusula que admita la exclusión o limitación del incumplimiento contractual doloso resultaría nula, y que es inaplicable la cláusula cuando se pruebe el dolo en la conducta del deudor, como lo ha reconocido la jurisprudencia civil:

> *Consideramos aquí la cuestión, más a la luz de los preceptos legales que entre nosotros regulan la materia que al abrigo de las tesis enunciadas, cabe aceptar que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad, cuya presencia no es rara hoy en ciertos tipos de contratos, son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila a dolo, según el texto del artículo 63 del Código*

[68] LUIS MUÑIZ ARGÜELLES. *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, cit., pp. 78 y ss.

Civil, desde luego que el artículo 1522 de la misma obra niega la validez a "la condonación del dolo futuro" y el 1523 ibídem estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes[69]*.*

Al respecto, la doctrina ha resumido las condiciones de validez de las cláusulas relativas a la responsabilidad contractual, en las siguientes:

484-1 Que el daño no sea imputable a dolo o culpa grave del deudor

Unánimemente, las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que las cláusulas de aligeramiento de la carga indemnizatoria del deudor incumplido (de exoneración total o parcial de responsabilidad, las que invierten la carga de la prueba, las que establecen la renuncia a las garantías previstas en la ley) no se aplican si el daño por el incumplimiento es imputable a culpa grave o dolo del deudor…

484-2 Que las cláusulas no atenten contra normas de orden público

Todo el mundo está de acuerdo en que las cláusulas contractuales, incluidas las relativas al contenido de las obligaciones del deudor o a su responsabilidad no pueden transgredir normas de orden público. Así se desprende del artículo 16 del Código Civil…

484-3 ¿La eliminación de las obligaciones de seguridad a la persona del acreedor es contraria al orden público?

De otro lado, la mayoría de los autores y de los tribunales están de acuerdo en que atentan contra el orden público, y por lo tanto no son válidas, las cláusulas sobre la no responsabilidad, y en general las que aligeran la carga indemnizatoria del deudor, en caso de daños causados a las personas en virtud de la ejecución de un contrato, y más concretamente, de una obligación contractual de seguridad sobre la persona del acreedor…

484-4 Que sean conocidas y aceptadas por el acreedor que renuncia a sus derechos

Pero para que las cláusulas de exoneración total o parcial de responsabilidad, las de eliminación de las garantías las de eliminación de ciertas obligaciones accesorias, etc., sean válidas, requieren además que sean conocidas y aceptadas por el acreedor que alega haber sufrido un daño derivado del incumplimiento. Y al deudor corresponde la prueba de que el acreedor perjudicado las conoció y las aceptó…

484-5 Las cláusulas solo tienen validez entre las partes

Si se tiene en cuenta el principio general del efecto relativo de los contratos establecido en el artículo 1602 del Código Civil, es lógico que las cláusulas de exoneración total o parcial de responsabilidad, al igual que las otras que de alguna

[69] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 6 de marzo de 1972.

manera aligeran la carga indemnizatoria del deudor, solo sean oponibles al acreedor que las aceptó…

484-6 Las cláusulas no valen si están expresamente prohibidas por la ley

A veces, el legislador en forma expresa prohíbe o de alguna manera deja sin efectos jurídicos las cláusulas que aligeran las obligaciones o la responsabilidad del deudor. Unas veces, el legislador dice que dichas cláusulas son nulas, otras, dice que se tendrán por no escritas; otras, que no producen efecto alguno, otras, que son irrenunciables los derechos conferidos en tal o cual situación[70]*.*

En resumen, los límites a la validez de las cláusulas que implican la renuncia a derechos contractuales se encuentran en: ***(a)*** la existencia de normas imperativas que prohíban expresamente la renuncia; ***(b)*** el orden público y las buenas costumbres como límites generales a la autonomía de la voluntad; ***(c)*** que el pacto no esté afectado por un vicio del consentimiento; ***(d)*** que la estipulación solo mire el interés individual del renunciante, sin que se afecten los intereses de la parte que no renuncia, y ***(e)*** cuando la lesión al derecho de crédito provenga del incumplimiento doloso del deudor.

d. <u>La renuncia a los derechos de reclamación en los contratos de las entidades estatales a los cuales se les aplica el derecho privado</u>

Destaca el Tribunal que el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la validez y posibilidad de aplicación que tienen las cláusulas sobre la renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales surgidas de un contrato estatal sometido al régimen privado, así:

56. Las pretensiones relacionadas con la mayor permanencia en obra por extensión del plazo contractual, carecen también de sustento, dado que en los contratos adicionales n° DIJ-P-160-AD-90 y n° DIJ-A-176-AD-90, se indicó que el plazo contractual se ampliaba por hechos ajenos a las partes y se convino que la contratista correría, a su riesgo y costo, con todas las implicaciones económicas que se derivaran de la ampliación del plazo contractual, razón por la cual Lety Co. Ltda. renunció a formular cualquier reclamación de carácter económico o de cualquier índole judicial o extrajudicialmente por causa o con ocasión de la prórroga del plazo, de conformidad con la cláusula segunda de los mismos.

57. Por manera que la ahora demandante, en ejercicio de su autonomía privada y sin contrariar las normas imperativas, renunció a cualquier reconocimiento con ocasión de la extensión del plazo hasta el 20 de julio de 1990, acto dispositivo que resulta congruente con el artículo 15 del Código Civil, según el cual "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

[70] JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, cit., pp. 568 y ss.

58. Es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo Ecopetrol y Leyco Co. Ltda. hicieron los arreglos y tomaron las medidas que permitieron conjurar, superar y subsanar los hechos ajenos a ellas e imponderables que implicaron el retardo de la obra, sin que al realizar las respectivas prórrogas al contrato, la contratista hubiese reclamado en ellas los conceptos que ahora demanda como causantes de sobrecostos y de un desequilibrio económico del contrato. Esa es la intención común de las partes que se desprende de los acuerdos que sin reparos ni salvedades suscribieron para sobrellevar las dificultades acaecidas en el desarrollo de la relación negocial, de manera que no resultan procedentes reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

(…)

62. De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por hechos previos conocidos a la fecha de suscripción de un contrato modificatorio, adicional o un acta de suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente esos hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum propium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

63. Por lo tanto, respecto a los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia en obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, la ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en negocios jurídicos adicionales que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato, máxime cuando en los mismos hizo expresa renuncia de reclamaciones por los hechos que dieron lugar a su celebración[71]*.*

De manera posterior y fundamentándose en la jurisprudencia citada anteriormente, el mismo Consejo de Estado, respecto a la validez de la renuncia a presentar reclamaciones judiciales o extrajudiciales por los hechos que dieron lugar a la celebración de un negocio jurídico, concluyó lo siguiente:

Como se observa está probada la prolongación del plazo inicialmente pactado para la ejecución de las obras. Asimismo, que al menos la primera y segunda prórroga se debió a situaciones no imputables al contratista; sin embargo, frente a estas dos prórrogas debe ponerse de presente que el contratista renunció expresamente a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por concepto de mayor permanencia en la obra, así como a los reajustes por esa misma situación. Actos jurídicos cuya legalidad no se ha cuestionado.

[71] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de octubre de 2012, expediente 21.429.

(…)

En los términos expuestos, el pacto sin reservas ni objeciones por vicios del consentimiento, da plenos efectos vinculantes a la renuncia en ellos contenidos y, por consiguiente, no da lugar a reconocer ningún valor por la mayor permanencia en la obra[72]*.*

De igual forma, el Consejo de Estado ha reconocido la validez y aplicación que tienen las cláusulas que tratan sobre la renuncia a presentar reclamaciones, dando aplicación a la cláusula de renuncia, así:

No puede pasar por alto la Sala, que se encuentra acreditado que la parte demandante, renunció a cualquier posible reclamación por daño emergente y lucro cesante derivado de las suspensiones de la ejecución del contrato, como se observa a folio 51 del cuaderno 1: "El contratista no reclamará por esta suspensión a la U.A.E.A.C. lucro cesante y/o daño emergente", pero pretende el reajuste de precios, que se derivaron de las mismas.

Al respecto, es importante destacar, que el reajuste de precios, y el daño emergente, para el caso que ocupa la atención de la Sala, tienen su origen en la misma fuente, y aluden a un mismo concepto, pues al reconocer un daño emergente, se debe obligatoriamente, revisar el reajuste de precios.

Dicho de otra forma, el reajuste de precios es una consecuencia del reconocimiento del daño emergente, y tal como viene acreditado en el presente proceso, la parte actora renunció a cualquier reclamación por este concepto, y no puede admitir la Sala que, al cambiarle el nombre, e intentar tergiversar la naturaleza del mismo, se haga dicha solicitud[73]*.*

3. Análisis de la validez de las renuncias directas e indirectas convenidas por el Consorcio Kumbre en los diferentes documentos de modificación contractual celebrados durante la ejecución del Contrato de Obra 2071792

Con base en el anterior marco legal, jurisprudencial y doctrinal, concluye el Tribunal que, al igual que lo que ocurre en el régimen general del derecho privado, es válido estipular en un contrato estatal sometido al derecho privado la renuncia a las reclamaciones judiciales o extrajudiciales surgidas de la celebración y ejecución de dicho contrato. Por lo tanto, respecto de dicha renuncia a las reclamaciones futuras realizada por las partes, no es razonable que el contratista, después de finalizado el contrato, normal o anormalmente, pretenda demandar al contratante por hechos que hacen parte de dicha renuncia. Es decir, que si el contratista renunció, por

[72] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2012. expediente 26.224.
[73] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2015, expediente 27.881.

ejemplo, a los mayores costos surgidos por la ampliación del plazo de un contrato de obra mediante un contrato adicional o a los mayores costos derivados de un problema en los diseños inicialmente entregados, etc., no puede discutir posteriormente esos hechos, toda vez que "*no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum propium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas"*[74].

Aplicado lo anterior a la pretensión analizada en este punto, observa el Tribunal que las diferentes cláusulas a través de las cuales el Consorcio Kumbre renunció, directa o indirectamente, a los perjuicios derivados de la celebración de modificaciones contractuales relacionadas con cambios en la forma de pago, la adición de los valores contractuales, la extensión del plazo de ejecución del contrato, la adición de ítems de obra y/o la adición de actividades de obra, resultan válidas de acuerdo con el principio general de validez de esa clase de estipulaciones.

Además, no advierte el Tribunal que con la celebración de tales modificaciones contractuales y, particularmente, con la renuncia a las reclamaciones derivadas de las mismas, se haya vulnerado alguno de los cinco límites analizados antes, así: ***(a)*** no existe norma legal imperativa que, directa o indirectamente, prohíba dichos pactos; ***(b)*** no se evidencia violación del orden público o de las buenas costumbres en dichas estipulaciones; ***(c)*** tampoco se evidencia prueba de que existan vicios del consentimiento del Consorcio Kumbre o de Fonade; ***(d)*** las estipulaciones solo miran el interés individual del Consorcio Kumbre y no existe prueba de que se afecten los intereses de Fonade, y ***(e)*** no existe prueba de que los perjuicios reclamados obedezcan a un incumplimiento doloso de parte de Fonade.

Igualmente, el Tribunal destaca que, dada la ausencia de fundamentos específicos de la pretensión presentada por el Consorcio Kumbre, no existen más elementos que permitan al Tribunal llegar a una conclusión diferente en cuanto a la validez, en general, de las estipulaciones que se analizan en el presente acápite.

C. Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones y excepciones analizadas

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal declarará probada la excepción denominada *"1. Improcedencia de declarar la ineficacia o inexistencia de las estipulaciones precontractuales y contractuales en las cuales el Consorcio Kumbre renunció directa o indirectamente a presentar reclamaciones, acciones, demandas judiciales o extrajudiciales contra Fonade en la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del Contrato"* y, en consecuencia, negará la pretensión declarativa sexta principal.

[74] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2012, expediente 26.224.

A su vez, como consecuencia de la anterior conclusión general, el Tribunal analizará las demás pretensiones de la demanda y las excepciones planteadas por Fonade a la luz de las renuncias convenidas en los respectivos documentos contractuales, sin perjuicio de las situaciones particulares que puedan resultar del análisis de las demás pretensiones y de los hechos probados respecto de cada una de ellas.

VI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE FONADE POR EJECUCIÓN TARDÍA DE SUS OBLIGACIONES (Pretensiones Declarativas Primera Principal y Tercera Principal) Y POR INEJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES (Pretensiones Declarativas Segunda Principal y Tercera Principal), Y CON LAS CARGAS MAYORES DEL ÁLEA NORMAL Y RIESGOS EXTRAORDINARIOS Y EN EXCESO, QUE DEBIÓ SOPORTAR EL CONSORCIO KUMBRE PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. (Pretensiones Declarativas Cuarta Principal y Quinta Principal)

A. Posiciones de las partes y del Ministerio Público

1. Posición del Consorcio Kumbre

a.- En relación con el incumplimiento de Fonade por la ejecución tardía de sus obligaciones, en su demanda, el Consorcio Kumbre precisa sus pretensiones en los siguientes aspectos, cuyos fundamentos de hecho y de derecho se encuentran resumidos en el punto IX.A del Capítulo 1 sobre los antecedentes, así: En el numeral 1 de la pretensión declarativa primera principal, solicita que se declare el incumplimiento del Contrato 2071792 por parte de FONADE por la ejecución tardía de las siguientes obligaciones: a) planeación del proyecto desde la formación del contrato hasta su ejecución; b) la entrega de estudios, planos, diseños, definición de ítems y cantidades de obra requeridos para la ejecución del contrato; c) entrega inicial al contratista de las zonas de trabajo, necesarias para la ubicación y construcción del establecimiento penitenciario, libres de toda perturbación para la destinación a que estaban sometidas; d) la tramitación oportuna de los precios unitarios de los ítems de las obras necesarias y de carácter prioritario. De otra parte, en el numeral 2 de la pretensión declarativa primera principal, el Convocante reclama el pago de la última acta de corte de obra y en el numeral 3 solicita genéricamente que se declare el incumplimiento de *"las demás que se evidencien en el proceso"*.

b.- Respecto del incumplimiento de Fonade por la inejecución de sus obligaciones, en su demanda, el Consorcio Kumbre solicita, en síntesis, que se declare el incumplimiento de Fonade por la inejecución del contrato de obra objeto del litigio por considerar que: 1) No reconoció ni pagó el valor total de las obras ejecutadas y recibidas; 2) Incumplió el acuerdo de precios y pago de las cantidades de obra ejecutadas, y 3) *"Las demás que se evidencien en el proceso".* Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare a Fonade responsable por el incumplimiento

en el marco de la no ejecución de las obligaciones derivadas del contrato en los términos arriba expuestos.

c.- Finalmente, en relación con las cargas mayores del álea normal y los riesgos extraordinarios, en la demanda arbitral el CONSORCIO KUMBRE solicita, en suma, que se declare que tuvo que soportar cargas mayores al alea normal y riesgos extraordinarios de un contrato conmutativo de derecho privado, por las siguientes razones: 1) Mayor onerosidad por la necesidad de equipos adicionales a los contemplados en la oferta; 2) Ejecución de obras en condiciones de inseguridad; 3) Trabajo en horarios extras para mitigar efectos de los incumplimientos de Fonade; 4) Necesidad de adopción de *"medidas de carácter administrativo, de equipamiento y técnicos"* para mitigar los incumplimientos de Fonade; 5) Mayor onerosidad por desfases en la programación; 6) *"Las demás cargas y riesgos superiores al álea normal"*; 7) Elaboración de planos, diseños y estudios durante la ejecución del contrato por deficiencias en los suministrados por la entidad estatal, y 8) Financiación a la entidad por falta de recursos. Como consecuencia de lo anterior, solicita el Convocante que se declare que Fonade debe asumir la mayor onerosidad en que incurrió el contratista por los citados riesgos y cargas exorbitantes que tuvo que soportar.

2. Posición de FONADE

a.- En relación con el incumplimiento por la ejecución tardía de sus obligaciones, en la contestación de la demanda Fonade se opone a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos: i) FONADE cumplió con las obligaciones contractuales y siempre dispuso todo lo necesario para la adecuada ejecución del contrato de obra No. 2071792; ii) como consecuencia de lo anterior, no puede haber lugar a declarar responsable a FONADE pues no existió tal incumplimiento que alega el CONSORCIO KUMBRE; iii) FONADE: programó y llevó a cabo una visita al predio y explicó al Consorcio las condiciones generales del proyecto; iv) entregó todos los estudios, planos y diseños previa presentación de la oferta y el Consorcio nunca hizo observación alguna; v) el convocante no logró probar la supuesta entrega tardía de los predios.

b.- Respecto del incumplimiento de Fonade por la inejecución de sus obligaciones, en la contestación de la demanda Fonade se opone a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos: i) Fonade siempre cumplió con sus obligaciones y dispuso todo lo que era necesario para su adecuada ejecución, y ii) las pretensiones no cuentan con sustento legal, fáctico ni probatorio.

c.- Finalmente, en relación con las cargas mayores del álea normal y los riesgos extraordinarios, en la contestación de la demanda, FONADE se opone a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos: i) Falta de prueba de dichos riesgos exorbitantes y cargas excesivas; ii) no existe ninguna cláusula contractual que obligue a la Entidad al reembolso de todos los costos o gastos en que incurra el contratista; iii) el riesgo de ejecución le

corresponde soportarlo al contratista; iv) falta de constancia escrita de haber incurrido en dichas condiciones, incumpliendo la obligación contractual de hacerlo; v) inexistencia de los requisitos para que se configure la aplicación de la teoría del equilibrio contractual, y vi) violación del principio de la buena fe contractual.

Como consecuencia de los argumentos anteriores, Fonade presentó las excepciones indicadas en el punto IX.B del Capítulo 1 de Antecedentes y desarrolladas en la contestación a la demanda.

3. Posición del Ministerio Público.

En cuanto al incumplimiento de Fonade por la ejecución tardía e inejecución de sus obligaciones, la agente del Ministerio Público conceptuó indicando que no logró demostrarse dentro del proceso que las obligaciones a cargo de Fonade hayan sido incumplidas y que como consecuencia de ello se hubiera causado un daño a la entidad convocante, motivo por el cual en el presente proceso no logró acreditarse la responsabilidad contractual del Estado.

Señaló que no fue acreditado el restablecimiento de la ecuación financiera puesto que no se demostró que ésta ocurrió y mucho menos que haya sido de carácter grave, tampoco se acreditó que existiera una relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico ni que la situación fáctica no fuera un riesgo propio de la actividad. Además, no se realizaron las oportunas solicitudes ni salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, pues sólo se radicó una solicitud la cual no fue específica ni concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor.

B. Consideraciones del Tribunal

1.- Para el análisis del tema, en primer lugar, debe recordarse que, de acuerdo con la conclusión expuesta en el punto IV de este Capítulo 2 del presente laudo arbitral, el Contrato de Obra 2071792 no se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que se rige por el derecho privado, más concretamente por las reglas del Código Civil que rigen el contrato de confección de una obra material, contenidas en los artículos 2053 y siguientes del Código Civil, así como las reglas generales aplicables a las obligaciones derivadas de relaciones contractuales contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio; el Manual de Contratación de Fonade al que hace referencia el numeral 1.6 de las Reglas de Participación de la Propuesta Pública de Contrato IPG1958-195073, y los principios constitucionales consagrados en los artículos 209 (igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, publicidad y economía) y 267 (eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales) de la Constitución Política.

De otra parte, en el punto V de este mismo Capítulo el Tribunal concluyó que las diferentes cláusulas a través de las cuales el Consorcio Kumbre renunció, directa o

indirectamente, a los perjuicios derivados de la celebración de modificaciones contractuales relacionadas con cambios en la forma de pago, la adición de los valores contractuales, la extensión del plazo de ejecución del contrato, la adición de ítems de obra y/o la adición de actividades de obra, resultan válidas de acuerdo con las argumentaciones allí expuestas.

Como consecuencia de esas conclusiones, el Tribunal analizará los presuntos incumplimientos y mayores costos mencionados en las pretensiones declarativas a la luz de las renuncias convenidas en los respectivos documentos contractuales, sin perjuicio de las situaciones particulares que puedan resultar del análisis de dichos incumplimientos o mayores costos y de los hechos probados respecto de dichas pretensiones.

2.- Dentro del marco anterior, el Tribunal observa que los hechos relacionados con las pretensiones que se analizan se refieren, en primer lugar, a la etapa de planificación del contrato y a sus efectos sobre el periodo de ejecución. En ese sentido, el Consorcio Kumbre considera que Fonade no cumplió adecuadamente con sus cargas de planeación contractual, lo cual dio lugar a que durante la ejecución del Contrato se produjeran mayores costos, concretamente en lo que tiene que ver con los estudios y diseños, las zonas de ejecución de las obras, los ítems unitarios para la ejecución de los trabajos y las cantidades de obra estimadas.

De otra parte, dentro de las pretensiones del Consorcio Kumbre se encuentra la solicitud de que se declare que, a pesar de que fueron ejecutadas unas mayores obras a las inicialmente previstas -la mayoría de las cuales afirma son consecuencia de la falta de planeación del Contrato-, las mismas no fueron reconocidas y pagadas en su totalidad por Fonade.

Finalmente, afirma el Consorcio Kumbre que durante la ejecución de la obra se presentaron mayores costos a los inicialmente previstos, algunos de ellos originados en costos adicionales de ejecución de los trabajos contractuales por la falta de planeación de la entidad -por ejemplo, utilización de equipos adicionales, pago de horas extras y festivos, reprogramaciones, diseños adicionales-, y otros derivados de situaciones extrañas a las partes -problemas de orden público-.

3.- Al respecto, el Tribunal hace notar que, en la fase de formación del Contrato, el Consorcio Kumbre conoció los documentos de planeación elaborados por Fonade y, aún así, suscribió el Contrato, sin haber hecho salvedades o reservas respecto de la documentación recibida.

Pero, además, no puede perderse de vista que, a medida que se iban evidenciando los problemas presuntamente derivados de la planeación del Contrato, se iban concretando los supuestos incumplimientos y se iban conociendo las circunstancias de hecho extrañas a las partes, estas fueron suscribieron otrosíes, modificaciones y prórrogas contractuales con las cuales precisamente se buscaba superar los efectos económicos derivados de esos inconvenientes respecto de los diseños, la

disponibilidad de los predios, los ítems unitarios, las cantidades de obra, los mayores costos de ejecución de los trabajos y los trabajos adicionales. Precisa el Tribunal que en los mencionados otrosíes, modificaciones y prórrogas contractuales, además de que las partes fueron regulando progresivamente tales efectos económicos, como se analizará a continuación, el Consorcio Kumbre no solo no dejó salvedades, sino que expresamente renunció a los perjuicios derivados de la suscripción de tales otrosíes.

4.- En efecto, en concordancia con lo expresado en el punto V, las partes celebraron 13 modificaciones contractuales en las cuales el Consorcio Kumbre renunció a los perjuicios derivados de los hechos a los que se refiere la correspondiente modificación contractual, unas veces manifestando expresamente tal renuncia y, en otros casos, expresando que la modificación contractual cubría todos los costos adicionales o que la misma no daba lugar a costos adicionales. En ese sentido, el Tribunal puede hacer referencia a las siguientes modificaciones contractuales, ya citadas en el punto V.B. de este capítulo 2 en relación con la validez de las renuncias, pero que se repiten aquí para indicar adicionalmente, en cada caso, el objeto de dichas modificaciones:

a. *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 2 AL CONTRATO No 2071792"* de 11 de agosto de 2008, que tuvo por objeto modificar la cláusula cuarta del Contrato en el sentido de cambiar la forma de pago inicialmente pactada, pasando de pagos bimensuales a pagos mensuales a efectos de que el Consorcio Kumbre tuviera el flujo de caja necesario para ejecutar la reprogramación de obra aprobada el 19 de marzo de 2008, con la precisión de que *"las partes de común acuerdo manifestamos que la presente modificación, no genera costos adicionales a los inicialmente contratados, y por lo tanto no se requiere adicionar el valor del contrato No 2071792"*.

b. *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 3 – ACLARACIÓN, ADICIÓN Y PRÓRROGA DEL CONTRATO No. 2071792"* de 2 de febrero de 2009, que tuvo por objeto adicionar el Contrato en la suma de $3.094.538.350 a efectos de ejecutar *"mayores cantidades de obra en el sector de mínima seguridad e ítems no previstos necesarios para la ejecución del nuevo trazado de la tubería de conducción del acueducto"*, así como adicionar el plazo contractual por 6 meses y modificar la cláusula de ajuste de precios. En relación con esas modificaciones, se dejó constancia de que "*el contratista manifiesta expresamente que la presente adición, cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutarla".*

Además, en el citado documento de modificación contractual se aclaró la cláusula segunda sobre el valor del contrato, en la cual se dejó convenido que "*el contratista deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prórrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor*".

c. *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 4 AL CONTRATO No. 2071792"* de 23 de julio de 2009, que tuvo por objeto modificar nuevamente la cláusula cuarta del Contrato, en el sentido de cambiar la forma de pago inicialmente pactada, pasando a pagos quincenales, y de ampliar el plazo de ejecución, con lo cual se pretendió cubrir los efectos negativos en la ejecución del Contrato derivados de los inconvenientes de orden público, el paro camionero y los problemas con el abastecimiento del servicio de energía eléctrica a la obra, con la precisión final de que "*las partes de común acuerdo, manifestamos que la presente modificación, no genera costos adicionales a los inicialmente contratados, y, por lo tanto, no se requiere adicionar el valor del contrato No 2071792"*.

d. *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 5 AL CONTRATO No. 2071792"* de 28 de agosto de 2009, que tuvo por objeto adicionar el Contrato en la suma de $3.195.472.000 a efectos de cubrir el costo de las mayores cantidades de obra y de los ítems no previstos allí descritos, así como adicionar el plazo de ejecución del Contrato, documento en el cual se dejó constancia de que "*EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar mayores cantidades de obra y los ítems no previsto objeto de esta modificación*".

e. *"MODIFICACIÓN DEL CONTRATO No. 2071792 CELEBRADO ENTRE FONADE Y EL CONSORCIO KUMBRE"* de 30 de octubre de 2009, que tuvo por objeto variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos, modificaciones sobre las cuales se pactó: *"Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato, el cual se mantiene en la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVENTA Y DOS PESOS ($54.486.943.092.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (1.171.375.338.oo)"*.

f. "*MODIFICACIÓN AL CONTRATO No. 2071792 CELEBRADO ENTRE FONADE Y EL CONSORCIO KUMBRE"* de 3 de diciembre de 2009, que tuvo por objeto, de una parte, ampliar el plazo del Contrato y, de otra, variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos, modificaciones respecto de las cuales las partes estipularon que "*Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato, el cual se mantiene en la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIR MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVENTA Y DOS PESOS ($54.486.943.092.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (1.171.375.338.oo)"*.

g. Documento modificatorio del Contrato 2071792 sin título de 31 de marzo de 2010, que tuvo por objeto, en primer lugar, ampliar el plazo de ejecución del Contrato; de otra parte, variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos y, finalmente, adicionar el valor del Contrato en la suma de $8.399.999.994, modificaciones respecto de las cuales las partes estipularon que *"EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición"*.

h. *"Prórroga y Adición Contrato No. 2071792"* de 30 de junio de 2010, que tuvo por objeto, en primer lugar, ampliar el plazo de ejecución del Contrato; de otra parte, variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos y, finalmente, adicionar el valor del Contrato en la suma de $799.999.996,66, modificaciones respecto de las cuales las partes estipularon que *"EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición"*.

i. *"Prórroga y Adición Contrato No. 2071792"* de 30 de julio de 2010, que tuvo por objeto, en primer lugar, ampliar el plazo de ejecución del Contrato; de otra parte, variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos y, finalmente, adicionar el valor del Contrato en la suma de $199.999.997, modificaciones respecto de las cuales las partes estipularon que *"EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición"*.

j. *"Modificación contrato de obra No. 2071792"* de 31 de agosto de 2010, en el cual las partes convinieron ampliar el plazo de ejecución del Contrato y se dejó constancia de que *"EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente prórroga no le genera gastos, ni costos, adicionales a los previstos en el valor del contrato No 2071792 y en sus respectivas modificaciones"*.

k. *"Modificación contrato de obra No. 2071792"* de 15 de octubre de 2010, que tuvo por objeto, de una parte, variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos y, de otra, adicionar el valor del Contrato en $2.199.999.996,64, así como ampliar el plazo de ejecución contractual, modificaciones sobre las cuales se pactó: *"EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutar las actividades objeto de esta adición"*.

l. *"Modificación al contrato de obra No. 2071792"* de 20 de diciembre de 2010, que tuvo por objeto, de una parte, variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos y, de otra, ampliar el plazo de ejecución contractual, modificaciones sobre las cuales se pactó: *"Las modificaciones*

previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato, el cual se mantiene en la suma de SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS M/L ($67.386.943.075.64.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de TRES MIL CINCUENTA Y UN MILLOES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (3.051.375.338.oo)".

m. *"Modificación al contrato de obra No. 2071792"* de 1º de febrero de 2011, que tuvo por objeto, de una parte, variar las cantidades de algunos ítems de obra e incluir diversos ítems no previstos y, de otra, ampliar el plazo de ejecución contractual, modificaciones sobre las cuales se pactó: *"Las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato, el cual se mantiene en la suma de SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS M/L ($67.386.943.075.64.oo), incluidos los correspondientes ajustes, estimados en la suma de TRES MIL CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (3.051.375.338.oo)"*.

Destaca el Tribunal que, como resultado de las anteriores modificaciones contractuales, el Contrato de Obra 2071792, de una parte, pasó de tener un plazo de ejecución de 18 meses (14 meses para la ejecución de la obra y 4 meses para la realización de obras correctivas) a tener una duración de 38 meses y 10 días y, de otra, su valor aumentó en $22.090.699.983,64, al pasar de tener un presupuesto inicial $45.296.243.092,00 a un valor final de $67.386.943.075,64.

5.- De la lectura de las consideraciones y antecedentes plasmados en cada una de las modificaciones contractuales mencionadas, así como de los acuerdos específicamente convenidos, advierte el Tribunal que desde que se comenzaron a evidenciar los inconvenientes con los diseños de diversos frentes de la obra (obras de concreto, red de acueducto, redes eléctricas y de voz y datos, sistema de seguridad y obras hidrosanitarias), con la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras, con los efectos en el plazo de ejecución y en la forma de ejecutar los trabajos derivados de la presunta falta de planeación, con los trabajos adicionales que debieron ser ejecutados y con las condiciones extrañas a las partes que afectaron la normal ejecución contractual, hasta prácticamente la terminación de la ejecución del Contrato, las partes fueron acordando, en diversos momentos, entre otros aspectos, modificar la forma de pago, ampliar el plazo de ejecución, adicionar ítems no previstos, hacer balances de mayores y menores cantidades de obra y adicionar recursos adicionales al Contrato, todo ello con la finalidad de mitigar los efectos desfavorables para el contratista Consorcio Kumbre derivados de las diferentes circunstancias a las que se fue enfrentando la ejecución del contrato.

En otras palabras, para el Tribunal es claro que en las diversas modificaciones contractuales analizadas, las partes adoptaron las medidas económicas necesarias para atender los mayores costos que pudieran haber sido generados por los defectos en los diseños, por los inconvenientes en la entrega de las zonas de trabajo por parte de Fonade, por los efectos en el plazo de ejecución y en la forma de ejecutar los trabajos derivados de la eventual falta de planeación, por los trabajos adicionales que debió ejecutar el Consorcio Kumbre y por las situaciones de orden público que afectaron la ejecución del Contrato, esto es, para atender la totalidad de situaciones que venían afectando la normal ejecución de las obligaciones contractuales.

Además, en cada una de las modificaciones contractuales que fueron objeto de análisis por parte del Tribunal, en algunos casos el Consorcio Kumbre dejó expresa la manifestación unilateral de que la correspondiente adición, prórroga o modificación contractual resultaba suficiente para atender los efectos económicos desfavorables que los inconvenientes derivados de las supuestas faltas en la planeación (problemas en los diseños entregados, falta de disposición oportuna de los predios, necesidad de disponer de equipos adicionales y de pagar horas extras y feriados, reprogramaciones de la obra y elaboración de diseños adicionales), le podían generar y, en otros, las partes dejaron constancia de común acuerdo en el sentido de que la adición respectiva resultaba suficiente para cubrir todos los costos y gastos derivados de la misma, sin que fuera necesario adicionar mayores valores al Contrato.

Así, con dichos pactos y manifestaciones unilaterales, el Consorcio Kumbre, desde el 11 de agosto de 2008 hasta el 1º de febrero de 2011 fue progresivamente reconociendo que los perjuicios que podrían haberse causado como efecto de los diversos problemas en la planeación contractual fueron completamente remunerados con las adiciones, los balances de cantidades de obra y las prórrogas pactadas. Por ello, en criterio del Tribunal, las renuncias pactadas y el reconocimiento expreso por parte del Consorcio Kumbre en el sentido de que las adiciones, balances y prórrogas eran medidas contractuales suficientes para cubrir los supuestos perjuicios sufridos y los mayores costos en que incurrió el Consorcio durante la ejecución del Contrato, resultan suficientes para negar las pretensiones relacionadas con los supuestos perjuicios derivados de la mala planeación contractual, de los defectos en los diseños entregados, de los inconvenientes en la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras, de los efectos negativos en el plazo de ejecución y en la forma de ejecutar los trabajos por la falta de planeación y, de los trabajos adicionales que debieron ser ejecutados por esos defectos de planeación.

Se trata de la aplicación, pura y simple, del principio del *pacta sunt servanda* y de la *lex contractus* que se desprenden del artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual, *"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*. Así, si las partes estipularon los mecanismos de mitigación de los efectos nocivos de los

mencionados presuntos defectos de planeación, dicho pacto no puede ser desconocido en sede judicial, pues lo cierto es que el mismo resulta vinculante para ellas.

6.- Similar afirmación puede hacerse en relación con lo expresado por el Consorcio Kumbre en el sentido de que existió un supuesto incumplimiento de Fonade en la tramitación y aprobación oportunas de los precios unitarios de los ítems de las obras necesarios y de carácter prioritario según la ruta crítica en el proceso constructivo, así como en el reconocimiento y pago de las obras y los trabajos adicionales supuestamente ejecutados por el contratista. En efecto, observa el Tribunal que, prácticamente en todas las modificaciones contractuales analizadas, las partes pactaron adición de nuevos ítems de obra, así como la disminución y el aumento de las cantidades de obra inicialmente estipuladas y, en todas y cada una de ellas, existió la manifestación del Consorcio Kumbre en el sentido de que la respectiva modificación no daría lugar a costos adicionales y/o que la respectiva modificación era suficiente para cubrir los costos necesarios para cumplir con las obligaciones contractuales.

Por ello, en criterio del Tribunal, aún si se considerara que Fonade incurrió en un incumplimiento contractual en la tramitación y aprobación de los precios de los ítems unitarios o en el reconocimiento y pago de obras y trabajos adicionales –situación que no se encuentra debidamente acreditada dentro del proceso–, los perjuicios supuestamente sufridos por el Consorcio Kumbre, de acuerdo con sus propias manifestaciones en las correspondientes modificaciones contractuales, se encuentran completamente cubiertos por los valores y/o tiempos adicionados de común acuerdo por las partes en dichas modificaciones contractuales. En ese orden de ideas, no encuentra el Tribunal fundamento en las pretensiones relacionadas con los supuestos perjuicios derivados del trámite que se dio a la aprobación de los precios de los nuevos ítems unitarios, así como tampoco en las relacionadas con el reconocimiento y pago de supuestas obras y trabajos adicionales realizados por el Consorcio Kumbre, razón por la cual las negará.

7.- De la misma manera, respecto de las situaciones de orden público que ocurrieron durante la ejecución del Contrato y que supuestamente generaron que el Consorcio Kumbre incurriera en mayores costos a los inicialmente previstos, el Tribunal destaca que tanto dichas situaciones como sus efectos nocivos en la ejecución del Contrato eran conocidos por las partes al momento de la suscripción de las diversas modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes.

Por ello, para el Tribunal es claro que con la decisión de prorrogar los plazos de ejecución y de aumentar el valor del Contrato, en conjunto con las manifestaciones del Consorcio Kumbre de renunciar a los perjuicios supuestamente sufridos, las partes solucionaron todos los efectos económicos perjudiciales que se hubieran podido generar de las situaciones de orden público, razón por la cual negará las pretensiones en cuanto a este tema.

8.- En relación con las anteriores conclusiones, el Tribunal hace notar que el acta de terminación del Contrato fue suscrita el 11 de febrero de 2011, esto es, apenas diez días después de la última de las modificaciones contractuales (*"Modificación al contrato de obra No. 2071792"* de 1º de febrero de 2011) que contiene una renuncia y/o aceptación expresa de que la correspondiente modificación contractual es suficiente para cubrir los perjuicios sufridos por el Consorcio Kumbre en la ejecución del Contrato.

Además, reitera el Tribunal que como consecuencia de las diversas modificaciones pactadas, el valor del Contrato aumentó en un total de $22.090.699.983,64 (al pasar de tener un valor inicial $45.296.243.092,00 a un valor final de $67.386.943.075,64), suma adicional con la cual se entiende que, según la voluntad expresada por las partes, fueron cubiertos los efectos económicos de las diversas situaciones que fueron afectando la ejecución del Contrato.

En ese orden de ideas, para el Tribunal es claro que el único periodo que no se encuentra cubierto por las renuncias del Consorcio Kumbre es el transcurrido entre el 1º y el 11 de febrero de 2011, de tal manera que ese es el único periodo sobre el cual cabría hipotéticamente una reclamación de perjuicios sufridos en la ejecución del Contrato por parte del Consorcio Kumbre. No obstante, no encuentra prueba el Tribunal dentro del expediente en el sentido de que en ese periodo específico se hubieren generado sobrecostos o perjuicios diferentes que puedan ser reconocidos y pagados, constatación que corrobora la conclusión en el sentido de que hay lugar a negar las pretensiones relacionadas con los supuestos perjuicios derivados de la presunta mala planeación contractual, de los defectos en los diseños entregados, de los inconvenientes en la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras, de los mayores costos en la ejecución de las obras para mitigar los efectos de la presunta falta de planeación de Fonade, del trámite que se dio a la aprobación de los precios de los nuevos ítems unitarios, de las obras y trabajos adicionales ejecutados por el contratista y no reconocidos por Fonade, y de los hechos extraños a las partes que hicieron más costosa la ejecución del Contrato.

9.- Pero, además, respecto de las diversas adiciones, prórrogas y modificaciones contractuales analizadas, no encuentra el Tribunal prueba alguna de que en tales modificaciones contractuales y, particularmente, las renuncias a las reclamaciones contenidas en las mismas, se haya vulnerado alguno de los cinco límites a la validez de las renuncias analizados en el punto V de estas consideraciones, que pudieran lugar a invalidar específicamente algunas de las renuncias y/o las manifestaciones del Consorcio Kumbre en el sentido de que los ajustes al Contrato resultaban suficientes para cubrir los perjuicios sufridos durante la ejecución contractual.

En efecto, como se concluyó para las renuncias en general en el citado punto V y se ratifica aquí para cada una de dichas renuncias, para el Tribunal es claro que ***(a)*** no existe norma legal imperativa que, directa o indirectamente, prohíba dichos pactos; ***(b)*** no se evidencia violación del orden público o de las buenas costumbres en dichas estipulaciones; ***(c)*** tampoco se evidencia prueba de que existan vicios del

consentimiento del Consorcio Kumbre o de Fonade, sino más bien se evidencia una expresión libre de la voluntad por sujetos con la capacidad de comprometer a las partes; ***(d)*** las estipulaciones solo miran el interés individual del Consorcio Kumbre y no existe prueba de que se afecten los intereses de Fonade, y ***(e)*** no existe prueba de que los perjuicios reclamados obedezcan a un incumplimiento doloso de parte de Fonade.

10.- Igualmente, el Tribunal considera relevante destacar que, de acuerdo con los artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, los contratos deben ser ejecutados dando cumplimiento al principio de la buena fe, principio que tiene múltiples expresiones en la ejecución contractual, dentro de las cuales el Tribunal destaca que no resulta válido aceptar la ejecución de una conducta contractual con desconocimiento de los actos propios: *venire contra factum proprium non valet.*

La teoría de los actos propios, como expresión del principio de la buena fe, ha sido desarrollada por la doctrina, así:

> *Consideramos, identificándonos con Diez-Picazo, que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener una victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad, y que, en un caso semejante, la pretensión así definida no debe prosperar ni ser acogida, sino que la falta de lealtad con que ha sido formulada debe ser sancionada con la desestimación. Así se comprende que la admisibilidad de la regla venire contra propriam factum non valet, que no es sostenible como principio general del derecho, sea fácilmente viable como desviación necesaria e inmediata de un principio universalmente admitido: el principio que impone el deber de proceder lealmente en la relaciones de derecho (buena fe)*
>
> *Por ello es que Borda dice que la teoría de los actos propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, de tal manera que toda interpretación normativa debe ser acorde con este principio general, debiendo rechazar todo resultado jurídico que se oponga a él*[75]*.*

Respecto de esta teoría, el Consejo de Estado ha expresado:

> *Y es que vale la pena subrayar que nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo "adversus factum suum quis venire non potest", que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, "venire contra factum proprium non valet". Es decir, va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisible y no puede en juicio prosperar.*

[75] MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE. "La doctrina de los actos propios", en *Estudios de derecho civil: obligaciones y contratos*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 354 y 355.

[…]

En suma, la regla "venire contra factum proprium non valet" tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado…

[…]

Por manera que la buena fe, exige un proceder justo y leal dentro de los procesos de selección y escogencia para los particulares oferentes cuanto más para la administración, que con las excepciones de ley, implica que no se pueda lícitamente desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por los mismos en dichos procesos como posteriormente en sede judicial[76]*.*

En ese marco, para el Tribunal, constituyen un desconocimiento de la doctrina del acto propio y del principio de la buena fe, las pretensiones del Consorcio Kumbre que tienen como objetivo desconocer los efectos de los pactos respecto de los supuestos perjuicios derivados de la eventual mala planeación contractual, de los defectos en los diseños entregados, de los inconvenientes en la puesta a disposición de los terrenos para la ejecución de las obras, del trámite que se dio a la aprobación de los precios de los nuevos ítems unitarios, de la falta de reconocimiento de las obras y trabajos adicionales, de los mayores costos en la construcción derivados de la falta de planeación (horas extras y feriados, mayores diseños, equipos adicionales) y de las situaciones de orden público ajenas a las partes, así como las renuncias a la reclamación de perjuicios adicionales, razón complementaria para negar dichas pretensiones.

11.- Finalmente, quiere el Tribunal destacar que, en desarrollo de ese mismo principio de la buena fe, la jurisprudencia administrativa ha considerado que cuando se celebran adiciones, prórrogas, modificaciones contractuales, las partes se encuentran en el deber de expresar las reservas o salvedades en relación con los perjuicios que no son resarcidos con ocasión de la suscripción de la correspondientes modificación contractual, de tal manera que en ausencia de dicha salvedad o reserva, no hay lugar al resarcimiento de los perjuicios reclamados ante el juez. En ese sentido, el Consejo de Estado ha dicho:

Así las cosas, ***es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad*** *para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas,*

[76] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, expediente 16.041.

en el sentido de que ***no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos****.*

Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato…:

Igualmente, en sentencia de 22 de noviembre de 2001, utilizando este criterio como adicional a la falta de prueba de los mayores sobrecostos, indicó que cuando se suscribe un contrato modificatorio que cambia el plazo original dejando las demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir avante las pretensiones de la contratista…:

No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole*. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato.*

[…]

Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.

Por consiguiente, ***la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las***

partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores *(excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum propium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.*

En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato[77]*.* [Negrillas y subrayas fuera del texto]

Posteriormente, expresó la jurisprudencia administrativa:

En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.

Por tanto, es inadmisible que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer.

(…)

En estos términos, el actor pudo acordar nuevos precios, pero no lo hizo; y mal puede venir ahora, ante el juez, a pedirle que lo haga mediante una sentencia, cuando debió negociar en su momento este aspecto[78]*.*

Inclusive, en relación con la omisión de las salvedades en las suspensiones, adiciones y prórrogas del plazo, pero respecto de la eventual aplicación del principio del equilibrio económico del contrato, el Consejo de Estado ha dicho:

[77] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, expediente 18.080.
[78] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 22.087.

Para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, es necesario que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo…

*Luego, **si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato**, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.*

Y es que el principio de la buena fe contractual, que es la objetiva lo impone, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual[79]*.* [Negrillas y subrayas fuera del texto]

De acuerdo con la anterior jurisprudencia, cuando las partes celebran un negocio jurídico bilateral mediante el cual modifican el contenido de una cláusula contractual y al momento de celebración de dicha modificación no formulan las salvedades correspondientes o informan de los perjuicios que la modificación supone, no pueden con posterioridad hacer reclamaciones en sede judicial con el objeto de que se les indemnicen daños derivados de los hechos que dieron lugar a la modificación contractual.

12.- La aplicación de la anterior posición jurisprudencial al caso concreto corrobora la conclusión obtenida antes en el sentido de que las pretensiones analizadas deben ser negadas. En efecto, observa el Tribunal que el Consorcio Kumbre, al suscribir las diversas adiciones, prórrogas y modificaciones contractuales, guardó silencio y no dejó expresas salvedades, constancias o reclamaciones respecto de los

[79] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de mayo de 2015, expediente 35.625.

supuestos perjuicios que venía sufriendo durante la ejecución contractual, motivo por el cual no procede ahora, en sede judicial, pretender una indemnización de perjuicios, pues ello implica una violación al principio de la buena fe que impide obtener indemnización en sede judicial de los mencionados perjuicios.

Lo anterior, unido al hecho de que, además de no existir salvedades, existen manifestaciones expresas por parte del Consorcio Kumbre en el sentido de renunciar a los perjuicios o de que el valor adicionado resultaba suficiente para cubrir los costos contractuales, permite al Tribunal concluir que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios por el alegado incumplimiento de Fonade por ejecución tardía de sus obligaciones y por inejecución de sus obligaciones, así como tampoco por las cargas mayores del álea normal y riesgos extraordinarios y en exceso que debió soportar el Consorcio Kumbre para el cumplimiento del Contrato.

13.- No obstante, el Tribunal considera que la anterior conclusión no puede aplicarse necesariamente a las pretensiones relacionadas con el pago de la última acta de corte de obra (acta 38), por presentar esa situación características especiales, por lo cual el Tribunal hará un análisis específico sobre este punto en el siguiente acápite de este capítulo de consideraciones.

C. Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones y excepciones analizadas

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal declarará probadas la excepciones denominadas *"2. Inexistencia de salvedades por parte del contratista al momento de suscribir los documentos modificatorios del Contrato de Obra 2071792, respecto de los hechos o circunstancias que en la demanda se alegan como generadores del presunto daño o afectación económica. Venire contra factum propio (sic) no valet"* y *"3. Inexistencia de obligación por parte de Fonade de pagar al contratista Consorcio Kumbre utilidades o sumas de dinero diferentes a las establecidas en las Reglas de Participación, en la oferta y en el Contrato de Obra 2071792"*. En consecuencia, el Tribunal negará las pretensiones declarativas primera (parcialmente en los aspectos distintos al pago de la última acta de corte de obra), segunda, tercera (parcialmente en los aspectos distintos al pago de la última acta de corte de obra), cuarta y quinta principal.

En virtud de la prosperidad de estas excepciones, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 282 del C.G. del P., el Tribunal se encuentra relevado de estudiar y resolver sobre las excepciones denominadas *"4. Inexistencia de mayor permanencia en obra"*, *"5. Excepción de inexistencia de obras ejecutadas y no pagadas en el marco del Contrato de Obra 2071792"*, *"6. Excepción de improcedencia de la aplicación de la teoría del equilibrio económico del contrato en el Contrato de Obra 2071792"*, *"7. Inexistencia de rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Obra 2071792"*, *"8. Excepción a la obligación de mitigar sus propios daños"* y, parcialmente (en los aspectos distintos al pago de la última

acta de corte de obra), *"9. Excepción denominada inexistencia de obligación por parte de Fonade de pagar las pretensiones económicas del convocante"*.

VII. ANÁLISIS DEL CASO ESPECIAL DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE FONADE EN EL PAGO DE LA ÚLTIMA ACTA DE CORTE DE OBRA (ACTA 38)

A. Posiciones de las partes y del Ministerio Público

1. Posición del Consorcio Kumbre

El Consorcio Kumbre afirma que Fonade incumplió su obligación de *"pago de la última acta de corte de obra recibida en los plazos señalados en el contrato, sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes"*, en la medida en que, luego de haberse corregido las observaciones de la interventoría a la mencionada acta y estar pendiente únicamente la liquidación del contrato, dicha entidad actuó de forma negligente e impidió injustificadamente la liquidación oportuna del contrato lo cual ha sido la razón para negar el pago de dicha acta.

2. Posición de FONADE

Por su parte, Fonade se opone a la pretensión del Consorcio Kumbre bajo el argumento de que el Consorcio no fue diligente en el cumplimiento de sus cargas relativas al pago de la última acta de corte de obra, especialmente la relacionada con la entrega del informe final. Además, sostiene Fonade que llevó a cabo todas las gestiones necesarias para lograr la liquidación del contrato, pero que la misma no se llevó a cabo por la falta de acuerdo del Consorcio Kumbre con el contenido propuesto por Fonade, lo cual condujo a dicha entidad a iniciar un proceso judicial tendiente a lograr la liquidación.

3. Posición del Ministerio Público

Finalmente, el Ministerio Público considera que sí se cumplieron todos los requisitos previstos en la cláusula cuarta del contrato para que surgiera la obligación de pago de la última acta de corte de obra, pues, además de que se presentó el acta ante la entidad, desde el 17 de diciembre de 2012 acreditó la totalidad de documentos exigidos por la misma entidad y el 24 de mayo de 2013 se tuvo por agotado el trámite de la liquidación del contrato.

B. Consideraciones del Tribunal

1.- La cuestión litigiosa que debe resolver en este punto el Tribunal se concreta, de una parte, en resolver si las renuncias directas o indirectas del Consorcio Kumbre a la reclamación de perjuicios contenidas en las diversas modificaciones contractuales suscritas comprenden la reclamación derivada de la última acta de

corte de obra y, de otra, si los requisitos contractuales para que surgiera la obligación de pago de dicha acta a cargo de Fonade efectivamente se cumplieron.

2.- En relación con la primera de las cuestiones litigiosas enunciada, el Tribunal recuerda que las renuncias a las reclamaciones expresadas por el Consorcio Kumbre en las diversas modificaciones contractuales se concretaban, en términos generales, en la afirmación de que las adiciones y/o prórrogas serían suficientes para cubrir los costos en que debería incurrir el Consorcio Kumbre para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Es así como, en algunos casos, las partes afirmaron que "*la presente adición, cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para ejecutarla*", así como que "*las partes de común acuerdo, manifestamos que la presente modificación, no genera costos adicionales a los inicialmente contratados*" y que "*las modificaciones previstas en la presente cláusula no varían el valor del contrato*".

Así las cosas, analizadas las diversas renuncias del Consorcio Kumbre, el Tribunal considera que el pago de actas que reflejaran la ejecución de actividades convenidas contractualmente no fue objeto o no forma parte del alcance expreso de ninguna de las renuncias, de tal manera que ellas no se extienden a dichos pagos. En efecto, dado que las renuncias se referían a costos, gastos e indemnizaciones eventualmente adicionales a los previstos tanto en el contrato inicialmente suscrito como en las diversas modificaciones contractuales, es claro para el Tribunal que el pago de un acta que simplemente recoge la ejecución de obligaciones contractuales no está dentro de los objetos de las renuncias hechas por el Consorcio Kumbre.

En consecuencia, la conclusión obtenida por el Tribunal respecto de las demás pretensiones litigiosas no resulta aplicable a la pretensión en la cual se persigue el pago de la última de las actas de corte de obra (acta 38), pues el objeto de dicha acta era simplemente el reconocimiento y pago de algunas de las actividades ejecutadas por el Consorcio Kumbre para el cumplimiento del Contrato 2071792, de tal manera que debe el Tribunal pasar a estudiar el fondo de la controversia, esto es, si efectivamente se cumplieron los requisitos contractuales para que naciera la obligación de pago a cargo de Fonade.

3.- En ese orden de ideas, destaca el Tribunal que en la cláusula cuarta se pactó la forma de pago del Contrato 2071792, estipulación que fue modificada inicialmente por el *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 2 AL CONTRATO No 2071792"* de 11 de agosto de 2008 y, posteriormente, por el *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 4 AL CONTRATO No. 2071792"* de 23 de julio de 2009, quedando así:

> ***CLÁUSULA CUARTA. FORMA DE PAGO:*** *FONADE pagará al CONTRATISTA el valor por el cual fue aceptada su oferta, por el sistema de precios unitarios con fórmula de ajuste, así: a) QUINCENALMENTE, por el valor de las respectivas actas quincenales de obra, previa presentación de las mismas e informes aprobados por la interventoría del proyecto, descontando el porcentaje del*

anticipo. El último pago se realizará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo de las obras a satisfacción de la INTERVENTORÍA y de FONADE así como la aprobación de las garantías establecidas en el presente contrato. b) Las cuentas correspondientes a las actas de ajuste se deberán presentar en la quincena siguiente a la fecha de corte de las actas parciales de obra.

De acuerdo con la anterior estipulación, los requisitos contractuales para que naciera la obligación de pago a cargo de Fonade de las actas contractuales consisten en: ***(i)*** la presentación de la respectiva acta parcial de obra a Fonade, y ***(ii)*** la presentación del informe correspondiente al corte de obra aprobado por la interventoría, respecto del cual el Tribunal precisa que dicha informe final es el mencionado en el literal b) de la cláusula décima del Contrato, esto es, el que contiene el *"resumen de actividades y desarrollo de la obra, incluyendo toda la documentación técnica"*. Además, respecto de la última acta de obra, a los anteriores, se adicionaron como requisitos: ***(iii)*** la suscripción del acta de recibo de las obras a satisfacción por parte de la interventoría y de Fonade; ***(iv)*** la aprobación de las garantías establecidas en el contrato, y ***(v)*** la liquidación del contrato.

4.- En relación con el cumplimiento de los anteriores requisitos, tanto el Consorcio Kumbre como Fonade y el Ministerio Público se encuentran de acuerdo en que, después de un extenso cruce de correspondencia, se encuentran acreditados los cuatro primeros requisitos mencionados. En efecto, como consta en el expediente, dichos requisitos se cumplieron así:

(i) Luego de varias correcciones, el acta parcial 38 fue presentada por el Consorcio Kumbre a Fonade en el mes de abril de 2012, como consta a folio 70 del Cuaderno de Pruebas No. 30.

(ii) La presentación del informe final aprobado por la interventoría -que es el informe correspondiente al último corte de obra, en los términos del literal b) de la cláusula décima del Contrato-, respecto del cual, luego de un intenso cruce de correspondencia entre el Consorcio Kumbre, la Interventoría y Fonade que condujo a diversas versiones y correcciones del informe, el Tribunal encuentra prueba de que el mismo fue entregado con todas las correcciones el 18 de diciembre de 2012 mediante oficio CFL-GE-1859-2012-ADM, dirigido por el Consorcio Kumbre a Fonade (folios 427 en adelante, Cuaderno de Pruebas No. 5).

(iii) La suscripción del acta de recibo a satisfacción por parte de la interventoría y de Fonade, respecto de la cual el Tribunal observa que el Consorcio Kumbre y el Interventor suscribieron inicialmente el Acta de Terminación del Contrato con fecha 11 de febrero de 2011 y en ella expresaron que las partes procederían a realizar la revisión de las cantidades de obra realmente ejecutadas y que éstas serían registradas en el Acta de Entrega y Recibo Final del Contrato, la cual fue suscrita el 11 de junio de 2011 (folios 521 a 541, Cuaderno de Pruebas No. 14).

(iv) Desde el comienzo de la ejecución contractual, Fonade dio la aprobación de las garantías presentadas por el Consorcio Kumbre, como se dejó consta expresa en el acta de inicio (folios 12 y 13, cuaderno de pruebas 1). Además, dicha aprobación es clara para el Tribunal en la medida en que, de no haber sido así, el contrato no habría podido ser ejecutado, pues dicha aprobación de garantías era, según el parágrafo primero de la cláusula séptima, un requisito para suscribir el acta de inicio y, de acuerdo con la cláusula vigésima séptima, un requisito para la ejecución del contrato. Por último, el Tribunal destaca que en el Contrato no se pactó la obligación de entrega de garantías al finalizar su ejecución, por lo cual el requisito se cumple con las garantías iniciales.

De esta manera, la controversia se concreta en cuanto al cumplimiento del quinto requisito, esto es, el relativo a la liquidación del contrato, pues mientras que el Consorcio Kumbre sostiene que el contrato no llegó a ser liquidado porque Fonade no fue diligente en las gestiones correspondientes a la liquidación y las dilató injustificadamente, mientras que Fonade expresa que no es cierta esa falta de diligencia y, por el contrario, expresa que el contrato no se llegó a liquidar porque el Consorcio Kumbre no aceptó la evaluación técnica de Fonade relacionada con dos ítems de obra. De otra parte, para el Ministerio Público es claro que el 24 de mayo de 2013 se agotó el trámite de la liquidación del contrato porque en ese momento quedó claro que las partes no pudieron ponerse de acuerdo en su contenido, motivo por el cual a partir de ese momento procedía el pago del Acta 38 reclamada.

5.- En ese marco, para comprender adecuadamente el quinto requisito sobre el cual gira la controversia entre las partes, el Tribunal considera necesario recordar que el Contrato 2071792 no se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino que se encuentra regido por las normas de derecho privado, lo cual genera, en relación con su liquidación, dos consecuencias específicas: de una parte, que la liquidación del contrato no resulta obligatoria y que solo debe hacerse si las partes así lo estipularon específicamente y, de otra, que no es procedente la liquidación unilateral, esto es, que Fonade no tiene competencia para liquidar unilateralmente el contrato.

En ese sentido, observa el Tribunal que en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado expresó lo siguiente:

> *Bajo ese panorama, se advierte que el contrato objeto de estudio, en principio, no requiere de liquidación, dado que se rige por las reglas del derecho privado, no obstante, las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactaron, en su cláusula segunda, la posibilidad de liquidarlo de mutuo acuerdo.*
>
> *Así pues, en virtud de que las partes acordaron la liquidación de mutuo acuerdo del aludido contrato, se destaca que, pese a que al referido negocio no le aplican las disposiciones de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que sí requería del trámite de liquidación bilateral, porque así se pactó contractualmente[80].*

[80] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto

En el mismo sentido, en oportunidad anterior expresó el mismo Consejo de Estado:

> *El a quo consideró que el contrato era liquidable, en forma bilateral, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del mismo. Como no se hizo, la entidad debía proceder a liquidarlo, en forma unilateral, dentro de los dos meses siguientes, plazo que venció el 28 de febrero de 2005. Como la demanda se presentó el 17 de septiembre de 2009, entonces había caducado. La Sala considera que, efectivamente, el tribunal tiene razón, pero es necesario hacer una precisión sobre la fecha en que aconteció.*
>
> *Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-.*
>
> *Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado*[81]*.*

Con fundamento en la anterior jurisprudencia, concluye el Tribunal que la exigencia para el pago de la última acta de obra consistente en la liquidación del contrato solo es eficaz en la medida de que en el mismo Contrato 2071792 se hubiera pactado la obligación de liquidación.

6.- Aplicado lo anterior al caso concreto, el Tribunal observa que en la cláusula vigésima octava del Contrato 2071792 se pactó la obligación de liquidación del mismo, en los siguientes términos:

> ***CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA. LIQUIDACIÓN:*** *El presente contrato se liquidará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato, los pagos realizados al CONTRATISTA y los acuerdos a que hayan llegado las partes sobre la ejecución del contrato.*

Como se constata, las partes se obligaron a liquidar de común acuerdo el contrato, de tal manera que la quinta de las exigencias para el pago de la última acta de obra se cumpliría solo en el momento en que Fonade y el Consorcio Kumbre suscribieran

---

de 22 de junio de 2017, expediente 54001-23-33-000-2016-00024-01(57.816).

[81] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 6 de diciembre de 2010, expediente 25000-23-26-000-2009-00762-01(38344).

el acta de liquidación, con el contenido mencionado en la transcrita cláusula vigésima octava.

Frente a la suscripción del acta de liquidación bilateral, encuentra el Tribunal probado que si bien existieron tratativas preliminares a la suscripción del acta, las mismas no concluyeron jamás en dicha suscripción, pues lo cierto es que las partes jamás lograron ponerse de acuerdo sobre el contenido del acta. Es así como, después de diversas insistencias del Consorcio Kumbre a Fonade respecto de la suscripción de la liquidación, mediante oficio 20135000103021 del 16 de mayo de 2013 (folios 468 a 472, Cuaderno de Pruebas No. 17), Fonade remitió proyecto de acta de liquidación de común acuerdo para que fuera suscrita por el Consorcio Kumbre, quien, mediante oficio CFL-GG-2022-2013-adm radicado el 22 de mayo de 2013 (folios 475 a 484, Cuaderno de Pruebas No. 17), se negó a hacerlo por no estar de acuerdo en la valoración técnica de dos ítems unitarios.

En ese orden de ideas, concluye el Tribunal que efectivamente las partes hicieron una negociación tendiente a lograr la liquidación del contrato, pero la misma jamás se concretó en la suscripción del acta de liquidación, lo cual implica que no se cumplió el quinto requisito estipulado en la cláusula cuarta del contrato para que surgiera la obligación de pago de la última acta de corte de obra (acta 38). Al respecto, precisa el Tribunal que, contrario a lo expresado por el Ministerio Público, el requisito contractual para que surgiera la obligación de pago a cargo de Fonade no era simplemente agotar el trámite de la liquidación, sino que lo pactado fue que efectivamente el contrato debía encontrarse liquidado, esto es, que se suscribiera el acta de liquidación por ambas partes, de tal manera que en ausencia de liquidación de común acuerdo, considera el Tribunal que no están acreditados la totalidad de los requisitos contractuales para efectos de que nazca la obligación de pago del acta 38.

7.- Además, frente a lo expresado por el Consorcio Kumbre en el sentido de que Fonade fue negligente en el trámite de la liquidación del contrato, destaca el Tribunal que si bien existió un desacuerdo sobre el contenido de la liquidación que impidió suscribir el acta, Fonade inició un proceso arbitral en el cual pretendió, de una parte, la declaración de incumplimiento respecto de los ítems en los cuales se produjo el desacuerdo en sede administrativa y, de otra, la liquidación judicial del contrato. Esa actuación de Fonade, antes que demostrar una negligencia en la liquidación del contrato, refleja una actuación diligente en tanto que constituye la utilización de la única herramienta prevista en el ordenamiento jurídico para conseguir la liquidación ante la imposibilidad de lograr el común acuerdo.

Al respecto, observa el Tribunal que igualmente se encuentra probado que en el laudo arbitral de 8 de septiembre de 2015 (folios 3 a 94, Cuaderno de Pruebas No. 35), que resolvió las pretensiones presentadas por Fonade en la demanda arbitral mencionada, el correspondiente Tribunal de Arbitramento negó la pretensión de liquidación judicial del contrato, con base en los siguientes argumentos:

> *…se trata de un contrato con bastantes componentes respecto de los cuales el Tribunal no cuenta con las pruebas que permitan establecer si existió controversia sobre otros ítems del mismo, pues solo se sometió a revisión los dos antes transcritos. Tampoco se conoce si respecto de las restantes obligaciones existen saldos pendientes en favor de las partes, por lo cual resulta imposible para el Tribunal, por ausencia de prueba, efectuar una liquidación de un contrato sobre la base del estudio de dos de sus ítems únicamente.*
>
> *Por lo anterior, y dado que el Tribunal no cuenta con los elementos necesarios para proceder a establecer el balance económico de las obligaciones de las partes, no es posible acceder a la pretensión de liquidación.*

De esta manera, evidencia el Tribunal que tampoco pudo lograrse la liquidación por ese medio, ratificándose así que no se encuentran cumplidos todos los requisitos pactados para efectos de que surgiera para Fonade la obligación de pago del acta 38.

Igualmente, destaca el Tribunal que, dentro del presente proceso arbitral, Fonade presentó demanda de reconvención en la cual se incluyó una pretensión de liquidación del Contrato 2071792. Sin embargo, como se expresó en el auto mediante el cual se resolvió sobre la competencia en la primera audiencia de trámite, dado que existía cosa juzgada respecto de las pretensiones presentadas por Fonade en la demanda de reconvención, el Tribunal no asumió competencia sobre dicha pretensión.

8.- En conclusión, para el Tribunal es claro que no existe incumplimiento por parte de Fonade de la obligación de *"pago de la última acta de corte de obra recibida en los plazos señalados en el contrato, sus modificaciones, adiciones, prórrogas y otrosíes"*, pues lo cierto es que no se cumplieron la totalidad de los requisitos pactados por las partes en la cláusula cuarta del Contrato 2071792 (modificada por el *"DOCUMENTO CONTRACTUAL MODIFICATORIO No. 4 AL CONTRATO No. 2071792"* de 23 de julio de 2009) a efectos de que surgiera dicha obligación.

Además, destaca el Tribunal que el Consorcio Kumbre, en ninguna de sus pretensiones, solicita la liquidación judicial del Contrato 2071792, por lo cual no puede proceder el Tribunal a hacerla, so pena de violar el deber de ser congruente con las pretensiones de la demanda. De esta manera, para que se entiendan acreditados la totalidad de los requisitos pactados en la cláusula cuarta del citado contrato, será necesario que, con posterioridad a la firmeza del presente laudo arbitral, las partes suscriban el acta de liquidación, teniendo en cuenta el resultado tanto del presente laudo arbitral como el del laudo de fecha 8 de septiembre de 2015, y solo en ese momento surgirá para Fonade la obligación de pago del acta 38.

C. Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones y excepciones analizadas

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal declarará probada la excepción llamada *"9. Excepción denominada inexistencia de obligación por parte de Fonade de pagar las pretensiones económicas del convocante"*, en lo que tiene que ver con el pago de la última acta de corte de obra (Acta 38), y negará las pretensiones declarativas primera y tercera en lo que tienen que ver con el pago de dicha acta.

VIII. PRETENSIONES PRINCIPALES PRIMERA Y SEGUNDA DE CONDENA Y PRETENSIÓN SUBSIDIARIA.

Estas pretensiones de condena invocadas en la demanda, son consecuenciales de la prosperidad de las pretensiones declarativas, de manera que en la medida que ninguna de éstas últimas prosperó, no hay lugar a realizar pronunciamiento alguno respecto de las pretensiones de condena invocadas por la parte demandante.

IX. JURAMENTO ESTIMATORIO

A continuación, el Tribunal entra a analizar el alcance y los efectos del juramento estimatorio que obra en el proceso.

El artículo 206 del Código General del Proceso dispone que:

> *"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. (…)*
>
> *<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*
>
> *El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. (...)"*

Contempla la anterior disposición una sanción por dos eventos a saber (i) el exceso en la estimación de los perjuicios y (ii) la falta total de prueba en relación con los mismos.

Revisada la subsanación de la demanda reformada, el Tribunal encuentra que los perjuicios estimados por la parte convocante, ascendieron a la suma de $21.956.006.772,55 discriminados así:

- $13.327.706.892 por concepto de mayores costos de las obras ejecutadas por la falta de planeación de la entidad contratante.
- $4.129.539.845 por concepto de mayor permanencia.
- $297.275.592,15 por concepto de diseños elaborados por el CONSORCIO KUMBRE.
- $3.040.211.125 por concepto de obras ejecutadas no reconocidas por la entidad.
- $1.161.272.957,40 por concepto de utilidad dejada de recibir por el mayor tiempo de ejecución de obra.

La parte convocada, en su memorial de contestación de la reforma de la demanda, presentó objeción al juramento estimatorio indicando que éste carece de fundamento fáctico, jurídico y probatorio.

Para soportar estos montos, la parte convocante dentro las pruebas aportadas incluyó seis tomos de pruebas documentales con el objeto de demostrar la cuantía y valoración de sus perjuicios, de igual manera solicitó la designación de un perito contador público, presentando cuestionario al efecto. El Tribunal designó a la firma perito ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES y mediante Auto de fecha 21 de noviembre de 2016, delimitó el cuestionario presentado para que el perito contestara las preguntas de contenido contable.

Mediante el informe presentado por la firma perito el día 13 de marzo de 2017[82] y complementado y aclarado mediante informe de fecha 5 de mayo de 2017[83], entre otros concluyó respecto de las preguntas formuladas por la apoderada de la parte convocante:

> "*En principio toda actividad cuya ejecución demande un mayor tiempo al inicialmente estimado traerá como consecuencia lógica un mayor costo en aquellos ítems que estén asociados con el factor tiempo, tales como salarios y alquileres solo por citar algunos ejemplos. Sin embargo, desde la contabilidad no es posible individualizar dicho efecto, toda vez que esta no mide las variaciones respecto del presupuesto. (…).*

Más adelante señala:

> *"La apoderada en su explicación a la respuesta dada por nosotros, considera que el valor de la utilidad dejada de percibir se encuentra asociada con el tiempo, es decir con el paso del tiempo mayor será la utilidad dejada de percibir sin tener en cuenta ningún otro aspecto, cuando realmente y tal*

[82] Folios 104 a 288 del cuaderno de pruebas No. 35
[83] Folios 294 a 336 del cuaderno de pruebas No. 35

> *como se explicó en el dictamen, en la estructuración del proyecto, el AIU y para este caso la "U", lo estableció el Consorcio en un 5% , de que, de los costos directos, es decir el paso del tiempo no puede modificar este porcentaje, siempre se mantendrá en la línea del tiempo, y se aplicará el mismo porcentaje a dichos costos".*

De todo lo dicho se puede concluir, que en el presente proceso la parte convocante efectuó una estimación de perjuicios, y pretendió demostrarla tanto con las pruebas documentales como con el dictamen pericial contable solicitado y decretado por el Tribunal, lo que se traduce en la ausencia de fundamento para aplicar la sanción del inciso segundo del artículo 206 del Código General del Proceso.

Sin embargo, como ha quedado plasmado en los acápites anteriores de esta providencia, todas las pretensiones de la demanda serán desestimadas, lo que podría remitirnos al evento previsto en el parágrafo del mencionado artículo 206 que reza:

> ***"****También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*
>
> *La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte".*

Nótese como la sanción contemplada en el parágrafo transcrito es procedente cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios; sin embargo, en este caso la no prosperidad de las pretensiones de la demanda se ha dado porque el Tribunal encontró probadas las excepciones propuestas por la parte convocada.

Sumado a lo anterior, debe recordarse en este punto, que cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma mencionada, señaló que la sanción en ella consagrada "*no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado*"[84] .

En otras palabras, para la prosperidad de la sanción adicionalmente se requiere de un actuar negligente del actor pues en nuestro sistema no cabe la responsabilidad objetiva.

[84] Sentencia C-157/13 de 21 de marzo de 2013. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

En el presente caso, es claro que el actuar de la parte convocante no fue negligente, y por consiguiente, no puede ser condenado al pago de suma alguna como sanción por no decretarse las condenas solicitadas.

X. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El presente proceso se sujeta a la Ley 1563 de 2012, y en esta norma no se regulan las costas y agencias en derecho, razón por la cual ante el vacío normativo es procedente aplicar lo contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso que reza:

> "*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> 1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
>
>   *Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
>
> 2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (…)"*

Debido a que ninguna de las pretensiones de la demanda arbitral presentada por la parte convocante prosperó, tal como lo ordena el transcrito artículo 365 del Código General del Proceso, se procederá a condenarle en costas.

Se fija como suma a retribuir por agencias en derecho una quinta parte de los honorarios de los Árbitros, esto es, el valor de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE ($10.211.724).

En lo que se refiere a las costas a cargo de la parte convocante, estas corresponden a las expensas por concepto de honorarios de los Árbitros, honorarios de la secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y los demás gastos asumidos por las partes con ocasión del proceso.

Como quiera que FONADE consignó el 50% que le correspondía de los gastos y honorarios decretados por el Tribunal, hay lugar a ordenar a la parte convocante pagar a favor de la convocada las sumas en las que esta última incurrió por este concepto, valor que asciende a la suma de: CIENTO DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($119.955.998) ya incluido el IVA.

Adicionalmente, en materia de costas, encuentra el Tribunal que dentro del proceso las partes incurrieron en honorarios y gastos por la práctica del dictamen pericial contable en un valor de NOVENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS ($95.200.000) ya incluido el IVA, por concepto de honorarios y la suma de NUEVE MILLONES SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($9.074.750) por concepto de gastos incurridos en el peritaje, de los cuales FONADE asumió el 50%.

En esta medida, se condenará a la parte convocante, a pagar a favor de la convocada, los gastos en los que incurrió por este concepto, los cuales equivalen a la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($52.137.375) ya incluido IVA en lo que aplica.

En consecuencia, la liquidación de costas y agencias en derecho a cargo de los integrantes del CONSORCIO KUMBRE y a favor de FONADE, corresponde a la suma de CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL NOVENTA Y OCHO PESOS ($182.305.098).

CAPÍTULO 3
DECISIÓN

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitraje, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probadas las excepciones No. 1, 2 y 3 denominadas: *"1. IMPROCEDENCIA DE DECLARAR LA INEFICACIA O INEXISTENCIA DE LAS ESTIPULACIONES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES EN LAS CUALES EL CONSORCIO KUMBRE RENUNCIÓ DIRECTA O INDIRECTAMENTE A PRESENTAR RECLAMACIONES, ACCIONES Y DEMANDAS JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES CONTRA FONADE EN LA CELEBRACIÓN, DESARROLLO, EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO." "2. INEXISTENCIA DE SALVEDADES POR PARTE DEL CONTRATISTA AL MOMENTO DE SUSCRIBIR LOS DOCUMENTOS MODIFICATORIOS DEL CONTRATO DE OBRA 2071792, RESPECTO DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS QUE EN LA DEMANDA SE ALEGAN COMO GENERADORES DEL PRESUNTO DAÑO O AFECTACIÓN ECONÓMICA. VENIRE CONTRA FACTUM, PROPIO NO VALET" y "3. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DE FONADE DE PAGAR AL CONTRATISTA CONSORCIO KUMBRE UTILIDADES O SUMAS DE DINERO DIFERENTES A LAS ESTABLECIDAS EN LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN, EN LA OFERTA Y EN EL CONTRATO DE OBRA 2071792".*

SEGUNDO: Declarar probada la excepción No. 9 denominada: *"INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DE FONADE DE PAGAR LAS PRETENSIONES ECONÓMICAS DEL CONVOCANTE"* solo en lo relativo al pago de la última acta de corte de obra, pues en los demás aspectos se declara relevada de estudio como consecuencia de la prosperidad de las excepciones enunciadas en el numeral anterior.

TERCERO*:* Como consecuencia de la prosperidad de las excepciones enunciadas en el numeral PRIMERO de esta parte resolutiva, se declaran relevadas de estudio las excepciones No. 4, 5, 6, 7 y 8 denominadas*: "4. INEXISTENCIA DE MAYOR PERMANENCIA EN OBRA", "5. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE OBRAS EJECUTADAS Y NO PAGADAS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE OBRA 2071792", "6. EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO EN EL CONTRATO DE OBRA No. 2071792", "7. INEXISTENCIA DE ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE OBRA 2071792" y "8. EXCEPCIÓN DE VIOLACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE MITIGAR SUS PROPIOS DAÑOS".*

CUARTO. Negar las pretensiones de la demanda.

QUINTO. Condenar en costas del proceso a la parte convocante VARGAS VELANDIA LTDA – HOY XIE S.A., EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. Y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, INTEGRANTES DEL CONSORCIO KUMBRE, a favor de la parte convocada FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, en la suma de CIENTO OCHENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL NOVENTA Y OCHO PESOS ($182.305.098).

SEXTO. Abstenerse de imponer a la parte convocante las sanciones previstas en el Artículo 206 del C.G.P.

SÉPTIMO. Ordenar que por Secretaría se expida copia auténtica de esta providencia con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

OCTAVO. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

Esta providencia queda notificada en estrados

GABRIEL DE VEGA PINZÓN
Presidente

GLORIA MARÍA BORRERO RESTREPO
Árbitro

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Árbitro

LAURA MARCELA RUEDA ORDOÑEZ
Secretaria

ÍNDICE

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES 2

I. EL CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA 2

II. EL PACTO ARBITRAL 2

III. PARTES PROCESALES Y REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO 3

A. PARTE DEMANDANTE 3

B. PARTE DEMANDADA 4

C. MINISTERIO PÚBLICO 4

IV. TRÁMITE INICIAL 4

V. TRÁMITE ARBITRAL 10

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 14

VII. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO 14

VIII. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA 15

A. LA DEMANDA 15

B. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EXCEPCIONES 30

C. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO 31

CONSIDERACIONES 34

I. PRESUPUESTOS PROCESALES 34

II. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PROCESALES OCURRIDOS EN EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL 34

A. TACHAS DE TESTIMONIOS PRESENTADAS 34

B. COSA JUZGADA 36

C. AUSENCIA DE VICIOS 37

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SUSTANCIALES 37

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO OBJETO DE LA PRESENTE CONTROVERSIA 38

V. ANÁLISIS DE LA PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA INEFICACIA O INEXISTENCIA DE LAS ESTIPULACIONES MEDIANTE LAS CUALES EL CONSORCIO KUMBRE RENUNCIÓ A PRESENTAR RECLAMACIONES CONTRA FONADE RESPECTO DE LA CELEBRACIÓN O EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO (Pretensión Declarativa Sexta Principal) 45

A. Posiciones de las partes y del Ministerio Público 45
B. Consideraciones del Tribunal..... 46
C. Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones y excepciones analizadas 62
VI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE FONADE POR EJECUCIÓN TARDÍA DE SUS OBLIGACIONES (Pretensiones Declarativas Primera Principal y Tercera Principal) Y POR INEJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES (Pretensiones Declarativas Segunda Principal y Tercera Principal), Y CON LAS CARGAS MAYORES DEL ÁLEA NORMAL Y RIESGOS EXTRAORDINARIOS Y EN EXCESO, QUE DEBIÓ SOPORTAR EL CONSORCIO KUMBRE PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. (Pretensiones Declarativas Cuarta Principal y Quinta Principal)..... 63
A. Posiciones de las partes y del Ministerio Público 63
B. Consideraciones del Tribunal..... 65
C. Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones y excepciones analizadas 79
VII. ANÁLISIS DEL CASO ESPECIAL DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE FONADE EN EL PAGO DE LA ÚLTIMA ACTA DE CORTE DE OBRA (ACTA 38) 80
A. Posiciones de las partes y del Ministerio Público 80
B. Consideraciones del Tribunal..... 80
C. Conclusión del Tribunal sobre las pretensiones y excepciones analizadas 86
VIII. PRETENSIONES PRINCIPALES PRIMERA Y SEGUNDA DE CONDENA Y PRETENSIÓN SUBSIDIARIA..... 87
IX. JURAMENTO ESTIMATORIO..... 87
X. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO 90
DECISIÓN 91