

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES
LTDA. ARQCVILES**

Vs.

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diciembre seis (6) de dos mil diez (2010)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral iniciado por **JOSÉ RAFAEL NEGRETE y ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES**, como parte convocante contra el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**.

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del "Contrato No. 2062937 de fecha seis (6) de diciembre de dos mil seis (2006)", que obra a folios 5 a 27 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

2. El Pacto Arbitral.

1.- En el Cuaderno de Pruebas N° 1, a folios 5 a 27 del mismo, obra copia del "Contrato No. 2062937 de fecha seis (6) de diciembre de dos mil seis (2006)", y en la cláusula diecisiete (folio 17 del Cuaderno de Pruebas), está contenida la cláusula compromisoria, que a la letra señala:

"CLAUSULA DECIMA QUINTA-SOLUCION DE CONTROVERSIAS:

*Las partes buscarán solucionar en forma ágil y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, mediante la conciliación, transacción o los medios que las partes acuerden según los procedimientos establecidos por la ley. **PARÁGRAFO:** Si transcurrido el*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

término de un mes contado desde la iniciación del respectivo procedimiento de arreglo directo, las partes no llegan a ningún acuerdo, se procederá a someter las diferencias a un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO en derecho, conformado por tres árbitros de los cuales cada una de las partes designará uno y el tercero será designado por dichos árbitros, de sendas listas de cinco que las partes sometan a su consideración. "

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La convocatoria del Tribunal Arbitral: El día veinte (20) de enero de dos mil nueve (2009) (folios 2 al 22 del Cuaderno Principal No. 1), la **UNIÓN TEMPORAL ARMANE**, solicitó a través de apoderado judicial, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias surgidas con el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**. El día trece (13) de febrero de dos mil nueve (2009) se presentó un escrito denominado "reforma de la demanda" (folio 49 del Cuaderno Principal No. 1), en el sentido de precisar que las pretensiones sean resueltas a favor de **JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES** y la sociedad **ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES**, así mismo se adicionan las pruebas contenidas en el escrito referido.

3.2. Designación de los Árbitros: Según lo previsto en la ley, en audiencia realizada el día diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009), las partes designaron como árbitros a los doctores **ANTONIO BARRERA CARBONELL, JAIRO PARRA QUIJANO** y **FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES** como árbitros principales para integrar este Tribunal, en atención la declinación realizada por el doctor **JAIRO PARRA QUIJANO**, se procedió a comunicar al doctor **JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA**, quien había sido designado por como primer suplente numérico y una vez notificado por el Centro de Arbitraje aceptó en tiempo su nombramiento

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

como árbitro.

3.3. Instalación: Previa las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitramento se instaló el diecisiete (17) de marzo de dos mil nueve (2009), en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede (Acta N° 1, folios 94 a 96 del Cuaderno Principal), admitió la demanda y designó como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**, quien aceptó su designación, tal como consta en el acta de posesión que obra a folio 103 del Cuaderno Principal

3.4. Admisión de la demanda y notificación: Por auto No. 1 de diecisiete (17) de marzo de dos mil nueve (2009), el Tribunal admitió la demanda y ordenó notificar personalmente a la parte convocada y correr traslado de ella en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil (Acta No. 1). La admisión de la demanda fue notificada personalmente al apoderado de la convocada en el mismo día, a quien se le entregó una copia de la demanda con sus respectivos anexos.

3.5. Contestación de la demanda y demanda de reconvención: El día primero (1) de abril de dos mil nueve (2009), dentro del término de ley, la entidad convocada, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda, presentó excepciones de mérito, solicitó pruebas y presentó demanda de reconvención en contra de la totalidad de los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ARMANE**. Respecto de la demanda de reconvención el Tribunal se pronunció mediante auto No. 2 de fecha veintisiete (27) de abril siguiente (folios 168 a 170 del Cuaderno Principal), admitiéndola solo respecto de los convocantes iniciales es decir, **JOSÉ RAFAEL NEGRETE y ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES** y rechazándola respecto de **SANTANDER MAFIOLY CANTILLO** y de la sociedad **UCO S.A.**, ordenando correrles traslado por el término de diez (10) días; contra este auto fue interpuesto recurso de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

reposición el cual fue decidido mediante auto de fecha trece (13) del mes de mayo de dos mil nueve (2009) (folios 175 y 176 del Cuaderno Principal, se confirmó el auto recurrido, manifestando el Tribunal que en los términos de los artículos 51 y 149 del Código de Procedimiento Civil, se pronunciaría sobre la integración del litis consorcio necesario en la oportunidad correspondiente. La demanda de reconvención fue contestada en tiempo por los demandados en reconvención el día quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), mediante escrito en el cual contestó la demanda y solicitó pruebas.

3.6. Traslado de las excepciones: Propuestas las excepciones los días tres (3), cuatro (4) y cinco (5) de junio de dos mil nueve (2009), se corrió traslado de las excepciones presentadas por las partes a la demanda inicial y de la contestación de la demanda de reconvención. La parte convocada recorrió el traslado el día cuatro (4) de junio en la cual solicitó pruebas y la parte convocante el día cinco (5) de junio de dos mil nueve (2009).

3.7. Fijación de gastos y honorarios: El día treinta (30) de junio de dos mil nueve (2009) (Acta No. 5 folios 206 a 208 del Cuaderno Principal), se realizó la audiencia de fijación de gastos y honorarios, estos fueron cancelados por ambas partes.

3.8. Llamamiento en garantía : El día veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009) mediante auto (folios 209 a 211 del Cuaderno Principal), se aceptó el llamamiento en garantía presentado por la entidad convocada a la sociedad **SEGUROS COLPATRIA S.A.**, ordenando la suspensión del proceso en los términos del artículo 56 del Código de Procedimiento Civil.

Por Secretaría se surtió el trámite de notificación previsto en la ley, surtiéndose la notificación por Aviso tal como obra a folios 268 y 269 del Cuaderno Principal.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

La sociedad llamada en garantía contestó mediante apoderado el llamamiento en garantía, propuso excepciones y solicitó pruebas en fecha dieciséis (16) de septiembre de dos mil nueve (2009). Del anterior escrito se corrió traslado a las partes, siendo descrito únicamente por el apoderado del **FONDO NACIONAL DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**, el día seis (6) de octubre de dos mil nueve (2009) (folios 289 a 293 del Cuaderno Principal), en dicho escrito este se pronunció respecto de las excepciones y solicitó pruebas.

3.9. Integración del contradictorio: Mediante auto de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil nueve (2009) (folios 295 a 297 del Cuaderno Principal), el Tribunal de Arbitramento ordenó vincular como litis consortes necesarios a **SANTANDER MAFIOLY CANTILLO** y a la sociedad **UCO S.A.**, como miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ARMANE**, ordenando surtir la notificación de esta providencia y corriendo traslado por el término de diez (10) días de la demanda de reconvenición presentada por parte del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**. Una vez surtido el trámite de notificación previsto en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, el día cuatro (4) de diciembre de dos mil nueve (2009) se notificó personalmente al señor **SANTANDER MAFIOLY CANTILLO** y el día diecinueve (19) de enero de dos mil diez (2010), al representante legal de la sociedad **UCO S.A.** El día catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), encontrándose dentro del término de traslado conferido el apoderado de **SANTANDER MAFIOLY CANTILLO**, presentó un incidente de nulidad y un escrito de contestación de la demanda en el que manifiesta que “*no existe interés alguno por parte de mi poderdante en las pretensiones incoadas por la parte actora, razón por la cual se omite un pronunciamiento expreso y detallado sobre los hechos, pretensiones y demás fundamentos objetos de tal demanda*” y en cuanto a la demanda de reconvenición “*Como quiera que el Honorable Tribunal se ratificó en el sentido de mantener el Auto por el cual se rechaza la demanda de reconvenición en relación con SANTANDER MAFIOLY CANTILLO y la sociedad UCO S.A., el suscrito no hará ningún*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

pronunciamiento concreto y específico correspondiente a los hechos, pretensiones, fundamentos, pruebas y demás argumentos de tal demanda...y el hecho que se le haya vinculado en calidad de litisconsorte, no genera de hecho una obligación para dar respuesta a la demanda de reconvencción (folios 314 y 315 del Cuaderno Principal). De igual forma el apoderado de UCO S.A. el día nueve (9) de febrero de dos mil diez (2010), presentó un escrito en el que manifiesta que su vinculación como litis consorte no tiene ningún efecto jurídico y por lo tanto no debe comparecer a darle contestación a tal demanda de reconvencción. De todos los escritos se corrió traslado a las partes, pronunciándose únicamente el apoderado de la parte convocada el día quince (15) de febrero de dos mil diez (2010) (folios 324 a 331 del Cuaderno Principal).

3.9. Audiencia de conciliación: El día veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009) (Acta No. folios 209 a 211 del Cuaderno Principal) se dio inicio a la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada ante la inasistencia de todas las partes y ante lo cual el Tribunal manifestó que se pronunciaría en la oportunidad correspondiente respecto de las consecuencias previstas en el parágrafo 2 numeral 2 del Artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Y una vez integrado el contradictorio se surtió el día de hoy se surtió una nueva audiencia de conciliación con el fin de adelantarla con la presencia de todas las partes que integran el contradictorio, ésta se realizó el día dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010) tal como consta en el Acta No. 9 que obra a folios 335 a 346 del Cuaderno Principal.

3.10. Gastos y honorarios: La parte convocante y la parte convocada realizaron el pago de la proporción de gastos y honorarios fijadas por parte del Tribunal de Arbitramento dentro del término previsto en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, tal como se refirió anteriormente.

3.11. Primera audiencia de trámite: El día dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010), se dio inicio a la primera audiencia de trámite (folios 335 a 346 del Cuaderno Principal No. 1), en la que se dio cumplimiento a las

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

formalidades previstas en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998; en ella, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes antes referidos. La continuación de la primera audiencia de trámite se realizó el día catorce (14) de abril de dos mil diez (2010) (Acta No. 10 folios 364 a 369), en esta fecha el Tribunal fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, profirió el auto de decreto de pruebas y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite. Posteriormente mediante Auto de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diez (2010), en la misma fecha se señaló fecha para la práctica de las diligencias Acta No. 11 folios 374 a 377 del Cuaderno Principal.

3.12. Instrucción del proceso:

3.12.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante los documentos aportados por esta parte al proceso con la demanda original que relacionados a folios 12 a 18 del Cuaderno Principal y en la contestación de la demanda de reconvenición a folios 192 a 196 del Cuaderno Principal. Así como los documentos aportados por la entidad convocada y que se relacionan en la contestación de la demanda que obra a folio 129 del Cuaderno Principal del Expediente, en la demanda de reconvenición que obra a folios 146 a 147 del Cuaderno Principal y en el llamamiento en garantía que obra a folio 163 del Cuaderno Principal No. 1

3.12.2 Declaraciones de Terceros. Fueron recibidos los testimonios de los señores EDGAR EDUARDO ESPARZA y LUIS ROBERTO D PABLO RAMIREZ (Acta YOLANDA ASTRID RODRIGUEZ, JOSE ANDRES RODRIGUEZ, R, (Acta No. 13, diez (10) de mayo de dos mil diez (2010) folios 400 a 406 del Cuaderno Principal No. 1) , y de MARGARITA MUÑOZ, ANTONIO MARIA MERLANO RIVERA, ANTONIO MARIMON MEDRANO (Acta No. 14 del dos (2) de junio de dos mil diez (2010) folios 410 a 418 del Cuaderno Principal No. 1 El día diez

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

(10) de mayo de dos mil diez (2010), el apoderado de la parte convocada presentó desistimiento del testimonio de la señora CLAUDIA B. NIETO, el cual fue aceptado mediante decisión proferida en la misma fecha. De igual forma el apoderado de la parte convocante presentó desistimiento de los testimonios de los señores CARMELO GARCIA y ALFONSO ARRIETA, los cuales fueron presentados y aceptados el día dos (2) de junio de dos mil diez (2010) (Acta No. 14 folios 410 a 418 del Cuaderno Principal No. 1).

En el curso de la práctica del testimonio del señor EDGAR EDUARDO ESPARZA, se realizó la diligencia de reconocimiento de documentos decretada por el Tribunal. Así mismo en las diligencias donde se practicaron los testimonios de los señores ANTONIO MERLANO y ANTONIO MARIMON, estos presentaron documentos que fueron agregados al expediente a folios 205 a 299 del Cuaderno de Pruebas No. 2. De los mismos se corrió traslado a las partes quienes guardaron silencio al respecto.

De las transcripciones correspondientes se corrió traslado a las partes quienes guardaron silencio.

3.12.3. Interrogatorios de parte: Los interrogatorios de parte de los señores JAVIER CAMARGO y SANTANDER MAFIOLY fueron practicados en audiencia de fecha dos (2) de junio de dos mil diez (2010) (Acta No. 14 folios 410 a 418 del Cuaderno Principal No. 1).

En el curso del interrogatorio del señor JAVIER CAMARGO, este presentó documentos que fueron agregados al expediente a folios 155 a 202 del Cuaderno de Pruebas No. 3

De las correspondientes transcripciones se corrió traslado a las partes en términos de ley, quienes guardaron silencio sobre el mismo.

3.12.4. Exhibición de documentos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

El día tres (3) de junio de dos mil diez (2010), se surtieron las exhibiciones de los documentos de la sociedad ESPARZA INGENIERIA LIMITADA (folios 300 al 432 del Cuaderno de Pruebas No. 2) y de la UNION TEMPORAL ARMANE (folios 1 a 128 del Cuaderno de Pruebas No. 4), documentos que fueron revisados y aportados por los apoderados de la parte convocante y convocada de común acuerdo al expediente.

El día diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010), se realizó la exhibición de documentos por parte de la apoderada de la sociedad convocante, quien aportó en medio magnético la base de datos de los afiliados, posteriormente el día veintiséis (26) de marzo se aportaron las tablas de negociación requeridas por el Tribunal, tal como obra a folios 145 a 142 del Cuaderno Principal No. 1.

3.12.5. Dictamen Pericial.

3.12.5.1 Dictamen Pericial Financiero y Contable. El dictamen pericial fue rendido por el perito Contador LUIS ALEXANDER URBINA AYURE, el día veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010) (folios 301 a 390 del Cuaderno de Pruebas No. 1), del cual se corrió traslado a las partes mediante fijación en lista realizada el día treinta y uno (31) de mayo siguiente. Dentro de este término únicamente el apoderado de la parte convocante, solicitó la complementación del dictamen pericial, la cual fue ordenada mediante auto de fecha dieciséis (16) de junio de dos mil diez (folios 424 a 425 del Cuaderno Principal).

El día veintitrés (26) de junio de dos mil diez (2010) (folios 440 a 442 del Cuaderno Principal No. 1) se radicó el escrito mediante el cual el perito rindió las complementaciones decretadas. Del mismo, mediante fijación mediante auto de fecha quince (15) de julio de dos mil diez (2010) (folios 443 y 444 del Cuaderno Principal No. 1), siendo la parte convocada la encargada de objetar por error grave el dictamen pericial mediante escrito de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil diez (2010) (folios 447 a 450 del Cuaderno Principal), de dicha objeción se corrió traslado en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil guardando las partes silencio dentro del mismo.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

3.12.5.2. Dictamen Pericial Técnico. El dictamen pericial fue rendido por el perito Ingeniero Civil JORGE TORRES LOZANO el día diez (10) de junio de dos mil diez (2010) (folios 266 a 280 del Cuaderno de Pruebas No. 1), del cual se corrió traslado a las partes mediante fijación en lista de fecha diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010), y dentro de este término los apoderados de ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones del dictamen técnico, así mismo el apoderado de SANTANDER MAFIOLY objetó por error grave el dictamen correspondiente. (folios 452 a 456 del Cuaderno Principal). El Tribunal decretó las aclaraciones y complementaciones solicitadas por los apoderados de las partes, mediante auto de fecha dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010) (folio 424 a 425 del Cuaderno Principal No. 1).

El día seis (6) de agosto de dos mil diez (2010) (folios 217 a 263 del Cuaderno de Pruebas No. 3) se radicó el escrito mediante el cual se rindieron las aclaraciones y complementaciones decretadas. Del mismo se corrió traslado, mediante fijación en lista realizada el día doce (12) de agosto siguiente, el día dieciocho (18) de agosto el apoderado de SANTANDER MAFIOLY objetó por error grave el dictamen pericial técnico. De dicha objeción se corrió traslado, siendo presentados sendos escritos por la apoderada de la parte convocada y del apoderado de la parte convocante el día veintisiete (27) de agosto de dos mil diez (2010), este último además solicitó pruebas dentro de ella aportó un documento y solicitó la práctica de un dictamen pericial como prueba de la objeción, de ésta última presentó desistimiento mediante escrito de fecha diez (10) de septiembre de dos mil diez (2010) (folio 475 del Cuaderno Principal). El desistimiento presentado fue aceptado por el Tribunal mediante auto de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diez (2010) (folios 476 a 478 del Cuaderno Principal No. 1).

3.12.6 Informe escrito bajo juramento del representante legal de FONADE:

Este se aportó el día dieciocho (18) de mayo de dos mil diez (2010), el cual

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

obra a folios 2 a 154 del Cuaderno de Pruebas No. 3., incorporándose al expediente y se puso en conocimiento de las partes, guardando silencio estas al respecto.

3.13. Cierre etapa probatoria. Por auto de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diez (2010), por haberse practicado la totalidad de las pruebas, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se fijó fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión para el día cuatro (4) de octubre de dos mil diez (2010). Las partes guardaron silencio en relación con el auto antes referido.

3.14. Alegatos de Conclusión. El Tribunal en sesión del día cuatro (4) de octubre de dos mil diez (2010) realizó la audiencia de alegaciones, en la que cada uno de apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos que forma parte del expediente (Acta N° 19, folios 179 a 181 del Cuaderno Principal N° 1). En el curso de la diligencia la representante del Ministerio Público solicitó que se le concediera un traslado especial para rendir concepto hasta el día veinte (20) de octubre siguiente, el concepto de la procuradora fue presentado el día dos (2) de noviembre de dos mil diez (2010) Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en tal oportunidad.

4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se inició el dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010) y finalizó el día catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Posteriormente el Tribunal en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 70

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

de la Ley 80 de 1993 y del artículo 26 de la ley 1150 de 2007, amplió el término del Tribunal para proferir laudo por tres (3) meses adicionales, es decir el término se extiende hasta el día catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), por lo anterior el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

5. Presupuestos Procesales y nulidades sustanciales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral ya que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

5.1. Demanda en forma: Las demandas cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

5.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto de dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010) proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes.

5.3. Capacidad: Tanto la parte convocante, la convocada, los Litis consortes necesarios y la sociedad llamada en garantía son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

6. Partes Procesales.

6.1.- Parte Convocante:

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES, mayor de edad, vecino de la ciudad de Montería, identificado con la cedula de ciudadanía No. 73.103.080.

ARQUITECTOS INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES, sociedad colombiana de la especie de las limitadas, de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el día veintisiete (27) de junio de dos mil ocho (2008) por la Cámara de Comercio de Bogotá, agregado al expediente a folios 25 y 26 del Cuaderno Principal. Esta persona jurídica fue constituida mediante Escritura Pública N° 1908 del veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996) de la Notaría 2 de Montería. Tiene su domicilio en la ciudad de Montería y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el doctor **JAVIER RAFAEL CAMARGO LOZANO**.

Ambos miembros de la UNION TEMPORAL ARMANE.

6.2.- Parte Convocada: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE-, empresa industrial y comercial del estado, de carácter financiero, constituida mediante Decreto No. 3068 del 16 de Diciembre de 1968, representada legalmente por el señor **LUIS FERNANDO SANZ GÓNZALEZ**.

6.3.-Litis Consortes Necesarios:

Fueron citados y notificados debidamente en su condición de litis consortes necesarios:

SANTANDER MAFIOLY CANTILLO, mayor de edad, vecino de la ciudad de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Montería, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.137.052.

UCO S.A., sociedad colombiana de la clase de las anónimas, de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el día diez (10) de enero de dos mil diez (2010) por la Cámara de Comercio de Barranquilla, agregado al expediente a folios 322 y 323 del Cuaderno Principal. Esta persona jurídica fue constituida mediante Escritura Pública N° 1204 del veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983) de la Notaría 2 de Barranquilla. Y ha sido reformada en varias oportunidades, entre otras, la realizada por Escritura Pública N° 679 del ocho (8) de abril de dos mil cinco (20055) de la Notaría 2 del Circulo de Barranquilla, en la que se transformó a sociedad anónima y adoptó su denominación actual. Tiene su domicilio en la ciudad de Barranquilla y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el doctor **IVAN DE JESÚS OSORIO VARGAS**.

7. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; los convocantes **JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES** y **ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES** por el doctor **JAIME AZULA CAMACHO**, la parte convocada por el doctor **WILSON CASTRO MANRIQUE**, el señor **SANTANDER MAFIOLY** por el doctor **LUCAS ABRIL LEMUS**, la sociedad **UCO S.A.** por el doctor **MARCIO MELGOSA TORRADO**, la sociedad llamada en garantía **SEGUROS COLPATRIA S.A.** por el doctor **NORMAN ALBIN GARZÓN MORA**, según los poderes que obran en el expediente y a quienes se les reconoció personería en los términos de los mandatos a ellos conferidos.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

8. Pretensiones de la parte Convocante.

La parte Convocante en la demanda presentada, a folios 2 a 22 del Cuaderno Principal No. 1, formuló las siguientes pretensiones:

"

I. DECLARACIONES Y CONDENAS:

- 1. Se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado, de las anotaciones indicadas, incumplió las obligaciones contraídas en contrato No. 2062397 suscrito el 6 de Diciembre de 2006 entre FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y La Unión Temporal Armane.*
- 2. Como consecuencia de la declaración anterior se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado, a pagar a la UNION TEMPORAL ARMANE, por concepto del segundo diseño entregado por esta, la cantidad de \$39.644.812.17, más \$6.343.169,95, por concepto del IVA, para un total de \$ 45.987.982.12.*
- 3. Asimismo, como secuela de la declaración impetrada en primer lugar, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado, a pagar a la UNION TEMPORAL ARMANE, por concepto del primer diseño entregado por esta la cantidad de \$45.987.982.*
- 4. Se declare que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado, de las anotaciones indicadas, es responsable de la terminación injustificada del contrato No. 2062397, suscrito el 6 de Diciembre de 2006 entre FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y La Unión Temporal Armane.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

5. *Como secuela de lo anterior, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado, a pagar a la UNION TEMPORAL ARMANE, por concepto de los gastos efectuados en desarrollo del contrato, la cantidad de \$ \$176.744.524.*
6. *Asimismo, como secuela de la declaración del numeral cuarto, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado, a pagar a la UNION TEMPORAL ARMANE, por concepto de la utilidad que hubiese percibido en el contrato, la cantidad de \$178.764.767,88.*
7. *Igualmente como secuela de la declaración del numeral cuarto se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, Empresa Industrial y Comercial del Estado, a pagar a la UNION TEMPORAL ARMANE, por concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente a mil gramos de oro.*
8. *Los intereses comerciales moratorios sobre las cantidades antes relacionadas desde que se hicieron exigibles hasta su correspondiente pago.*
9. *Se condene en costas al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE "*

Tal como se mencionó anteriormente mediante escrito posterior el apoderado de la parte convocante, aclaró que las pretensiones se dirigían por parte de sus representados y no de todos los miembros de la UNION TEMPORAL.

9. Hechos de la demanda.

La parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a folios 4 a 12 del Cuaderno Principal No. 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión y se transcriben a continuación:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

”

II. HECHOS:

- 1. El 29 de marzo de 2007 se legalizó por parte de Fonade el acta de inicio del contrato No. 2062397 suscrito el 6 de Diciembre de 2006 entre esa entidad y La Unión Temporal Armane, de carácter privado, por un valor total de \$ 1.487.215.800, cuyo objeto se determinó en la cláusula primera, que reza: "El Contratista se compromete a realizar la complementación de los diseños y la construcción de las estructuras de descarga, para rehabilitación de la margen izquierda del río Sinú, caño la Caimanera y sus cuerpos asociados en el Departamento de Córdoba; para lo cual se concedía un plazo de seis (6) meses a partir del acta de inicio, según lo preceptuado por la cláusula cuarta del acuerdo referenciado, el primer mes el contratista debía realizar la complementación de los diseños estructurales e hidráulicos de las estructuras de Bocas del Vange y Bocas de carillo con el fin de implementar el paso vehicular por las mismas, teniendo en cuenta los prediseños suministrados por FONADE y en los cinco meses restantes el contratista deberá efectuar de manera simultánea el inicio y ejecución de las obras correspondientes a la construcción de las obras de Bocas del Vange y Bocas de Carrillo para lo cual se implementaran dos frentes de trabajo”.*
- 2. Adicionalmente en el contrato se pactó que la Unión Temporal en la primera semana debía plantear dos alternativas para la complementación de los estudios, que consistían en la adecuación de los diseños de paso peatonal a vehicular, como producto fundamental.*
- 3. En cumplimiento de sus obligaciones mi poderdante canceló el impuesto indirecto correspondiente al contrato, por \$22.182.790, y obtuvo las pólizas de garantía expedidas por Colpatria para respaldar el cumplimiento entre particulares y de responsabilidad civil, distinguidas con los números 379 y 139, por \$13.100.495 y \$ 1.510.114, respectivamente.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

4. *Mi poderdante hizo entrega a Fonade de los documentos requeridos para la legalización del contrato, como pagaré, carta de instrucciones, certificado del revisor fiscal, registro tributario, certificado cuenta bancaria de la Unión Temporal, análisis de precios unitarios y las pólizas mencionadas en el hecho anterior, mediante carta de fecha enero 22 de 2007.*
5. *Como anticipo inicial del Contrato Fonade entregó la cantidad de \$ 297.443.160, correspondiente al 20% del valor del contrato, como anticipo adicional conforme lo pactado en el literal primero de la cláusula tercera y al efecto se abrió una cuenta corriente en el Banco de Bogotá, oficina en Montería, suscrita por Javier Camargo, como representante de la Unión Temporal Armane, y Edgar Eduardo Esparza Santos, representante legal de la Esparza Ingeniería, titulares de la cuenta conjunta encargada de manejar los fondos destinados al proyecto.*
6. *De conformidad con lo establecido en el contrato, el 6 de Abril de 2007, la Unión Temporal Armane presentó a la Interventoría los dos planteamientos o alternativas de diseño a que se obligó, de las cuales esta aprobó la tipo box couvert, hecho indispensable para proseguir con la fase de diseño.*
7. *A partir de los diseños suministrados por Fonade en la web, el 23 de Abril de 2007 la Unión Temporal entregó la complementación de los estudios con su presupuesto, los cuales fueron enviados vía email a la Interventoría para su revisión (medio éste que fue convenido con la Interventoría)*
8. *En Abril 26 de 2007, dentro del término pactado para la entrega de la complementación de los diseños, la interventoría les formula reparos, argumentando, entre otros, que los estudios hidráulicos (pilar fundamental de los prediseños suministrados por FONADE) carecían de un verdadero soporte técnico, lo cual ya había sido comprobado por la*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Unión Temporal Armane mediante su especialista el ingeniero Alfonso Arrieta.

- 9. Ante la inexistencia de los soportes de los estudios hidráulicos suministrado por FONADE para el prediseño, sólo existían dos caminos a seguir para la Unión Temporal Armane: o se desarrollaba un estudio de aproximadamente un año para medir las variables en el cause o se simulaba mediante un modelo matemático el comportamiento de la cuenca; pero este modelo matemático implicaba mayor tiempo y no se estaba frente a una complementación, sino a nuevos estudios y diseños, a pesar de lo cual éstos fueron realizados por La Unión Temporal.*
- 10. El día 19 de julio de 2007 se verificó una reunión en las instalaciones de Fonade, en la cual se aprobó que la Unión Temporal realizara otro tipo de diseño, diferente del autorizado inicialmente, consistente en un puente, cuyo presupuesto era del orden de dos mil cuatrocientos millones, que excedía en novecientos millones el inicial, por lo cual se le pidió a mi poderdante otra alternativa aproximada al presupuesto inicial.*
- 11. Fonade y la Interventoria siempre tuvieron conocimiento del valor del nuevo proyecto, consistente en un puente, sin embargo, solo hasta el 19 de julio de 2007 solicitaron este nuevo diseño, en el que se empezó a trabajar, según consta en acta suscrita al efecto.*
- 12. No obstante lo anterior, a solicitud de Fonade, el 24 de Julio de 2007 la Unión Temporal cumplió con la obligación inicialmente convenida en el contrato y le entregó el box coulvert.*
- 13. El 23 de agosto de 2007, se envió una carta dirigida al Banco de Bogotá, oficina en Montería, suscrita por Javier Camargo, como representante de la Unión Temporal Armane, y Edgar Eduardo Esparza Santos, representante legal de la Esparza Ingeniería, titulares de la*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

cuenta conjunta encargada de manejar los fondos destinados al proyecto, para que girara un cheque de gerencia por valor de \$ 106.299.273 a Corte y Doble para cancelar la compra de hierro para el desarrollo del proyecto.

14. *El día 28 de agosto de 2007 se efectúa una visita en el sitio de la obra para dar inicio a la construcción y hacer entrega del nuevo proyecto con unas correcciones solicitadas por la interventoría y que, a instancia de ésta, se daría una prórroga al contrato para su ejecución.*
15. *De lo establecido en los términos de participación se infiere que en los estudios previos realizados por Fonade no se contemplaron los efectos arrolladores que el invierno tuvo en la región, que causaron desastres naturales, de público conocimiento, e impidieron la fase de construcción contemplada en el contrato.*
16. *Se confirma lo anterior en que los estudios de los diseños se entregaron el 29 de marzo de 2007, con una plazo para su aprobación de un mes, esto es, el 29 de abril, y la época de lluvia se inicia en mayo, situación desestimada en los pliegos, a pesar que se adjudicaron en Noviembre de 2006, lo cual fue comunicado a Fonade por la Unión Temporal Armane mediante cartas enviadas por el Coordinador del Proyecto y por gente de la región.*
17. *Solamente se trabajó durante los días 23, 24, y 25 de agosto/07 porque la violencia climatológica lo impidió, situación que la Unión Temporal le expresó a Fonade mediante carta fechada el 27 de Agosto 2007, en la cual, además, se solicitó una suspensión del contrato.*
18. *Es relevante que Fonade incumplió con la obligación de entregar los prediseños a la Unión Temporal Armane en los términos requeridos y los errores incurridos en ellos impidieron que mi representada pudiera efectuar la complementación de los diseños en debida forma, por cuanto Fonade debió aprobar junto con la c.v.s. y la interventoría la*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

modificación del proyecto original y tomar las medidas conducentes, como era otorgar un plazo adicional, con lo cual se constituyó en mora de cumplir con sus obligaciones.

- 19. El día 6 de septiembre de 2007 la Unión Temporal Armane recibió una carta del Interventor donde manifiesta que no conceden la suspensión, ya que para esa fecha no habían sido recibido los estudios y diseños a satisfacción.*
- 20. El día 7 de septiembre de 2007 la Unión Temporal volvió a entregar los estudios y diseños a la Interventoría con copia a Fonade y da respuesta a la carta relacionada en el hecho anterior.*
- 21. El 24 de septiembre de 2007 se verifico una reunión con intervención de los integrantes de la Unión Temporal, la interventoria, la gerencia del proyecto y representantes de Fonade en la cual se exigió el cambio de representante de la Unión y que esta presentara el cronograma de obra para la construcción de las estructuras de descarga a mas tardar el 28 de septiembre del mismo año.*
- 22. El día 18 de octubre de 2007 Fonade envió a la Unión Temporal una carta donde le indica que el contrato se encuentra suspendido y decidirán si lo continúan o liquidan.*
- 23. A pesar de los cambios que se hicieron a los diseños, del conocimiento de la situación climatológica en la zona donde se desarrollaría la obra contratada, de las innumerables reuniones, sorpresivamente, mediante carta de Noviembre 26 de 2007, Fonade informa a la Unión Temporal que el contrato terminó el 29 de Septiembre de 2007, se encuentra en liquidación y solicitan la devolución del anticipo recibido, lo cual hubiera podido informarlo desde la primera entrega y no hasta la fecha antes indicada.*
- 24. El día 16 de enero de 2008 la Unión Temporal Armane recibe 3 cartas de Fonade (documentos 2008EE365, 2007EE25199 y 2007EE26230) donde manifiestan la terminación del contrato y solicitan la devolución del anticipo con sus rendimientos financieros.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

25. *Conforme la Unión Temporal Armane le manifestó a Fonade, la terminación del contrato no se dio por causas imputables a ella, ya que durante la primera semana puso a consideración de esa entidad las dos alternativas de diseño y entregó unos diseños nuevos.*
26. *Por parte de la Interventoría hubo una actitud dilatoria y disparidad de criterios en relación con los diseños presentados, razón por la cual la Unión Temporal le solicitó en su oportunidad a Fonade que un tercero, como la sociedad de ingenieros, se pronunciara al respecto, pero esta entidad hizo caso omiso de esa solicitud.*
27. *Fonade solicitó el reintegro del anticipo del 20% entregado a la Unión Temporal, lo cual fue atendido por ésta, quedando pendiente por reintegrar únicamente la suma de \$1.625.909,5, que, según el grupo de liquidación, se deducirían de la cantidad de \$45.987.982,12, que manifiesta corresponderle a la Unión Temporal por el valor de los diseños.*
28. *La citada cantidad de \$45.987.982,12 corresponde a la contemplada en el contrato y es la resultante de sumar el valor inicial del primer diseño, que ascendió a \$39.644.812,17, y \$6.343.169,95, por concepto del IVA sobre la cantidad anterior, pero no se tuvo en cuenta el segundo diseño presentado, cuyo valor es el mismo del primero, esto es, \$39.644.812,17, más \$6.343.169,95 del IVA.*
29. *Como consecuencia de la injustificada terminación del contrato por parte de Fonade, la Unión Temporal dejó de percibir, por concepto de la utilidad prevista en el contrato en el acápite de Valor Costos Indirectos, que le hubiera reportado su culminación, la cantidad de \$178.764.767,88, resultante de restarle al valor total del contrato, que ascendió a \$1.487.215.800, los costos directos, que totalizan \$1.262.463.050.*

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

30. De otra parte, la Unión Temporal, incurrió en gastos realizados como consecuencia de las gestiones efectuadas, los cuales ascendieron a \$176.744.524, conforme el balance de la misma y cuyos soportes se encuentran en su respectiva contabilidad.

31. No fue procedente agotar la vía gubernativa, porque se trata de un contrato que se rige por las normas del derecho privado.

32. Conforme lo pactado en el contrato suscrito entre las partes se realizó audiencia ante la Procuraduría General para tratar de obtener conciliación sobre las diferencias existentes, sin que se hubiese conseguido.

33. En el contrato celebrado entre las partes se pactó en el parágrafo de la cláusula décima quinta que si no llegaban a un acuerdo directo mediante conciliación se procedería a resolver las diferencias por un Tribunal de Arbitramento. "

10. Excepciones de mérito formuladas por la parte convocada contra la demanda.

El apoderado de la entidad convocada en la contestación de la demanda, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. FONADE cumplió todas sus obligaciones contractuales
2. El Contratista incumplió sus obligaciones al no entregar a tiempo la complementación de los diseños de las estructuras de descargue de las bocas de los ríos Vange y Carrillo -Exceptio Non Adimpleti Contractus-
3. FONADE no se encontraba obligada a recibir los diseños presentados por el Contratista, pues los mismos no cumplían los requisitos y especificaciones precisados en el contrato
4. FONADE no está en mora en el cumplimiento de sus obligaciones
5. En caso de encontrarse probado algún incumplimiento, el mismo fue

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

ocasionado por la culpa exclusiva del Contratista

6. La utilidad reclamada por el Contratista no puede entenderse como legítimamente esperada

10. Pretensiones contenidas en la demanda de reconvención

Las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención que obran a folios 134 a 135 rezan a su tenor que:

"PRIMERA: *Que se declare que la sociedad Arquitectos Civiles Ltda., el señor Santander Mafioly Cantillo, la sociedad U.C.O S.A. y el señor José Rafael Negrete Genes, en su calidad de miembros de la Unión Temporal Armane incumplieron el Contrato de Obra No. 2062397 suscrito entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo y la Unión Temporal Armane, el 6 de Diciembre de 2006.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anterior declaración se declare la resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1546 del Código Civil.*

TERCERA: *Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados a pagar todos los perjuicios presentes y futuros que se prueben dentro del proceso causados por las actuaciones, omisiones y abstenciones imputables a éstos con ocasión del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.*

CUARTA: *Que se condene a pagar a los demandantes el valor de Doscientos Noventa y Siete Millones Cuatrocientos Cuarenta y Tres Mil Ciento Sesenta Pesos (\$297.443.160), por concepto de cláusula penal, de acuerdo con la Cláusula Décima Segunda del Contrato.*

QUINTA: *Que se condene a pagar a los demandantes los perjuicios adicionales que no se encuentran comprendidos dentro del valor de la cláusula penal, de acuerdo con las siguientes sumas, así como con todas aquellas que resulten probadas en el proceso:*

DESCRIPCION

VALOR

VALOR DEL PERJUICIO

Costo inicial de la ejecución de obra del contrato 2062397

\$ 1.441.227.818

\$ 288.113.316

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Costo final por el cual se realizaron las obras contrato 2072289 con base a los diseños del contrato 2062397.

\$ 1.729.341.134

Costos Administrativos de Fonade

\$ 103.100.000

\$ 103.100.000

Por Gerencia y Seguimiento de nuevo Contrato 2072289. (8 meses)

TOTAL PERJUICIOS

\$ 391.213.316,12

SEXTA: *Que se condene a los demandados al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de dictar la sentencia definitiva que ponga fin al presente proceso.*

SÉPTIMA: *Que se ordene a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia dentro de un término no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de su fecha de ejecutoria.*

OCTAVA: *Que se ordene a los demandados a reconocer al demandante sobre las sumas de dinero objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la fecha del vencimiento del plazo de treinta (30) días calendario mencionado en la pretensión anterior."*

12. Hechos en los que se basa la demanda de reconvencción.

Lo hechos en los que se fundamenta la demanda de reconvencción y que obran a folios 136 a 143 del Cuaderno Principal establecen lo siguiente:

"1. El 6 de Diciembre de 2006, la Unión Temporal Armane y FONADE suscribieron el contrato No. 2062397, cuyo objeto era la complementación de los diseños y construcción de las estructuras de descarga, para la rehabilitación de la margen izquierda del Río Sinú, Caño la Caimanera y sus Cuerpos Asociados, de acuerdo con las condiciones establecidas en la propuesta presentada y las reglas de participación, las cuales hacen parte integral de este contrato.

2. El plazo del contrato fue acordado por las partes en la cláusula cuarta, según la cual el objeto del mismo debía ejecutarse y entregarse

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

en un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, previendo un mes para la complementación de los diseños y cinco meses para la ejecución de las obras. En el mismo sentido, las reglas de participación precisaron en el numeral 1.1.2 que en el primer mes de ejecución del contrato, el Contratista debía realizar la complementación de los diseños y en los cinco meses restantes, debía construir las descargas de Bocas del Vange y Bocas de Carrillo.

3. El 22 de Enero de 2007, el Contratista presentó los documentos necesarios para legalizar el contrato, incumpliendo lo establecido en la cláusula Décima Octava del contrato que establecía lo siguiente:

"Perfeccionado el Contrato, el CONTRATISTA deberá constituir las garantías, dar cumplimiento al artículo 50 de la Ley 789 de 2002, presentar copia del RUT dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato (...)"

4. Sólo el 22 de Marzo de 2007, el Contratista remitió el listado de los precios de los insumos con los que se elaboraron los Análisis de Precios Unitarios -APUs-, documento indispensable para suscribir el acta de iniciación del contrato.

5. El 29 de Marzo de 2007, las partes suscribieron el acta de iniciación del contrato. La demora que se produjo para la suscripción del acta mencionada fue ocasionada por la demora del Contratista en entregar la hoja de vida de los profesionales que iban a trabajar en el proyecto y el listado de precios de los insumos necesarios para realizar el Análisis de Precios Unitarios. Así lo manifestó la Interventoría en Oficio del 20 de Febrero de 2007, en el que se señaló lo siguiente:

"Preocupa a esta Interventoría la dilación para entregar oportunamente y a satisfacción de FONADE documentos exigidos por la entidad a esa Unión temporal, que permita darle inicio formal a la ejecución de las obras objeto del contrato mediante el Acta de inicio respectiva.

(...)

Solicitamos que la Unión temporal agilice la entrega de los documentos completos exigidos por FONADE de tal manera que se pueda suscribirse (sic) el Acta de Inicio a la mayor brevedad, pues el tiempo transcurrido desde el perfeccionamiento y legalización del contrato hasta la fecha es bastante considerable y se podría configurar un incumplimiento contractual en la iniciación de las obras."

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

6. El 23 de Abril de 2007, el Contratista entregó un documento en el que supuestamente se encontraban las dos alternativas de diseño que debía realizar en cumplimiento del contrato; no obstante, el documento mencionado no cumplía con los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones por lo que la Interventoría presentó requerimiento, el 26 de Abril siguiente, señalando, entre otros, que el estudio topográfico, el estudio geotécnico y suelos, el estudio hidráulico y el estudio estructural eran insuficientes, mientras que no se había recibido ninguna información sobre el Estudio Ambiental, el Estudio Estructural – Compuertas Metálicas- y el presupuesto detallado.

7. A 28 de Abril de 2007, fecha en la que terminaba el plazo de un mes otorgado en el contrato para realizar la complementación de los diseños, el Contratista no había entregado de manera completa ninguno de los estudios y diseños puesto que los presentados tenían las deficiencias señaladas en el numeral anterior.

8. El 9 de Mayo de 2007, la Unión Temporal volvió a presentar los diseños y estudios, sin atender varios de los ajustes y recomendaciones técnicas exigidas por la Interventoría, por lo que nuevamente se le devolvieron con las observaciones anteriormente realizadas.

9. A 13 de Mayo de 2007, como consta en el Informe Semanal No. 6 que se aporta, la Unión Temporal, entre otros, no había cumplido con los requerimientos realizados por la interventoría y, adicionalmente, no había entregado los documentos correspondientes al Estudio Ambiental, al Estudio Estructural y sus especificaciones técnicas.

10. El mencionado incumplimiento fue nuevamente registrado en el acta semanal No. 8 del 21 al 27 de Mayo de 2007.

11. El 30 de Mayo de 2007, el Contratista presentó por correo electrónico nuevamente los estudios y diseños de complementación, a los que la Interventoría respondió el 5 de Junio de 2007, señalando que varios de los estudios y diseños entregados por la Unión Temporal se encontraban aún incompletos por lo que no podían ser recibidos a satisfacción.

12. El incumplimiento del contratista también quedó registrado en el Informe Semanal No.9 del 28 de mayo al 3 de Junio de 2007.

13. A 25 de Junio de 2007, como se demuestra con el informe de tal fecha realizado por la Interventoría, el Contratista no había cumplido a satisfacción su obligación de complementar los diseños, entre otras, por

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

las siguientes razones:

-Trabajos topográficos: No cumple lo solicitado por la interventoría por cuanto:

o No se registran los árboles y arbustos con la información obligatoria.

o No hay memorias de ubicación y de áreas a trabajar que coincidan con las del presupuesto.

o No hay memorias de área y volúmenes para excavaciones.

o No se ha recibido la memoria del levantamiento del área.

-Estudios ambientales:

o No cumple lo solicitado por la interventoría por cuanto:

o No se han tramitado y solicitado los permisos y licencias requeridos.

o No se presenta la caracterización del ambiente físico. o No se presentan recomendaciones en general que permitan llevar a cabo las actividades de mitigación propuestas en mejor forma.

o No se presenta presupuesto del plan de manejo ambiental, ni su cronograma.

Diseño y Construcción de Estructura: No cumple lo solicitado por la interventoría por cuanto:

o Falta articulación con las compuertas metálicas, así como con el estudio geológico y geotécnico, ya que estos tienen pendiente las observaciones, conclusiones y recomendaciones de los estudios de suelos.

o No se entregaron las memorias de cálculo y los análisis de resultado, pues no se incluyen los cálculos de la estructura de las compuertas metálicas y los detalles de anclaje de las guías. o No muestra en los planos ni en las memorias la cantidad de acero y de concreto a utilizar que coincida con el presupuesto.

o No entrega pilotes ni del box coulvert ni de las aletas.

o No hay cuadros de cantidad y peso de acero de refuerzos en pilotes, box y zarpa aletas, no hay detalles de las juntas de construcción, no hay detalle del box con respecto de las aletas, no hay detalle del piso de placa del box, ni de la longitud de los pilotes. La planta no muestra el sentido del flujo del río Sinú ni el norte.

o No están justificadas las cantidades de obra ni son verificables para comparar con el presupuesto.

-Suministro e instalación de las compuertas: No cumple lo solicitado por la interventoría por cuanto la Unión Temporal Armane presenta total

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

incumplimiento en la entrega de este diseño.

14. *El 11 de Julio de 2007, se solicitó a la Unión Temporal informar las razones por las que se había incumplido el contrato en relación con la entrega a satisfacción de la complementación de los diseños de las estructuras de Descarga para la rehabilitación del margen izquierda del Río Sinú. Este requerimiento se realizó con la finalidad de garantizar el derecho de defensa del Contratista.*

15. *El 26 de Julio de 2007, el Contratista entregó los estudios a la Interventoría; sin embargo, los mismos fueron rechazados por superar el presupuesto con el que la entidad contaba y por cuanto se trataban de alternativas de ubicación y no de alternativas de diseño como las que se debía presentar de acuerdo con el contrato y los términos de referencia.*

16. *El 8 de Agosto de 2007, la interventoría recibió la complementación de los diseños modificados; sin embargo, se requirió al contratista para que los diseños no superaran el presupuesto de FONADE y se condicionó la aceptación a la aprobación de la interventoría, como consta en las memorias del 9 del mismo mes.*

17. *El 27 de Agosto de 2007, el Contratista solicitó la suspensión del contrato con fundamento en las condiciones climáticas de la Zona.*

18. *La comunicación mencionada fue respondida el 6 de Septiembre por el Interventor, señalando que no era aceptable prorrogar la etapa de construcción del contrato pues la misma no había comenzado en razón a que los diseños no se habían entregado a satisfacción.*

19. *El 5 de Septiembre de 2007, la Interventoría informó a FONADE que el Contratista se encontraba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y solicitó aplicar la cláusula penal de apremio, señalando que la Unión Temporal, estaba pendiente de entregar:*

• Los planos definitivos y firmados de la obra civil (y el plano de las barandas) del paso vehicular de ambas bocas.

• Los planos definitivos de las áreas de afectación por las entradas y salidas de cada boca, para las negociaciones de predios por FONADE con los propietarios.

• Los APUs con los ajustes y precisiones requeridas, así como el listado de precios de insumos, debidamente firmados.

• Las complementaciones a las especificaciones requeridas. • Justificar

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

las cantidades de obra en excavaciones mecánicas en ambas bocas. El presupuesto de obra en cada boca, sin exceder el presupuesto e los mismos definidos en el contrato.

Adicionalmente, la interventoría señaló:

"El incumplimiento de los plazos pactados contractualmente, acordados y documentados o requeridos para la entrega de los estudios y diseños definitivos de la etapa de Complementación, indispensables para iniciar la etapa de Construcción, hace necesaria la aplicación de la cláusula de apremio citada por parte de FONADE, para que la UNION TEMPORAL ARMANE se obligue de manera coercitiva económicamente a cumplir tal obligación de manera completa a la mayor brevedad.

(...)

Lo anterior, sin perjuicio de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, prevista en la cláusula décima segunda, con el procedimiento de ley".

20. De acuerdo con la cláusula Décimo Novena del Contrato, parágrafo segundo, una vez culminada la etapa de complementación de los diseños FONADE podía determinar, de acuerdo con los presupuestos presentados por el contratista se continuaba o no con la etapa de construcción. El aparte pertinente de la cláusula mencionada, señala lo siguiente:

"Parágrafo Segundo: Una vez terminada y recibida a satisfacción, por la Interventoría, la complementación de los diseños que hacen parte del objeto del contrato y se determine que el valor total de las obras diseñadas supera el valor del contrato, FONADE estudiará la situación para definir si se disminuye el alcance de las obras, se adiciona el valor del contrato o si solo se paga el valor de los diseños, de acuerdo con el valor ofertado por el Contratista y se resuelve el contrato sin perjuicio de las partes"

21. No obstante lo anterior, la entidad nunca decidió adelantar la etapa de construcción pues el Contratista no le entregó la complementación de los diseños de acuerdo con los requisitos y especificaciones señaladas por la interventoría.

22. El 5 de Diciembre de 2007, FONADE reitera al Contratista que el contrato terminó por agotamiento del plazo contractual y reitera la solicitud de devolución del anticipo.

23. El 29 de Enero de 2008, se respondió la comunicación enviada por el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Contratista, señalando expresamente las razones por las que no eran aceptables las excusas por él presentadas, dado que el incumplimiento del contrato se debió como se ha expuesto hasta el momento, a causas imputables al Contratista. Adicionalmente, se le informó al contratista la aplicación de la cláusula penal de acuerdo con la Cláusula Décima Segunda del Contrato que señala lo siguiente:

"CLAUSULA DECIMA SEGUNDA – CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que FONADE pueda solicitar al CONTRATISTA la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que excedan el valor de la cláusula penal pecuniaria. PARAGRAFO: El CONTRATISTA autoriza a que FONADE descuenta de las sumas que le adeude, los valores correspondientes a la cláusula penal pecuniaria."

24. En respuesta a la comunicación mencionada, la Unión temporal presentó respuesta el 11 de Febrero de 2008, en la que manifestó que el retraso en la entrega de los diseños de complementación no se debió a causas imputables a la Unión Temporal y que en virtud de las condiciones climáticas, el plazo del contrato debió ser prorrogado y se negó a realizar la consignación correspondiente a la suma mencionada en el numeral anterior.

25. El 11 de Septiembre de 2008, se llevó a cabo audiencia de conciliación sin llegar a acuerdo alguno, en tanto el Contratista había incumplido las obligaciones pactadas en el contrato."

13. Contestación a la demanda de reconvención.

En el escrito de contestación de la demanda de reconvención no se incluyó un capítulo de excepciones de mérito, pero si se responden uno a uno los hechos contenidos en la demanda de reconvención.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Respecto de las pretensiones contenidas en la demanda, la contestación a la misma y las demás peticiones formuladas durante el trámite del proceso arbitral, el Tribunal procede a realizar las siguientes consideraciones.

1. Objeciones a los dictámenes periciales.

1.1. De las objeciones por error grave.

Antes de abordar el estudio de las cuestiones sometidas a consideración del Tribunal, es necesario resolver las objeciones por error grave formuladas oportunamente por las partes a los dictámenes periciales técnico y financiero y contable rendidos dentro del presente trámite.

El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, dispone como finalidad de la prueba pericial verificar hechos que interesen al proceso y que exijan conocimientos especiales, científicos o técnicos. Según que el sentido preponderante del trabajo a cargo de los peritos, sea el de dirigir al juzgador la materia sobre la cual deba realizar su análisis y decidir o el de entregarle los instrumentos idóneos para poder hacerlo, la prueba pericial tendrá por finalidad la de comprobar hechos, sus causas o sus efectos que requieran especiales conocimientos técnicos o científicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces o, también aportar reglas propias de la experiencia especializada de los peritos aplicadas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquiera otro de los medios de prueba, contribuyendo así a configurar la certeza del juzgador ilustrándolo para que con una mejor comprensión pueda deducir con exactitud las calidades, las causas, las consecuencias y los valores que se investigan¹.

En atención a la trascendencia del trabajo de los peritos y el resultado del mismo, que se materializa en el dictamen pericial que este rinde, el artículo

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Auto de Septiembre 8 de 1993. M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo S. Ref. Exp. 3446.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

238 del Código de Procedimiento Civil regula su contradicción y objeción por error grave. Por lo tanto, esta norma exige que en el escrito en el que se objete por error grave, se precise el error al tiempo que define los elementos necesarios para que el juzgador pueda darlo por probado.

De igual forma, sobre el contenido y alcance de la objeción por error grave, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en providencia de ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993) (Magistrado Ponente, Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss), dispuso lo siguiente:

“Si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (G.J. T. LII, pág. 306), pues lo que caracteriza desaciertos de este linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje ‘... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...’, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1ª del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...’ (G.J., Tomo LXXXV, pág. 604).

‘En efecto, si en una situación igual a la que en este expediente se

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

configura, la contribución técnica pedida a los expertos fue la de efectuar directamente y de acuerdo con bases tentativas señaladas de oficio por el órgano judicial, la muestra de la eventual liquidación del importe de un daño patrimonial apoyada en la valoración razonada de circunstancias fácticas emergentes de la instrucción probatoria a las que, más que percibir en su objetividad, corresponde apreciar según procedimientos experimentales de tasación respecto de cuya operación se supone los peritos son profundos conocedores, resulta en verdad disonante con el concepto normativo de la objeción por error grave el pretender, ante el trabajo realizado, descalificarlo porque en opinión del litigante interesado, aquellas bases señaladas por el juez para ser tenidas en cuenta, carecen por completo de legitimidad jurídica y por consiguiente le abren paso a la que dice es ... 'una objeción de puro derecho'."

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil dispone que los dictámenes periciales son objetables por error grave, cuando éste sea "*determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.*"

De la norma citada se infiere que se considera como un error grave aquel que de no haberse incurrido se hubiese obtenido un contenido y resultado diferente de la pericia, a punto de alterar de manera determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar una falsa apreciación, significativa y relevante de las conclusiones del dictamen.

Adicionalmente, es importante resaltar que no se puede confundir "error grave", con la desavenencia o desacuerdo con el concepto profesional que haya sido proferido por el perito.

Así mismo, es importante precisar que el objeto y ámbito del dictamen se encuentra fijado por los cuestionarios que fueron presentados a los peritos por las partes, y por el Tribunal, de tal manera que para efectos del estudio de las objeciones por error grave, el Tribunal deberá tener en cuenta específicamente el límite que le haya sido fijado al perito para rendir su dictamen. De igual forma es de resaltar, que el Juez tiene el deber de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

apreciar el dictamen y la experticia en conjunto con las demás pruebas practicadas dentro del proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal abordará cada una de las objeciones presentadas por las partes al dictamen pericial rendido por los peritos JORGE TORRES LOZANO y LUIS ALEXANDER URBINA AYURE.

1.1.1. De la objeción por error grave presentada contra el dictamen pericial presentado por el apoderado de SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO.

Mediante escrito de fecha veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010) (folio 437 a 439), el apoderado de SANTANDER MAFIOLY CANTILLO, presentó una objeción por error grave respecto del dictamen pericial rendido por el perito JORGE TORRES LOZANO por lo siguiente:

"...me permito OBJETAR el dictamen pericial por error grave, en cuanto a la estimación de perjuicios solicitados por FONADE, por las siguientes razones:

Manifiesta el perito, que en cuanto al mayor valor de ejecución, tal valor pudo ser verificado, desconociendo lo siguiente:

En las reglas de participación del proceso licitatorio de FONADE en el numeral 1.4. PRESUPUESTO ESTIMADO reconoce la entidad que en 2006 tiene estimado que la obra le vale \$1.643.695,00; claramente esto no indica que la obra vale esto, máxime cuando no existían diseños definitivos, que eran los que finalmente, decidían el valor total de las obras...., en consecuencia, hoy no puede FONADE pretender que se le reconozca la diferencia en valor que le pagó a otro contratista (Grandicon) como un perjuicios (sic) cuando fue ella la que tomó la decisión de adjudicarlo dos años después a dedo a dicha firma por mayor valor. Qué hubiese pasado y cual el valor si lo hubiese sacado a licitación...El Cuadro de Pretensión de Fonade quedaría así....porqué debe reconocerle a

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

FONADE el valor de un contrato que realiza a mano con otro contratista."

Mediante escrito de fecha dieciocho (18) de agosto de dos mil diez (2010), el apoderado de SANTANDER ELIECER MAFIOLY CANTILLO, sustentó las razones de su objeción, refiriéndose al interrogante No. 1 manifestando que el perito esquivó la pregunta referente al cumplimiento de los "requerimientos indispensables" al no dar respuesta concreta según lo dicho, toda vez que para el objetante esta no era una respuesta objetiva que no podría verificarse al momento de proponer. De igual forma sustenta su objeción en relación con el interrogante No. 4, referente a que si el box coulbert (sic) y el puente reforzado son simples alternativas de solución o diseños definitivos de acuerdo a los pliegos, al dejar el perito que el contrato solo pedía complementar los diseños estructurales y hidráulicas al solicitar otros que no hacían parte del contrato, para lo cual cita los informes que obran en el expediente en el que queda claro que existían diferencias técnicas. De igual forma se refiere al valor de los perjuicios, en cuanto a su valoración y que FONADE no es acreedora del pago de perjuicios en atención a lo dispuesto en el PARAGRAGO SEGUNDO del artículo 9 del contrato, en la medida que FONADE optó por ejecutar las obras con otro contratista. De la anterior objeción se pronunció la apoderada en ese entonces de la entidad convocada, quien manifestó que no existió ningún error grave en relación con las causales indicadas por el objetante se pronunció indicando que ninguno de los fundamentos realizados constituían un error grave, toda vez que una vez verificados los fundamentos de la objeción, ninguno constituía un error grave ni podían basarse en interpretaciones que habría hecho el objetante. De igual forma el apoderado de los convocantes aportó un concepto del Ingeniero Alfonso Arrieta en el que deja constancia de las falencias del estudio presentado por Concep, así mismo se solicitó la práctica de un dictamen pericial para efectos de probar el error grave, el cual fue desistido tal como consta en los antecedentes de la presente providencia.

En primer lugar y tal como se expuso anteriormente, el objetante considera como aspectos que constituyen el error grave cuestiones entre otras, la omisión de una respuesta concreta o la interpretaciones que son contrarias a las realizadas por el objetante; esto claramente como se expresó, no constituye una objeción por error grave por no cumplir con los requisitos

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

establecidos en la ley para que este tipo de falla prospere. Por lo tanto es claro que estar en desacuerdo con el resultado del dictamen pericial no puede servir de sustento a una objeción en consecuencia no prospera la objeción.

1.1.2. Objeción por error grave al dictamen pericial financiero y contable.

Esta objeción fue presentada por el apoderado de la entidad convocada, quien la sustenta en que el perito realizó de acuerdo a sus manifestaciones valoraciones de tipo jurídico al haber dicho que prevalecía el contenido de los libros frente a lo que contengan los balances y de igual forma se objeta por contradecir el dictamen inicial, toda vez que para la objetante al haber respondido en el dictamen inicial que los libros de contabilidad no servían de soporte a los balances presentados y al decir posteriormente que prevalecían los libros frente a los balances, incurría en una contradicción que prueba la objeción por error grave. (folios 447 a 450 del Cuaderno Principal).

Una vez analizado el motivo de la objeción claramente se observa que su fundamentación no constituye un error grave, ya que los interrogantes presentados son diferentes, para el Tribunal no constituyen una contradicción del dictamen. De igual forma los motivos alegados tales como la realización de interpretaciones de carácter jurídico a la luz del ordenamiento jurídico no pueden servir de sustento a una objeción, más aún cuando la valoración de las pruebas corresponden al Tribunal. Por lo anterior se declarará que no prospera la objeción por error grave.

2. El llamamiento en garantía.

La entidad convocada, a través de su apoderado mediante escrito de fecha primero (1) de abril de dos mil nueve (2009) (folios 160 a 164 del Cuaderno Principal), llamó en garantía a la sociedad SEGUROS COLPATRIA S.A. con fundamento en la póliza de cumplimiento No. 379, el diecinueve (19) de Diciembre de 2009. Admitido el llamamiento se notificó a la citada aseguradora que procedió a contestarlo mediante escrito de fecha dieciséis (16) de septiembre de dos mil nueve (2009), en el que manifestó que la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

solicitud contenida en el llamamiento en garantía expresaba que: “...*sí se llegare a dictar sentencia condenatoria en contra de FONADE El llamado en garantía entre a responder en la porción que le corresponda*”. Esto es considerado por el apoderado de la llamada en garantía como algo contrario al contrato de seguro que garantiza, única y exclusivamente, el cumplimiento del mismo por parte de la UNION TEMPORAL ARMANE y no respecto del incumplimiento de obligaciones imputable al contratista.

De igual forma el apoderado de la llamada en garantía presentó como excepciones la de falta de legitimación por activa para formular el llamamiento en garantía y como consecuencia de lo anterior la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de obligación a cargo del asegurador por ausencia del riesgo asegurable respecto de la entidad llamante en garantía. Por último y de manera subsidiaria presentó la excepción de riesgo excluido.

De las excepciones contenidas en el escrito de contestación del llamamiento en garantía se corrió traslado, el cual fue descrito por el apoderado de la entidad convocada, quien manifestó que el llamamiento en garantía persigue se haga efectiva la póliza frente al incumplimiento del contrato, modificando así lo antes expresado por él en el escrito que realizó el llamamiento en garantía.

Teniendo en cuenta que la póliza fue constituida por la UNION TEMPORAL ARMANE, para amparar el cumplimiento de las obligaciones contractuales con FONADE, considera el Tribunal que el llamamiento en garantía en la forma planteada por el llamante, no es procedente por cuanto no se ajusta al contenido del riesgo amparado. Por consiguiente el Tribunal rechaza el llamamiento en garantía por improcedente tal como fue invocado.

3. Litis Consorcio Necesario.

Tal como se expuso en los antecedentes del presente laudo, el Tribunal procedió a integrar el litis consorcio necesario con los miembros de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE que si bien no actuaron como demandantes iniciales, al existir pretensiones en la demanda de reconvención que se dirigían en contra de todos los miembros de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE, y en la medida que

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

podrían verse afectados por la decisión que se profiera en el laudo, los vinculó mediante decisión de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil nueve (2009), la cual fue notificada personalmente a SANTANDER MAFIOLY CANTILLO y al representante legal de la sociedad UCO S.A., tal como consta a folios 310 y 317 del Cuaderno Principal.

Si bien el apoderado del señor SANTANDER MAFIOLY CANTILLO, presentó un incidente de nulidad, en la medida en que no se les corrió traslado de la demanda que dio origen al presente proceso, el Tribunal resolvió en la debida oportunidad que no era viable correr traslado de dicha demanda porque esta no iba dirigida contra SANTANDER MAFIOLY CANTILLO. (Acta No. 9 folios 335 a 346 del Cuaderno Principal). De igual forma contestó la demanda en el sentido de indicar que no existe interés alguno por parte del señor SANTANDER MAFIOLY CANTILLO en las pretensiones incoadas por la parte actora (Escrito de fecha 14 de enero de 2010, folios 314 y 315 del Cuaderno Principal), así mismo manifiesta que en relación con la demanda en reconvención no hará ninguna manifestación en concreto, la cual no debe entenderse como allanamiento, ni oposición y que por haberse rechazado la demanda de reconvención esta no produce efectos en su contra.

La sociedad UCO S.A. fue notificada personalmente a través de su representante legal y mediante apoderado el día nueve (9) de febrero de dos mil diez (2010), manifestó que la vinculación como litis consorte no tiene efecto jurídico al haberse rechazado inicialmente la demanda de reconvención en contra de su representada.

Es de observar que el Tribunal corrió traslado de todas las actuaciones realizadas en el curso del proceso, quedando clara la participación en el mismo de todos los litis consortes. En efecto el Tribunal reconoció personería a sus apoderados mediante auto de fecha cinco (5) de marzo de dos mil diez (2010) (folios 332 a 333 del Cuaderno Principal), los citó a la audiencia de conciliación y los admitió en ella, y, además resolvió la objeción presentada por el apoderado del señor SANTANDER MAFIOLY CANTILLO al dictamen pericial técnico rendido en el transcurso del presente proceso. Lo anterior no obstante que ellos manifestaron su desinterés total en las resultas del proceso.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Considera necesario el Tribunal, en relación con los cuestionamientos realizados por los litis consortes necesarios que si bien mediante auto de fecha veintisiete (27) de abril de dos mil nueve (2009), se rechazó la demanda respecto de los posteriormente llamados en garantía ello se debió a que no eran demandantes y que, además, procedió a integrar el contradictorio mediante la citación al proceso de SANTANDER MAFIOLY CANTILLO y UCO S.A., quienes se hicieron parte en el mismo y se les garantizó el debido proceso.

4. Audiencia de Conciliación.

Si bien en el desarrollo del proceso se adelantaron dos audiencias de conciliación, una con presencia de las partes iniciales y otra con la presencia de los litis consortes necesarios y terceros vinculados al proceso, se tiene que a la primera de ellas no asistieron los representantes legales de los convocantes y se solicitó por el apoderado de la entidad convocada la correspondiente aplicación de la sanción por inasistencia prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. De igual forma a la segunda audiencia de conciliación no asistió el representante legal de la sociedad convocada.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones el Tribunal de Arbitramento, se abstendrá de aplicar las sanciones correspondientes, señaladas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

5. La Demanda inicial.

5.1. Problema Jurídico

Corresponde a este Tribunal de Arbitramento determinar si hubo incumplimiento, puede considerarse que este fue grave imputable a alguna de partes, en el contrato de obra No 2062397 suscrito entre la unión temporal ARMANE y el Fondo Financiero de proyectos de desarrollo – FONADE-.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Para tal efecto es menester analizar los siguientes aspectos:

- 1.Si hubo incumplimiento fue grave
- 2.Si el incumplimiento es imputable al deudor
- 3.Si quien solicita su declaración es el contratante cumplido.

Las dos últimas condiciones hallan sustento en postulados como: "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (nadie puede alegar en su favor su propia culpa) y la teoría "de los actos propios", entre otros.

Para determinar si hubo incumplimiento grave es necesario saber ¿qué se entiende por cumplimiento?, ¿qué se entiende por incumplimiento grave? y, ¿cómo procede el incumplimiento grave dependiendo del tipo de obligación?

Los artículos 1626 y 1627 del Código Civil son del siguiente tenor:

"ARTICULO 1626. DEFINICION DE PAGO. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

ARTICULO 1627. PAGO CEÑIDO A LA OBLIGACIÓN. El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida."

Conforme a los artículos 1626 y 1627 del Código Civil el cumplimiento de una obligación es el que se realiza en los términos de las obligaciones pactadas, implica el deber de cumplir lo convenido.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de determinar qué se entiende por incumplimiento grave.² Así, se configura incumplimiento grave cuando las partes han determinado explícitamente en el contrato hechos con

² Al respecto, ver los artículos: "El incumplimiento resolutorio en el código civil, condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento" de Álvaro Vidal Olivares y "la resolución" de Fabricio Mantilla Espinoza y Francisco Ternera Barrios, ya citados.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

esa connotación; cuando se trata del incumplimiento o de la imperfecta ejecución de obligaciones principales y cuando los comportamientos u omisiones del deudor incumplido frustran los motivos que llevaron a las partes a contratar.

Si bien en cierto, múltiples son los criterios determinantes de la gravedad del incumplimiento será el operador jurídico en cada caso concreto quien debe examinar si los hechos generadores del incumplimiento repercutieron en su gravedad. Así lo ha pregonado la Corte Suprema de Justicia:

*"...según el máximo tribunal colombiano, la gravedad del incumplimiento no puede analizarse de forma absoluta, sino para cada caso en concreto, determinando las circunstancias específicas que para la situación en cuestión lleven a establecer que la inejecución, efectivamente, frustró de manera manifiesta y definitiva las expectativas del acreedor insatisfecho. Así, pues, ante una demanda de resolución, el juez debe entrar a analizar la utilidad económica del contrato cuyas obligaciones fueron incumplidas: en caso de inejecución parcial, tiene que determinar si la prestación cumplida procura un beneficio serio al acreedor, en el cual se establece en función de la utilidad económica que este podía esperar del contrato –método retrospectivo-; y, en la hipótesis de la inejecución total, el juez tiene que entrar a establecer si la conservación del contrato le reporta utilidad representativa al acreedor –método prospectivo-."*³

Por último, la valoración del incumplimiento de una obligación como grave debe observar el tipo de obligación que se había convenido, según los términos del contrato y la normatividad vigente.

5.2 Consideraciones con respecto a las pretensiones de la demanda de la parte convocante

5.2.1 En cuanto la pretensión primera:

³ Artículo: La Resolución, por: Fabricio Mantilla Espinoza y Francisco Ternera Barrios, pág. 253.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Solicita la parte convocante:

"Se declare que EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, empresa industrial y comercial del estado, de las obligaciones indicadas, incumplió las obligaciones contraídas en (sic) contrato No. 2062397 suscrito el 6 de diciembre de 2006 entre EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y la Unión Temporal Armane."

Adujo la parte convocante que FONADE incumplió el contrato porque (i) no presentó a la Unión Temporal los estudios técnicos adecuados, (ii) exigió un diseño adicional, (iii) no otorgó prórrogas al contrato y (iv) lo terminó injustificadamente.

El Tribunal tiene en cuenta que el contrato materia de litigio está distinguido con el número 2062397 que corresponde a un contrato estatal de conformidad a los artículos 1 y 32 de la Ley 80 de 1993 cuyo objeto es:

"CLAUSULA PRIMERO-PRIMERA-OBJETO: El contratista se compromete a realizar COMPLEMENTACIÓN DE LOS DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE DESCARGA, PARA LA REHABILITACIÓN DE LA MARGEN IZQUIERDA DEL RIO SINU, CAÑO LA CAIMANERA Y SUS CUERPOS ASOCIADOS EN EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA, de acuerdo con las condiciones establecidas en la propuesta presentada y las reglas de participación, las cuales hacen parte integral de este contrato"(folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Para determinar si FONADE incumplió el contrato por no presentar a la Unión Temporal los estudios técnicos adecuados, es necesario analizar lo que pactaron las partes como objeto del contrato. El Tribunal observa que el contrato es un contrato estatal de acuerdo con los artículos 1 y 32 de la Ley 80 de 1993 obra definido por el artículo que para el Tribunal es un contrato estatal de obra definido en la Ley 80 de 1993, lo cual se encuentra precisado, aún más, en las reglas de participación donde consta que el contratista se comprometió, en primer término, a ejecutar la complementación de los diseños de las descargas de las Bocas de Carrillo con el fin de implementar el paso vehicular, por las estructuras de descarga; y en segundo término, a

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

**JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**

realizar la complementación de las mismas. La primera obligación debía cumplirla dentro del término de un mes y la segunda, dentro de los cinco meses posteriores.

A su turno del contrato citado se desprenden entre otras como obligaciones de FONADE las de entregar unos estudios o prediseños sobre los cuales se iba a realizar la complementación de los diseños objeto del contrato y las obligaciones contenidas en la cláusula sexta del contrato.

No está en discusión que transcurrido el primer mes contractual no se entregaron los diseños en la forma convenida y a satisfacción de FONADE, porque según la parte convocante los estudios y diseños entregados por FONADE, adolecían de deficiencias, las cuales fueron puestas de manifiesto por los ingenieros del contratista.

Ciertamente incumbía al contratista velar porque los estudios fueran suficientes y en desarrollo de ello era su deber hacer las observaciones pertinentes y concretamente debía revisar los diseños hidráulicos originales y si estimaba que no eran suficientes debía complementarlos, con base en información adecuada, estudios de modelos matemáticos, cálculos de cotas de socavación, estudios meándricos, entre otros.

Si bien en un principio se pensó en un puente peatonal, oportunamente la convocante tuvo conocimiento que un aspecto esencial de la contratación era la modificación de los diseños del paso peatonal al paso vehicular, para lo cual debía procurar que los mismos fueran suficientes y apropiados, aspecto que encajaba dentro de la complementación de los diseños a que se había obligado.

Conviene observar que en las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, el ingeniero JORGE TORRES LOZANO, respecto del primer interrogante formulado por la convocante, que consistía en determinar si los prediseños entregados por FONADE cumplían los requerimientos indispensables para la complementación de los diseños a que se obligó el contratista, expuso:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

"...resulta claro que FONADE puso a disposición de los proponentes los diseños y estudios para la construcción de compuertas hidráulicas con un paso peatonal con la advertencia de que se estaba licitando la construcción de dichas compuertas con un paso vehicular. En consecuencia, no se puede entrar a calificar si los estudios eran o no idóneos para ser complementados con el contratista, ya que la calificación debía ser hecha por cada proponente al valorar el costo de los estudios que se comprometían a realizar." (folio 221 del Cuaderno de pruebas No. 3)

Por otro lado, en cuanto al primer interrogante de la convocada, que consistía en evaluar el contenido de cada uno de los estudios entregados por FONADE y con base en su análisis técnico pronunciarse sobre si los mismos sirvieron de fuente de información o de base para la elaboración del diseño entregado por la convocada, el dictamen pericial responde:

"...evidentemente los estudios entregados por FONADE, "esto es estudios hidráulicos, mecánicos, topográficos, estructurales, alternativas de ubicación, entre otros..." sirvieron de base, unos mas y otros menos, para cumplir con la obligación contractual de construir la estructura de descargas con paso vehicular, previa la complementación de los mismos que debía concluir con la entrega de un diseño que se ajustara a las necesidades técnicas dentro de las disponibilidades presupuestales establecidas previamente.

Es igualmente cierto que la información hidrológica entregada tenía plena utilización en los análisis posteriores y el estudio hidráulico requería una evaluación y la consiguiente complementación para ajustarlo a los requerimientos de las nuevas estructuras; en menor escala eran utilizables los demás estudios por lo cual le correspondía al Contratista efectuar unos nuevos de acuerdo con lo exigido en las reglas de participación..." (Folio 229)

Por otra parte, en cuanto a la cláusula sexta del contrato, que disponía como obligaciones de FONADE entregar las sumas de dinero convenidas, entre las cuales se encontraba un anticipo del 20% del valor del contrato, una vez perfeccionado el contrato y la vigilancia del contrato mismo, observa el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

tribunal que dicho anticipo fue entregado porque la misma convocante da cuenta de ello en los hechos de la demanda y además posteriormente accedió a la solicitud de devolución hecha por el contratante. También quedó demostrada por medio de los oficios fechados 24 de agosto de 2007; 6 de septiembre de 2007, entre otros, la vigilancia del proceso. Advierte el Tribunal que de dicho anticipo la UNION TEMPORAL ARMANE adeuda a FONADE la suma de \$1.625.909,50, aspecto este sobre el cual las partes no difieren.

Así pues, quedó demostrado el cumplimiento por parte de FONADE, de las referidas obligaciones contractuales, por lo cual no se acede a la primera pretensión de la convocante.

5.1.2. En cuanto a las pretensiones No. 2 y 3

En su segunda petición impetró el demandante: *“como consecuencia de la declaración anterior se condene AL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, empresa industrial y comercial del estado, a pagar a LA UNIÓN TEMPORAL ARMANE, por concepto del segundo diseño entregado por esta, la cantidad de 39.644.812.17, más \$6.343.169.95, por concepto del IVA, para un total de \$45.987.982.12.”*

Y en la tercera: *“Asimismo, como secuela de la declaración impetrada en primer lugar, se condene AL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, empresa industrial y comercial del estado, a pagar a LA UNIÓN TEMPORAL ARMANE, por concepto del primer diseño entregado por esta la cantidad de \$45.987.982.”*

Estas pretensiones imponen estudiar si en realidad hubo entrega por parte del contratista de uno o dos diseños; si el contratista cumplió o incumplió de manera grave el contrato objeto de esta controversia; y si el contratista, tiene derecho al pago de la suma requerida por lo que se determine a continuación.

a. Determinar si el contratista entregó uno o dos diseños:

Al respecto, dado que se trata de un asunto de carácter técnico, estima

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

pertinente el Tribunal remitirse a la prueba pericial que en lo pertinente dictamina:

*"al interrogante No 4 formulado por la convocante, en el sentido de determinar si los productos entregados por la unión temporal como el *vox coulbert (sic)* y el puente reforzado, son simples alternativas de solución o diseños definitivos, de acuerdo con los pliegos, se determinó:"*

"...el 26 de julio de 2007 la UT ARMANE entregó "todos los estudios" correspondientes al diseño de un box-culvert, pero no hizo entrega de los documentos exigidos en el numeral 5.7.3.2 de las reglas de participación.

...la segunda entrega efectuada por la UR ARMANE el 8 de agosto de 2007, fue calificada por la interventoría como "nuevo diseño" y por la gerente de la unidad de FONADE como "propuesta de diseño, que posteriormente complementada por el contratista y le sirvió a FONADE para efectuar su construcción mediante contrato celebrado con la firma GRANDICÓN."

En conclusión, aunque desde el punto de vista técnico la primera entrega se califica como diseño, desde el punto de vista contractual no puede calificarse como tal por cuanto fue descartada por exceder el presupuesto y además no cumplía la totalidad de las exigencias contempladas en las reglas de participación" (folios 224-226)

Por otra parte precisa hacer referencia a los interrogantes No 4 y 5 formulados por el convocado, en los cuales se solicitaba determinar si los productos entregados a FONADE, como box coulber (sic) y el puente reforzado, son simples alternativas de solución o diseños definitivos, de acuerdo a los pliegos y determinar si los productos box coulbert (sic) y el puente reforzado entregados a FONADE son complementación de diseños o diseños, a lo cual se respondió:

"...como ya se dijo en la página 5 de estas aclaraciones, esta alternativa de puente vehicular con vigas en concreto (reforzado o postensado), no resultaban aceptable por cuanto esta solución no

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

permitía la colocación de las compuertas metálicas para el control y regulación de los caudales en las bocas de Vange y de Carrillo, objeto central del proyecto, además de generar dificultades dadas las alturas de las vigas.

En consecuencia, no puede hablarse de dos alternativas de diseño y en este sentido SE CORRIGE la respuesta dada a la pregunta 4 del Dictamen Pericial" (folio 232 del Cuaderno de Pruebas No. 2)

Tal y como se desprende de la prueba pericial, es claro que lo entregado por el contratista en los términos del contrato fue un solo diseño.

b.¿El contratista incumplió de manera grave el contrato objeto de esta controversia?

Con base en la complementación al dictamen pericial procede resolver este interrogante. *"Al interrogante No 11 formulado por la convocante se procede a determinar sobre la idoneidad de los diseños presentados por la Unión Temporal a Fonade en cumplimiento del contrato y de los reparos formulados por la interventora. A lo cual se responde:"*

"...al dar respuesta al cuestionario presentado por el apoderado de la parte convocada, (Pág. 14 y s.s.) se presentan las observaciones de la interventoría y las razones para no conceptuar sobre los avances de los estudios presentados en cada una de las entregas efectuadas por la UT ARMANE, cuyo análisis conlleva a este perito a afirmar que los reparos formulados por el contratista no eran justificados ya que procedió a corregir las fallas anotadas hasta que se presentó la aceptación final por parte de FONADE"

En el proceso obra prueba documental, principalmente representadas en las observaciones de la interventoría, que da fe que el 28 de abril de 2007, fecha de vencimiento del primer mes contractual, no se había realizado la complementación de los diseños no obstante que esa era la fecha en que ha debido concluir esa etapa. Cuatro estudios fueron considerados insuficientes y en los tres restantes hubo falta de información. El 13 de mayo de 2007, nuevo plazo concedido a la UT ARMANE, fue insuficiente la entrega, tal y

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

como lo calificó la interventoría. El 27 de mayo de 2007, cuatro días después de vencido el plazo concedido a la UT ARMANE, el estado de incumplimiento fue resumido así: "*Estudios que se deben complementar: estudio topográfico, geotécnico y de suelos y el estudio hidráulico; Estudios insuficientes: estudio estructural, presupuesto detallado; Estudio sin información: estudio ambiental.*"; y al 17 de junio de 2007, el único avance en relación con lo anterior fue la aprobación de las memorias del cálculo del estudio estructural. Sólo el 25 de junio de 2007, fue entregado a satisfacción de la interventoría el estudio Hidráulico, pero aún quedaban cinco estudios por completar y uno subsistía con la calificación de insuficiente. El 26 de julio de 2007 se entregaron los estudios del box coulvert pero fueron descartados por exceder el presupuesto disponible. El 8 de agosto de 2007 se recibió el diseño de un puente reforzado con pantalla, pero de manera condicionada a que no podía exceder el presupuesto vigente para cada sitio, requiriéndose una entrega definitiva. El 5 de septiembre de 2007, la interventoría notificó a la UT ARMANE de la constitución en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. Según el hecho 20 de la demanda de la convocante, el 7 de septiembre de 2007 la unión temporal volvió a entregar los estudios y diseños a la interventoría con copia a FONADE.

Por eso, al preguntársele al perito, con base en las fechas de entrega y teniendo en cuenta lo dispuesto en el contrato, si el contratista incumplió el plazo contractual, respondió:

" . . . a 5 de septiembre de 2007 no se había terminado de entregar los estudios y diseños pactados, con lo cual se presenta un retraso de 4 meses y 7 días en el cumplimiento del plazo"

Aduce la convocante, en síntesis, que entregó dos planteamientos o alternativas de diseños, con toda la documentación anexa a los mismos; que los estudios hidráulicos entregados por FONADE carecían de un verdadero soporte técnico y por tanto se ameritaba la adopción de un modelo matemático que implicaba mayor tiempo; que el 19 de julio de 2007 se le pidió al contratista un nuevo diseño ajustado al presupuesto inicial; que el 24 de julio de ese mismo año la unión temporal cumplió con la obligación

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

contenida en el contrato y entregó el box couvert y que no se contemplaron los efectos arrolladores que el invierno tuvo en la región.

Considera el Tribunal que la entrega de la complementación de los diseños era una obligación clara y esencial del contrato a cargo del contratista, la cual no se cumplió en los términos convenidos.

Tanto la prueba pericial como la documental allegada al proceso demuestran que la contratista incumplió su obligación de entrega oportuna de las alternativas de diseño; la parte convocante confiesa que sólo hasta el 24 de julio de 2007 la unión temporal cumplió con la obligación inicialmente convenida en el contrato y entregó el box couvert y que el 7 de septiembre de 2007 la unión temporal volvió a entregar los estudios y diseños a la interventoría, lo que implica la aceptación de que antes de esas fechas no se hizo cabalmente.

Adicionalmente, como se concluyó en el dictamen pericial, la entrega del box couvert no podía considerarse como alternativa válida de diseño por exceder el presupuesto del contrato. Así mismo, como lo acreditan las varias cartas de observaciones de la interventoría y la experticia, la unión temporal no acompañó la plenitud de los anexos técnicos a que se comprometió.

Ciertamente el contratista estaba en la obligación de revisar los diseños hidráulicos iniciales y si lo estimaba necesario, efectuar, dentro del término estipulado, la complementación de los mismos, con los modelos matemáticos adecuados, los cálculos de las cotas de socavación, y demás presupuestos técnicos indispensables, en aras de soportar idóneamente su ineludible obligación contractual. Todo lo anterior era condición *sine qua nom* para la ejecución de la segunda etapa del contrato.

De otra parte, no encuentra el tribunal fundamento probatorio al argumento de la convocante de que sobre la marcha del contrato se le impuso la obligación de un nuevo diseño. Del acta de la reunión del diecinueve (19) de julio de dos mil siete (2007) no emerge tal aserto, sino que se le solicitó adecuar el diseño a una franja de las bocas de los ríos Vange y Carrillo y así los costos de construcción podían ser inferiores. La modificación del sitio del diseño realmente no era un nuevo diseño. Como se expone en carta de la

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

interventoría del diecinueve (19) de septiembre de dos mil siete (2007) "*la alternativa en seco no fue un segundo diseño era el mismo diseño de en húmedo pero para la construcción en seco*", lo cual está ratificado en el dictamen pericial. Se reitera que la alternativa del box coulvert que presentó la unión temporal excedía considerablemente el presupuesto previsto para la construcción de la obra.

Se duele la convocante de que FONADE no concedió prórroga al término pactado para la complementación de los diseños. Al respecto considera el tribunal que ello no es una obligación de la entidad contratante y en segundo lugar no están acreditadas circunstancias que impusieran a ésta el otorgamiento de prórrogas.

En cuanto al argumento de la imposibilidad de cumplir con los plazos contractuales por circunstancias climatológicas, considera el tribunal que es cierto que en algunos meses se suele presentar en el país y en particular en determinadas regiones algunas regiones, una etapa invernal o de lluvias. Pero no es menos cierto que el plazo contractual fue aprobado por las partes, sin hacer salvedad alguna. Tampoco existe prueba en el expediente de una especial incidencia de la época invernal en la imposibilidad de cumplimiento contractual y en especial para no cumplir oportunamente con la complementación de los diseños convenidos, pues en la época en que se afirma se presentaron "*los efectos arrolladores del invierno*", no se había iniciado la ejecución de la segunda etapa contractual, en la cual esa situación sí hubiera podido tener un impacto determinante en la construcción de las obras de las Bocas del Vange y Bocas de Carrillo.

Por todo lo anterior queda demostrado el incumplimiento grave por parte del contratista pues en primer lugar, hizo una primera entrega ostensiblemente extemporánea e imperfecta, que como se explicó en precedencia no podía considerarse un verdadero cumplimiento oportuno de su obligación. En segundo lugar, no había justificación válida para su cumplimiento retardado, máxime cuando al haberse estipulado en la cláusula cuarta que el mencionado contrato tenía una duración específica de 6 meses, divididos estos en, un primer mes para la complementación de los diseños y los cinco

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

meses restantes para la construcción de la obra, el contratista empleó en la complementación de los diseños la totalidad del plazo previsto para la ejecución de la segunda fase del contrato.

c. El contrato terminó por vencimiento del plazo o por incumplimiento del contratista.

Está acreditado que en rigor el contratista solo presentó desde el punto de vista técnico y jurídico un diseño y de manera extemporánea; que incumplió el contrato en forma grave y sin justa causa; que FONADE sí cumplió con las obligaciones a su cargo; que por esas razones no se ejecutó por la UNIÓN TEMPORAL ARMANE la segunda fase prevista en el contrato, y que el contrato de obra No 2062397 suscrito entre LA UNIÓN TEMPORAL ARMANE y EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE terminó por la extinción del plazo estipulado. Por todo lo anterior el Tribunal no accede a las pretensiones formuladas por la parte convocante excepto con respecto a la pretensión segunda con las precisiones que más adelante se harán.

d. A pesar del incumplimiento del convenio, tiene derecho el contratista al pago de la complementación de los diseños que finalmente entregó ?

Impetró en su demanda la convocante, en las pretensiones segunda y tercera, que FONADE fuera condenada a pagarle por concepto de la entrega por ésta de cada uno de dos diseños que dijo haber entregado, la cantidad de \$39.644.812.17 más \$6.343.169.95, esto último para un total de \$45.987.982.12.

Como quedó dicho atrás, solamente una alternativa de diseño cumplió los requerimientos contractuales y la complementación exigida por la interventoría fue finalmente entregada por el contratista, por fuera del cumplimiento del término contractual, inicialmente el día 8 de agosto de 2007, posteriormente complementada el 7 de septiembre del mismo año, la cual fue recibida por la contratante pero condicionada a que se ajustara al presupuesto, conforme consta en el dictamen pericial, las memorias del 9 del mismo mes, el hecho 20 de la demanda y la respuesta al mismo. También es

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

un hecho que no está en discusión que los referidos diseños fueron utilizados por la contratante para la construcción de la obra ejecutada posteriormente por la firma GRANCOLOMBIANA DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A. GRANDICÓN S.A., por lo que el no reconocimiento de esa labor podría generar un enriquecimiento sin justa causa por parte de FONADE con el correlativo empobrecimiento injustificado de la convocante. En consecuencia dispondrá el Tribunal que FONADE pague el valor del último diseño-pretensión segunda- del cual se benefició.

Por lo demás expone el Tribunal como una consideración jurídica adicional para acceder a este reconocimiento que hay plena prueba que ambas partes comparten en el sentido de que uno de los diseños elaborados por el contratista fue aprobado por FONADE y empleado posteriormente en la ejecución de la obra por un tercero, la firma GRANDICON S.A., es decir, que por este aspecto aunque fue tardía la ejecución se produjo un efecto útil para el interés público, consideración esta que es acorde con la emitida por el representante del Ministerio Público en su vista fiscal emitida como alegato de conclusión dentro del presente proceso.

5.1.3. En cuanto las pretensiones No. 4 a 8 de la demanda de la convocante

Verificado el incumplimiento grave por parte del contratista, el Tribunal reitera la improcedencia las pretensiones 4 a 8 de la demanda presentada por la convocante, teniendo en cuenta que de ser procedente una indemnización de perjuicios, esta solo podría ser reclamada por quien no dio lugar a la terminación.

Además, en el hipotético caso de que dicha indemnización fuera procedente (es claro aquí no acontece), en el expediente no están probados los perjuicios.

6. De la demanda de reconvención.

En la demanda de reconvención el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE- demandó a la sociedad ARQUITECTOS CIVILES

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

LTDA., al señor SANTANDER MAFIOLY CANTILLO, la Sociedad U.C.O. S.A. y al señor JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES, con el fin de que se declare que los citados, en su calidad de miembros de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE, incumplieron el Contrato de Obra No. 2062397 suscrito entre los referidos Fondo y Unión Temporal y la consecuente resolución del mismo de conformidad con el artículo 1546 del C.C. y, además, que se condene a los demandados a lo siguiente:

A pagar "todos los perjuicios presentes y futuros que se prueben dentro del proceso causados por las actuaciones, omisiones y abstenciones imputables a éstos".

A pagar a la demandante el valor de \$ 297.443.160 por concepto de cláusula penal, de acuerdo con la Cláusula Décima Segunda del Contrato.

A pagar a la demandante los perjuicios adicionales no comprendidos dentro del valor de la cláusula penal, determinados así: la diferencia entre el costo inicial de la ejecución de la obra (\$ 1.441.227.818) y el costo final por el cual se realizó la misma, según el contrato 2072289 y los diseños del contrato 2062397, que asciende a la suma de \$1.729.341.134, y que generó perjuicio por la suma de \$288.113.316; mas los costos administrativos en que incurrió FONADE, estimados en la cantidad de \$103.100.000.

A pagar las costas de proceso y los "*intereses comerciales moratorios a partir de la fecha del vencimiento del plazo de treinta (30) días calendario*", señalado para dar cumplimiento a la sentencia.

Como fundamento de las pretensiones se adujeron, en esencia, los mismos hechos expuestos en la contestación de la demanda (folios 105 a 131 cuaderno principal), y se transcribió la cláusula décima segunda del contrato que dice:

"CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista FONADE podrá ser efectiva la cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al veinte (20%) del valor del contrato, como estimación anticipada y parcial de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCIVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que FONADE pueda solicitar al CONTRATISTA la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que exceda el valor de la cláusula penal pecuniaria”.

En la sesión del Tribunal correspondiente al 27 de abril de 2009, se dispuso en el Auto No. 2, admitir la demanda de reconvención "*respecto de los demandantes iniciales JOSE RAFAEL NEGRETE Y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA ARQCIVILES y rechazarla en relación con SANTANDER MAFIOLY CANTILLO y la sociedad U.C.O. S.A.*". Contra este auto se interpuso recurso de reposición por FONADE, el cual fue decidido en el sentido de confirmarlo, según Auto No. 3 del 13 de mayo de 2009.

Mediante auto que obra en el Acta No. 7 del 26 de octubre de 2009 se ordenó integrar el litisconsorcio, mediante la vinculación al proceso de SANTANDER MAFIOLY CANTILLO y la sociedad U.C.O. S.A., y se dispuso correrles traslados de la demanda de reconvención presentada por FONADE.

La sociedad ARQUITECTOS Y CONSTRUCTORES LTDA., y JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES dieron contestación a la demanda de reconvención de FONADE (folios 179 a 198), en los siguientes términos:

Se opusieron a las pretensiones alegando: i) que quien incurrió en incumplimiento fue FONADE, porque la información suministrada por ella a la UNIÓN TEMPORAL no permitía la complementación de diseños, lo cual a la postre significó hacer nuevos estudios y diseños; ii) que no procede la declaración de resolución del contrato invocando la condición resolutoria tácita, porque esta figura sólo opera en los contratos de ejecución instantánea y no en los de tracto sucesivo, donde sólo procede la terminación ; iii) que carece de soporte el reclamo de perjuicios cuando no sólo el incumplimiento fue de FONADE, sino que los que sufrieron perjuicios fueron

los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE; iv) que no procede la condena al pago de la cláusula penal por no existir incumplimiento imputable a la Unión Temporal, y porque dicha cláusula se pactó "*como un estimativo de los perjuicios sufridos por FONADE, cuyo monto en el hipotético supuesto de darse tendrían que deducirse del total de los causados*". Además, porque que en la forma en que está redactado el contrato no es posible cobrar al

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

mismo tiempo perjuicios y el valor de la cláusula penal; v) que no es viable que FONADE pretenda cobrar perjuicios por el valor de un nuevo contrato para una obra que era necesario realizar, cualquiera que fuera la firma de ingenieros encargada de ejecutarla y cuyo valor debía sufragar de todos modos FONADE, aparte de que ésta no sufrió ningún detrimento patrimonial.

Como hechos que fundamentan la oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención, los demandados adujeron, en esencia, las mismas razones expuestas en la demanda inicial formulada por la sociedad ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES, en el sentido de que el contrato fue cumplido por los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE, e incumplido por FONADE.

Procede el Tribunal a pronunciarse en relación con la demanda de reconvención formulada por FONADE, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La UNIÓN TEMPORAL ARMANE se comprometió de acuerdo con el numeral 5.7.5. de las Reglas de Participación IPG 1741-194050-195038, a presentar por lo menos dos alternativas de solución para los diseños a desarrollarse, las cuales debían tener en cuenta los prediseños, actividades y especificaciones entregadas por FONADE, y contemplar como mínimo las actividades relativas a prediseño técnico, evaluación económica, consideraciones del proceso constructivo, e identificar las posibles dificultades de cada una de las alternativas, bien sea por restricciones tecnológicas, de costos por las condiciones particulares del sitio, o por cualesquiera otra que hagan que la adopción de una alternativa en particular pueda revestir inconvenientes de difícil solución al momento de la ejecución de las obras.

El contratista debía presentar el planteamiento de alternativas de solución en un término máximo de una semana, contada a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCIVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

2. Se encuentra demostrado dentro del proceso con la prueba documental aportada por las partes, los testimonios recepcionados y el dictamen pericial y su aclaración, rendidos por el perito Ingeniero Civil JORGE TORRES LOZANO, prueba que anteriormente fue evaluada en este laudo, que la UNIÓN TEMPORAL ARMANE no realizó oportunamente la complementación de los diseños que le entregó FONADE de las descargas de Bocas de Vange y Bocas de Carrillo con el fin de implementar el paso vehicular, por las estructuras de descarga, y que si bien hizo entrega de algunos documentos, dirigidos al cumplimiento de sus obligaciones, ellos ni fueron puestos a disposición de FONADE dentro de los plazos estipulados, ni reunían los requisitos de calidad y las exigencias de orden técnico y económico previstas en el contrato.
3. Igualmente se encuentra demostrado en el proceso que tardíamente, la UNIÓN TEMPORAL ARMANE presentó una alternativa de diseño que fue acogida por FONADE, la cual sirvió de base para la construcción de la obra que finalmente realizó la sociedad GRAN COLOMBIANA DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A. GRANDICON S.A., y que al no haberse presentado oportunamente las alternativas de diseño y al encontrarse vencido el plazo contractual, dicha Unión no dio cumplimiento a la obligación de construcción de la obra.

En las circunstancias anotadas procede el Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda de reconvención de la siguiente manera:

Se declarará- pretensión primera- que la sociedad ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA ARQCIVILES, el señor SANTANDER MAFIOLY CANTILLO, la sociedad U.C.O. S.A. y el señor JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES, en su condición de miembros de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE, incumplieron el contrato que suscribieron con el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE, el 6 de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

diciembre de 2006.

Se declarará respecto de la segunda pretensión que el contrato, que es de tracto sucesivo, terminó por vencimiento del plazo contractual, lo cual ocurrió el día 29 de septiembre de 2007, según se desprende la carta del 18 de octubre de 2007 y el informe del representante legal de FONADE, razón por la cual se niega la pretensión de la demandante en reconvencción en el sentido de declarar la resolución de dicho contrato a términos del artículo 1546 del C.C.

No se accede a la pretensión tercera de la demanda, por cuanto, primero, se negó la petición de resolución del contrato no siendo viable dar aplicación a lo dispuesto por el art, 1546 del C.C., en lo relativo al pago de perjuicios, y segundo, porque no se demostró dentro del proceso la ocurrencia de perjuicios adicionales a los cubiertos por la cláusula penal, en razón de actuaciones, omisiones y abstenciones imputables a la UNIÓN TEMPORAL ARMANE con ocasión del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Se condenará- pretensión cuarta- a los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE, a pagar la suma de \$297.443.160, por concepto de la cláusula penal pactada en la Cláusula Décima Segunda del Contrato. Ello en razón de que en virtud de esta estipulación se acordó por los contratantes que la UNION TEMPORAL ARMANE, en caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, pagaría al FONADE, como estimativo anticipado de los perjuicios, la suma de dinero equivalente al 20% del valor del contrato, sin que esto impidiera que FONADE hiciera reclamaciones adicionales de otros perjuicios no comprendidos dentro de la cláusula penal.

Igualmente se niega la pretensión quinta de la demanda de reconvencción por las siguientes razones:

Aduce FONADE la ocurrencia de perjuicios adicionales por valor de \$288.113.316, consistente en la diferencia entre el costo inicial de la obra y el costo final de la misma, derivada del contrato No. 2072289

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

celebrado con la sociedad GRANDICON S.A., por las siguientes razones:

La obra finalmente fue ejecutada con el diseño tardío que realizó la UNIÓN TEMPORAL ARMANE.

La construcción de la obra implicó un mayor valor, en razón del aumento de sus costos a causa del desplazamiento del término de duración del contrato. El mayor tiempo en la realización de la obra es imputable al incumplimiento de la UNIÓN TEMPORAL ARMANE y por consiguiente ésta debe correr con el mayor costo de la obra; sin embargo, como la cláusula penal se estipuló por la suma de \$297.443.160, los perjuicios reclamados por FONADE que ascienden a la cantidad mencionada de \$288.113.316 se encuentran incluidos dentro de aquélla. Decidir de otra manera implicaría que el Tribunal ordenara un doble pago de perjuicios, lo cual no se ajusta ni a la ley ni a las estipulaciones contractuales. En cuanto a los costos administrativos pretendidos como perjuicios adicionales por FONADE y determinados en la suma de \$103.100.000, el Tribunal se pronuncia así:

El dictamen pericial (aclaración, cuaderno de pruebas No. 3 folios 215 y ss) rendido por el perito JORGE TORRES LOZANO, se basa: en "la información recibida de FONADE", según la cual se dice que incurrió en costos adicionales por un monto total de \$103.100, conforme a la certificación expedida por dicha entidad. Sin embargo, el citado perito manifiesta: " No se recibió de FONADE la información ni los soportes contables y reglamentarios correspondientes a los costos administrativos (...), razón por la cual no se puede dictaminar sobre su valor." Tampoco la prueba testimonial recepcionada a petición de FONADE ofrece elementos suficientes para valorar tales costos adicionales.

De otra parte, de conformidad con el artículo 262 del C.P.C., que es norma taxativa y no admite por consiguiente su aplicación a casos no previstos en ella, tienen el carácter de documentos públicos las certificaciones que expidan los jueces, las que expidan los directores

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

de oficinas públicas, sobre la existencia o estado de procesos o actuaciones administrativas que según la ley deben realizar, y las que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios, y otros funcionarios públicos en los casos expresamente autorizados por la ley.

Según lo anteriormente expresado la ley procesal no permite que funcionarios públicos, pertenecientes a entidades públicas intervinientes como parte en un proceso judicial, puedan expedir certificaciones destinadas a acreditar hechos para los cuales aquéllas deben acudir a los medios de prueba autorizados por la ley procesal (art. 175 del C.P.C.), más aún cuando precisamente a dichas entidades les corresponde la carga de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art.177 del C.P.C.). Por lo tanto, no es admisible como prueba la certificación expedida por FONADE para acreditar los aludidos perjuicios adicionales.

Con fundamento en lo anterior el Tribunal negará el reconocimiento de los costos adicionales pretendidos por FONADE en cuantía de \$103.100.000.

7. Costas.

Por haber prosperado de manera parcial las pretensiones formuladas por ambas partes, el Tribunal de conformidad con el Art. 392 Num. 6º del C. de P.C., que reza a su tenor: "*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*", el Tribunal, se abstendrá de condenar en costas en razón a dicha circunstancia y a la actividad procesal realizada de los apoderados de las partes. Disponer que los excedentes no utilizados de la partida "*Protocolización y otros gastos*", si los hubiera, una vez cancelados los demás gastos, sean reembolsados en igual proporción a las partes demandante y demandada.

En relación con este punto vale la pena resaltar que según se ha informado

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCIVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

por parte del perito JORGE TORRES LOZANO, no han sido cancelados sus honorarios en la proporción que le corresponde a **JOSE RAFAEL NEGRETE GENES** y la sociedad **ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCIVILES**, por lo cual se requiere a los citados para que cubran los mencionados honorarios.

8. Consideraciones finales.

Finalmente el Tribunal considera necesario advertir a las partes lo siguiente:

Que no obstante que la parte convocante inicialmente fue compuesta por **JOSÉ RAFAEL NEGRETE y ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCIVILES**, posteriormente fueron vinculados al proceso **SANTANDER MAFIOLY CANTILLO** y la sociedad **UCO S.A.** En consecuencia todos los integrantes de la **UNION TEMPORAL ARMANE** quedan igualmente favorecidos o desfavorecidos por las decisiones que se adoptan en este laudo, en razón de los intereses comunes que emanan del contrato de la unión temporal y en proporción a sus participaciones.

9. Parte Resolutiva.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, por unanimidad y conforme a derecho, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada al dictamen técnico rendido por el perito JORGE TORRES LOZANO.

SEGUNDO. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada al dictamen pericial contable rendido por el perito ALEXANDER URBINA AYURE.

TERCERO. Respecto del llamamiento en garantía de la sociedad SEGUROS

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

COLPATRIA S.A., se deniega el llamamiento en garantía que formuló FONADE.

CUARTO. Niéganse las pretensiones formuladas por la parte convocante, excepto la pretensión segunda relativa al pago de la suma correspondiente al valor del segundo diseño, según lo que se establece en el numeral siguiente.

QUINTO. No hay lugar a estudiar las excepciones propuestas por FONADE porque las pretensiones referidas fueron denegadas.

SEXTO. Prospera la pretensión segunda de la demanda y consecuentemente condénase a pagar a favor de **JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES, ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES, SANTANDER MAFIOLY CANTILLO** y de la sociedad **UCO S.A.** como miembros de la UNION TEMPORAL ARMANE, la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$44.362.072,72), como resultado de la compensación parcial que resulta de deducir la suma de UN MILLON SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$1.625.909,5) referido al valor faltante a cargo del contratista de amortización correspondiente al anticipo. Esta suma deberá ser pagada dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la expedición del presente laudo.

SÉPTIMO. Declárase que **JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES, ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES, SANTANDER MAFIOLY CANTILLO** la sociedad **UCO S.A.**, como miembros de la UNION TEMPORAL ARMANE, incumplieron el contrato No. 2062397 que suscribieron con el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE, el 6 de diciembre de 2006.

OCTAVO. Declárase que el contrato mencionado en el numeral anterior, terminó por vencimiento del plazo lo cual ocurrió el día 29 de septiembre de 2007. En consecuencia se niega la pretensión de la demandante en reconvencción en el sentido de declarar la resolución del contrato a términos del artículo 1546 del Código Civil.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

NOVENO. Deniégrese la pretensión tercera de la demanda de reconvención.

DÉCIMO. Respecto de la contestación de la demanda de reconvención, no hay lugar a pronunciamiento del Tribunal por cuanto no se formularon excepciones en parte alguna.

DÉCIMO PRIMERO. Condénase a pagar a **JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES, ARQUITECTOS CIVILES INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA ARQCVILES, SANTANDER MAFIOLY CANTILLO** y la sociedad **UCO S.A.**, como miembros de la UNION TEMPORAL ARMANE, y a favor del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA PESOS MCTE (\$297.443.160), por concepto de la cláusula penal pactada contenida en la cláusula décima segunda del contrato. Esta suma deberá ser pagada dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la expedición del presente laudo. Vencido el plazo anterior se comenzarán a causar los intereses de comerciales moratorios hasta la fecha en la que se realice el pago.

DÉCIMO SEGUNDO. Deniégrese la pretensión quinta de la demanda de reconvención referente a los perjuicios adicionales reclamados.

DÉCIMO TERCERO. En lo no decidido por este Tribunal en los numerales anteriores quedan denegadas las eventuales pretensiones y excepciones formuladas explícita o implícitamente por las partes.

DÉCIMO CUARTO. Abstenerse de condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO QUINTO. Ordenar el pago a los árbitros y al secretario del saldo correspondiente a sus honorarios.

DÉCIMO SEXTO. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y al representante del Ministerio Público.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

JOSÉ RAFAEL NEGRETE GENES y ARQUITECTOS CONSTRUCTORES LTDA. ARQCVILES
Vs.
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

DECIMO SÉPTIMO. Disponer que los excedentes no utilizados de la partida "*Protocolización y otros gastos*", si los hubiera, una vez protocolizado el expediente y cancelados los demás gastos, sean reembolsados en igual proporción a las partes convocante y convocada.

DÉCIMO OCTAVO. Disponer la protocolización del expediente, una vez adquiriera firmeza el laudo, en una Notaría del Círculo de Bogotá. En caso de que el rubro previsto para protocolización no sea suficiente, deberán las partes pagar la suma que sea necesaria al efecto.

La anterior decisión se notifica a las partes en audiencia.

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Arbitro-Presidente

FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES **JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA**
Arbitro Arbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario