

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

BOGOTÁ D.C. DIEZ (10) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013)

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil trece (2013)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO** como parte convocante y de otra parte el **CARLOS JULIO RODRIGUEZ PADILLA, ABRAHAM ESPINOSA DIAZ y INEICA LTDA** como miembros del **CONSORCIO H.S.A.**

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del "*Contrato No. 2051964 de fecha doce (12) de julio de dos mil cinco (2005)*"

2. El Pacto Arbitral.

En el Cuaderno de Pruebas N° 1, a folios 1 a 27 del mismo, obra copia del "*Contrato No. 2051964 de fecha doce (12) de julio de dos mil cinco (2005)*", y en la cláusula quince (folio 8 del Cuaderno de Pruebas), está contenida la cláusula compromisoria, que a la letra señala:

"CLAUSULA DECIMA QUINTA-CLÁUSULA COMPROMISORIA: *Si surgieren controversias de cualquier índole entre el Contratista y FONADE, relacionadas o derivadas de este Contrato, que no puedan ser resueltas de común acuerdo por las Partes y que no esté atribuida por el presente contrato a la amigable composición o no cuente con un mecanismo de solución previsto por el presente contrato, tales controversias serán*

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

dirimidas por un tribunal de arbitramento, incluyendo pero sin limitarse a las que se deriven de su celebración, cumplimiento, terminación y liquidación, y se ceñirá por las siguientes reglas:

- a. Estará integrado tres árbitros designados de común acuerdo entre las partes o, en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, de las listas que le sean suministradas por cada una de las partes.*
- b. La remuneración total de cada árbitro equivaldrá, como máximo a seis meses de salario básico del Representante legal de FONADE del momento en el cual se presente la solicitud de composición del Tribunal. La remuneración del Secretario del Tribunal será la mitad de la remuneración de un (1) árbitro.*
- c. Se regirá por las leyes vigentes al momento de su instalación.*
- d. Funcionará en Bogotá en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la misma ciudad.*
- e. Decidirá en derecho.*

Las obligaciones de las Partes establecidas en este Contrato no se suspenden por el hecho de que se presenten disputas, inclusive durante el tiempo en se estén resolviendo.”

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La demanda arbitral: El día 2 de febrero de 2010, el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE, solicitó a través de apoderado judicial, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias surgidas con los miembros del CONSORCIO H.S.A, el día 2 de mayo de 2012 se presentó un escrito denominado “reforma de la demanda”, la cual se inadmitió mediante decisión de fecha 18 de mayo de 2012, una vez subsanada dentro del término de ley, el Tribunal la admitió mediante auto de fecha 5 de junio

TRIBUNAL ARBITRAL
**FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA**

de 2012 (Acta No. 5).

3.2. Árbitros: Según lo previsto en la ley, los árbitros principales y suplentes fueron nombrados por el Juzgado Trece Civil del Circuito en providencia de fecha de 19 de agosto de 2011.

3.3. Instalación y admisión de la demanda: Previas las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitramento se instaló el 1 de febrero de 2012, 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 Nº 1,), admitió la demanda, designó como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR** y se notificó personalmente a la parte convocada, corriéndose traslado de la misma al apoderado de los convocados.

3.4. Contestación de la demanda: El día 14 de febrero de 2012, dentro del término de ley, los convocados, a través de su apoderado judicial, contestaron la demanda, presentaron excepciones de mérito y solicitaron pruebas.

3.5. Traslado de excepciones: El día 16 de febrero se corrió traslado de la excepción de mérito presentada, el cual se describió mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2012.

3.6.Reforma de la demanda: La reforma de la demanda presentada, se admitió mediante decisión de fecha 5 de junio de 2012 se corrió traslado a la parte convocada quien la contestó dentro del término de ley, el día 22 de junio de 2012, de la excepción de mérito adicional presentada en la contestación de la reforma de la demanda, se corrió traslado el día 26 de junio siguiente y el 29 de junio de 2012 presentó un escrito describiendo traslado de la misma sin haberse solicitado pruebas adicionales.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

3.7. Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios: El día 11 de septiembre de 2012, se realizó la audiencia de conciliación y a continuación la fijación de gastos y honorarios, los cuales fueron cancelados en su totalidad por la entidad convocante.

3.8.-Audiencia de conciliación: La audiencia de conciliación fue fijada mediante Auto de fecha 9 de noviembre de 2011 y se realizó el día 15 de diciembre de 2011 (Acta No.7 folios 396 a 406 del Cuaderno Principal No. 1) declarándose concluida por el Tribunal en la misma fecha. A continuación el Tribunal procedió a fijar los gastos y honorarios del presente proceso.

3.9.-Intervención del Ministerio Público: En el presente trámite arbitral, interviene en su desarrollo el doctor JOSÉ PABLO DURÁN GÓMEZ, en su condición de Procurador Primero Judicial II Administrativo, quien rindió concepto dentro del presente caso.

3.10. Primera audiencia de trámite: El día 3 de diciembre de 2012, se dio surtió la primera audiencia de trámite (Acta No. 10 folios 226 a 240 del Cuaderno Principal No. 1), en la cual el Tribunal asumió competencia, fijó el término de duración del proceso y ordenó continuar el proceso, de igual forma se profirió el auto de decreto de pruebas y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite.

3.11. Instrucción del proceso:

3.11.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes.

3.11.2. Testimonios: En audiencia de 11 de diciembre de 2012 rindió testimonio el señor **CIRO ALBERTO CASTRO** (Acta No. 10) y en audiencia de 22 de enero de 2013, rindieron testimonio los señores **ALBERTO CARDONA BOTERO, PAOLA TATIANA SANDOVAL**

TRIBUNAL ARBITRAL
**FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA**

ALVARO, SONIA PATRICIA GRANADOS VERA, MANUEL ALBERTO TRIVIÑO y HUGO ALBERTO PARRA HOYOS, (Acta No. 12).

Fueron desistidos los testimonios de **RICARDO CARDENAS** y **JORGE HURTADO**, (Acta No. 10), los cuales fueron aceptados por el Tribunal mediante auto de la misma fecha.

De las respectivas transcripciones de los testimonios se corrió traslado a las partes, guardando estas silencio.

3.11.3. Dictámenes Periciales:

3.11.3.1-Dictamen Pericial Técnico: este fue rendido por el perito **GUSTAVO MONTES**, el día 9 de abril de 2013, la apoderada de la entidad convocante solicitó aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial, las cuales fueron rendidos y posteriormente la apoderada de la entidad convocada presentó objeción por error grave contra dicho dictamen pericial.

3.11.3.2-Dictamen Pericial Financiero y Contable: este fue rendido por la perito **GLORIA ZADY CORREA**, el día 11 de febrero de 2013, los apoderados de las partes, dentro del término de traslado solicitaron aclaración y complementación del dictamen pericial, las cuales fueron rendidas por la perito, de las mismas se corrió traslado siendo objetado el dictamen pericial por la apoderada de la parte convocante a 29 de octubre de 2012.

3.11.4 Oficios: Fue remitidos los oficios dirigidos a FONADE y al HOSPITAL DE SAN ANDRÉS, la respuesta a estos fueron recibidas por el Tribunal, agregadas al expediente y puestas a disposición de las partes.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

3.12. Cierre etapa probatoria: Por auto de fecha 18 de junio de 2013 (Acta No. 15), por haberse practicado la totalidad de las pruebas, se decretó el cierre de la etapa probatoria, guardando las partes silencio, se fijó fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión para el día 19 de julio de 2013.

3.13. Alegatos de Conclusión: Una vez recaudado el acervo probatorio, el Tribunal en sesión de 19 de julio de 2013, surtió la audiencia de alegatos de conclusión, en la que cada uno de los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos los cuales forman parte del expediente. Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en esta oportunidad y las pretensiones y excepciones contenidas en la demanda y sus contestaciones, así como en la demanda de reconvención y su contestación.

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 concluyó el día 3 de diciembre de 2012 (Acta No. 9). Por solicitud de las partes el proceso se suspendió durante las siguientes fechas:

Entre el 17 de diciembre de 2012 y el 21 de enero de 2013 (36 días)

Entre el 23 de enero de 2013 y el 28 de enero de 2013 (6 días)

Entre el 19 de junio y el 18 de julio de 2012 (30 días)

Total Suspendido: 72 días.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

De igual forma el Tribunal mediante providencia de 19 de julio de 2013, en ejercicio de la facultad establecida en los artículos 70 de la Ley 80 de 1993 y 26 de la Ley 1150 de 2007 amplió el término del Tribunal por 3 meses adicionales.

En total el proceso se ha suspendido durante 72 días, con lo cual el término se extendería inicialmente hasta el 12 de agosto de 2013 a lo anterior debe añadirse la ampliación por el término de 3 meses, es decir, el plazo para proferir el laudo arbitral es hasta el día 12 de noviembre de 2013, por tanto el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

5. Presupuestos procesales y nulidades sustanciales.

El Tribunal considera que se han cumplido con todos los requisitos necesarios para la validez del proceso arbitral ya que las actuaciones procesales se surtieron con observancia de todas las disposiciones legales, por lo cual no advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede proceder a dictar Laudo de mérito en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

5.1. Demanda en forma: La demanda inicial como la de reconvención cumplieron con los requisitos exigidos por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las admitió y las sometió a trámite.

5.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto de 3 de diciembre de 2012, proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes referidas.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

5.3. Capacidad: Las partes son sujetos capaces de comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación objeto de estudio no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión del Tribunal, son de carácter disponible y, además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos.

6. Partes procesales.

6.1.- Parte Convocante:

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 y las normas que lo modifican, representada legalmente por el señor **LUIS FERNANDO SANZ GONZÁLEZ**.

6.2.- Parte Convocada:

Los miembros del CONSORCIO H.S.A.:

-CARLOS JULIO RODRIGUEZ PADILLA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.746.699 de Barranquilla y con domicilio en la ciudad de Valledupar.

-ABRAHAM ESPINOSA DIAZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 78.690.387 de Montería y con domicilio en la ciudad de Valledupar.

TRIBUNAL ARBITRAL
**FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA**

-**INEICA LTDA**, sociedad colombiana de la clase de las limitadas, 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 ser un proceso arbitral en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados.

8. Pretensiones de la parte Demandante.

La parte demandante en la demanda reformada estableció de manera integrada las siguientes:

1. Que se ordene y proceda a la liquidación del contrato de interventoría No. 2051964, celebrado entre FONADE y el "CONSORCIO H.S.A.", cuyo objeto fue "Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera y Contable para la Construcción del Nuevo Hospital "Timothy Britton" del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina"

2. Que se declare que los integrantes del "CONSORCIO H.S.A.", incumplieron parcialmente sus obligaciones contractuales, surgidas del contrato de interventoría No. 2051964, celebrado con FONADE, pues, según los informes de interventoría y coordinación de FONADE, se evidenció que el seguimiento efectuado por el Consorcio H.S.A. al contrato de obra 2051965, no fue coherente y se presentó de manera incompleta.

3. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato por parte de los integrantes del Consorcio H.S.A., se declare la efectividad de la totalidad de

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

la cláusula penal pecuniaria, pactada por las partes en la cláusula novena del contrato, a favor de FONADE y se ordene que dentro de la liquidación del contrato de interventoría No. 2051964, se incluya el valor total correspondiente a dicha cláusula penal pecuniaria, más la actualización e intereses de mora a que haya lugar.

4. Que se condene a los integrantes del Consorcio H.S.A a indemnizar a FONADE de manera integral por todos los perjuicios causados o que se causen, pasados, presentes o futuros, como consecuencia del incumplimiento del contrato y que resulten probados dentro del presente proceso, más la actualización e intereses de mora a que haya lugar.

5. Que igualmente se condene a los integrantes del Consorcio H.S.A a pagar a FONADE el valor de todos los gastos y honorarios que deba asumir por concepto del funcionamiento del Tribunal de Arbitramento y por honorarios de los Árbitros y el Secretario, así como por la defensa dentro del proceso.

6. Que se condene en costa a los integrantes del Consorcio H.S.A. (sic)"

9. Hechos de la demanda.

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos que relacionan en la demanda, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión, los cuales obran a folios 3 a 6 del Cuaderno Principal No. 1, así:

"1. Entre FONADE y el Fondo Nacional de Regalías se suscribió el convenio Interadministrativo No. 195012, con el objeto de "(...) hacer la entrega por parte del FNR a FONADE de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías asignados para realizar la ejecución del Proyecto de Reposición de la Infraestructura física y

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

dotación de la ESE Hospital "Timothy Britton" del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina."

2. *En ejecución de las obligaciones pactadas en el mencionado Convenio Interadministrativo FONADE suscribió el contrato de interventoría No. 2051964, con el Consorcio H.S.A., celebrado el 12 julio de 2005, cuyo objeto fue la Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera y Contable para la Construcción del Nuevo Hospital "Timothy Britton" del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina."*

3. *Los datos básicos del contrato 2051964 son los siguientes:*

Clase: Interventoría

Objeto: Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera y Contable para la Construcción del Nuevo Hospital "Timothy Britton" del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina."

Contratista: Consorcio H.S.A.

Valor inicial: \$1.079.817.500

Adición: \$247.230.000

Valor nominal:\$1.327.047.500

Valor ejecutado: \$1.327.047.500

Fecha de firma del contrato: Julio 12 de 2005

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Plazo inicial: 19 meses

Fecha de inicio: 18 de julio de 2007

Prórroga 1: 2 meses

Prórroga 2: 2 meses

Prórroga 3: 45 días

Suspensión: 63 días

Fecha de terminación del contrato: 3 de octubre de 2007

4. Durante la ejecución del contrato de interventoría, se evidenció que el seguimiento efectuado por el Consorcio H.S.A. al contrato de obra 2051965, no fue coherente y se presentó de manera incompleta, según se expresa de manera detallada en el oficio interno de FONADE radicado al No. 20092320062993, del 30-03-2009, dirigido por la Gerente de Unidad a la Subgerente de contratación, por medio del cual solicita la aplicación de la cláusula penal pecuniaria.

5. Entre las principales obligaciones contractuales incumplidas por el contratista interventor, que se detallan en el oficio mencionado en el numeral anterior, se encuentran las siguientes:

"- Recibir actividades al contratista de obra a entera satisfacción de la interventoría, cuando no cumplía con la especificación técnica requerida por FONADE.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

- *No responder oportunamente los requerimientos solicitados por FONADE por medio de oficios y verbal par establecer los incumplimientos del contrato No. 2051965.*

- *No tener claro, definido y consolidado cada uno de los incumplimientos del contratista de obra, ya que en varias ocasiones se solicitó a la interventoría el concepto de cada uno de los incumplimientos, y no se tiene respuesta precisa, en su momento.*

- *Entregar a FONADE varios oficios de incumplimiento, donde se evidencia que no se tiene relación y conocimiento entre cada uno de los incumplimientos.*

- *Falta de liquidación del contrato de obra y de interventoría según lo estipulado en el contrato.*

- *Recibir los planos record del contratista sin firmas de cada uno de los especialistas del contratista y entregarlos FONADE sin las firmas de los especialistas de la interventoría.”*

6. *FONADE, ante los múltiples incumplimientos de las obligaciones contractuales del Consorcio H.S.A., mediante oficio Radicado al No. 20095000097311, del 20-04-2009, dirigido por parte de la Subgerente de Contratación de la entidad al Representante el Consorcio H.S.A., le presentó requerimiento por presunto incumplimiento contractual, señalándole las obligaciones dejadas de cumplir y concediéndole un término de cinco (5) días hábiles para efectos de obtener su pronunciamiento sobre los hechos indicados por la interventoría y supervisión como presuntos incumplimientos.*

7. *El contratista interventor dio respuesta al requerimiento anterior, mediante comunicación 2009-430-026633-2, recibida en FONADE el 5 de mayo de 2009.*

8. *La Subgerente de contratación de FONADE, mediante oficio radicado al No. 20095000182031 del 28-07-2009, dirigido al representante del Consorcio H.S.A., le*

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

informa la decisión de la entidad de exigir al contratista el pago de la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato, como consecuencia del incumplimiento de las diferentes obligaciones contractuales y de que el mismo no fue desvirtuado por el contratista en la oportunidad concedida para el efecto por la entidad.

9. En lo referente al valor de la cláusula cuya exigibilidad se decidió por parte de FONADE, en dicho oficio No. 20095000182031 se estipuló lo siguiente:

*"El valor total de la cláusula penal pecuniaria es por el 10% del valor total del contrato que corresponde a la suma de **CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$132.704.750,00) MCTE, ..."***

10. FONADE comunicó al Contratista interventor en el mismo oficio que debía consignar dicho valor en un término no mayor a ocho (8) días hábiles, en la cuenta de ahorros No. 492-32300-1 del Banco de Bogotá a nombre de FONADE y que en caso contrario se procedería a descontar de las sumas a favor del contratista si estas existiesen o a iniciar las acciones a que haya lugar.

11. Hasta la fecha el Contratista no ha cancelado el valor señalado por FONADE, ni tampoco FONADE se lo ha descontado.

10. Excepciones de mérito formuladas por la parte convocada.

1. CUMPLIMIENTO.

2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL.

3. INNOMINADA.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Habida consideración que, la relación procesal en el presente caso se configuró regularmente y adicionalmente en su desarrollo no se observa defecto alguno que invalide dicha actuación en todo o en parte, corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia, para lo cual el Tribunal estima necesario inicialmente pronunciarse sobre las objeciones a los dictámenes periciales, para posteriormente examinar el fondo del litigio.

1. Objeciones por error grave a los dictámenes

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: *“Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso.”*¹¹ Es entonces, en esa doble condición que el Tribunal apreciará y valorará los dictámenes presentados en el presente proceso

Dictamen Financiero – Contable

El Tribunal designó como perito financiero- contable a la Contadora Pública, GLORIA ZADY CORREA PALACIO, la cual en la oportunidad procesal correspondiente rindió el correspondiente dictamen.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-124/11. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Al mismo se le formularon una serie de solicitudes de aclaraciones y complementaciones por parte de lo apoderados de las partes, las cuales fueron resueltas por la profesional y posteriormente objetado en forma parcial por error grave por parte de la convocante.

Sin embargo en los alegatos de conclusión de la convocante no se refiere a las objeciones formuladas en la oportunidad procesal correspondiente y por el contrario, se refiere al mismo para solicitar del Tribunal la aplicación de sus conclusiones y señalar que *“Debe resaltarse en este punto de la prueba pericial que la misma está basada en el exámen (sic) directo que hizo la perito a los libros contables e información financiera oficial de FONADE.”*

Dictamen Técnico.

El Tribunal designó como perito técnico al ingeniero civil GUSTAVO ALBERTO MONTES VILLA., por su experiencia e idoneidad en la interventoría de este tipo de obras. Este rindió las resultas del experticio realizado, concluyendo que no se había presentado incumplimiento por parte del interventor, dictamen al cual se le solicitaron aclaraciones y complementaciones y fueron resueltas por éste en su oportunidad

La apoderada de la parte convocante el 30 de mayo de 2013 presentó al tribunal escrito, en la correspondiente oportunidad procesal, objetando por error grave el dictamen presentado. Señaló en su escrito de objeción al peritaje que se formulaba porque *“... porque el perito no basa su dictamen en lo que era el objeto del mismo, es decir, en certificar el cumplimiento de la norma colombiana de diseño y construcción sismoresistente, si no en otra documentación, tal como especificaciones técnicas, plan de calidad, ensayos, la cual nunca supliría la normatividad objeto del dictamen.*

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Es imposible determinar en cualquier obra, si se cumplió con la normatividad sismoresistente, sin revisar y seguir paso a paso las exigencias de la misma para el efecto.” Y que adicionalmente “... el perito no basa su dictamen en lo que era el objeto del mismo...”

Manifiesta así mismo que el perito no “no encontró inconsistencias en los informes presentados por el interventor y que por el contrario se evidencia el cumplimiento de sus obligaciones contractuales” frente a lo cual reitera que existe error grave porque “...fueron precisamente las inconsistencias presentadas en sus informes las que impidieron no sólo que el contrato de obra no pudiera ser liquidado, si no (sic) además que la reclamación a la Compañía Aseguradora que amparaba al contratista de obra no prosperara.”

Expresa que “el señor Perito en muchas ocasiones responde las preguntas de manera general y sin ningún tipo de soporte, conceptuando que el CONSORCIO H.S.A dió cumplimiento a las actividades y obligaciones a su cargo pero sin detallar ni presentar un análisis específico del estudio e investigación que adelantó y que le permitió conceptuar de la manera como lo hizo” y “...presentando su valoración particular sobre cada uno de ellos, (y) y sólo se evaluó la información referente al Interventor.”

Concluye finalmente que “...a pesar de la respetuosa sugerencia de FONADE al señor perito para que visitara el sitio de la obras en la isla de San Andrés para que pudiera constatar directamente el estado actual del Hospital dado que aún a la fecha se evidencian algunos de los incumplimientos contractuales tanto del contratista de obra como del interventor, el perito no pudo realizar la visita solicitada.”

Para resolver las objeciones por error grave al peritaje técnico, el Tribunal estima pertinentes las siguientes consideraciones:

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, establece la finalidad de la prueba pericial, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 233. PROCEDENCIA DE LA PERITACION. La peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos..."

A su turno el artículo 238 del mismo Código de Procedimiento Civil, en su numeral 4º determina que *"el dictamen se puede objetar por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que haya llegado el perito o porque el error se haya originado en estas"* y el numeral 5º. Ibídem determina que *"5. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen,..."*

No obstante, la objeción por error al peritaje por disposición legal debe de ser grave, esto es, que el error que lo afecte debe ser notorio, protuberante y ostensible, y que tenga tal magnitud que, de no haberse cometido, el sentido y alcance del peritaje habrían sido distintos, lo que expresado en otro términos indica que el error cometido ha de tornar sus conclusiones contradictorias o equivocadas. El error grave es, entonces, una equivocación de gran significación que le quita al peritaje la solidez, fundamentación, seriedad y, sobre todo, el acierto y la verosimilitud de las conclusiones, características necesarias para que el dictamen le preste utilidad al proceso.

Dicho de otra manera, el yerro en el que incurra el peritaje debe de tal entidad que le reste credibilidad al dictamen y, que por consiguiente, no le aporte al juez elementos de juicio serios, confiables y seguros para la acreditación de los hechos consagrados como finalidad del peritaje

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado², sobre la materia, aseguró:

"Se precisa que para que se configure el "error grave" en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C."

Sobre las condiciones que debe reunir la objeción por error grave, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³ ha determinado 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..." pues lo que caracteriza desaciertos de ese 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..."

El artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, consagra las reglas de apreciación del dictamen pericial al establecer que el juez *"Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la*

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 14.287, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Corte Suprema de Justicia, Auto de 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso....”

En ese sentido, el Tribunal Arbitral está en libertad de apreciar la prueba pericial tomando en cuenta factores tales como la idoneidad científica del profesional, la seriedad de sus fundamentos, la claridad y precisión en los términos del dictamen, la objetividad del dictamen, y la correlación lógica entre los presupuestos del dictamen y su conclusión.

Pero aún en el evento que en el dictamen pericial se aprecien errores por parte del juzgador como el endilgado por la convocante en el sentido de que *“Existe error grave porque el perito no basa su dictamen en lo que era el objeto del mismo, es decir, en determinar si el CONSORCIO H.S.A al ejecutar el contrato de interventoría No. 2051964 dio cumplimiento al Manual de Interventoría de FONADE, vigente a la fecha de celebración del contrato del Interventoría 2051964, acta de inicio julio 18 de 2005, firmado el 12 de julio de 2005, correspondiente a la versión No. 1 código MGSOR03, 19 folios, sino que como de manera expresa lo señala al aclarar la pregunta No. 4, página 9, emitió su dictamen con base en el Manual de Interventoría Versión 3, Código MGSOR03 cuya vigencia es a partir del 05-07-2007.*”, doctrinariamente se ha dicho que aunque eventualmente en el dictamen haya algunos errores *“..... si el error endilgado al dictamen no afecta las conclusiones o no se origina en estas, el juez al valorarlo bien puede detectar las equivocaciones, hacer caso omiso de dicho aparte y acoger las conclusiones que no se encuentran afectadas por el error. Las conclusiones del dictamen que son las que realmente atan al juez y a las partes en el proceso, pues son ellas las que van a servir de apoyo para el dictado del fallo, son las que habrán de ser tenidas en consideración.”⁴*

⁴ Daniel Suarez Hernández. “De la Peritación o la Prueba por peritos” Ed. Librería del Profesional

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

De otro lado, el profesor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, sostiene en relación con este tema que: *"... el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte del hecho sobre el cual dictamina, que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del proceso con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada y convincente".*⁵

El tratadista argentino CASIMIRO A. VARELA⁶, citado por el doctor Daniel Suarez Hernández⁷ en la obra precitada, al referirse a la apreciación de la prueba pericial explica las reglas que, en su concepto, debe tener en cuenta el juez al momento de valorarla:

"Establece el art. 477 del CPN que "la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.

"(...)

"Es Mittermaier quien señala que la prueba pericial descansa en un encadenamiento de probabilidades racionales que corresponde apreciar al juez antes de declararse convencido.

⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial.

⁶ VARELA, Casimiro A. Valoración de la Prueba. Editorial Astrea. De Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1990, págs. 194 a 197.

⁷ Daniel Suarez Hernández. Op.cit. pág. 18

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

En todos los casos tendrá que decidir si el informe envuelve en sí convicción.

“La misión del juez, siempre en palabras de este autor, consiste en examinar el informe y compararlo en su forma y tenor con los motivos en que se funda, con las circunstancias y las pruebas de otra naturaleza ya existente en los autos.

“El examen del dictamen implica la consideración de una serie de aspectos,

“... d) QUE NO EXISTAN OTRAS PRUEBAS QUE LE RESTEN EFICACIA. Si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen el dictamen, este pierde eficacia probatoria, ya que la convicción debe partir del análisis global y razonado que se formule del conjunto total de los medios de prueba existentes en la causa.

“Es Guasp quien afirma que la fuerza probatoria de la prueba pericial puede ser enervada mediante la práctica de otras pruebas que arrojen resultados distintos y contrarios al del dictamen, conclusión que aparece lógica si se tiene presente la libertad de apreciación que posee el juez para el examen de las pruebas conforme a las normas de la sana crítica.

“e) QUE NO SE VULNERE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA PARTE PERJUDICADA POR EL DICTAMEN.

Tal requisito es común con el resto de las pruebas, ya que la violación de un principio tal, que tiene raigambre constitucional, acarrea la nulidad del acto procesal.

“... f) QUE LOS PERITOS (sic) SE EXPIDAN DENTRO DE SU COMETIDO. Es exigencia del respeto del principio de contradicción que el dictamen sea producido dentro de los límites fijados por el juez. El dictamen sobre puntos distintos carece de eficacia.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"Igualmente carece de ella el formulado sobre cuestiones de derecho".

Por las razones expuestas, no se pueden considerar como error grave, las simples diferencias de criterio que puedan tener las partes con el perito, es decir, que no constituye error grave el hecho de que no se tenga la misma opinión o línea de pensamiento o criterio del auxiliar, pues lo que se requiere, como se precisó, es que éste haya incurrido en un desacierto protuberante y notorio que aleje su trabajo de la realidad. Por el contrario, la objeción propuesta por la parte convocante, es manifiesta en demostrar su diferencia de criterios en cuanto a los elementos que hicieron parte del dictamen y sobre el cual recayó su experticio.

Como se argumentó con fundamento en la doctrina y la ley, tampoco constituyen error grave aquellas imprecisiones leves que puedan cometerse en el dictamen o las falencias menores que en nada afectan el sentido y la orientación de la prueba, dado que es frecuente que en las experticias se incurra en ciertas imprecisiones e inexactitudes que no alcanzan a configurar un error grave, pues no obstante la existencia de aquellas, las conclusiones del dictamen conservan solidez y fundamentación.

Este Tribunal comparte las conclusiones del Ministerio Público que considera que no le asiste razón al apoderado de la parte demandante al objetar el dictamen afirmando que el perito respondió las preguntas sin "ningún tipo de soporte", por cuanto como él lo manifestó en dicho experticio se soportó en 6 carpetas AZ, que en promedio contenían 400 folios y en los informes mensuales de interventoría suministrados por el interventor, que relacionó en el experticio rendido, en los informes periódicos del interventor, tanto los semanales como los mensuales, en las actividades registradas en las bitácoras, presentadas cada mes a FONADE, en los informes contractuales y en las actas de reunión y comités, pues en ellos se registra y documenta todo lo actuado por el interventor y por todas las partes a las que les incumbe el asunto.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Adicionalmente considera que la prueba documental soporte es suficiente para rendir el experticio.

A partir de las consideraciones expuestas, el Tribunal no encuentra que las razones aducidas para objetar parcialmente por error grave el peritaje contable y financiero y para objetar por error grave el dictamen técnico por parte de la convocada, correspondan a aquellas circunstancias que puedan constituir "error grave" de los peritajes. Por el contrario, lo que el Tribunal observa es que los argumentos expuestos se limitan a rebatir las apreciaciones consignadas por los peritos, en cada caso, y a expresar la discrepancia que cada una de las partes tiene respecto de los resultados de la experticia, lo que no es propio de una objeción por error grave sino más bien cercana a una típica diferencia de criterios que no tiene la entidad suficiente para quebrar la claridad y conformidad del experticio aportado.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal desestima las objeciones por error grave formuladas contra los peritajes rendidos en el proceso y por tanto, encontrando el Tribunal que lo dictámenes rendidos cumplen con los requisitos y las finalidades establecidas por la ley procesal civil, acoge las conclusiones presentadas y declarará no probadas tales objeciones en la parte resolutive de este proveído.

2. Consideraciones sobre el fondo de la controversia

Procede entonces el Tribunal a resolver sobre los puntos puestos a su consideración, para lo cual procederá, en primer lugar, a analizar el régimen jurídico aplicable al contrato, para posteriormente determinar si existió o no incumplimiento parcial de las obligaciones del interventor y si hay lugar a que se declare la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.

2.1 El régimen jurídico aplicable al contrato

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Antes de establecer el régimen legal aplicable al contrato celebrado entre las partes, es importante precisar la naturaleza jurídica de éstas para luego determinar la normatividad que corresponde aplicarle a la relación contractual.

Así pues, en el caso de la parte convocante FONADE es "*una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación*" como lo dispuso el artículo 1 del Decreto 2168 de 1992, modificado por el Decreto 288 de 2004 que en su artículo 1 confirmó la naturaleza jurídica de esta entidad y en el Acuerdo 03 de 2004⁸ expedido por la entidad en ejercicio de las competencias atribuidas por el literal b del artículo 90 de la Ley 489 de 1998.

Su régimen legal es el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero y se rige además por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁹, sus propios estatutos y demás normas que le sean aplicables de acuerdo con su naturaleza. El objeto de FONADE señalado tanto en los estatutos de la entidad como en el Decreto 2168 de 1992, es el

⁸ Artículo 2°. Naturaleza jurídica. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Bancaria.

⁹ ARTICULO 286. ORGANIZACION.

1. Nombre y naturaleza. Reestructúrase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una empresa industrial y comercial del estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.

2. Objeto. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- tiene por objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

3. Régimen legal. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE - se regirá por las disposiciones contenidas en el Decreto 2168 del 30 de diciembre de 1992, por las normas relativas a las empresas industriales y comerciales el estado y por sus estatutos.

TRIBUNAL ARBITRAL
**FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA**

de ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante a financiación y administración de estudios, y la coordinación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

Por otro lado, la parte convocada, es decir, los miembros del CONSORCIO H.S.A., CARLOS JULIO RODRIGUEZ PADILLA, ABRAHAM ESPINOSA DIAZ, personas naturales e INEICA LTDA, sociedad colombiana de la clase de las limitadas, representada legalmente por el doctor IVAN DE JESÚS OSORIO VARGAS, todos ellos se rigen por el derecho privado.

Aclarada la naturaleza jurídica de las partes, procede el Tribunal a determinar el régimen jurídico aplicable al contrato. El párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, vigente a la celebración del contrato (antes de su modificación por la ley 1150 artículo 15) establecía que:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades."

En consecuencia, el régimen aplicable a la contratación de FONADE es el del derecho privado, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 679 de 1994¹⁰ vigente para la

¹⁰ Artículo 21°.- De los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las instituciones financieras. De conformidad con lo previsto en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

época de celebración del contrato, esto significa que sus actos y contratos celebrados con particulares para efectos de desarrollar su actividad funcional se rigen por el derecho privado, sin embargo por tratarse FONADE de una entidad pública el juez del contrato es el juez administrativo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo o el juez arbitral, como ocurre en el presente caso, lo cual no está asociado al régimen sustantivo del contrato, al ser este como ya se dijo de derecho privado, sino a la calidad de entidad pública que le es propia a la parte que interviene en la controversia contractual y por ello, ese criterio subjetivo de parte resulta esencial para determinar el juez de la controversia.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007 (norma procesal para vigente para la fecha de presentación de la demanda), define el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los siguientes términos:

"ART. 1º—El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"ART. 82. —Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de

Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexas con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquélla.

Se entiende incluida dentro del giro ordinario la póliza global bancaria.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley."

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que si bien el contrato por el cual se surtió el proceso arbitral no se encuentra regido por la Ley 80 de 1993, no puede desconocerse que dicho contrato tiene su razón de ser en los convenios interadministrativos suscritos por la entidad contratante con entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 por su naturaleza jurídica y, que por ello, se le aplicarían las normas especiales del estatuto de contratación en las materias por ella reguladas, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998.

El contrato en cita se celebró en el año 2005, cuando para esa época se aplicaba el régimen especial de contratación previsto en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 – entidades estatales financieras-, y por ello, se sujetaba al derecho privado¹¹. Ahora bien, las adiciones y/o modificaciones al contrato – 4 en total- se sujetaron a las normas vigentes para el 12 de julio de 2005, siendo así, se reitera este contrato no se sujeta a las prescripciones de la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007¹², sino por el contrario, por la excepción dispuesta en el referido 32 y sobre la base que su régimen de contratación es privado.

A esta misma conclusión llegó el Consejo de Estado al analizar la naturaleza jurídica de FONADE y el régimen aplicable a su contratación cuando sostuvo:

"Asimismo, la Sección Tercera de esta Corporación dejó claro que los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993 prescriben que las empresas industriales y comerciales, como

¹¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 16.653, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 16.653, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

FONADE, son entidades estatales y, por lo tanto, los contratos que suscriben son de naturaleza estatal y las controversias que se presenten sobre estos son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Concretamente, de acuerdo con las consideraciones expuestas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, quedan claros varios aspectos:

- (i) FONADE es una empresa industrial y comercial del estado, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, vigilada por la Superintendencia Financiera y con domicilio en la ciudad de Bogotá.*

- (ii) De conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del estado, como FONADE, son estatales. Por lo tanto, los conflictos que se suscitaron frente a los contratos de interventoría y consultoría son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el proceso de controversias contractuales.*

- (iii) Las normas sustantivas aplicables a los contratos, esto es, el régimen jurídico del contrato, no inciden en el régimen jurídico procesal aplicable para solucionar las controversias contractuales. Si bien a los contratos en cuestión se les aplican normas de derecho privado, lo cierto es que las controversias que susciten deben ser resueltas de conformidad con las normas procesales previstas en el Decreto 01 de 1984.¹³*

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Sentencia del 27 de septiembre de 2012, Expediente N° 11001-03-15-000-2012-01628-00.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Para concluir, FONADE es una entidad estatal y el régimen procesal aplicable a la resolución de controversias contractuales es el contencioso administrativo, aunque la normatividad aplicable a dichos contratos sea el derecho privado, la demanda que ocupa la atención de este Tribunal, fue presentada en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo y por lo tanto, las normas procesales que rigen lo relativo a dicha controversia, serán la de éste estatuto procesal y no otro.

2.2 Análisis de la caducidad en el contrato de interventoría celebrado entre EL FONADE y el CONSORCIO H.S.A.

El Tribunal procederá a analizar la excepción de caducidad propuesta en la contestación de la reforma de la demanda, toda vez que considera que la misma es presupuesto procesal para el análisis de las pretensiones de la demanda.

Para los efectos de determinar si se ha configurado o no la caducidad¹⁴, lo primero que se debe aclarar es que la acción ejercida es la acción de controversias contractuales regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y por lo tanto el término de caducidad es el establecido en dicho código. El Consejo de Estado, Sección Tercera, en jurisprudencia estable y reiterada ha sostenido:

¹⁴ "La caducidad, como fenómeno procesal que es, se vincula a la existencia de un plazo fijo, perentorio e improrrogable, no susceptible de ampliarse mediante la suspensión ni la interrupción, y que, una vez agotado, sin consideración a situaciones personales del interesado, comporta la extinción de la facultad potestativa que tienen las personas para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado ... para que el fenómeno se produzca, basta que el interesado no haya hecho útil y efectivo uso de su derecho de accionar en el término señalado. Una demanda defectuosa no alcanza a producir el efecto de conformar la relación jurídico procesal y si cuando ello ocurre ha vencido el plazo legal, necesariamente se produce la caducidad de la acción" (Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de noviembre de 1984, Expediente 3153, Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta).

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"En el caso de los tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias surgidas de la celebración, ejecución, terminación o liquidación de contratos estatales, se observa que en principio estos litigios, son controlables a través de la acción contractual contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, cuyo término de caducidad es de dos años, según lo estipula el mismo código en su artículo 136; o sea que la parte de un contrato estatal que pretenda demandar en virtud del mismo para elevar alguna de las pretensiones a las que hace referencia el mencionado artículo 87 – que se declare la inexistencia, incumplimiento o nulidad del contrato, que se ordene su revisión, y se condene a la indemnización de los perjuicios ocasionados, o que se hagan otras declaraciones y condenas -, deberá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, dentro del término legalmente estipulado para ello.

De la misma manera, en el evento en que las partes hayan acordado someter su controversia a la decisión de un tribunal de arbitramento, ellas podrán hacerlo; pero la demanda de convocatoria del respectivo tribunal, deberá presentarse necesariamente dentro del término que legalmente les ha sido otorgado a las partes del contrato estatal, para demandar con fundamento en él, puesto que el mecanismo alternativo de solución de conflictos no puede ser utilizado para obviar la aplicación de una norma procesal, de derecho público, imperativa, como es aquella que establece el término de caducidad de las acciones."

En el contrato de interventoría No. 2051964 celebrado entre con el Consorcio H.S.A el 12 julio de 2005 y FONADE (Cuaderno de Pruebas No 1 Folios 1 al 9), en la cláusula décima octava respecto de la liquidación se pactó:

"CLAUSULA DECIMA OCTAVA-LIQUIDACIÓN: EL presente contrato se liquidará por pate de FONADE dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

la ejecución del contrato y los pagos realizados al CONTRATISTA y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del contrato. PARAGRAFO: los recursos sin ejecutar serán reintegrados a FONADE.”

El plazo de ejecución inicial se pactó¹⁵ en diecinueve (19) meses contados a partir de la fecha de aprobación de la póliza y de la suscripción del acta de inicio por parte del interventor y del supervisor del contrato por parte de FONADE. Mediante PRORROGA 1 Y ADICIÓN 2 CONTRATO 2051964 SUSCRITO ENTRE FONADE Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PADILLA (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 12 al 15) suscrito el 16 de febrero de 2007 se prorrogó el contrato por un término de dos (2) meses contados a partir del dieciocho (18) de febrero de 2007.

El término de ejecución del contrato se prorroga nuevamente mediante PRORROGA 2 Y ADICIÓN 3-CONTRATO 2051964 SUSCRITO ENTRE FONADE Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PADILLA suscrita el 17 de abril de 2007 (cuaderno de pruebas No 1 Folios 16 y 17), por dos meses contados a partir del dieciocho (18) de abril de 2007. Mediante acta del 8 de Junio de 2007 las partes suspendieron el plazo de ejecución del contrato, teniendo en cuenta que el contrato de obra se encontraba suspendido.

Finalmente se suscribe PRORROGA 3 Y ADICIÓN 4 CONTRATO 2051964 SUSCRITO ENTRE FONADE Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PADILLA el 10 de agosto de 2007 (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 18 al 20) mediante la cual se prorroga el término de ejecución del contrato por cuarenta y cinco (45) días contados a partir del 19 de agosto de 2007.

El contrato de Interventoría No 2051964 terminó el 31 de octubre de 2007, y según lo previsto en el mismo, tenían hasta el 29 de febrero de 2008 para liquidarlo de mutuo acuerdo.

¹⁵ Cláusula Cuarta del contrato de interventoría No. 2051964 celebrado entre con el Consorcio H.S.A. el 12 julio de 2005 y FONADE

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que corresponde al artículo 44, ordinal 10°, de la Ley 446 de 1998, regula la caducidad de la acción contractual en la siguiente forma:

- "a) En los contratos de ejecución instantánea, el término de caducidad será de dos (2) años contados desde el día en que se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato.*
- b) En los contratos que no requieran liquidación, la caducidad se cumple al cabo de dos (2) años contados desde el día de la terminación del contrato por cualquier causa.*
- c) En los contratos que requieren liquidación, si ésta se realiza de común acuerdo entre las partes, la caducidad se cumple al cabo de dos años contados desde la firma del acta.*
- d) Si la liquidación se efectúa unilateralmente por la administración, la caducidad se cumple en el término de dos años, contados "desde la ejecutoria del acto que la apruebe".*
- e) Además, si la administración no liquida el contrato dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término convenido por las partes o del determinado por la ley, "el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar".*

De manera que el artículo 136, numeral 10°, del Código Contencioso Administrativo - subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, contiene los plazos para establecer el régimen de liquidación de los contratos de las entidades públicas quedó regulado, en síntesis, en la siguiente forma: el régimen de liquidación de los contratos de las entidades públicas quedó regulado, en síntesis, en la siguiente forma: (i) El plazo acordado en el contrato; (ii) El plazo para hacerlo unilateralmente por parte de la entidad pública, siempre que se cuenta con esa facultad – tal es el caso de las entidades sujetas a la ley 80 de 1993- y (iii) El término de dos (2) años contados a partir del vencimiento de los plazos para liquidar bilateral o unilateralmente para el ejercicio de la acción judicial para pedir la liquidación del contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Respecto del término para liquidar un contrato estatal de tracto sucesivo el Consejo de Estado ha dicho:

"Se destaca el artículo 136 numeral 10 literal del Código Contencioso Administrativo cuando señala que en los contratos que requieren liquidación y esta no es efectuada por la Administración dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto al establecido por la ley, "() el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar ()". Así también lo ha reconocido la jurisprudencia desde hace décadas cuando al pronunciarse sobre la competencia de la Administración para liquidar en forma unilateral el contrato estatal, ha señalado que dicha facultad se extingue con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, ya que es a partir de este momento en que se integra la relación jurídico procesal entre las partes y se torna la controversia en judicial, con efectos vinculantes tanto para el juez como para las partes (...)"¹⁶

Entonces, dado que en este contrato no hubo ni liquidación bilateral, la caducidad para pedir judicialmente la liquidación del contrato, se produce dentro de los veintiocho (28) meses siguientes a la fecha de vencimiento del plazo de ejecución del contrato. En el caso que nos ocupa, no contamos para efectos de determinar la caducidad los dos (2) meses para liquidar unilateralmente el contrato, ya que a la contratación de FONADE se le aplican las reglas del derecho privado como se explicó anteriormente, por lo tanto no podía FONADE proceder a liquidarlo de forma unilateral.

Si el contrato venció el 31 de octubre de 2007, tenemos entonces que la fecha de caducidad para la presentación de demanda en forma es el 28 de febrero de 2010. La demanda se

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Sentencia del 11 de marzo de 2004, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-0022-01(25021).

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

presentó en forma el 2 de febrero de 2010 y se notificó el 1 de febrero de 2012, por lo que los convocados al proponer la excepción de caducidad indicaron que esta se configuró teniendo en cuenta que la demanda no se notificó dentro del año siguiente a su presentación, según lo dispuesto artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época y que prescribía:

"Texto modificado por la Ley 794 de 2003:

ARTÍCULO 90. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado."

La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo, se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

En materia Contenciosa Administrativa es claro que existe una norma especial que es el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, de cuyo contenido se desprende que la caducidad de la acción contenciosa sólo se interrumpe con la presentación de la demanda que cumpla con

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

los requisitos y formalidades previstas en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. Esto es así, por cuanto el juez arbitral reemplaza a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como equivalente funcional de éste.

El Consejo de Estado ha reiterado que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil no tiene aplicación en los procesos que se adelantan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

"El artículo 143 del Ordenamiento Administrativo es de aplicación preferente, lo que descarta el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, sin que la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A. a dicha normatividad, permita tomar las normas procesales civiles en el campo administrativo, pues ello acontece cuando se trate de aspectos no regulados que sean compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta jurisdicción especial. En consecuencia, no se presenta vacío legal, en la medida en que existe un precepto especial administrativo que contempla la caducidad de las acciones y la forma de interrumpirla, por lo que a la luz del artículo 5° de la Ley 57 de 1887 (art. 10° del C.C.), la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, de tal manera que no es posible aducir motivos de interrupción distintos a los previstos en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, lo que hace inviable alegar que caducó la oportunidad para accionar porque el auto admisorio se notificó a la demandada vencidos los 120 días siguientes a la notificación al demandante [versión vigente para la época del artículo 90 del C.P.C.]."¹⁷

En este orden de ideas, no resulta aplicable el citado artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y por ende se aparta de los respetables argumentos del excepcionante, pues como se indicó, el único mecanismo que suspende la caducidad en los juicios contenciosos

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: MARÍA INES ORTIZ BARBOSA, Sentencia del 26 de septiembre de 2007, Radicación número: 25000-23-27-000-2000-01251-01(15721)

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

administrativos es la presentación en tiempo de la demanda y por supuesto, en los eventos de la conciliación prejudicial, por disposición expresa de la ley 640 de 2001. En los demás casos, esa opción queda descartada, además por el carácter de orden público de las normas que regulan tales figuras.

Se comparte la posición del Ministerio Público al momento de rendir concepto sobre el proceso que ocupa a este Tribunal, que al respecto de la caducidad consideró que el asunto objeto de este Tribunal en materia procesal se rige por lo contemplado en el Código Contencioso Administrativo, y en especial por el artículo 136, que regula la caducidad de la acción contractual, por lo tanto la caducidad de la acción, se suspende con la presentación de la demanda y no puede darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, siendo esto así no se debe decretar la caducidad de la acción contractual invocada.

De acuerdo con todo lo anterior, la demanda fue presentada en tiempo y no ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción de controversias contractuales ejercida por el FONADE, alegada por la parte convocada.

2.3 Análisis del contrato objeto de la controversia.

Solicita el convocante entre otros que se declare que *“los integrantes del “CONSORCIO H.S.A.”, incumplieron parcialmente sus obligaciones contractuales, surgidas del contrato de interventoría No. 2051964, celebrado con FONADE, pues, según los informes de interventoría y coordinación de FONADE, se evidenció que el seguimiento efectuado por el Consorcio H.S.A. al contrato de obra 2051965, no fue coherente y se presentó de manera incompleta.”*, pretensión que fue reiterada en la reforma de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Previo a analizar el cumplimiento del objeto contratado, se harán algunas precisiones sobre el contrato de interventoría.

2.3.1 El Contrato de Interventoría

La interventoría, es una tipología contractual, dirigida a vigilar y controlar el cumplimiento de obligaciones de otro contrato en cualquiera de las actividades que lo integran tales como aquellas de carácter técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico. No puede pasarse por alto una característica esencial de tal modalidad, que está fortalecida con el desarrollo de actividades técnicas y especializadas, por lo general, asociadas a las ciencias de la ingeniería. Por su parte, al referirse a la definición del contrato de interventoría el Consejo de Estado ha expresado:

*"Con fundamento los artículos 28 y 29 del Código Civil, la Sala aprecia el criterio de interpretación gramatical, de conformidad con el cual se consulta el diccionario de la Real Academia de la Lengua, donde aparece como segunda acepción de "interventor", la de "persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección". Desde la perspectiva legal, a la cual también remiten los artículos referidos, se tiene que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en el numeral 1, al tratar el contrato de obra hace referencia a la interventoría pero no la define, como tampoco lo hace ese artículo en su numeral 2, incisos 2 y 3, cuando se refiere la interventoría como una modalidad de consultoría, ni el artículo 53 del mismo estatuto, en el cual se prescribe respecto de la responsabilidad de los interventores. No obstante, una norma jurídica, y a la vez técnica, de la mayor importancia para efectos del caso concreto, el Decreto 2090 de 1989 "por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura", en el numeral 6 indica que **"se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción"**. Por último, la jurisprudencia de*

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

la Sección Primera del Consejo de Estado ha afirmado que el contrato de interventoría "tiene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato."¹⁸ (Negrilla fuera de texto)

La doctrina lo ha definido como:

"Podemos definir el contrato de interventoría como aquel que busca controlar, vigilar, inspeccionar la celebración, ejecución, desarrollo y finalización de un contrato primigenio, instrumentando conocimientos científicos, técnicos y tecnológicos que son equivalentes o similares a quien presta las obligaciones en contrato principal."¹⁹

La existencia de la interventoría en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación. La norma establece que "las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato", por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración- que ejerza directamente dichos control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, "(...) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266).

¹⁹ Parra Parra, José Eurípides, El contrato de interventoría, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colección de Estudios Breves, pagina 37.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual²⁰

La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 53 del Código Único Disciplinario –Ley 734 de 2002- respecto de las obligaciones del interventor consideró:

"(...) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Sentencia 28 de febrero de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199).

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.²¹

Se puede decir entonces, que la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato, siendo así, el interventor debe realizar inspección de las obras, impartir órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucionar inquietudes, hacer recomendaciones y sugerencias, pedir cambios, evaluar y aprobar los trabajos, rechazar las actividades inadecuadamente ejecutadas, requerir informe del cumplimiento de las obligaciones, es decir, tiene que hacer todo lo que esté a su alcance para estar en contacto directo con el contratista y verificar que se dé cumplimiento al objeto contractual.²²

2.3.2 Análisis del cumplimiento del objeto contractual pactado.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

A continuación procederá el Tribunal a analizar los supuestos incumplimientos en las obligaciones contractuales endilgados por la convocante a los convocados:

Recibir actividades al contratista de obra a entera satisfacción de la interventoría, cuando no cumplía con la especificación técnica requerida por FONADE.

Al respecto la parte convocada en la contestación de la demanda (cuaderno principal No 1, folios 145 a 154) manifestó:

"Sobre el particular hemos de manifestar que no es cierto, porque el consorcio interventor durante la ejecución del contrato de interventoría siempre veló porque el Consorcio del Norte ejecutara las obras con las características, calidad y especificaciones técnicas requeridas a través de las especificaciones técnicas del contrato; tal como se puede evidenciar en los protocolos de entrega y recibo que reposan en el informe final de la interventoría entregado a FONADE, documentos que fueron realizados conjuntamente entre los profesionales de la interventoría, los profesionales del Consorcio del Norte y con la supervisión permanente de los asesores de FONADE".

Es una afirmación bastante imprecisa, ya que la parte convocante no determina cuáles son las actividades que el interventor recibió a entera satisfacción y que no cumplían con las especificaciones técnicas, sin embargo en el acta de recibo y entrega del contrato de obra No 2051965 (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 104 a 173), se puede observar que se dejó constancia de los ítems que no cumplían con lo pactado.

En el oficio No 20092320062993 del 30 de marzo de 2009 dirigido a la Gerente de Unidad de FONADE (Cuaderno de Pruebas No.1 Folios 28 a 45) se informó que en el acta de terminación del contrato de obra se dejó observación para 135 actividades contractuales que no habían sido

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

cumplidas por el contratista a la fecha de terminación del contrato, algunas de esas actividades se encontraban en ejecución y otras necesitaban ajustes.

En la pregunta número 13 del dictamen pericial técnico "*Indicar si el contratista interventor recibió a satisfacción las obras de la Kerapasta y de los pisos de las salas de cirugía del Hospital de San Andrés ejecutadas por el Consorcio del Norte y el valor de las mismas.*", el perito concluyó:

“ü *RESPUESTA A LA PREGUNTA 13.*

En el acta de entrega y recibo final del contrato de obra 2051965, se pudo evidenciar en el ítem 18.2 – Kerapasta sobre muros fachada, tiene como Unidad de medida M2, aparece cantidad recibida 0.00. Por lo anterior se puede afirmar que el interventor no recibió a satisfacción las obras de la Kerapasta sobre muros fachada.”

En el acta de entrega y recibo, se observa el recibo y aceptación final del ítem 13.4 – Piso antiestático sala de cirugía Unidad de medida M2, cantidad recibida 205 m2, valor Unitario \$75.881,40 para un valor total de \$15.555.687.

De acuerdo con lo determinado por el perito y con lo consignado en el acta de entrega y recibo final del contrato de obra 2051965, la interventoría sí dejó constancia que esta obra no fue recibida.

El testigo CIRO ENRIQUE CASTRO ÁLVAREZ, manifestó haber sido director de interventoría del Hospital de San Andrés e ingresó al proyecto en marzo de 2006, y estuvo hasta diciembre del 2007. En cuanto al recibo de las obras informó que la interventoría siempre dejó constancia de que trabajos no cumplían con las características pactadas:

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"Fonade a través de sus asesores en la parte final para la entrega de los equipos y entrega de la dotación en general y de la planta física se hicieron las inclusiones por parte de Fonade y en eso estábamos también la interventoría, ya en el proceso de medición de obra como tal, durante todo el desarrollo de la obra no participaban ellos porque ya era una cuestión de residentes en obra, pero sí supervisaban cada trabajo por ejemplo el sistema de gases medicinales ellos opinaban, revisaban: esto está bien, esto está mal, corrijan aquí.

La parte eléctrica tenían su ingeniero eléctrico como asesor que hacía las pruebas del caso, solicitaba la documentación si el equipo cumplía o no cumplía, la certificación, las normas como... todo eso fue revisado por Fonade también". (Folio 29 de la transcripción del testimonio)

El señor MANUEL ALBERTO TRIVIÑO DELGADILLO manifestó al despacho en diligencia llevada a cabo el día 22 de enero de 2013 que se vinculó al proyecto del Hospital de San Andrés cuando éste ya llevaba aproximadamente cuatro meses de ejecución, era un asesor electricista de FONADE en el proyecto, y estuvo en el mismo proyecto hasta cuando faltaba alrededor de un mes para acabarse la obra debido a que se terminó su contrato, por lo que no tuvo injerencia en el proceso de liquidación final. Informó que aunque se cambió la marca de la planta eléctrica, la que se instaló cumplía con las especificaciones técnicas pactadas.

El testigo HUGO ALBERTO PARRA HOYOS manifestó al despacho en diligencia llevada a cabo el día 22 de enero de 2013 haber participado en la interventoría de los asuntos técnicos a través de FONADE y en el acompañamiento que se le hizo a ese hospital, básicamente desde su inicio hasta su terminación (diciembre de 2007). Informó al Despacho que al momento de iniciar la ejecución de la obra fue necesario ajustar los diseños y estudios que se habían elaborado. Que se presentaron problemas la pintura que estaba especificada, ya que era una kerapasta

TRIBUNAL ARBITRAL
**FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA**

producto que se había utilizado en Hospitales y el contratista siempre tuvo resistencia a colocar esta pintura, también afirmó que:

"El contratista siempre presentó resistencia a cumplir con aquellas actividades que no lo favorecían una de esas era la pintura y habían otras actividades si no estoy mal los equipos que se me demoró muchísimo en colocarlos, si mal no estoy los colocó una vez después de vencido su tiempo contractual."

En el acta de liquidación del Contrato No 2051965 suscrita entre FONADE y el Consorcio Norte (Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 180 a 187), se dejó constancia de las obras realmente ejecutadas sus valores y los descuentos a hacer al contratista.

En el acta de terminación del contrato de obra (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 409 a 413), el CONSORCIO H.S.A relacionó las actividades ejecutadas, las que se encontraban en ejecución y las que no cumplían con las especificaciones técnicas.

No responder oportunamente los requerimientos solicitados por FONADE por medio de oficios y verbal para establecer los incumplimientos del contrato No. 2051965.

Al respecto la parte convocada en la contestación de la demanda manifestó:

*"No es cierto. Por que el CONSORCIO H.S.A, **durante la ejecución del contrato de interventoría**, siempre estuvo atento y respondió de forma inmediata las solicitudes realizadas por FONADE" (Sic)*

El testigo CIRO ENRIQUE CASTRO ÁLVAREZ, manifestó al respecto:

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"De todas maneras todas las solicitudes que hizo Fonade en su momento 2 años, 3 años después nosotros siempre hemos estado atentos y le hemos dado respuesta ya sea a los correos electrónicos o a los oficios, en fin cualquier solicitud, digamos que yo quería resaltar también que durante la ejecución del contrato de la interventoría que es en este caso en el cual estamos tratando, nunca tuvimos un oficio con un requerimiento de Fonade en nuestro incumplimiento por alguna razón o en alguna de nuestras funciones ni de los asesores tampoco, los asesores se limitaban a pasar su informe a Fonade."
(Folio 11 de la transcripción)

En cuanto a no responder oportunamente los requerimientos hechos por FONADE para establecer los incumplimientos del contrato de obra, observa el Despacho que existen sendas comunicaciones del CONSORCIO H.S.A dirigidas a FONADE, en los que informa con detalle los incumplimientos y atrasos del Consorcio del Norte (Informe Semanal No 55 del 22 de enero de 2007, oficio No CE-HSA-1332 del 8 de marzo de 2007, entre otros).

No tener claro, definido y consolidado cada uno de los incumplimientos del contratista de obra, ya que en varias ocasiones se solicitó a la interventoría el concepto de cada uno de los incumplimientos, y no se tiene respuesta precisa, en su momento.

Al respecto la parte convocada en la contestación de la demanda manifestó:

"No es cierto. Por que el consorcio interventor, durante la ejecución del contrato de Interventoría, solicito oportunamente la aplicación de multas al Consorcio del Norte, determinando de manera clara, definida y consolidada los incumplimientos del Contratista cumpliendo con sus obligaciones contractuales. Lo anterior se puede evidenciar entre otros en los oficios CE-HSA 1332 del 8 de marzo de 2007, CE-HSA 1607 del 27 de agosto de 2007, CE-HSA 1613 del 4 de septiembre de 2007" (sic)

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

El CONSORCIO H.S.A informó a FONADE mediante el Informe Semanal No 55 del 22 de enero de 2007 (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 63 a 66) que el Consorcio del Norte registraba un atraso de 3 meses aproximadamente con respecto al cronograma de obra.

Mediante oficio No CE-HSA-1332 del 8 de marzo de 2007 (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 63 a 66) el CONSORCIO H.S.A informó a FONADE los atrasos del Consorcio Norte como ya se les había informado en comunicaciones anteriores, que la fecha de entrega pasó de ser del 20 de enero de 2007 al 20 de marzo de 2007, ya que el contrato tuvo que ser prorrogado debido a que se incluyeron mayores cantidades de obra no previstos en el contrato inicial, finalmente, solicitó al FONADE que se aplicará la cláusula penal pecuniaria al contratista por la mora en el cumplimiento de las obligaciones.

Se realizaron diferentes reuniones entre contratista; FONADE e Interventor, para tratar de solucionar los inconveniente presentados sin embargo no fue posible cumplir con la programación, el Consorcio Norte no entregó las obras en el plazo contractual.

El Consorcio envió a FONADE el oficio CE-HSA-1613 (cuaderno de pruebas No 1 Folios 91) informándole que el contratista no cumplió con la entrega de la totalidad de las obras de construcción del Nuevo Hospital de San Andrés, en la fecha prevista contractualmente y se anexó la relación de las actividades que faltaban por ejecutar.

La interventoría elaboró el acta de terminación del contrato de obra No 2051965 (Cuaderno de Pruebas No 1 Folios 81 a 90), en la cual dejó constancia, respecto del incumplimiento del contratista, que impedía el recibo a satisfacción de las obras por parte de la Interventoría las cuales se adjuntaron en documento anexo.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

El 19 de octubre de 2007 Mediante Oficio No CE-HSA-1646 (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 103 a 175) dirigido a YOLANDA ASTRID RODRIGUEZ Gerente de Unidad Técnica de FONADE el CONSORCIO H.S.A remitió el informe final de interventoría, acta de recibo del contrato de obra y proyecto de acta de liquidación.

El 4 de diciembre de 2007 el CONSORCIO H.S.A recomienda nuevamente a FONADE aplicar la multa debido al incumplimiento del contratista mediante oficio No CE-HSA-1650 (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folio 176)

En el dictamen pericial practicado por GUSTAVO ALBERTO MONTES VILLA²³, a la pregunta *"Determinar las inconsistencias presentadas en los informes, comunicaciones y actas preparados por el CONSORCIO H.S.A en su condición de interventor del contrato de obra No. 2051965, especialmente en los correspondientes a las actas de terminación de obras, de entrega y recibo de obra, de liquidación del contrato, así como en el informe técnico firmado conjuntamente con FONADE en febrero de 2008 con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato de obra."*, el perito respondió:

"Revisadas las actas de terminación del contrato de obra No.2051965, con fecha del 31 de Agosto del 2007, se deja plasmado que: "Prevía revisión de los productos o bienes, se constató que éstos no se encuentran terminados, existiendo algunos productos o bienes que no se ejecutaron y otros que requieren ajustes y/o reparaciones que impiden el recibo total a satisfacción por parte de la interventoría, los cuales se relacionan en el documento anexo al presente, denominado observaciones a la ejecución de actividades por parte del Consorcio del Norte."

²³ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 1 a 25.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

En el acta de entrega y recibo final del contrato con fecha 30 de Octubre 2007, se pudo determinar que las diferencias en cantidades de obra entre el acta de terminación del contrato y el acta de entrega y recibo final del contrato, obedeció a que el contratista constructor continuó ejecutando obras durante el periodo comprendido entre el 31 de agosto y 30 de Octubre del 2007, disminuyendo así las actividades pendientes por ejecutar. (Ver anexos del 6 al 14).

Por tanto no puedo hablar de la existencia de inconsistencias, sino mas bien de información correspondiente a diferentes momentos de seguimiento al desarrollo de los trabajos ejecutados por el contratista de las obras, donde evidentemente por cuenta del tiempo transcurrido entre uno y otro, presenta cambios en la información contenida, dado que se le permitió al contratista de la obra, la de ejecución de actividades por fuera del plazo del contrato y como parte del recibo de las obras." (Sic) (Página 16 del dictamen.)

De acuerdo con lo afirmado por el perito, se puede concluir que el CONSORCIO H.S.A contrario a lo alegado por la parte convocante, si dejó constancia de los incumplimientos del contratista en el acta de entrega y recibo final del contrato de obra, así como en el acta de terminación del contrato de interventoría.

Entregar a FONADE varios oficios de incumplimiento, donde se evidencia que no se tiene relación y conocimiento entre cada uno de los incumplimientos.

Al respecto la parte convocada en la contestación de la demanda manifestó:

"No es cierto. A pesar del desconocimiento que FONADE pretende dar a la documental aportada y a los testimonios que se recaudarán en el proceso, resulta evidente que varios fueron los oficios y varias fueron las reuniones donde el Interventor evidenció

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

ante FONADE LSO incumplimientos del Contratista. Otra cosa es que FONADE haya sido en extremo tolerante, por decir lo menos, y haya permitido, quien sabe por qué razón, la ejecución de la Obra a pesa de las continuas advertencias y declaraciones de incumplimiento pro parte del interventor hoy demandado”(sic)

A la pregunta No 6 *“Determinar las inconsistencias presentadas en los informes, comunicaciones y actas preparados por el CONSORCIO H.S.A en su condición de interventor del contrato de obra No. 2051965, referentes a supuestas cantidades de obra revisadas y conciliadas; cantidades de obra pendientes por revisar y conciliar y actividades de obras ejecutadas sin legalizar y su valor-”*el perito contestó:

“En comunicaciones cruzadas entre el contratista constructor Consorcio del Norte, CONSORCIO H.S.A Interventor del Contrato de Obra No. 2051965, y funcionarios de FONADE, se pudo evidenciar que se realizaron reuniones el 6 y 28 de Marzo del 2008, en las oficinas de la Compañía Aseguradora de Fianzas – Confianza S.A, en donde la aseguradora invitó a los representantes de los consorcios constructor e interventor y a los funcionarios de FONADE, a realizar una visita de carácter técnico para efectuar la revisión final de la obra, en especial aquellas cantidades o actividades que no se incluyeron en el acta de recibo final, con el fin de llegar a un acuerdo y liquidar el contrato.

Se evidencia también la existencia de un documento firmado por el representante legal del Consorcio del Norte con el Representante Legal del CONSORCIO H.S.A, en la oficina de Valledupar el 26 de Septiembre del 2008, donde se definen las actividades a realizar en la visita de carácter técnico que se realizaría para verificar las cantidades en reclamación.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Al respecto de los mismos, la información contenida en cada uno, corresponde con la situación al momento en que fueron elaborados y firmados, dado que el contratista de la obra adelantó actividades por fuera del plazo del contrato dentro de la etapa de entrega y recibo de las obras.”

Es evidente que el CONSORCIO H.S.A informó constantemente a FONADE, por escrito y en las reuniones que se realizaban, en detalle los incumplimientos del Consorcio Norte, tanto que en repetidas oportunidades solicitó que se hiciera el cobro de la multa por incumplimiento.

Falta de liquidación del contrato de obra y de interventoría según lo estipulado en el contrato.

Al respecto la parte convocada en la contestación de la demanda manifestó:

“Mediante oficio CE-HSA 1646, del 19 de octubre de 2007, la interventoría en cumplimiento a la cláusula quinta del contrato 2051964, hace entrega del informe final de Interventoría, con sus respectivos anexos, con corte a octubre 3 de 2007, y los proyectos de liquidación de los contratos, con el objeto de someterlo a revisión y aprobación por parte de FONADE.”

Aduce la parte convocante que faltó la liquidación del contrato de obra y de interventoría. En la cláusula quinta del contrato se establecieron las obligaciones del contratista, en las cuales no se hace referencia al respecto, sin embargo en el MANUAL DE INTERVENTORIA Versión 3, Código

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

MGSOR03 cuya vigencia es a partir del 05-07- en el Numeral 6 se establece en el subnumeral 6.1 OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR las siguientes²⁴:

- Suscribir las actas de inicio, recibo parcial de obra, seguimiento a los contratos, terminación, entrega y recibo final y proyecto de liquidación que se produzcan con ocasión de la ejecución del contrato.
- Elaborar el proyecto de liquidación del contrato objeto de la interventoría en un tiempo máximo de 2 meses contados a partir de la fecha de terminación y remitir a FONADE para su revisión y aprobación final junto con la totalidad de los soportes.

Mediante oficio CE-HSA 1646 del 19 de octubre de 2007 (Cuadernos de Pruebas No. 1 folio 103), la interventoría remite el informe final de Interventoría, con sus respectivos anexos, y los proyectos de liquidación de los contratos, con el objeto de someterlo a revisión y aprobación por parte de FONADE

El perito GUSTAVO ALBERTO MONTES VILLA a la pregunta *“Si la interventoria tenía dentro de sus obligaciones contractuales la de elaborar y tramitar el acta de liquidación del contrato de obra No. 2051965, en caso de haberse elaborado el acta mencionada, si esta fue aprobada y firmada por el contratista Consorcio del Norte y por FONADE y si el contrato se liquidó con base en el proyecto de acta preparado por el Interventor”* respondió:

ü *RESPUESTA A LA PREGUNTA 5.*

²⁴ Según el dictamen pericial rendido por GUSTAVO ALBERTO MONTES VILLA.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

La Interventoría tenía dentro de sus obligaciones, presentar una proyección del acta de liquidación del contrato de obra, la cual se anexó en el informe final de interventoría, de acuerdo con la obligación contractual. No se observa obligación contractual de la interventoría de adelantar los trámites internos para continuar con el trámite de dicha liquidación, distinto a la firma de la misma. Este procedimiento posteriormente fue realizado por Fonade y al parecer con base en el modelo suministrado por el Interventor, como se puede evidenciar en el documento anexo.” (Ver folios 80 al 87)

El testigo CIRO ENRIQUE CASTRO ÁLVAREZ, manifestó al respecto:

“Pues nosotros elaboramos los proyectos de las actas y fueron enviados y entregados a Fonade en el último informe que se rindió para que la entidad contratante en Fonade revisara, aprobara o firmara porque ya eso era potestad de Fonade, nosotros llegamos hasta el punto de proyectar todas las actas de recibo, de terminación de contrato y de liquidación de contrato.” (Folio 30 de la transcripción del testimonio)

No puede atribuírsele al interventor la obligación de suscribir el acta de liquidación del contrato de obra, ya que esto es del resorte de la voluntad de las partes del contrato, el CONSORCIO H.S.A cumplió con la obligación de proyectar el acta de liquidación y enviarla a FONADE, pero era FONADE quien debía proceder a liquidar el contrato de mutuo acuerdo en primera instancia, en caso de no lograrlo acudir al juez para hacerlo.

Recibir los planos record del contratista sin firmas de cada uno de los especialistas del contratista y entregarlos FONADE sin las firmas de los especialistas de la interventoría

Al respecto la parte convocada en la contestación de la demanda manifestó:

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"El Consorcio H.S.A en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, solicitó al Consorcio del Norte según oficios CE-HSA-1182, CE-HSA-1471, CE-HSA-1512, CE-HSA-1532, CE-HSA-1541, CE-HSA-1561, CE-HSA-1638, CE-HSA-1640, corregir los planos records, de acuerdo a las observaciones realizadas a cada uno de ellos.

En el informe final de interventoría folio 621, se hace relación de planos records, que se recibieron por parte del Consorcio del Norte en medio magnético (el Consorcio del Norte no los entregó impresos), y fueron revisados por el Director de Interventoría Ciro Castro, con corte a 31 de agosto de 2007.

Como se puede apreciar en las reglas de participación del contrato de obra y manual de interventoría, en ningún documento se afirma que los planos records deben llevar las firmas de cada uno de los especialistas, tanto del contratista como de la interventoría."

En las comunicaciones que obran a folios 188 a 205 del Cuaderno de Pruebas No. 1 se evidencia que el CONSORCIO H.S.A requirió constantemente al Consorcio Norte para que remitiera en debida forma los planos record de la obra.

El perito a la pregunta "Si la Interventoría exigió durante la ejecución del contrato de obra No 2051965 la elaboración, aprobación y firma de planos de construcción y planos record y en caso afirmativo si estos fueron aprobados por la Interventoría y si fueron entregados a FONADE con el cumplimiento de los requisitos técnicos y legales del caso." Respondió:

ü **RESPUESTA A LA PREGUNTA 6.**

La interventoría durante la ejecución del contrato de obra N° 2051965, exigió al constructor la elaboración de los planos records, los cuales a su vez fueron revisados y

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

firmados por el interventor como se puede evidenciar en los documentos anexos. (ver folios 55 al 72).

A la pregunta "Indicar si los planos record de la obra deben ser firmados por los especialistas que los elaboran, si efectivamente fueron firmados por estos en el caso particular y si la interventoría recibió los mismos" el perito afirmó:

ü *RESPUESTA A LA PREGUNTA 10.*

Revisadas las Reglas de Participación, Manual de Interventoría y las obligaciones contractuales, se pudo evidenciar que no era obligatorio que los planos record de la obra debieran ser firmados por los especialistas que elaboraron el diseño. Efectivamente, de la documentación revisada se evidencia que la interventoría supervisó su elaboración y los aprobó. (Ver oficios anexos folio del 55 al 72).

El perito a la pregunta "Indicar si los planos record de la obra debe ser firmados por el contratista constructor de la obra, si efectivamente fueron firmados por éste en el caso particular y si la interventoría recibió los mismos." Contestó:

ü *RESPUESTA A LA PREGUNTA 11.*

Los planos record de obra, deben ser elaborados y firmados por el constructor y revisados y aprobados por la interventoría. Efectivamente se cumplió con este procedimiento. (Ver oficios anexos folios del 55 al 72).

De acuerdo con lo determinado por el perito y las comunicaciones obrantes en el expediente, se puede concluir que el CONSORCIO H.S.A cumplió con la obligación de exigir la entrega de los planos record de la obra.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Del análisis del acervo probatorio observa el Tribunal que el Contrato de Obra 2051965 objeto de la Interventoría desplegada por el CONSORCIO H.S.A fue modificado y adicionado en diferentes oportunidades, razón por la cual también tuvo que ser modificado y adicionado el contrato de interventoría en 4 oportunidades, lo que permite deducir que desde el comienzo del desarrollo del contrato de obra se presentaron dificultades en su ejecución, presentándose mayores cantidades de obras y obras adicionales que no estaban previstas, lo que dificultó la labor del interventor, debido a que se tuvieron que hacer cambio a los diseños, así lo afirmó el señor CIRO ENRIQUE CASTRO ALVAREZ en el testimonio rendido ante el Despacho (folio 6 de la transcripción del testimonio).

Del testimonio rendido por el señor ALBERTO CARDONA BOTERO el 22 de enero de 2013, no se puede extraer información exacta que permita al Tribunal dilucidar los supuestos incumplimientos alegados por la parte convocante, teniendo en cuenta que subgerente técnico de FONADE desde el 30 de enero de 2007 el hasta 17 de mayo de 2010 cuando lo encargaron de la gerencia. Manifestó al despacho que:

"Durante el contrato se tuvieron muchos inconvenientes para la terminación de las obras, pero los inconvenientes más graves fueron para el recibo de la obra, el recibo de la obra fue con inconvenientes para la fecha de terminación que era en agosto de 2007, faltaba por terminar varias cosas y por este motivo se trató de sancionar al contratista de obra y hacer requerimientos a la aseguradora para que pagara la póliza de cumplimiento si mal no estoy, pero por la información entregada por la interventoría no se pudo llevar a cabo las sanciones pertinentes, eso es lo que recuerdo así más o menos."

"yo recuerdo que para agosto cuando se terminó el contrato, no sé si en el mismo agosto o en septiembre se entregó el acta de terminación, en el acta de terminación

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

había una serie de actividades las cuales no había terminado el contratista o no había realizado el contratista de obra, después de eso, no recuerdo, en noviembre o en diciembre más o menos hubo diferentes informes de la interventoría pronunciándose sobre las obras no realizadas o mal realizadas por el contratista”

A pesar de las imprecisiones de este testimonio, se pueden concluir que eran evidentes los inconvenientes presentados en el contrato de obra y que la interventoría si se los informó a FONADE.

En el dictamen pericial practicado por GUSTAVO ALBERTO MONTES VILLA, el perito a la pregunta *“Determinar las actividades de interventoría realmente ejecutadas por el CONSORCIO H.S.A en cumplimiento del contrato No. 2051964; las actividades de interventoría ejecutadas defectuosamente por el CONSORCIO H.S.A y las actividades de interventoría no ejecutadas por el mencionado contratista, a pesar de haber sido parte del objeto del contrato, indicando el valor contractual de todas estas actividades”* respondió:

“Bajo la revisión de los documentos aportados, he observado que el interventor CONSORCIO H.S.A, dio cumplimiento a las actividades y obligaciones a su cargo en el desarrollo de las obras objeto de supervisión. De la inspección documental se verifica la entrega de los informes pactados con el contenido acorde con el desarrollo del proyecto, así como la atención de los requerimientos particulares formulados por FONADE a lo largo del tiempo de desarrollo del contrato. No se evidenció llamado de atención o formulación de queja alguna, durante el período de desarrollo del contrato, por parte de la Supervisión de FONADE.

Teniendo en cuenta la información que reposa también en las actas de comité, pude evidenciar que se atendieron los requerimientos que se presentaban a lo largo del proyecto de acuerdo con los ítems tratados en cada unas de las reuniones y se

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

evidencia, seguimiento, control y medidas tanto preventivas como correctivas de las actividades que se trataban en cada uno. Adicionalmente, son también evidentes las medidas correctivas y preventivas de los hallazgos evidenciados diariamente y documentados en la bitacora que se encuentra documentada.” (Sic) (Folio 14 del dictamen)

Para el perito de la documentación aportada para realizar su dictamen, no se puede concluir que el interventor haya incumplido sus obligaciones contractuales.

El tratadista Valencia Zea respecto del incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor ha dicho:

“El deudor que no ejecuta su obligación o la ejecuta tardíamente, compromete su responsabilidad si ha obrado con culpa, es decir, si el incumplimiento le es imputable subjetivamente.

En todo caso, en lo que se relaciona con el Código Civil y con las legislaciones modernas, la culpa del deudor se realiza automáticamente por el simple hecho de no cumplir su obligación. En efecto, conforme al segundo párrafo del art. 1604, “el deudor no es responsable del caso fortuito” (o fuerza mayor); y según el párrafo 3º del mismo artículo, la prueba del caso fortuito o fuerza mayor incumbe “al que lo alega”. En forma bien clara agrega el primer párrafo del artículo 1733: “El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega”. Resulta pues, que el deudor no es responsable del

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

incumplimiento cuando se debe a una imposibilidad absoluta, vale decir, a fuerza mayor o caso fortuito; pero en todos los demás casos responde del incumplimiento.”²⁵

En relación con este mismo tema la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"(...) la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones presupone la cabal concurrencia de los siguientes requisitos: a) la infracción de la obligación, violación que, conforme a las prescripciones contenidas en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, puede deberse al hecho de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento; b) que, por regla general, esa transgresión sea imputable a la culpa o al dolo del deudor; c) que el acreedor sufra perjuicios; y d) que el deudor se encuentre en mora, en tratándose de obligaciones de dar o de hacer.(...)”²⁶

De conformidad con los Artículos del 1602 al 1617 del Código Civil, la responsabilidad civil contractual se determina con la existencia de los siguientes elementos: un vínculo jurídico del cual se deriva una obligación (que debe haber nacido y haberse hecho exigible), el incumplimiento de la obligación asumida por parte del deudor de la misma, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable al deudor, el daño sufrido por quien alega ser el acreedor de la obligación, y el nexo causal entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor de la obligación, mediante el cual se demuestre claramente que el daño es la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de las obligaciones pactadas.

²⁵ Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, Tomo III, De Las Obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 1968, pág. 356-358.

²⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P: Jorge Antonio Castillo Rugeles, 7 de noviembre de 2002, Ref. Expediente No. 6566.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

El fundamento de la responsabilidad civil es el incumplimiento de una obligación preestablecida, lo que a su vez exige, que el acreedor pruebe la existencia de dicha obligación, demostrando no sólo la existencia del contrato celebrado entre las partes, sino que en dicho contrato se dispuso el nacimiento de la obligación cuyo incumplimiento alega, así como el contenido y alcance de la misma de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1757 del Código Civil por lo tanto, le correspondía en este caso a la convocante demostrar la existencia del contrato celebrado, cuáles obligaciones había sido incumplidas por la interventoría en la ejecución del contrato celebrado, los daños sufridos por el incumplimiento y el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

La Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 18 de diciembre de 2008, expediente No 88001-3103-002-2005-00031-01, considera al daño como un elemento estructural de la responsabilidad civil, dicho aparte jurisprudencial dice lo siguiente:

"De suyo, que si el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda, salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible".

El Consejo de Estado al analizar la solicitud de una declaratoria de incumplimiento contractual reitero que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, así afirmó:

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"En la demanda se pidió la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad demandada y como consecuencia de ello, su condena al pago, entre otros, de las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por el contratista y no reconocidas por la entidad contratante, razón por la cual, al demandante le asistía el deber de comprobar su propio cumplimiento y el alegado incumplimiento de la administración, demostrando que ella ordenó y accedió a la ejecución de las obras adicionales y mayores cantidades de obra sin reconocer su valor, cuyo pago reclama. (...) En relación con la carga de la prueba, se observa que el artículo 177 del C. de P.C. consagra este principio procesal, al establecer que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo cual se traduce en una indicación al juez sobre el sentido de su decisión, en aquellos eventos en los cuales el proceso queda huérfano de pruebas en relación con la causa-petendi, es decir cuando no se acreditan en el plenario los hechos de la demanda o de la contestación, que dan sustento a las pretensiones de la parte actora o a la defensa de la parte demandada, teniendo en cuenta para ello, a quién le correspondía aportar la prueba y por lo tanto, ante su omisión, debe soportar las consecuencias de que la misma no obre en el proceso."²⁷

El éxito de la acción de controversias contractuales cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios, presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Sentencia del 29 de febrero de 2012.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

El Ministerio Público en su concepto consideró que las imputaciones de incumplimiento hechas por parte de la convocante al CONSORCIO H.S.A son bastante imprecisas, sin embargo, de lo que se probó en el curso del proceso puede concluir que la ejecución del contrato de obra no se dio de manera pacífica y se presentaron innumerables inconvenientes en su ejecución, no se demostró que el interventor no remitiera periódicamente los informes sobre el desarrollo del contrato a FONADE, que estuvo en constante contacto con contratista y contratante velando por la correcta ejecución del objeto contractual, por lo tanto, en consonancia con lo que determinó el perito considera que considera que no se probó dentro del expediente el incumplimiento parcial de las obligaciones del interventor.

Del plenario no se puede concluir que el CONSORCIO H.S.A haya incumplido parcialmente sus obligaciones contractuales, por el contrario, realizó el seguimiento acorde a lo dispuesto por el contrato y el manual de interventoría de la entidad, informó constantemente a FONADE de los incumplimientos del contratista, recomendó que se iniciara el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, participó en los recibos definitivos de las obras, dejó constancia de los incumplimientos del contratista y elaboró proyecto de acta de liquidación del contrato.

Las partes el 31 de octubre de 2007 suscribieron el acta de terminación del contrato de interventoría (Cuaderno de Pruebas No. 1 folio 409 a 413) y en la misma se expresó: "*con el fin de terminar el contrato de interventoría anteriormente citado, dado que el consultor, cumplió con el objeto del contratado en el plazo establecido*". En este punto, sí que resulta contrario y atentatorio de la buena fe contractual, el comportamiento desplegado por la parte convocante, quien indudablemente se ha ido en contra de sus propios actos contractuales, pues no se aviene a dicho principio que se haya declarado en el pasado que el interventor atendió completamente sus obligaciones y años más tarde, quien ha dejado tal constancia, afirme todo lo contrario y peor aún con argumentos huérfanos de prosperidad, como lo ha corroborado este

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Tribunal. Tales conductas, han merecido el reproche del propio Consejo de Estado²⁸, que sobre el punto, ha afirmado lo siguiente:

"40. En el tráfico jurídico el ordenamiento reprocha, pues, el no mantener la palabra dada, el alejarse a la lealtad de lo acordado y por ello es preciso impedir venire contra factum propium, esto es, no es lícito ni tolerable hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior:

Si el contrato fue firmado por el contratista sin objeción alguna, hay que entender que aceptó la forma de pago en él plasmada, vale decir, 'mediante presentación de cuenta de cobro acompañada del acta de recibo de la mercancía' y que le es aplicable en consecuencia, la doctrina de los actos propios según la cual 'a nadie es lícito venir contra sus propios actos', lo cual le impedía demandar posteriormente derechos contractuales que debieron ser reclamados por el contratista en la debida oportunidad²⁹".

De esta forma, si FONADE, suscribió el acta de terminación del contrato de interventoría y allí hizo constar que su colaborador cumplió con todas las obligaciones a su cargo, es extraño y contrario a la buena fe contrariar una conducta contractual anterior, para señalar que incumplimientos sí hubo y peor aún en contra de la prueba que milita en el expediente demostrativa de lo contrario.

La labor del interventor es hacer seguimiento a las obligaciones del contratista, para informarle el avance y cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato a la entidad contratante, sin embargo, no hay que dejar de lado que la dirección del contrato la tiene la entidad y es a

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", Sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 24.106, C.P. Dr. Danilo Rojas B.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 2000, rad. 10399, CP Ricardo Hoyos Duque.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

esta a quien le compete tomar las medidas necesarias para lograr su efectivo cumplimiento, así lo ha reiterado el Consejo de Estado, al afirmar que *"a las entidades estatales les corresponden las facultades-deberes de dirigir y controlar la ejecución del contrato, por lo cual deben estar siempre atentas al desarrollo o estado del mismo y deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su adecuada y oportuna ejecución."*³⁰

No cumplió la parte convocante con la carga probatoria de demostrar el incumplimiento contractual de la parte convocada, no solo porque ni siquiera fue precisa al momento de hacer las imputaciones de incumplimiento, sino porque no aportó prueba de ello al proceso, ni de los supuestos perjuicios causados con dicho incumplimiento, razón por la cual la pretensión de declaratoria de incumplimiento parcial de las obligaciones del CONSORCIO H.S.A no está llamada a prosperar.

2.3.3 De la Cláusula Penal Pecuniaria.

La cláusula penal pecuniaria constituye un cálculo anticipado de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato, de tal manera que una vez probado aquel, no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta establecida en la referida cláusula, se encuentra definida en el artículo 1592 del Código Civil³¹.

El Consejo de Estado respecto de la naturaleza jurídica de la cláusula penal pecuniaria expresó:

"Como en el actual Estatuto General de Contratación de la Administración no existe una regulación de las cláusulas penales o de las multas o similares y el artículo 13 del mismo expresamente remite la regulación de los contratos a los Códigos de Comercio y Civil, las

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.14287.

³¹ "...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

entidades estatales pueden acordar las cláusulas penales reguladas por el derecho privado a las que se ha hecho mención en éste acápite. Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa "pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado," proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la "falta, exceso o delito", como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente. Se trae a cuento esta definición con el fin de indicar que una estipulación contractual denominada "multas" puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal, implica por sí misma que se esté pactando una "sanción pecuniaria" a manera de potestad exorbitante. Habrá que analizar en cada caso concreto el pacto en cuestión, aplicando las reglas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, según las cuales debe estarse a la intención de las partes una vez sea conocida claramente, y también la que expresa que el sentido en que una cláusula sea capaz de producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. Además, como ya se dijo, si hay ambigüedad sobre la función que cumple la cláusula penal, debe tomarse como estimatoria de los perjuicios. Por el peso de la tradición en la práctica cotidiana de los contratos estatales, se siguen estipulando cláusulas que se denominan multas o penal pecuniaria que, al no tener referente legal vigente, en lo posible deben ser tenidas como válidas e interpretadas bajo la regulación de las cláusulas penales, pues, se reitera, conforme al mandato del artículo 1620 del Código Civil, "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno." La validez de éstas estipulaciones se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, pues si bien los contratos estatales son por lo general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado durante la etapa

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

precontractual, solicitando las modificaciones al mismo en las oportunidades previstas al efecto, de manera que no pueden luego alegar la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones penales para eludir el pago de las sanciones que voluntariamente convinieron. En consecuencia, debe primar la verdadera intención de las partes que, a pesar de su inadecuada titulación, decidieron acordar un apremio, una garantía o una valoración de perjuicios, y éste es el efecto legal que debe prevalecer al interpretar el contrato en el que se incluyeron. (...)

(...) De suerte que si hay mora, lo obvio es que el deudor pague la obligación accesoria acordada en la cláusula penal, y si no lo hace, el acreedor puede acudir al juez para pedir que ejecute a su deudor para hacer efectivo el cobro de la sanción; salvo que el contrato no preste mérito ejecutivo, caso en el cual habrá que acudir al juez para que declare que el deudor está obligado a pagar el valor de la pena estipulada.”³²

Teniendo en cuenta lo anterior, es válido pactar este tipo de cláusula en los contratos estatales como ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo, para declarar su efectividad debe acudirse al juez ya que no se trata de una facultad exorbitante de la administración. En la cláusula novena del citado contrato de interventoría, las partes, pactaron la cláusula penal, así:

"En caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, FONADE, podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, como estimación anticipada y parcial de 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 del valor de la cláusula penal pecuniaria. PARAGRAFO. EL CONTRATISTA

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de mayo de 2006, Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00050-00(1748).

TRIBUNAL ARBITRAL
**FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA**

autoriza que FONADE descuente las sumas que le adeude, los valores correspondientes a la cláusula penal pecuniaria”.

La Subgerente de contratación de FONADE, mediante oficio con radicación No. 20095000182031 del 28 de julio de 2009, dirigido al representante del CONSORCIO H.S.A., le informa la decisión de la entidad de exigir al contratista el pago de la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato, como consecuencia del incumplimiento de las diferentes obligaciones contractuales. En el mismo oficio informó al contratista que debía consignar dicho valor en un término no mayor a ocho (8) días hábiles, en la cuenta de ahorros No. 492-32300-1 del Banco de Bogotá a nombre de FONADE y que en caso contrario se procedería a descontar de las sumas a favor del contratista si estas existiesen o a iniciar las acciones a que hubiere lugar.

Dicha comunicación no puede ser considerada como un acto administrativo por medio del cual se esté haciendo uso de una facultad exorbitante, ya que como explicó el Tribunal, el régimen jurídico aplicable al contrato celebrado entre FONADE y el CONSORCIO H.S.A es el de derecho privado, y como ha expresado el Consejo de Estado, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito³³, razón por la cual podía FONADE simplemente requerir al contratista para que efectuara el pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, sin embargo, al rehusarse el CONSORCIO H.S.A a realizar este pago debía acudir al juez del contrato como efectivamente lo hizo, para que sea el juez quien proceda a declarar su efectividad.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Sentencia del 28 de septiembre de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00494-01(15476).

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

La jurisprudencia del Consejo de Estado³⁴, sobre la temática anterior, es la siguiente:

"Dicho de otro modo, si bien es cierto que en los contratos celebrados por la Administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal³⁵, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es menos que la Administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 14 de 1991".

Así las cosas, resulta claro que FONADE, carece de facultades para hacer efectiva directamente y ante sí una cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, pues esa función es privativa de los jueces competentes y en efecto, ese fue el procedimiento empleado por la parte convocante. Por lo tanto, debe aclararse que no se juzga, en este caso, la legalidad de un acto administrativo que hace efectiva una cláusula penal, sino más bien, si hubo o no incumplimiento atribuible al convocado para hacer efectiva la pena en su contra.

³⁴ *Ibídem*. También puede verse Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", Sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20.968, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁵ Son sanciones que no son extrañas a los contratos del derecho privado, dado que en ese régimen las partes pueden legalmente pactarlas, pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Por otro lado, el Ministerio Público, al analizar la pretensión incoada por la parte convocante de hacer efectiva la cláusula penal, consideró que al no haberse probado el incumplimiento del CONSORCIO H.S.A esta pretensión no está llamada a prosperar, conclusión que comparte este Tribunal, ante la inexistencia de la prueba de las imputaciones que atribuyó FONADE en su demanda al convocado.

En este orden de ideas, no se accederá a las pretensiones de incumplimiento propuestas por la parte convocante en contra de la parte convocada, pues se reitera, no se probó tales desatenciones a los deberes prestacionales a cargo del contratista, pues muy por el contrario, lo que sí brilló fue la diligencia del interventor en el cumplimiento de sus tareas.

El Ministerio Público al analizar la pretensión incoada por la parte convocante de hacer efectiva la cláusula penal, consideró que al no haberse probado el incumplimiento del CONSORCIO H.S.A esta pretensión no está llamada a prosperar.

De acuerdo con lo que se ha expuesto hasta este punto al considerar que no se configuró incumplimiento de las obligaciones contractuales del CONSORCIO H.S.A., no hay lugar a declarar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

2.3.4 Liquidación judicial del Contrato No. 2051964

Acorde a lo solicitado por la Parte Convocante en su pretensión primera, la cual permaneció inmodificada en su texto y esencia en la reforma de la demanda, (folio 183 del Cuaderno Principal), el Tribunal procede a resolverla. La petición se formuló así:

"1. Que se ordene y proceda a la liquidación del contrato de interventoría No. 2051964, celebrado entre FONADE y el "CONSORCIO H.S.A.", cuyo objeto fue "Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera y Contable para la Construcción del Nuevo Hospital

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"Timothy Britton" del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina"

Sobre esta pretensión, el apoderado de la parte convocada afirmó lo que sigue a Folio 150 del cuaderno principal:

*"en mi calidad de apoderado de los integrantes del CONSORCIO H.S.A, me opongo a todas y cada una de ellas, **excepto a la relativa a la liquidación judicial del contrato**, donde por supuesto deberán reflejarse los valores pendientes de pago al contratista, retenidos injustamente por Fonade, debidamente actualizada conforme a la ley"*

Como quiera que la Parte Convocada no se opuso a ésta pretensión y en su lugar, manifestó en el alegato de conclusión que había coadyuvado la mencionada pretensión (Página 5 del alegato de conclusión). El Tribunal procederá a estudiar la petición, no sin antes detenerse a analizar los sustentos jurídicos que soportan la liquidación del Contrato No. 2051964, para luego, y una vez dilucidado los alcances de ésta, a la liquidación del contrato, ordenando el pago de todas las sumas a favor de cualquiera de las partes, y que sean resultantes de la misma.

Liquidación judicial de los contratos celebrados por entidades públicas.

Ahora, el Tribunal ya se ha pronunciado sobre el régimen jurídico aplicable al presente contrato así como a la inexistencia de actos administrativos por parte de FONADE, por lo que en este punto el Tribunal no se detendrá. Sin embargo, previo a la liquidación del Contrato objeto de litigio, se encuentra procedente realizar las siguientes precisiones conceptuales.

La liquidación de un contrato de tracto sucesivo, como lo es el de Interventoría, sea en sede judicial, por mutuo acuerdo entre las partes o por decisión unilateral de una de ellas, tiene

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

como principal objeto determinar la realidad económica del contrato una vez éste ha terminado y se han presentado circunstancias que le han llevado a la necesidad de su liquidación.

La jurisprudencia Arbitral ha considerado que *"jurídicamente la liquidación de un contrato tiene por objeto establecer la forma como las partes han cumplido las obligaciones derivadas de un contrato, determinar qué aspectos quedan pendientes, y como consecuencia de ello, finiquitar las relaciones entre ellas en los términos que se expresan en la respectiva de liquidación, ya sea indicando que quedan pendientes de cumplimiento algunas obligaciones, ya para declarar que las dos partes quedan en paz y a salvo recíprocamente."*³⁶

Igualmente, el Consejo de Estado ha definido la liquidación de los Contratos de la siguiente manera:

*"La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes (...)"*³⁷.

³⁶ Laudo AIRE AMBIENTE S.A. v. CONCRETO S.A., BRG SOCIEDAD DE INVERSIONES LTDA.-BRG LTDA. 10 de marzo de 2013. Arbitro Único: JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente No. 10.608. recogido y reiterado por la misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la Sentencia de marzo 9 de 1998, expediente No. 11.101. y Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp. 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239) M.P. Mauricio Fajardo Gómez

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

En este orden de ideas, la liquidación persigue producir un cierre definitivo del contenido obligaciones para señalar en qué estado quedan las partes frente a la ejecución del contrato y por supuesto, también, qué obligaciones quedan pendientes de cumplimiento.

Diferencias entre liquidación y terminación

Resulta pertinente como antecedente, que el tribunal se pronuncie respecto de la diferencia existente entre la terminación del Contrato y la liquidación del mismo, pues estos dos eventos corresponden a estadias diferentes y posteriores a la relación contractual.

Una cosa es la terminación del Contrato, y otra diferente la liquidación del mismo. En el primer evento, se está ante la finalización de vínculos obligacionales determinados por el contenido contractual, mientras que en el segundo evento, nos encontramos ante el balance final realizado por las Partes contratantes sobre el cumplimiento del contrato. En ese sentido, todo Contrato podrá terminar entre otras causas, por el mutuo acuerdo de los contratantes, por cumplimiento del objeto contratado, por el acaecimiento del plazo resolutorio o por la terminación unilateral del Contrato por alguna de las partes.

Descendiendo al caso en concreto, y habida cuenta de las consideraciones previas del Tribunal sobre el cumplimiento por parte del contratista, se tiene que las partes, por intermedio del representante legal del CONSORCIO H.S.A y la Supervisora designada por FONADE para el Contrato, suscribieron el Acta No. 1 de terminación del Contrato de Interventoría el día 31 del mes de octubre de 2007(folio 389 y vto del Cuaderno de Pruebas No.1), dando por terminado el Contrato de Interventoría por cumplimiento del objeto contractual.

No existe prueba en el proceso, que luego de haber declarado la terminación del contrato, las Partes liquidaran de común acuerdo el Contrato en los términos contractuales. La Cláusula Décima Octava de dicho documento, previó sobre el particular, lo siguiente:

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

"CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA – LIQUIDACIÓN: El presente contrato se liquidará por parte de FONADE dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato y los pagos realizados al Contratista y los acuerdos a que lleguen las partes sobre la ejecución del contrato. PARÁGRAFO: Los recursos sin ejecutar serán reintegrados a FONADE."

Visto que las partes no lo hicieron de común acuerdo, corresponde entonces, proceder a la liquidación económica del Contrato No. 2051964, para lo cual el Tribunal encuentra procedente hacer un recuento y pronunciarse sobre las pruebas conducentes para tal liquidación, lo cual se realizará sin perjuicio de las consideraciones realizadas anteriormente sobre el cumplimiento del CONSORCIO H.S.A.

Valor y Plazo del Contrato

El Contrato de Interventoría No. 2051964 suscrito el 12 de julio de 2005 (Folios 1 a 9 del Cuaderno de Pruebas No.1) estableció el precio del Contrato en su Cláusula Segunda en 1.079.817.500 pesos M./cte., bajo la modalidad de precio global, esto es, abarcando todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución del Contrato. Igualmente, la Cláusula Cuarta del Contrato estableció un plazo de 19 meses, el cual sería contado a partir de la Orden de Inicio y la fecha de aprobación de la Póliza.

Observa el tribunal que tanto el Plazo inicial del Contrato como el valor del mismo, fueron modificados por las partes en repetidas ocasiones, tal y como se lee a continuación, lo cual se hace necesario repetir en este capítulo.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

El valor del Contrato fue luego modificado y ampliado de común acuerdo por las partes contratantes mediante el documento denominado "MODIFICACIÓN Y ADICIÓN 1 CONTRATO 2051964 SUSCRITO ENTRE FONADE Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PRADILLA" suscrito el 6 de septiembre de 2006 (obrante a folio 10 del Cuaderno de Pruebas No.1) que adicionó el valor del Contrato en una suma de 60.575.000 pesos M. /cte.

El 16 de febrero de 2007 se suscribió por las partes el documento denominado "PRORROGA 1 Y ADICIÓN 2 CONTRATO 2051964 SUSCRITO ENTRE FONADE Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PADILLA" (obrante a folio 12 del Cuaderno de Pruebas No.1) adicionando el valor del Contrato en la suma de 71.750.000 M. /cte. Y prorrogando el plazo en 2 meses contados a partir del 18 de febrero de 2007.

Una tercera adición al valor del Contrato se realizó el 17 de abril de 2007 mediante el documento "PRORROGA 2 Y ADICIÓN 3 CONTRATO 2051964 SUSCRITO ENTRE FONADE Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PADILLA" (obrante a folio 16 del Cuaderno de Pruebas No.1) por valor de 71.750.000 M. /cte. Este documento prorrogó el plazo por un término de 2 meses contados a partir del 18 de abril de 2007.

Por último, las partes adicionaron el valor del Contrato mediante la "PRORROGA 3 Y ADICIÓN 4 CONTRATO 2051964 SUSCRITO ENTRE FONADE Y CARLOS JULIO RODRÍGUEZ PADILLA" suscrita el 10 de agosto de 2007 (obrante a folio 18 del Cuaderno de Pruebas No.1) por el valor de 43.155.000 M. /cte. y prorrogaron el plazo por un término de 45 día contados a partir del 19 de agosto de 2007

Lo anterior puede resumirse en el siguiente cuadro:

| DOCUMENTO | VALOR DEL | PLAZO DEL |
|------------------|------------------|------------------|
|------------------|------------------|------------------|

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

| | CONTRATO | CONTRATO |
|---|-----------------|--------------------|
| Valor y Plazo inicial del contrato 2051964 | 1.079.817.500 | 19 meses |
| Adición No. 1 al valor del Contrato | 60.575.000 | ----- |
| Adición No. 2 y prórroga No. 1 del Contrato | 71.750.000 | 2 meses |
| Adición No. 3 y prórroga No. 2 del Contrato | 71.750.000 | 2 meses |
| Adición No. 4 y prórroga No. 1 del Contrato | 43.155.000 | 45 días |
| TOTAL: | 1.327.047.500 | 24 meses y 15 días |

Pagos realizados al CONSORCIO H.S.A.

Obra en el expediente, a folio 653 del Cuaderno de Pruebas No. 1, el Dictamen Pericial elaborado por la Contadora GLORIA ZADY CORREA PALACIO, quien para elaborarlo tomó como sustento la información contable de FONADE y los documentos aportados al presente proceso. En su Dictamen, la Perito realizó una juiciosa relación de las facturas presentadas por el CONSORCIO H.S.A. junto con los pagos hechos por FONADE con ocasión de la ejecución del Contrato de Interventoría No. No. 2051964.

Se encuentra que la Perito GLORIA ZADY CORREA PALACIO discriminó a Folio 658 del Cuaderno de Pruebas No.1 las facturas emitidas por el CONSORCIO H.S.A. de la siguiente manera:

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

| FECHA | No. FACTURA | VALOR | AMORTIZACION | TOTAL |
|--------------|-------------|-------------------------|-----------------------|-------------------------|
| 26/08/2005 | 1 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/09/2005 | 2 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/10/2005 | 3 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/11/2005 | 4 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/01/2006 | 5 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/02/2006 | 6 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/03/2006 | 7 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/04/2006 | 8 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/05/2006 | 9 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/06/2006 | 10 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/07/2006 | 11 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 30/07/2006 | 12 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/08/2006 | 13 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/09/2006 | 14 | 62.052.750,00 | 6.894.750,00 | 68.947.500,00 |
| 01/10/2006 | 15 | 62.052.750,00 | 6.894.750,00 | 68.947.500,00 |
| 01/11/2006 | 16 | 62.052.750,00 | 6.894.750,00 | 68.947.500,00 |
| 01/12/2006 | 17 | 62.052.750,00 | 6.894.750,00 | 68.947.500,00 |
| 01/01/2007 | 18 | 62.052.750,00 | 6.894.750,00 | 68.947.500,00 |
| 01/02/2007 | 19 | 51.149.250,00 | 5.683.250,00 | 56.832.500,00 |
| 01/03/2007 | 20 | 32.287.500,00 | 3.587.500,00 | 35.875.000,00 |
| 01/04/2007 | 21 | 32.287.500,00 | 3.587.500,00 | 35.875.000,00 |
| 01/05/2007 | 22 | 32.287.500,00 | 3.587.500,00 | 35.875.000,00 |
| 01/07/2007 | 24 | 22.601.250,00 | 2.511.250,00 | 25.112.500,00 |
| 01/09/2007 | 25 | 9.686.250,00 | 1.076.250,00 | 10.762.500,00 |
| 01/09/2007 | 26 | 17.005.500,00 | 1.889.500,00 | 18.895.000,00 |
| TOTAL | | 1.172.508.750,00 | 130.278.750,00 | 1.302.787.500,00 |

Igualmente, observa el tribunal a Folio 659 del Cuaderno de Pruebas No. 1, que la misma Perito relacionó los pagos o giros efectuados por FONADE conforme se observa en el cuadro que pasa a la siguiente página.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

| FECHA | PAGO | | | | Concepto |
|--------------|-----------|-------------------|--------------------|----------------------|-----------------|
| | No. compr | Retenciones | Amortizaciones | Valor Girado | |
| 29/07/2005 | 17292 | | | 107.981.750 | Anticipo |
| 02/09/2005 | 21071 | 4.717.098 | 5.683.250 | 46.432.152 | Pago Factura |
| 05/10/2005 | 24396 | 4.717.098 | 5.683.250 | 46.432.152 | Pago Factura |
| 15/11/2005 | 28532 | 4.717.098 | 5.683.250 | 46.432.152 | Pago Factura |
| 07/12/2005 | 31310 | 4.717.098 | 5.683.250 | 46.432.152 | Pago Factura |
| 20/01/2006 | 974 | 4.716.351 | 5.683.250 | 46.423.899 | Pago Factura |
| 15/02/2006 | 3339 | 4.717.098 | 5.683.250 | 46.432.152 | Pago Factura |
| 09/03/2006 | 5914 | 4.717.098 | 5.683.250 | 46.432.152 | Pago Factura |
| 11/04/2006 | 9319 | 4.717.098 | 5.683.250 | 46.432.152 | Pago Factura |
| 04/05/2006 | 11522 | 4.245.389 | 5.683.250 | 46.903.861 | Pago Factura |
| 08/06/2006 | 15448 | 2.727.960 | 5.683.250 | 48.421.290 | Pago Factura |
| 14/07/2006 | 18762 | 2.727.960 | 5.683.250 | 48.421.290 | Pago Factura |
| 09/08/2006 | 21169 | 2.727.960 | 5.683.250 | 48.421.290 | Pago Factura |
| 30/08/2006 | 22804 | 2.727.960 | 5.683.250 | 48.421.290 | Pago Factura |
| 26/09/2006 | 25116 | 3.309.480 | 6.894.750 | 58.743.270 | Pago Factura |
| 26/09/2006 | 25155 | | | 6.057.500 | Anticipo Otrosí |
| 26/10/2006 | 27955 | 3.309.480 | 6.894.750 | 58.743.270 | Pago Factura |
| 28/11/2006 | 30941 | 3.309.480 | 6.894.750 | 58.743.270 | Pago Factura |
| 22/12/2006 | 33733 | 3.309.480 | 6.894.750 | 58.743.270 | Pago Factura |
| 29/01/2007 | 1418 | 179.705 | | 3.188.545 | Pago Factura |
| 29/01/2007 | 1419 | 3.129.776 | 6.894.750 | 55.554.724 | Pago Factura |
| 02/03/2007 | 4950 | 2.727.960 | 5.683.250 | 48.421.290 | Pago Factura |
| 03/04/2007 | 8047 | | | 7.175.000 | Anticipo Otrosí |
| 12/04/2007 | 8580 | 1.722.000 | 3.587.500 | 30.565.500 | Pago Factura |
| 03/04/2007 | 9713 | 1.722.000 | 3.587.500 | 30.565.500 | Pago Factura |
| 03/04/2007 | 12076 | | | 7.175.000 | Anticipo Otrosí |
| 07/06/2007 | 13891 | 1.722.000 | 3.587.500 | 30.565.500 | Pago Factura |
| 08/08/2007 | 19391 | 1.205.400 | 2.511.250 | 21.395.850 | Pago Factura |
| 07/06/2007 | | | | 4.315.500 | Anticipo Otrosí |
| 20/09/2007 | 23747 | 516.600 | 1.076.250 | 9.169.650 | Pago Factura |
| 10/10/2007 | 26289 | 906.960 | 1.889.500 | 16.098.540 | Pago Factura |
| TOTAL | | 79.963.587 | 130.278.750 | 1.225.240.913 | |

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Nota el Tribunal que en el Balance Financiero del Contrato presentado por FONADE, a folio 104 del Cuaderno de Pruebas No.2, y que la Perito referencia en su dictamen, refleja en igual medida los balances de pagos contractuales a favor del Consorcio, su periodo y el valor pagado y retenido por FONADE, como se ve a continuación:

| PAGO No. | PERIODO | FECHA DE PAGO CONTRACTUAL | VALOR BRUTO A PAGAR | IVA | RETENCION GARANTIA | AMORTIZACION ANTICIPO | VALOR A PAGAR | SALDO POR AMORTIZAR |
|--------------|-------------------|---------------------------|----------------------|----------|--------------------|-----------------------|---------------|---------------------|
| 1 | 18/07/05-17/08/05 | 05-Sep-05 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 127.021.500 |
| 2 | 18/08/05-17/09/05 | 05-Oct-05 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 121.338.250 |
| 3 | 18/09/05-17/10/05 | 05-Nov-05 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 115.655.000 |
| 4 | 18/10/05-17/11/05 | 06-Dic-05 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 109.971.750 |
| 5 | 18/11/05-17/12/05 | 12-Ene-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 104.288.500 |
| 6 | 18/12/05-17/01/06 | 10-Feb-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 98.605.250 |
| 7 | 18/01/06-17/02/06 | 10-Mar-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 92.922.000 |
| 8 | 18/02/06-17/03/06 | 10-Abr-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 87.238.750 |
| 9 | 18/03/06-17/04/06 | 10-May-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 81.555.500 |
| 10 | 18/04/06-17/05/06 | 10-Jun-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 75.872.250 |
| 11 | 18/05/06-17/06/06 | 10-Jul-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 70.189.000 |
| 12 | 18/06/06-17/07/06 | 10-Ago-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 64.505.750 |
| 13 | 18/07/06-17/08/06 | 10-Sep-06 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 58.822.500 |
| 14 | 18/08/06-17/09/06 | 10-Oct-06 | 68.947.500,00 | 0,00 | 0,00 | 6.894.750,00 | 62.052.750 | 51.927.750 |
| 15 | 18/09/06-17/10/06 | 10-Nov-06 | 68.947.500,00 | 0,00 | 0,00 | 6.894.750,00 | 62.052.750 | 45.033.000 |
| 16 | 18/10/06-17/11/06 | 03-Dic-06 | 68.947.500,00 | 0,00 | 0,00 | 6.894.750,00 | 62.052.750 | 38.138.250 |
| 17 | 18/11/06-17/12/06 | 29-Dic-06 | 68.947.500,00 | 0,00 | 0,00 | 6.894.750,00 | 62.052.750 | 31.243.500 |
| 18 | 18/12/06-17/01/07 | 29-Ene-07 | 68.947.500,00 | 0,00 | 0,00 | 6.894.750,00 | 62.052.750 | 24.348.750 |
| 19 | 18/01/07-17/02/07 | 28-Feb-07 | 56.832.500,00 | 0,00 | 0,00 | 5.683.250,00 | 51.149.250 | 18.665.500 |
| 20 | 18/02/07-17/03/07 | 29-Mar-07 | 35.875.000,00 | 0,00 | 0,00 | 3.587.500,00 | 32.287.500 | 15.078.000 |
| 21 | 18/03/07-17/04/07 | 29-Abr-07 | 35.875.000,00 | 0,00 | 0,00 | 3.587.500,00 | 32.287.500 | 11.490.500 |
| 22 | 18/04/07-17/05/07 | 29-May-07 | 35.875.000,00 | 0,00 | 0,00 | 3.587.500,00 | 32.287.500 | 7.903.000 |
| 23 | 18/05/07-08/06/07 | 29-Jun-07 | 25.112.500,00 | 0,00 | 0,00 | 2.511.250,00 | 22.601.250 | 5.391.750 |
| 24 | 10/08/07-19/08/07 | 10-Sep-07 | 10.762.500,00 | 0,00 | 0,00 | 1.076.250,00 | 9.686.250 | 4.315.500 |
| 25 | 19/08/07-03/09/07 | 15-Sep-07 | 18.895.000,00 | 0,00 | 0,00 | 1.889.500,00 | 17.005.500 | 2.426.000 |
| FINAL | 03/09/07-03/10/07 | 25-Oct-07 | 24.260.000,00 | 0,00 | 0,00 | 2.426.000,00 | 21.834.000 | 0 |
| TOTAL | | | 1.327.047.500 | - | - | 132.704.750 | | |

Por último, concluye la Perito GLORIA ZADY CORREA PALACIO que el Balance de pagos realizados al CONSORCIO H.S.A. por FONADE arroja un saldo de 21.834.000 M./cte. el cual discriminó de la siguiente manera:

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

| | |
|------------------------------|-------------------------|
| Valor inicial | \$ 1.079.817.500 |
| Adiciones | \$ 247.230.000 |
| Valor Final Contrato | <u>\$ 1.327.047.500</u> |
| Menos Pagos | \$ 1.305.204.500 |
| Menos Reintegro | \$ 9.000 |
| SALDO ACTUAL CONTRATO | <u>\$ 21.834.000</u> |

Dicho saldo, aclara la Perito a Folio 701 del Cuaderno No.1 de Pruebas, corresponde al saldo pendiente de pago por FONADE al Consorcio Contratista, obtenido de la diferencia entre el valor final Contratado y el valor final pagado menos el reintegro de \$9.000.

Así las cosas el Tribunal, luego de verificar los soportes jurídicos y los soportes económicos que sirvieron de base a la Perito financiera para llegar a dicho saldo, llega a idéntica conclusión respecto del saldo del Contrato no pagado por FONADE y a favor del Contratista, por lo que habrá lugar a incluir dentro de la liquidación del contrato, el pago del saldo pendiente a favor de la parte convocada.

No inclusión de la cláusula penal en la liquidación

De manera coherente con las consideraciones realizadas por este Tribunal sobre la efectividad y aplicación de la cláusula penal, y en respuesta a que la pretensión tercera de la parte convocante, tal y como se anunció anteriormente, se encuentra llamada a no prosperar, el Tribunal no incluirá ni reconocerá el valor de dicha cláusula al momento de realizar la liquidación judicial del Contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Liquidación judicial del Contrato de Interventoría No. 2051964

Vistas las anteriores consideraciones, y en atención al material probatorio obrante en el proceso, en particular las documentales y la pericial antes citadas, el Tribunal procede a liquidar el Contrato de Interventoría de la siguiente manera:

| LIQUIDACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 2051964 | |
|--|--------------------|
| PLAZO DEL CONTRATO | |
| Plazo inicial del Contrato | 19 meses |
| Plazo adicionado al Contrato | 5 meses y 15 días |
| Plazo final del Contrato (Plz.I+Plz.ad) | 24 meses y 15 días |
| VALOR DEL CONTRATO | |
| Valor inicial del Contrato | 1.079.817.500 |
| Valor Adicionado al Contrato | 247.230.000 |
| Valor total del Contrato (Vlr.In+Vlr.Ad) | 1.327.047.500 |
| EJECUCIÓN Y PAGOS | |
| Ejecución del Contrato por parte del Contratista | 100% |
| Valor pagado | 1.305.204.500 |
| Reintegros | 9.000 |
| Valor No pagado (Vlr.Ttl - Vlr.Pgd- Rntgrs) | 21.834.000 |
| Actualización del valor no pagado (Vlr N pgd+Indexación) | 27.013.581 |
| SALDOS | |
| Total saldo a favor del Consorcio Contratista | 27.013.581 |

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

| | |
|-------------------------------------|---|
| Total saldo a favor del Contratante | 0 |
|-------------------------------------|---|

Vista la liquidación del Contrato que nos ocupa, el Tribunal encuentra la existencia de un valor no pagado al Consorcio contratista por valor de VEINTIÚN MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M. /CTE (\$21.834.000). Esta suma deberá ser actualizada al valor presente:

| DESDE | HASTA | VALOR EN (\$) | IPC | | FACTOR | INVERSION ACTUALIZADA |
|------------|------------|---------------|---------|--------|----------|-----------------------|
| | | | INICIAL | FINAL | | |
| 03/10/2007 | 10/09/2013 | 21.834.000 | 91,98 | 113,80 | 1,237225 | 27.013.581 |

Obteniendo que a la fecha y a valor presente, se adeuda la suma de VEINTISIETE MILLONES TRECE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL PESOS M. /CTE (\$27.013.581).

En consideración de lo solicitado por las Partes, el Tribunal ordenará el pago de los saldos adeudados al Consorcio Contratista por valor de la suma de VEINTISIETE MILLONES TRECE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL PESOS M. /CTE (\$27.013.581).

La actualización que se ordenará en la parte resolutive de este proveído respecto de la sumas que adeuda FONADE al CONSORCIO H.S.A., se dispone con base en lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, que ordena la actualización de las condenas dictadas en contra de las entidades estatales. El Consejo de Estado³⁸, sobre el particular, sostuvo:

"En efecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades frente al tema de la indexación de las sumas a las que han sido condenadas las entidades

³⁸ Sección Tercera, Auto del 11 de mayo de 2006, expediente 25.241, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

estatales desde el momento de la ocurrencia del hecho, entre otros, y hasta la ejecutoria de la providencia que impone la condena.

Particularmente, tratándose de una conciliación, debe recordarse que los efectos del acuerdo conciliatorio es que éste hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo, en los términos del artículo 66 de la ley 446 de 1998, asemejándose a una sentencia, pues también pone fin al proceso cuando la conciliación es total.

Entonces, al conciliarse sobre una suma concreta y determinada, contenida en el fallo de primera instancia, es evidente que la misma debe ser actualizada desde la sentencia de primera instancia que impuso la condena hasta el momento en que se aprueba, en aplicación del artículo 178 del C. C. A., sin que haya lugar a manifestación expresa.

Las razones que ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación para que opere, por el simple ministerio de la ley, la indexación de las sumas a las que se condena, giran en torno al principio de equidad, en virtud de la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

La Sala Plena del Consejo de Estado³⁹ se pronunció sobre el tema de la actualización de las sumas de dinero en los siguientes términos:

"Como ya lo ha señalado en repetidas oportunidades la Corporación, las sumas que se ordenará pagarle a la actora en este evento deberán ser actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C. C. A., para

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 28 de agosto de 1996. Exp. S-638. Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

lo cual deberá aplicarse la fórmula que ha estructurado la Sección Tercera, y que ya ha acogido y utilizado en otros casos la Sección Segunda. En efecto, es incuestionable que la inflación que viene padeciendo nuestra economía, reflejo de un fenómeno que es mundial, produce una pérdida notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor nominal implicaría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicación del principio de equidad contemplado en el artículo 230 de la carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la 'indexación' de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo. De suyo, normas como el artículo 1.626 del Código Civil según el cual 'el pago efectivo es la prestación de lo que se debe', y el propio artículo 178 del C. C. A., llevan implícita la condición de que el resarcimiento sea total e íntegro; y es elemental que el deterioro de la moneda debe ser absorbido por el obligado a satisfacer dicha prestación".

3. Decisión sobre las pretensiones incoadas en la reforma de la demanda

Primera Pretensión: *Que se ordene y proceda a la liquidación del contrato de interventoría No. 2051964, celebrado entre FONADE y el "CONSORCIO H.S.A.", cuyo objeto fue "Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera y Contable para la Construcción del Nuevo Hospital "Timothy Britton" del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina"*

Está llamada a prosperar teniendo en cuenta que como ya se explicó el contrato no fue liquidado de mutuo acuerdo por las partes y la acción de controversias contractuales fue impetrada en tiempo para solicitarle al juez que la haga.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Segunda Pretensión: *Que se declare que los integrantes del "CONSORCIO H.S.A.", incumplieron parcialmente sus obligaciones contractuales, surgidas del contrato de interventoría No. 2051964, celebrado con FONADE, pues, según los informes de interventoría y coordinación de FONADE, se evidenció que el seguimiento efectuado por el Consorcio H.S.A. al contrato de obra 2051965, no fue coherente y se presentó de manera incompleta.*

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí no está llamada a prosperar, por cuanto no probó la parte convocante el incumplimiento endilgado al CONSORCIO H.S.A.

Tercera Pretensión: *Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato por parte de los integrantes del Consorcio H.S.A., se declare la efectividad de la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, pactada por las partes en la cláusula novena del contrato, a favor de FONADE y se ordene que dentro de la liquidación del contrato de interventoría No. 2051964, se incluya el valor total correspondiente a dicha cláusula penal pecuniaria, más la actualización e intereses de mora a que haya lugar.*

Cuarta Pretensión: *Que se condene a los integrantes del Consorcio H.S.A a indemnizar a FONADE de manera integral por todos los perjuicios causados o que se causen, pasados, presentes o futuros, como consecuencia del incumplimiento del contrato y que resulten probados dentro del presente proceso, más la actualización e intereses de mora a que haya lugar.*

Quinta Pretensión: *Que igualmente se condene a los integrantes del Consorcio H.S.A a pagar a FONADE el valor de todos los gastos y honorarios que deba asumir por concepto del funcionamiento del Tribunal de Arbitramento y por honorarios de los Árbitros y el Secretario, así como por la defensa dentro del proceso.*

Sexta Pretensión: *Que se condene en costa a los integrantes del Consorcio H.S.A. (sic)"*

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Teniendo en cuenta que el éxito de estas cuatro pretensiones dependía del éxito de la segunda, éstas tampoco están llamadas a prosperar. Así las cosas, este Tribunal accederá a la pretensión de liquidación del contrato y negará las demás pretensiones de la demanda arbitral como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

4. Decisión de las excepciones propuestas por la parte convocada.

4.1 Caducidad.

El demandado propuso la excepción, la de caducidad de la acción contractual, fundándose en que los conflictos de las entidades estatales, deben ser resueltos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, o por la jurisdicción arbitral si se ha pactado cláusula compromisoria, debiéndose aplicar las reglas correspondientes a la jurisdicción administrativa y no la de la jurisdicción civil.

Que el contrato de interventoría terminó el 31 de octubre de 2007 y no habiendo liquidado el contrato, la caducidad de la acción había operado el 31 de abril de 2010, y al presentarse la demanda el 2 de febrero, pero al tenor del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, se hubiese notificado la demanda a todos los convocados antes del 2 de febrero de 2011; pero como fue notificada la demanda el 1 de febrero de 2012 a los convocados, resulta evidente que habría operado el fenómeno de la caducidad.

Como ya se analizó al comienzo del laudo, no considera el Tribunal que este argumento esté llamado a prosperar.

4.2 Cumplimiento e Innominada.

TRIBUNAL ARBITRAL

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

En lo que tiene que ver con las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda como quiera que las pretensiones de dicha demanda no han prosperado el Tribunal encuentra que no hay necesidad de referirse a ellas siguiendo lo indicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en Sentencia de 11 de junio de 2001 en la cual sobre el particular dijo:

"(...) la excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen" (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)".

5. Costas y agencias en derecho

En el presente proceso no se encontró de parte de la convocante una conducta que merezca calificarse de temeraria o dilatoria, razón por la cual no resulta procedente la condena por este

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

concepto. De igual forma al haberse solicitado la expedición de la certificación prevista en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998 a la parte convocante, no se ordenará la restitución de los valores pagados por la parte convocante en nombre de la parte convocada.

6. Parte Resolutiva

En mérito de lo anteriormente expuesto en el presente Laudo arbitral, este Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las objeciones por error grave formuladas por la parte convocante a los dictámenes periciales rendidos por GLORIA ZADY CORREA PALACIO y GUSTAVO ALBERTO MONTES VILLA, por consiguiente entréguensele sus honorarios.

Segundo: Dispónganse la liquidación del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 2051964 que quedará así:

| LIQUIDACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 2051964 | |
|--|--------------------|
| PLAZO DEL CONTRATO | |
| Plazo inicial del Contrato | 19 meses |
| Plazo adicionado al Contrato | 5 meses y 15 días |
| Plazo final del Contrato (Plz.I+Plz.ad) | 24 meses y 15 días |

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

| VALOR DEL CONTRATO | |
|---|---------------|
| Valor inicial del Contrato | 1.079.817.500 |
| Valor Adicionado al Contrato | 247.230.000 |
| Valor total del Contrato (Vlr.In+Vlr.Ad) | 1.327.047.500 |
| EJECUCIÓN Y PAGOS | |
| Ejecución del Contrato por parte del Contratista | 100% |
| Valor pagado | 1.305.204.500 |
| Reintegros | 9.000 |
| Valor No pagado (Vlr.Ttl - Vlr.Pgd- Rntgrs) | 21.834.000 |
| Actualización del valor no pagado (Vlr N pgd+Indexación) | 27.013.581 |
| SALDOS | |
| Total saldo a favor del Consorcio Contratista | 27.013.581 |
| Total saldo a favor del Contratante | 0 |

Tercero: Ordénase a FONADE el pago de los saldos adeudados al CONSORCIO H.S.A por valor de **VEINTISIETE MILLONES TRECE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$27.013.581)**.

Cuarto: NEGAR las demás pretensiones de la demanda arbitral interpuesta por FONADE contra los miembros del CONSORCIO H.S.A, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Denegar la excepción de caducidad y abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones por las razones referidas en la parte motiva del laudo.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

Sexto: Declarar que no hay lugar a condena en costas ni a agencias en derecho para ninguna de las partes.

Séptimo: Ordenar a FONADE, dar cumplimiento a este Laudo en un término máximo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de su ejecutoria. En caso de presentarse mora en el pago de las sumas reconocidas en este Laudo, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Octavo: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público.

Noveno: Disponer que se protocolice el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

Décimo: Advertir que si la partida "Protocolización y otros Gastos" no fuere suficiente para la protocolización del expediente y para la cancelación de los demás gastos, las partes deberán concurrir a pagar la diferencia, en los mismos términos y proporciones dispuestos cuando se señaló aquella.

Décimo primero: Advertir 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, serán reembolsados por el Presidente del Tribunal a las partes en la misma proporción en que concurrieron a su pago.

TRIBUNAL ARBITRAL
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE VS. CARLOS
JULIO RODRIGUEZ Y DEMÁS MIEMBROS DEL CONSORCIO HSA

La anterior providencia fue notificada en estrados.

GABRIEL DE VEGA PINZÓN
Árbitro – Presidente

SOL MARINA DE LA ROSA
Árbitro

RICARDO VANEGAS BELTRÁN
Árbitro

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario