

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., 23 de abril de 2018

Una vez cumplido el trámite correspondiente y encontrándose dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso promovido por **CONHYDRA S.A. E.S.P.** y **CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A.** como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013** en contra de la **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-**, Rad. 4925, previo un recuento de los antecedentes y demás preliminares de este proceso.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES PROCESALES:

A. PARTES CONVOCANTES:

1.- CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A., sociedad comercial constituida conforme a las normas colombianas, la representación legal la ostentaba para la época en que fue radicada la demanda, el Sr. WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 73.108.358, quien actúa como integrante de la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013, cuyo apoderado judicial es el Dr. JORGE ARTURO BOTÍA SARMIENTO¹.

2.- CONHYDRA S.A. E.S.P., sociedad comercial constituida conforme a las normas colombianas, la representación legal la ostentaba para la época en que fue radicada la demanda, el Sr. JORGE ALBERTO URIBE VELÁSQUEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 71.607.939, quien actúa como integrante de la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013, cuyo apoderado judicial es el Dr. JORGE ARTURO BOTÍA SARMIENTO².

B. PARTE CONVOCADA: FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., sociedad comercial constituida conforme a las normas colombianas, la representación legal para efectos judiciales la ostentaba para la época en que fue radicada la demanda, el Sr. GAMAL de JESUS HASSAN HASSAN identificado con

¹ Cuaderno principal No. 1 Fl. 103.

² Ídem

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

cédula de ciudadanía No. 80.063.022, quien actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo **FIDEICOMISO -ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER-**, cuyo apoderado judicial es el Dr. JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ³.

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral se encuentra contenido en la cláusula vigésima segunda del contrato de obra celebrado el 7 de marzo de 2013, mediante el cual la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013 y el patrimonio autónomo FIDEICOMISO -ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER- acordaron la siguiente cláusula compromisoria:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Cualquier diferencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este contrato que no sea posible solucionar directamente será dirimida por un tribunal de arbitramento designado por el director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que se sujetará a las normas legales existentes sobre la materia de acuerdo a las siguientes reglas: a) Los árbitros serán elegidos de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; b) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros; c) La organización interna del Tribunal se sujetará a los reglamentos previstos para tal efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; d) El Tribunal decidirá en derecho; e) El Tribunal tendrá como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente las partes aceptan expresamente que el Laudo Arbitral que se dicte será vinculante para ellas; en consecuencia, cada una de las partes involucrada mediante este Acuerdo se somete irrevocablemente a la jurisdicción de cualquier panel de arbitraje establecido en Bogotá de conformidad con las reglas previstas en la presente cláusula. Cada una de las partes designan la dirección de su domicilio para recibir cualquier notificación sobre cualquier asunto y cualquier servicio del proceso en cualquier arbitraje, acción o procedimiento que pueda surgir, relacionado con éste Contrato, así:

(a) EL CONTRATISTA UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013

Teléfonos: 3599327 Telefax: 3599354

Dirección: Carrera 51 B Km 7 Lt 2ª Diagonal Uniatlántico. Barranquilla. - Colombia

(b) PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO - ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

³ Cuaderno principal No. 1 Fl. 103.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Teléfonos: 3485400

Dirección: Calle 67 No. 7-37 Piso 3 Bogotá D.C. - Colombia

Cualquier cambio de dirección de su domicilio deberá ser notificado por escrito a la otra parte a más tardar dentro de los diez (10) días calendario siguientes a que este tenga efecto.”

3. HECHOS

En su demanda de fecha 15 de septiembre de 2016, los integrantes de la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013 relataron los siguientes hechos:

1.- El 7 de marzo de 2013 se celebró entre las partes el contrato de obra para la “Construcción del Plan Maestro de Alcantarillado Segunda Etapa”, en el Municipio de Villa del Rosario, Departamento de Norte de Santander. El contrato se pactó a precios unitarios. Los diseños y especificaciones los entregó la Fiduciaria. La obligación principal de la UT era la construcción de dicho alcantarillado, pero no le correspondía adelantar procesos de gestión predial o de obtención de permisos ante las autoridades nacionales para la intervención o el paso de otras obras en la zona de influencia del proyecto.

Previo a la celebración del contrato, se celebró un convenio entre el Municipio de Villa del Rosario, el Ministerio de Vivienda y la Financiera de Desarrollo Territorial FINDETER, mediante el cual se encargó a esta última la supervisión del proyecto, la administración de los recursos y la coordinación de la contratación de la obra.

FINDETER suscribió un contrato de fiducia mercantil con la Fiduciaria Bogotá S.A a donde trasladó los recursos y conformó un patrimonio autónomo, para el desarrollo del contrato, correspondiendo a la Fiduciaria adelantar las actividades para el proceso de contratación de los ejecutores del proyecto, seleccionados por el Comité Fiduciario.

2.- El contrato fue adjudicado a la UT Redes de Santander 2013 y celebrado con ella, con un plazo de duración de 12 meses, pero en realidad la obra duró 2 años, 2 meses y 15 días: desde el 6 de mayo de 2013 hasta el 21 de julio de 2015.

3.- La Fiduciaria no obtuvo oportunamente los predios para la ejecución del proyecto y la expedición de los permisos por parte de las entidades nacionales correspondientes, ni las servidumbres respectivas. No había permisos de la Alcaldía y la comunidad se oponía al desarrollo de la obra. Todo esto condujo a demora en la ejecución de la obra e incremento de los costos del contratista.

4.- El contratista hizo mayores cantidades de obra y obras adicionales por su cuenta, para garantizar la calidad y estabilidad de la obra y la seguridad del personal, pero que nunca fueron autorizadas.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

5.- La falta de predios disponibles obstaculizó el desarrollo del contrato, y condujo a su desequilibrio financiero. Por esto fue necesario realizar adiciones en tiempo al contrato (6 otrosies). Las actividades de obra fueron suspendidas en tres ocasiones mientras se obtenían permisos de la ANI, del ICANH y del Ministerio de Cultura (por el hallazgo arqueológico del parque Grancolombiano).

6.- El contrato y/o la ejecución de las obras fueron suspendidas debido a problemas financieros, técnicos y de permisos de la ICANH para el cruce del Parque Grancolombiano y de la ANI para el cruce en Rumichaca. Esto aumentó los costos administrativos del contratista quien debía continuar con el pago de salarios, arriendos, vigilancia, servicios públicos y stand by de la maquinaria. El contratista envió varias comunicaciones a la FINDETER manifestando su inconformidad y evidenciando los sobrecostos que las suspensiones acarrearán.

7.- El Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 091 del 31 de diciembre de 2012 celebrado entre el Ministerio de Vivienda, FINDETER y el Municipio de Villa del Rosario, estableció que la obligación de la entrega de las servidumbres o permisos de predios era del Municipio. Ahora no puede la Fiduciaria argumentar que no era su responsabilidad la entrega de los predios para ejecutar la obra y ni los permisos de autoridades nacionales para intervenir obras nacionales ubicadas en la zona del proyecto, porque correspondían a la Alcaldía y a las autoridades nacionales, pues entonces no debió abrir la convocatoria y adjudicar el contrato. Los únicos permisos responsabilidad de la UT eran los ambientales los cuales oportunamente tramitó y consiguió.

8.- A pesar de lo anterior, la obra se culminó a satisfacción y fue entregada el 31 de agosto de 2015.

El 5 de octubre de 2015 se firmó el Acta de Liquidación del Contrato, en la cual el representante legal de la UT se reservó el derecho de presentar reclamaciones posteriores.

9.- Para probar el daño económico sufrido por la UT se contrató un peritaje elaborado por el contador Ernesto Posada Torres el cual arroja por concepto de sobrecostos o perjuicios (daño emergente, lucro cesante) por mayor permanencia en obra \$3'153.972.559.

4. PRETENSIONES

De acuerdo con lo anterior, los miembros de la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013 presentaron las siguientes pretensiones:

“2.1. PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2.1.1. *Que se declare que la Fiduciaria incumplió sus obligaciones contractuales con la UT al suministrarle términos de referencia, diseños y demás información técnica y de viabilización del proyecto constructivo para la ejecución del contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, inexactos, inidóneos y/o que no correspondieron a la realidad del proyecto contratado.*

2.1.2. *Que se declare que La Fiduciaria incumplió sus obligaciones contractuales al no entregarle oportunamente a La UT la totalidad de los predios y zonas necesarios para la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013.*

2.1.3. *Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de La Fiduciaria, ésta le causó perjuicios a La UT por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados de conformidad con lo que se pruebe en el proceso y por concepto principal de:*

2.1.3.1 Reconocimiento y pago a LA UT de las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por ésta.

Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones ajenas y no imputables a LA UT, y originadas en diseños inadecuados y falta de planificación y previsión de la parte demandada, ésta tuvo que ejecutar mayores cantidades de obra y obras adicionales cuyo costo no ha sido reconocido ni pagado por La Fiduciaria.

2.1.3.2. Mayor Permanencia en Obra.

Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones ajenas y no imputables a LA UT, y originadas en el incumplimiento de la parte demandada en la entrega de predios y de los permisos de las autoridades nacionales, ésta tuvo que permanecer en la obra un plazo superior al inicialmente previsto y, por tanto, incurrió en mayores costos que no han sido resarcidos por La Fiduciaria.

2.1.3.3. Costos Financieros.

Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones ajenas y no imputables a LA UT, e imputables a la parte demandada, ésta tuvo que contratar créditos

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

bancarios para financiar la ejecución de las obras, incurriendo en costos financieros que no han sido resarcidos por La Fiduciaria.

2.1.3.4. Costo de Oportunidad.

Que se declare que LA UT sufrió perjuicios derivados de los costos financieros de oportunidad que soportó durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones que no le son imputables, tales como la mayor permanencia en obra, mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas y no pagadas, y costos financieros por contratación de créditos externos, los cuales deben ser indemnizados, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

2.1.3.5 Indemnización Integral de Perjuicios.

Que se declare que La Fiduciaria debe indemnizar integralmente a LA UT, la totalidad de los perjuicios que esta última sufrió durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, tanto por daño emergente como por lucro cesante y que se prueben dentro del proceso.

2.2. PRETENSIONES PRINCIPALES DE CONDENA

2.2.1. *Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas anteriormente, se condene y ordene a La Fiduciaria a pagar a LA UT las sumas que se prueben en el proceso para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, mediante el pago de:*

- *La indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a LA UT, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo el costo de oportunidad.*
- *El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden en que incurrió LA UT, derivados de la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013.*

2.2.2. *Que se ordene a La Fiduciaria dar cumplimiento al laudo que ponga fin a este proceso y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto total de la condena y a la tasa máxima establecida por la ley, desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.*

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2.2.3. Que se condene a La Fiduciaria al pago de la totalidad de las costas y honorarios del proceso y al pago de las agencias en derecho.

2.3. PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

En caso que no se declare alguna, varias o ninguna de las Pretensiones Declarativas Principales, en subsidio solicito que se declare:

2.3.1. Hechos de terceros, ajenos y no imputables a LA UT que afectaron la ejecución del contrato.

Que se declare que con posterioridad a la celebración del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013 y durante su ejecución, se presentaron hechos de terceros, ajenos y no imputables a LA UT, que afectaron en forma grave y considerable la ejecución oportuna de las obras y exigieron la mayor permanencia en la obra y en la ejecución del contrato.

2.3.2. Circunstancias imprevistas, imprevisibles, ajenas y en todo caso no imputables a la UT.

Que se declare que con posterioridad a la celebración del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013 y durante su ejecución, se presentaron circunstancias imprevistas e imprevisibles, y en todo caso ajenas y no imputables a la UT, que afectaron en forma grave y considerable el equilibrio económico del contrato y/o le causaron perjuicios a LA UT, debido a la imposibilidad durante exagerado tiempo de acceder a la totalidad de predios y zonas de ejecución de la obra; y a la necesidad, estando en campo, de ejecutar obras no previstas, adicionales o mayores, frente a las indicadas en los diseños entregados por La Fiduciaria.

2.3.3. Enriquecimiento sin causa.

Que se declare que en desarrollo de la obra contratada la UT debió ejecutar, para garantizar la estabilidad y calidad de la obra y la seguridad de los trabajadores, mayores cantidades de obra u obras adicionales u obras con otras especificaciones, cuyo valor no se le ha reconocido ni pagado, lo cual constituye enriquecimiento sin causa.

2.4. PRETENSIONES DE CONDENA SUBSIDIARIAS

2.4.1. Que como consecuencia de las declaraciones subsidiarias solicitadas anteriormente, se condene y ordene a La Fiduciaria a pagar a LA UT las sumas que se prueben en el proceso para el

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, mediante el pago de:

- *La indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios recibidos por LA UT, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo el costo de oportunidad, o en su defecto, de los mayores costos y gastos en que debió incurrir.*
- *El reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden, incluido el reembolso del valor actualizado de las mayores cantidades u obras adicionales ejecutadas y de los costos por mayor permanencia en obra, en que incurrió LA UT, derivados de la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013.*

2.4.2. *Que se ordene a La Fiduciaria dar cumplimiento al laudo que ponga fin a este proceso y se le condene al pago de intereses comerciales moratorios sobre el monto total de la condena y a la tasa máxima establecida por la ley, desde la fecha de la ejecutoria del laudo y hasta la fecha del pago efectivo.*

2.4.3. *Que se condene a La Fiduciaria al pago de la totalidad de las costas y honorarios del proceso y al pago de las agencias en derecho.*

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

Por su parte, la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., en su contestación de la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos y negó otros, básicamente argumentó lo siguiente:

1.- Objetó la estimación juramentada de la cuantía.

2.- La obligación de conseguir los permisos no era de La Fiduciaria sino de la UT. Evidentemente en la cláusula tercera del contrato se estableció como obligación del contratista “*2.1. Tramitar, ante las entidades correspondientes, permisos y demás documentación que se requiera para la iniciación y ejecución de las obras que dan cumplimiento al objeto contractual*”.

El contratista formaba parte integral y directa de la gestión en la consecución de los permisos.

Se consiguieron los permisos y/o autorizaciones y la UT en forma negligente los dejó vencer.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

En el proceso de selección, cuando se abrió la convocatoria y los proponentes presentaron observaciones frente a los “*términos de referencia*” en punto a los permisos, la contratante respondió: “*Considerando que los trámites que deberán adelantarse serán aquellos que se requiera de acuerdo con la naturaleza del proyecto a ejecutar, en el marco del deber de diligencia debida e información sobre el contrato contenido en el numeral 1.11.2 de los términos de referencia, corresponde al proponente realizar todas las valoraciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de las condiciones técnicas y características generales y específicas de la obra a adelantar*”.

El experto es el constructor y era a él a quien se le facilitaba la obtención de los permisos y autorizaciones requeridas.

Los permisos de intervención en espacios públicos, en especial los de vías concesionadas, requerían participación activa del contratista por ser experto técnico en la materia.

3.- En cuanto al supuesto incumplimiento en la obtención de los predios, dicha obligación recaía en el municipio de Villa del Rosario, de acuerdo con el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 091.

Las servidumbres fueron entregadas en forma progresiva durante la ejecución del contrato. Nunca el contratista reportó al interventor ni a la contratante equipos parados. Las prórrogas fueron suscritas por el contratista sin que hubiera realizado pronunciamiento alguno u objeción a las mismas. El contratista tenía la posibilidad de ir ejecutando obra en los tramos que no tenían inconvenientes por servidumbres, y que no requerían permisos especiales. No todos los frentes de obra requerían permisos o se debía imponer servidumbre; siempre hubo frentes disponibles en donde el contratista podía ejecutar obra.

4.- De acuerdo con el interventor y la bitácora de obra, se registraron dificultades en los trabajos iniciales de topografía porque la persona designada por el contratista no cumplía con el perfil exigido y por presentar un inadecuado rendimiento. El contratista no tenía personal disponible.

De conformidad con lo informado por el interventor, el proyecto tuvo inconvenientes y retrasos por razones imputables al contratista. La maquinaria requerida llegó a la zona del proyecto con 26 días de retraso contados desde el acta de inicio. La tubería llegó 31 días después de la firma del acta de inicio. La obra empezó un mes tarde. Se presentó atraso en el trabajo de replanteo de topografía. La mayor parte de las prórrogas fueron por causas imputables al contratista quien procedió a solicitarlas y suscribirlas sin presentar reparo alguno.

Igualmente, de acuerdo con el cronograma ajustado a la fecha de inicio real de las obras, los permisos que faltaban en el cruce Rumichaca y el predio El

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Trapiche, no se requerían para continuar la obra, de manera que el contratista podía ejecutar obras en otras de las zonas programadas, además que la obtención de algunos de los permisos eran responsabilidad del contratista.

Los permisos del colector 13.000 se encontraban tramitados en un 85% al finalizar el primer semestre de 2014. Se contaba con la licencia No. 3875 de 7 de marzo de 2014 y los permisos del cruce de vías nacionales, Resoluciones 749 de 5 de junio de 2014 y 1269 de 22 de septiembre del mismo año.

5.- El contratista no informó al ICANH la necesidad de suspender la licencia No. 4187 y se venció, por lo cual fue necesario tramitar una nueva licencia. Ese tiempo necesario para obtener la nueva licencia, no puede ser considerado como mayor permanencia en obra.

6.- Sobre las mayores cantidades de obra, si el contratista decidió modificar el ancho de sus excavaciones, fue por su cuenta y riesgo. En el proceso de reformulación del proyecto se presentó balance presupuestal conciliado y acordado entre el contratista y la interventoría donde se revaluaron las cantidades de obra adicionales e ítems nuevos que se requerían, en donde se mantuvo el ancho de la zanja tal cual fue diseñada inicialmente.

7.- La ampliación del término de ejecución del contrato en la mayoría de los casos obedeció a incumplimientos del contratista, quien debía tramitar los permisos. La suspensión principal fue motivada por hallazgos arqueológicos en el Parque Grancolombiano que requirieron tramites especiales ante el ICANH, situación previsible para el contratista, dada la naturaleza de la zona.

No se prueba un presunto desequilibrio financiero por la falta de predios disponibles debido a la falta de permisos oportunos, servidumbres y trámites de permisos con el ACANH por hallazgos arqueológicos, ANI (cruce de vías concesionadas), INVIAS (cruce de vía nacional), y cómo repercutieron los mismos en la programación de las obras.

8.- Es cierto que el contrato se suspendió por dos meses mientras se solucionaban los problemas financieros, técnicos y de permisos para ejecutar las obras en el cruce del Parque Grancolombiano (ICANH) y el cruce Rumichaca (ANI y predio Caobo), pero para ese momento las obras tenían un avance del 95.58%.

9.- Durante la ejecución del contrato, el contratista nunca expresó que alguna circunstancia le ocasionara mayores costos.

10.- En cuanto al peritaje, el contratista indica que lo allegará.

Frente a las pretensiones manifiesta en su resistencia que todas y cada una son improcedentes tal como lo sustenta mediante sus excepciones. Igualmente señala

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

que el juramento estimatorio no se hizo conforme lo ordenado por el Art. 206 del CGP.

Adicionalmente, la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. presentó las siguientes excepciones de mérito:

- a. *PACTA SUNT SERVANDA Y LEX CONTRACTUS*
- b. *Inexistencia de incumplimiento por parte de Fiduciaria Bogotá S.A.*
- b. *Inexistencia de ruptura de equilibrio económico del contrato*
- c. *Inexistencia de salvedades o reclamaciones*
- d. *Inexistencia de la buena fe objetiva en las actuaciones de la Unión Temporal*
- e. *“Venire contra factum peoprium not valet”*
- f. *Excepción genérica*

6. **TRÁMITE ARBITRAL:**

- A. **CONVOCATORIA:** El abogado Juan Ramón Jiménez Pérez, representante de la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013, mediante demanda arbitral presentada el 15 de septiembre de 2016, convocó a la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. a trámite arbitral con fundamento en la cláusula arbitral arriba transcrita.
- B. **DESIGNACIÓN ÁRBITROS:** El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante ‘el Centro’), por sorteo público que se celebró el 4 de octubre de 2016, designó como árbitros a los doctores Hernando Yepes Arcila, Jaime Darío Córdoba Triviño y Humberto De La Calle Lombana. Como suplentes se designaron a los doctores Gladys Agudelo Ordóñez, Luis Eduardo Arellano Jaramillo y Augusto Trejos Jaramillo.

Dado que los doctores Hernando Yepes Arcila, y Humberto De La Calle Lombana no se pronunciaron dentro del término legal sobre su nombramiento y el doctor Jaime Darío Córdoba Triviño declinó su designación, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a comunicarle su designación a los árbitros suplentes doctores Gladys Agudelo Ordóñez, Luis Eduardo Arellano Jaramillo y Augusto Trejos Jaramillo.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Tanto la doctora Agudelo, como los doctores Arellano y Trejos aceptaron su designación dentro del término legal, con lo que quedó conformado el Tribunal Arbitral para el proceso de la referencia.

C. INSTALACIÓN: El 29 de marzo de 2017, a las 9:00 a.m., tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral en la que se designó como presidente al doctor Luis Eduardo Arellano Jaramillo y como secretario al doctor Nicolás Lozada Pimiento, y se fijó como lugar de funcionamiento la sede del Centro.

D. ADMISIÓN DE LA DEMANDA: A través del Auto No. 2 de fecha 17 de abril de 2017, el Tribunal determinó que el juramento estimatorio no contaba con la discriminación de conceptos según lo exige el artículo 206 del CGP, y que no fueron aportadas las copias de la demanda con destino al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Por tanto, el Tribunal resolvió inadmitir la demanda presentada por los miembros de la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013 contra la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., y otorgó un término de 5 días para subsanarla.

El día 21 de abril de 2017, el apoderado de la parte convocante subsanó la demanda aportando la discriminación por conceptos del juramento estimatorio y las copias de la demanda con destino al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Mediante Auto No. 4 de 8 de mayo de 2017, el Tribunal admitió la demanda.

Dado que no fue posible notificar personalmente a la parte convocada, el día 24 de mayo de 2017 se notificó por aviso y se le corrió traslado de la demanda con sus anexos, por el término de 20 días para su contestación. Dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 612 del Código General del Proceso el 8 de mayo de 2017 se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda al Dr. EFRÉN GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, representante del MINISTERIO PÚBLICO El día 9 de mayo de 2017 se le notificó el auto admisorio de la demanda y se le corrió traslado de la demanda y sus anexos a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la cual no se hizo parte en este proceso.

E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: El día 23 de junio del 2017, el apoderado de la parte demandada presentó la contestación a la demanda y objetó el juramento estimatorio presentado por los miembros de la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013 y propuso excepciones de mérito.

Mediante Auto No. 6 del 24 julio de 2017 se corrió traslado de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio propuestos por la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

F. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN: El 3 de agosto de 2017, comparecieron a la misma, por la parte convocante, el Dr. JORGE ALBERTO URIBE VELÁSQUEZ, representante legal de CONHYDRA S.A. E.S.P. el Dr. WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ, representante legal de CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A., y el Dr. JORGE ARTURO BOTÍA SARMIENTO, en su calidad de apoderado judicial. Por la parte convocada, comparecieron el señor GAMAL DE JESÚS HASSAN, representante legal de FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., Y el Dr. JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ, en su calidad de apoderado judicial. Por el Ministerio Público, compareció el Dr. EFRÉN GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no compareció.

El Tribunal declaró fracasada la conciliación debido a la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal, mediante Auto No. 7, declaró fracasada la audiencia de conciliación y decidió continuar con el trámite del proceso arbitral.

G. GASTOS DEL PROCESO: Habiéndose declarado fallida la audiencia de conciliación, el Tribunal determinó fijar por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario, de partidas de gastos de administración del Centro y otros, la suma de \$217.000.000, IVA incluido.

H. AUDIENCIA DE TRÁMITE: Una vez pagados los gastos del proceso, se procedió a realizar la primera audiencia de trámite el día 25 de septiembre de 2017.

Mediante Auto No. 12, el Tribunal se declaró competente para resolver las controversias contractuales entre las partes.

I. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS

Mediante Auto No. 13 de 25 de septiembre de 2017, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las partes en los diferentes escritos presentados por ellas. En dicha providencia se decretó la práctica de las siguientes pruebas:

1. PRUEBAS SOLICITADAS O APORTADAS POR LA PARTE CONVOCANTE

1.1. Pruebas documentales

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Las pruebas documentales presentadas por la parte convocante en la demanda, en la subsanación de la demanda y con el memorial que recorrió el traslado de las excepciones de mérito, presentadas por la convocada.

1.2. Testimoniales

Se decretaron las declaraciones testimoniales de las siguientes personas:

- RAFAEL HOLMAN CUERVO GÓMEZ
- HUBER HERNANDO PLAZA VILLAMIZAR
- PABLO EMILIO PEÑA ROBLES
- GUSTAVO ADOLFO ZULUAGA MARTÍNEZ

1.3. Dictamen de parte

Se incorporó el dictamen del perito contable Ernesto Posada Torres, aportado con la demanda.

2. PRUEBAS SOLICITADAS O APORTADAS POR LA PARTE CONVOCADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Pruebas documentales

Las pruebas documentales presentadas por la parte convocada en la contestación de la demanda.

2.2. Testimoniales

Se decretó el testimonio de RAFAEL HOLMAN CUERVO GÓMEZ.

2.3. Interrogatorio de parte

Se decretan las declaraciones de los representantes legales de las sociedades que integran la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013, señores WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ y JORGE ALBERTO URIBE VELÁSQUEZ.

2.4. Dictamen de parte

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Se le concedió a la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. hasta el 27 de octubre, inclusive, como fecha límite para aportar el dictamen pericial anunciado en su contestación.

2.5. Interrogatorio al perito

Se decretó la comparecencia del perito Ernesto Posada Torres, solicitada en la contestación a la demanda, con el fin de absolver el interrogatorio que la convocada le formuló en ejercicio de su derecho a la contradicción del dictamen rendido.

2.6. Inspección judicial con intervención de perito experto en informática

Con fundamento en el artículo 236 del Código General del Proceso, el Tribunal aplazó la decisión sobre la práctica o no de la inspección judicial solicitada en la contestación de la demanda, y señaló que, una vez practicadas las restantes pruebas, se resolvería sobre la misma.

Mediante Auto No. 25 del 9 de abril de 2018, el Tribunal decidió prescindir de dicha prueba, en razón de que estimó suficiente la ilustración obtenida sobre los hechos objeto de la disputa, a través de las pruebas testimoniales, declaraciones de parte y pruebas periciales adelantadas dentro del trámite arbitral.

Se denegó la práctica de la siguiente prueba:

1. PRUEBAS SOLICITADAS O APORTADAS POR LA PARTE CONVOCANTE

1.1. Testimoniales

- ERNESTO POSADA TORRES

J. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Mediante Auto No. 20 del 11 de diciembre de 2017, el Tribunal fijó el 13 de febrero de 2018 para que se llevaran a cabo los alegatos de conclusión.

En dicha audiencia los apoderados de las partes convocante y convocada, y el representante del Ministerio Público efectivamente presentaron sus alegatos.

K. DURACIÓN DEL ARBITRAJE: Conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, la duración del presente trámite fue la siguiente:

- a. La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 25 de septiembre de
Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2017.

- b. El término de seis (6) meses de duración del trámite arbitral dispuesto en la ley vencería el 25 de marzo de 2018.
- c. Sin embargo, por solicitud de las partes el procedimiento arbitral estuvo suspendido en los siguientes períodos:
 - i. Entre el 26 de septiembre de 2017 y el 22 de octubre de 2017, ambas fechas inclusive, es decir veintisiete (27) días.
 - ii. Entre el 4 de noviembre de 2017 y el 13 de noviembre de 2017, ambas fechas inclusive, diez (10) días.
 - iii. Entre el 27 de diciembre de 2017 y el 7 de febrero de 2018, ambas fechas inclusive, es decir un mes y once (11) días.
 - iv. Entre el 27 de febrero de 2018 y el 8 de abril de 2018, ambas fechas inclusive, es decir por un mes y doce (12) días.
- d. De acuerdo con lo anterior, y de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el término de duración del trámite arbitral, descontados los días de suspensión, vencería el 10 de junio de 2018.

L. PRESUPUESTOS PROCESALES: Se verificó por parte del Tribunal que la demanda fue presentada en debida forma, se constató la competencia del Tribunal para decidir sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento, se comprobó la existencia y capacidad de las partes, y, en general, se determinó que estaban cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral.

M. SANEAMIENTO DEL PROCESO: Previo al pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda que dieron lugar al presente trámite arbitral, el Tribunal observa que no existen nulidades procesales que lo obliguen a abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo.

Adicionalmente, se evidencia que aquellas eventuales nulidades que pudieron haber existido no fueron manifestadas por las partes en la oportunidad otorgada previo al inicio de la audiencia de alegatos de conclusión, por lo cual se encuentran saneadas.

Al efecto, se recuerda que en Autos Nos. 12 de 20 de enero de 2017 y 18 de 15 de marzo el Tribunal efectuó el saneamiento del proceso respecto de etapas procesales previas.

En este sentido, el Tribunal advierte que no quedaron pendientes pruebas por practicar, de igual forma se pronunció expresamente sobre la prescindencia de la inspección judicial, tampoco se pretermitieron oportunidades para que las partes ejercieran sus derechos de defensa y contradicción. Por el contrario, encuentra que se respetaron los derechos

VS.

**FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-**

de las partes y sus apoderados, y se realizaron todas las notificaciones y traslados en debida forma.

El Tribunal, entonces, procede a pronunciarse en seguida sobre cada una de las pretensiones que fueran formuladas en la demanda por la parte convocante; y, de ser necesario, sobre las excepciones propuestas por la parte convocada.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

II. CONSIDERACIONES

Para efectos de dilucidar la controversia planteada, el Tribunal recorrerá el siguiente camino, en el cual, se referirá a la naturaleza del contrato, a la legitimación en la causa frente a la necesidad o no de integrar un litisconsorcio, a las obligaciones de las partes y a la buena fe de las mismas en la celebración y ejecución del contrato, para luego realizar un análisis conjunto de los hechos y pretensiones de la demanda que permita llegar a la decisión final.

1. DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO

Del examen de los documentos contractuales y demás piezas probatorias aportados al proceso por las partes en conflicto, se destacan, los Términos de Referencia de la convocatoria PSF-ATF-032 -2012, donde se dieron a conocer las especificaciones técnicas y características generales de la obra a desarrollar, a fin de que cada uno de los interesados en participar como proponentes, diseñaran sus ofertas; la carta de presentación de la oferta del contratista, documento con el que el interesado en participar como proponente conoce y acepta los términos de referencia de la convocatoria, en aras de presentarse y lograr salir favorecido con la adjudicación del contrato; el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FINDETER y el Municipio de Villa del Rosario de 31 de diciembre de 2012, de donde emergen con claridad las obligaciones de cada una de las mencionadas entidades públicas que hacen parte del convenio tripartita; el contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos celebrado entre la Fiduciaria Bogotá S.A., y FINDETER, el 1º de noviembre de 2012 que tenía como propósito facilitar la selección de los contratistas y hacer eficiente la administración de los recursos suministrados por FINDETER para la ejecución del proyecto de alcantarillado en el municipio de Villa del Rosario, mediante la constitución de un patrimonio autónomo; y el Contrato de Obra del 7 de marzo de 2013 con sus respectivas modificaciones, cuyo objeto es la ejecución de la construcción del Plan Maestro de Alcantarillado Segunda Etapa en el Municipio de Villa del Rosario en el que se establecen las obligaciones de la entidad fiduciaria.

Comoquiera que la parte convocada, ha insistido en desvirtuar la tesis de la convocante consistente en que el mencionado contrato de obra es un contrato estatal por lo que no debió dársele al presente proceso el trámite de arbitraje administrativo, en primer término, este Tribunal debe aclarar que tal apreciación comporta dos situaciones diferentes, una es la clase de contrato y otra es el trámite del proceso.

En cuanto a la naturaleza del contrato, es indiscutible que se trata de un contrato de obra civil, celebrado por particulares, el cual se rige por las disposiciones pertinentes del Código de Comercio (artículos 1226 y ss.), cuyo objeto, sin duda

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

alguna, implica la realización de una obra pública en el Municipio de Villa del Rosario.

Cosa diferente es el trámite dado al proceso arbitral, que para el Tribunal no admite discusión, en cuanto que prevalece el indicado en la Ley 1563 de 2012, pero en aquello que no fue previsto en dicha normatividad, deberá darse aplicación, además de las normas del reglamento del Centro de Arbitraje, al Código General del Proceso, y de ser el caso, al CPACA (cuando se trata de tribunales administrativos).

Ahora bien, si se analiza el trámite dado al presente proceso, no hay duda de que el mismo se ha cursado conforme con las disposiciones del Estatuto Arbitral, y de manera supletiva, en la Ley 1437 de 2011, en virtud de que, para este Tribunal, su carácter es administrativo, como se dio a entender en auto No. 2 del 17 de abril de 2017, y se ratificó en los autos Nos. 4 del 8 de mayo de 2017 y 5 del 24 de julio de 2017. Este último con aclaración de voto realizada por el presidente del Tribunal, Dr. Luis Eduardo Arellano Jaramillo.

Pero valga redundar en que el carácter de arbitraje administrativo no lo da la condición intrínseca de las partes en litigio, sino la naturaleza y origen de los recursos destinados para la ejecución del contrato de obra, los cuales provienen del Presupuesto del Estado, entregados por FINDETER a la FIDUCIARIA BOGOTÁ a través de un Contrato de Fiducia Mercantil y por tanto de origen público, consideración que fue compartida por el Agente del Ministerio Público que ha intervenido en este proceso.

Entre otros argumentos que refuerzan la postura del Tribunal, citamos el Concepto 062754-06 del 7 de diciembre de 2006) emitido por el (Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: César Hoyos Salazar. 1º de diciembre de 2000. Referencia: Plan Nacional de Desarrollo. Fondo Nacional de Productividad y Competitividad. Artículo 112 de la ley 489 de 1998. Contraloría General de la República, en el que se deja claro que los recursos del Estado entregados en fiducia mercantil no pierden su naturaleza de recursos públicos, y a su vez son objeto de control fiscal.

Existe otro precedente referido al Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores Daniel Rodríguez Bravo, Manuel Guillermo Sarmiento García y Hernando Cardozo Luna, que conoció del litigio presentado entre VALORES Y CONTRATOS S.A. -VALORCON S.A. VS FIDUCIARIA BOGOTA. PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER. Este Tribunal se constituyó y actuó como administrativo, se informó de la instalación del Tribunal al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Independientemente de que ésta no participó en ninguna etapa de la actuación arbitral, se le habían remitido los autos, la demanda y sus anexos, el Tribunal adelantó toda la actuación y tomó las decisiones del caso.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Ahora bien, en ese proceso, igual que en el arbitramento del que conoce este Tribunal, la parte convocada es “*Fiduciaria Bogotá S.A. Administradora y vocera del Patrimonio Autónomo – Fideicomiso Asistencia Técnica FINDETER*”.

En ambos casos se trata de la construcción de obras semejantes: En una lo relativo a un alcantarillado y en la otra a un acueducto.

En el laudo mencionado la convocada, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., alegó que “... *los recursos destinados... son recursos públicos provenientes del Presupuesto General de la Nación*”. (Pág. 13 del Laudo): 4.2 Contestación de la demanda por parte de la Convocada. 4.2.1. Los recursos del contrato de obra son recursos públicos (Subraya el presente Tribunal).

En ambos casos FINDETER firmó contratos de Fiducia Mercantil con Fiduciaria Bogotá S.A. (Pág. 16).

El laudo considerado transcribe el concepto 062754-06, del 7 de diciembre de 2016, de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el cual, se afirma que debe primar el criterio de la realidad en los contratos y la materialidad de los mismos. En el mismo laudo, concluye ese Tribunal que los recursos transferidos a Fidubogotá no pierden la naturaleza pública y están sujetos a vigilancia y control.

Finalmente, de conformidad con el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012: “*El Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o **quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público** y los derechos y garantías fundamentales. A dicho propósito, el centro de arbitraje o los amigables componedores informarán a la Procuraduría General de la Nación sobre la fecha en la que se realizará la instalación del respectivo tribunal de arbitraje o la diligencia de apertura, según corresponda. Igual información deberá darse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*”. (Resalta el Tribunal).

2. LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y A LA BUENA FE DE LAS MISMAS EN LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Este capítulo impone al Tribunal, realizar el análisis de cada una de las pretensiones principales (declarativas y de condena), por cuanto ellas se basan en el incumplimiento de las obligaciones de la parte convocada, de forma que pueda determinarse si las mismas están o no llamadas a prosperar.

2.1 PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

“Que se declare que la Fiduciaria incumplió sus obligaciones contractuales con la UT al suministrarle términos de referencia, diseños y demás información técnica y de viabilización del proyecto constructivo para la ejecución del contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, inexactos, inidóneos y/o que no correspondieron a la realidad del proyecto contratado”.

Para analizar la pretensión y establecer si hubo o no incumplimiento del contrato por parte de la convocada al suministrar la información técnica y los diseños del proyecto constructivo, se procede adelantar el examen de los documentos precontractuales y contractuales y demás piezas probatorias aportados al proceso por las partes en conflicto.

2.1.1 Valoración probatoria.

En primer lugar, se consultarán los Términos de Referencia de la Convocatoria PSF-ATF-032-2012, que precedió a la celebración del contrato materia de controversia, documento en el cual se lee lo siguiente:

2.1.1.1 Los Términos de Referencia de la convocatoria PSF-ATF-032 - 2012

En el Anexo 3 referido a los PLANOS Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS APLICABLES se lee:

“En la página Web de la entidad www.fidubogotá.com, los interesados en presentar ofertas pueden consultar los siguientes documentos:

- *Planos de diseño de las obras a ejecutar.*
- Especificaciones técnicas de construcción que serán de obligatoria utilización durante la ejecución de las obras que mediante este proceso se pretende contratar. (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 494 reverso)*

En el numeral 1.10.2 del mismo documento se informa que:

“Los interesados pueden presentar observaciones respecto de los Términos de Referencia de la presente convocatoria, de manera escrita, en las fechas establecidas en el cronograma de esta convocatoria”.
(Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 470 reverso)

Lo anterior evidencia que los proponentes interesados en presentar oferta tuvieron la oportunidad de conocer los planos, diseños y las especificaciones técnicas de la obra, previamente a la elaboración de la propuesta, documentos que podían consultar ampliamente en la página Web de la entidad contratante.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Igualmente, tuvieron la posibilidad de presentar observaciones cuando del contenido de los Términos de Referencia surgiera alguna duda y de esta manera despejar cualquier inquietud que tuvieran sobre los diseños, planos y aspectos técnicos de la obra; ello con el fin de evaluar los compromisos económicos y técnicos que adquirirían de resultar favorecidos con la adjudicación.

En el documento que guarda la memoria de las observaciones formuladas por los proponentes y las respuestas dadas con relación a la convocatoria PAF-ATF-032-2012, en el ordinal B., regulatorio de los aspectos TÉCNICOS, se observa que se presentaron preguntas relacionadas con: i) La experiencia general y específica del proponente en el suministro e instalación de la tubería; ii) La experiencia del Director y Residente de la obra y el número de contratos que debe aportar para acreditarla; iii) El resumen de presupuesto del valor de la propuesta; iv) Actividades de Gestión social; v) Licencias ambientales y de construcción; vi) Trámite de permisos requeridos para la iniciación y ejecución de las obras; vii) Operaciones de descuento y cesión de créditos; viii) Presentación del Formato 5; ix) Nivel de endeudamiento; x) Cupo de crédito.

En este documento no se encuentran preguntas referentes a los planos, diseños o estudios del proyecto.

Por su parte el numeral 1.11.2 de los Términos de Referencia “DEBER DE DILIGENCIA DEBIDA E INFORMACIÓN SOBRE EL CONTRATO” prescribe lo siguiente:

“El proponente será el responsable de conocer todas y cada una de las implicaciones del ofrecimiento que realice en el presente proceso y realizar todas las valoraciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de las condiciones técnicas y características generales y específicas de la obra a adelantar.”

“Con la sola presentación de la propuesta se considera que el proponente ha realizado el examen completo de todos los aspectos que inciden y determinan la presentación de la misma.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 471)

El numeral 1.11.2. pretranscrito es claro en otorgar al proponente la carga de responsabilidad en la presentación de la propuesta para cuyo fin debe haber hecho los análisis y valoraciones necesarias y la entidad contratante asume que, al presentarla, el proponente ya ha realizado un examen exhaustivo de todos los aspectos, tanto de orden técnico como financiero, que inciden en su propuesta.

Más adelante en el mismo numeral se lee:

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

“La exactitud y confiabilidad de la información que tenga a bien consultar el proponente se encuentra bajo su responsabilidad, así como la interpretación que haga de la misma y la que obtenga a partir de las declaraciones realizadas durante el transcurso de cualquier visita o reunión.”

“Es responsabilidad del proponente conocer plenamente las condiciones económicas, geográficas y ambientales del sitio donde se ejecutará el contrato.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 471 reverso)

De la estipulación precedente se infiere que el proponente debía visitar el sitio de la obra para enterarse de las condiciones económicas, geográficas y ambientales del sector donde ejecutaría los trabajos y era de su absoluta responsabilidad, la confiabilidad y exactitud de la información toda vez que tenía la carga de informarse a partir de las visitas y reuniones que adelantara.

Pero en todo caso las disposiciones de los Términos de Referencia son reiterativas en cuanto a la responsabilidad del proponente en la presentación de su oferta al estipular lo siguiente:

“La circunstancia de que el proponente no haya obtenido toda la información que pueda influir en la determinación de su oferta”, ello “no lo eximirá de la obligación de asumir las responsabilidades que le correspondan, ni le dará derecho a las reclamaciones, reembolsos, ajustes de ninguna naturaleza o reconocimientos adicionales por parte de la entidad contratante, en el caso de que cualquiera de dichas omisiones deriven en posteriores sobrecostos para el contratista.”

Todas estas disposiciones están orientadas, de una parte, a que el proponente asuma la responsabilidad por la información que recaude para presentar su propuesta, por las consecuencias de índole técnico y financiero que de ello se deriven, y de otra, que la entidad contratante deja a salvo su responsabilidad en cuanto a reconocimientos adicionales, o reembolso alguno ocasionado por la falta de diligencia del oferente en evaluar las condiciones y costos del proyecto.

2.1.1.2 Carta de presentación de la oferta del contratista.

En la carta de presentación de la oferta el proponente, expresamente en el numeral 6º, declaró lo siguiente: *“Que conozco detalladamente, en terreno y por información de las autoridades competentes, los sitios en que debo desarrollar el objeto a contratar, sus características, accesos, entorno socioeconómico, condiciones climatológicas, geotécnicas y geológicas, y que he tenido en cuenta este conocimiento para la elaboración de la propuesta y en consecuencia asumo los efectos de esta declaración.”*

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Y en el numeral 8 manifestó: “*Que leí cuidadosamente los Términos de Referencia de esta convocatoria, (...) y elaboré mi propuesta ajustada a los mismos. Por tanto conocí y tuve las oportunidades establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuesta a mis inquietudes*”. (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 495 reverso)

Esta declaración sobre el conocimiento de los Términos de Referencia y de las condiciones del lugar en donde se desarrollaría el proyecto, lleva implícita la responsabilidad del proponente en el evento de resultar favorecido con la adjudicación.

2.1.1.3 Convenio interadministrativo de Cooperación técnica y apoyo Financiero entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FINDETER y el Municipio de Villa del Rosario de 31 de diciembre de 2012.

En la Cláusula Cuarta del citado convenio, se encuentran establecidas las obligaciones del municipio de Villa del Rosario, entre ellas, la siguiente:

“3) *Aportar como contrapartida y poner a disposición de FINDETER, del contratista de la obra y del interventor que resulten seleccionados la documentación de tipo técnico, legal, presupuestal y financiera, estudios, diseños, licencias, permisos, servidumbres (sic) los bienes, lugares que se requieran para el cabal cumplimiento de las actividades relacionadas con la ejecución de las obras e interventoría del proyecto*” y en el numeral 14) se lee: “*Suministrar los diseños del proyecto viabilizado y certificar la legalidad de su uso en los procesos de estructuración por parte de FINDETER*”.

Del texto de este documento se advierte que era obligación del Municipio de Villa del Rosario, beneficiario de la obra, la elaboración de los documentos técnicos, los diseños y estudios del proyecto de construcción.

2.1.1.4 Contrato de obra de 7 de marzo de 2013 y sus modificaciones.

En el contrato de obra celebrado entre la Fiduciaria Bogotá y la Unión Temporal Redes de Santander, son escasas las cláusulas que regulan lo referente a diseños, estudios y planos del proyecto de construcción. En la cláusula tercera, entre los derechos, deberes y obligaciones del contratista, está la de cumplir con las condiciones técnicas, (...) exigidas en la convocatoria No. PAF-ATF-032-2012, y en la cláusula Vigésima Sexta, se regula el tema de las obras mal ejecutadas y se estipula el rechazo por parte del interventor de las obras que no se ajusten a los planos y especificaciones técnicas.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Hace parte del contrato de obra, el otrosí modificatorio del 23 de enero de 2015, en dicha adición, las partes convinieron la reformulación del proyecto, solicitada por el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio que adicionó el valor del contrato en \$605.401.357, el cual fue suscrito por la convocante sin reparo alguno.

2.1.1.5 Actas de seguimiento de obra.

En el acta No 7 de 19 de junio de 2013 el contratista solicita la definición de detalles del diseño entre los pozos 1.504 y 1.503 porque el lineamiento proyectado intercepta una vivienda existente y el redireccionamiento en el tramo 1.510 y 1.511 porque la línea del proyecto pasa a menos de 1 metro de distancia de un muro bajo de la vivienda existente y de un poste de servicio telefónico.

En el acta No. 13 de 5 de agosto de 2013, se dejó consignada la solicitud del contratista para el cambio de los diámetros del interceptor Villa Hermosa debido a la implementación de un interceptor paralelo y también el manejo de la alineación de la tubería en otros de los pozos. Igualmente, la solicitud del contratista para el cambio de especificación de las tapas para los pozos de inspección.

En el acta No. 28 de 27 de noviembre de 2013, el contratista anuncia que entregará propuesta *“para eliminar 9 cámaras en los tramos con tubería de 27” y 30” con el objeto, según su criterio, para mejorar el diseño”* y también propone un incremento en el diámetro interno de los pozos de 1.50 m.

En el acta No. 34 de 19 de marzo de 2014 el contratista presenta la necesidad de la construcción de un paso elevado sobre el colector 9.000, porque se va a requerir este paso durante el desarrollo de la obra y la de intercalar un pozo en el tramo 1.300. Igualmente, se discute sobre el cambio de los entibados propuesto por el contratista.

En el acta No. 37 de 7 de mayo de 2014 se analiza el cambio de diseño del cruce Rumichaca.

En el Acta No. 43 de 21 de noviembre de 2014 se lee: *“Cámara en concreto reforzado 13062: La interventoría informa que el diseño estructural de este pozo se encuentra en proceso y que se tiene programado, la misma sea entregada al Contratista la semana del 24 al 29 de noviembre de 2014, en atención a las solicitudes realizadas por el contratista en la atención de este diseño”*

En las actas de seguimiento examinadas se aprecia un desarrollo normal de la obra, en donde el contratista en su calidad de ejecutor del proyecto propone cambios en el diseño que son estudiados por la interventoría, como es corriente en la ejecución de las obras de esta naturaleza; sin embargo, en dichas actas no

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

se observa inconformidad, reparo o queja alguna del contratista con relación a los diseños del proyecto de construcción, tampoco presentó reclamación por incurrir en mayores costos o tiempos de ejecución por causa de diseños incompletos, inexactos o mal elaborados.

2.1.2 Consideraciones del Tribunal respecto de esta pretensión

Sobre la primera pretensión de la demanda que es materia de examen, el contratista al exponer los hechos que soportan su reclamación, no concreta realmente cuáles de los diseños del proyecto encontró inexactos; en qué consistieron tales desfases o falencias y cómo incidieron los mismos en el valor de las obras que ejecutó, causándole perjuicio y mayores costos o mayor permanencia en la obra para que pueda analizarse tal situación y pudiera abrirse paso a la indemnización correspondiente.

Ahora bien, los Términos de Referencia que sirvieron de fundamento para la presentación de las ofertas, contienen reglas que determinaron para los oferentes una carga importante de responsabilidad respecto de la información que obtuvieran de los documentos técnicos entregados y las características generales y especiales de la obra, a tal punto que se estipuló que *“Con la sola presentación de la propuesta se considera que el proponente ha realizado el examen completo de todos los aspectos que inciden y determinan la presentación de la misma.”*

También radicó en cabeza del proponente la exactitud y confiabilidad de la información que obtuviera y la interpretación que hiciera de la misma y consideró que era su responsabilidad obtener información en las visitas o reuniones que adelantara y le otorgó a carga de responsabilidad de conocer plenamente las condiciones económicas, geográficas y ambientales del sitio donde se ejecutará el contrato.”

La entidad impuso al proponente el deber, tanto de obtener la información a partir de los documentos técnicos del proyecto puestos a su disposición, como también, visitar el sitio de la obra para hacer una valoración integral de las condiciones del terreno y la situación ambiental para el desarrollo de la obra, haciéndolo responsable de interpretar y completar todos estos aspectos para la presentación de las ofertas, puesto que los Términos de Referencia eran reiterativos en señalar que era de absoluta responsabilidad del proponente la confiabilidad y exactitud de la información.

En los varios apartes de los Términos de Referencia se enfatiza sobre la responsabilidad del proponente cuando no haya obtenido toda la información que pueda influir en la determinación de su oferta y se le advierte que tales falencias no lo exoneran de su responsabilidad y tampoco le dan derecho a formular reclamaciones, reembolsos, ajustes o reconocimientos adicionales con cargo a la

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

contratante, cuando quiera que tales omisiones conlleven mayores costos para el contratista.”

Estas disposiciones de los Términos de Referencia pretenden de manera anticipada eximir de responsabilidad a la entidad contratante por la información que suministre a los proponentes para la presentación de sus ofertas y por las consecuencias futuras cuando se encuentre en ejecución el contrato, en el evento de que, como consecuencia de dicha información, se generen mayores costos para el contratista, para que sea éste quien las asuma.

Considera el Tribunal que esta no es una práctica ajustada a derecho y al principio de buena fe y lealtad contractual, puesto que es obligación de la entidad contratante, en aplicación del principio de planeación, hacer los estudios y diseños necesarios para brindar al oferente una información, completa y detallada de los aspectos técnicos, geográficos, ambientales etc., del lugar en donde se desarrollará la obra y por supuesto que tiene una carga de responsabilidad por los errores y deficiencias que dicha información contenga y no es posible que se exonere de tal responsabilidad por el simple hecho de incluir tales reglas en el pliego de condiciones.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre esta materia ha precisado:

“Para la Sala, esa ambigüedad manejada por la entidad en la elaboración de los pliegos de condiciones y del contrato suscrito con el ingeniero Eraso Burbano, es un defecto que, sin lugar a dudas, no puede ser esgrimido ni utilizado en contra de sus derechos, como reiteradamente lo ha sostenido la Sección, toda vez que la Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambigüos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea.”⁴

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 2001, Exp. 15666, M.P. Danilo Rojas. Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Bajo estas directrices, la entidad contratante no puede evadir la responsabilidad de la información contenida en los Términos de Referencia cuando esta resulte incompleta, deficiente o errada y descargar en el contratista el deber de buscar la información completa y así eximirse de futuras reclamaciones.

La entidad contratante está en el deber de elaborar estudios, diseños y planos completos, adecuados y sin errores, ni inconsistencias y no simplemente entregar unos documentos para cumplir con la formalidad y que sea el oferente el que se apropie de ellos para ajustarlos y adecuarlos al proyecto y asumir la responsabilidad de su propuesta y de todo lo que pueda derivarse de ella durante la ejecución del contrato; ello no es así, puesto que la entidad contratante asume responsabilidad por la información contenida en los Términos de Referencia.

No obstante lo anterior, los oferentes también tienen el deber de informarse sobre las características del proyecto y tienen una carga de responsabilidad respecto de la presentación de su oferta, la cual debe ser lo más ajustada en precio y calidad, de tal suerte que si la información sobre el proyecto no les satisface cuentan con la oportunidad de formular sus observaciones por escrito en la etapa prevista para tal fin y detectar si alguna información relevante para el proyecto está incompleta o ha sido omitida. El oferente no puede asumir una actitud pasiva frente al contenido de los documentos que le son entregados para la presentación de su oferta, por lo menos debe examinarlos cuidadosamente y detectar las falencias, imprecisiones, que presenta y hacer las observaciones que considere necesarias, exigir información que no le fue suministrada

En el presente caso, los oferentes tuvieron la oportunidad de presentar sus observaciones y de ello se dejaron unas memorias que contienen las preguntas formuladas por los interesados y las respuestas dadas por la entidad, previamente a la presentación de la oferta, con relación a la convocatoria PAF- ATF-032-2012. En dicho documento no se encuentran preguntas relativas a los planos, estudios y diseños del proyecto, quiere decir, que los proponentes, y entre ellos la UT Redes de Santander, no tuvieron inquietudes sobre estos temas. y por tal razón, se entiende que para la UT contratista la información que le había suministrado la entidad contratante era clara y suficiente y no ofrecía duda alguna; de otra manera, al menos hubiera presentado sus observaciones sobre esta materia.

En los hechos de la demanda la UT convocante señala que el estudio de suelos le fue entregado después de presentada la oferta, sin embargo, no advirtió de tal situación a la entidad contratante en la oportunidad que tenía para ello, esto es, antes de la presentación de la oferta, puesto el estudio de suelos en este caso tiene relevancia para calcular los costos de la propuesta, dada la naturaleza de la obra que requiere excavar terreno para instalar la tubería y no era imposible detectar que no se contaba con dicho estudio y así exigirlo a la contratante.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Si bien es cierto que la contratante tiene el deber de dar una información completa, adecuada y sin errores, también es deber del oferente examinar de manera juiciosa la documentación y presentar los reparos necesarios cuando tenga dudas o aprecie que falta información necesaria para la elaboración de su oferta. Se trata de una responsabilidad compartida y no exclusiva de una de las partes.

Llama la atención de este Tribunal, que un contratista con amplia experiencia en materia de construcción en acueducto y alcantarillado no hubiera formulado ni siquiera una observación con relación a los diseños, planos y estudios del proyecto, los cuales le fueron suministrados por la entidad contratante en la página web; como tampoco, que le hubiera parecido irrelevante la no entrega del estudio de suelos antes de la presentación de la propuesta

De otra parte, no se entiende cómo ante la ausencia del estudio de suelos, en el momento de realizar la visita al lugar en que habría de desarrollarse la obra, no le hubiera surgido inquietud alguna con relación a la calidad de los suelos, las características topográficas, geotécnicas y ambientales del sector, etc., para que tales inquietudes las hubiera formulado por escrito para que le fueran absueltas en la misma forma por la entidad contratante y de esta manera contara con suficientes elementos de juicio y una información adecuada para calcular los costos de la propuesta.

Es evidente que, si el proponente no hizo observación alguna, seguramente era porque estaba conforme, desde el punto de vista técnico y económico, con los planos, diseños y estudios aportados con los Términos de Referencia y con la información suministrada. En todo caso, al guardar silencio, también asumió una carga de responsabilidad por los riesgos que se pudieran derivar de una información incompleta sobre los mismos.

Además, en la carta de Presentación de su oferta, el contratista declaró conocer el terreno donde realizaría la obra con todas sus características de orden geotécnico, geológico y aún climatológico y de entorno social y asumió las consecuencias que conllevaba esta declaración.

Considera el Tribunal que es en la etapa precontractual, la oportunidad que tienen los oferentes para enterarse de los pormenores de la obra, evaluar las consecuencias técnicas y económicas que pueden derivarse de la inexactitud de la información que le suministra la entidad contratante y advertir sobre las falencias o carencias que se presentan para que se corrijan o completen, dada su experiencia en esta clase de obras y así minimizar el riesgo que puede ocasionarle una información incompleta o errada.

Pero no es un buen proceder guardar silencio, manifestar expresamente su conformidad con la información y celebrar el contrato de obra, adelantar su

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

ejecución y cuando está terminando la obra, reclamar por habersele engañado con una información deficiente e inexacta de los planos y estudios, aduciendo que esa situación le acarreó mayores costos.

Sobre la buena fe contractual ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado lo siguiente:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación, ordena que: “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (...)”⁵

De otra parte, al examinar el expediente, se evidencia que durante la ejecución del contrato, el contratista no manifestó que existían problemas en los diseños, planos y estudios del proyecto que le hubieren representado mayores costos o demoras en la ejecución de las obras. En las actas de seguimiento de obra se observa que el contratista en varias oportunidades solicitó cambio puntual en algunas especificaciones y diseños, como es usual en el desarrollo de esta clase de proyectos, pero en sus solicitudes no dejó plasmado que los cambios se debían a errores insalvables en los planos, estudios y diseños originales suministrados por la contratante, o por la entrega del estudio de suelos después de haberse firmado el contrato, lo cual le significaba mayores costos, mayores cantidades de obra u obras adicionales no previstos en su propuesta ni en el contrato, o mayores tiempos de ejecución.

Por el contrario, el contratista aceptó, sin reparo alguno, suscribir el otrosí modificatorio No. 5 de 23 de enero de 2015 mediante el cual se hizo un replanteamiento del proyecto a solicitud del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio que significó una adición al valor del contrato por monto de

⁵ SECCIÓN TERCERA CONSEJO DE ESTADO Rad.: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489) Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

\$605.401.357. Era esta la oportunidad para incluir algún ítem ejecutado que no se hubiera reconocido en las actas parciales de pago o por lo menos para dejar la constancia de tal situación, máxime cuando este adicional se suscribió casi al finalizar el plazo contractual.

Amén de lo anterior, la UT convocante no determinó en su demanda el valor de los perjuicios derivados de los estudios, planos y diseños inexactos, incompletos e incorrectos y tampoco lo hizo en el peritaje contable⁶ que allegó para probar el daño económico referido a los sobrecostos que en general sufrió como consecuencia de las circunstancias en que tuvo que desarrollar la obra; dictamen que fue examinado por este Tribunal para establecer si en el mismo se presentaba alguna prueba contable o financiera sobre el rubro relacionado con los perjuicios sufridos por la inexactitud de los planos y diseños de la obra; sin embargo, en dicho documento no se mencionan perjuicios que tengan este origen; a lo largo de los 14 rubros que fueron expuestos ampliamente, no existe alguno que cuantifique el monto de este presunto perjuicio; en verdad, ni siquiera se lo menciona.

Por las razones anteriormente expuestas este Tribunal considera que no está sustentado, demostrado ni probado el perjuicio que alega haber sufrido la UT convocante, con relación a las deficiencias en los planos, diseños y estudios del proyecto de construcción, ni se probó que en la contabilidad existan registros contables, libros auxiliares de contabilidad, que así lo demuestren. En consecuencia, la pretensión no tiene vocación de prosperidad.

2.2 SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DECLARATIVA

“Que se declare que la Fiduciaria incumplió sus obligaciones contractuales al no entregarle oportunamente a La UT la totalidad de los predios y zonas necesarios para la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013”.

En la demanda formulada se afirma que la FIDUCIARIA BOGOTÁ y/o FINDETER incumplieron sus obligaciones contractuales de obtener oportunamente los predios requeridos para la ejecución del proyecto y la expedición de los permisos por parte de las entidades nacionales, aspecto importante de la controversia y de la solicitud de indemnización de perjuicios que la UT convocante señala haber sufrido, por cuanto ésta es la razón principal que aduce para que la ejecución de la obra se hubiera extendido por un año más y con ello se ocasionaran mayores costos.

⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folios 313 a 385.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Se observa entonces, que son dos los rubros que integran esta pretensión a saber:

- i) La obtención de servidumbres y permisos en los predios requeridos para acometer la obra;
- ii) La obtención de permisos de cruce por vías nacionales.

En efecto, en los puntos 3.3.1. a 3.3.15 de la demanda se expone la problemática presentada durante el desarrollo y ejecución del contrato, con relación a estos dos aspectos que la convocante considera incumplidos, pero en ellos se afirma que la responsabilidad de estas actividades recae tanto en FINDETER como en el municipio de Villa del Rosario, beneficiario de la obra, sin que puntualmente se involucre a la convocada.

Por su parte, la convocada manifiesta que la UT contratista tenía la obligación de tramitar ante las autoridades correspondientes los permisos que se requerían para la iniciación y ejecución de las obras, obligación que se encontraba prevista en el numeral 21 de la cláusula tercera del contrato de obra.

Adicionalmente, señala que la obligación de tramitar las servidumbres y obtener la disponibilidad de los predios radicaba en el Municipio de Villa del Rosario y que los predios y servidumbres a pesar de las dificultades, fueron entregados en forma progresiva durante el plazo de ejecución del contrato, garantizando que el contratista ejecutara sus actividades en todo momento, puesto que en algunas zonas no se requerían tales permisos.

Resulta entonces pertinente, establecer a cargo de quién se encontraba la responsabilidad de la obtención de los predios y zonas necesarios para adelantar las obras objeto del contrato, como también los permisos a los que se hace mención y que permitían la disponibilidad de los predios que debían intervenir para la ejecución de las obras, si la entrega de los mismos fue tardía y si ello incidió en la ejecución de las obras.

2.2.1 Valoración Probatoria

Con el fin de establecer en quien recae la carga de responsabilidad, es preciso destacar que previo a la celebración del contrato de obra entre la FIDUCIARIA BOGOTÁ y la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013, cuya controversia corresponde dirimir a este Tribunal, surgieron otros vínculos contractuales orientados a realizar la construcción del Plan Maestro de Alcantarillado, los cuales deben ser examinados para el entendimiento de la problemática surgida y por su estrecha relación con la ejecución del proyecto. También se examinarán los demás documentos aportados al proceso correspondientes a la formación del contrato y su ejecución.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2.2.1.1 El contrato de fiducia mercantil celebrado entre FINDETER y la Fiduciaria Bogotá.

Al expediente se aportó el contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos celebrado entre la FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. y FINDETER, el 1º de noviembre de 2012⁷ cuya finalidad era hacer expedita la selección de los contratistas y eficiente la administración de los recursos suministrados por FINDETER para la ejecución del proyecto de alcantarillado en el Municipio de Villa del Rosario, mediante la constitución de un patrimonio autónomo.

En el Capítulo IV se estipuló el objeto y alcance del objeto contractual en los siguientes términos:

“OBJETO: El presente contrato de fiducia mercantil tendrá por objeto: (i) la transferencia a la FIDUCIARIA a título de fiducia mercantil por parte del FIDEICOMITENTE, de los RECURSOS provenientes de los convenios que suscriba con las entidades del sector central. (ii) la conformación de un Patrimonio Autónomo con los recursos transferidos. (iii) la administración de los recursos económicos recibidos. (iv) la inversión de los recursos administrados en los términos establecidos en el numeral 7.3 de la cláusula séptima (7ª) (v) Adelantar las actividades que se describen en este contrato para el proceso de contratación de los ejecutores de los proyectos seleccionados por el COMITÉ FIDUCIARIO. (vi) La realización de los pagos derivados de los contratos que se suscriban en desarrollo del presente contrato, con la previa autorización expresa y escrita del INTERVENTOR y aprobación del COMITE FIDUCIARIO.

“ALCANCE DEL OBJETO: EL FIDEICOMITENTE a través de la transferencia de los recursos para la constitución del patrimonio autónomo y la administración de estos por parte de la FIDUCIARIA, pretende proveer el servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías, correspondientes a proyectos de los recursos administrados por la financiera...” (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 113)

En la cláusula séptima del contrato de Fiducia Mercantil se pactaron las obligaciones de las partes. Entre las obligaciones de la Entidad Fiduciaria plasmadas en el numeral 7.3. se encuentran las de:

⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folios 113 a 115

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

“5) Coordinar el proceso de contratación de los proyectos que se pretendan desarrollar en la etapa precontractual y contractual, realizando en particular las siguientes actividades: 5.1. Adelantar con apoyo y coordinación del FIDEICOMITENTE la etapa precontractual y contractual para lo cual se deberá tener en cuenta que la decisión de selección del contratista será responsabilidad exclusiva del Comité Fiduciario; 5.2. Suscribir los contratos respectivos; (...) 5.4 Durante todo el proceso de contratación derivada, la FIDUCIARIA deberá dar traslado al FIDEICOMITENTE de los requerimientos y las consultas que formulen los proponentes y los contratistas y obrar bajo sus instrucciones; 5.5. elaborar las actas de liquidación y liquidar los contratos celebrados.” (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 113 reverso)

En la cláusula 7.3.8., está la obligación de *“contratar por instrucciones del FIDEICOMITENTE las personas naturales o jurídicas que se requieran para la realización del objeto contractual. (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 119)*

Este contrato tuvo tres modificaciones que se recogen en los Otrosíes Números 1, 2 y 3. En el primero se hizo una modificación a la cláusula 0.1.5.1., y su cláusula correlativa, la 9.1.1., que regulan lo pertinente a los órganos contractuales y concretamente sobre la integración del Comité Fiduciario. En el segundo se modificó la cláusula 4.1., y 4.2., del contrato de Fiducia mercantil, referido al objeto contractual y al alcance del mismo; en el tercero se modificó de nuevo la cláusula de Definiciones con relación al Comité Fiduciario, al Comité Financiero, al Comité Técnico y el Manual Operativo. También se introdujeron modificaciones a las cláusulas 4.1., y 4.2., sobre el objeto y su alcance; a la cláusula 7.3., sobre obligaciones de la fiduciaria; a la 9.1., órganos contractuales, Comité Fiduciario y sus funciones; a la 9.1.2., Comité Financiero, a la 9.1.3., Comité Técnico a la 8.1.1., pagos derivados de los contratos y a la 11.1., duración y terminación del contrato de fiducia.

En el contrato de Fiducia Mercantil se encuentran plasmadas las obligaciones de la Fiduciaria Bogotá en 23 puntos, pero en dichas actividades no aparece alguna que establezca la obligación de esta entidad de tramitar servidumbres y permisos para obtener la disponibilidad de los predios necesarios para la ejecución de las obras, tampoco está a su cargo, el obtener las licencias necesarias.

Adicionalmente, al final de dicha cláusula se establece que la responsabilidad de la Fiduciaria es sólo de medio y no de resultado, y concretamente, que responderá solo por los pagos y restituciones con los recursos existentes en el fideicomiso, pero no por gestiones administrativas que corresponden a los entes públicos.

En estos otrosíes a pesar de haberse modificado aspectos del objeto contractual y su alcance, lo cierto es que no se incluyó obligación alguna para la entidad

vs.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

fiduciaria que tuviera relación con el trámite de permisos o servidumbres para tener la disponibilidad de los predios por donde debía ejecutarse la obra.

Lo que sí es evidente, es que, mediante el contrato de Fiducia Mercantil, la FIDUCIARIA BOGOTÁ recibió la facultad de seleccionar al contratista y celebrar el contrato de obra para la construcción del Plan Maestro de Alcantarillado Fase 2 en el Municipio de Villa del Rosario, así se lo encomendó FINDETER.

2.2.1.2 *El Convenio Interadministrativo de Cooperación técnica y apoyo Financiero celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, FINDETER y el Municipio de Villa del Rosario, el 31 de diciembre de 2012.*

Al expediente fue aportado el citado convenio cuyo objeto consistía en “*aunar esfuerzos para apoyar la ejecución de las obras e interventoría del proyecto denominado “construcción del Plan Maestro de Alcantarillado del Municipio de Villa del Rosario, Segunda Etapa; Departamento Norte de Santander...”*”. En dicho convenio se encuentra la siguiente Cláusula:

“CUARTA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: 1) ...5) Obtener la totalidad de los permisos, licencias y autorizaciones que se requieren durante la ejecución del proyecto y garantizar la disponibilidad de los predios, permisos y servidumbres requeridos para su desarrollo. Esta condición es requisito para la contratación de las obras y deberá realizarse y acreditarse por el MUNICIPIO a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del presente convenio.

Aunque el Municipio de Villa del Rosario se vinculó al proyecto de infraestructura mediante el convenio interadministrativo del cual también hacían parte el Ministerio de Vivienda y FINDETER, dicha entidad municipal nunca fue parte del contrato de obra materia de controversia, toda vez que dicho contrato fue suscrito entre la UT REDES DE SANTANDER, en su calidad de contratista y la FIDUCIARIA BOGOTÁ, en su carácter de entidad contratante.

Se reitera, además, que el Municipio de Villa del Rosario como entidad beneficiaria de la obra, no es parte de esta controversia por cuanto no tiene la calidad de demandante ni de demandado.

2.2.1.3 *Los Términos de Referencia de la convocatoria PSF-ATF-032 - 2012*

En los términos de Referencia se incluyó la minuta que regiría la contratación con el fin de que fuera examinada por los proponentes. En la cláusula tercera

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

regulatoria de los derechos, deberes y obligaciones de las partes, se encuentra a cargo del contratista la siguiente obligación: 21) *tramitar ante las entidades correspondientes, permisos y demás documentación que se requiera para la iniciación y ejecución de las obras que dan cumplimiento al objeto contractual*”

Durante la etapa de preguntas y respuestas a los Términos de Referencia los proponentes solicitaron explicación sobre el contenido de dicha cláusula en los siguientes términos:

“5, En la minuta del contrato en la cláusula tercera (3) de los deberes, se especifica que el Contratista debe tramitar ante las entidades correspondientes, permisos y demás documentación que se requiera para la iniciación y ejecución de las obras que dan cumplimiento al objeto contractual; solicitamos se informe específicamente cuáles son los trámites, como las entidades a las cuales se deben de gestionar los permisos como el tiempo que el Contratante estima en el Cronograma del proyecto para el desarrollo y obtención de éstos” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 501 reverso y 502)

A dicha pregunta se dio la siguiente respuesta:

*“5. Considerando que los trámites que deberán adelantarse serán aquellos que se requieran de acuerdo con la naturaleza del proyecto a ejecutar, en el marco del deber de diligencia debida e información sobre el contrato contenido en el numeral 1.11.2. de los Términos de Referencia, **corresponde al proponente realizar todas las valoraciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de las condiciones técnicas y características generales y específicas de la obra a adelantar**”* (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 502) (Negrillas no son del texto).

Se advierte entonces, que los oferentes tenían conocimiento desde antes de la presentación de sus ofertas, que debían tramitar unos permisos que no se tenían previamente y que eran necesarios precisamente **para iniciar y ejecutar las obras.**

Igualmente, según la respuesta dada por la entidad contratante, el proponente estaba en el deber de adelantar las estimaciones económicas, de tiempos y todas las demás necesarias para presentar su oferta de conformidad con lo previsto en el numeral 1.11.2 de los citados Términos de Referencia.

2.2.1.4 El contrato de obra

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

El contrato de obra fue suscrito entre la FIDUCIARIA BOGOTÁ y la UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013 el 7 de marzo de 2013⁸, previo el proceso de selección del contratista efectuado por la Fiduciaria con la aprobación del Comité Fiduciario.

Al consultar las obligaciones a cargo de la Fiduciaria Bogotá como parte contratante se advierte que, según la cláusula tercera del contrato, éstas se reducen a: i) La vigilancia del desarrollo y ejecución del contrato; ii) Formulación de sugerencias por escrito; iii) Pagar los trabajos contratados, previa autorización del interventor.

En el mismo contrato, en la cláusula Tercera se pactaron, entre otras, 37 obligaciones a cargo de la contratista UT REDES DE SANTANDER entre ellas la obligación contenida en el numeral 21) de la citada cláusula que dice: “*Tramitar ante las entidades correspondientes, permisos y demás documentación que se requiera para la iniciación y ejecución de las obras que dan cumplimiento al objeto contractual.*” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 4)

Corresponde al Tribunal, establecer si el contenido de esta cláusula contractual tiene el alcance para vincular el contratista en cuanto al trámite y obtención de las servidumbres y permisos en los predios en que debía adelantarse la ejecución de las obras o si por el contrario esta obligación no era de su resorte como lo afirma en su demanda.

2.2.1.5 Las actas de seguimiento del contrato.

Igualmente, se consultaron algunas de las actas de seguimiento del contrato, que reflejan la situación presentada con relación a la obtención de los predios, servidumbres y permisos y la actividad desplegada por las partes involucradas en esta gestión.

2.2.1.5.1 Acta No. 2 de 7 de mayo de 2013, en la cual se lee:

“(...) la intervención de la Administración Municipal de Villa del Rosario en la ejecución del proyecto sólo debe hacer referencia a la obtención de los permisos que permitan la ejecución de las obras en el municipio de Villa del Rosario”

El contratista está a la espera de una respuesta de la Concesionaria San Simón, respecto al permiso de intervención en la vía (Autopista Internacional) ... Una vez se tenga información al respecto, se dará a

⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 2 al 15.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

*conocer la misma a la interventoría. Así mismo, se debe verificar por parte del contratista si **los permisos en el anillo vial** se deben tramitar ante el INVIAS.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 42) (Negrillas no son del texto)*

2.2.1.5.2 Acta No. 5 de 6 de junio de 2013:

*“La interventoría le informa al Ing. Aguilar de la Secretaría de Agua Potable, la situación con el interceptor 9.000 al cual **las autoridades municipales no han entregado las servidumbres de los terrenos a intervenir.** (...)” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 46) (Negrillas no son del texto)*

2.2.1.5.3 Acta No. 9 de 26 de junio de 2013:

*“La interventoría le requiere al secretario de planeación **la entrega urgente por escrito de las servidumbres y los permisos para poder intervenir el interceptor** y le recuerda que es un compromiso adquirido por el alcalde contractualmente.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 54) (Negrillas no son del texto)*

Seguidamente se lee:

*“La interventoría le precisa al secretario de planeación que el próximo lunes 8 de julio a las 8:00 am de 2013 el contratista (...) estará con las máquinas y equipo de trabajo para intervenir el interceptor 13.000 **por lo tanto se requiere que para esta fecha entregue los permisos para poder intervenir tranquilamente los trabajos proyectados, lo propio se hará con en el interceptor Vista Hermosa, por lo tanto, si el señor Alcalde no cumple con sus compromisos, la interventoría iniciará gestiones para la suspensión del contrato** con las complicaciones administrativas y legales que ello conlleve.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 54) (Negrillas no son del texto)*

2.2.1.5.4 En el Acta No. 10 de 11 de julio de 2013 se consignó lo siguiente:

*“El secretario de planeación manifiesta que entregará a la interventoría y al contratista **las autorizaciones por escrito para la intervención temporal de los predios;** la interventoría solicita al secretario que precise cuando se hará esta entrega de autorizaciones; el secretario de planeación se compromete que el próximo lunes 15 de julio **se hará una socialización con los propietarios de los predios para que autoricen los trabajos** según recomienda la empresa de servicios públicos del municipio, **en caso contrario el señor Alcalde procederá a hacer las autorizaciones por decreto,** y que hará entrega de las autorizaciones a la interventoría **para***

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

que puedan intervenir los tramos correspondientes a más tardar el 19 de julio.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 56) (Negrillas no son del texto)

Más adelante se lee:

“La interventoría aclara que los retrasos que se han desarrollado en la programación de la obra no son imputables al contratista ya que este tiene la maquinaria, tubería y el personal disponible para el arranque” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 56) (Negrillas no son del texto)

2.2.1.5.5 Y en el Acta 11 de 19 julio de 2013, se dejaron las siguientes constancias:

“Entrega de autorizaciones para intervenir los predios del tramo 9.000 por parte de la Alcaldía.”

El secretario de Planeación Municipal en reunión realizada el lunes 15 de junio/2013 en el despacho del señor Alcalde con los propietarios y apoderados de los predios, el contratista, la interventoría, hizo entrega parcial de las autorizaciones de intervención temporal quedando pendiente la correspondiente al Predio de la Pastora cuyo propietario no asistió” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 58) (Negrillas no son del texto)

“Estado de gestión del contratista para el permiso de cruce de vías a cargo de la concesionaria San Simón:

El contratista manifiesta que conjuntamente con la Secretaría de Planeación Municipal están finiquitando esta situación, (...) (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 58) (Negrillas no son del texto).

2.2.1.5.6 En el acta No.12 de 26 de julio de 2013 se lee:

“El contratista manifiesta que el día lunes 22 de julio de 2013 Planeación Municipal entregó al concesionario de la vía los documentos complementarios para la obtención del permiso de cruce de la vía Cúcuta San Antonio, quedando pendiente de la respuesta” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 60) (Negrillas no son del texto).

2.2.1.5.7 Así mismo, en el Acta No. 13 de 5 de agosto de 2013, con relación a el permiso del cruce por el parque Histórico Grancolombiano, se dejó consignado lo siguiente:

“El contratista manifiesta que se encuentra en trámite este permiso por parte de la Alcaldía y a la fecha no se tiene una fecha probable de entrega.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 64) (Negrillas no son del texto).

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2.2.1.5.8 Y en el Acta 14 de 15 de agosto de 2013 sobre el mismo cruce del Parque Grancolombiano se lee:

“El contratista manifestó que con el ánimo de avanzar en el tema, se genere un ítem extra que considere el trabajo de un arqueólogo que elabore y presente ante la entidad correspondiente el informe de solicitud de permiso de cruce de la tubería de alcantarillado por el parque Histórico tal y como lo contempla el proyecto.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 68)

En la misma Acta No. 14 respecto del permiso del cruce por la autopista internacional Cúcuta- San Antonio se dejó la siguiente constancia:

“El contratista manifestó que está a la espera de la respuesta por parte de la ANI de la gestión realizada conjuntamente con el municipio de Villa del Rosario para el aval de la intervención de los cruces solicitados de acuerdo a lo requerido en el diseño del Plan Maestro de Alcantarillado de Villa del Rosario.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 68) (Negrillas no son del texto)

También en esta acta se encuentra lo pertinente al:

“Permiso de intervención interceptor margen izquierda – 13.000”
“A la fecha el contratista solo tiene autorización de intervención en predios en una longitud de 650 ml. (correspondientes al 12.83% de la longitud total), que están definidos por los pozos 13041 -13047. El municipio continua en la gestión de consecución de las autorizaciones restantes para liberar la totalidad del tramo 13.000 para proceder a ejecutar los trabajos tal y como se registra en la programación de obra (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 68)

En dicha acta No. 14, citada varias veces, el interventor dejó la siguiente constancia:

“5.1 Avance físico de la obra.
A la fecha la interventoría reporta un avance de obra física del 8.15% comparado con un avance programado del 12.02 %; para más claridad, es conveniente anotar que *aunque el contratista cuenta con los recursos humanos y materiales así como de logística, no ha iniciado trabajos en el interceptor Margen izquierda 13.000, debido a que el municipio no le ha entregado las autorizaciones para poder intervenir los predios por donde está trazado el proyecto además esta situación cobra importancia si se tiene en cuenta que este interceptor representa un 17% del total de la tubería a instalar y el tiempo de ejecución programado es de 335 días correspondientes al 91.78 del plazo total del*

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

contrato. Del mismo modo se evidencia que el sistema Vista Hermosa y áreas aportantes inició trabajos el día 30 de julio de 2013, de acuerdo a la programación de obra 85 días después de la fecha de inicio, **retraso presentado por problemas de predios similares a los del proyecto 13.000; representando este tramo el 66.79% del total de tubería proyectada a instalar.** Teniendo en cuenta lo anterior, se deduce que **el proyecto presenta un atraso en su tiempo de ejecución el cual no es imputable al contratista.**” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 69) (Negrillas no son del texto)

2.2.1.5.9 En el Acta No. 27 de 22 de noviembre de 2013 consta:

“Permisos de 13.000.

La Secretaría de gobierno municipal, informó que el próximo lunes 25 de noviembre de 2013 (...) se generará el documento que deja en firme la resolución 585/2013, significando esto que queda finiquitado el tema de los permisos de intervención en el interceptor Margen Izquierda, 13.000 sector Boconó”. (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 98)

2.2.1.5.10 En el Acta No. 30 de 13 de enero de 2014 consta:

“Cruce de vías:

“El contratista manifiesta que para la obtención del permiso solo hace falta un documento que se está tramitando ante CORPONOR y que se está a la espera de que en la mañana de hoy se obtenga el mismo, una vez obtenido el documento se hará entrega de una copia a la interventoría.

La interventoría recuerda al contratista que inmediatamente se obtenga los documentos expedidos por CORPONOR, se debe entregar copia de los mismos al Secretario de Planeación Municipal de Villa del Rosario para que proceda a radicarlo ante la ANI para dar continuidad con el trámite de los permisos para el cruce de vías.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 109) (Negrillas no son del texto)

“Cruce del parque Histórico:

El INCAH entregó el permiso al contratista para que el arqueólogo pueda entrar a realizar su trabajo de campo” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 109)

2.2.1.5.11 En el acta 33 de 13 de marzo de 2014, se observa lo siguiente:

“A la fecha los trabajos reportan atrasos, por la dificultad en la obtención de los permisos, entre otros inconvenientes, por lo que se prevé la necesidad de una ampliación en tiempo que el contratista estima inicialmente de 4 meses, dependiendo de los resultados que se

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

obtengan de la reformulación del proyecto” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 118) (Negrillas no son del texto)

2.2.1.5.12 En el acta 34 de 19 de marzo de 2014, se dejó la siguiente constancia:

“Avance de la obra (Análisis de cronograma):

“La interventoría reporta un avance físico de la obra del 43%, cuando a la fecha el contratista debería reportar el 80% de avance de la obra. Se aclara que la principal causa de atraso evidenciado hasta el momento, es la falta de servidumbre requeridas para la ejecución normal de la obra.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 126)

2.2.1.5.13 En el Acta No. 37 se lee:

“El contratista gestionará el tema de los permisos ANI e INVIAS para lo cual informará de esta gestión el 14 de mayo de 2014”. (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 135) (Negrillas no son del texto)

2.2.1.6 Testimonio del interventor de la obra:

Respecto de los permisos, el señor RAFAEL HOLMAN CUERVO, interventor de la obra afirmó, ante una pregunta del apoderado de la Convocante: ***“... si me habla de permisos especiales eran responsabilidad del Contratista con el acompañamiento del Municipio... los cruces de la vía internacional que requiere como en todos los proyectos de permisos especiales de las autoridades competentes esa era una gestión que le correspondía al Contratista tal como está en el contrato pero requiere obviamente del acompañamiento del Municipio... entonces esa gestión yo no se la puedo aislar a un ente en particular, era una gestión compartida, Contratista-Municipio... si me habla de servidumbres, o sea, en predios privados, sí eso es obviamente una gestión particularmente del Municipio... entonces particularizar que es del Municipio o que era del contratante FINDETER, no, esa era una gestión que definitivamente era importante el acompañamiento del Municipio, de Findeter, y por supuesto del Contratista”.*** (Pág. 24 versión transcrita) (Subrayado y resaltado por el Tribunal).

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2.2.1.7 Testimonio de JORGE ALBERTO URIBE VELÁSQUEZ, ingeniero sanitario, representante legal de CONHYDRA S.A.⁹

- a. A la pregunta formulada por el abogado de la convocada sobre la obligación de la Unión Temporal Redes de Santander en el trámite de los permisos ante las entidades correspondientes permisos y demás documentación que se requería para la iniciación y ejecución de las obras que dan cumplimiento al objeto contractual, respondió: Sí teníamos la obligación de tramitar los permisos de nuestra responsabilidad. (Pág. 33 versión transcrita) (Subrayado del Tribunal).
- b. “... *Entonces viene la segunda fase y es donde yo respetuosamente considero que hay una confusión. Una cosa, son las licencias que debe obtener el proyecto, que son licencias ambientales, culturales o patrimoniales, estas licencias las debe obtener el ente territorial o su delegado pues el plan departamental de aguas si el municipio está... allá, o sea, las licencias ambientales, culturales o patrimoniales las debe obtener el ente territorial...*” “... Entonces para la respuesta (sic) que me hace el señor abogado, es responsabilidad del ente territorial tener licencias ambientales, patrimoniales, culturales y las servidumbres...” (Pág. 35 versión transcrita) (Subrayado por el Tribunal).
- c. “... *el demandado nos decía que de pronto nosotros éramos los que teníamos que hacer eso. No, en los pliegos de condiciones donde nos convocaron decían que eso que había sido viabilizado... Concretamente nos tocó involucrarnos mucho en la parte arqueológica, lo que se encontró en el parque Grancolombiano; pero era responsabilidad de los que nos convocaba y así nos lo dijeron en la convocatoria...* (Pág. 36 versión transcrita).
- d. “*Repito, una cosa son las servidumbres y las licencias ambientales que es obligación del ente territorial y lo otro son los permisos de obra, que llamamos nosotros, como permisos de movilidad, permisos de rotura, permisos de cruces de vías...*” (Pág. 37 versión transcrita) (Subrayado por el Tribunal).
- e. “*Cuando firmamos el Acta de inicio le dijimos al Municipio que pusiera a nuestra disposición todos los predios para ejecutar la obra.* (Pág. 38 versión transcrita) (Subrayado por el Tribunal).

⁹ Testimonio rendido el 3 de noviembre de 2017.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2.2.2 Consideraciones del Tribunal respecto de esta pretensión

2.2.2.1. Las Obligaciones contenidas en los documentos contractuales

Para el examen de responsabilidad procede el Tribunal a determinar, de acuerdo con los documentos relacionados precedentemente, quién tenía la obligación de tramitar las servidumbres y permisos para que los predios requeridos en la ejecución de las obras, estuvieran disponibles oportunamente.

Desde antes de la presentación de la oferta, los oferentes tenían conocimiento de la obligación de tramitar unos permisos que se requerían para la iniciación y ejecución de la obra y con razón, solicitaron a la entidad contratante que les precisara de qué permisos se trataba y ante qué entidades se tramitaban.

La respuesta dada a la pregunta no precisó los dos aspectos cuya claridad solicitaban los proponentes; en ella, se les señaló que los trámites eran los que se requerían conforme a la naturaleza del proyecto a ejecutar y que debía realizar todas las valoraciones y estimaciones que considerara necesarias según las características generales y específicas de la obra, con lo cual trasladó a los oferentes una carga de responsabilidad.

Así las cosas, fueron presentadas las ofertas y seleccionada la UT REDES DE SANTANDER hoy convocante en este proceso y posteriormente suscribió el contrato de obra, en el que se incluyó, en la cláusula tercera numeral 21, la obligación para el contratista de tramitar los permisos y demás documentación que se requiera ante las entidades correspondientes para el inicio y ejecución de la obra.

La cláusula tal como fue concebida y aceptada por el contratista, comporta un alcance muy amplio, referido a todos los permisos del proyecto.

Pero a su vez, en el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero celebrado entre el Ministerio de Vivienda, FINDETER y el Municipio de Villa del Rosario, éste, como entidad beneficiaria de la obra, en la cláusula 4.5 ¹⁰ adquirió precisas obligaciones relativas a la obtención de todos los permisos,

¹⁰ *Cláusula 4.5 obtener la totalidad de los permisos, licencias y autorizaciones que se requieren durante la ejecución del proyecto y garantizar la disponibilidad de los predios, permisos y servidumbres requeridos para su desarrollo. Esta condición es requisito para la contratación de las obras y deberá realizarse y acreditarse por el MUNICIPIO a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del presente convenio.* (Negritas fuera del texto).

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

licencias y autorizaciones requeridas para ejecutar las obras, y también se obligó a garantizar la disponibilidad de los predios permisos y servidumbres necesarias para su desarrollo, pero dichas obligaciones no podían satisfacerse en cualquier tiempo, pues la cláusula es clarísima al señalar un término perentorio para cumplirlas y éste fue de 30 días después de la firma del citado convenio y antes de que se iniciaran las obras; quiere decir, que era obligación del municipio tener disponibles los predios, servidumbres, licencias antes de que se suscribiera del contrato de obra con el contratista que fuera seleccionado por la Fiduciaria.

Como quiera que el contrato de obra establece la obligación para el contratista de obtener los permisos para la iniciación y ejecución del contrato y a la vez el convenio interadministrativo, a que se ha hecho alusión, estipula que es el municipio de Villa del Rosario el obligado a obtener las servidumbres, licencias y autorizaciones y garantizar la disponibilidad de los predios, permisos y servidumbres necesarios, resulta indispensable armonizar el contenido de estas dos cláusulas incluidas en diferentes contratos para establecer cuál es su alcance y quién en realidad es el responsable de las obligaciones allí contenidas.

Del clausulado se evidencia que corresponden al Municipio de Villa del Rosario las obligaciones que aluden a la obtención de servidumbres y la disponibilidad de los predios, así lo dice claramente el convenio interadministrativo; obligación que, por el contrario, no está prevista en el contrato de obra y por lo tanto, no es del resorte del contratista.

Pero esas otras obligaciones referidas a los permisos y autorizaciones que se pactaron tanto a cargo del municipio como también del contratista para el inicio y ejecución de la obra, deben entenderse que corresponde cumplirlas a ambos, es decir, se trata de actividades que se adelantan de manera coordinada, conjunta y compartida entre los dos responsables y, por lo tanto, es riesgo que ambos asumen.

Tal apreciación es compartida por el interventor del proyecto quien en su testimonio manifiesta de manera clara que los permisos especiales, permisos nacionales, cruces de vías, etc., eran responsabilidad que compartían el Municipio de Villa del Rosario y el contratista, pero que las servidumbres sí eran de cargo del Municipio referido.

Igualmente, el Representante legal de CONHYDRA S.A., integrante de la Unión Temporal, al principio manifestó categóricamente que sí tenían la obligación de tramitar los permisos, pero después aclaró que no los referidos al tema ambiental, cultural o patrimonial, pero que los de obra como lo son los cruces de vía sí. También señaló que colaboró con el municipio en el trámite de los mismos.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

En efecto, la conducta asumida por el contratista, reflejada en las actas de seguimiento relacionadas anteriormente, evidencian su activa participación en el trámite de los permisos que se adelantaban ante la entidades nacionales para que se permitiera el paso o cruce por las vías nacionales y demás bienes del Estado; que su actividad fue coordinada y concomitante con la actividades de la Secretaría de Planeación del Municipio de Villa del Rosario, es decir, el contratista aceptó esta responsabilidad surgida de la cláusula 3.21., del contrato de obra y nunca se negó a cumplirla, aunque en su demanda manifieste que no estaba obligado a adelantar estos permisos, y al admitir su obligación también asume el riesgo que se deriva de los tiempos utilizados para la obtención de los permisos y los costos que se generen, puesto que el trámite conlleva la participación de otras entidades que no son parte en el contrato y sobre las cuales el contratista no tiene el control; este riesgo no puede trasladarse a la entidad contratante, FIDUCIARIA BOGOTÁ, para reclamar indemnización por la demora en los permisos que él mismo estaba obligado a tramitar en coordinación con un tercero que es el Municipio de Villa del Rosario, beneficiario de la obra.

El contratista desde antes de la presentación de la propuesta tenía conocimiento que debía tramitar estos permisos y le correspondía hacer la valoración de los riesgos tal como se lo señaló la entidad contratante, de manera general, en la respuesta dada sobre el alcance de la cláusula 3-21 y en otros apartes de los términos de referencia.

Se hace también claridad en cuanto que no pueden confundirse estos permisos que hemos venido comentando, con los permisos ambientales, pues estos últimos tienen otra naturaleza, están regulados por otras cláusulas y son de cargo exclusivo del contratista como lo demuestran los documentos contractuales¹¹.

¹¹ En las memorias de preguntas y respuestas, previa a la presentación de la oferta, Convocatorias PAF-ATF-031 Y PAF-ATF-032, se formularon algunas preguntas orientadas a establecer: i) Si los proyectos contaban con las licencias ambientales y las licencias de construcción. ii) Solicitar el envío de la copia de las licencias ambientales con el respectivo Plan de Manejo Ambiental para incluirlo en el listado de cantidades y precios de los respectivos proyectos. iii) Solicitar la remisión de los requerimientos de HSEQ que las entidades de servicios públicos establecen para el desarrollo de estos proyectos.

La respuesta que se dio en esta oportunidad fue del siguiente tenor:

“Los proyectos objeto de las presentes convocatorias no requieren licencia ambiental. Los permisos requeridos durante la construcción o puesta en operación de las obras, están en trámite y su gestión debe ser culminada por el contratista que resulte...”

En el numeral 1.11.2. DEBER DE DILIGENCIA Y DEBIDA INFORMACIÓN SOBRE EL CONTRATO de los Términos de Referencia determina que *“El proponente será responsable de conocer todas y cada una de las implicaciones del ofrecimiento que realice en el presente*

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

3.2.2.2. Las situaciones que afectaron el plazo del contrato

Las actas de seguimiento dan cuenta de la importante dificultad y el complejo camino recorrido para la obtención de los predios y servidumbres necesarias para ejecutar el proyecto, que por demás debían estar listos antes de la firma del contrato de obra¹², hecho que evidentemente generó demoras en los tiempos previstos para la ejecución del proyecto a tal punto que el interventor del contrato dejó varias constancias en las que expresa que se han tenido retrasos por la falta

proceso, y realizar todas las valoraciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de las condiciones técnicas y características generales y específicas de la obra a adelantar” “Los costos del Plan de Manejo Ambiental en que se incurra deberán estar incorporados en el cálculo del AIU, por lo tanto no se modificarán los presupuestos publicados.” (Negrilla fuera del texto).

En el contrato de obra pública de 7 de marzo de 2013, celebrado entre el contratista y la Fiduciaria Bogotá, en la Cláusula Tercera, numeral 24 se lee lo siguiente:

*“Organizar los trabajos de tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles no solo con los requerimientos técnicos necesarios sino con las disposiciones legales, las normas especiales para la gestión y **obtención de las autorizaciones y permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales.** Cualquier contravención a los preceptos anteriores será responsabilidad del EL CONTRATISTA y el Interventor, por esta causa, podrá ordenar la modificación de los procedimientos o la suspensión de los trabajos. Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional, que se requieran serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del CONTRATISTA previamente a la iniciación de las actividades correspondientes”.* (Negrilla fuera del texto).

Y el numeral 25 de la misma cláusula tercera dispone a cargo del contratista lo siguiente:

*“**Garantizar a LA CONTRATANTE que cumplirá a cabalidad con los requerimientos ambientales** legales, reglamentarios y contractuales y que no generará daño o perjuicio al Municipio o a terceros por esta causa, por lo tanto las sanciones que por este concepto imponga la autoridad ambiental se pagarán directamente por EL CONTRATISTA.”* (Negrilla fuera del texto).

¹² “[S]egún el convenio interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero celebrado entre el Ministerio de Vivienda, FINDETER y el Municipio de Villa del Rosario. era obligación de este último según la Cláusula 4.5 “obtener la totalidad de los permisos, licencias y autorizaciones que se requieren durante la ejecución del proyecto y garantizar la disponibilidad de los predios, permisos y servidumbres requeridos para su desarrollo. Esta condición es requisito para la contratación de las obras y deberá realizarse y acreditarse por el MUNICIPIO a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del presente convenio.”

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

de los predios y que tales retrasos no son imputables al contratista quien cuenta con todo el equipo para adelantar la obra; también se hace constar en dichas actas sobre la necesidad de ampliar el plazo contractual como en efecto sucedió.

El plazo contractual fue prorrogado en cinco (5) oportunidades, mediante otrosíes modificatorios; El primero de ellos data del 6 de mayo de 2014, es decir, en la misma fecha en que se suscribió el acta de inicio de ejecución del contrato. En el numeral 4 de la parte considerativa están las razones invocadas por el contratista en su comunicación FIDU- OB-0593-2014 de 4 de abril de 2014, para la solicitud de la prórroga del plazo por 4 meses que dice:

“teniendo en cuenta que al firmar el acta de inicio de obra, el contratista no pudo iniciar labores y/o actividades debido a que no se tenía por parte del municipio las servidumbres necesarias y los permisos requeridos para las actividades de obra tanto las de carácter previo (socialización y replanteo, actas de vecindad; actas de entorno etc.) como las de carácter físico ya propiamente dicho (excavaciones, instalaciones de tuberías rellenos etc.) lo cual se puede evidenciar tanto en las múltiples actas de comité realizadas para (...) sobrepasar dichos inconvenientes los cuales evidencian las distintas situaciones encontradas y que a la fecha no ha sido posible resolver en algunos sectores(...)” (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folios 37 reverso y 38 reverso)

En esta oportunidad el interventor del proyecto dio su aprobación a la prórroga, aceptando la solicitud del contratista, con base en las siguientes justificaciones:

- ***Entrega de los permisos para diez (10) de los predios que impiden la continuidad de las obras del colector 13.000 (...) para lo cual la Alcaldía tiene fecha máxima de entrega el 28 de abril de 2014.”***
- ***La concesionaria San Simón informó que se tiene previsto construir un deprimido vial en el sector de Rumichaca y que el interceptor a construir a través del contrato PAF-ATF-032-2012 de 24” interfiere con el área de las obras del deprimido. A la fecha están en la Fase II del diseño. Por lo tanto no es posible autorizar la ejecución de las obras, hasta tanto se tengan los diseños definitivos y se evalúen alternativas de solución.***
- ***En el mismo sector Boconó a la altura del anillo vial, existen problemas de permisos con la ANI que debe tramitar la Alcaldía Municipal de Villa del Rosario.***

En el otrosí No. 2 de 25 de agosto de 2014, las partes también pactaron una ampliación al plazo del contrato por tres meses más, debido a las siguientes

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

razones: ¹³ i) ajuste de diseños, ii) falta de definición de las entidades competentes sobre los permisos o viabilización de cruces en la autopista internacional, (sector Rumichaca) y el anillo vial (sector Villa Silvania- vía Bocono) y iii) por las mismas razones relacionadas con la ausencia de servidumbres y predios que se adujeron para la firma del otrosí No. 1.

En el otrosí No. 3 de 5 de diciembre de 2014 se prorrogó por 15 días el plazo del contrato a solicitud del contratista ¹⁴ debido a que se estaba tramitando la reformulación del proyecto y con el objeto de cerrar tramos pendientes.

En el otrosí No. 4 de 21 de diciembre de 2014, a solicitud del contratista ¹⁵ se prorrogó por 3 meses debido a que continúa en el trámite de reformulación del proyecto.

En el otrosí No. 5 de 23 de enero de 2015, se modificó el alcance del contrato con los cambios propuestos en la reformulación del proyecto; se adicionó el valor del contrato por \$605.401.357; se pactó la ampliación del plazo y monto de las pólizas contractuales.

En el otrosí No. 6 de 8 de mayo de 2015, nuevamente se amplió el plazo contractual por 2 meses más, a solicitud del contratista ¹⁶ quien expuso las siguientes razones, que fueron aceptadas: *“El proyecto se encuentra suspendido a la espera de solucionar los inconvenientes presentados con el cruce del Parque Grancolombiano y el cruce de la Autopista Internacional Simón Bolívar.”*

En efecto, el contrato de obra tuvo una suspensión por lapso de dos (2) meses, la cual fue solicitada por el interventor y formalizada el 20 de marzo de 2015, oportunidad en la cual se esgrimieron problemas de orden financiero, técnico y de falta de permisos de la INCAH para el cruce del parque Grancolombiano y de la ANI para el cruce de Rumichaca, debiendo el contratista prorrogar las pólizas del contrato y hacer los ajustes al programa de obra.

Desde el inicio del contrato ya se habían identificado distintos problemas que imponían la necesidad de prorrogar su plazo, a tal punto que se produjo la primera prórroga en la misma fecha de iniciación de las obras y no solamente por la falta de predios y servidumbres ocasionada por el incumplimiento del municipio de Villa del Rosario, sino por otras situaciones como lo fueron i) la decisión de la Concesionaria San Simón de realizar un deprimido en el sector Rumichaca que interfería con la obra adelantada por el contratista y por lo tanto se requería el

¹³ Ver oficio FIDU OF-065 -2014. (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 41 reverso)

¹⁴ Ver oficio FIDU OF-073 -2014. (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 44 reverso)

¹⁵ Ver oficio FIDU OF-077 -2014. (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 47 reverso)

¹⁶ Ver oficio FIDU OF-106 -2015. (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 59 reverso)

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Permiso de la ANI. ii) los permisos para el cruce del Parque Grancolombiano que requería los permisos de la INCAH.

En efecto, obsérvese que una de las razones de la primera prórroga convenida el 6 de mayo de 2014, fue el tema del cruce Rumichaca, y tal problemática permanece hasta el final de la ejecución, pues el 20 de marzo de 2015, se suspende el contrato, precisamente por la misma causa. Así mismo, lo referido al cruce por el parque Grancolombiano, situación que se identifica desde el Acta No. 13 de 5 de agosto de 2013 y subsiste también hasta el momento de firma del acta de suspensión del contrato el 20 de marzo de 2015; esta es otra de las razones de la suspensión.

Este panorama deja abierta la presencia del cumplimiento tardío de obligaciones y otras situaciones relacionadas con los permisos de cruce de vías y pasos por bienes del Estado, también que hubo una reformulación del proyecto que fue aceptada por el contratista y que éste desplegó acciones para consolidarlo, aspectos todos que serán materia de análisis en este laudo.

3.2.2.3. El incumplimiento en la entrega de servidumbres y disponibilidad de predios.

Sea lo primero establecer que el incumplimiento contractual, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.¹⁷

Los predios y servidumbres necesarias para la ejecución del proyecto debió entregarlos el Municipio de Villa del Rosario desde antes de la firma del contrato de obra, según otro contrato, a saber, el convenio interadministrativo que la entidad municipal suscribió. Pero dichos predios y servidumbres fueron entregándose durante la ejecución del contrato de obra, algunos de ellos, tardíamente, con lo cual las obras debieron ser replanteadas y reprogramadas, y al parecer ello conllevó mayores tiempos de ejecución y la ampliación de los plazos del contrato, que fueron aceptados por el contratista sin dejar reclamación o inconformidad alguna.

¹⁷ Consejo de Estado, sentencia de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013) Exp. 20.524, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Pero, en el presente caso cabe formular la siguiente pregunta: ¿era responsabilidad de la entidad convocada obtener las servidumbres y permisos prediales para la instalación de la tubería?

En el contrato de obra que vincula a la UNIÓN TEMPORAL contratista con la FIDUCIARIA BOGOTÁ, cuyas obligaciones fueron examinadas precedentemente, no se encuentra alguna a cargo de ésta última, que tenga relación con la obtención de servidumbres o predios requeridos para la ejecución de la obra, sus obligaciones básicamente son de administración de los recursos, vigilancia del contrato y pago de las cuentas presentadas por el contratista y al parecer, ninguna de ellas ha sido incumplida o por lo menos, en la demanda, no se cuestiona la conducta de dicha fiduciaria por las obligaciones previstas en el contrato de obra, así que no puede derivarse responsabilidad a la Fiduciaria Bogotá por una obligación que contractualmente nunca tuvo a su cargo.

Según las pruebas examinadas anteriormente en virtud de un contrato diferente al de obra, el Municipio de Villa del Rosario, era la entidad responsable de obtener las servidumbres y los permisos de intervención.

Pero resulta que el Municipio de Villa del Rosario, aunque es el beneficiario de la obra y en tal virtud adquirió las prestaciones que se dicen cumplidas tardíamente, no hace parte del contrato de obra que dio lugar a esta controversia y como es obvio, tampoco es parte de la Litis que dirime este Tribunal, y como quiera que no se encuentra vinculado al proceso, no es posible hacerlo responsable del pago de la indemnización reclamada por el contratista.

En el hipotético caso de que el Municipio del Rosario hubiere sido llamado en garantía, tampoco sería posible reconocerle al contratista la indemnización reclamada, no obstante haberse comprobado el cumplimiento moroso de la entrega de predios por parte de la entidad municipal. Esto, por dos razones: una, porque el contratista, al firmar las adiciones al plazo la suspensión del contrato, no dejó constancia o reclamación alguna en cuanto a que tales cuerdos le representaban mayores costos; y otra, por la sencilla razón de que no probó el perjuicio económico que dice haber sufrido.

En efecto, la convocante reclama la indemnización de los perjuicios causados por el retraso en la ejecución de las obras, representados en los mayores costos administrativos, *stand by*, transporte de personal al sitio de la obra, mantenimiento y reparación de maquinaria y equipo, dotación de personal, gastos bancarios por préstamos y sobregiros, costos por prórroga de las pólizas de garantía y para acreditar tal extremo, allegó con su demanda un dictamen pericial que dice haber elaborado con base en la contabilidad, archivo y correspondencia de la Unión Temporal Redes de Santander 2013, para demostrar “*los sobrecostos en que debió incurrir y los costos y gastos adicionales que debió sufragar y no le han sido*

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

reconocidos por la mayor permanencia en obra que debió soportar (12 meses 15 días más de plazo, adicionales a los 12 meses de plazo contractual, más 2 meses de suspensión) y por las mayores cantidades de obra y obras adicionales que debió ejecutar y no le han sido reconocidas (...)”.

A juicio del Tribunal no puede otorgarse mérito probatorio al dictamen pericial aportado con la demanda, puesto que las conclusiones contenidas en el mismo no se fundaron en los libros auxiliares y principales y en los documentos -soportes contables (Comprobantes de egreso, de consignaciones bancarias y facturas efectivamente pagadas), o por lo menos, tales documentos no fueron aportados al expediente. El dictamen contable hace juicios jurídicos y agrupa en 14 rubros el monto de los perjuicios, pero se echan de menos los registros y soportes contables que le sirvieron al perito para llegar a esas conclusiones y en el interrogatorio formulado al perito, en audiencia realizada el 11 de diciembre de 2017, no se logró aclarar este aspecto, tampoco con los documentos aportados en la etapa probatoria por la UT convocante, con este propósito.

Así las cosas, el Tribunal no accederá a reconocer las sumas de dinero en las que el contratista señala haber incurrido por cuenta del cumplimiento tardío en la entrega de los predios y servidumbres, por cuanto no fueron probadas. Además el plazo contractual en todos los casos, fue ampliado de común acuerdo con el contratista, quien no manifestó inconformidad alguna ni dejó constancia de que ello le representaba mayores costos.

3.2.2.4. Los problemas surgidos con los permisos de cruce de vías y pasos por bienes del Estado.

Esta problemática del cruce de vías y pasos por bienes públicos, no es posible enmarcarla dentro del incumplimiento contractual puesto que tiene un origen distinto al actuar antijurídico de alguna de las partes frente a sus obligaciones.

La prueba aportada al proceso da cuenta de las dificultades surgidas durante el desarrollo de la obra, para la obtención de los permisos de paso, puntualmente en dos sectores, el de Rumichaca y el del parque Grancolombiano, situación que condujo no sólo a la prórroga del plazo contractual en el mismo momento de la suscripción del acta de iniciación sino también a pactar la suspensión del contrato casi al final de su vigencia.

3.2.2.4.1. Sector Rumichaca.

En el otrosí modificatorio No. 1, de 6 de mayo de 2014, se dejó constancia de una importante novedad que incidiría en el desarrollo del contrato: la decisión de la concesionaria San Simón de construir un deprimido en el sector de Rumichaca, esta situación, no pudo ser conocida por las partes contratantes durante la etapa

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

precontractual, por cuanto surgió después de la firma del contrato, así quedó plasmado en este Otrosí que dice: “La concesionaria San Simón informó que se tiene previsto construir un deprimido vial en el sector de Rumichaca y que el interceptor a construir a través del contrato PAF-ATF-032-2012 de 24” interfiere con el área de las obras del deprimido. A la fecha están en la Fase II del diseño. Por lo tanto no es posible autorizar la ejecución de las obras, hasta tanto se tengan los diseños definitivos y se evalúen alternativas de solución.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 19) (Subraya no es del texto).

Esta situación generó diversas dificultades que tuvieron que soportar, tanto el contratista, como el Municipio de Villa del Rosario y demás entidades involucradas para la obtención del permiso de paso por el sector Rumichaca, que debía concederlo la ANI; se adelantaron todas las gestiones y la conducta de las partes fue diligente en este trámite, así se advierte de la prueba documental, sin embargo, el permiso no fue concedido oportunamente, por la autoridad competente, sino tiempo después de iniciada la ejecución del contrato y casi al final de su vigencia cuando ya se había pactado la suspensión y una de las razones para convenirla, fue precisamente la falta de este permiso. Como consecuencia de esto, no le era posible al contratista ejecutar las obras en este sector, hecho que considera lesivo de sus intereses.

Ninguna de las partes en conflicto podía prever esta situación durante la etapa precontractual y tampoco éstas tienen el control sobre la decisión de un permiso que debe otorgar una autoridad ajena al contrato, pues dicha decisión es potestativa de la entidad que concede la autorización, sin embargo, cuando la tardanza en la expedición del permiso causa un perjuicio, debe resarcirse a la parte que tuvo que padecerlo.

Así las cosas, podríamos estar en presencia de una situación que se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión, que consagra el artículo 868¹⁸ del Código de Comercio siendo necesario examinar los elementos que estructuran dicha teoría, teniendo en cuenta que la convocante aduce el rompimiento del equilibrio financiero contractual y en una de sus pretensiones manifiesta que durante el contrato se presentaron circunstancias imprevistas, imprevisibles, ajenas y no imputables a la UT contratista.

A manera ilustrativa, en torno al equilibrio financiero en los contratos del Estado- aunque el contrato materia de controversia en un contrato celebrado entre dos particulares- se trae a colación la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado:

¹⁸ **ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS.** Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

*“En efecto se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: **por actos de la administración como Estado y por factores externos extraños a las partes.** El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. **Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.***

(...)

*El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. **Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión "ecuación financiera". Es solamente la relación aproximada, el "equivalente honrado", según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; "como un cálculo", al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.** Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.¹⁹*
(Negrillas no son del texto)

En otra sentencia el Consejo de Estado, Sección Tercera, ilustra en similar sentido el fenómeno del rompimiento del equilibrio obligacional en los siguientes términos:

*“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, **bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su***

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque, sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. 14577.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (...)por razones no imputables a las partes.”

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.²⁰ (Negrillas no son del texto)

Bajo estas directrices jurisprudenciales cabe destacar que el rompimiento del equilibrio de la ecuación obligacional o equivalencia entre prestaciones, en los contratos celebrados entre particulares y regidos por el derecho privado, como lo es el que ocupa nuestra atención, puede ocurrir, pero a partir de la teoría de la imprevisión, puesto que las partes involucradas en la relación contractual obran en un plano de igualdad, a diferencia de los contratos estatales en los cuales aparece el Estado ejerciendo sus potestades frente al particular contratista y sus decisiones pueden fracturar la ecuación económica contractual.

Hechas estas precisiones en torno a la figura de la ruptura del equilibrio contractual, a partir de la teoría de la imprevisión se procede a establecer los elementos que se requieren para que dicha teoría se configure:

De Laubadere ²¹ señala que se configura la teoría de la imprevisión cuando durante la ejecución de un contrato *“puede suceder que acontecimientos independientes de la voluntad del contratante, anormales e imprevistos,*

²⁰ Consejo de Estado, sentencia de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013) Exp. 20.524, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

En el mismo sentido sentencias de 18 de septiembre de 2005 Ex.15119, MP. Ramiro Saavedra

²¹ Cita hecha en la sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. 14577.del Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

acaezcan sin hacer imposible la ejecución aumentando, al menos en proporciones masivas, las cargas del cocontratante y perturbando así la economía del contrato”.

La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en torno a la Teoría de la Imprevisión en los siguientes términos:

“La teoría de la imprevisión regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo; una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28” del Estatuto Contractual.

En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. (...).²²

Siguiendo las anteriores orientaciones, para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

i) El Hecho debe ser extraordinario o imprevisto.

“El álea que constituye el presupuesto fáctico de la teoría de la imprevisión es un fenómeno que reviste las condiciones de extraordinario e imprevisto que excede todos los cálculos y previsiones que realizan las partes al momento de la presentación de la oferta o la celebración del contrato”²³. El fenómeno puede tener diversas causas, tales como un hecho político, un hecho de la naturaleza o la actividad de una persona de derecho público distinta de la que celebró el contrato.

El hecho que da lugar a esgrimir la teoría de la imprevisión deberá ser de tal naturaleza que no haya podido ser previsto por las partes al momento de la presentación de la oferta o la celebración del contrato a pesar de su diligencia y cuidado.

ii) El hecho debe ser ajeno a la voluntad de las partes.

²² Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 7 de marzo de 2011, Exp. 20683, M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz.

²³ Escobar Gil Rodrigo, Teoría General de los contratos de la Administración pública, Editorial Legis, 1999. Primera edición. Pág. 566.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

El acontecimiento extraordinario que se enmarca en la teoría del riesgo imprevisible debe ser ajeno a la voluntad de las partes contratantes, de tal suerte que no puede ser imputable a la conducta negligente del contratante o del contratista; de lo contrario se genera una responsabilidad individual que se sale del marco de la imprevisión y emerge en el incumplimiento.

iii) El hecho debe ocasionar la ruptura de la equivalencia de las prestaciones.

No se requiere que el rompimiento de la economía del contrato se afecte de manera grave, a punto de generar condiciones de ruina para el afectado, sino *“simplemente basta que se afecten las condiciones económicas del contrato en una proporción que torne excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación. En realidad, cuando la incidencia económica del fenómeno excepcional supera el álea normal que ordinariamente calculan los proponentes y que incluyen en la oferta con la denominación genérica de imprevistos, (...) se produce una afectación de las condiciones económicas del contrato que torna excesivamente onerosa su ejecución. Por consiguiente, no podrá solicitarse una pretensión indemnizatoria con base en la teoría de la imprevisión, cuando el cambio de las condiciones económicas lo puede compensar el contratista con el valor calculado en la oferta para cubrir el ítem de imprevistos.”*²⁴ (Negritas no son del texto)

iv) El hecho no puede impedir el cumplimiento de la obligación.

Otro elemento necesario para que se configure el riesgo imprevisible, es que sea posible el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, aunque tal cumplimiento sea excesivamente oneroso, pues cuando se torna imposible de cumplir se está ante una situación de fuerza mayor que es eximente de responsabilidad.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, las razones expuestas en el otrosí No. 1 dejan claro que: i) la decisión de la Concesionaria San Simón de hacer un deprimido en el Sector Rumichaca, escapaba a toda previsión de las partes pues no era conocido por ellas durante la etapa precontractual (Términos de Referencia y presentación de la propuesta; ii) que este hecho sobrevino después de la celebración del contrato e iniciada su ejecución; iii) que es una situación ajena a la voluntad de las partes y escapa a su responsabilidad personal y iv) Este hecho no impide la ejecución del contrato.

²⁴ Escobar Gil Rodrigo, obra citada, Pág.567

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

No obstante, lo anterior hay otro elemento esencial que debe cumplirse y que merece especial consideración, éste es, el rompimiento de la equivalencia de las prestaciones. Del examen del expediente, observa el Tribunal que el contratista no probó que el rubro de imprevistos calculado en su oferta (álea normal) se hubiere agotado en su totalidad y como tal quedara un saldo insoluto que generaba la ruptura de la equivalencia de las prestaciones (álea anormal) y por lo tanto, debe llegarse a la forzosa conclusión que no se cumple con uno de los supuestos necesarios para que se abra paso a la indemnización con fundamento en el riesgo imprevisible.

Pero además, el contratista tampoco probó que realmente sufrió un perjuicio con ocasión de la demora en la obtención del permiso en el sector Rumichaca, puesto que las conclusiones contenidas en el dictamen pericial respecto de los rubros que fueron afectados con mayores costos, no se fundaron en los libros principales y auxiliares, soportes y registros contables que debe llevar toda organización comercial (comprobantes de egreso, de consignaciones bancarias y facturas pagadas efectivamente) registrados en la contabilidad de la Unión Temporal.

Como quiera que la convocante no probó ni el agotamiento del rubro de imprevistos ni el perjuicio económico a partir de los documentos de la contabilidad, considera el Tribunal que no hay lugar a la indemnización de perjuicios por la situación ocurrida en el sector Rumichaca.

3.2.2.4.2. El cruce por el parque Arqueológico Grancolombiano.

Este fue otro de los grandes problemas que tuvieron que sortear, el contratista y las entidades involucradas en la ejecución del contrato.

A diferencia de lo sucedido en el sector Rumichaca, era de conocimiento del contratista desde antes de la presentación de la oferta, que dentro del alcance de la obra de alcantarillado estaba el paso por el parque Arqueológico Grancolombiano, y como tal debió valorar las características de esta zona desde la visita que efectuaron todos los proponentes al sitio de la obra y evaluar los tiempos y costos que implicaría pasar por un lugar que tiene unas especiales condiciones de protección por parte del Estado.

Desde los inicios del contrato de obra se deja constancia en las Actas de seguimiento No. 13 y 14, suscritas el 5 y 15 de agosto de 2013, respectivamente, sobre la necesidad de adelantar las gestiones encaminadas a obtener el permiso del INCAH para el paso por el citado parque, pero dicho permiso aún no se obtenía cuando se firmó el acta de suspensión del contrato, el 20 de marzo de 2015.

El contratista tenía pleno conocimiento del paso por este sitio desde la etapa precontractual y al firmar el contrato asumió el riesgo del trámite de estos permisos

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

o licencias y en efecto lo solicitó y le fue concedida la licencia de intervención arqueológica No. 4187, pero la dejó vencer cuando podía solicitar la extensión del tiempo de la misma; así que de nuevo tuvo que empezar su trámite que tardó un tiempo adicional.

En testimonio rendido por el Señor GUSTAVO ADOLFO ZULUAGA, quien fuera ingeniero de la firma CONHYDRA, que conforma la UT REDES DE SANTANDER, a la pregunta de si en un parque de esas características era posible anticipar la existencia de un hallazgo arqueológico manifestó:

“SR. ZULUAGA: Yo no tengo claridad si antes del proyecto lo habían detectado o no, lo que recuerdo es que como había una intervención de diseño, en ese parque, había un contrato que simultáneamente se estaba desarrollando para diseñar el parque entonces ahí fue donde surgió la alerta y donde le dijeron a este contrato, a través de la interventoría, señores van a cruzar un tema que puede tener una situación arqueológica y entonces fue donde surgió la alerta, ya estábamos encima a llegar, fue un tema digamos externo; y, el tema que usted aclara de si me lo encontré o me lo topé, la verdad ese es un tema que se maneja en la etapa de diseño y es en la etapa de diseño, de hecho, uno cuando hace un plan maestro, como diseñador, no como constructor, debe estudiar dos o tres alternativas, valorarlas, valorarlas en todos los aspectos tanto económico como social, como técnico, como impacto comunitario y escoger la que menos impacte, entonces es un tema, el arqueológico que debe ser detectado desde la etapa de diseño. Si bien, era muy claro que había un parque ahí, que debió haber sido detectado desde la etapa de diseño, para nosotros como constructores estábamos confiados de que el Ministerio había hecho bien el trabajo en el diseño y le soy sincero doctor, ese parque presentaba muchas intervenciones de otras tuberías que habían pasado, por el tramo por donde nosotros trazamos nuestra topografía se veían cámaras de telecomunicaciones, o sea, era claramente que ya había sido intervenido, entonces para nosotros, confiamos en que el Ministerio pues había hecho su trabajo y que ahí no había ningún impase arqueológico, entonces lo que sucedió fue una situación imprevista a los ojos del contratista de construcción” (versión transcrita 3 de noviembre de 2017, pág. 84).

El deponente, a pesar de señalar que el tema del hallazgo arqueológico se maneja en la etapa de diseño, no tenía claridad de si antes de la ejecución del proyecto se había detectado tal situación, afirmó que el Ministerio era el responsable; sin embargo, después señaló que allí se presentó una situación imprevista. La respuesta es ambigua y contradictoria sin que permita aclarar la pregunta formulada.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

En todo caso, la demora en la obtención de la licencia, sí le significó al contratista unos tiempos mayores en la ejecución del contrato de obra, no sólo porque éste fue suspendido temporalmente sino porque no se pudieron ejecutar las obras oportunamente y el plazo contractual fue extendido con las consecuencias que se derivan por mayor permanencia en la obra, pero como se dijo anteriormente, tal riesgo era del contratista, responsabilidad que comparte con el Municipio de Villa del Rosario, en cuanto que desde antes de la firma del contrato conocía de la obligación de tramitar los permisos requeridos para la iniciación y ejecución del contrato, tenía conocimiento de la existencia del parque arqueológico y cuando procedió a la firma adquirió dicha obligación, así que asumió el riesgo de los inconvenientes que podrían presentarse.

Además, el contratista no probó el perjuicio que dice haber sufrido con ocasión de la demora en la obtención del permiso para intervenir el parque Grancolombiano, puesto que los documentos allegados al proceso para establecer los gastos efectuados y que sirven de soporte al dictamen pericial allegado con la demanda, no son los idóneos para demostrar el perjuicio alegado y tales gastos no se reflejan en la contabilidad de la UT.

Por las razones expuestas anteriormente, este Tribunal considera que no prospera la segunda pretensión.

2.3 TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:

“Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de La Fiduciaria, ésta le causó perjuicios a La UT por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados de conformidad con lo que se pruebe en el proceso y por concepto principal de...”.

2.3.1 Reconocimiento y pago a LA UT de las mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas por ésta.

“Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones ajenas y no imputables a LA UT, y originadas en diseños inadecuados y falta de planificación y previsión de la parte demandada, ésta tuvo que ejecutar mayores cantidades de obra y obras adicionales cuyo costo no ha sido reconocido ni pagado por La Fiduciaria”.

Conforme a los hechos expuestos en la demanda, las mayores cantidades de obra y obras adicionales que el contratista dice haber asumido y no le fueron reconocidas por la entidad contratante- Fiduciaria Bogotá- hacen referencia a:

- i) El retiro y reemplazo de tubería en el sector 13.000.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

-
- ii) Excavación de sobre anchos para la instalación de tubería en los tramos 9.000 y 13.000.

2.3.1.1. El retiro y reemplazo de tubería en el sector 13.000.

El contratista atribuye esta situación a la falta del estudio de suelos que dice le fue entregado tan sólo antes del inicio de ejecución del contrato, es decir, después de la presentación de la oferta.

Este tema ya había sido abordado en las consideraciones que hizo Tribunal respecto de la primera pretensión de la demanda, criterio que ahora reitera, puesto que el contratista durante la etapa precontractual, en la oportunidad para formular observaciones a los estudios y diseños que le fueron puestos a su disposición para la presentación de su oferta, no hizo observación alguna en cuanto que echaba de menos el estudio de suelos; no obstante la importancia que reviste conocer las condiciones del terreno en donde se va a excavar para colocar la tubería, aspecto que un experto en la construcción de esta clase de obras, tiene que dimensionar. Seguramente consideró que la información que obtuvo era suficiente y por esta razón no formuló observación alguna.

En todo caso, también tuvo la oportunidad de realizar la visita al lugar de ejecución de la obra para conocer las características topográficas, geotécnicas y ambientales del sector, conocimiento que expresamente dijo tener al firmar la carta de presentación de la oferta en la cual manifestó: *“Que conozco detalladamente, el terreno y por información de las autoridades competentes, los sitios en que debo desarrollar el objeto a contratar, sus características, accesos, entorno socioeconómico, condiciones climatológicas, geotécnicas y geológicas y que he tenido en cuenta este conocimiento para la elaboración de la propuesta y en consecuencia asumo los efectos de esta declaración”* (Cuaderno de Pruebas 1, folio 551)

El numeral 1.11.2., de los Términos de Referencia establece el DEBER DE DILIGENCIA Y DEBIDA INFORMACIÓN SOBRE EL CONTRATO en los siguientes términos: *“El proponente será responsable de conocer todas y cada una de las implicaciones del ofrecimiento que realice en el presente proceso, y **realizar todas las valoraciones y estimaciones que sean necesarias para presentar su propuesta sobre la base de las condiciones técnicas y características generales y específicas de la obra a adelantar**”*. (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 471) (Negrilla no es del texto).

En cumplimiento de esta regla, el contratista desde antes de la presentación de la oferta y con base en los diseños del proyecto que le fueron suministrados, debía tener conocimiento de la existencia de una tubería paralela al sector en donde le correspondía realizar la excavación, aspecto que no refuta. Pero además debió

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

investigar sobre su antigüedad para calcular el grado de deterioro, la disposición de la misma y prever que aún teniendo el manejo adecuado de la excavación se pudiera producir algún daño, calcular los costos que ello le significaban e incluirlos en su oferta. Si el contratista no hizo estas valoraciones, asume el riesgo de su falta de diligencia y previsión.

Pero en el hipotético caso de que el contratista tuviera derecho a la indemnización, tampoco sería posible el reconocimiento de los mayores costos en los que dice haber incurrido, puesto que los documentos allegados al proceso que sirven de soporte al dictamen pericial donde se calculan los perjuicios, no permiten comprobar que el contratista incurrió en tales costos pues no se anexaron los libros principales, auxiliares y registros contables necesarios para tal fin.

Como consecuencia de lo anterior el Tribunal no accede a la pretensión.

2.3.1.2. Excavación de sobre anchos para la instalación de tubería en los tramos 9.000 y 13.000.

Corresponde a un tema también de diseños que el contratista debió conocer desde antes de la presentación de la oferta y sobre los cuales no presentó reparo alguno en la oportunidad de formular observaciones y dar respuestas, tal como se evidencia de la lectura de las memorias que las contienen. Era la oportunidad para que el contratista manifestara no estar de acuerdo con los anchos de las zanjas diseñados para instalar la tubería de determinadas dimensiones y explicar las razones técnicas de su objeción, pero guardó silencio.

Sin embargo, a pocos meses de iniciado el contrato ya se había solicitado y reiterado por parte del contratista el cambio de los anchos de zanja para la instalación de la tubería, en los tramos 9.000 y 13.000 como se puede leer en el Acta No. 12 de 26 de julio de 2014, que dice:

“El contratista reiteró la solicitud de reconocimiento del ancho de zanja en la instalación de tubería (...) La interventoría hace claridad que dicha solicitud ya había sido evaluada y se había transmitido nuestro concepto mediante comunicación IHG-CEXS-000513-2013.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 60)

En el referido concepto la interventoría manifiesta las razones técnicas por las cuales no autoriza ampliar el ancho de la zanja, sugiriéndole al contratista que se atenga a las especificaciones técnicas del proyecto que son de obligatorio cumplimiento y que si introduce modificaciones estas deberán ser aprobadas por la interventoría, pero que los costos son de su cuenta y riesgo.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

En el acta No. 14 de 15 de agosto de 2013, el contratista insiste de nuevo en que se reconsidere el ancho de zanja para que sea mayor del autorizado; la interventoría responde al contratista advirtiéndole que *“se debe tener en cuenta las implicaciones económicas que esta decisión conlleva, pues se incrementarían los costos en otros ítems del contrato que están en función del ancho de zanja como lo son: demolición de estructura de pavimento, relleno con material seleccionado para cimentación de tubería, relleno de zanja con material seleccionado proveniente de la excavación, suministro y colocación de sub-base, suministro y colocación de base.”* (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 69)

En el acta No. 34 de 19 de marzo de 2014, en referencia a los anchos de excavación propuesta por el contratista, se lee:

“La interventoría aclara al contratista que no autoriza ningún sobre ancho y la operación deberá realizarse conforme a lo establecido en las especificaciones. Las excavaciones para esta tubería serán calculadas conforme a la línea teórica de excavación y cualquier otro sobre ancho es a cargo del contratista.” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 124)

En el testimonio rendido por el señor RAFAEL HOLMAN CUERVO GÓMEZ, representante legal del Grupo EMDEPA, Empresa de Desarrollo Participativo, de la cual forma parte la Empresa IEH Grucon S.A., que suscribió el contrato de Interventoría de la Obra, en audiencia testimonial y por pedido de la convocante, el 11 de diciembre de 2017 expresó:

“... hubo comunicaciones de parte del contratista donde él sugería que las líneas de pago se modificaran especialmente en las excavaciones y en los rellenos del colector 13.000, que es el colector más grande... solicitaba que el ancho de la excavación no era suficiente para que operativamente pudiera instalar la tubería; nosotros como Interventoría no estuvimos de acuerdo y el soporte nuestro siempre fueron las especificaciones técnicas establecidas por el diseñador, igualmente la Interventoría hizo un comparativo entre las condiciones de excavación que proponía el diseñador y que eran parte de la especificación técnica, con el manual de la tubería que el contratista suministró... para el proyecto y los anchos de tubería los anchos de las zanjas eran consecuentes con lo que se estaba autorizando para el pago. Consideramos entonces que cualquier sobre ancho era innecesario, hacía la obra innecesariamente más costosa, cuando técnicamente existían procedimientos constructivos que permitían lograr digamos las excavaciones con esos anchos de excavación, por eso la Interventoría fue muy clara y hay una comunicación por escrito al Contratista que cualquier sobre ancho de la excavación no se le iba a hacer reconocimiento y que en ese evento él tenía que construir y recuperar la obra en esas condiciones, así se acordaron las obras, así se aceptaron y”

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

las aceptó el Contratista en su oportunidad...” (Pág. 33, versión transcrita).
(Subrayas no son del texto).

Del material probatorio anteriormente relacionado, el Tribunal advierte que el contratista después de celebrado el contrato, reiterativamente solicitó a la interventoría la autorización para ampliar los anchos de zanja, obteniendo respuesta negativa e ilustración sobre los mayores costos que ello representaba, pero a pesar de todas las advertencias, el contratista decidió adelantar la excavación y hacer las zanjas de acuerdo con el diseño que él propuso y de esta manera asumió el riesgo de los mayores costos que implicaba un mayor movimiento de tierras y demás aspectos constructivos.

Sobre el reconocimiento de mayores cantidades de obra y obras adicionales, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia²⁵ ha manifestado:

“(...) Para que sea procedente la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal y como sucede con las mayores cantidades de obra –entendidas éstas como la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que sí han sido contemplados en el contrato- o con las obras adicionales –es decir aquellas carentes de consagración en el contrato y para las cuales resulta necesario establecer los nuevos precios unitarios- se requiere que su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad, en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiere decidido a través del respectivo acto administrativo. De lo contrario, la clase y cantidad de obras, serán las contempladas en el contrato y a ellas se debe atener el contratista. (...)»²⁶ (Subrayas no son del texto)

En otra oportunidad orientó en el siguiente sentido:

“La Sala observa que el actor no demostró que la entidad pública haya propiciado, insinuado o exhortado al contratista a que adelantara las obras no pactadas en el contrato, de manera que por este sólo aspecto la sentencia apelada tendrá qué modificarse, porque el a quo condenó al pago de una

²⁵ En el mismo sentido sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp 18080, MP. Ruth Stella Correa Palacio

²⁶ [1] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de mayo de 2012, Rad No. 18446. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

parte de estos trabajos, sin que estuviera acreditado que la entidad sugiriera su ejecución. (...) el actor justificó la ejecución de estos trabajos en la razón técnica de que se trataba de “obras indispensables” para el desarrollo del contrato. Sin embargo, la Sala debe recordar que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes. Esta circunstancia no tiene por qué alterarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones. En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto.”²⁷ (Subrayas no son del texto)

Bajo estos lineamientos jurisprudenciales, no es posible el reconocimiento de mayores cantidades de obra ejecutadas por el contratista, por cuanto no fueron autorizadas por la interventoría, así que el riesgo de la construcción la asumió el contratista.

2.3.2. Mayor Permanencia en Obra

“Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones ajenas y no imputables a LA UT, y originadas en el incumplimiento de la parte demandada en la entrega de predios y de los permisos de las autoridades nacionales, ésta tuvo que permanecer en la obra un plazo superior al inicialmente previsto y, por tanto, incurrió en mayores costos que no han sido resarcidos por La Fiduciaria.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2011, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Exp. 18082.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Esta pretensión se encuentra estrechamente relacionada con lo expuesto en el numeral 3.2.2.2. referido a las situaciones que afectaron el plazo contractual, a la cual nos remitimos.

De conformidad con la pretensión formulada por la convocante las situaciones que dieron lugar a la mayor permanencia en la obra están directamente relacionadas con el cumplimiento tardío en la entrega de:

- 1) Predios y servidumbres
- 2) Permisos de las autoridades nacionales.

Adujo la convocante que estas situaciones impidieron adelantar la obra dentro de los tiempos y programación previstos en el contrato, y constituyó un obstáculo para el ágil desarrollo generando unas veces la extensión del plazo contractual y en otras la suspensión de las actividades mientras se tramitaban los permisos, con los correspondientes perjuicios.

En relación con este punto el Tribunal interpreta que son los numerales 3.5 y 3.6 de la demanda, las que soportan la pretensión indicada, en ellos, la convocante señaló que el plazo contractual se adicionó en seis (6) oportunidades, como también, que se produjo la suspensión del contrato por lapso de 2 meses, extendiéndose el plazo contractual por 24 meses y 15 días, lo que ocasionó una afectación al equilibrio económico del contrato.

Manifestó que la suspensión del contrato implicó un aumento en los costos administrativos referidos al pago de salarios, arriendos, vigilancia, servicios públicos y stand by de la maquinaria hasta reanudar el proyecto, por cuanto no podía dejarlo abandonado y luego de nuevo implementar la logística. Aduce que la suspensión la decidió la Fiduciaria y FINDETER y que la UT se sometió a ella sin estar de acuerdo con la misma y que debió firmar el acta de suspensión por exigencia de la parte contratante. Que de esta inconformidad dejó constancia en la comunicación FIDU-OF-105 2015 de 27 de marzo de 2015.

Igualmente, refiere que FINDETER como supervisora del proyecto contestó la reclamación enfatizando que la suspensión sucedió cuando el contrato estaba ejecutado en un 95.58% según acta parcial de obra No. 14 y que no podían generarse mayores costos, pero la convocante considera que a pesar de faltar tan solo un 4,42% de ejecución se requería de toda la infraestructura física y de personal necesario para ejecutar la obra faltante.

Por su parte, la convocada manifiesta que a 20 de marzo de 2015 cuando se firmó la suspensión el contrato, ya se había facturado y ejecutado el contrato en un valor acumulado de \$14.449.310.191 quedando tan solo un saldo de \$667.887.030, es decir, se habían realizado la mayoría de las obras.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Igualmente señala que la suspensión del contrato se debió a los hallazgos arqueológicos en el parque Grancolombiano que requirió de permisos especiales situación que era previsible para la UT contratista, dadas las características de la zona y que estos permisos eran de su responsabilidad.

2.3.2.1 Valoración Probatoria.

2.3.2.1.1. Adiciones al plazo y al valor del contrato

Durante el desarrollo del contrato materia de controversia se encuentra probado que se presentaron varias adiciones al plazo contractual y una adición a su valor que constan en los siguientes documentos:

- a) Otrosí modificadorio No. 1 de 6 de mayo de 2014, que amplía el plazo de ejecución del contrato en 4 meses (de 12 a 16 meses), por solicitud de La Unión Temporal Redes de Santander 2013, contenida en el oficio No. FIDU –OB-0593-2014. (Prueba documental). Las razones que motivaron esta solicitud tienen que ver con la falta de servidumbres necesarias, falta de los permisos requeridos para adelantar las actividades entre ellos los de la ANI y la decisión de la Concesionaria San Simón de realizar un deprimido en el sector Rumichaca.

El Comité Fiduciario aprobó la prórroga, pero dejó la salvedad en el Acta No. 097 de 2014, que si pasado un mes, sin que el Municipio de Villa del Rosario cumpliera los compromisos de entrega de los predios se suspendería el contrato.

- b) Otrosí modificadorio No. 2 de 25 de agosto de 2014 que extiende el plazo de ejecución del contrato a 19 meses, por solicitud la Unión Temporal Redes de Santander 2013. (Prueba documental), las razones de esta prórroga se encuentran expuestas en el oficio FIDU-OF-065 de 2014, y tienen que ver con la modificación del diseño inicial, cantidades de obra no contempladas originalmente que implican reformular el proyecto. Prórroga que fue avalada por la interventoría.
- c) Otrosí Modificadorio No. 3 de 5 de diciembre de 2014, que amplía el plazo de ejecución del contrato en 15 días por solicitud la Unión Temporal Redes de Santander 2013., (Prueba documental) contenida en el oficio No. FIDU-OF-073-2014 de 25 de noviembre de 2014, en el que se lee que el contratista requiere cerrar y terminar los tramos pendientes para garantizar a la comunidad la adecuación de las zonas.
- d) Otrosí Modificadorio No. 4 de 21 de diciembre de 2014 mediante el cual se adiciona el plazo de ejecución del contrato en 3 meses más para un total de 22 meses, por solicitud de la Unión Temporal Redes de

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Santander 2013 (Prueba documental). expresada en el oficio No. FIDU-OF-077-2014, referida al trámite de reformulación del proyecto.

- e) Otrosí Modificatorio No. 5 de 23 de enero de 2015, mediante el cual se modificó el alcance del proyecto y se adicionó su valor, a solicitud escrita de la Financiera de Desarrollo Territorial FINDETER (Comunicación No. 14-160-S-010400 dirigida al Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, para adelantar la reformulación del proyecto “CONSTRUCCIÓN DEL PLAN MAESTRO DE ALCATARILLADO SEGUNDA ETAPA, MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO”.

Se adicionó el valor original del contrato en la suma de SEISCIENTOS CINCO MILLONES CUATROCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE. (\$605.401.357,00). (Prueba documental).

- f) Otrosí Modificatorio No. 6 de 8 de mayo de 2015 que prorrogó por dos meses el plazo contractual, para un total en su ejecución de 24 meses y 15 días calendario. (Prueba documental), a solicitud de la Unión Temporal Redes de Santander contenida en el oficio No. FIDU-OF-106-2015 de 7 de abril de 2015. Las razones que se adujeron en esta oportunidad fue la solución de la problemática por la cual se produjo la suspensión del contrato relacionadas con el cruce del parque Grancolombiano y el cruce de la autopista internacional Simón Bolívar, sector Rumichaca indicando que se requerían dos meses para la ejecución de las actividades.

2.3.2.1.2. Suspensión del contrato

También obra en el proceso el documento contentivo del acta de suspensión No 1 de 20 de marzo de 2015, que interrumpió la ejecución del contrato por lapso de dos meses.

La suspensión fue solicitada por la interventoría mediante oficio No. IHG-CEXS-003630-2015 motivada en problemas financieros, técnicos y de permisos de la ICANH para el cruce del parque Grancolombiano y de la ANI para el cruce de Rumichaca, y aprobada por el Comité Fiduciario en sesión de 20 de marzo de 2015 según consta en Acta No. 166.²⁸

En dicha acta se acordó lo siguiente:

²⁸ (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 311)

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

“...las partes deciden suspender el contrato objeto de la Convocatoria No PAF-ATF-032-2012 en los siguientes Términos de Suspensión:

<i>Fecha de la suspensión No. 1</i>	<i>Veinte (20) de marzo de 2015.</i>
<i>Plazo de suspensión No. 1</i>	<i>Dos (2) meses</i>
<i>Terminación de la suspensión No. 1</i>	<i>Veinte (20) de mayo de 2015”</i>

Al expediente se aportaron las actas de seguimiento del contrato entre ellas las siguientes que mencionan aspectos del stand by.

- a) Acta No. 009 de 26 de junio de 2013 (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 86):
En ella se lee lo siguiente: "la interventoría le precisa al Secretario de Planeación que el próximo 8 de julio a las 8:00 a.m. de 2013, el contratista estará con las máquinas y equipo de trabajo para intervenir el interceptor 13.000 por lo tanto se requiere que para esa fecha entregue los permisos para poder intervenir tranquilamente los trabajos proyectados , lo propio se hará en el interceptor Vista Hermosa; por lo tanto si el Señor Alcalde no cumple con sus compromisos, la interventoría iniciará gestiones para la suspensión del contrato con las complicaciones administrativas y legales que esto conlleve.
- b) En el acta No. 10 de 11 de julio de 2013 (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folio 88) se dejó la siguiente constancia:
“La interventoría aclara que los retrasos que se han desarrollado en la programación de obra no son imputables al contratista ya que este tiene la maquinaria, tubería y el personal disponible para el arranque.”
- c) Acta No 37 de 7 de mayo de 2014. (Cuaderno de Pruebas No. 1 Folio 136)
En dicha acta FINDETER dejó la siguiente constancia: *“Se informa que toda reclamación que se genere por mayor permanencia o stand by del contratista deberá ser reconocido por la Alcaldía.”*
- d) En testimonio rendido por el interventor del proyecto, señor Rafael Holman Cuervo, el 11 de diciembre de 2017, en respuesta a la pregunta de si se había presentado stand by de la maquinaria respondió:

“... hay una comunicación del Contratista que está firmada, ya no recuerdo pero la tengo en mi cabeza, donde el Contratista me informa de que ya está listo para hacer llegar los equipos de obra al sitio de obra, y yo creo que los relaciona, inclusive dice, y de esa

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

manera haré llegar los equipos adicionales que se requieran, en el evento que se requieran para la obra, qué entendí yo con eso, que el Contratista no iba a cometer la equivocación de llevar cualquier cantidad de maquinaria al proyecto a sabiendas de que teníamos problemas precisamente con los permisos y las servidumbres que se necesitaban para el proyecto, él iba a llevar el equipo suficiente para que cuando llegase pudiese trabajar ¿si me explico?, o sea él no iba a llevar 4 retros para dejar tres en stand by y 1 trabajando solamente, eso nunca lo hizo el Contratista, es más, él nunca en los meses de ejecución de la obra la Interventoría le pidió inclusive información de cómo estaba en cuanto a personal de equipo, y él reportaba sobre todo el personal, pero no recuerdo comunicaciones escritas del Contratista donde él me haya dicho señores Interventoría le mando la relación y los equipos que están en tal frente y los que están en stand by, eso no conozco comunicación durante la ejecución del proyecto donde el Contratista nos haya reportado eso, eso lo conocí fue con la reclamación del Contratista ya cuando estábamos liquidando el contrato donde argumentaba eso en particular..." (Pág. 36 versión transcrita) (Subrayado por el Tribunal).

Expresa, además, que desde un principio se determinaron los puntos de la obra donde debía situarse la maquinaria, de acuerdo con las condiciones propias del trabajo. Adicionalmente, afirmó "en alguna oportunidad en alguna reunión con la Alcaldía dijimos señores Alcaldía estamos prontos a arrancar el proyecto, y yo le dije al Alcalde o la autoridad municipal que estaba en ese momento les dije le voy a ordenar al Contratista colocar una maquina aquí y otra máquina acá porque necesitamos arrancar ya de manera inmediata y ustedes nos tienen que solucionar el tema de la servidumbre, fue en compañía aquí del representante legal del Contratista; pero que yo haya evidenciado de que el Contratista tuvo paros o maquinaria parada en el sitio de la obra porque no tenía nada que hacer, esa preocupación no existió de parte de Interventoría ni tampoco me la manifestó el Contratista de una manera formal, solamente hay una manifestación formal del Contratista y era su preocupación frente a la suspensión del contrato, de hecho el Contratista siempre manifestaba era, no quiero suspender el contrato porque yo tengo formas de ejecutar el trabajo, lo único su preocupación sí fue evidente cuando se decidió suspender el contrato por dos meses, ahí sí el Contratista mandó una comunicación en la que él manifestó su preocupación de que el contrato quedara suspendido por dos meses, preocupación que finalmente yo consideré que, e insisto, el Contratista trabajó en suspensión, la Interventoría no estuvo presente supervisando porque no podía estar ahí, y que eso lleva

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

recuperando precisamente atrasos que se tenían en el frente de Boconó y en el 9.000 y en el 13.000; luego yo como Interventor, no considero pertinente de que se considere que hubo un stand by de maquinaria por parte del Contratista.” (Pág. 37 versión transcrita) (Subrayado por el Tribunal).

2.3.2.2 Consideraciones del Tribunal sobre esta pretensión.

2.3.2.2.1 Las prórrogas al plazo contractual

Del caudal probatorio anteriormente referido se evidencia que las razones que motivaron las solicitudes de las prórrogas, no se refieren solamente a la falta de servidumbres, predios y permisos para el cruce de las vías como lo señala la convocante en su pretensión y en la sustentación de la demanda, sino también hubo otras causas que dieron lugar a la ampliación del plazo del contrato, como lo fue la reformulación del proyecto y la necesidad del contratista de terminar con algunas adecuaciones.

De otra parte, se observa que todas las prórrogas al plazo del contrato fueron de iniciativa de la UT contratista; en el expediente reposan los oficios con las correspondientes solicitudes que así lo prueban y como resulta obvio, estuvo de acuerdo con tales prórrogas y las suscribió sin reparo alguno puesto que ni en los documentos que contienen las adiciones ni en las actas de seguimiento del contrato, la convocante presentó reclamación ni advirtió sobre los mayores costos que podría significarle la suscripción de estas ampliaciones al plazo contractual.

En efecto, es evidente que, en el primer otrosí, la adición al plazo tuvo como causa la tardanza en la obtención de las servidumbres y predios necesarios para la ejecución de las obras, obligación a cargo del Municipio de Villa del Rosario, igualmente por la demora en la obtención de los permisos nacionales concretamente el de la ANI. Por su parte, en el sexto otrosí se prorrogó el plazo por razón de los permisos para el cruce del parque Grancolombiano y el cruce de la autopista internacional Simón Bolívar, sector Rumichaca permisos que como se encuentra probado precedentemente, era una actividad conjunta entre el contratista y el municipio beneficiario de la obra.

Los otrosíes, segundo, y cuarto que también ampliaron el plazo contractual se firmaron para adelantar actividades de los diseños y reformulación del proyecto. El quinto otrosí formalizó la reformulación del proyecto y adicionó el valor del contrato más no su plazo.

El tercer otrosí que adicionó el plazo, fue motivado en las necesidades del contratista para terminar unas adecuaciones.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Reitera el Tribunal que el contratista no presentó reparo alguno al firmar los documentos que contenían las modificaciones al plazo del contrato, pues estuvo de acuerdo con todas ellas y fue él mismo, quien las solicitó, sin manifestar que de las mismas se derivaban perjuicios para el presupuesto del contrato, ni tampoco expresó, que por ello se rompía el equilibrio contractual, este tema fue pacífico.

Entiende el Tribunal que las adiciones al plazo pactadas para tramitar la reformulación del proyecto quedaron solucionadas o subsanadas con el otrosí Modificadorio No. 5 que recogió todos los aspectos de esa reestructuración, incrementando el valor del contrato en \$ 605.401.357, con la aceptación del contratista, quien no manifestó que tal valor era insuficiente para restablecer la ecuación económica del contrato en razón de la reformulación del proyecto.

Para ilustrar el tema, resulta importante transcribir algunos párrafos de la jurisprudencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁹.

*“3. Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades
Para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, **es necesario que el factor de oportunidad no la haga improcedente.***

En efecto, en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”, tal y como, posteriormente, lo recogió la Ley 80 de 1993, artículos 16 y 27.

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

Y es que el principio de la buena fe contractual, que es la objetiva lo impone, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en

²⁹ Consejo de Estado, sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 76001233100020010014501, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia” (Se subraya).

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

Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado y baste para confirmar lo dicho, traer a cuento el siguiente aparte de la sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032:

No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término del contrato planteado por el actor...”

Dicha postura fue retomada posteriormente por la Subsección B de la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

“Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos”.

Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato.

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

“No se probó procesalmente que BENHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR. Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes” (subraya la sala).

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

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

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad. (

Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificadorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, "...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento", suscribiendo para tales efectos "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..." Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificadorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas." (Negrillas no son del texto)

La Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación también acoge dicha posición al señalar:

"Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones:

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

Esta línea jurisprudencial determina que cuando se pactan adiciones al plazo y el contratista no deja constancia de un posible detrimento en las condiciones económicas del contrato, está aceptando que este pacto no afecta la economía contractual; que está de acuerdo con la nueva situación y en este sentido se entiende que queda superada cualquier reclamación.

No quiere decir que el contratista al firmar las adiciones al plazo o cualquier otra modificación al contrato, esté renunciado a reclamar posteriormente la afectación

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

económica que acarrea dicha modificación con el fin de obtener un restablecimiento. Entendemos que este no es el sentido; el contratista tiene derecho a reclamar aún en el momento de la liquidación del contrato cuando se hace el cruce de cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto, pero para que pueda hacerlo, debe haber dejado su manifestación expresa y escrita sobre su inconformidad, al momento de la suscripción del acuerdo.

Todo esto tiene fundamento en el principio de buena fe contractual que consagra el artículo 871 del Código de Comercio en armonía con el artículo 1603 del Código Civil, que impone a las partes el deber de obrar conforme a este principio antes, durante y después de la celebración del contrato y aún después de su terminación y al principio contractual que el contrato es ley para las partes.

2.3.2.2.2 La suspensión del contrato

Otra de las razones esgrimidas por la convocante para que se diera la mayor permanencia en la obra corresponde a la suspensión del contrato por lapso de dos (2) meses cuya iniciativa, como ya se reseñó, partió de la interventoría; las razones que se hacen expresas en el oficio No. IHG-CEXS-003630-2015, corresponden concretamente a problemas financieros, técnicos y demora en los permisos de la ICANH para el cruce del parque Grancolombiano y de la ANI para el cruce de Rumichaca.

El acta de suspensión del contrato se suscribió de común acuerdo entre las partes, el 20 de marzo de 2015 y en ella se estableció que las razones antes indicadas eran constitutivas de fuerza mayor; el contratista quedó comprometido a ampliar las pólizas contractuales y a ajustar el programa del contrato, sin embargo, en este momento, no presentó reparo alguno en relación con la suspensión del contrato.

Días después, el 27 de marzo de 2015, en Oficio FIDU-OF-105-2015 dirigido a la Fiduciaria Bogotá, la Unión Temporal contratista, dejó constancia en cuanto que las causas de la suspensión invocadas por la contratante son de las catalogados como extraordinarias o de fuerza mayor, advirtiendo que los sobrecostos que se generen asociados al tiempo de la suspensión no deben ser asumidos por el contratista y seguidamente manifestó: “... ante la negativa de la entidad pública contratante de dejar expresamente constancia de tales circunstancias en la proforma del Acta de Suspensión No. 1; así como de reconocer y proceder al pago de los mismo, procederemos a remitir la proforma de acta de suspensión No. 1 del contrato No. PAF-ATF-032-2012, debidamente firmada, la cual para los anteriores efectos deberá interpretarse bajo el entendido de que no aceptamos que sea el contratista quien asuma los sobrecostos asociados a las causas de suspensión y los que se causen durante la misma” (Cuaderno de Pruebas No. 1. Folio 235)

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

A diferencia de lo sucedido con la suscripción de los otrosíes que también afectaron el plazo contractual, en esta oportunidad la UT contratista, consideró necesario dejar constancia expresa de no asumir los costos que se derivaran de la suspensión del contrato, independientemente que la entidad contratante hubiere señalado que se trataba de situaciones extraordinarias constitutivas de fuerza mayor, pero no lo hizo al momento de suscribir la suspensión, sino 8 días después. Igualmente manifestó su inconformidad con la conducta asumida por la contratante de negarse a dejar constancias de las circunstancias ocurridas en el acta de suspensión, así como de negarse a reconocer y proceder al pago de dichos costos.

Llama la atención que el contratista, quien tiene amplia experiencia en contratación, primero acuda a la firma del acta de suspensión y luego manifieste su inconformidad, pues si de verdad no estaba de acuerdo con la suspensión del contrato por las consecuencias económicas que de allí resultaban en su contra, debió negarse a suscribir tal suspensión, hasta tanto se establecieran las condiciones bajo las cuales se continuaría el contrato, es decir, bajo el restablecimiento de la economía contractual; cuando la contratante se comprometiera a resarcir los mayores costos que le ocasionaría tal suspensión, puesto que no resulta razonable que sacrifique sus propios intereses solo por *“colaborarle a la entidad”* en la solución de la problemática.

Sobre este tema remitimos a la jurisprudencia que anteriormente fue referida, en la que se reitera la exigencia de que el contratista manifieste, **al momento de celebrar el acuerdo modificatorio o las suspensiones al mismo**, las condiciones en las cuales aceptará firmarlas, de lo contrario puede perder la oportunidad de solicitar el reconocimiento y pago de los mayores costos que tal acuerdo le implican.

2.3.2.2.3 Los mayores costos administrativos y el stand by

En su demanda la convocante manifiesta que la ampliación del plazo contractual ocasionada por la demora en el trámite de las servidumbres y los permisos, como también, la suspensión del contrato, conllevó a que éste se extendiera por lapso de dos (2) años y 15 días, cuando el plazo inicial era de un (1) año y ello incrementó los costos administrativos referidos al pago de salarios, arriendos, vigilancia, servicios públicos. Igualmente señala que estas situaciones condujeron al stand by de la maquinaria.

Argumentó la demandante que las suspensiones del proyecto implicaron para ella un aumento de sus costos administrativos, pues a pesar de que la obra no tenía avances el Contratista debía continuar con el pago de salarios, arriendos, vigilancia, servicios públicos y stand by de la maquinaria.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Manifestó que a lo largo del contrato las cartas de reclamación fueron prolíficas y contundentes y que firmó las prórrogas porque eran una necesidad, pero sin aceptar que fuera el Contratista quien asumiera los sobrecostos asociados a las causas de la suspensión.

Adujo que firmó el Acta de liquidación del Contrato de Obra, pero no renunció a las reclamaciones futuras que pudiera presentar para obtener el reconocimiento y pago de las indemnizaciones, resarcimientos o compensaciones por los perjuicios que se le causaron y que en el peritaje presentado con la demanda se indicaron los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, suma que toma como cuantía de la demanda.

El 21 de abril de 2017 el apoderado de la convocante, en el escrito que subsanó la demanda, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, concordante con el artículo 206 del C. G. del P., indicó el juramento estimatorio y anexó un cuadro – resumen de los perjuicios estimados y sufridos por la Unión Temporal Redes de Santander desde mayo de 2014 hasta agosto de 2015. Entre dichos perjuicios, se refirió a los costos administrativos y el stand by.

El cuadro se sintetiza así:

Stand by Maquinaria y Equipo

- a. Salarios y prestaciones sociales personal operativo y administrativo.
- b. Transporte de personal a la obra por mayor permanencia

Vigilancia por mayor permanecía en obra.

- a. Reintegro al contratista seguridad social.
- b. Arriendos por mayor permanencia.
- c. Gastos de administración oficina principal.
- d. Mantenimiento y reparaciones de maquinaria
- e. Gastos bancarios
- f. Servicios públicos
- g. Dotaciones al personal
- h. Transporte de devolución tubería
- i. Pólizas de Seguros.

Todo esto arroja los siguientes valores:

- | | |
|-------------------|------------------|
| - Daño emergente: | \$2.995.070.199. |
| - Lucro cesante: | \$158.902.360. |
| - Gran total: | \$3.153.972.559. |

Como ya se dijo al analizar las causas que dieron origen a la extensión del plazo contractual , el contratista al firmar las prórrogas a dicho plazo, guardó silencio en

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

relación con los costos que podía significarle estos acuerdos; ni en las actas de seguimiento, ni en los oficios dirigidos a la interventoría, presentó reclamación para exigir la indemnización de los perjuicios económicos representado en mayores costos de personal, administración, arriendos, mantenimiento de oficina, dotaciones, servicios públicos etc., nada de esto dijo.

Fue al final del contrato, a la firma del acta de liquidación cuando dejó salvedades de esta naturaleza.

En cuanto al stand by de la maquinaria, entendida ésta como la permanencia en quietud, en una obra, del personal y de la maquinaria no dedicados, de momento, a la actividad propia del contrato, la cual puede ser causada por cualquiera de los dos extremos contratantes y sucede, casi siempre, después de iniciada la ejecución del contrato por causas sobrevinientes.

En el presente caso el contratista alega que, en el lapso de ejecución, y por circunstancias ajenas a él, hubo de tener maquinaria inactiva debido a los alegados problemas de falta de permisos en las servidumbres y otras causas generadas por hechos de terceros, imprevistas, imprevisibles, y no imputables a la Unión Temporal.

Igualmente sostiene que tuvo que dedicar personal extra para la vigilancia de inmuebles y maquinaria, con los consiguientes sobrecostos.

En la valoración de la prueba que se hizo precedentemente, se relacionaron las actas de seguimiento Nos. 9,10 y 37 en las cuales se menciona la eventualidad de que puedan presentarse un stand by de la maquinaria, pero de allí a que realmente se haya producido esta circunstancia hay una gran diferencia.

En efecto, examinados los documentos contractuales (actas de seguimiento, oficios etc. no existe en ellos, constancia alguna del contratista, donde señale que se encuentra en stand by de la maquinaria durante el tiempo de ejecución del contrato por razón del plazo inicial y de sus prórrogas. Tampoco en los testimonios y declaraciones de parte, los deponentes identificaron la presencia de stand by durante el tiempo de ejecución del contrato y de sus prórrogas.

Por su parte el interventor del contrato en testimonio rendido el 11 de diciembre de 2017, afirma no recordar "comunicaciones escritas del Contratista donde él me haya dicho señores Interventoría le mando la relación y los equipos que están en tal frente y los que están en stand by, eso no conozco comunicación durante la ejecución del proyecto donde el Contratista nos haya reportado eso, eso lo conocí fue con la reclamación del Contratista ya cuando estábamos liquidando el contrato donde argumentaba eso en particular..." (Pág. 36 versión transcrita) (Subrayado por el Tribunal).

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Agrega el interventor:

“que yo haya evidenciado de que el Contratista tuvo paros o maquinaria parada en el sitio de la obra porque no tenía nada que hacer, esa preocupación no existió de parte de Interventoría ni tampoco me la manifestó el Contratista de una manera formal, solamente hay una manifestación formal del Contratista y era su preocupación frente a la suspensión del contrato ...”. (Ibídem).

Ahora bien, la situación es distinta cuando se pactó la suspensión del contrato No. 1 de 20 de marzo del 2015, por lapso de dos meses; en esta oportunidad, el contratista sí presentó reclamación por los mayores costos administrativos y el stand by de la maquinaria, aunque lo hizo con posterioridad a la firma de la suspensión como ya quedó anotado.

Resulta obvio que cuando un contrato es suspendido, continúan generándose algunos costos administrativos, por cuanto, aunque se pueden suprimir algunas actividades no se puede cerrar de manera temporal la sede del contratista quien debe continuar funcionando así sea con el personal estrictamente necesario, y ello genera unos costos.

De otra parte, el contratista en su comunicación de 27 de marzo de 2015 en la cual presenta reclamación por las consecuencias que se derivan de la suspensión del contrato, tan solo menciona el reconocimiento de los sobrecostos asociados al tiempo de suspensión, que en su sentir no pueden ser asumidos por la UT contratista, pero no deja constancia alguna de tener maquinaria en stand by para reclamar los perjuicios económicos que se presentan por este concepto

Ahora bien, el interventor del contrato es su testimonio manifiesta: **“insisto, *el Contratista trabajó en suspensión*, la Interventoría no estuvo presente supervisando porque no podía estar ahí, y que eso lleva recuperando precisamente atrasos que se tenían en el frente de Boconó y en el 9.000 y en el 13.000; luego yo como Interventor, no considero pertinente de que se considere que hubo un stand by de maquinaria por parte del Contratista.”** (Pág. 37 versión transcrita) (resaltado fuera del texto)

Esta afirmación del interventor no fue controvertida por los representantes de la convocada, actitud que, sumada al silencio en la reclamación respecto del stand by cuando se pactó la suspensión, permite inferir que realmente la maquinaria nunca estuvo parada.

De otra parte, para probar los costos en que había incurrido la UT contratista, ésta adjuntó con la demanda un peritaje elaborado por el Contador Ernesto Posada

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Torres, prueba que fue controvertida por la convocada a través de una perito contable, la doctora Gloria Zady Correa Palacio, quien dejó en evidencia que:

- a. No se demostró la alteración de la economía del contrato ni los perjuicios sufridos pues se limitó a presentar una suma no discriminada *“en lo que consideró como declaración juramentada de la cuantía”*.
- b. En su dictamen el doctor Posada Torres emite opiniones y conceptos que solo le corresponde adoptar al Tribunal de Arbitramento al determinar: i). Si hubo o no incumplimiento en la ejecución del contrato y ii). cuál parte contratante incumplió el contrato si hubo tal incumplimiento.
- c. Respecto de los rubros stand by de personal, maquinaria y equipo; salarios y prestaciones sociales del personal operativo y administrativo; transporte de personal; mayor permanencia; vigilancia por mayor permanencia en la obra; reintegro al contratista de gastos por seguridad social; arriendo por mayor permanencia en la obra; gastos de administración de la oficina principal; gastos bancarios; servicios públicos; dotaciones al personal; devolución por transporte de tubería; pólizas de seguro; y sobre anchos ejecutados, la perito Correa Palacio, es explícita al determinar, en cada caso, que: *“al no haberse ejecutado el daño emergente no hay base para el cálculo del lucro cesante”*,
- d. Que los supuestos sobrecostos calculados por el doctor Posada Torres carecen de validez, porque no pueden ser verificados desde el punto de vista contable ya que no presentó la contabilidad de la UT, como tampoco presentó los documentos y soportes para cada uno de los rubros mencionados”.
- e. Concluye que *“No se encontró en el dictamen presentado por el Doctor Ernesto Posada Torres, que hubiera verificado en qué se invirtió la suma total recibida por la Unión Temporal por concepto de imprevistos, y esa suma cubriría parcial o totalmente los valores por él calculados como sobre costos en la ejecución de las obras”*. (Cuaderno de Pruebas No. 2. Folio 396)

Este Tribunal examinó la prueba pericial aportada por la UT convocante y pudo percatarse de que el dictamen no se encuentra soportado en los libros auxiliares de contabilidad que debe llevar la contratista sobre las cuentas de costos y gastos que reclama por la mayor permanencia en la obra, en los distintos rubros y en consecuencia, no es comprobable que efectivamente hubiere incurrido en los costos que alega le sean reconocidos.

Por las razones antes expuestas, en criterio del Tribunal esta pretensión no está llamada a prosperar.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

2.3.3. Costos Financieros

“Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones ajenas y no imputables a LA UT, e imputables a la parte demandada, ésta tuvo que contratar créditos bancarios para financiar la ejecución de las obras, incurriendo en costos financieros que no han sido resarcidos por La Fiduciaria”.

En la demanda esta pretensión se enuncia, pero no se encuentra sustentada; la convocante no indica en qué oportunidad procedió a efectuar los préstamos bancarios, ante qué entidad los hizo, cuándo se produjeron los desembolsos, el destino que tuvieron y desde qué momento empezaron a causar intereses que constituye el perjuicio que dice haber soportado, es decir no se establecen los supuestos fácticos, jurídicos, tampoco se aporta la prueba que los permite demostrar.

En el dictamen pericial allegado con la demanda elaborado por el perito Posada Torres, señala que, por razón de la mayor permanencia en la obra, el contratista se vio precisado a utilizar créditos bancarios y sobregiros que le representaron costos financieros después del 6 de mayo de 2014.

Como soporte de tales costos, anexa los extractos bancarios de las cuentas y autorización de los desembolsos expedidos por el Banco de Occidente correspondientes a la cuenta de Unión Temporal Redes de Santander.

Para el Tribunal no es suficiente que se alleguen tales documentos, puesto que lo importante a establecer es si realmente se causó el perjuicio y para ello debe probarse que el crédito y los sobregiros realmente fueron otorgado a la UT convocante con destino la ejecución de la obra de alcantarillado. Igualmente resulta trascendente demostrar cuál fue el monto del crédito desembolsado, el monto de los sobregiros y el valor de los intereses causados y efectivamente pagados a los Bancos prestamistas.

En el análisis efectuado por la perito contable de la parte convocada, Contadora Correa Palacio, en relación con el dictamen pericial allegado con la demanda, advierte que en dicho dictamen el perito no discrimina la fuente contable o sea la cuenta en donde están registrados los créditos bancarios y los gastos financieros, tampoco aporta los libros auxiliares ni las cuentas verificadas por el, por este concepto. No explica las verificaciones efectuadas respecto de los créditos bancarios ni la tasa de interés bancario cobrada

Manifiesta que no se demostró en qué se invirtieron los créditos ni se presentan las verificaciones que permitieron al perito llegar a la conclusión de que los préstamos tuvieron como destino atender las erogaciones por mayor permanencia

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

en la obra, tampoco especifica en su informe qué corresponde a intereses, qué a préstamos y qué a sobregiros, tan solo presenta unos valores mensuales.

Concluye que, para poder dar respuesta a estos interrogantes, se requiere de los registros contables y libros auxiliares extractados de la contabilidad de la Unión Temporal convocante, la cual no fue aportada.

En el término del traslado del dictamen de la parte convocada, el perito de la convocante presentó en varios AZ información contable adicional sobre los gastos financieros, sin embargo, en esta oportunidad, tampoco aportó los libros auxiliares contables de las cuentas de bancos, obligaciones financieras y gastos financieros, con lo cual es imposible comprobar la veracidad de lo afirmado en cuanto a los costos financieros causados.

Para el juzgador, no basta solamente con que se enuncien los perjuicios causados, sino que debe sustentarse la pretensión y con base en la prueba arrojada al expediente, llegar a la convicción de que realmente el contratista tuvo que soportarlos. Pero en el presente caso, la prueba no es idónea para comprobar los perjuicios que dice haber sufrido la UT convocante.

2.3.4. Costo de Oportunidad

“Que se declare que LA UT sufrió perjuicios derivados de los costos financieros de oportunidad que soportó durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, por razones que no le son imputables, tales como la mayor permanencia en obra, mayores cantidades de obra y obras adicionales ejecutadas y no pagadas, y costos financieros por contratación de créditos externos, los cuales deben ser indemnizados, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso”.

El costo de oportunidad o costo alternativo, configura un concepto económico que permite definir el valor de la mejor opción, según autores como Julián Pérez Porto y María Merino. (<https://definición.de/costo-de-oportunidad/> publicado: 2009. Actualizado 2012). Agregan que este concepto también puede estimarse a partir de la rentabilidad que brindaría una inversión y teniendo en cuenta el riesgo que se acepta. (Subrayas del Tribunal).

Otras fuentes consultadas, sin hacer citas textuales, consideran que:

- a) Los costos de oportunidad son “*alternativas altamente valiosas*” que se deben renunciar cuando se toma la decisión de usar los recursos en determinada opción.
- b) Para establecer el costo de oportunidad completo se tienen en cuenta los factores externos, positivos y negativos (Externalidades).

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

-
- c) En el costo de oportunidad quien decide, al elegir una opción, renuncia a todas las otras que tenía.
 - d) En síntesis, el costo de oportunidad es lo que se hubiera ganado con la mejor opción frente a todas aquellas que no se eligió.

La Superintendencia Financiera de Colombia, en la misma página citada en este Laudo, para definir el término “Costo”, señala que el “*De Oportunidad*”: “*Es el costo de hacer algo medido como la pérdida de oportunidad para realizar una acción alternativa*”.

Hecha esta ilustración conceptual, observa el Tribunal que esta pretensión carece de sustentación puesto que en la demanda la convocante solamente la enuncia, pero no expresa ni los supuestos fácticos, ni los jurídicos que la soportan, tampoco establece las pruebas que fundamentan su pretensión. Adicionalmente tampoco aparece en el dictamen pericial un rubro que establezca la cuantía de la indemnización pretendida por concepto del costo de oportunidad, ni se allegan los documentos que prueban el perjuicio causado; la pretensión está huérfana de argumentación y de prueba.

Conviene en el presente caso y en el anteriormente analizado sobre los costos financieros, ante el panorama que se presenta, traer a colación la sentencia proferida por la sección tercera del Consejo de Estado³⁰ en un asunto similar al que hoy ocupa el interés del Tribunal, en dicha oportunidad la citada Corporación al resolver el recurso de anulación presentado, se pronunció sobre diversos aspectos que consideramos de gran importancia por la aplicación que tienen al caso concreto.

Respecto del concepto de pérdida de oportunidad precisó:

“En este caso, claramente la modalidad de la pérdida de oportunidad o de chance que se alega es la de adquirir una ventaja: lucro captando, esto es, cuando el menoscabo consiste en la imposibilidad de la obtención de un incremento patrimonial o ganancias (quantum lucrari potuit), la cual también resulta aplicable al ámbito de responsabilidad contractual. (...) En efecto, la doctrina extranjera más autorizada en el ámbito del derecho común ha indicado que hay lugar a indemnizar cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida que tiene un valor per se, con prescindencia del hecho futuro, de modo que lo que da lugar a la reparación son las consecuencias que se derivan de una privación de oportunidad, de una frustración de una esperanza, de una probabilidad de obtener una cierta ventaja patrimonial,

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 00424-4100, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

pero un hecho de otro le impide tener la oportunidad de participar en la definición de ese chance o expectativa de ventaja patrimonial. (...) Se priva, pues, al sujeto de una facultad lícita de actuar (acere licere), lesión que produce un perjuicio concreto.

En cuanto a la carga de argumentación de quien alega el supuesto perjuicio señaló:

*“La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad impone la existencia de una certeza jurídica sobre su ocurrencia. (...) Un adecuado nivel de certeza razonable, en lo que hace al nexo causal entre el hecho que se imputa y el daño, lo mismo que de la existencia misma del daño, en la medida en que -como es sabido- el perjuicio hipotético o eventual no es reparable y es, claro está, en cabeza de quien reclama el daño alegado que pesa la carga de la prueba de acreditarlo. (...) **Es apenas natural que pese sobre quien alega algo, la carga de motivar o fundamentar lo que se invoca como presupuesto para una pretensión declarativa. No es admisible, pues, presentar de manera desnuda lo que se busca. (...)**”*

“Si bien es cierto que la demandante solicita el reconocimiento del alegado “costo de oportunidad y financiero”, en realidad del texto de la demanda se limitó a referir su supuesta configuración, sin exponer las razones por las cuales dicha situación se configuró, como tampoco los fundamentos de derecho de la misma. No hay, pues, una calificación de cómo la inejecución contractual aducida configuró un daño y en qué consistió este último. (...) El escrito de demanda no brinda argumento alguno para predicar la indemnización de daños por la pérdida de una oportunidad. (...) “

*“No basta pues con aducir el incumplimiento del contrato, sino que hay que justificar en qué aspectos se exterioriza en el ámbito de los perjuicios (para luego además tener que acreditar todo ello), toda vez que junto con la imputabilidad, configuran la responsabilidad contractual, determinante de los perjuicios que se dice haber padecido. (...) Carga de argumentación que en modo alguno resulta desproporcionada, irrazonable o innecesaria, como quiera que marca el contorno de lo que se va a decidir y sirve de base para delimitar la problemática jurídica que se plantea al juzgador, desarrollo natural del mandato superior contenido en el numeral 7º del artículo 95 Constitucional. (...) **En el terreno de las controversias contractuales no sólo resulta imperioso individualizar las pretensiones declarativas o anulatorias que se persiguen, sino que además estas deben ir acompañadas con una doble fundamentación: (i) la fáctica que precise el alcance de ese petitum y (ii) la jurídica, que enuncie los motivos que la soporten. (...) O lo que es igual, si la demanda demarca el debate judicial, es deber de quien la formula precisar no sólo lo que se pide sino que también tiene que soportarlo argumentativamente.”***

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

(Negrillas no son del texto)

Luego, refiriéndose a la prueba pericial sostuvo lo siguiente:

*“(…) A pesar de lo minucioso del ejercicio de los cálculos efectuados por el dictamen pericial elaborado por el Dr. Luis Alexander Urbina Ayure que arrojarían una elevada pérdida por parte de la convocante, no se encuentra en el plenario prueba alguna que permita concluir que efectivamente se produjo dicho desfase por cuenta de acciones u omisiones de la convocada. Como señaló el Laudo, al estudiar los alegados sobrecostos en que se alegó incurrió la sociedad contratista debido al mayor tiempo que debió permanecer ejecutando la obra, la prueba pericial técnica no es pertinente para demostrar los perjuicios deprecados por la convocante. (...) No basta con establecer, como se pretende en el sub examine, el quantum sino que previamente es necesario determinar su efectiva ocurrencia, pues lo que hay en este caso es tan sólo una estimación pecuniaria pero el proceso está huérfano de medios de convicción que den cuenta de la certeza razonable del perjuicio. (...) **No bastaba pues acreditar la mayor permanencia en obra, sino que además era preciso demostrar no sólo que dicho desfase tuvo lugar, sino que el mismo -en caso de acreditarse- implicó una pérdida de oportunidad y tuvo por causa el proceder por acción u omisión del convocado, o resulta imputable a este. No aparece soporte probatorio alguno que permita acreditar la configuración y menos aún su efectiva ocurrencia, por lo cual esta pretensión no está llamada a la prosperidad. (...) En efecto, con arreglo a lo prescrito por el artículo 177 del CPC, la prueba de los supuestos de hecho con base en los cuales se aduce el incumplimiento de un contrato, incumbe a quien la aduce. De modo que cuando alguien afirma que el incumplimiento de su contraparte genera un determinado daño antijurídico, esta aseveración debe estar acompañada del correspondiente respaldo probatorio. (...) De manera que, el convocante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de esta pretensión en tanto a él correspondía la carga de probar la ocurrencia efectiva del costo de oportunidad que dice haber padecido y al no lograr probar esta situación el convocado debe ser absuelto en este punto (actore non probante, reus absolvitur). (...) Al no haberse verificado la indispensable convicción mediante los medios de prueba correspondientes en punto de la certeza razonable del perjuicio, no hay lugar al reconocimiento patrimonial que alega se deriva del mismo. (...) En tal virtud, habrá de negarse lo aquí solicitado.”** (Negrillas no son del texto)*

En el asunto materia de controversia que es de conocimiento de este tribunal, hay ausencia de elementos fácticos y jurídicos, respecto del pretendido costo de oportunidad; no aparece prueba del perjuicio alegado, pero lo más grave, es que ni siquiera se encuentra cuantificado este rubro en el juramento estimatorio

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

presentado para subsanar la demanda, ni ha sido incluido su valor entre los rubros determinados en la prueba pericial aportada con la demanda.

2.3.5. Indemnización Integral de Perjuicios

“Que se declare que La Fiduciaria debe indemnizar integralmente a LA UT, la totalidad de los perjuicios que esta última sufrió durante la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013, tanto por daño emergente como por lucro cesante y que se prueben dentro del proceso”.

Esta petición es precisada por la demandante en las pretensiones principales de condena, especialmente en el punto 2.2.1., referidas a *“las sumas que se prueben en el proceso por el restablecimiento integral de la ecuación económica...”* y para ello circunscribe cuatro puntos específicos: 1. Indemnización actualizada por daño emergente y lucro cesante, incluido el costo de oportunidad; 2. Reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos; 3. Intereses comerciales moratorios; 4. Costas, honorarios del proceso y pago de las agencias en derecho.

Sin embargo, el Tribunal estima que se trata, en este caso, de una pretensión genérica que realmente no tiene mayor desarrollo, ni en la propia demanda, ni en la subsanación de la misma, ni en los demás documentos contractuales que han sido tenidos en cuenta en este proceso arbitral.

Adicionalmente, realizado por el Tribunal un examen detenido de los hechos propios de la demanda y del estudio que ya se hizo respecto de la pretensión costos financieros y de la relativa a costo de oportunidad, se encuentra que esta nueva pretensión está afinada en los conceptos daño emergente y lucro cesante, ya considerados y analizados en otros apartes de este Laudo, y por lo demás referidos a lo que se pruebe dentro del proceso.

Pues bien, siendo así, el Tribunal considera que el acervo probatorio, especialmente el tantas veces invocado dictamen pericial, no amerita ninguna posibilidad de acceder a la pretensión analizada por cuanto no se probaron los perjuicios y por consiguiente no accede a lo pedido.

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Como quiera que no prosperó ninguna de las pretensiones declarativas principales, no puede prosperar, en consecuencia, ninguna de las pretensiones de condena que de ellas se derivan. Esto hace que el Tribunal realice el examen de las pretensiones subsidiarias, como procede a continuación.

De entrada, puede apreciarse que hay identidad entre lo pretendido por la convocante como principal y como subsidiario, pues lo único que difiere de los

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

conceptos reclamados es la causa, esto es que, para la indemnización de las peticiones principales, se soportó en el incumplimiento de la entidad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, mientras que, para sustentar los perjuicios de las subsidiarias, menciona tres motivos, a saber:

“2.3.1. Hechos de terceros, ajenos y no imputables a LA UT que afectaron la ejecución del contrato.

Que se declare que con posterioridad a la celebración del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013 y durante su ejecución, se presentaron hechos de terceros, ajenos y no imputables a LA UT, que afectaron en forma grave y considerable la ejecución oportuna de las obras y exigieron la mayor permanencia en la obra y en la ejecución del contrato.

2.3.2. Circunstancias imprevistas, imprevisibles, ajenas y en todo caso no imputables a la UT.

Que se declare que con posterioridad a la celebración del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013 y durante su ejecución, se presentaron circunstancias imprevistas e imprevisibles, y en todo caso ajenas y no imputables a la UT, que afectaron en forma grave y considerable el equilibrio económico del contrato y/o le causaron perjuicios a LA UT, debido a la imposibilidad durante exagerado tiempo de acceder a la totalidad de predios y zonas de ejecución de la obra; y a la necesidad, estando en campo, de ejecutar obras no previstas, adicionales o mayores, frente a las indicadas en los diseños entregados por La Fiduciaria.

2.3.3. Enriquecimiento sin causa.

Que se declare que en desarrollo de la obra contratada la UT debió ejecutar, para garantizar la estabilidad y calidad de la obra y la seguridad de los trabajadores, mayores cantidades de obra u obras adicionales u obras con otras especificaciones, cuyo valor no se le ha reconocido ni pagado, lo cual constituye enriquecimiento sin causa”.

En consecuencia, pide que se le indemnice de forma actualizada, todos “los perjuicios recibidos por LA UT, tanto por daño emergente como por lucro cesante, incluyendo el costo de oportunidad, o en su defecto, de los mayores costos y gastos en que debió incurrir” y el “reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden, incluido el reembolso del valor actualizado de las mayores cantidades u obras adicionales ejecutadas y de los costos por mayor permanencia en obra, en que incurrió LA UT, derivados de la ejecución del Contrato de Obra de fecha 7 de marzo de 2013”.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Este Tribunal ha explicado *in extenso* las razones por las cuales no triunfaron los pedimentos de perjuicios correspondientes a mayores cantidades de obra y obras adicionales, mayor permanencia en obra, costos financieros, costo de oportunidad e indemnización integral de perjuicios, pues además de haber quedado claro que de haber sufrido algún detrimento patrimonial, ello de alguna manera obedeció a su propia culpa, ante el silencio en la etapa precontractual, así como al suscribir las actas respectivas, tampoco demostró el contratista que haya incurrido en los costos que ahora busca se le reembolsen, los cuales no sobra repetirlo, no fueron autorizados por la interventoría.

Todo lo dicho entonces, sirve de argumento para medir con igual rasero las pretensiones subsidiarias alusivas a hechos de terceros o ajenos y a las circunstancias imprevistas, sin que sea necesario volver ahora sobre los mismo, cuando es evidente, se reitera una vez más, que el contratista lo que aquí reclama, lo hizo por su propia cuenta y riesgo.

No ocurre lo mismo, con la pretensión de enriquecimiento sin causa, dado que sobre esa tesis, no se ha dilucidado problema jurídico alguno a lo largo de esta providencia, lo que obliga al Tribunal a su estudio, claro está, entendiendo que lo que pretende es el reembolso de lo que gastó la convocante por las mayores cantidades de obra u obras adicionales u obras con otras especificaciones, en aplicación de la interpretación de la demanda que debe hacer el juzgador de instancia, conforme lo ordena el numeral 5° del artículo 42 del C.G.P.³¹

3.1. Enriquecimiento sin causa

Se tiene por sentado que el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho³² que con el artículo 831 del Código de Comercio ahora cuenta con regulación expresa, y consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro.

De antaño se conoce que dicho principio no solo se ha aplicado para las relaciones entre particulares, sino también cuando participa una entidad pública, de forma tal que se requiere acudir a la jurisdicción para lograr que se restituya el indebido acrecimiento patrimonial a quien considera haberse empobrecido.

³¹ Son deberes del juez: ... 5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

³² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Ahora bien, para acompasar lo dicho al inicio de este laudo, en lo atinente a que se trata de un proceso de carácter administrativo, cabe traer a colación que la Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 19 de noviembre de 2012 de la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, definió que la pretensión de “*Actio in rem verso*”, solo es posible predicarla a través del medio de control de reparación directa, en donde, para este Tribunal, la parte legitimada en la causa por pasiva, necesariamente debe estar integrada al menos por una entidad pública, es decir, no se concibe una demanda de reparación directa sin que una entidad pública este llamada a responder, pues aún cuando el daño lo causa un “*agente del estado*” o un particular en ejercicio de funciones públicas, se acude a dicho medio de control para obtener la reparación por parte del ente público, en donde obviamente puede vincularse como demandado también al particular.

Al respecto dijo la H. Corte Constitucional, lo siguiente:

*“La Sala luego de dar lectura integral al artículo transcrito y a lo debatido en el Congreso de la República, considera que la expresión acusada no debe interpretarse de manera aislada sino de forma armónica con todo el texto que la incorpora. De esta manera, aparece que en términos de proposición jurídica completa, el inciso segundo del artículo 140, es complemento de la regla indicada en el inciso primero de la misma, al expresar que **“de conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras”**, permitiendo afirmar que el inciso segundo no restringe el alcance del precepto del inciso primero, es decir, el deber de reparar por el Estado la conducta dañina de sus agentes, por cuanto literalmente establece que es conforme con este.*

*Del mismo modo, el inciso segundo que contiene la expresión acusada, no limita las causas susceptibles de imputar responsabilidad al Estado por los daños antijurídicos ocasionados a las personas allí enunciadas, ya que en su texto aparecen las expresiones **“entre otras”** y **“por cualquiera otra causa”**, lo que supone que no se contemplan todos los casos en los cuales puede estructurarse tal responsabilidad. En ese orden, la norma no exceptúa al Estado de la obligación de reparar en el evento que la conducta de un particular se encuentre inmiscuida, bajo la condición que se reúnan los requisitos que establecen su responsabilidad patrimonial conforme con la Constitución, sino que se trata de un supuesto más.*

Así, contrario a lo asegurado por el demandante, en ningún modo la norma consagra una cláusula de irresponsabilidad para el Estado en aquellos eventos en los que no medie instrucción a un particular pero concurren acciones u omisiones de las entidades públicas que ocasionen daños antijurídicos a las personas, y que a la luz del artículo 90 de la Carta comprometerían la responsabilidad del Estado.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

En el segmento demandado el legislador al extender la responsabilidad a los particulares cuando estos actúen siguiendo una expresa instrucción de las autoridades públicas, no está dando a entender que estos particulares no sean responsables de sus propias actuaciones, tal como lo consagra el Código Civil colombiano en el artículo 2341[47], ya que resultaría irrazonable que el Estado tuviera que responder por todos los daños cometidos por los ciudadanos en beneficio de los lesionados, cuando no ha mediado una expresa instrucción de una entidad pública sino obrado en el campo o esfera de su vida privada, separado por completo de toda actividad pública.

Mantener un orden justo no puede significar que el Estado deba responder por todos los daños que causen los particulares que no tienen la condición de agentes estatales. Un orden justo implica considerar que el Estado repare los daños que hayan causado los agentes estatales cuando su conducta le sea imputable al Estado, es decir, cuando hayan obrado con ocasión de sus funciones; y que también repare los daños que causan los particulares, siempre y cuando su conducta sea imputable al Estado.

Así entonces, se tiene que la norma se encuentra ajustada al artículo 90 superior, implicando de paso que el preámbulo (valor justicia) y los artículos 1° (dignidad humana), 2° (principios, derechos y deberes como fines del Estado) y 6° (responsabilidad de las autoridades públicas) de la Constitución, no se vean desconocidos, por cuanto es desarrollo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, a través de la acción de reparación directa por daños extracontractuales, en la medida que la víctima de un daño antijurídico se encuentra habilitada para demandar del Estado su reparación, cuando se configure la responsabilidad del mismo, es decir, al establecerse la conducta dañina de una agente del Estado, el daño y la relación causal entre éste y aquél. Asimismo, es de señalarse que cuando la norma refiere a “agentes del Estado”, se entiende que comprende tanto los servidores públicos como los particulares que desempeñan funciones públicas y que en conexión con el servicio ejecutan conductas violatorias de la vida, honra y bienes de la persona, amparadas por el artículo 2° de la Carta. De esta manera, resulta claro que la norma garantiza el deber de reparación por parte del Estado, siendo éste responsable por los daños antijurídicos ocasionados por sus agentes con ocasión de la actividad estatal, en la medida, que la víctima del daño no esté en el deber jurídico de soportarlo.

Claramente se advierte, como bien lo destaca el Consejo de Estado en su intervención, que a la luz del artículo 90 de la Carta, la expresión demandada del inciso segundo del artículo 140 de la ley 1437 de 2011, en nada influiría o afectaría el régimen de responsabilidad estatal, pues así

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

medie o no una instrucción expresa a los particulares que concurran en el daño o que estos se encuentren bajo la tutela de la autoridad administrativa, “lo que se estudia en esos eventos es si existe una acción u omisión que comprometa al Estado en la producción del daño y que éste le sea imputable”.

Al respecto puede recordarse lo estudiado en la parte dogmática que antecedió el presente análisis, referente a la responsabilidad del Estado, de sus agentes y de los particulares que ejercen funciones públicas, donde se expuso que el constituyente de 1991 diseñó y adoptó en el artículo 90 superior, un sistema de responsabilidad fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, es decir, en la lesión o afectación que padece la persona.

En materia de responsabilidad extracontractual se ha señalado que la administración, en los casos relacionados con daños causados a terceros en la ejecución de obras públicas mediante el concurso de contratistas, la respectiva entidad estatal se obliga a resarcir al damnificado si prueba éste que los perjuicios se han presentado en desarrollo de tales trabajos y si, además, la demanda ha sido dirigida contra dicha entidad o contra ambos, demostrando claro está que el servicio funcionó mal, no fue prestado o se prestó irregularmente, o por lo menos que acredite que aquel emergió con la prestación del servicio (nexo causal)³³. (Subraya y negrilla no son del texto)

Lo que se acaba de anotar, por sí solo, impediría que la pretensión de enriquecimiento sin causa invocada alcance prosperidad, por cuanto si la misma solo puede formularse a través del medio de control de reparación directa, y éste solo es posible cuando en el extremo demandado se encuentra vinculada una entidad pública, mal podría condenarse a un particular que fue demandado de manera exclusiva sin haber integrado a la entidad pública beneficiaria del contrato, o a la que le dio las instrucciones para desarrollar el contrato.

No obstante, y para profundizar un poco más, este argumento se complementa con la carencia de legitimación en la causa por la parte pasiva a la luz de los requisitos de procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa, veamos:

La tesis civilista de la acción in rem verso ha establecido como requisitos para su procedencia, que se genere un enriquecimiento o aumento de patrimonio en

³³ Sentencia C-644 del 31 de agosto de 2011, Corte Constitucional. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

alguien, que se dé un empobrecimiento correlativo de otro, y que ese enriquecimiento se haya producido sin fundamento jurídico³⁴, pero el contencioso administrativo, a más de esta postura positivista, en su jurisprudencia ha involucrado la tesis negativa consistente en que si un contratista ejecuta obras por fuera del contrato, excede el ordenamiento jurídico, desconociendo normas que garantizan los intereses públicos y privados, por lo que no puede beneficiarse de su propia culpa para que se le reintegren los costos en que ha incurrido³⁵.

De los mencionados requisitos, salta a la vista la carencia de legitimación en la causa por parte de la Fiduciaria demandada, pues es obvio que con las obras desarrolladas en virtud del contrato objeto de este proceso, el patrimonio autónomo constituido no se ha enriquecido y mucho menos el de la sociedad fiduciaria, que se repite no fue demandada como tal, pues es apenas lógico que si algún patrimonio se aumentó en virtud de las aludidas obras, solo pudo serlo el de la entidad beneficiaria, y se recalca, ella no es parte en este proceso.

Y, una vez más, hay que decirlo, la convocante fue negligente al realizar obras que no estaban autorizadas por la interventoría, y nada dijo cuando debía hacerlo, por lo que ahora no puede invocar su propia culpa, para lograr un reembolso por obras adicionales, mayor permanencia en obra, etc.

4. CONCLUSIONES

Lo hasta aquí considerado permite concluir con claridad, que las pretensiones declarativas de la demanda, tanto principales como subsidiarias no tienen vocación de prosperidad, y por ende, las pretensiones de condena se quedan sin piso, lo que exime al Tribunal de referirse puntualmente a las excepciones formuladas por la parte convocada, pero lo obliga a condenar en costas a la parte convocante.

En síntesis, la Unión Temporal Redes de Santander, aceptó los términos de referencia conocidos antes de suscribir el contrato de obra, no objetó los diseños, ni se esforzó por dejar en claro que las licencias y servidumbres que requerían los predios eran responsabilidad de las entidades públicas que hicieron parte del convenio tripartita, expresamente manifestó conocer el terreno donde iba a desarrollar las obras y las condiciones del mismo, firmó las actas sin hacer las objeciones o salvedades que correspondían, realizó obras adicionales sin autorización y no probó los perjuicios reclamados.

³⁴ Sentencia T-219 de 1995.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de noviembre de 1991, C.P. Daniel Suárez Hernández.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

Y, no está demás decir que, si el contratista no se encontraba conforme con la forma en que se estaban firmando las actas, entre otras razones, porque según su dicho, no tenía otra opción y sintió que tenía que hacerlo para poder avanzar y cumplir con la ejecución del contrato, pudo haber hecho uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar la legalidad de las mismas, pero de esa herramienta tampoco hizo uso.

5. JURAMENTO ESTIMATORIO

Si bien es cierto, el parágrafo del art. 206 del Código General del Proceso, consagra una sanción equivalente al 5% del valor de las pretensiones, esa misma disposición impone esa consecuencia solo en aquellos casos en los cuales *“la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*.

Para el Tribunal, es indiscutible que la negligencia predicada de la parte convocante a lo largo de esta providencia, se refiere a la forma como actuó en la fase precontractual y contractual, ante el silencio mostrado al suscribir el contrato y al ejecutarlo, por no hacer las salvedades correspondientes, así como por realizar obras adicionales sin autorización de la interventoría, y no a su desempeño como parte en el proceso, al punto que para el reclamo de perjuicios, se apoyó en un dictamen pericial, independientemente de que el mismo se haya tenido en cuenta como medio de prueba eficaz, pues del material probatorio puede verificarse que la Unión Temporal si tuvo que hacer un esfuerzo económico adicional por la prolongación del término del contrato, razón por la cual se descarta un actuar temerario de dicha parte que implique imponerle la sanción antes transcrita.

6. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

6.1 Costas del Proceso

El numeral primero del artículo 365 del C.G.P., ordena condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y adicionalmente el numeral octavo indica que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En virtud de la norma citada, procede el Tribunal a efectuar la liquidación de las costas causadas en el proceso a cargo de la parte convocante, en la medida en que sus pretensiones no prosperaron. Para ese efecto se tendrán en cuenta los gastos en los que haya incurrido la parte convocada, y que se encuentren debidamente acreditados en el expediente.

Luego estudiar el expediente, el Tribunal constató que dichos gastos corresponden únicamente a los gastos procesales asumidos por la convocada, es

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

decir el 50% de los honorarios y gastos fijados por el Tribunal, toda vez que no se acreditó ningún otro gasto, incluso luego de revisar el dictamen pericial aportado por ésta, es de notar que este no cuenta con ningún soporte o apartado, que haga referencia a los costos en los que tuvo que incurrir la convocada para su realización.

De conformidad a lo ordenado en el Auto No. 8 del 3 de agosto de 2017, los honorarios y gastos fijados por el Tribunal son los siguientes:

CONCEPTO	MONTO
Honorarios de los tres árbitros, dos de ellos con IVA.	\$ 159.906.410.77
Honorarios del secretario con IVA.	\$ 28.149.205.44
Gastos de Administración del Centro de Arbitraje incluido IVA.	\$ 28.149.205.44
Gastos de Funcionamiento	\$ 795.178.89
TOTAL, GASTOS Y HONORARIOS	\$ 217.000.000.00
50% pagado por la parte convocada	\$ 108.500.000.00

Por lo tanto, el valor correspondiente a las costas procesales, que el Tribunal encuentra acreditado en el expediente asciende al monto de CIENTO OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$108.500.000. m/cte.).

6.2 Agencias en Derecho

Las agencias en derecho se fijarán de conformidad con el numeral cuarto del artículo 366 del C.G.P. y el artículo 2º del Acuerdo No. PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2016, atendiendo la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por la parte convocada, así como la cuantía del proceso y demás circunstancias relacionadas con dicha actividad.

Dado que el mencionado acuerdo, por el cual se fijaron las tarifas correspondientes a agencias del derecho, no contempló específicamente los procesos arbitrales, hace necesario que el Tribunal asemeje el proceso arbitral con el proceso regulado que más se le parezca, esto es el proceso declarativo de única instancia.

Por lo tanto, para fijar el monto correspondiente a las agencias del derecho, se debe dar aplicación del artículo 5º de dicho acuerdo, el cual establece un límite entre el 5% y el 15% de lo pedido en la demanda, cuando se formulen pretensiones de contenido pecuniario, como es el caso que nos ocupa.

Es por estos motivos que el Tribunal fijará el 5%, en virtud a que en el trámite solo actuaron las dos partes iniciales, sin que se hubiera presentado demanda de

VS.

**FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-**

reconvención, solicitud de integración del contradictorio, ni la vinculación de terceros al proceso.

Así las cosas, el valor que fija el Tribunal por concepto de agencias en derecho, asciende a CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$157.698.627,95), monto que equivale al 5% de los TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$3.153.972.599.00 m/cte.), indicado como cuantía de las pretensiones presentadas en la demanda presentada por la parte convocante.

VS.

FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal de Arbitraje integrado para decidir en derecho las diferencias entre **CONHYDRA S.A. E.S.P.**, y **CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A.**, como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013**, como partes convocantes, y **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-**, como parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR todas y cada una de las pretensiones de la demanda (Principales y subsidiarias) formuladas por **CONHYDRA S.A. E.S.P.**, y **CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A.**, como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013**, en contra de **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-**, respecto de las cuales se declaró competente el Tribunal, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO: DECLARAR causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal, y ordenar su pago. Por el Presidente del Tribunal hágase entrega del saldo de los honorarios, previo descuento del 2% del valor que se le hubiere pagado para que sea consignado a la orden del Consejo Superior de la judicatura, de conformidad con lo ordenado por la Ley 1743 de 2014, artículos 16³⁶ y 22³⁷ y siguientes.

TERCERO: DISPONER que el presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de “Otros” que no haya sido utilizada.

CUARTO: SEÑALAR a cargo de **CONHYDRA S.A. E.S.P.**, y **CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A.**, como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL REDES**

³⁶ Ley 1743 de 2014. Art. 16. *La Contribución Especial Arbitral es una contribución parafiscal a cargo de los centros de arbitraje y de los árbitros, con destino a la Nación – Rama Judicial. En los casos de tribunales arbitrales ad hoc la Contribución Especial Arbitral es un aporte parafiscal a cargo de los árbitros.*

³⁷ *Ibid.*, Art. 22. *El presidente del tribunal arbitral descontará del pago del saldo final de los honorarios, el dos por ciento (2%) del valor total pagado a cada árbitro y al secretario, y la suma que resulte la consignará inmediatamente a la orden del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia.*

VS.

**FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-**

DE SANTANDER 2013, la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEICIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEICIENTOS VEINTISIETE PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$157.698.627.95 m/cte.), por concepto de agencias en derecho en favor de **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-**, que deberá pagarse a la ejecutoria del presente Laudo.

QUINTO: CONDENAR a **CONHYDRA S.A. E.S.P.**, y **CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A.**, como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013**, a pagar las costas del proceso por valor de CIENTO OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$108.500.000.00) a la parte convocada **FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.**, vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-**, suma que deberá pagarse a la ejecutoria de este Laudo.

SEXTO: Abstenerse de decretar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: ORDENAR que por secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

OCTAVO: DISPONER que, en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

EL PRESENTE LAUDO QUEDA NOTIFICADO A LAS PARTES EN ESTRADOS Y PRESTA MÉRITO EJECUTIVO DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY 1563 DE 2012.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO
Presidente

**TRIBUNAL ARBITRAL DE CONHYDRA S.A. E.S.P., CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A. COMO INTEGRANTES
DE LA UNIÓN TEMPORAL REDES DE SANTANDER 2013**

VS.

**FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO
ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER-**

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ
Árbitro

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
Árbitro

NICOLÁS LOZADA PIMIENTO
Secretario