

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE CONSTRUCCIONES EN
ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA - CONARO, JORGE ALBERTO
ISAAC CURE Y SALIM ARANA GEHEM VS FONDO DE VIVIENDA DE
INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL – CORVIVIENDA.**

FECHA LAUDO: 18 de febrero de 2016.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA -
CONARQ, JORGE ALBERTO ISAAC CURE Y SALIM ARANA GEHEM

PARTE CONVOCADA: FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA
DISTRITAL – CORVIVIENDA.

ÁRBITRO (S): MARGARITA EUGENIA VELEZ VASQUEZ, VIRGILIO J. ESCAMILLA ARRIETA,
CARLOS E. PAREJA EMILIANI.

SECRETARIO (A): HELEN ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

NORMAS: Ley 1563 del 2012, ley 222 de 1995, ley1444de2011, ley 80 De 1993, ley 1106 de
2006, ley 9ª de 1989, ley3ª de 1991, ley388 de 1997, Decreto 975 de 2004, código de comercio,
Código Contencioso Administrativo, Código General del Proceso, Código Civil.

DOCTRINA:

- Jorge Bendeck Olivella, Ministro de Obras Públicas y Transporte. "Exposición de motivos al proyecto de ley n° 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", en Gaceta del Congreso, año 1, n. ° 75, 23 de septiembre de 1992, p. 21
- Luis Fernando Vélez Escallón. "La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales", en aa. vv. Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ediciones Rosaristas, 2.ª Edición, 1995, p. 192, tomado de: Hernández Silva, Aida Patricia: "LA LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL" - Pág. 4 a 6 portal. Externado .edu.co

JURISPRUDENCIA:

- CORTE CONSTITUCIONAL:

- Corte Constitucional - Sentencia SU.174/07 - M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa)
- Corte Constitucional - Sentencia C 062/08 - M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
- Corte Constitucional Sentencia C-1436/00 - M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

- CONSEJO DE ESTADO:

- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA • SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D.C., Once (11) De Diciembre De 2015 Expediente Número: 24.636 Radicación Número: 2500023260001997121300 1 Acumulado
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., Veintisiete (27) De Marzo De Dos Mil Catorce (2014) Radicación Número: 25000-23-26-000-1998-03066-01 (20912
- CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA -SUBSECCION 8-Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., Treinta Y Uno (31) De Agosto De Dos Mil Once (2011) Radicación Número: 25000-23-26-000-1997 -04390-01 (1 8080
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D.C., Once (11) De Diciembre De 2015 Expediente Número: 24.636 Radicación Número: 25000232600019971213001 Acumulado
- Consejo De Estado Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano - Auto 85001233100020140007401 (51635), 8/26/2015) (Tomado De Ámbito Jurídico- Sept. 18/15-Ww.Ambitojuridico.Com
- CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (11) SECCIÓN TERCERA-Consejera Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ – Bogotá D.C, Ocho (08) De Febrero De Dos Mil Uno (2001)-Radicación Número: 20001-23-31-000- 1995-2313-01(12848
- CONSEJO DE ESTADO -SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo-Bogotá, D.C, Mayo Veinticinco (25) De Dos Mil Seis (2006).- Radicación: 1.748)

TEMAS: Rompimiento de la ecuación económica del contrato, silencio administrativo positivo, liquidación del contrato.

(TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 del 2012 referentes a la instrucción del trámite arbitral, este Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo Arbitral en el trámite convocado por Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada - Conarq, Jorge Alberto Isaac Cure y Salim Arana Gechem, para dirimir las diferencias contractuales con el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital - CORVIVIENDA, que han sido sometidas a estudio, de acuerdo con la demanda presentada, actuaciones procesales, pruebas decretadas y practicadas en este proceso, así como las trasladadas del Tribunal Administrativo de Bolívar, considerando su apreciación y valoración en conjunto, siguiendo los principios de la sana crítica, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

I. ANTECEDENTES

Cláusula Compromisoria

La habilitación del Tribunal proviene del Pacto Arbitral contenido en tres (3) contratos de UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO, en la modalidad de Cláusula Compromisoria, celebrados entre el Fondo De Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital - CORVIVIENDA y los demandantes , con sus respectivos "otros sí".

Los tres contratos, de idéntico tenor literal, incluyeron en su cláusula décima bajo el título "LEY Y JURISDICCIÓN" la siguiente cláusula arbitral:

"Este contrato se regirá y será interpretado de conformidad con las leyes de la República de Colombia. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y su celebración. Ejecución, terminación y liquidación se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Arbitraje y Conciliación Mercantil de dicha Cámara. El tribunal, así constituido se sujetará a lo dispuesto por el artículo 230 de la ley 222 de 1995, los códigos de procedimiento Civil y de Comercio de acuerdo a las siguientes reglas:

- El Tribunal estará integrado por tres árbitros.
- La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Cartagena.
- El Tribunal decidirá en derecho.

- El Tribunal funcionará en Cartagena en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio".

2. Partes Procesales y su Representación

Demandantes:

- i. Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada -Conarq sociedad de comercio con domicilio principal en Barranquilla, NIT 800.256.403-6 representada legalmente por Rodrigo Nicolás Montaña Ulloa, mayor de edad e identificado con C.C. No. 73.098.311 como consta en certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla
- ii. Jorge Alberto Isaac Cure mayor de edad e identificado con C.C. No. 9.138.843 actuando en su propio nombre
- iii. Salim Arana Gechem mayor de edad e identificado con C.C. No. 9.135.179 actuando en su propio nombre

Los demandantes, en razón de los indicados contratos y de acuerdo con lo que se expresa en la demanda (hechos y sus pretensiones) actúan en este proceso como Litis Consortes Facultativos en los términos del artículo 50 del C.P.C. que corresponde al 60 del C.G.P.

Demandada:

Fondo De Vivienda De Interés Social y Reforma Urbana Distrital, persona de derecho público, descentralizada, adscrita a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creada mediante Acuerdo 37 de 1991 y representada legal y actualmente, por su Gerente: William García Tirado

Las partes comparecieron al proceso arbitral representadas por Abogados a quienes se les reconoció personería para actuar, en su debida oportunidad.

Apoderado de la parte demandante: Dr. Miguel Raad Hernández, identificado con la C.C. No. 49.075.842 y la T.P. No. 13.290 del Consejo Superior de la Judicatura, a quien, en audiencia de fecha 21 de mayo del 2015, se le reconoció personería para actuar.

Apoderados de la parte demandada: Dr. Alberto José Zapateiro Herrera identificado con la C.C. No. 73.158.731 y la T. P. No. 93.913 del Consejo Superior de la Judicatura, a quien, en audiencia de fecha 14 de agosto del 2015, se le reconoció personería para actuar. Dra. Isabel María Díaz Martínez, identificada con la c.c. ,No. 45.495.260 y la T.P. No. 79.246 del Consejo Superior de la Judicatura, a quien, en audiencia realizada el 18 de enero del 2016 se le reconoció personería para actuar. Dr. Rafael Ángel Hoyos Díaz, identificado con la c.c. No 73.151.228 y la T. P No. 75.632 del

Consejo Superior de la Judicatura, a quien, en audiencia realizada el 28 de enero del 2016, se le reconoció personería para actuar.

Por la calidad de la entidad demandada, por mandato de los artículos 121 y 127 del CPACA se vinculó al Ministerio Público, representado inicialmente, por el Dr. Mauricio Javier Rodríguez Procurador 21 Judicial 11 para Asuntos Administrativos, remplazado por la Dra. Martha Elvira Ciódaro Gómez, Procuradora 22 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bolívar.

Encumplimiento del dispuesto en el parágrafo 5 de la ley 1444 de 2011, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena notificó y citó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a la Audiencia de Designación de Árbitros y a la de Instalación del Tribunal. (Folios 131 y 154 - Tomo 1)

I. TRAMITE DEL PROCESO ARBITRAL

La Demanda Arbitral

Mediante escrito recibido en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, el día 7 de abril del 2015 - a través de apoderado judicial - Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada-Conarq, Jorge Alberto Isaac Cure y Salim Arana Gechem, solicitaron bajo el acápite: "Pretensiones", lo siguiente:

"PRIMERA: Sírvase el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN integrar el Tribunal de Arbitramento pactado por las partes en la cláusula Décima de cada uno de los contratos que. En virtud de litisconsorcio facultativo, se han acumulado en este asunto.

SEGUNDA: Una vez integrado e instalado el Tribunal de Arbitramento de conformidad con lo dispuesto en la Ley, sírvase Este tribunal asumir la competencia del asunto remitido por el H. Tribunal Administrativo de Bolívar e imprimirle el trámite procesal pertinente" (folios 2 a 6 - Tomo 1).

Los demandantes, promovieron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar Acción Contractual contra el Fondo De Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital - CORVIVIENDA, demanda presentada ante la Oficina Judicial el día el 20 de marzo del 2012 que por reparto correspondió al H. Magistrado José Ascensión Fernández Osario y fue radicada bajo el N° 13-001-2331-000-2012-00-194-00. (Folios 9 a 15 - Tomo 1)

La demanda fue admitida el 15 de abril del 2012. Del respectivo auto admisorio. fue notificada la entidad demandada el 20 de mayo del 2013, al descender el traslado propuso como Excepciones Previas la de Falta de Jurisdicción y la de Cláusula Compromisoria y como Excepciones de Fondo Excepción de Contrato Incumplido o no Adimpleti Contractus y Excepción de inexigibilidad de la Cláusula Penal. (Folios 922, 565 a 587 del cuaderno del Tribunal Administrativo)

El proceso fue remitido al Despacho de Descongestión 002 a cargo de la Magistrada Doctora Ligia Ramírez Castaño y, mediante auto de fecha 10 de febrero del 2014, fue abierto a pruebas y posteriormente por decisión de fecha 30 de septiembre del 2014 se dispuso: **1. DECLARAR LA NULIDAD** de todo lo actuado en el proceso, desde el auto admisorio de la demanda de fecha 15 de abril de 2013 (F. 39), inclusive, hasta la fecha, con base en la causal prevista en el numeral 1º del art. 140 del C.P.C. cuando corresponde diferente jurisdicción. **2. DEJENSE A SALVO las (sic) pruebas practicadas y arrimadas en este proceso, en los términos previstos en el art. 146 del C. (Sic) 3. REMÍTASE el proceso A LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA DE INDIAS**, para que en dicha entidad se surta el trámite arbitral pactado por las partes en el contrato, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia (...) (folios 503 a 505, 537 a 541 del cuaderno del Tribunal Administrativo de Bolívar).

El expediente fue remitido a la Cámara de Comercio de Cartagena mediante oficio 00771- DD002LRC de fecha 10 de octubre del 2014 y recibido en el Centro de Conciliación y Arbitraje el día 22 de octubre del 2014. (Folio 542 del cuaderno del Tribunal Administrativo)

Son hechos de la demanda los siguientes:

PRIMERO: El 22 de noviembre de 2005, la entidad pública **CORVIVIENDA** suscribió con cada uno de los tres (3) demandantes convenio de asociación que se denominó de unión temporal, para ejecutar la construcción del "**PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO**", constituyéndose, mis poderdantes, cada uno por separado, en socios o unidos constructores de **CORVIVIENDA** en dicho programa.

SEGUNDO: Por dilaciones y negligencias de **CORVIVIENDA** en la adecuación de los lotes y el manejo de los subsidios, los socios constructores sólo pudieron iniciar su ejecución, con recursos del socio constructor, en marzo del 2007.

TERCERO: Por las mismas razones, el proyecto que había sido planificado para ejecutarse en un (1) año, **CORVIVIENDA** lo fragmentó en etapas y así sólo pudo terminarse en julio de 2009, casi cuatro (4) años después de firmado el contrato **generándose**:

***Mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos estimados en: \$480.018.665.**

Pérdida del equilibrio contractual estimada en: \$1.900.000.000

CUARTO: El temido programa de vivienda de interés social y sus respectivas Uniones Temporales se proyectó para la ejecución de mil setenta y ocho (1078) viviendas de las cuales **CORVIVIENDA** sólo entregó subsidios para mil (1000) viviendas, faltando 78. Sin embargo **CORVIVIENDA** desconociendo los contratos de Unión Temporal entregó a otro Constructor 161 subsidios para ejecutar en el mismo proyecto. Valor en subsidios faltantes por 78 VISa 2012, aproximadamente \$1.248.000.000.

QUINTO: Durante la ejecución del Contrato mis poderdantes conjuntamente presentaron petición solicitando el restablecimiento del equilibrio contractual y ante la ausencia de respuesta oportuna por parte de **CORVIVIENDA** se produjo un Acto Administrativo por aplicación de la figura del **SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO**, en los términos del Artículo 25 Numeral 16 de la Ley 80 De 1993 y los Artículos 41 y 42 Del Código Contencioso Administrativo, el cual se protocolizó el 04 de septiembre de 2009 mediante la Escritura Pública número 3249 otorgada en la Notaría Tercera Principalde Cartagena. Este documento conteniendo una obligación expresa a cargo de la entidad y con ocasión del proyecto Ciudadela Flor del Campo, acumulando las pretensiones, que asciende a **UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (\$1.588.203.486,71)** moneda legal.

SEXTO: **CONARQ LTDA.** socio constructor grupo ii, en desarrollo del otrosí no 5 para la ejecución de las obras complementarias, mi poderdante solicitó el reconocimiento de mayores cantidades de obra por valor aproximado de \$75.548.327 y presentó factura por el saldo de obra contratada por el valor \$16.073.407,17, las primeras fueron reconocidas en acta firmada por la interventoría y posteriormente mediante acta de comité operativo celebrado el 24 de noviembre de 2009 y las facturas aún nunca fueron glosadas, ambas, facturas y mayores cantidades de obra no han sido pagadas por conviviendo. la omisión del pago de estas sumas de lugar a la acusación de intereses moratorias hasta la fecha en que se realice su efectivo pago.

SEPTIMO: ante la reiterada negligencia de corvivienda en el trámite de escrituración necesario para el desembolso del 20% en fiducia, mis poderdantes asumieron directamente dichas gestiones y por ellos fueron realizadas a pesar de tener CORVIVIENDA un rubro específico para ello.

OCTAVO: **el fondo de vivienda de interés social y reforma urbana de Cartagena – CORVIVIENDA-**, incumplió reiteradamente las obligaciones establecidas en los contratos celebrados con mis poderdantes, especialmente las contenidas en la cláusula octava enuncio los siguientes incumplimientos que se encuentran debidamente documentados y se evidencian sumariamente en esta demanda. Son incumplimientos de **CORVIVIENDA** los siguientes:

8.1 Demoras en las obras de urbanismo que afectaron gravemente el flujo económico del proyecto y el cronograma de ejecución.- (ver contratos cláusula séptima, modificada por el otrosí, cláusula tercera).

8.2 Debido al retraso y al incumplimiento en las obras de urbanismo que debían estar listas, de acuerdo con el decreto 975 de 2004. de manera que la fiducia hiciera los desembolsos, generó retardo reiterado en los desembolsos de los recursos para la ejecución del proyecto, comenzando con el desembolso inicial que se realizó con un año y cuatro meses de demora, en marzo de 2007, el cual fue realizado sólo por la porción del proyecto que tenía realizadas las obras de urbanismo. es decir, lo

que posteriormente al contrato CORVIVIENDA llamó 1ª etapa de las tres (3) en que convirtió el proyecto, alterando la proyección y flujo de caja de la ejecución del proyecto, generando que el proyecto se retrasara hasta junio de 2009, dando lugar a las obvias afectaciones del equilibrio contractual.

8.3 Retención ilegal y reiterada de recursos para la ejecución del proyecto, so pretexto de la ley 1106 de 2008, en la cual **CORVIVIENDA**, desconociendo la naturaleza del contrato, pretendió retener y retuvo la suma de **veinticinco millones trescientos veintinueve mil sesenta pesos (\$25.329.060)**, procediendo esta retención solo para los contratos de obra y no para los contratos de asociación o "unión temporal". **CORVIVIENDA**, luego de derecho de petición presentado por el suscrito abogado una vez después de realizadas las retenciones y luego que el afectado lo hubiera solicitado en reiteradas ocasiones, procedió a devolver los recursos retenidos reconociendo la improcedencia de dicha retención, adeudando aún los intereses causados por la retención ilegal por valor estimado de once millones de pesos (\$11.000.000)

8.4 Manejo negligente del proceso de escrituración, el cual aún hoy no ha sido resuelto en su totalidad, viéndose obligados en su momento CONARQ LTOA a intervenir y realizar procesos que no eran de su responsabilidad, para agilizar desembolsos del 20% final en fiducia. (ver contratos cláusula séptima, modificada por el otro sí, cláusula tercera literales i) y j) gestiones cuyo valor se estima en sesenta millones de pesos (\$60.000.000).

8.5 Manejo negligente de los subsidios lo cual ocasionó la pérdida de 29 de los 1029 subsidios otorgados por FONVIVIENDA y no realización de los aportes requeridos para completar las 1078 viviendas, por lo cual los socios constructores solo pudieron construir 1000 vis. Sin embargo, faltando a lo establecido en los convenios con mis poderdantes, **corvivienda** asignó 161 subsidios a otro constructor en el mismo proyecto que había convenido construir con mis poderdantes

NOVENO: En contraste con los reiterados incumplimientos en que ha incurrido **corvivienda**, mis poderdantes socios constructores, por su parte, han cumplido cabalmente sus obligaciones contractuales. Tal como consta en el informe de interventoría sobre los subsidios entregados, anexo, desde el 06 de junio de 2009 los constructores unidos temporales, aquí demandantes, hicieron entrega de las viviendas faltantes para completar el total de viviendas sobre las cuales recibieron recursos, sumando entre los tres (3) un total 1000 soluciones habitacionales, así.

CONARQ LTDA: TRESCIENTAS OCHENTA Y SIETE VIVIENDAS (387 VIS) JORGE ISAAC CURE: DOSCIENTAS SESENTA Y TRES VIVIENDAS (263 VIS) SALIM ARANA GECHEM: TRESCIENTAS CINCUENTA VIVIENDAS (350 VIS)

DECIMO: la cláusula decima primera de los contratos de unión temporal establece: "en caso de incumplimiento por una de las partes, la parte incumplida pagará a la cumplida el equivalente al veinticinco por ciento (25%) del costo total de la unión temporal" (mayúscula

y negrillas fuera del texto original). Equivalente para el caso a la sumatoria de los aportes (valor del subsidio multiplicado por el número de casas contratadas por 0.25 a saber: \$2.159.099.250

UNDECIMO: Adicionalmente, a pesar de ser evidentes los incumplimientos y los saldos a favor de mis poderdantes, **CORVIVIENDA** actuando de mala fe reportó a los socios constructores ante la base de datos de deudores del estado que lleva la contraloría, causándoles daños a su buen nombre e historial crediticio. Se solicita indemnización de perjuicios por daños morales por valor de \$100.000.000".

Las Pretensiones de lademanda son:

Principales

1. Realizar la liquidación del contrato de unión temporal para el desarrollo del programa de vivienda de interés social ciudadela flor del campo grupo 1 celebrado entre el fondo de vivienda de interés social y reforma urbana corvivienda y salima rana gechem el día 22 de noviembre de 2005

1.1 En dicha liquidación solicito se reconozcan a favor de mi mandante **SALIM ARANA GECHM** las sumas correspondientes de acuerdo a los hechos narrados y/o según resulte probado en el proceso así:

- 1.1.1 El valor de la cláusula penal correspondiente al 25% del valor del contrato de UT Grupo I
- 1.1.2 Mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero
- 1.1.3 Restablecimiento del equilibrio contractual
- 1.1.4 Aportes faltantes por 9 viviendas.

2. Realizar la liquidación del "**CONTRATO DE UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL CIUADELA FLOR DEL CAMPO**" GRUPO 11, celebrado entre **EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA - CORVIVIENDA Y CONARQ LTDA** el día 28 de Noviembre de 2005.

2.1 En dicha liquidación solicito se reconozcan a favor de mi mandante **CONARQ LTOA** las sumas correspondientes de acuerdo a los hechos narrados y/o según resulte probado en el proceso así:

- 2.1.1 Los saldos y mayor cantidades de obra otro sí **No. 5** señalados en el hecho sexto con sus respectivos intereses moratorias.
- 2.1.2 El valor de la cláusula penal correspondiente al 25% del valor del contrato de UT Grupo II.

- 2.1.3 Valor estimado de las gestiones realizadas en el proceso de escrituración.
Mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero
- 2.1.4 Restablecimiento del equilibrio contractual
- 2.1.5 Aportes faltantes por 13 viviendas.

- 3. Realizar la liquidación del **"CONTRATO DE UNIÓN TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL CIUDADELAFLORDEL CAMPO" GRUPO 111**, celebrado entre **EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA - CORVIVIENDA Y JORGE ISAAC CURE** el día 22 de Noviembre de 2005.

3.1 En dicha liquidación solicito se reconozcan a favor de mi mandante **JORGE ISAAC CURE** las sumas correspondientes de acuerdo a los hechos narrados y/o según resulte probado en el proceso así:

3.1.1. El valor de la cláusula penal correspondiente al 25% del valor del contrato de UT Grupo III

3.1.2 Mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero.

3.1.3 Restablecimiento del equilibrio contractual

3.1.4 Aportes faltantes por 7 viviendas.

Para proyección estimada de liquidación discriminada por grupos 1, 11, y 111 ver anexo 1.

Contestación de la demanda:

La demanda arbitral no fue contestada en su oportunidad legal. (Folios 170 y 175 a 191- Tomo 1)
Aportes faltantes por 7 viviendas.

Contestación de la demanda:

La demanda arbitral no fue contestada en su oportunidad legal. (Folios 170 y 175 a 191- Tomo 1)

Clase de Arbitraje y Sede

Este arbitraje es de carácter institucional con fundamento en la ley vigente y el Laudo será en Derecho, conforme lo dispone la Cláusula Compromisoria.

La sede acordada por las partes es el Centro de Conciliación Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena.

II. ETAPA INICIAL DEL PROCESO

AUDIENCIA DE DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS.

En cumplimiento de lo pactado en la Cláusula Compromisoria en cuanto se refiere a la integración del Tribunal, y previas las citaciones correspondientes, en audiencia realizada el día 21 de abril de 2015, en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, se llevó a cabo la Audiencia de Designación de Árbitros y mediante sorteo entre los integrantes de la lista oficial de Árbitros de la Cámara de Comercio de Cartagena resultaron elegidos como Principales los Ores. Margarita Eugenia Vélez Vásquez. Germán Alonso Gómez Burgos y Virgilio José Escamilla Arrieta y como Suplentes en su orden los Ores. Carlos Eduardo Pareja Emiliani, Elizabeth Arboleda y Jorge Ceballos Acosta.

En esta audiencia, estuvieron presentes: El Procurador 21 Judicial II para Asuntos Administrativos: Dr. Mauricio Javier Rodríguez Avendaño, la Revisora Fiscal Suplente de la Cámara de Comercio de Cartagena: Dra. Manuela Valdés Salgado; el Jefe del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Dra. Diana Guzmán Marrugo; el apoderado de los demandantes Dr. Miguel Raad Hernández en ejercicio del poder especial conferido para iniciar y llevar a término el presente trámite arbitral, y el apoderado de la entidad demandada Dr. Alberto José Zapateiro Herrera con facultades precisas para asistir a la audiencia de designación de árbitros (folios 133 a 135-Tomo 1)

El Dr. German Alonso Gómez Burgos declinó su designación por lo que fue llamado a integrar el Tribunal, en su remplazo, el primero de los suplentes Dr. Carlos Eduardo Pareja Emiliani, quien aceptó el encargo dentro del término, como también lo hicieron los Ores. Margarita Eugenia Vélez Vásquez y Virgilio José Escamilla Arrieta

AUDIENCIA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL

Previas citaciones al Agente del Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a las partes y a sus apoderados, en audiencia realizada el 21 de mayo del 2015 se declaró legalmente instalado el Tribunal Arbitral, la que contó con la asistencia de las siguientes personas: El Procurador 21 Judicial II para Asuntos Administrativos Dr. Mauricio Javier Rodríguez Avendaño, la Revisora Fiscal Suplente de la Cámara de Comercio de Cartagena Dra. Manuela Valdés Salgado, la Jefe del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Ora. Diana Guzmán Marrugo, el apoderado de los demandantes Dr. Miguel Raad Hernández y, en representación de la entidad demandada el Dr. Alberto José Zapateiro Herrera "(...) quiense presenta a esta audiencia con poder insuficiente para actuar ya que solo estaba facultado para actuar en la audiencia de designación de árbitros (...) como se dejó constancia en el acta. (Folios 160a 163-Tomo 1)

Entre otros aspectos procesales, el Tribunal decidió en esta Audiencia lo siguiente: Mediante

auto No 1: ratificar que el trámite es de carácter institucional de conformidad con la ley, ii. Elegir como Presidente del Tribunal Arbitral a la Dra. Margarita Eugenia Vélez Vásquez y designar como Secretaria a la Dra. Helene Elizabeth Arboleda de Emiliani, miembro de la lista de Secretarios de la Cámara de Comercio de Cartagena; iii) fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal la ciudad de Cartagena de Indias y como sede el Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio de Cartagena y iv) reconocer personería para actuar al apoderado de la parte demandante y, mediante auto No. 2: i. Admitir la demanda Arbitral y ii. Notificar al Agente del Ministerio Público y al representante legal de la entidad demandada.

Las providencias dictadas en esta audiencia fueron notificadas en Estrados a las partes y al Agente del Ministerio Público, quienes manifestaron su conformidad con lo decidido, quedando ejecutoriadas.

NOTIFICACIONES DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

El Auto Admisorio de la Demanda Arbitral fue notificado personalmente al Procurador 21 Judicial II para Asuntos Administrativos, Dr. Mauricio Javier Rodríguez Avendaño el día 21 de mayo del 2015, y a la entidad demandada, mediante mensaje de datos dirigido a los buzones electrónicos i.diaz@corvivienda.gov.co y gerencia@corvivienda.gov.co a través de Certimail por intermedio del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, el día 22 de mayo del 2015, mensaje entregado, recibido y abierto el mismo día y posteriormente, mediante comunicación dirigida a la sede recibida el día 3 de julio del 2015 (folios 164, 165 a 169 - Tomo 1)

Durante el término del traslado, la entidad demandada no se pronunció sobre la demanda arbitral

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE GASTOS DEL TRIBUNAL.

En audiencia de fecha 4 de agosto del 2015 el Tribunal dispuso citar a las partes, a sus apoderados y al Agente del Ministerio Público a la audiencia de conciliación y si fracasare en todo o en parte, a la audiencia de fijación de gastos. Las decisiones fueron notificadas vía Certimail mediante mensaje de datos remitido el día 6 de agosto del 2015 y fijación en estado de la misma fecha.

A través de escrito recibido en la sede del Tribunal el día 13 de agosto del 2015, el apoderado de la parte demandada solicitó el aplazamiento de la audiencia de conciliación prevista para el día 14 de agosto del 2015, argumentando que su representada "(...) se encontraba en proceso de verificación de las pretensiones formuladas por la CONVOCA NTE (...)" y aportó copia del acta de reunión del Comité de Conciliación de CORVIVIENDA de fecha 11 de agosto del 2015 (folios 192 a 195 Tomo 1).

En Audiencia realizada con intervención de las partes el día 14 de agosto del 2015, el Tribunal

Arbitral dispuso no acceder a la solicitud de aplazamiento de la audiencia de conciliación considerando que "(...) el memorialista no presenta razón o motivo alguno que lo justifique (...)" y que "...} la entidad demandada ha venido conociendo de este proceso interviniendo en el mismo desde el 21 de abril del 2015, cuando se realizó la audiencia de designación de árbitros (...} (folios 200 a 205 Tomo 1)

La audiencia, en cuanto a la conciliación, resultó fallida habida cuenta de que las partes manifestaron no tener ánimo conciliatorio y ratificaron sus respectivas pretensiones y defensas. A esta audiencia, concurrieron la Procuradora 22 Judicial Administrativo de Bolívar: Dra. Martha Elvira Ciodaro Gómez y los apoderados de las partes.

ESTIMACIÓN ECONÓMICA DEL PROCESO

La cuantía de este trámite fue determinada por el Tribunal - teniendo en cuenta lo señalado por la demandante en el acápito juramento estimatorio y aclarado durante la audiencia de Instalación - en la suma de **CINCO MIL OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS (\$5.088.405.588.39) M/L**

FIJACIÓN DE GASTOS DEL TRIBUNAL

En aplicación de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 25 de la ley 1563 del 2012 en audiencia realizada el 21 de enero del 2015 el Tribunal Procedió entonces a la fijación de honorarios y gastos en la suma de trescientos **CINCO MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$305.304.335.30)**, conforme lo previsto en los artículos 32 del Decreto 1829 de 2013 y 110 del reglamento interno del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante Auto No. 2 dictado en la misma audiencia.

Ambas partes cumplieron oportunamente y en la forma indicada por el Tribunal, con esta carga procesal. (Folios 200 a 205, 216-217 Tomo 1).

Las providencias dictadas en esta audiencia fueron notificadas en Estrados a las partes y al Agente del Ministerio Público quienes manifestaron su conformidad con lo decidido, quedando ejecutoriadas.

INCIDENTE DE NULIDAD

Mediante escrito recibido en la sede del Tribunal el día 27 de agosto del 2015, la Procuradora 22 Judicial II Administrativo de Bolívar, propuso Incidente solicitando "... **DECRETAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO DESDE EL AUTONO. 2 INMERSO EN EL ACTA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE** celebrada el 21 de mayo del 2015 y en consecuencia proceder a la

NOTIFICACION DEL AUTO ADMISORIO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO A LA ENTIDAD DEMANDADA - CORVIVIENDA
-Y A LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO..." (folios 212 A 215 Tomo 1)

El Incidente de Nulidad fue rechazado de plano por el Tribunal en audiencia de fecha 11 de septiembre del 2015 toda vez que "(...) existe en la regulación del arbitramento –Ley 1563 del 2012, artículo 135– norma especial y perentoria que expresamente prohíbe la instauración y el consecuente trámite de incidentes, sin hacer excepción alguna (...)" (Primera audiencia de trámite folios 226 a 240 Tomo 1)

Esta providencia fue notificada en Estrados a las partes y al Agente del Ministerio Público, quienes no se pronunciaron en esta etapa procesal.

PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE - COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En audiencia de fecha 11 de septiembre del 2015 y mediante auto No. 2, el Tribunal se declaró competente para tramitar y resolver en derecho las diferencias contractuales existentes entre Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada – Conarq, Jorge Alberto Isaac Cure y Salim Arana Gechem y el Fondo De Vivienda De Interés Social y Reforma Urbana Distrital-CORVIVIENDA. (Folios 226 a 240-Tomo 1)

Contra esta providencia, en la cual el Tribunal se declaró competente, el apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de reposición argumentando que fue indebida la notificación de la demanda arbitral; en el traslado del recurso, el apoderado del demandante se opuso a su prosperidad.

El Tribunal no accedió a reponer la providencia dado que lo planteado como indebida notificación, se había resuelto en providencias anteriores, en los términos del Auto No. 3 dictado en la misma audiencia, encontrándose habilitado el Tribunal para asumir competencia.

PRUEBAS DECRETADAS

En la primera Audiencia de Trámite, se pronunció el Tribunal sobre las pruebas pedidas por las partes en término hábil, decretándolas.

Dispuso el Tribunal tener como pruebas para ser apreciadas en su valor legal, los documentos aportados por la parte demandante y admitió las pruebas decretadas, recaudadas y remitidas por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cumplimiento de lo dispuesto en el auto proferido el 30 de septiembre de 2014, por el cual se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso que allí se tramitaba, comprendiendo las solicitadas en ese proceso contencioso administrativo por las partes, tanto demandante como demandada.

En obediencia y cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Bolívar, se incorporaron al proceso los documentos, que hacen parte del cuaderno remitido por el Tribunal Administrativo de Bolívar a la Cámara Comercio, folios 498 a 955.

De oficio, el Tribunal Arbitral, mediante auto dictado en audiencia realizada el 8 de octubre del 2015, decretó las siguientes pruebas adicionales (folios 250-251- Tomo 1)

- Recepción de los testimonios de Iván Alzamora Taborda y Elvira Caballero Amador.
- Dictamen Pericial contable, para lo cual designó al perito Contador Público Javier Sánchez Contreras.

PRUEBAS PRACTICADAS

En audiencia realizada el día 27 de octubre del 2015, los testigos citados absolvieron los interrogantes del Tribunal y de las partes; la declaración fue grabada y una vez literalizada fue puesta a disposición de los intervinientes procesales quienes no se pronunciaron. (Folios 250-251, 269 a 306- Tomo 1)

En audiencia de fecha 27 de octubre del 2015, el Tribunal tomó posesión al auxiliar de la justicia, y le informó sobre el objeto de la prueba, señalando el término durante el cual debería rendir su experticia y fijando, en la suma de \$5.000.000 .oo, el monto de los honorarios iniciales para ser cancelados por ambas partes.

A través de escrito recibido en la Secretaría del Tribunal el 25 de noviembre del 2015, el perito Sánchez Contreras puso en conocimiento del Tribunal la existencia de limitaciones para la entrega de su dictamen y el no pago de sus honorarios por las partes y, mediante escrito recibido en la sede del Tribunal el 4 de diciembre del 2015, solicitó ampliación del término para la entrega de su informe hasta el día 22 de diciembre del 2015, a lo cual accedió el Tribunal, en los términos consignados en el auto dictado en audiencia de fecha 7 de diciembre del 2015 que incluyó requerimiento a las partes para cumplir con esta carga procesal (Folios 307-308, 317 a 320 -Tomo 1)

El informe, presentado en la Secretaría del Tribunal el 23 de diciembre del 2015, para los efectos del artículo 231 del Código General del Proceso, fue puesto a disposición de las partes el día 24 de diciembre del 2015 y, para su contradicción en audiencia, se señaló el día 13 de enero del 2016, fecha que por solicitud previa del auxiliar fue aplazada para el día 18 de enero del 2016, por encontrarse fuera del país. (Folios 321 a 464 - Tomo 1)

En la audiencia del 13 de enero del 2016, el apoderado de la parte demandante aportó un escrito solicitando corrección y complementación del dictamen pericial. (Folios 465 a 473 - Tomo 1).

La audiencia para la contradicción de la experticia, inició el día 18 de enero del 2016, y fue suspendida para continuarla el día 20 de enero del 2016.

Durante la audiencia realizada el 18 de enero del 2016, intervinieron el experto designado por el Tribunal y los apoderados de las partes. El apoderado de la parte demandante, aportó dictamen pericial elaborado por la Contadora Angélica Mármol Venegas, y la apoderada de la parte demandada, solicitó aclaración y complementación del dictamen con argumentos y razones consignadas en escrito que aportó al igual que el informe elaborado por Juan Carlos Frías Morales, Abogado y Contador Público, documentos que fueron incorporados al expediente (folios 502 a 540 – Tomo 11).

En audiencia realizada el 20 de enero del 2016, el auxiliar de la justicia nuevamente presentó su informe y aportó dos escritos: i. "DOCUMENTO TÉCNICO Y FINANCIERO TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO"; ii. "Ref. "Respuesta a CORVIVIENDA de acuerdo a su comunicado del día 18 del 2016 (sic); Respuesta a Prueba Pericial Decretada de Oficio por parte de la Contadora Angélica Mármol Venegas en su comunicado del día 18 de enero del 2016".

Finalizada la audiencia el Tribunal declaró concluida la instrucción y citó a las partes a la audiencia durante la cual se escucharían sus alegatos de conclusión.

AUDIENCIA DE ALEGATOS

El día 28 de enero del 2016, tuvo lugar la audiencia durante la cual se recibieron las alegaciones de las partes y del Agente del Ministerio Público, quienes expusieron verbalmente sus argumentos y aportaron sus correspondientes escritos. En esta misma audiencia se fijó el día 18 de febrero del 2016, como fecha para audiencia de laudo de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012. (Folios 547 a 625, 626 a 651 y 652 a 662 – Tomo 11)

TEMPORALIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

Por disposición del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término de duración del presente proceso es de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, desde el 11 de septiembre del 2015 hasta el 10 de marzo del 2016.

Durante el trámite no hubo suspensión ni prórroga de términos por lo que el presente Laudo Arbitral se emite en oportunidad legal.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1- PRESUPUESTOS PROCESALES

Estudiado el expediente, encuentra el Tribunal que los presupuestos de orden formal y material o de fondo, encaminados a la correcta formación del proceso como presupuestos de la acción y de los procedimientos referentes a la competencia del Tribunal y a la capacidad de las partes para intervenir, están acreditados

2- LA NATURALEZA DEL ARBITRAMENTO

El proceso arbitral como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tiene características legales reconocidas jurisprudencialmente:

"Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuir la a particulares. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones - pacto arbitral, pacto compromisorio -, puede revestir diferentes formas

- cláusula compromisoria, compromiso -, o por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial"

Sobre el arbitramento objetivo, se ha señalado:

"El arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad" y, en relación con el aspecto subjetivo se afirma en esta misma providencia:

"La habitabilidad subjetiva define quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. En nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva." (Corte Constitucional - Sentencia SU.174/07 - M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa)

3- COMPETENCIA ARBITRAL ADMINISTRATIVA

En relación con la competencia arbitral en materia administrativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también se ha pronunciado

"Los particulares. Investidos de la facultad transitoria de administrar justicia en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal. Por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos está desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares. Así estos se están investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna." "(.) Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio." (Corte Constitucional Sentencia C-1436/00-M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

Su competencia para decidir únicamente sobre pretensiones económicas y de naturaleza patrimonial y, en efecto, es como debe interpretarse lo que al respecto dispone el artículo 1 de la ley 1563 de 2012:

"ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico

En los tribunales **en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación Y. liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas** de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. el laudo deberá proferirse en derecho." (Se resalta)

En consecuencia, es del caso reiterar la competencia de este Tribunal Arbitral para resolver sobre el

litigio planteado en cuanto lo que se pretende es que se proceda a la liquidación de los actos contractuales que se identifican en los hechos de la demanda.

4- LA LIQUIDACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Considerando que en lademanda convocatoria se pide la liquidación de los contratos estatales, sobre el contenido de esteespecial acto haexpresado ladoctrina:

"En la exposición de motivos al proyecto que se convirtió en la Ley 80 consta al respecto: La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución. Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la "La liquidación de los contratos, en general, tiene por fin determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar. [...] Conviene señalar que la liquidación no puede versar sino sobre las cuentas directamente relacionadas con el contrato que se liquida. Es, pues al contrato materia de liquidación, al que deben referirse única y exclusivamente, los ajustes. Revisiones y reconocimientos a que haya lugar; y es sólo con respecto a pretendidos derechos relativos al contrato que se liquida que pueden transigirse o conciliarse (Luis Fernando Vélez Escallón. terminación del contrato. (Jorge Bendeck Olivella, Ministro de Obras Públicas y Transporte. "Exposición de motivos al proyecto de ley n° 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", en Gaceta del Congreso, año 1, n. ° 75, 23 de septiembre de 1992, p. 21.)

En reiteración doctrinaria, se ha expuesto:

La liquidación de los contratos, en general, tiene por fin determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar. [...] Conviene señalar que la liquidación no puede versar sino sobre las cuentas directamente relacionadas con el contrato que se liquida. Es, pues. al contrato materia de liquidación, al que deben referirse única y exclusivamente, los ajustes. revisiones y reconocimientos a que haya lugar; y es sólo con respecto a pretendidos derechos relativos al contrato que se liquida que pueden transigirse o conciliarse (Luis Fernando Vélez Escallón. "La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales", en aa. vv. Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ediciones Rosaristas, 2.ª Edición, 1995, p. 192.) (Tomado de: Hernández Silva, Aida Patricia: "LA LIQUIDACION DEL CONTRATO ESTATAL" - Pág. 4 a 6 portal. Externado .edu.co)

Así, lo ha reafirmado la jurisprudencia:

"La liquidación del negocio jurídico estatal prevista en los artículos 191 a 193 del Decreto 150 de 1976 y hoy regulada por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 que subrogó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto hacer un balance del estado en que quedaron los derechos y obligaciones de las partes y un corte económico de cuentas, declararse a paz y salvo en relación con las mismas y, por ende, para extinguirlo. Versa, pues, sobre las actividades desarrolladas en el marco del contrato y se ocupa de definir las cuentas y el estado en que quedan después de cumplida su ejecución." (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA •SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D.C., once (11) de diciembre de 2015 Expediente número: 24.636 Radicación número: 2500023260001997121300 1 Acumulado); recopilando conjuntamente con la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 sobre la liquidación del contrato estatal, distintas decisiones del Consejo de Estado - Sección Tercera

5- LA INEXISTENCIA PROBATORIA SOBRE LA LIQUIDACION DE LOS CONTRATOS

Los contratos que se identifican en los hechos de la demanda no han sido liquidados.

No existe en el plenario evidencia alguna sobre la realización de esta etapa de liquidación contractual en sede administrativa. Procederá, en consecuencia, el Tribunal a la liquidación de los contratos accediendo a esta principal y específica pretensión de la parte convocante considerando que, la liquidación en su: "(...) objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe (...)", en armonía con lo transcrito en cita anterior y de conformidad con las pretensiones liquidatorias de la parte actora.

6- PRETENSIONES DE LIQUIDACION PRESENTADAS POR LA PARTE CONVOCANTE

6.1- SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR RUPTURA DE LA ECUACION FINANCIERA DE LOS CONTRATOS

Uno de los problemas jurídicos que, adicionalmente, debe resolverse consiste en, si en el caso objeto de estudio, se produjo o no ruptura del equilibrio contractual y si hay mérito para acceder al correspondiente restablecimiento En lo relacionado con esta pretensión para liquidar sumas que pudieren adeudarse a los convocantes por la convocada, por razón del concepto de restablecimiento de la ecuación económica del contrato, es del caso, antes de resolver, sustentarnos en reconocidas líneas jurisprudenciales:

"El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas

necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio."

"Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución. De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio *pacta sunt servanda* el principio *rebus sic stantibus*, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas."

"El equilibrio económico del contrato puede verse alterado por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -*ius variandi*-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o "teoría de la imprevisión", o "sujeciones materiales imprevistas", que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. Así las cosas, y aun cuando se discute que el incumplimiento del contrato sea una causa de ruptura de la equivalencia del contrato. puesto que se trata de la infracción de las estipulaciones contractuales por una de las partes, o sea que, estricto sensu, se refiere a una violación con culpa de la *lex contractus* y por tanto, es uno de los elementos que junto con la imputación configura la responsabilidad contractual, determinante de la indemnización plena de todos los perjuicios causados, lo cierto es que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 lo contempla como un evento de desequilibrio financiero."

Todas estas contingencias pueden hacer surgir el derecho al restablecimiento del indicado equilibrio contractual, pero este deber jurídico de la administración se concreta en la medida de prueba plena de los daños sufridos al contratista:

"Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente los terrenos

en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista. Lo cierto es, por tanto, que el incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante que genera una mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, aun cuando no impliquen mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acredite y estén debidamente demostrados y de la conducta de las partes no se derive lo contrario. En efecto, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un periodo más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, **en tanto se prueben los daños sufridos.**"

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

"El dictamen pericial no aporta elementos de juicio para que pueda tenerse certeza de que el contrato haya presentado un desfase por el monto que reportan los peritos por concepto de mano de obra, equipos y maquinaria durante el plazo de extensión del contrato y tampoco los otros elementos probatorios en el proceso permiten demostrar los perjuicios que afirmó la actora haber soportado por este concepto. En conclusión, aun cuando se presentaron hechos no imputables al contratista que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 ni daños con ocasión de esa situación y, al contrario, si se probó la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual. Por consiguiente, la sentencia apelada en cuanto no encontró probado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, derivado de sobrecostos por concepto de personal, maquinaria y equipo por mayor permanencia en la obra, será confirmada."

(CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-S ECCION TERCERA -
SUBSECCION 8-Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número:

25000-23-26-000-1997 -04390-01 (1 8080)

Sobre el análisis acerca del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y su esencial dependencia en la demostración de los daños que produjeron la ruptura de la ecuación financiera de los actos contractuales, recientemente se ha pronunciado la jurisprudencia, considerando, incluso que el argumento de pretender sobre la base del incumplimiento contractual no encajaría exactamente en las bases para reclamar el respectivo restablecimiento:

"En efecto, los contratistas al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que eventualmente pueden llegar a exceder en forma desproporcionada los expresos términos del contrato, en procura de cumplir con el fin último de la contratación, lo que a su vez genera que la administración deba compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos."

"En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene por qué asumir un riesgo anormal que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato, ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente."

"En consecuencia, el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal conlleva el deber de reparar o atenuar los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad a su nacimiento. Esta obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es el corolario del principio según el cual todo menoscabo patrimonial individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido, puesto que se trata de la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas que regenta la responsabilidad del Estado (arts. 13 y 90 C.P.)."

"Ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la administración al contratista cumplido, **entanto se prueben los daños sufridos.**"

"En todo caso, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está (i) el de la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, como consecuencia de una medida de carácter general ("hecho del príncipe"), o un hecho imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes, (ii) que se presentan con posterioridad a la celebración del contrato; (iii) afectándolo de manera significativa y (iv) haciendo mucho más gravosa su ejecución sin imposibilitarla. No basta, pues, con probar la circunstancia que se alega como causa del rompimiento del equilibrio económico

del contrato, **sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe acreditarse que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio**, que se sale de toda previsión y un mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar o que su conducta contractual la administración generó la legítima confianza de que fueron asumidos por esta."

"Por el contrario, en el sub lite, el hecho imputable a la administración tiene su origen en un alegado desconocimiento de los compromisos adquiridos en el contrato (incumplimiento de las cláusulas de valor y forma de pago). Y tratándose de una obligación contractual, se compromete la responsabilidad del Estado a título de culpa por incumplimiento o infracción del contrato. Lo cual descarta el estudio del asunto desde la perspectiva de la preservación de la ecuación financiera, pues no se está delante de una ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables a los contratantes y ajenas a la parte afectada." (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA -SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D.G., once (11) de diciembre de 2015 Expediente número: 24.636 Radicación número: 25000232600019971213001 Acumulado)

A manera de conclusión, estima el Tribunal Arbitral que lo relevante es la necesidad irrefragable de probar plenamente el daño ya en la modalidad de pretensión por la ruptura del equilibrio del contrato para obtener el restablecimiento o por reclamo indemnizatorio por incumplimiento, sin que, además, conductas de las partes e intervención de las mismas en actos posteriores a la celebración contractual reflejen que no se dejaron constancias sobre la petición por los efectos del detrimento o menoscabo mediante cuantificación técnica y jurídicamente demostrada.

Al respecto, los convocantes aseveran que, no obstante la celebración de los contratos el 22 y 28 de noviembre del 2005, "Por dilaciones y negligencias de CORVIVIENDA en la adecuación de los lotes y manejo de los subsidios los socios constructores solo pudieron iniciar su ejecución, con recursos del socio constructor en marzo del 2007", afirmando seguidamente en "un proyecto que había sido planificado para ejecutarse en un año", considerando este hecho como un factor determinante para el desequilibrio contractual dada la mayor permanencia en la obra. (Hecho SEGUNDO de la demanda) Igualmente, se plantea por el actor en el hecho 5 de la demanda, que, considerando su petición para este restablecimiento del equilibrio del contrato, y ante la ausencia de respuesta oportuna por parte de CORVIVIENDA, se configuró un silencio administrativo positivo protocolizado en la escritura No. 3249 de fecha 4 de septiembre del 2009, otorgada y autorizada en la Notaria 3 de Cartagena *"acumulando las pretensiones, que asciende a \$1.588.203.486.71."*

Por tanto, el Tribunal es del criterio que el análisis debe centrarse sobre el sustento probatorio que respalde la indicada suma, para efectos de examinar la procedencia de su reconocimiento en la liquidación contractual que se pretende, examinando el alcance de la figura del silencio administrativo positivo para el reconocimiento de cantidades expresas y líquidas por parte de

la entidad estatal, en el contenido de la liquidación del contrato, si se prueban los daños causados y se demuestra que son generadores de la ruptura en la ecuación financiera del convenio:

Al respecto de los alcances del silencio administrativo positivo, se ha precisado en la jurisprudencia:

"Observa la Sala que dentro de las pretensiones de la demanda (numeral 2.1.5, párrafo 1), estuvo la de que se reconociera la ocurrencia del silencio administrativo positivo a favor de la demandante y en consecuencia "se le otorgue el derecho presuntamente negado" al consorcio, que a su juicio se configuró cuando éste presentó ante la entidad, durante la ejecución del contrato -el 31 de julio de 1996-. solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato y pasados 3 meses, no había obtenido respuesta de la entidad, razón por la cual procedió a efectuar la protocolización en la forma indicada por la Ley 80 de 1993, entendiéndose que la decisión es favorable a la pretensión del solicitante. Al respecto, se observa que el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece que en virtud del principio de economía "En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley." En el plenario consta que efectivamente, el contratista presentó la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato el 31 de julio de 1996 (f.256, c. 2) y también, que pasados más de dos años, acudió ante el notario 2° del círculo de Bucaramanga a efectuar la protocolización del silencio administrativo positivo, efectuando declaración extraprocesal bajo la gravedad del juramento en el sentido de que presentada la referida solicitud, no recibió respuesta alguna de la entidad dentro de los 3 meses siguientes (ver escritura pública 3213 del 23 de septiembre de 1998, f. 483 a 527, c. 2). No obstante, la jurisprudencia mayoritaria de la Corporación ha considerado que, cuando se trata del silencio administrativo positivo en materia de contratación, no se puede entender que cualquier reclamación económica efectuada por el contratista durante la ejecución del contrato de lugar al nacimiento de un derecho a su favor, por el solo silencio de la administración durante el lapso consagrado en la norma, puesto que se requiere que efectivamente aquel sea titular de dicho derecho y sólo se busque su reconocimiento por parte de la entidad: En consecuencia, como supuestos de hecho del silencio positivo contractual se tienen los siguientes, que: El contratista presente una solicitud ajustada a derecho; la solicitud se presente en el curso de la ejecución del contrato y, la entidad estatal no se pronuncie sobre la petición dentro del término de 3 meses, contados a partir de la fecha de presentación. Sobre lo anterior esta Corporación se ha pronunciado, en diversas oportunidades; así: "la Sala advierte que para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está

reclamando. **En otras palabras, el administrado tiene que demostrar dentro del proceso, que la solicitud elevada a la administración contratante se apoya en medios probatorios allegados al expediente, pues el solo transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio.** "El silencio contemplado en la ley 80 (núm. 16 del art. 25) **habrá que interpretarse siempre con efectos restrictivos y no para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual, como sería la de liquidación del contrato;** etapa en la cual las partes podrán acordar los ajustes de precios, revisión y reconocimientos a que haya lugar. En tal sentido, el inciso siguiente precisa que en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Por lo anterior, no puede la Sala proceder a reconocer sin más la existencia del silencio administrativo positivo y como consecuencia de ello, otorgar el derecho que según la demandante el mismo contiene a su favor, **sin verificar primero que efectivamente, el contratista tenía derecho total o parcialmente a los reconocimientos reclamados, tal y como se acaba de verificar en la presente providencia.**" (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03066-01 (20912)

Mediante similares pronunciamientos. Esta línea de decisión sobre los efectos del silencio administrativo positivo, ha sido reiterada por la jurisprudencia:

"Para que opere **el silencio administrativo positivo se requiere que el contratista presente su solicitud en el curso de la ejecución del contrato y que la entidad no se pronuncie sobre la misma dentro de las tres meses siguientes**, según lo establece el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993."

De ese modo, el silencio o falta de respuesta por parte de la entidad a las peticiones que el contratista presente por fuera del término de ejecución del contrato, *no origina* presunta respuesta positiva.

Igualmente, la corporación **recordó que la omisión de la administración de responder las reclamaciones económicas presentadas por los contratistas no constituye título ejecutivo;** al respecto, en providencia del 27 de enero de 2000. se indicó:

"La no respuesta administrativa no crea ni establece una obligación clara, expresa y exigible. Y no puede hacerlo, como ya se precisó, porque el silencio es fuente de obligaciones y, además, cuando ocurre -verdaderamente- con los requisitos descritos, solo autoriza, habilita o reconoce derechos preexistentes del contratista y por tanto la fuente obligacional **está en estos derechos y no en la omisión de responder, aunque se haya protocolizado ante notario**".

Así mismo, las reclamaciones deben contener implícitamente el derecho constitutivo del contratista,

pues **el silencio positivo no se puede construir sobre situaciones y relaciones jurídicas inexistentes**, indicó. (C.P. Carlos Alberto Zambrano - Consejo de Estado Sección Tercera, Auto 85001233100020140007401 (51635), 8/26/2015) (Tomado de ámbito jurídico- Sept. 18/15 - www.ambitojuridico.com)

Igualmente, no es suficiente para el Tribunal Arbitral considerar los efectos, en este caso, de la no contestación de la demanda para proceder, sin mayores recaudos probatorios, a la inclusión de determinadas cifras en la liquidación que se pretende.

Al efecto, el Tribunal Arbitral en uso de sus facultades legales, decretó de oficio la práctica de prueba pericial contable y la recepción de los testimonios de los Señores aparece demostrado con inicios de obra y testimonios de Elvia Caballero Amador e Iván Alzamora Taborda, testimonios ordenados para su recepción considerando que esta prueba ya había sido decretada para su práctica por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

La testigo Elvia Caballero Amador, sobre la entrega a los convocantes de los terrenos para el inicio de la obra declaró: "La unión temporal de ellos, fue de 1.035 viviendas, fue así como se determinó. El proceso constructivo de las viviendas se dio hasta la construcción de 1.000 viviendas, posteriormente, cuando las viviendas se terminaron. personalmente y con un equipo técnico que en ese momento estaba a mi disposición como Directora Técnica en el año 2008 y iniciando 2009, se recibieron la mayoría de las obras, quedando unas cuantas viviendas, como aproximadamente cuarenta y tantas viviendas que no se habían terminado. En ese momento cambié de ser Directora Técnica y ocupé nuevamente mi cargo porque estaba encargada. Las obras de urbanismo. aproximadamente, se terminaron, recibidas por Aguas de Cartagena, en el mes de septiembre del 2008, del año 2008, septiembre. Las viviendas se recibieron, la mayoría a finales de 2008, algunas del 2009, no tengo claridad exactamente porque las últimas las recibió mi compañero Iván, que fue el que se le asignaron la interventoría de alguna de ellas. El proceso constructivo de vivienda va acompañado de un proceso de cobro de subsidios, hasta la fecha que yo estuve, que fue más o menos abril de 2009, yo había recibido las actas de recibo de obra y recibido a satisfacción de las viviendas ejecutadas, y el proceso jurídico ya pasaba a manos de CORVIVIENDA. Creo que básicamente es un resumen rápido, no sé si tienen alguna pregunta"

Igualmente, la testigo declaró "Interviene la Procuradora Judicial doctora Martha Elvira Ciodaro y se dirige a la testigo: yo quiero pedirle a la testigo que nos aclare, para efectos de entender más dado que su testimonio es muy importante para la decisión que va a tomar el tribunal al momento. La responsabilidad de la parte urbanística de quién era, si de CORVIVIENDA o de los contratistas. o sea de los contratistas demandantes CONTESTO: No, evidentemente la responsabilidad directa es de CORVIVIENDA porque CORVIVIENDA es quien hace los contratos, y debemos no solamente planear sino hacerle seguimiento a las obras, si hubieron (sic) errores que CORVIVIENDA buscó la manera de subsanar, pero eso se logró subsanar debidamente, pero eso nos hizo un poco de demora en la entrega oportuna de las obras de urbanismo. PREGUNTADA: entonces la demora

en el tema este de que era responsabilidad de CORVIVIENDA la parte urbanística, por supuesto afectó el inicio de la ejecución de las obras, de las viviendas, del contrato. CONTESTO: bueno, las obras de urbanismo deben estar previas a la ejecución de las viviendas, es lo único que puedo decir."

El testigo Iván Alzamora Taborda, quien fungió como segundo interventor del proyecto declaró "yo oficie como segundo interventor del proyecto, el interventor original o inicial del proyecto fue el señor Álvaro Facundo Bustamante, y ya en el epílogo del proyecto. El proyecto tuvo como acta final el 4 de junio de 2009 y la resolución de asignación como interventor mía fue en marzo 15 del 2009 entonces como verán fueron los últimos 3 meses, menos de 3 meses, para recibir 58 viviendas que quedaban pendientes de un total de 1000 viviendas que desarrollaron los señores estos como tal, me tocó hacer el acta final de todo el proyecto y me tocó de todas maneras estudiar y documentarme de todo lo que es el proyecto. Sírvase decir el testigo si usted recibió informes, actas. del anterior interventor del cual ya usted menciona el nombre. Contestó no. En ningún momento el señor Álvaro Bustamante no me hizo entrega formal, no realizó ningún tipo de empalme, me tocó documentarme con toda la información existente en la entidad, tanto en la dirección técnica, como en la parte jurídica como lo que reposaba en la misma gerencia del proyecto".

Por consiguiente, si bien puede establecerse que entre las obligaciones de CORVIVIENDA, estaba la de entregar el predio y se generó una demora comprendida entre la fecha de celebración del contrato noviembre de 2005 y la fecha de disposición del inmueble para el inicio de la ejecución de las obras en marzo de 2007, y para que los convocantes asumieran sus obligaciones, no puede el Tribunal reconocer la cantidad que se presenta como de exigibilidad clara, líquida y expresa, en el procedimiento para el indicado silencio administrativo positivo, dado que, en el ámbito estricto de la liquidación, tendría ésta que estar soportada de acuerdo con los documentos que demuestren efectivamente las cantidades concretas que adeudadas por la entidad estatal tuvieron efectiva incidencia en la ruptura de la ecuación económica del contrato, causa de esta pretensión liquidatoria, especialmente en el contenido de la prueba pericial con la rigurosa sustentación contable requerida por el Tribunal al decretar oficiosamente la práctica de la experticia en esta especialidad.

Al respecto, se observa que la parte demandante expresa en la demanda, y cuando interviene en su alegato de conclusión, en lo relacionado con la configuración del silencio administrativo positivo, como este acto debe considerarse fundamentalmente puesto que " (...) incide de manera importante en la tasación de la pretensión sobre restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual: " Durante la ejecución del contrato y antes de la entrega de las últimas vivienda construidas con fecha 7 de mayo del 2009 los tres constructores conjuntamente radicaron ante CORVIVIENDA un derecho de petición solicitando el RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO DE LA ECUACION CONTRACTUAL debidamente sustentado. sin obtener respuesta de la entidad oferente del programa esto es. CORVIVIENDA. Después de tres meses sin respuesta mis clientes procedieron a dar aplicación al artículo 25, numeral 16 de la ley 80 de 1993 a los arts. 41 y 42 del Código Contencioso Administrativo y al art. 105 del Código Notarial. procediendo a protocolizar ante Notario y elevar a Escritura Pública

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. Este documento contiene una obligación clara y expresa a cargo de C ORVIVIENDA con ocasión y fundamento en el Proyecto de Vivienda de Interés Social Ciudadela Flor del Campo. acumuladas las pretensiones de los tres constructores. por un valor de UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TRES MIL CUATROC IENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (\$1.588.203.486.71) moneda legal colombiana (Ver Escritura No. 3249 del 4 de septiembre del 2009. Notaría 3 de Cartagena, anexa a la demanda). **Destaco y subrayo especialmente este hecho porque incide de manera importante en la tasación de la pretensión sobre restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual.** "(Folios 601 y 602 Tomo 11)

El derecho de petición, para hacer surgir el silencio administrativo positivo. con la formalidad de su protocolización, aparece anexo a la indicada escritura que milita en el proceso, sustentado esencialmente así: "Nuestro requerimiento de aplicación al reajuste referenciado obedece a los desfases producidos en los costos en el proyecto, desde su concepción (Abril de 2.005) el inicio de las obras mayo-junio del 2007 y el desarrollo de la construcción del proyecto lo cual ha tomado un periodo de dos años (2) (de 2.007 a 2.008 y 2.008 a 2.009)"

Igualmente, se motiva esta petición con documentos adjuntos relacionados en la parte final que manifiesta: "(...) anexamos el cuadro que detalla y explica cada período y su diferencia a reajustar (...)" Estos cuadros aparecen en dos folios donde se hace una completa y detallada descripción de los ítems y de sus diferencias en costos, en 2005, 2007 y 2008 incluyendo: "obras no contempladas".

Como puede observarse, el restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual ha sido sustentada por la parte convocante, en los indicados términos, en esta actuación de silencio administrativo positivo, con sus anexos.

No obstante, no es suficiente el silencio administrativo para incluir en la liquidación la indicada suma y sus conceptos, como adeudada a los convocantes y a cargo de la demandada, considerando, especialmente, que no existen en los diferentes dictámenes aportados pruebas contables en las cuales se discriminen estas erogaciones aumentadas en mayores costos, como efectivamente ejecutados, asumidos y cancelados por la demandante quebrando la ecuación financiera de los contratos.

El Tribunal, con la finalidad de cuantificar mediante sustentos contables las sumas que debían incluirse en la liquidación, de conformidad con las pretensiones de la demanda, decretó oficiosamente un dictamen pericial para que se determinaran sobre bases contables las sumas de dinero que debidamente soportadas en la formal contabilidad pudieran ser consignadas en la liquidación, en este caso arbitral, por incidir, en lo relacionado con esta pretensión, en la ruptura del equilibrio de los contratos.

Este medio probatorio se decretó de oficio por la importancia demostrativa de la prueba contable para estos reconocimientos, formulando al Perito un completo cuestionario en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 229 y 230 del C. P.C.

"El principio general en materia de valor probatorio de los libros de comercio se encuentra consignado en el artículo 68 del Código de Comercio, que hace parte del capítulo 111 dedicado al tema. El artículo en cita señala que los "libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente". Debe aclararse, en primer lugar, que el valor probatorio de los libros de comercio opera de manera plena en las relaciones entre comerciantes. De allí que el artículo 69 del C. C. precise que, en las cuestiones mercantiles con personas no comerciantes, los libros son principio de prueba, que puede ser complementado con otras pruebas legales."

"Una de las finalidades de los libros de contabilidad es la de servir de prueba en los procesos judiciales, dado que en estos se discuten asuntos que involucran claramente el interés público. De allí que -si bien extraprocesalmente- el incumplimiento de este deber puede sancionarse, procesalmente la norma que es objeto de demanda se erige en la herramienta idónea para garantizar la resolución de los conflictos jurídicos respecto de comerciantes que han incumplido con su deber de llevar contabilidad. Por esta vía se confiere plena credibilidad a los libros del comerciante que han sido tramitados de acuerdo con la ley. La medida es necesaria porque la sanción por incumplimiento del deber de llevar libros de comercio constituye un claro reproche al comerciante incumplido y resulta proporcional porque se enfrenta a uno de los incumplimientos de mayor gravedad por parte de quien ejerce la profesión de comerciante. En el sistema de eficacia probatoria de los libros de comercio, la ley ha previsto una graduación respecto de las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de llevar contabilidad de los negocios. Así, ha conferido categoría de plena prueba a los libros de los comerciantes que se llevan de conformidad con la ley, pero también ha permitido que el comerciante que ha cometido errores o imprecisiones en su contabilidad, presente prueba en contrario destinada a desvirtuar el contenido de los libros de comercio del comerciante cumplido." (Corte Constitucional - Sentencia C 062/08 - M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA)

El Tribunal observa que, en lo relacionado con este punto, no aparece prueba que anote con exactitud y, se insiste, con los asientos y registros contables de ley, cuáles fueron los mayores costos en que incurrieron los convocantes en claro detrimento patrimonial que demostrara la variación ostensible en el equilibrio prestacional para sustentar esta pretensión de reconocimiento del restablecimiento de la ecuación económica del contrato, a fin de ser cuantificada en la respectiva liquidación.

Adicionalmente, encuentra el Tribunal que, en los Otros Sidefechas 2006, 2007 y 2008, no aparece registrada una clara constancia entre las partes sobre reclamos para el restablecimiento de la ecuación del contrato en la forma como lo plantean en este proceso los convocantes. (Folios 27 a 38, 44 a 46 y 51 a 53 Tomo)

De otra parte, evidencia el Tribunal que, en acta de Comité Operativo de fecha 24 de noviembre del 2009, que reposa en el cuaderno de pruebas del Tribunal Administrativo de Bolívar, visible a folios 911, existen constancias de la entidad demandada en el siguiente sentido: "(...) me quiero referir a las dos peticiones del constructor indicando que como son de carácter financiero, en materia de contratos estatales los reconocimientos económicos solo proceden una vez se cuente con acervo probatorio y la documentación que sustenten los mismos; para el caso de los mayores costos administrativos y el desequilibrio económico pedido por los contratistas es indispensable que se aporte en detalle, en qué consistieron esos mayores costos, con la precisión de que si fueron gastos de nómina, oficina, parafiscales entre otros, que hayan sido asumidos directamente por el contratista, y que estén excediendo la propuesta inicial que se hizo en la postulación del proyecto. Igualmente que exista una justificación clara de la diferencia de precios en las cantidades de obra y los análisis de precios unitarios que se aportaron en la petición del contratista. Con relación a costos administrativos, había que calcularlos y soportarlos bien, por ejemplo, si en el 2006 tenía dos o tres empleados. estudiar si en el 2007 se despidió uno, disminuyó o aumentó este costo. Se debieron dejar las constancias de las circunstancias anómalas dentro del proyecto, en las actas (...)" .

En este mismo cuaderno. a folio 322, obra el informe de auditoría realizada el día 10 de mayo del 2010 por el ente demandado en las oficinas de los contratistas y, sobre los documentos soportados los gastos administrativos se consignaron como conclusiones y recomendaciones las siguientes: "(...) del análisis y depuración de la información auditada, nos lleva a considerar el hecho de que las sumas especificadas en las reclamaciones realizadas por las uniones temporales grupo 1, 11 y 111 del proyecto Flordel Campo, se encuentran por encima de la estimación numérica a la que el equipo auditor llegó. Esto, sin tener en cuenta que dentro de las condiciones de las uniones temporales, se estableció una suma por administración de \$150.276.00 por cada vivienda, y que a partir de esta suma, se deben ajustar los costos por mayor permanencia en la obra. Las causas comunes que originaron la irregularidad en los soportes, obedecen a que no se tuvieron en cuenta el cumplimiento de los preceptos contables para su validez, y como consecuencia de ello, no le es dable a un tercero realizar un reconocimiento, sobre la base de documentos que no poseen sustento legal. Así mismo debido a la imposibilidad de tener a la mano documentos de importante presencia en este ejercicio como los contratos laborales. de arrendamiento de oficina, de vehículos etc. que pudieran hablar de la relación existente entre cada una de las uniones temporales, el personal, el arrendador y el proveedor de servicios según sea el caso. Este equipo consideró pertinente que se alleguen los estados financieros de las uniones temporales durante el período objeto de esta auditoría para poder restablecer una diferenciación de los gastos y poder determinar la concordancia entre estos y la información auditada. Sin embargo, durante la metodología de la auditoría se expresó que el análisis se realizó, sobre cada uno de los documentos encontrados y que fueron aportados al inicio de la misma por lo cual no se trata de un muestreo aleatorio sino de un examen individual de los mismos (...)"

Consta, además, en el proceso - a folios 903 a 906 del cuaderno de pruebas del Tribunal Administrativo, que los convocantes habían recibido sumas de dineros atribuibles o imputables al valor de los contratos y sus Otro Si, sumas giradas por la Fiduciaria de Occidente, vocera y administradora del encargo fiduciario, entre los años 2007 y 2008.

Al perito Javier Sánchez se le solicitó por el Tribunal que absolviera, entre otros interrogantes el siguiente: "Con base en los libros, estados financieros y actos administrativos de la sociedad demandada, así como de la Fiduciaria de Occidente S.A., quien actuó como vocera y administradora del encargo fiduciario, cómo fue el desarrollo contable y financiero de los subsidios otorgados por Fonvivienda", sin que el perito se hubiera pronunciado al respecto y menos afirmando que estas sumas no fueron pagadas a los convocantes por la ejecución y en razón de los valores de los contratos.

El interrogante anterior se formuló por parte del Tribunal Arbitral como quiera que, como vienedicho, obra en el expediente-visible a folios 903 a 906 del cuaderno de pruebas del Tribunal-el indicado informe sobre los desembolsos hechos al proyecto dentro del Encargo Fiduciario No. 311579 Flor del Campo, sin objeciones sobre la no cancelación de mayores costos debidamente acreditados para su reconocimiento como factor de incidencia determinante en la ruptura de la ecuación económica del contrato, para así poder reconocerlos, una vez acreditado, con la prueba plena del daño, el derecho al restablecimiento en cantidades que soportadas contablemente pudieran ser objeto de liquidación.

Por lo anterior, no prosperará la petición de los demandantes de incluir en la liquidación de sus respectivos contratos, sumas adeudadas por el concepto derivado de ruptura de la ecuación económica del contrato, la cual no se demostró procesalmente ante la carencia probatoria de formal contabilidad sobre los mayores costos que tuvieron que asumir los convocantes, así como otras mayores erogaciones y cargas financieras demostradas plena y contablemente, que produjeron el alegado rompimiento, de acuerdo con las peticiones y pretensiones de la parte convocante.

Frente a la pretensión dirigida a que se incluya en la liquidación del contrato, el concepto de una mayor permanencia en obra y mayores costos administrativos relacionados en el hecho tercero, como lo solicita la parte actora para cada uno de los demandantes, es pertinente reiterar todo lo que viene expresado para denegar esta pretensión, dado que la solicitud del restablecimiento del equilibrio contractual se sustenta fundamentalmente en el requerimiento que plantearon los demandantes a la demandada en su petición contenida en el trámite de silencio administrativo positivo: "Nuestro requerimiento de aplicación al reajuste referenciado obedece a los desfases producidos en los costos en el proyecto, desde su concepción (Abril de 2.005) el inicio de las obras mayo-junio del 2007 y el desarrollo de la construcción del proyecto lo cual ha tomado un periodo de dos años (2) (de 2.007 a 2.008 y 2.008 a 2.009)." Igualmente lo manifestó la parte actora: "Nuestra solicitud se basa en obtener el ajuste legítimo que aplica solo para los incrementos del 2007, (585 viviendas) por un monto de

\$760.628.651,37 en costos directos más \$46.258.353,98 de administración e imprevistos correspondientes al 3% del valor de dicho desfase, diferencias sobre los costos del 2005 respectivamente, dan como **resultado \$1.588. 203.486.72 recursos que detallamos en cuadro anexo, que identifica los tres periodos con sus precios y diferencias; que multiplicados por las viviendas realizadas en cada periodo, nos presentan el total del valor de reajuste. Esta es nuestra pretensión, que busca propiciar y mantener el equilibrio contractual**" (Folio 59-Folios 62 a 72 del Tomo 1)

6.2- DETERMINACIÓN DE LOS MAYORES COSTOS ADMINISTRATIVOS, EQUIPOS Y MANO DE OBRA POR MAYOR PERMANENCIA EN EL SITIO DE LA OBRA.

Además, es de resaltar como, en los peritazgos presentados por Javier Sánchez Contreras. decretado de oficio por el Tribunal, y Angélica Mármol Venegas, presentado por la demandante, se expresa: " *Punto: 4.* " Como único reconocimiento por este concepto: "Determinación de los mayores costos administrativos, equipos y mano de obra por mayor permanencia en el sitio de la obra, como consecuencia de las demoras de CORVIVIENDA en entregar los lotes urbanizados para la construcción de las casas, solamente la firma Conarq Limitada, probó con la presentación de su contabilidad oficial debidamente llevada en libros registrados y sellados ante la Cámara de Comercio y DIAN y autorizada por el Contador Público LUIS CARLOS SALAS FORERO con T.P. No. 50822-T que incurrió en mayores costos por valor de \$184.892.350.00 a diciembre del 2008". Esta cifra así soportada y actualizada a valor presente por la perito Angélica Mármol Venegas. arroja un total de \$231.799.539.20 m/1. suma que, si bien se incluirá en la liquidación a cargo de CORVIVIENDA. no es suficiente en su contenido económico para establecer que ante este único y mayor costo se produjo la ruptura del equilibrio contractual, como desajuste que se sustenta principalmente en expresa petición de los convocantes sobre otros conceptos ya mencionados. Los cuales no se evidencian en este proceso con el rigor de la prueba pericial y contable practicada.

6.3- DEDUCCIONES DEL 5 % IMPUESTOS ARTÍCULO 6 DE LA LEY 1106 DE 22 DE DICIEMBRE DE 2006 (Hecho 8,3)

En cuanto a otros aspectos relacionados por los demandantes - (Hecho 8.3)• considerando que también solicitan le sean reconocidas las sumas correspondientes con los hechos narrados, para efectos de la liquidación, en la estricta competencia del Tribunal Arbitral, se hará el siguiente reconocimiento para incluir en la liquidación contractual, dado que, en efecto, se encuentra demostrado que los contratos contentivos de la cláusula compromisoria habilitante, efectivamente, no han sido liquidados y CORVIVIENDA hizo unas deducciones del 5% que debían aplicarse a los contratos de obra pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 1106 de 22 de diciembre de 2006, reconociendo posteriormente que no procedían.

En efecto, en comunicación de fecha septiembre 1 de 2009, **CORVIVIENDA**, reconoce

"3 MODO DE SELECCION DEL CONTRATISTA

Pasivo de contribución, que el contratista esté vinculado con el Ente público mediante contrato que "(...) se suscriban como resultado de licitaciones o procesos de selección abiertos (...)"

Es en este momento en donde debemos volver a la forma de asociación de la citada Unión Temporal, para aclarar que la misma no fue producto de un proceso Licitatorio, ni de Selección abierto, ni de otra forma de contratación establecida en las normas contractuales, pese a que el objeto de esta unión se a la ejecución de obras públicas. Ya que el fundamento jurídico de creación que tuvo CORVIVIENDA para suscribir la citada unión es: La ley 9ª de 1989, la ley 3ª de 1991 y la ley 388 de 1997 y en especial el Decreto 975 de 2004.

Y aunque sea objeto de discusión jurídica la forma de establecer las uniones temporales que se han conformado en CORVIVIENDA, éstas existen y están revestidas de legalidad administrativa por cuanto no han sido declaradas nulas" y su fundamento jurídico para surgir son las citadas normas y no la ley 80 de 1993, aunque sea esta ley la que defina los principios de las relaciones contractuales de entes de derecho público no fue de usanza para su constitución, por ende no se establecieron los métodos de licitación público ni de procesos de selección abiertos.

Finalmente, se concluye que por este último motivo si le asiste razón al solicitante en cuanto pretender la devolución de los dineros retenidos pero en la forma de suscripción de los contratos. ordenar la devolución de estos o la compensación con sumas adeudadas; (Sic) no obstante, no reconocemos los intereses aludidos en su petición, por considerarlos no ajustados a derecho". (Comunicación de CORVIVIENDA de septiembre 1 de 2009. dirigida al doctor Manuel Enrique Raad Berrio- Ref.: Su derecho de Petición Referenciado "Insistencia en solicitud de entrega de valores retenidos a CONARQ Ltda. So pretexto de la contribución especial- Ley 1105 de 2006". En esta comunicación se relacionan cuadro con cifras retenidas en la suma de \$25.329.060,00 Folios 81 a 85 del Tomo I) en armonía con el informe sobre pretensiones al Proyecto Flordel Campode fecha mayo de 2006, visible a folio 718 del Cuaderno del Tribunal Administrativo de Bolívar)

Así las cosas, y teniendo en cuenta el informe de la Perito Angélica Mármol Venegas visible a folio 538 del Tomo 11, los intereses moratorios por la retención indebida del 5% sobre el valor del contrato de CONARQ LTOA, deberán ser incluidos dentro de la liquidación judicial del contrato que al traerlos a valor presente quedan de la siguiente manera:

"Punto-7 Intereses moratorios por la retención indebida del 5% sobre el valor del contrato de CONARQ LTDA. Restituido pero sin intereses.

En concepto de 1 de septiembre de 2009 CORVIVIENDA, acepta restituir los valores retenidos por concepto del 5% sobre el valor de contrato de CONARQ LTOA. Las retenciones que se hicieron entre Julio y agosto de 2008 y los intereses causados hasta el 31 de agosto de 2009 son los diez millones que

reclama la firma CONARQ LTOA. Para esta sum de DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (\$10.000.000.00) al traerlos a valor presente queda de la siguiente manera:

$$\begin{aligned} & \text{"VP= \$10.000.00 X (125,37/ 102.12)} \\ & \text{VP= \$12.276.733 .00"} \end{aligned}$$

6.4.- SOBRE LA CLAUSULA PENAL

De otra parte, la solicitud de los demandantes, para que la cláusula penal sea incluida en la liquidación de los contratos, no resulta procedente dado que la parte actora expone en sus hechos circunstancias que califica como incumplimientos del contrato para pretender reconocimientos por esta causa, los cuales acumula con la pretensión de la cláusula penal, sin que la pactada en los tres contratos de unión temporal prevea la posibilidad de poder reclamarla como efecto accesorio frente a la pretensión principal conjuntamente con los pagos o indemnizaciones que pudieran derivarse incumplimiento. En efecto, la cláusula penal a que hace referencia la parte convocante, contenida en la cláusula undécima de los tres contratos, es del siguiente tenor:

DECIMA PRIMERA- cláusula penal. En caso de incumplimiento por una de las partes, la parte incumplida pagara a la cumplida el equivalente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del costo total de la Unión Temporal sin requerimiento alguno. El presente documento mediante el cual se conforma la Unión Temporal prestará mérito ejecutivo"

Como se observa, la cláusula penal así acordada no posibilita que se pretenda acumuladamente con otras pretensiones que surjan del mismo contrato, en virtud de incumplimiento. Deberá pretenderse la cláusula penal o el respectivo cumplimiento, o la indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 1594 del Código Civil el cual prescribe:

" Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquier de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal."

En clara remisión que este Tribunal Arbitral al derecho aplicable: "La estipulación de una cláusula penal está regulada por los artículos 1592 a 1601 del código Civil, y el 867 del código de comercio, y a estas normas habrá de remitirse en caso de ser pactada en un contrato estatal."

(CONSEJO DE ESTADO -SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo-Bogotá, D.C, mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006).-Radicación: 1.748)

En consecuencia, es imposible jurídico incluir en la liquidación de los contratos lo pretendido, en este

caso, por cláusula penal.

6.5- SALDOS Y MAYORES CANTIDADES DE OBRA

En lo que respecta a la pretensión sobre el reconocimiento de saldos y mayores cantidades de obra contenidos en el hecho No. 6 de la demanda, no se relacionan en la experticia rendida por Sánchez Contreras y, en su aclaración, se limita a expresar en el literal d. "que el perito no valoró mayores cantidades de obra, dado que no existió soporte en el expediente; ahora fueron las partes quienes valoraron este rubro como consta en los otros que hacen parte del contrato". Sobre este punto, en el dictamen de parte aportado por la demandante, aparece relacionado como un saldo que se adeuda, en la suma de \$16.500.000.00, afirmando que en Otrosí No. 5 con fecha 4 de abril del 2008 se reconocieron como valores adicionales. Sin embargo, esta cifra, no aparece así cuantificada en formales asientos contables de Conarq Ltda., y los peritos en su examen contable no hacen reconocimiento de facturación alguna sobre este rubro que se presenta como saldo

Igualmente, puede hacerse esta consideración en lo concerniente a los otros saldos adeudados al contratista Conarq Limitada, por valor de \$75.548.326,89, dado que este rubro no se menciona por el perito Sánchez Contreras y si bien se reconoce en el dictamen de parte aportado por los convocantes, se hace considerando "... que constan y son reconocidos por CORVIVIENDA en el otro sí No. 5 (folios 36 a 38)". Sin embargo, esta cifra, no aparece así cuantificada en formales asientos contables de Conarq Ltda., y los peritos en su examen contable no hacen reconocimiento de facturación alguna sobre este rubro.

6.6- SOBRE EL DENOMINADO APORTES FALTANTES. "1.1.4. Aportes faltantes por 9 viviendas" - "2.1.6 Aportes faltantes por 13 viviendas" - "3.1.4 Aportes faltantes por 7 viviendas"

En lo que respecta con esta específica pretensión para incluir en la liquidación los indicados aportes faltantes sobre 29 viviendas, se expresa en los hechos:

"CUARTO: El mentado programa de Vivienda de interés social y sus respectivas uniones temporales UIT se proyectó para la ejecución de mil setenta y ocho (1078) viviendas de las cuales **CORVIVIENDA**, solo entregó subsidio para mil (1.000) viviendas faltando 78, Sin embargo **CORVIVIENDA** desconociendo los contratos de UIT entregó a otro Constructor 161 subsidios para ejecutar en el mismo proyecto. Valor en subsidios faltantes por 78 BISa2012, aproximadamente 1.248.000.000"

8.5. Manejo negligente de los subsidios lo cual ocasionó la pérdida de 29 de los 1.029 subsidios otorgados por **FONVIVENDA** y No realización de los aportes requeridos para completar las 1.078 viviendas, por lo cual los Socios constructores solo pudieron construir 1.000 VIS. Sin embargo, faltando a lo establecido en los convenios con mis poderdantes. **CORVIVIENDA** asignó 161 subsidios a otro constructor en el mismo proyecto que había convenido construir con mis poderdantes"

De acuerdo con las pretensiones estos 29 aportes faltantes se solicitan así: Por 9 viviendas para la Unión Temporal Grupo 1 (CORVIVIENDA con Saltn Arana Gechem): por 13 viviendas para la Unión Temporal Grupo 11 (Corvienda con Conarq Limitada) y por 7 viviendas para la Unión temporal Grupo 111 (CORVIVIENDA con Jorge Isaac Cure)"

Como puede apreciarse, en el objeto de cada una de las uniones temporales se enuncia que el proyecto "consta de un número total de 1.078 Viviendas de Interés Social nuevas, tipo 1 y que en el marco de esta unión temporal se construirán 400 unidades de vivienda. bajo los programas de reubicación que se utilizarán para mitigar la problemática de vivienda que sufre la población ubicadas en zonas de alto riesgo no mitigables de la ciudad de Cartagena de Indias. Los programas se financiarán con base en los 1.029 subsidios familiares de vivienda que adjudicó el gobierno nacional a través del Fondo Nacional de Vivienda (FONVIVIENDA) mediante resolución No. 130 del 30 de septiembre de 2005 y los subsidios en especie otorgados por CORVIVIENDA, Mediante las resoluciones 039 y 050 del 2005 representados en el lote, y sus obras de infraestructura urbanística"

En estos mismos convenios de unión temporal se estableció, en la cláusula octava como obligaciones de cada uno de quienes conforman la parte convocante, "e.) diligenciar y tramitar, el cobro de los subsidios ante las entidades correspondientes, asumiendo el costo total de las garantías exigidas por **EL FONDO NACIONAL DE VIVIENDA "FONVIVIENDA "** y posterior construcción de las viviendas con todos los requerimientos necesarios para el buen desempeño de la obra."

Esta obligación, posteriormente fue asumida por CORVIVIENOA en los otros sí, cuando en su cláusula Tercera modifican las cláusulas Séptima y Octava del Convenio, suscrito el 28 de noviembre de 2005, quedando la cláusula séptima como Obligaciones de CORVIVIENDA, entre otras, ordinal d), "Diligenciar y tramitar el cobro de los subsidios ante las entidades correspondientes asumiendo el costo de las garantía del manejo de los subsidios."

Sin embargo, al referirse los peritos Sánchez Contreras y Mármol Venegas al tratamiento y liquidación de este rubro, no hacen un análisis sobre el concepto aportes faltantes por vivienda como aparece en la demanda en el acápite de pretensiones, sino, que lo plantean como "indemnización a que tendrían derecho los Convocantes por no ejecución de 29 casas para las que hubo subsidios en poder de CORVIVIENDA", liquidando la no percepción del AUI, en tratamiento que difiere de la forma como se identifica este ítem para ser incluido en la liquidación que se demanda "*aportes faltantes por viviendas*"

Adicionalmente, sobre el concepto de subsidios se le solicitó al perito realizar su labor para que dictaminara: "7. Con base en los libros, estados financieros y actos administrativos de la sociedad demandada, así como de la Fiduciaria de Occidente S.A quien actuó como vocera y administradora del encargo fiduciario, cómo fue el manejo y desarrollo contable y financiero de los

subsidios otorgados por Fonvivienda"; sin que en los dictámenes, tanto el decretado de oficio, como en su aclaración, y en el dictamen de parte presentado por los convocantes, se presente o refleje, con sustentos contables. el tratamiento dado a estos subsidios, ni las causas y consecuencias como cuentas por cobrar registradas formalmente ante el no recibo por la parte demandante de estos 29 subsidios, comparándolos o asimilándolos a las utilidades percibidas por la construcción de las otras viviendas.

Por consiguiente, este concepto no se incluirá en la liquidación

6.7.- MANEJO NEGLIGENTE EN PROCESO DE ESCRITURACIÓN (Hecho 8.4.)

En igual sentido, no se incluirá en la liquidación de los contratos el rubro correspondiente a los valores por "Manejo negligente del proceso de escrituración (...) " por "(...)gestiones cuyo valor se estima en sesenta millones de pesos (\$60 000.000.00)", puesto que no se mencionan en los peritajes y también fue uno de los interrogantes que se presentaron al perito para que: "6. Con base en los libros y estados financieros de las sociedades convocante y convocada, el perito deberá determinar los costos incurridos en el proceso de escrituración", sin que, pericialmente se aluda a este rubro.

6.8. – SOBRE EL DAÑO MORAL (Hecho Undécimo)

En relación al daño moral pretendido por los convocantes, en la suma de CIENTO MILONES DE PESOS (\$100.000.000,00), es pertinente reseñar la evolución de la jurisprudencia por daños inmateriales derivados de la actividad contractual:

"En materia de perjuicios morales en la actividad contractual no siempre la jurisprudencia ha sido de aceptarlo; tesis actual. En un principio esta Corporación negó la procedencia de la indemnización de perjuicios morales reclamados con fundamento en la actividad contractual de la Administración. La denegatoria se fundamentó en que los daños morales sólo se configuran cuando se presenta la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto; situación que no se daba en las relaciones contractuales, porque, afirmó en esa época la Sala, los daños morales en sentido jurídico técnico no son todas las sensaciones dolorosas ajenas al sacrificio de cualquier interés jurídico protegido, sino que, los daños morales son sólo los dolorosos, padecimientos, etc., que se siguen de una lesión a los bienes de la personalidad, que no son susceptibles de configuración como objeto de obligaciones en sentido propio. Sin embargo en importantes providencias posteriores rectificó tal posición y dispuso la condena al pago de perjuicios morales, causados con ocasión de la celebración o ejecución de contratos celebrados con la Administración. Se observa como en la actualidad la tesis jurisprudencial de aceptación de la procedencia de indemnización de perjuicios morales con fundamento en la actividad contractual tiene su raíz jurídica en que el legislador garantiza la indemnidad de todo perjuicio sin diferenciar sus clases, con las características anotadas, y siempre y cuando se demuestren los hechos en que se sustenta. Así las cosas, los

perjuicios morales contractuales, que pudieron ocasionarse con la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, y que podrían consistir, según el caso, en el pesar, angustia, congoja, tristeza, desolación etc. que sufrió el contratista, requieren ser demostrados en el proceso, como todo aquel perjuicio respecto del cual se pretenda su resarcimiento. La sola creencia de que la ilegalidad del acto produce perjuicios morales no es de recibopara la Sala; no es dable presumir, porque no existe sustento normativo. que la expedición de un acto de caducidad del contrato declarado nulo, causa perjuicios morales. En el caso concreto, el demandante no acreditó la existencia de los hechos indicadores que afirmó en su demanda como demostrativos del perjuicio moral que alegó." **CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO •SECCIÓN TERCERA-Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ** –Bogotá D.C, ocho (08) de febrero de dos mil uno (2001)- **Radicación número: 20001-23-31-000- 1995-2313-01(12848)**

En el caso bajo estudio arbitral, el daño moral que pudiera derivarse de incumplimientos contractuales, o de órdenes u oficios sobre datos negativos en el manejo de créditos, el actor lo argumenta en el reporte "a los Socios constructores ante la base de Datos de Deudores del Estado que lleva la contrataría, causándole daños a su buen nombre e historial crediticio". y en el proceso sólo milita el reporte a uno de los socios: Jorge Isaac Cure, (folio 104 - Tomo 1) a la Contaduría General de la Nación, sin que se pueda evidenciar con otras pruebas el real y cierto detrimento inmaterial por afectación personal en el marco de la naturaleza, las manifestaciones y la dimensión jurídica del daño moral a uno de los convocantes por causa de este hecho.

No se incluirá en la liquidación del contrato, lo pretendido por daño moral.

7 - CONTENIDO EN CIFRAS DE LA LIQUIDACION ARBITRAL DE LOS CONTRATOS DE UNION TEMPORAL RELACIONADOS EN LA DEMANDA.

Se procederá a la liquidación de los contratos así:

Para liquidar el contrato UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE INTERES SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO suscrito entre Construcciones en Arquitectura e Ingeniería Limitada Conarq Limitada y el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital CORVIVIENDA, se incluirán en la liquidación los siguientes valores, adeudados por CORVIVIENDA a Conarq Limitada

- La suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS, CON VEINTE (\$231.799.539.20)**, por concepto de **DETERMINACIÓN DE LOS MAYORES COSTOS ADMINISTRATIVOS , EQUIPOS Y MANO DE OBRA POR MAYOR PERMANENCIA EN EL SITIO DE LA OBRA**

- La suma de **DOCE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$12.276.733.00)**; por concepto de Intereses Moratorias liquidados sobre el valor de \$25.329.060.00, que en concepto de 1 de Septiembre del 2009 el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital - CORVIVIENDA aceptó restituirla

Para liquidar el contrato UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE INTERES SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO suscrito entre Salim Arana Gechem y el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital - CORVIVIENDA, no se incluirán valores a cargo de las partes.

Para liquidar el contrato UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE INTERES SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO suscrito entre Jorge Alberto Isaac Cure y el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital - CORVIVIENDA, no se incluirán valores a cargo de las partes.

Considerando que prospera la petición de los convocantes de proceder a la liquidación de los contratos, se condenará en costas a la convocada.

8. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De acuerdo con lo consagrado por el artículo 188 del CPCA: "salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.G.P.

Encontrándose este tribunal de arbitramento para proferir decisión final, resulta imperioso aplicar las reglas correspondientes a condena y liquidación de costas procesales y agencias en derecho, con base en lo establecido por los artículos 365 y 366 del CGP, por todo lo hasta aquí manifestado, este Tribunal, con fundamento en la norma citada ordenará en esta providencia se liquiden las costas y agencias en derecho.

Teniendo en cuenta que las costas vienen dadas por los gastos arbitrales en que incurrir las partes con ocasión del desarrollo del trámite del proceso, éstas corresponden a los gastos que se deben sufragar. tales como, el valor de los gastos administrativos del proceso, los honorarios de los Árbitros, del Secretario y los gastos de administración de arbitraje de la cámara de Comercio de Cartagena, honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias entre otros. De igual manera, en el concepto de gastos entra la acción de agencias en derecho.

Con base en lo anterior. el Tribunal condenará a la convocada FONDO DE VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL - CORVIVIENDA a pagar por concepto de costas la totalidad del valor que sufragó la parte

Convocante del (100%) cien por ciento de los honorarios de los Árbitros, del Secretario y los gastos de administración de arbitraje de la cámara de Comercio de Cartagena por valor de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVENTA PESOS CON DOS CENTAVOS (\$181.656.090.02); así como los gastos anticipados de la pericia. y los honorarios definitivos del perito, que se fijaron en un total de VEINTE MILLONES DE PESOS (20.000.000.00) Igualmente, así como el valor que por concepto de gastos de administración de arbitraje sufragó la parte Convocante para dar inicio a este trámite, tal como consta en el recibo de pago por UN MILLON CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$1.494.892.00). visible en el cuaderno principal tomo I.

Encuanto a las agencias enderecho, siguiendo lo contemplado en el acuerdo No. 1887 de 26 de junio de 2003, emanado del Consejo superior de la Judicatura, por ser este un trámite de única instancia, el Tribunal ordenará el pago de estas agencias a cargo de la convocada por un monto equivalente al veinte (20%) del valor de las pretensiones reconocidas en este laudo arbitral.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Decretar la liquidación del contrato de UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE INTERES SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO celebrado el 28 de Noviembre de 2005, y de sus Otros Si, suscritos entre CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E INGENIERÍA LIMITADA - CONARQ LIMITADA y EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA.

SEGUNDO: Declarar en esta liquidación, la existencia de los siguientes saldos a favor de CONSTRUCCIONES EN ARQUITECTURA E Ingeniería LIMITADA - CONARQ LIMITADA y a CARGO FONDO DE VIVIENDA DE INTERESES SOCIAL - CORVIVIENDA. Así:

2.1 Por concepto de DETERMINACIÓN DE LOS MAYORES COSTOS ADMINISTRATIVOS, EQUIPOS Y MANO DE OBRA POR MAYOR PERMANENCIA EN EL SITIO DE LA OBRA. la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS, CON VEINTE CENTAVOS (\$231.799.539.20)

2.2 Por concepto de Intereses Moratorias liquidados sobre el valor de \$25.329.060.00, la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$12.276.733.00)

2.3 Sin otros saldos a favor de Conarq Limitada

2.4 Declarar la no existencia de saldos a favor de EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA.

TERCERO: Decretar la liquidación del contrato de UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE INTERES SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO celebrado el 22 de noviembre de 2005, y de sus Otros Si, suscritos entre SALIM ARANA GEHEM y EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA

- 3.1) Declarar la no existencia de saldos a favor del convocante SALIM ARANA GEHEM.
- 3.2) Declarar la no existencia de saldos a favor de EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA.

CUARTO: Decretar la liquidación del contrato de UNION TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DEL PROGRAMA DE INTERES SOCIAL CIUDADELA FLOR DEL CAMPO celebrado el 22 de noviembre de 2005, y de sus Otros Si, suscritos entre JORGE ALBERTO ISAAC CURE y EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA, así:

- 4.1) Declarar la no existencia de saldos a favor del convocante JORGE ALBERTO ISAAC CURE.
- 4.2) Declarar la no existencia de saldos a favor de EL FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL CORVIVIENDA.

QUINTO: Condenase al FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA al pago de costas procesales, a favor de la parte Convocante, en la suma de DOSCIENTOS TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS **CON DOS CENTAVOS (\$ 203.150.982.02)**

SEXTO: Condenase al FONDO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL Y REFORMA URBANA DISTRITAL - CORVIVIENDA al pago de agencias en derecho a favor de la parte Convocante, en la suma de CUARENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$48.815.254.44) de conformidad con lo consignado en la parte motiva.

SEPTIMO: El pago de las condenas aquí decretadas, deberá hacerse dentro de los términos y en las condiciones establecidas en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA.

OCTAVO: Disponer, que por secretaría se expida y entregue copia auténtica de este laudo a cada una de las partes y copia simple para el Agente del Ministerio Público y para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena

NOVENO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, una vez se encuentre en firme esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARGARITA EUGENIA VELEZ VASQUEZ
Árbitro Presidente

VIRGILIO ESCAMILLA ARRIETA
Árbitro

CARLOS PAREJA EMILIANI
Árbitro

HELENE ELIZABETH ARBOLEDA DE EMILIANI
Secretaria