

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

BANCO DE LA REPÚBLICA

VS.

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

INDICE

PÁGINA

I.	TÉRMINOS DEFINIDOS -----	5
II.	ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO -----	13
	A. Solicitud de Convocatoria y trámite pre-arbitral -----	13
	B. Trámite Inicial -----	14
	C. Trámite Arbitral -----	17
III.	POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES. PLANTEAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO -----	27
	A. Demanda -----	27
	B. Contestación -----	29
	C. Reconvención -----	30
	D. Réplica -----	34
	E. Planteamiento del Ministerio Público -----	35
IV.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL -----	37
	A. Aspectos Procesales -----	37
	B. Objeciones -----	38
	B.1 Objeción al Dictamen Financiero -----	41

B.2	Objeción al Dictamen Técnico -----	43
C.	Análisis general -----	45
C.1	Naturaleza del Contrato -----	46
C.2	Naturaleza del Acuerdo sobre Terminación del Contrato -----	59
D.	Evaluación de las pretensiones de la Demanda -----	77
D.1	Informe de la SCI -----	82
D.2	Informe de PAYC -----	83
D.3	Evaluación biblioteca de Neiva -----	85
D.4	Evaluación biblioteca de San Andrés -----	87
D.5	Determinación de la indemnización de perjuicios -----	93
D.6	Actualización monetaria e intereses -----	97
E.	Evaluación de las pretensiones de la Reconvención -----	102
F.	Excepciones -----	108
F.1	Excepciones propuestas por Fonade con relación a la Demanda -----	110
F.2	Excepción propuesta por el Banco con relación a la Reconvención -----	119
G.	Liquidación del Contrato -----	121
H.	Costas -----	129
V.	DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL -----	132
A.	Sobre las Objeciones: -----	132
B.	Sobre las pretensiones de la Demanda: -----	132

C. Sobre las pretensiones de la Reconvención: -----	134
D. Sobre las Excepciones: -----	135
E. Sobre la liquidación del Contrato: -----	135
F. Sobre costas del Proceso: -----	135
G. Sobre pago de las condenas: -----	136
H. Sobre aspectos administrativos: -----	136

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN
LAUDO

Bogotá, 8 de Mayo de 2012

El Tribunal Arbitral expide el Laudo que se expresa a continuación.

I. TÉRMINOS DEFINIDOS

1. Las palabras y expresiones definidas en este Laudo tendrán, sujeto a la clarificación que adelante se expone, el significado que aquí se les atribuye.
2. Las palabras y expresiones definidas en el Contrato y/o en sus anexos tendrán el significado que allí se les atribuye, salvo en cuanto sean modificadas por las definiciones de este Laudo.
3. Donde el contexto lo requiera, las palabras y expresiones en número singular incluirán el correspondiente plural y viceversa y las palabras en género masculino incluirán el correspondiente femenino y viceversa.
4. Con el exclusivo propósito de facilidad de referencia y, desde luego, sin ningún otro efecto, la tabla siguiente muestra los principales términos definidos:

Término Definido	Significado
"Acuerdo" o "Acuerdo sobre Terminación del Contrato"	El <i>Acuerdo de Terminación del Contrato No. 03100500 (195041) del 20 de Octubre de 2005, celebrado entre el Banco de la República y Fonade</i> , incluyendo, donde el contexto lo requiera, su modificación.
"Alegato de Fonade"	El alegato escrito presentado por Fonade en Febrero 1, 2012 a continuación de la exposición oral hecha en la misma fecha, y su complementación de Febrero 17, 2012.
"Alegato del Banco"	El alegato escrito presentado por el Banco de la República en Febrero 1, 2012 a continuación de la exposición oral hecha en la misma fecha, y su complementación de Febrero 17, 2012.
"Alegatos"	Conjuntamente el Alegato de Fonade y el Alegato del Banco.
"Apoderadas"	Las apoderadas judiciales del Banco o de Fonade reconocidas y actuantes en este Proceso, según sea el caso.
"Arbitraje" o "Proceso"	El presente proceso arbitral, promovido por el Banco de la República contra Fonade.
"Arbitros"	Los integrantes del Tribunal, o cual-

Término Definido	Significado
	quier combinación de ellos.
"Art." o "Par." o "§"	Cualquier artículo, cláusula, párrafo, sección, etc. de una providencia (judicial o arbitral) o de una estipulación legal o contractual, según sea el caso.
"C. C."	El Código Civil colombiano.
"C. Cio."	El Código de Comercio colombiano.
"C.P.C."	El Código de Procedimiento Civil colombiano.
"Centro de Arbitraje"	El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
"Cláusula Compromisoria"	La consignada en la § 15 del Contrato.
"Contestación"	La contestación de la Demanda presentada por Fonade en Febrero 25, 2011.
"Contestación de la Demanda Inicial"	La contestación de la Demanda Inicial, presentada por Fonade en Noviembre 8, 2010.
"Contrato" o "Convenio"	El <i>Contrato 0310050</i> celebrado en Octubre 20, 2005 entre el Banco y Fonade, incluyendo, según el contexto, las modificaciones introducidas en los Otrosíes.

Término Definido	Significado
"Corte Suprema" o "C.S.J."	La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil.
"Demanda"	La reforma de la demanda (integrada) presentada por el Banco en Febrero 4, 2011.
"Demanda Inicial"	La demanda presentada por el Banco conjuntamente con la Solicitud de Convocatoria.
"Demandado" o "Convocado" o "Fonade"	Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade, empresa industrial y comercial del Estado, adscrita al Departamento Administrativo de Planeación Nacional y domiciliada en Bogotá.
"Demandante" o "Convocante" o "Banco" o "Banco de la República"	El Banco de La República, entidad de derecho público de rango constitucional, sujeta a un régimen jurídico propio y domiciliada en Bogotá.
"Dictamen Financiero"	El Dictamen rendido por el Perito Jorge Hernán Melguizo, incluyendo sus aclaraciones y complementaciones.
"Dictamen Técnico"	El Dictamen (y complemento) rendido por el Perito Jorge Torres, incluyendo sus aclaraciones y complementaciones.

Término Definido	Significado
"Dictámenes" o "Dictámenes Periciales" o "Peritajes"	Conjuntamente el Dictamen Financiero y el Dictamen Técnico.
"Excepciones"	Las excepciones de mérito formuladas por las Partes, o cualquier combinación de ellas.
"Informe de la SCI"	El informe técnico rendido por la SCI y presentado con la Demanda.
"Informe de PAYC"	El informe técnico rendido por PAYC y presentado con la Demanda.
"I.P.C."	Índice de Precios al Consumidor reportado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (D.A.N.E.).
"I.V.A."	Impuesto al Valor Agregado.
"Laudo"	El laudo que emite el Tribunal Arbitral mediante esta providencia.
"Ministerio Público"	La Procuraduría General de la Nación, representada en este Proceso por los delegados designados al efecto.
"Objeción al Dictamen Financiero"	La objeción parcial por error grave presentada por el Banco contra el Dictamen Financiero.
"Objeción al Dictamen Técnico"	La objeción por error grave presentada

Término Definido	Significado
co	por Fonade contra el Dictamen Técnico.
“Objeciones”	Conjuntamente la Objeción al Dictamen Financiero y la Objeción al Dictamen Técnico.
“Otrosí No. 1”	El Otrosí No. 1 al Contrato, suscrito en Marzo 30, 2007.
“Otrosí No. 2”	El Otrosí No. 2 al Contrato, suscrito en Abril 1, 2008.
“Otrosíes”	Conjuntamente el Otrosí No. 1 y el Otrosí No. 2.
“P & D”	Proyectos y Diseños Ltda.
“PAYC”	PAYC S.A.
“Parte” o “Partes”	El Demandante y el Demandado, o cualquiera de ellas.
“Peritos”	Colectivamente, los expertos designados para rendir los Dictámenes.
“Perito Financiero”	El Perito autor del Dictamen Financiero
“Perito Técnico”	El Perito autor del Dictamen Técnico.
“Principios Unidroit”	<i>Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, ver-</i>

Término Definido	Significado
	sión 2010.
“Reconvencción”	La demanda de reconvencción presentada por Fonade en Noviembre 8, 2010.
“Réplica”	La contestación de la Reconvencción presentada por el Banco en Enero 14, 2011.
“SCI”	La Sociedad Colombiana de Ingenieros.
“Secretario”	El secretario del Tribunal Arbitral.
“Solicitud de Convocatoria”	La solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral, presentada por el Banco en Abril 30, 2010.
“T. del T.”	Traducción del Tribunal.
“Testigo”	Cualquier declarante en este Proceso.
“Testimonio”	Cualquier declaración decretada y rendida por un Testigo.
“Tribunal Arbitral” o “Tribunal”	El tribunal arbitral a cargo de este Proceso.

5. En la parte resolutive del Laudo se emplearán las definiciones anteriores, exceptuando las de las Partes, que serán identificadas por su denominación completa.

6. Las citas de documentos, escritos de las Partes, providencias del Tribunal, normatividad, jurisprudencia, doctrina, etc. que se hagan en este Laudo seguirán, salvo anotación en contrario, el correspondiente formato original.
7. El énfasis añadido a cualquiera de las citas anteriores será, salvo indicación en contrario, propio del Tribunal.

II. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

A. Solicitud de Convocatoria y trámite pre-arbitral

1. En Abril 30, 2010, el Banco presentó ante el Centro de Arbitraje y mediante Apoderado, la Solicitud de Convocatoria a fin de que se integrara un tribunal arbitral que resolviera las pretensiones formuladas en la Demanda Inicial.¹
2. A tal efecto, el Demandante se basó en la Cláusula Compromisoria, cuyo tenor es el siguiente:

“Cláusula compromisoria: Las partes acuerdan someter a la decisión de un tribunal de arbitramento institucional cualquier diferencia o controversia que surja entre ellas con relación a la celebración, ejecución o terminación de este contrato y que no haya podido ser resuelta de común acuerdo dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al momento en que dicha controversia o diferencia haya sido planteada por cualquiera de las partes a la otra. El tribunal de arbitramento tendrá su sede en Bogotá, D.C., actuará bajo la administración y reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, fallará en derecho y estará conformado por (1) arbitro, designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de diez (10) abogados que las partes elaboren de común acuerdo, tomados de la relación de árbitros inscritos en esa Entidad, siempre que el valor de la controversia sea inferior o igual a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 S.M.L.M.V.) Cuando el valor de la controversia

¹ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 1 y siguientes.

En determinadas citas, p. ej., las referentes al Alegato del Banco y al Alegato de Fonade, el Tribunal utilizará como referencia, y para facilidad de consulta, las **páginas del correspondiente documento** en lugar de la numeración del expediente.

exceda de dicho monto, el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán designados así: Dos (2) de ellos, de común acuerdo por las partes, y el tercero (3) por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de diez (10) abogados que las partes elaboren de común acuerdo, tomados de la relación de árbitros inscritos en esa Entidad. Esta cláusula no impedirá el ejercicio de la facultad de EL BANCO de llamar en garantía a FONADE cuando sea demandado por cualquier tercero.”²

3. Tras la presentación de la Demanda Inicial, y en desarrollo de la Cláusula Compromisoria, las Partes de común acuerdo designaron como Arbitros a los doctores Nicolás Gamboa Morales y Emilio José Archila Peñalosa, y posteriormente mediante sorteo público realizado por el mencionado Centro de Arbitraje en Junio 1, 2010, se designó como tercer árbitro al doctor Juan Caro Nieto.
4. El Centro de Arbitraje informó a los nombrados su designación y estos aceptaron la misma dentro del término legal.
5. Previas las correspondientes citaciones, el Tribunal se instaló en audiencia celebrada en Octubre 22, 2010, donde, además, se designó como Presidente al doctor Nicolás Gamboa Morales y como Secretario al doctor Luis Javier Santacruz Chaves, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante el Presidente.

B. Trámite Inicial

6. Mediante Auto No. 1 de Octubre 22, 2010, el Tribunal admitió la Demanda Inicial y ordenó correr traslado de la misma a Fonade.

² Ibíd.- Folios 2 y siguientes.

7. Este, a través de su Apoderada, le dio respuesta en Noviembre 8, 2010, por medio de la Contestación de la Demanda Inicial,³ donde propuso varias Excepciones.⁴ Además, y en la misma fecha, presentó la Reconvención.⁵
8. Mediante Auto No. 2 de Noviembre 12, 2010, el Tribunal admitió la Reconvención y ordenó correr traslado de la misma al Banco.
9. Mediante fijación en lista de Noviembre 12, 2010, se corrió traslado de las Excepciones al Banco y, en Noviembre 18, 2010, este interpuso recurso de reposición contra dicha fijación en lista.
10. Mediante escrito de Noviembre 22, 2010, el Banco describió el traslado de las Excepciones.⁶ En tal escrito pidió negar tales Excepciones y solicitó algunas pruebas adicionales.⁷
11. Asimismo, en la misma fecha el Banco interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 2 en lo concerniente a la admisión de la Reconvención.
12. De los antedichos recursos de reposición se corrió traslado a Fonade en Noviembre 26, 2010, quien se pronunció sobre los mismos solicitando su rechazo.
13. Previo reconocimiento de personería de la doctora Ana María Ruan Perdomo como Apoderada del Banco, el Tribunal, mediante Auto No. 3 de Diciembre 9, 2010:
 - a. Denegó por improcedente el trámite del recurso de reposición interpuesto contra la fijación en lista hecha en Noviembre 12, 2010; y

³ Ibíd. – Folios 109 y siguientes.

⁴ Ibíd. – Folios 140 y siguientes.

⁵ Ibíd. – Folios 144 y siguientes.

⁶ Ibíd. – Folios 182 y siguientes.

⁷ Ibíd. – Folios 192 y siguientes.

- b. Confirmó el Auto No. 2, a través del cual se había admitido la Reconvención.
14. En Enero 14, 2011, el Banco le dio respuesta a la Reconvención a través de la Réplica,⁸ donde, asimismo, propuso una Excepción específica y, genéricamente, las que resultaren probadas en el Proceso.⁹
15. En la misma fecha el Banco presentó un escrito solicitando la nulidad parcial del Proceso por falta de competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones planteadas por Fonade en la Reconvención.
16. De la Excepción propuesta por el Banco se corrió traslado a Fonade, sin que éste hubiera hecho pronunciamiento al respecto.
17. En Febrero 4, 2011, la Convocante reformó la Demanda Inicial, presentándola integrada en un solo escrito que, por ende corresponde a la Demanda.
18. Mediante Auto No. 5 de Febrero 18, 2011, el Tribunal resolvió:
- a. Tratar lo atinente a la solicitud de nulidad en la Primera Audiencia de Trámite;
 - b. Admitir la reforma de la Demanda Inicial; y
 - c. Correr traslado de la Demanda a la Convocada.
19. En Febrero 25, 2011, Fonade presentó la Contestación de la Demanda e interpuso varias Excepciones.

⁸ Ibíd. – Folios 209 y siguientes.

⁹ Ibíd. – Folios 218 y siguientes.

20. En Marzo 1, 2011, mediante la respectiva fijación en lista, se corrió traslado de las antedichas Excepciones, y dentro del término de traslado el Banco presentó un escrito oponiéndose a su prosperidad y solicitando algunas pruebas.
21. Mediante Auto No. 5 (bis) de Marzo 2, 2011, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación, puntualizando que de fracasar se procedería al señalamiento de los honorarios y gastos del Arbitraje.
22. En Marzo 23, 2011, fecha fijada para ello, se dio inicio a la audiencia de conciliación y, luego de algunas exposiciones de las Partes, el Tribunal evidenció que no existía ánimo conciliatorio entre ellas, por lo que mediante Auto No. 6 declaró agotada la etapa conciliatoria de este Proceso.
23. Fracasada la etapa conciliatoria, se prosiguió con la audiencia y a través del Auto No. 7 se fijaron las sumas a cargo de las Partes por los siguientes conceptos:
 - a. Honorarios de los Arbitros y del Secretario;
 - b. Gastos de funcionamiento y administración de la Cámara de Comercio de Bogotá; y
 - c. Protocolización, gastos varios secretaría y otros.
24. Tal como informó el Secretario en el Acta No. 7, el Banco realizó el pago de la totalidad de las sumas fijadas por el Tribunal por concepto de honorarios y gastos de este Proceso y, mediante el Auto No. 8 de Abril 28, 2011, el Tribunal se pronunció sobre la petición del Banco respecto de los efectos que tendría sobre la Reconvención la falta de consignación por parte de Fonade.

C. Trámite Arbitral

25. En Abril 28, 2011, se inició la primera audiencia de trámite, la cual se suspendió y se reanudó para terminarse en Mayo 9, 2011, en la cual cumplido lo dis-

puesto en el artículo 124 de la Ley 446 de 1998,¹⁰ el Tribunal se pronunció sobre su competencia y, mediante Auto No. 9,¹¹ confirmado por Auto No. 10, manifestó disponer de ella para conocer de las cuestiones puestas a su consideración en la Demanda y en la Reconvención, así como en la Contestación y en la Réplica.

26. Acto seguido, a través del Auto No. 12, el Tribunal procedió a tener y decretar como pruebas las aportadas y solicitadas por las Partes que consideró pertinentes y conducentes, así:
- a. Documentos:
 - i. Los acompañados a la Demanda Inicial, a la Demanda, a la Réplica y al escrito de respuesta a las Excepciones iniciales;
 - ii. Los acompañados a la Contestación de la Demanda Inicial, a la Reconvención y a la Contestación de la Demanda.
 - b. Declaraciones testimoniales de:
 - i. Luis Francisco Alvarez;

¹⁰ “La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.

2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.

3. El Tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes, y las que de oficio estime necesarias.

4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.

5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

Parágrafo.- Si el Tribunal decide que no es competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral.”

¹¹ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 116 y siguientes.

- ii. Diana Consuelo Blanco;
- iii. Alberto Cardona;
- iv. María Teresa Cuello;
- v. Mirtha Díaz;
- vi. Felipe Durán;
- vii. Sandra Figueroa;
- viii. Olga Patricia González;
- ix. Alicia Gordillo;
- x. Gerardo Hernández;
- xi. Ricardo Hernández;
- xii. Jorge Alberto López;
- xiii. Eduardo Machado;
- xiv. Germán Eduardo Nieto;
- xv. Yolanda Astrid Rodríguez;
- xvi. Ricardo Sánchez;
- xvii. Clara Vega; y
- xviii. Julián Vega.

- c. Interrogatorio de parte al representante legal de Fonade.
 - d. Dictámenes periciales:
 - i. A cargo de un contador y financiero, y de un ingeniero y/o arquitecto, solicitados por el Banco; y
 - ii. A cargo de experto en materias contables y financieras, solicitado por Fonade.
 - e. Dos inspecciones judiciales con intervención de peritos practicadas como pruebas anticipadas sin citación de la parte contraria, aportadas por el Banco.
 - f. El Informe de la SCI y el Informe de PAYC.
27. En cuanto a la inspección judicial solicitada por Fonade al sitio de ejecución de las obras en Neiva y en San Andrés, el Tribunal aplazó su eventual decreto y posteriormente, a raíz de la clausura del periodo probatorio, se prescindió de su práctica, todo ello de conformidad con el inciso tercero del artículo 244 del C.P.C.¹²
28. Las pruebas se practicaron según lo decretado, tal como se detalla a continuación:
- a. Dictámenes Periciales:

¹² “El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso; asimismo podrá aplazar la decisión sobre tal prueba hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y en este caso, si el término probatorio está vencido, la practicará durante el indicado en el artículo 180. Contra estas decisiones del juez no habrá recurso alguno.”

- i. Para efectos del informe pericial a cargo de un contador y financiero, se designó como Perito al administrador de empresas experto en finanzas Jorge Hernán Melguizo, y para el informe a cargo de un ingeniero y/o arquitecto las Partes de común acuerdo designaron como Perito al ingeniero Jorge Torres.¹³
- ii. La hoja de vida del Perito Melguizo fue puesta en conocimiento de las Partes –sin merecer objeción- y este, junto con el Perito Torres, fueron posesionados en Junio 9, 2011.
- iii. El Perito Torres rindió su Dictamen en Septiembre 26, 2011, y el Perito Melguizo lo hizo en Octubre 4, 2011, presentando aquel, en Octubre 7, un complemento de su Dictamen relativo a la liquidación del Contrato.
- iv. Dentro del término de traslado de los Dictámenes, las Partes solicitaron aclaraciones y complementaciones de uno y otro. Asimismo, respecto del Peritaje de Jorge Torres, Fonade presentó la Objeción al Dictamen Técnico, aportando como prueba un dictamen técnico y solicitando la práctica de un dictamen pericial.
- v. El Tribunal, a través del Auto No. 31 de Noviembre 3, 2011, y con algunas precisiones, decretó las antedichas aclaraciones y complementaciones.
- vi. Mediante escritos de Noviembre 21 y 23, 2011, el Perito Melguizo y el Perito Torres, respectivamente, produjeron las aclaraciones y complementaciones.

¹³

Acta No. 10 de Junio 2, 2011.

- vii. Mediante Auto No. 33 de Diciembre 1, 2011, se corrió traslado a las Partes de las respuestas dadas por los Peritos y de la Objeción al Dictamen Técnico.
 - viii. Durante el traslado de las aclaraciones y complementaciones, el Banco presentó la Objeción al Dictamen Financiero, aportando como prueba un dictamen técnico financiero.
 - ix. Dentro del término del traslado Fonade se pronunció sobre la Objeción al Dictamen Financiero, pidiendo su desestimación y solicitando como prueba una certificación por parte de Fonade.
 - x. Dentro del término del traslado el Banco se pronunció sobre la Objeción al Dictamen Técnico, solicitando su desestimación y aportando como prueba un dictamen técnico.
 - xi. Por Auto No. 35 de Diciembre 14, 2011, se ordenó tener en cuenta para el momento procesal oportuno las pruebas aportadas para acreditar y desechar las Objeciones, se ordenó librar el oficio para Fonade solicitado por tal Parte, y se denegó la práctica del dictamen pericial pedido por la misma.
- b. El interrogatorio de parte al representante legal de Fonade fue desistido por el Banco en Agosto 16, 2011 y aceptado mediante Auto No. 24 de la misma fecha.
- c. Testimonios:
- i. En Mayo 26, 2011, se recibió el Testimonio de Alberto Cardona;
 - ii. En Junio 2, 2011, se practicaron los Testimonios de Julián Vega y Yolanda Astrid Rodríguez;

- iii. En Junio 9, 2011, se recibió el Testimonio de Eduardo Machado y se aceptó el desistimiento del testimonio de Olga Patricia González;
 - iv. En Junio 16, 2011, se practicaron los Testimonios de Mirta Díaz, Diana Consuelo Blanco y Alicia Gordillo y se aceptó el desistimiento del testimonio de Jorge Alberto López;
 - v. En Julio 7, 2011, se llevaron a cabo los Testimonios de Ricardo Augusto Hernández, Felipe Durán, Luis Francisco Alvarez y Germán Eduardo Nieto y se aceptó el desistimiento del testimonio de Ricardo Sánchez; y
 - vi. En Agosto 16, 2012, se recibieron los Testimonios de Sandra Figueroa, Clara Vega, María Teresa Cuello y Gerardo Hernández.
- d. Mediante Auto No. 16 de Junio 2, 2011 se puso en conocimiento de Fonade la solicitud del Banco sobre traslado del Informe de la SCI y del Informe de PAYC, sin que hubiera habido manifestación al respecto.
29. Adicional a las pruebas ordenadas, el Tribunal, mediante Auto No. 25 de Agosto 16, 2011, decretó de oficio una inspección judicial en las oficinas de Fonade en la que esta podría exhibir la documentación relevante al Proceso, diferente a la que ya se hubiera aportada al mismo, facultad que en su momento fue igualmente extendida al Banco.
30. La inspección judicial se inició en Septiembre 16, 2011, y luego de algunas suspensiones, mediante Auto No. 28 de Octubre 21, 2011, se dispuso su cierre, por considerar cumplido y agotado el objeto de la misma.
31. Clausurado sin objeción el debate probatorio, mediante Auto No. 38 de Diciembre 19, 2011, se citó a las Partes para presentar los Alegatos.

32. En Febrero 1, 2012, el Banco y Fonade expusieron oralmente sus argumentos y entregaron los Alegatos.
33. El representante del Ministerio Público, quien fue debidamente informado y citado en este Arbitraje mediante Oficio No. 01 radicado en dicha entidad en Noviembre 16, 2010, se hizo presente en varias de las audiencias del Proceso y presentó su concepto de fondo en escrito en Febrero 13, 2012.
34. En Febrero 14, 2012, se llevó a cabo una audiencia de reconstrucción parcial del expediente, en cuanto al informe técnico de Eduardo Machado aportado por Fonade como prueba de la Objeción al Dictamen Financiero, para lo cual el Convocado aportó copia del correspondiente escrito declarando, bajo la gravedad del juramento, que correspondía al original que en su momento había aportado, ante lo cual el Convocante no hizo ninguna observación o manifestación.
35. En consecuencia, el Tribunal ordenó la incorporación al expediente de la mencionada copia, declarando de esta forma reconstruido el Proceso. Igualmente le concedió un término adicional a las Partes y al Ministerio Público para que complementaran sus Alegatos en lo que hiciera relación con la pieza procesal reconstruida, a lo cual aquellas y este procedieron en Febrero 17, 2012.
36. Por no existir término especial pactado en la Cláusula Compromisoria, el presente Arbitraje tiene duración de seis (6) meses contados a partir de la conclusión de la primera audiencia de trámite, esto es Mayo 9, 2011.
37. En tales circunstancias, el término para concluir las actuaciones habría expirado en Noviembre 9, 2011. Sin embargo, las Partes solicitaron en varias oportunidades la suspensión del Proceso y el Tribunal las decretó, tal como se relaciona a continuación:
 - a. Mediante Auto No. 18 de Junio 9, 2011, desde el 10 hasta el 15 de Junio, 2011, ambas fechas inclusive, esto es durante 6 días comunes;

- b. Mediante Auto No. 19 de Junio 16, 2011, desde Junio 22 hasta Julio 6, 2011, ambas fechas inclusive, esto es durante 15 días comunes;
 - c. Mediante Auto No. 22 de Julio 7, 2011, desde Julio 8 hasta Agosto 15, 2011, ambas fechas inclusive, esto es durante 39 días comunes;
 - d. Mediante Auto No. 25 de Agosto 16, 2011, desde Agosto 20 hasta Septiembre 15, 2011, ambas fechas inclusive, esto es durante 27 días comunes;
 - e. Mediante Auto No. 29 de Octubre 21, 2011, desde Octubre 27 hasta Noviembre 2, 2011, ambas fechas inclusive, esto es durante 7 días comunes;
 - f. Mediante Auto No. 32 de Noviembre 3, 2011, desde el 4 hasta el 30 Noviembre, 2011, ambas fechas inclusive, esto es durante 27 días comunes;
 - g. Mediante Auto No. 37 de Diciembre 14, 2011, desde Diciembre 21, 2011, hasta Enero 31, 2012, ambas fechas inclusive, esto es durante 42 días comunes;
 - h. Mediante Auto No. 41 de Febrero 10, 2012, desde Febrero 23 hasta Abril 26, 2012, ambas fechas inclusive, esto es durante 64 días comunes.
38. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 103 de la Ley 23 de 1991,¹⁴ al término inicial, se adicionan los **227 días comunes** de suspensión

¹⁴ "Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

antes detallados y, por consiguiente, el término establecido en la norma citada expira en **Junio 23, 2012**.

39. En tal virtud, el Laudo es proferido dentro del término legal.

En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.”

III. POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES. PLANTEAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A. Demanda

1. La Demanda,¹⁵ amén de identificar a las Partes, señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, referirse al procedimiento y cuantía de la acción propuesta, acompañar y solicitar la práctica de pruebas e incluir información para fines de notificaciones, trae su versión de los hechos relevantes al Arbitraje en cincuenta y siete (57) numerales que cubren los siguientes temas y subtemas:
 - a. "HECHOS REFERENTES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO"
 - b. "HECHOS RELATIVOS AL DESARROLLO DEL CONVENIO"
 - c. "HECHOS RELATIVOS A LA CONTRATACIÓN DERIVADA A CARGO DE FONADE"
 - i. "Contratos de Diseño e Interventoría de Diseño"
 - "CONSORCIO SAN ANDRÉS";
 - "CONSORCIO PROYECTOS Y DISEÑOS";
 - "CONSORCIO M & G."
 - ii. "Contratos de Obra e Interventoría de Obra"

¹⁵ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 1 y siguientes.

- "CONSORCIO INTERPROYECTOS 2007";
 - "CONSORCIO CONSULTORÍAS 2007";
 - "CONSORCIO ORBITA & CESCONSTRUCCIONES";
 - "CONSORCIO SAN ANDRÉS 2007".
- d. "HECHOS RELATIVOS A LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ No. 1"
- e. "HECHOS RELATIVOS A LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ No. 2"
- f. "HECHOS RELATIVOS A LA ETAPA DE DISEÑOS DEL CONTRATO"
- g. "HECHOS RELATIVOS A LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO"
- h. "HECHOS RELATIVOS A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO"
2. Las pretensiones de la Demanda, a su turno, son tanto declarativas como de condena,¹⁶ así:

"1. PRETENSIONES DECLARATIVAS.

PRIMERA. DECLARAR que **FONADE** incumplió **EL CONTRATO** No. 03100500.

SEGUNDA. DECLARAR que **FONADE** es responsable de los perjuicios ocasionados a **EL BANCO** generados con ocasión del incumplimiento contractual a que se refiere la pretensión primera anterior.

¹⁶ Ibíd. – Folios 4 y siguientes.

TERCERA. LIQUIDAR EL CONTRATO suscrito el 20 de octubre de 2005, por encontrarse frustrada la liquidación del mismo mediante común acuerdo, y por la imposibilidad de llevarla a cabo de forma unilateral.

2. PRETENSIONES DE CONDENACIÓN.

CUARTA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, **CONDENAR a FONADE** a pagar **al BANCO** el valor de los perjuicios de todo orden; pasados, presentes y futuros ocasionados por los incumplimientos contractuales de **FONADE**, en la suma que se establecerá durante el trámite arbitral.

QUINTA. CONDENAR al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO- FONADE a reconocer y pagar a **EL BANCO** la actualización de las sumas dinerarias que resulten a su favor, hasta la ejecutoria del laudo arbitral.

SEXTA. CONDENAR a FONADE a pagar los intereses legales comerciales a la tasa más alta autorizada por la ley desde su causación y hasta el pago total.

SÉPTIMA. CONDENAR a FONADE en costas y gastos del proceso.”

B. Contestación

3. En la Contestación Fonade procedió como sigue:¹⁷
 - a. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la Demanda.

¹⁷ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 1 y siguientes.

- b. Se pronunció sobre los hechos de esta, aceptando algunos, negando otros, con explicaciones al respecto y, en fin, ateniéndose respecto de otros a lo que se probara en el Proceso.
- c. Propuso las Excepciones que denominó:
 - i. "Inexistencia de incumplimiento del contrato por parte de FONADE";
 - ii. "Inexistencia de daño a cargo de FONADE";
 - iii. "Inexistencia de responsabilidad por parte de FONADE"; y
 - iv. "Inexistencia de culpa".
- d. Finalmente, acompañó y solicitó la práctica de las pruebas que consideró pertinentes.

C. Reconvención

- 4. La Reconvención,¹⁸ amén de identificar a las Partes, señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, referirse al procedimiento y cuantía de la acción propuesta, acompañar y solicitar la práctica de pruebas e incluir información para fines de notificaciones, trae su versión de los hechos relevantes que se resumen a continuación:
 - a. Entre Fonade y el Banco se firmó el Contrato, cuyo objeto fue *"Aunar esfuerzos entre EL BANCO y FONADE para la realización de los siguientes proyectos: 1. Construcción de la Biblioteca del EL BANCO en la sucursal de San Andrés – Isla y, 2. Remodelación del inmueble existente en la sucursal de EL BANCO en la ciudad de Neiva, con el fin de que allí funcione una Biblioteca"*.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1 – Folios 144 y siguientes.

- b. De conformidad con su propuesta, que es parte integrante del Contrato, Fonade adquirió frente al Banco una obligación de resultado.
- c. Los datos básicos del Contrato son los siguientes:

Contrato	No. 195041
Clase	Gerencia Integral de Proyectos
Objeto	"Aunar esfuerzos entre EL BANCO y FONADE para la realización de los siguientes proyectos: 1. Construcción de la Biblioteca del EL BANCO en la sucursal de San Andrés - Isla y, 2. Remodelación del inmueble existente en la sucursal de EL BANCO en la ciudad de Neiva, con el fin de que allí funcione una Biblioteca."
Contratante	Banco de la República
Contratista	Fonade
Valor Inicial	\$ 6.460.813.786
Adición No. 1	\$ 2.836.821.69
Adición No. 2	\$ 338.544.849
Fecha de firma del Contrato	Octubre 20, 2005

Contrato	No. 195041
Plazo inicial	18 meses más 4 meses para liquidar
Fecha de inicio	Diciembre 1, 2005
Prórroga 1	10 meses
Prórroga 2	10 meses
Fecha de terminación	Febrero 1, 2009
Fecha solicitud del Banco terminación del Contrato	Julio 24, 2008
Fecha de firma acuerdo de terminación anticipada	Noviembre 25, 2008

- d. Fonade, en desarrollo del objeto contractual, y previamente al Acuerdo sobre Terminación Anticipada del Contrato, celebró diferentes contratos de consultoría y de obra, los cuales le generaron gastos que debían cubrirse con cargo a los recursos aportados por el Banco como parte de su obligación contractual.
- e. Sin embargo, Fonade tuvo que asumir directamente algunas deudas y obligaciones y algunas otras siguen pendientes de pago, ocasionadas exclusivamente en los subcontratos que celebró para atender la ejecución del Contrato, sin que a la fecha el Banco haya reconocido y reembolsado su valor.
- f. De conformidad con un informe preparado por el área técnica de Fonade, la entidad ha incurrido en gastos derivados del Contrato que no han sido reconocidos ni pagados por el Banco, así:

Saldo a favor de Fonade por diferencias de ingresos y egresos	\$ 550.314.045
Valor saldo Contrato según acta de liquidación	\$ 16.045.769
Conciliación Orbita y Cesconstrucciones	\$ 179.487.061
Reclamación Consorcio San Andrés 2007	\$ 2.257.986.540
Total	\$ 2.453.519.370

- g. El Banco convocó el presente Tribunal y presentó Demanda con la pretensión de obtener una indemnización por valor de \$ 5.200.000.000, con fundamento en un supuesto incumplimiento del Contrato por parte de Fonade, lo cual también le genera gastos adicionales como Demandado dentro del presente Proceso.

5. La Reconvención trae pretensiones declarativas y de condena,¹⁹ así:

“1. Que se ordene y proceda a la liquidación del contrato No. 195041, celebrado entre FONADE y el Banco de la República, cuyo objeto fue *'Aunar esfuerzos entre EL BANCO y FONADE para la realización de los siguientes proyectos: 1. Construcción de la Biblioteca del EL BANCO en la sucursal de San Andrés – Isla y, 2. Remodelación del inmueble existente en la sucursal de EL BANCO en la ciudad de Neiva, con el fin de que allí funcione una Biblioteca.'*

2. Que se declare que el Banco de la Republica incumplió parcialmente el contrato No. 195041, en lo referente con su obligación de pagar lo realmente ejecutado por FONADE, así como otros gastos derivados del contrato.

¹⁹ Ibíd. – Folios 149 y siguientes.

3. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Banco de la Republica a indemnizar a FONADE de manera integral por todos los perjuicios causados o que se causen, pasados, presentes o futuros, como consecuencia del incumplimiento contractual y se condene a pagar los diferentes conceptos que se detallan a continuación, más los intereses y actualización a que haya lugar, así:

Saldo a favor de FONADE por diferencia de ingresos y egresos: \$ 550.314.045

Valor saldo contrato No. 2070920 según acta de liquidación:
\$ 16.045.769

Conciliación Orbita y Cesconstrucciones: \$ 179.487.061

Reclamación Consorcio San Andrés 2007: \$ 2.257.986.540

Total: \$ 2.453.519.370

4. Que igualmente se condene al Banco de la República a pagar a FONADE el valor de todos los gastos y honorarios que deba asumir por concepto del funcionamiento del Tribunal de Arbitramento y por honorarios de los Arbitros y el Secretario, así como por la defensa dentro del proceso.

5. Que se condene en costa [sic] al Banco.”

D. Réplica

6. En la Réplica el Banco procedió como sigue:²⁰

a. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la Reconvención.

²⁰ Ibíd. – Folios 209 y siguientes.

- b. Se pronunció sobre los hechos de la Reconvención, básicamente aceptando algunos, negando otros, con explicaciones al respecto y, en fin, ateniéndose respecto de otros a lo que se probara en el Proceso.
- c. Propuso la Excepción que denominó "*Falta de competencia del Tribunal Arbitral*", y solicitó que "*se reconozcan en la sentencia todas las demás excepciones que resulten probadas en el proceso*".
- d. Finalmente, acompañó y solicitó las pruebas que consideró pertinentes.

E. Planteamiento del Ministerio Público

- 7. El representante del Ministerio Público, quien, como atrás se dijo, tuvo participación en varias de las audiencias de este Proceso, consignó lo que sigue, en un amplio concepto de fondo rendido en Febrero 13, 2012:
 - a. En su parte inicial, sintetizó los hechos y fundamentos legales de la Demanda y de la Contestación; los hechos más importantes relacionados con el Contrato, los subcontratos y su ejecución; las circunstancias que rodearon la terminación anticipada; los intentos de liquidación; y los temas tratados en el Dictamen Técnico.
 - b. En seguida transcribió extensos apartes de los Testimonios que en su opinión resultaron más relevantes para el esclarecimiento de los hechos, y al final consignó sus dos conclusiones de fondo:
 - i. Que la firma del Acuerdo sobre Terminación Anticipada del Contrato "*no enerva la reclamación en esta instancia por incumplimiento, ni va en contravía con la teoría de los actos propios, pues a él no se le puede dar el alcance que tiene un Acta de Liquidación bilateral del contrato, en la medida de que mientras ésta contiene las prestaciones y obligaciones cumplidas o no por ambas partes y constata los acuerdos, conciliaciones y*

*transacciones precisos para superar las diferencias presentadas; esto es, constituye un acto de aclaración de cuentas que abarca el balance del debe y el haber, el balance de la totalidad de las obligaciones a cargo de las partes, de cómo fueron ejecutadas y del estado en que ellas quedan, en aquél se guarda silencio al respecto”;*²¹ y

- ii. *Que “los diseños para la construcción de las bibliotecas del Banco de la República en las ciudades de Neiva y San Andrés fueron defectuosos; que ello es imputable a FONADE y conlleva el incumplimiento del contrato; que la terminación por mutuo acuerdo suscrita entre las partes no la exonera de responsabilidad; y que, por tanto, resulta procedente el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante.”*²²

- 8. Asimismo, en relación con el documento materia de reconstrucción parcial del expediente, el representante del Ministerio Público señaló, en Febrero 17, 2012, que el análisis del mismo no alteraba las evaluaciones y conclusiones de su concepto de fondo.

²¹ Cuaderno Principal No. 7 – Folio 90.

²² Ibíd. – Folio 91.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. Aspectos Procesales

1. Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el Proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.
2. En efecto:
 - a. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal acompañados al Arbitraje, tanto el Banco como Fonade son personas jurídicas legalmente formadas y representadas.
 - b. Ambas Partes actuaron por conducto de Apoderadas.
 - c. El Tribunal constató que:
 - i. Había sido integrado e instalado en debida forma;
 - ii. Las Partes eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas;
 - iii. El Banco consignó oportunamente la totalidad de la suma decretada por el Tribunal, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
 - iv. Las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y las Partes tenían capacidad para ello.

- d. El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes, habiéndose clausurado la etapa de instrucción sin objeción por parte de ellas.
- e. No obra causal de nulidad que afecte la actuación, habiéndose atendido oportunamente la manifestación de Fonade sobre el tipo de arbitraje correspondiente a este Proceso.

B. Objeciones

- 3. Previo al análisis de cada una de las Objeciones, el Tribunal, de manera general y con efecto sobre el análisis de cada una de ellas, señala lo que sigue.
- 4. Es en esta parte del Laudo –previo a adentrarse en el fondo de la controversia– cuando debe ocuparse de las Objeciones, pues, en efecto, si una de ellas, o ambas, llegaren a prosperar, el Tribunal no podría apoyarse en las conclusiones del Perito sobre las que haya recaído el error. Caso contrario, estará en plena libertad de hacerlo.
- 5. Proceder de otra forma, podría, eventualmente, conducir al equívoco de que el Tribunal, previa una valoración crítica, haya fincado su parecer (o parte del mismo) en evidencia que más adelante se considere afectada como resultado de la prosperidad de una o ambas Objeciones.
- 6. Establecido lo precedente, el Tribunal comienza por destacar que el artículo 238 del C.P.C. dispone que los dictámenes periciales son objetables por error grave, cuando éste sea *“determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.”*²³

²³ El texto completo de este artículo es:

“Para la contradicción de la pericia se procederá así:

- 1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

7. El **error grave** es, entonces, una equivocación de tal importancia que:
 - a. Bien **impone o determina** la conclusión del perito, y en este sentido cabe decir que sin tal error la conclusión pericial habría sido distinta; o
 - b. Bien la conclusión del perito es en sí misma **equivocada** con respecto a las comprobaciones reales, lo que trae consigo que si éstas hubieren sido recta y adecuadamente valoradas se habría llegado a una conclusión diferente.
8. En ambas hipótesis el error grave está centrado en los **hechos** materia del dictamen, ya porque objetivamente no fueron bien comprobados, ora porque, habiéndolo sido, subjetivamente el perito los valoró o apreció equivocadamente.
9. Lo anterior implica, *ab initio*, y con notable relevancia, que no se puede confundir *error grave*, con desavenencia con el concepto profesional del perito.

2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.

3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108 por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas."

10. Ha expresado la Corte Suprema:

“La tacha por error grave a que se refiere la norma citada [art. 238 del C.P.C.] **no es una vía para controvertir los razonamientos y conclusiones del perito.** Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva.”²⁴

11. Y con referencia al laudo arbitral expedido en Mayo 25, 2007 en el caso *Fer-soft vs. BBVA*, el profesor Hernán Fabio López expone:

“Ante todo se debe poner de presente que el error grave... implica que el mismo *‘haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos’* o que *‘se haya originado en éstas’*, disposición respecto de la cual existe abundante literatura jurídica que, de manera concordante, pone de presente que la falla debe ser de tal entidad *‘que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones.’*

Se tiene así que **el desacuerdo con las fundamentaciones o las conclusiones de un perito, no constituye por sí solo razón plausible para admitir la censura por error**, pues es necesaria la evidencia de una abierta pugna de lo sostenido por el experto con la realidad, de manera tal que

²⁴

Sentencia de la C.S.J. – Gaceta Judicial Tomo LXXXV – Página 604, citada en el laudo arbitral de *Construcciones C.F. Ltda. vs. Banco de la República* de Marzo 5, 2007.

pueda llevar a quien analiza la prueba a tomar decisiones equivocadas o imprecisas (...)

Se advierte que siempre la prueba pericial tiene como finalidad ayudar a formar el criterio del juez respecto de ciertos puntos que se controvierten dentro de un debate judicial, pero que no tienen carácter imperativo para la decisión a tomar, pues del análisis y crítica de la respectiva experticia sacará el juez sus conclusiones, que bien pueden apartarse de las del perito, sin que esa circunstancia conlleve que aquel haya incurrido en error grave, pues no se puede perder de vista que la decisión final, basada en el análisis de los elementos probatorios y crítica de ellos, corresponde exclusivamente al juez.

En otras palabras, el hecho de que se decida una objeción por error grave declarando no probado el mismo, no implica que se deba admitir sin análisis y valoración las conclusiones a las cuales llegó el perito; es más, aún sin declararlo como incurso en grave error, puede apartarse de los criterios señalados, debido a que siempre prima la opinión del juez (...)

Tan claro es lo anterior, que aún en el evento de que no se formule objeción, idéntico poder crítico frente a la experticia se tiene."²⁵

12. Vistas las consideraciones precedentes, el Tribunal acomete el estudio de cada una de las Objeciones en los términos que siguen.

B.1 Objeción al Dictamen Financiero

13. La Objeción al Dictamen Financiero, que el Banco precisó que era de índole parcial, se concentra en las respuestas dadas por el Perito Financiero a los literales (c) a (e) de la solicitud de aclaración requerida por el Demandante, donde, en esencia, concluyó que los anticipos entregados por este a Fonade y

²⁵ Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo III, Bogotá, Dupré Editores Ltda., 2008, nota de pie de página No. 21, páginas 273 a 275.

pendientes de legalización no eran propiedad del Banco, apreciación que se hizo extensiva a los anticipos no amortizados incluidos en las liquidaciones de los subcontratos celebrados por Fonade.

14. El Banco caracteriza el error grave en que incurre el Perito Financiero en la circunstancia de que parte de un *"supuesto errado, como es que las sumas no legalizadas entre el FONADE y sus subcontratistas, no son propiedad del Banco de la República, cuando sí lo son porque al ser recursos transferidos para la ejecución del proyecto pero no, a título de contraprestación, son recursos públicos de quien los giró: el BANCO DE LA REPUBLICA y por ello, a él pertenecen."*²⁶
15. Dado este supuesto errado, el Banco sigue que la conclusión del Perito es necesariamente equivocada, con lo cual se configura el error grave endilgado al Dictamen Financiero.
16. En apoyo de la objeción planteada, el Banco se refiere al dictamen del señor Carlos Arturo Rodríguez, aportado como prueba del error, y cita la parte del mismo que se refiere al tratamiento que debe darse a los anticipos.²⁷
17. El Tribunal, en línea con lo expuesto en precedencia sobre la naturaleza y características que para su prosperidad deben tener las tachas por error grave, considera que lo que se presenta en este caso es un desacuerdo del Banco con lo concluido por el Perito Financiero, circunstancia que, por sí sola, no da margen para determinar la existencia de error grave.
18. Pero es más, el propio experticio aportado por el Banco, le da la razón al Dictamen Financiero, si bien hace una claridad:

"Como conclusión, si bien es cierto que en el caso que nos ocupa, los saldos de los anticipos no amortizados

²⁶ Objeción al Dictamen Financiero – Página 7.

²⁷ Cf. *ibíd.*, páginas 6 y 7.

incluidos en las liquidaciones de los subcontratistas del FONADE, no le pertenecen al BANCO DE LA REPUBLICA, como lo menciona el perito financiero en su informe, también lo es que dichos anticipos deben tenerse en cuenta en el momento de la liquidación del contrato celebrado entre EL BANCO Y EL [sic] FONADE....".²⁸

19. Lo anterior es, entonces, concluyente para desestimar la Objeción al Dictamen Financiero, decisión que se reflejará en la parte final de este Laudo y que, además, implica, al tenor del inciso final del artículo 239 del C.P.C.,²⁹ que se le haga entrega de sus honorarios al Perito Financiero.

B.2 Objeción al Dictamen Técnico

20. La Objeción al Dictamen Técnico tiene seis (6) aspectos, cinco (5) de ellos agrupados bajo un mismo parámetro, todos los cuales se evalúan a continuación:
- a. Considera Fonade que existe error grave por parte del Perito Técnico por cuanto en la respuesta a la pregunta No. 1 formulada por el Banco señaló que no era "*posible determinar específicamente las actividades que se hubieran debido realizar para conservar y mantener unas obras que fueron suspendidas hace tres años...*",³⁰ y más adelante (respuesta a la pregunta No. 3 del Banco) indica que las actividades desarrolladas por el Banco "*resultaron apropiadas desde el punto de vista técnico para conservar y mantener las obras recibidas de FONADE.*"³¹

²⁸ Objeción al Dictamen Financiero – Página 7.

²⁹ "Antes del vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante deberá presentar al juzgado los títulos de los depósitos judiciales, los cuales se le entregarán al perito sin necesidad de auto que lo ordene, una vez cumplida la aclaración o complementación ordenada y siempre y cuando no prospere alguna objeción que deje sin mérito el dictamen."

³⁰ Dictamen Financiero – Página 1-1.

³¹ Ibíd. – Página 1-6.

Esta argumentación de Fonade es un sofisma, que no puede conducir a declarar probado el error grave reclamado, pues la respuesta del Perito Técnico ha de mirarse en conjunto con la respuesta No. 2, que describe una serie de actividades adelantadas por el Banco luego del recibo de las obras, para luego, **con base y explícita referencia a tales labores**, concluir que desde el punto de vista técnico ellas fueron idóneas para la conservación y mantenimiento de lo entregado por Fonade.

- b. Las restantes cinco (5) circunstancias donde Fonade estima que se configura error grave del Dictamen Técnico se fundan, en esencia, en discrepancias entre lo consultado por el Perito Técnico para emitir sus respuestas y conclusiones y la documentación que se señalaba en las preguntas correspondientes como base para las evaluaciones del Perito.

El Tribunal considera que, al margen de la mayor diligencia que hubiera podido desplegar el Perito Técnico –incidentalmente designado a raíz del acuerdo de las Partes sobre su nombre– lo cierto es que este se apoyó, en todas las ocasiones, en documentación relevante, estrechamente vinculada con la ejecución de las obras estipuladas en el Contrato, que, o bien aludían a “*estudios y diseños entregados por FONADE al Banco*”, caso de la respuesta a la pregunta No. 6 del Banco, o bien hacían parte de conjuntos tan genéricos como “*demás información entregada al Banco*”, caso de la respuesta a la pregunta No. 7 del Banco, o “*documentación contractual*”, caso de la respuesta a la pregunta No. 9 del Banco,³² o “*documentos contractuales e historia del proyecto*”, caso de la respuesta a la pregunta No. 10 del Banco.

³² Fonade también objetó por error grave la respuesta dada por el Perito Técnico a una pregunta hecha por tal Parte sobre la base de que se remitía a la respuesta dada a la pregunta No. 9 del cuestionario del Banco, que previamente había sido objetada.

Efectivamente, el Perito Técnico hace la remisión que señala Fonade, bastante obvia dada la identidad en las preguntas y, naturalmente, de no prosperar la objeción con respecto a la respuesta dada a lo requerido por el Banco, tampoco cabe prosperidad con referencia a lo respondido a la pregunta de Fonade.

Por ende, no puede afirmarse que existe divorcio tal entre lo señalado como fuentes de información en las diversas preguntas y lo consultado por el Perito para emitir las correspondientes respuestas, que conduzca a considerar probada la Objeción al Dictamen Técnico.

Por otra parte, si bien el énfasis de la Objeción al Dictamen Técnico radica, como se ha dicho, en la documentación utilizada como soporte por el Perito y no en las conclusiones a que arriba éste, los casos en que Fonade manifiesta discrepancia con lo aseverado en el Dictamen Técnico, no pasan de ello, esto es, desacuerdos con la evaluación del Perito, circunstancia que, como atrás se expuso, no da margen, por sí sola, para determinar la presencia de error grave.

21. Corolario de lo anterior es que, igual a lo acaecido con relación a la tacha del Dictamen Financiero, se desestimaré la Objeción al Dictamen Técnico, decisión que también se reflejará en la parte final de este Laudo, e implica, además y en consonancia con la norma procesal arriba citada, que se le haga entrega de sus honorarios al Perito Técnico.

C. Análisis general

22. Agotado el punto de las Objeciones, tanto para efectos de la evaluación contextual de las pretensiones de las Partes, como para dilucidar las diferentes visiones que estas han sometido respecto del Contrato,³³ y previo al análisis específico de las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención y sus correlativas Excepciones, el Tribunal estima procedente tratar ciertos temas, cuya evaluación gravitará sobre las secciones siguientes del Laudo.

³³ En el Alegato del Banco se señala que el Contrato encaja en la figura contractual conocida como "llave en mano", exponiendo las razones de tal afirmación. (Cf. Alegato del Banco, páginas 17 a 19).

En el Alegato de Fonade se indica que la obligación contractual de Fonade corresponde a una obligación "de resultado", y que ella se extinguió a raíz del Acuerdo, sin que quepa demandar rescimiento por incumplimiento. (Cf. Alegato de Fonade, páginas 5 a 10).

23. A tal fin, se tratarán los tópicos que siguen:

- a. Naturaleza del Contrato;
- b. Naturaleza del Acuerdo sobre Terminación del Contrato.

C.1 Naturaleza del Contrato

24. La parte final de los "Considerandos" del Convenio, recogiendo los mismos, expresa que se trata de un acuerdo de "Gerencia Integral de Proyectos", que tiene por objeto:

"**Aunar** esfuerzos entre EL BANCO y FONADE para la realización de los siguientes proyectos: 1. Construcción de la Biblioteca de EL BANCO en la Sucursal de San Andrés – Isla y, 2. Remodelación del inmueble existente en la sucursal de EL BANCO en la ciudad de Neiva, con el fin de que allí funcione una Biblioteca."³⁴

25. El texto precedente que, de suyo, implica una interacción entre las Partes, mucho más relevante si se considera la gran experiencia del Banco en obras de la índole estipulada en el Contrato,³⁵ tiene reflejo en ciertas estipulaciones como, por ejemplo, el párrafo 8º de la cláusula 7ª ("Costo de los Proyectos – Valor y forma de pago") y el párrafo de la cláusula 8ª ("Comités"), que rezan, respectivamente:

"EL BANCO podrá inspeccionar en cualquier momento el desarrollo de los proyectos y la utilización de los recursos asignados a cada uno de ellos."

³⁴ § 1.

³⁵ Cf., p. ej., cita del Testimonio de Alicia Gordillo (Nota de Pie de Página No. 74 *infra*).

“EL BANCO podrá solicitar la celebración de las reuniones que considere pertinentes con el personal de FONADE encargado de la gestión de cada uno de los proyectos.”³⁶

26. A su turno, y en línea con la caracterización del Contrato como “*Gerencia Integral de Proyectos*”, en la cláusula 3ª (“*Obligaciones de FONADE*”) se establecen, entre otros compromisos de Fonade “[p]ara el desarrollo del presente contrato”:

“1.1 Ejercer la gerencia y proporcionar la asesoría técnica, jurídica, de coordinación, control y supervisión a que haya lugar para el adecuado desarrollo de los proyectos.

1.2 Asumir la dirección, coordinación general y el control técnico, administrativo y presupuestal de los trabajos, instalaciones técnicas y suministro e instalación de equipos, para cada uno de los proyectos objeto de este contrato. (...)

1.6 Adelantar los procesos de contratación de subcontratistas que se requieran para el desarrollo de las actividades, de acuerdo con los procedimientos de selección establecidos en el Manual Interno de Contratación de FONADE, sujetos al presupuesto aprobado para la ejecución del presente contrato y efectuar su respectivo control de ejecución.

1.7 Verificar que todos los contratos que se suscriban para el desarrollo de los proyectos, se ejecuten de acuerdo con los

³⁶ En consulta absuelta en Junio 13, 2002 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con referencia a un contrato entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía y el Instituto de Fomento Industrial – IFI –cuya naturaleza correspondía al de “administración delegada”– con ocasión del examen del régimen de responsabilidad aplicable a la gestión contractual del segundo, se puso de presente lo que sigue sobre textos similares a los transcritos:

“...el contrato de administración delegada se ejecuta por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra y el contratista es un delegado o representante de aquella; por tanto, la entidad estatal contratante no podía descuidar el desarrollo del contrato. (...)

Es evidente entonces que la entidad estatal contratante tenía facultades y formas de auditoría y vigilancia para realizar el seguimiento de la ejecución del contrato....”

planos, especificaciones, cantidades de obra y calidad de materiales aprobados. En caso de que así no fuere, deberá rechazar las obras que no se ciñan a los mismos, bien sea por su calidad, los materiales empleados o por la forma de ejecución de los trabajos.

1.12 Tramitar ante las autoridades competentes la aprobación de las licencias de demolición y construcción respectivas.... así como cualquier otra licencia, autorización o permiso que se requiera....

1.14 Contar con las interventorías y controles de ejecución necesarios durante el desarrollo de las actividades de construcción, demolición y en las demás que sea necesario.”

27. Lo anterior significa que Fonade no se encargó directamente ni de diseñar ni de construir las dos bibliotecas, sino de seleccionar, de acuerdo con su Manual Interno de Contratación, a los subcontratistas requeridos para la ejecución de las distintas tareas, y asumir la dirección, coordinación y control general de los proyectos.
28. Por eso se estableció en la § 2.1 de la cláusula 3ª que Fonade se obligaba a *“Celebrar, en su nombre y bajo su responsabilidad, los subcontratos que sean necesarios para la ejecución normal de este contrato....”*.
29. De otra parte, y también en consonancia con la índole del Contrato, en la cláusula 6ª (*“Honorarios – Valor y forma de pago”*) se estableció:

“EL BANCO pagará a FONADE por concepto de la **gerencia integral de los proyectos**, la suma de TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$316.000.000) MONEDA CORRIENTE....”.

30. En cuanto al pago de las obras propiamente dichas, en la cláusula 7ª se estableció un mecanismo especial, que puede sintetizarse así: por cada proyecto

se entregaba una suma fija inicial, y cuando se hubiera utilizado el 70% de la misma, *"FONADE solicitará a EL BANCO la entrega de nuevos recursos, hasta concurrencia de la suma inicial transferida"*.

31. También exigió el Convenio en el párrafo 1º de la cláusula en mención que *"[p]ara la entrega sucesiva de los recursos restantes, es requisito indispensable la presentación de la solicitud de recursos acompañada de la relación de gastos, debidamente aprobadas por la Interventoría y FONADE."*³⁷

32. Para esclarecer a qué corresponde un *"contrato de gerencia integral de proyectos"* dentro de las categorías conocidas en el medio colombiano, es útil acudir, para fines de ilustración, al ya derogado Decreto 222 de 1983, que clasificó los contratos de obra según la forma de pago,³⁸ así:

"Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:

1. Por un precio global;

2. Por precios unitarios, determinando el monto de la inversión;

3. Por el sistema de administración delegada;

4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y

5. Mediante el otorgamiento de concesiones."³⁹

³⁷ En el Testimonio de Yolanda Astrid Rodríguez, vinculada a la Gerencia General de Proyectos de Fonade y, en la última etapa de la obra encargada del Convenio en nombre de tal entidad, se indica que este mecanismo no era el acostumbrado por Fonade. (Cf. Testimonio de Yolanda Astrid Rodríguez, páginas 92 y 93).

³⁸ El actual estatuto de contratación pública (Ley 80 de 1993 y sus modificaciones) solo trae en su artículo 32 caracterizaciones genéricas y a título enunciativo de las siguientes modalidades de contratos estatales: "obra", "consultoría", "prestación de servicios", "concesión" y "encargos fiduciarios y fiducia pública".

³⁹ Artículo 82.

33. De estas modalidades el Convenio combina tres, sin corresponder exactamente a ninguna:
- a. De los contratos a *precio global*, el Convenio responde a la definición del artículo 88 del decreto en referencia, en cuanto a que el contratista “*es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos*”, pero no responde a que el contratista recibe como “*remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios*”;⁴⁰
 - b. De los contratos de *administración delegada*, el Convenio responde a la caracterización de los artículos 90 y 91 *ibidem*, en cuanto a que el contratista “*se encarga de la ejecución del objeto del convenio.... es el único responsable de los subcontratos que celebre [y toma] bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra*”, pero no responde a que en los subcontratos el contratista actúa “*por cuenta y riesgo del contratante*”;⁴¹
 - c. De los contratos *por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios*, el Convenio responde a la definición del artículo 101 *in fine* en cuanto a que “*el contratista, con cargo a sus propios recursos, eje-*

⁴⁰ El texto completo del artículo es:

“Los contratos a **precio global** son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.”

⁴¹ El texto completo de estos artículos es:

Art. 90: “Contratos de **administración delegada** son aquellos en que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre.”

Art. 91: “Corresponde al administrador delegado tomar bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, de conformidad con las cláusulas del respectivo contrato.”

cuta las obligaciones a que se comprometió y... con la periodicidad acordada, la entidad contratante le va reintegrando los gastos comprobados y le paga los honorarios causados”, pero no responde a que el contratista asuma los costos iniciales “con cargo a sus propios recursos”.⁴²

34. La Apoderada del Banco considera que el Convenio fue un contrato “*llave en mano*”.⁴³ Sin embargo, en ninguna parte se pactó que así lo fuera.
35. Por lo demás, como en esos contratos el contratista asume la mayor responsabilidad que se concibe para un contrato de obra, así también exige una remuneración mayor que la usual en los otros tipos de contratos de obra.⁴⁴ Por eso, lo acostumbrado en los contratos *llave en mano* es que se pacte una suma global fija,⁴⁵ que está destinada a cubrir todos los costos y toda la utilidad del contratista frente a todos los posibles riesgos que se puedan presentar en una obra.

⁴² El texto completo del artículo es:

“Son contratos con **reembolso de gastos** aquellos en los cuales el contratista, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones a que se comprometió y en los que, con la periodicidad acordada, la entidad contratante le va reintegrando los gastos comprobados y le paga los honorarios causados. (...)”

⁴³ Cf., como se indicó en nota precedente, el Alegato del Banco, páginas 17 a 19.

⁴⁴ El honorario pactado con Fonade no llegaba siquiera al 5% del valor de las obras.

⁴⁵ “La idea detrás de la modalidad llave en mano es, para expresarlo crudamente, encargar al contratista de la ingeniería, las compras y la construcción de las obras requeridas, y, una vez listo para operar, entregarle las llaves al dueño con el fin de que entre a operar las instalaciones. Llave en mano, en principio, significa un contrato en que el contratista provee lo necesario para un propósito determinado.

La contratación llave en mano es llamada también ‘Precio Global Llave en Mano’ o ‘LSTK’ [por las iniciales en inglés de *Lump Sum Turn Key*], para hacer énfasis en el propósito perseguido por las partes, asignando al contratista la responsabilidad de entregar el proyecto a tiempo y al nivel de ejecución exigido, a cambio del pago de un precio fijo. El precio global llave en mano incluye partidas para contingencias con el fin de protegerse contra el riesgo de que las cosas cuesten más o tomen más tiempo para su entrega. **Los dueños esperan pagar un precio más alto por un contrato llave en mano.”**

(Jonathan Hosie, Turnkey Contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get?, Noviembre 2007, Mayer Brown – T. del T.).

36. En el presente caso, no solo **no** se pactó una suma global fija, sino que expresamente se pactó lo contrario. Por un lado, se estableció que el precio del Contrato era apenas el “valor **estimado** para la ejecución de los proyectos”.⁴⁶ Por la otra, se pactó que si Fonade lograba terminar la obra por un monto inferior al “valor estimado”, la diferencia no era para este sino para el Banco.⁴⁷
37. Fonade, a su turno, consideró que el Contrato se volvió de *reembolso de gastos*, pues, previo al recibo de los dineros del Banco, terminó pagando directamente a los subcontratistas.⁴⁸
38. Si bien, como se anotó, el Convenio no encaja exactamente dentro de ninguna de las categorías contractuales anteriormente definidas en el Decreto 222 de 1983, a la que más se asemeja es a la de un contrato de *administración delegada*,⁴⁹ porque si bien en sus subcontratos Fonade no actuaba como

⁴⁶ § 7.

⁴⁷ § 7 – Parágrafo 6.

⁴⁸ Cf. Testimonio de Yolanda Astrid Rodríguez, páginas 81 y 82

⁴⁹ Sobre los contratos de administración delegada, en sentencia de Septiembre 16, 2010, el Consejo de Estado expresó:

“Esta concepción legal en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar los contratos celebrados entre particulares bajo la denominación de ‘Administración Delegada’, dada la inexistencia de normas civiles que los tipifiquen.

De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados. (...)

Como tal, el contrato abarca dos grupos de obligaciones principales, las propias del contrato de ‘arrendamiento para la confección de una obra material’, regulado por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, cuyo objeto principal es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y los plazos convenidos; y las que atañen a las relaciones establecidas entre el propietario y el constructor en lo que concierne a la administración de los fondos que deben invertirse para la ejecución de dicha obra, regidos por las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato (arts. 2142 a 2199), en cuanto no pugnen con las estipulaciones hechas por los contratantes y con las características especiales del contrato. Frente a cada una de ellas el constructor asume responsabilidades correlativas.

En términos generales... el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funcio-

mandatario directo del dueño, su responsabilidad esencial era la **dirección técnica** de las obras.

39. Así, por lo demás, lo entendió en la práctica el propio Banco, como se desprende del Testimonio del arquitecto Julián Vega, funcionario del "*departamento de infraestructura del Banco*",⁵⁰ y una de las personas que más participó en la ejecución del Convenio:

"... con el propósito de no desplazar en la programación el inicio de estos proyectos, el Banco estudió las posibilidades de delegar las actividades que en todos los proyectos están a cargo de funcionarios del Banco de manera técnica, delegarlo a un ente competente y confiable que pudiera hacer las veces en esa labor de desarrollo de gerencia de proyecto y terminación de los mismos, la alternativa que se estableció fue la del convenio interadministrativo y la entidad fue Fonade."⁵¹

40. Pero lo que sí reflejó el Convenio con claridad, y en ello se aparta de la noción clásica de los contratos de *administración delegada*, fue que el Banco no quiso tener relación directa con los subcontratistas. El mismo funcionario Vega lo expresó así:

nes, como fondos económicos.... remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. A su vez, el contratista toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución.... escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de éste; subcontratar....y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

De acuerdo con esta perspectiva, es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, 'una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera', y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177)."

(Sentencia 1999-90004 – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta).

⁵⁰ Testimonio de Julián Vega – Página 2.

⁵¹ *Ibíd.* – Página 3.

“Dicho de otra manera.... el Banco monitoreó el convenio, el Banco no monitoreó subcontratos y subprocesos de Fonade, ese es un concepto que me parece a mí que debe quedar absolutamente claro, espero que el discurso [sic] así lo deje.”⁵²

41. Lo expuesto conduce, entonces, a afirmar que no se trató de un contrato *llave en mano* y que la naturaleza del Contrato presenta semejanzas, mas no tipicidad plena con los contratos *de administración delegada*,⁵³ en especial, con la configuración de un mandato entre el dueño y la firma encargada de la gestión del proyecto, toda vez que el Convenio aparece cierta dicotomía, ya que el Banco, si bien podía enderezar su acción contra Fonade, **no lo podía hacer**

⁵² Ibíd. – Página 15.

⁵³ En sentencia de Mayo 31, 1938, la C.S.J. expresó:

“[L]a combinación de diferentes tipos de contrato o de prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos se presentan en estas formas: 1ª Uniones de contratos; 2ª Contratos mixtos, y 3ª Contratos típicos con prestaciones de otra especie.

Las uniones de contratos se subdividen a su turno en tres especies: a) Unión simplemente externa. Los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente, sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros.... b) Unión con dependencia unilateral o bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones.... c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro contrato. (...)

Los contratos mixtos se subdividen igualmente en tres especies: a) Los gemelos o combinados. En esta hipótesis, una de las partes se obliga a una contraprestación unitaria a cambio de varias obligaciones principales que corresponden a distintos tipos de contratos contraídos por la otra parte. Aquí no se da el fenómeno de los contratos unidos entre sí. Solo se trata de dos o más tipos de contratos mezclados. (...)

b) Contratos mixtos en sentido estricto en donde se da un elemento que corresponde a un contrato de otro tipo.... c) Los contratos de doble tipo en los cuales su contenido se amolda a dos tipos de contrato distintos, de modo que todo el negocio se presenta como una convención que puede ser ya de la una o de la otra especie. (...)

En cuanto a los contratos específicos con prestaciones subordinadas de otra especie, se caracterizan en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo.... Esta prestación de otra especie, subordinada al fin principal de la convención, puede revelarse, bien en un sentido secundario a esa finalidad total del contrato, o bien como medio encaminado a facilitar o posibilitar la realización de la prestación principal.”

(C.S.J. – Sentencia de Noviembre 30, 1938, *Antología Jurisprudencial – Corte Suprema de Justicia 1886 - 2006*, Tomo I, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, páginas 234 a 236).

contra los subcontratistas de este, ya que Fonade no los suscribió “*por cuenta y riesgo del contratante*”.

42. Será entonces bajo esta luz como se procederá a evaluar la conducta y deberes esperados de Fonade como gestor en un contrato de la naturaleza del celebrado con el Banco de la República, donde este le endilga:
- a. No haber actuado con la debida diligencia en el control de los diseños; y
 - b. No haber actuado con la debida diligencia en el control de las obras.
43. Fonade, a su turno, y al margen de la precitada referencia puntual a la asimilación del Contrato a la modalidad de *reembolso de gastos*, que el Tribunal no considera de identidad suficiente como para tipificar el Convenio en tal categoría, ha esgrimido que lo pactado con el Banco correspondía a una obligación “*de resultado*”, cuya liberación incondicional y general se produjo a raíz del Acuerdo sobre Terminación del Contrato.⁵⁴
44. El tópico de obligaciones “*de resultado*” y obligaciones “*de medio*” fue introducido en el ámbito nacional a través de la sentencia de la Corte Suprema de Noviembre 30, 1935, pronunciada por los admirables integrantes de la corporación para la época,⁵⁵ así:

[E]s menester distinguir entre las obligaciones ‘determinadas, precisas, o de resultado’ y las obligaciones ‘generales de prudencia y diligencia’. En las primeras, los actos que el deudor debe ejecutar están estrictamente indicados en el contrato o en la ley supletiva.... En las segundas –en las obligaciones generales de prudencia y diligencia– el deudor se ha comprometido a poner solamente toda la diligencia necesaria

⁵⁴ Cf., como se indicó en nota precedente, el Alegato de Fonade, páginas 5 a 10.

⁵⁵ Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa, Miguel Moreno, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha y Eduardo Zuleta.

y a tomar todas las precauciones razonables para llegar a un determinado resultado, que puede no ser alcanzado, a pesar de haber cumplido el deudor con sus deberes de prudencia y diligencia (....)

En las obligaciones determinadas o precisas, hay inexecución, y por consiguiente culpa, cuando no se llega al resultado prometido. En cambio, en las otras –en las de prudencia y diligencia– no hay inexecución por el solo hecho de no haber alcanzado el resultado propuesto: solo hay inexecución, y por lo tanto, culpa, cuando el deudor ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente.”⁵⁶

45. El doctor Hernando Tapias Rocha, comentando la jurisprudencia de la Corte Suprema y su desarrollo,⁵⁷ anota:

“[R]esulta clarísimo que si la obligación es de resultado, el incumplimiento del deudor ha de aparecer de una simple confrontación entre el resultado prometido y lo que este hizo para satisfacerlo, lo cual no entraña el examen de cómo ha debido hacerlo conforme al contrato, a la naturaleza del mismo o a la manera precisa como la obligación del deudor ha sido diseñada por el acuerdo de voluntades para satisfacer el interés del acreedor en bienes y servicios. Y que si la obligación es de medios o de lineamientos esfumados, como lo ha dicho la Corte, resulte entonces más difícil al acreedor demostrar el incumplimiento del deudor como que la comparación entre lo que prometió y lo que hizo para cumplir lo prometido no muestra con nitidez alguna si hubo o no incumplimiento.”⁵⁸

⁵⁶ C.S.J. – Sentencia de Noviembre 30, 1935.

(*Antología Jurisprudencial – Corte Suprema de Justicia 1886 - 2006*, Tomo I, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 87).

⁵⁷ Entre ellas la anteriormente citada sentencia de Noviembre 30, 1938.

⁵⁸ Hernando Tapias Rocha, La acción de responsabilidad contractual, *Los Contratos en el Derecho Privado*, Fabricio Mantilla y Francisco Ternera, Dirs., Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Legis S.A., 2007, página 238.

46. En ese contexto el Tribunal ha concluido que las obligaciones previstas en el convenio no pueden ser categorizadas en su integridad como de una u otra de esas modalidades.
47. Si bien es cierto que el objetivo básico del Contrato era "*aunar esfuerzos*" para llevar a feliz término la construcción de las bibliotecas del Banco en Neiva y en San Andrés, propósito del que fue liberado Fonade a raíz del Acuerdo sobre Terminación del Contrato, y que no se estipularon entregas parciales de las obras que se iban a ir adelantando con miras al propósito esencial, no es menos cierto que dentro de las obligaciones de Fonade establecidas en la § 3 del Convenio, hay algunas "*intermedias*" que, amén de poder precisarse claramente como "*de resultado*", son identificables en el tiempo y en su ejecución como susceptibles de evaluación para determinar ausencia o presencia de incumplimiento por parte de Fonade.⁵⁹
48. Así, frente a obligaciones "*de medio*" como, por ejemplo, las consignadas en los numerales 1.1, 1.2, 1.3 y 1.4 de la § 3 del Contrato, aparecen otras que claramente importan un "*resultado*", como, por ejemplo, adelantar procesos de contratación, efectuar pagos con cargo a los recursos recibidos del Banco, contar con interventorías para el control de las obras,⁶⁰ y, principalmente, **rechazar las obras** que no se ciñeran a "*los planos, especificaciones, cantidades de obra y calidad de materiales aprobados.... bien sea por su calidad, los materiales empleados o por la forma de ejecución de los trabajos*", como reza el numeral 1.7 de la § 3 *in fine*.
49. Fonade, como se ha mencionado varias veces, no era ni diseñador ni constructor de los proyectos y, por ende, los defectos de diseño o de construcción

⁵⁹ En el Comentario oficial a la § 5.1.4 de los Principios Unidroit sobre "Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos [medio]", se indica:

"En un mismo contrato pueden coexistir obligaciones de ambas especies. Por ejemplo puede considerarse que una compañía que arregla máquinas descompuestas asume una obligación de medios en lo que respecta a la calidad de la reparación en general y una obligación de resultado en lo que se refiere a la reposición de ciertas piezas."

⁶⁰ Cf. Contrato, § 3, numerales 1.6, 1.8, 1.13 y 1.14.

considerados de manera aislada no comportaban incumplimiento de sus obligaciones frente al Banco, pues, por una parte, en los términos de los respectivos subcontratos podía solicitar su corrección, repetición, etc., con la precisión de que en tanto hubiera diseños inadecuados pero **no** obras ejecutadas a su amparo, el remedio era la adecuación o corrección, oportunidad que evidentemente se cercenó con el Acuerdo sobre Terminación del Contrato; y, por otra parte, la **obligación de rechazo** prevista en la estipulación antes mencionada no abarca los planos y diseños.

50. El incumplimiento, entonces, surgiría de la indebida recepción de **obras defectuosas**, violatorio de la obligación de **rechazarlas**. Tal será el parámetro que, junto con lo anotado en el numeral 42 *supra* empleará el Tribunal en la parte del Laudo referente a las pretensiones de la Demanda.
51. Finalmente, visto que el Contrato fue adicionado en dos oportunidades a través de los Otrosíes, el Tribunal puntualiza que tales documentos no tuvieron la virtualidad de modificar la estructura general del Convenio, pues:
 - a. El Otrosí No. 1 se ocupó de ampliar el plazo del Contrato establecido en la § 5; incrementar el valor de los honorarios pactados con Fonade y el del valor de los dos proyectos –con cierta precisión respecto de una contribución prevista en la Ley 1106 de 2006–;⁶¹ y adecuar a los nuevos valores y plazo la póliza de cumplimiento prevista en la § 11.
 - b. Expresamente se previó que “[l]as cláusulas del contrato no modificadas por el presente OTROSI, continúan vigentes.”⁶²

⁶¹ Es bastante sui géneris el texto del párrafo décimo agregado a la § 7 del Contrato, así:

“En todo caso, es preciso indicar que si EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS – FONADE determina que los contratos que realiza en desarrollo del convenio que esa entidad tiene con EL BANCO no están sujetos a la contribución especial de los contratos de obra pública consagrada en las Leyes 1106 de 2007 [sic] y 782 de 2002, debe entenderse que las sumas aprobadas mediante el presente escrito para este concepto, no constituirán un mayor valor de los proyectos. Por consiguiente, para estos efectos, cordialmente le sugerimos procurar la resolución definitiva de este asunto ante las instancias competentes.”

⁶² § 5.

- c. El Otrosí No. 2 se circunscribió a ampliar el plazo del Contrato y el de vigencia de la póliza de cumplimiento, precisando, al igual que en el Otrosí No. 1, que “[l]as cláusulas del contrato no modificadas por el presente otrosí, continúan vigentes.”⁶³

C.2 Naturaleza del Acuerdo sobre Terminación del Contrato

52. Concluida la evaluación sobre la naturaleza del Contrato y con el objeto de completar el estudio del marco convencional rector de las relaciones entre las Partes, el Tribunal acomete el análisis del Acuerdo sobre Terminación del Contrato.
53. Tal documento corresponde al suscrito por el Banco y por Fonade en Noviembre 25, 2008,⁶⁴ y su esencia está contenida en la cláusula Primera, donde luego de una serie de “*Considerandos*”, las Partes acuerdan:

“Dar por terminado EL CONTRATO, de mutuo acuerdo, a partir de la fecha de este documento.”

54. Esta modalidad de conclusión de la relación comercial no sólo estaba prevista en el propio Contrato,⁶⁵ sino, por supuesto, está recogida en la propia ley.⁶⁶

⁶³ § 3.

⁶⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folios 12 y siguientes.

El Acuerdo de Terminación del Contrato cuenta con un Otrosí, suscrito en Septiembre 24, 2009, donde se modifica el plazo para liquidar de común acuerdo el Contrato, fijándolo en cinco (5) meses a partir de la fecha del Otrosí. (Cf. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 16).

⁶⁵ La § 17 del Contrato establece:

“Serán causales de terminación del contrato las siguientes: 1. **El mutuo acuerdo**; 2. El vencimiento del plazo del contrato.”

⁶⁶ El art. 1602 del C. C. establece:

“Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su **consentimiento mutuo** o por causas legales.”

Además, y obviamente, la terminación de un contrato por mutuo acuerdo es uno de los modos de extinción de las obligaciones.⁶⁷

55. Las Partes no controvierten el efecto liberatorio del Acuerdo sobre Terminación del Contrato, pero, en cambio, disputan el efecto del mismo, manteniendo el Banco que su suscripción no enervó la posibilidad de efectuarle reclamos a Fonade con motivo de la indebida ejecución del Contrato, específicamente perjuicios, y sosteniendo Fonade la tesis contraria, esto es que el Acuerdo constituye un “*paz y salvo*” al respecto.
56. Dada la relevancia que la ley le concede a la intención de las partes para efectos de interpretar lo acordado,⁶⁸ el Tribunal procede, entonces, a evaluar el alcance que pretendieron darle las Partes al Acuerdo, para lo cual es imprescindible referirse a los antecedentes y circunstancias que rodearon la firma del documento.
57. Punto de partida es recordar que, al margen de la fecha de suscripción del Acuerdo, el entendimiento sobre la terminación anticipada del Contrato se plasmó en una reunión celebrada en Julio 24, 2008, donde, entre otros, asistieron tanto el representante legal de Fonade para la época (Luis Fernando Sanz), como el Gerente Ejecutivo del Banco (Gerardo Hernández).⁶⁹
58. Así lo confirma el cruce de comunicaciones entre los mencionados funcionarios, valga decir, la comunicación de Julio 25, 2008,⁷⁰ cursada por el doctor

⁶⁷ El primer inciso del art. 1625 del C. C. dispone:

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula.”

⁶⁸ El art. 1618 del C.C. dispone:

“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

⁶⁹ Cf. Testimonio de Gerardo Hernández, página 54.

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 234.

Hernández al doctor Sanz y la respuesta de este a aquel de Agosto 20, 2008.⁷¹

59. Ahora bien, para la época de la reunión era patente la preocupación del Banco por la suerte de los proyectos, en particular por su conclusión, pese a que poco antes se había suscrito el Otrosí No. 2,⁷² que extendía el plazo del Contrato hasta Febrero 1, 2009.
60. En la antedicha comunicación de Julio 25, 2008, el Gerente Ejecutivo del Banco señala:

“... queremos consignar lo concluido en la reunión sostenida el día de ayer, **Julio 24, respecto de la terminación anticipada del contrato bajo la modalidad de acuerdo mutuo**, opción que resulta conveniente para las partes considerando la importancia que tiene para el país el poder entregar las bibliotecas al servicio de las comunidades de Neiva y San Andrés **en los próximos meses**, cumpliendo así los compromisos con ellas adquiridos.”

61. Esta manifestación, a su turno, es consistente con el siguiente aparte de la exposición general hecha por el doctor Hernández dentro de su Testimonio:

“En ese momento [mediados de Julio 2008] al ver que además ya se iba a cumplir el plazo que se había pactado tuvimos una reunión con el doctor Sáenz [sic] yo asistí a esa reunión en la cual le señalé que realmente estas dificultades me acuerdo que les precisé lo del tema eléctrico y lo que le dije es mire **a nosotros lo que más nos interesa en este momento es poder terminar la obra**, teníamos una precisión [sic] bastante grande tanto en el caso de Neiva como en

⁷¹ Ibíd. – Folio 235.

⁷² Es llamativo observar que si bien el Otrosí No. 2 indica como fecha de firma **Abril 1, 2008**, debajo de la firma del Banco aparece la fecha **Junio 6, 2008**.

el caso de San Andrés y discutimos y él estuvo de acuerdo en que la mejor opción era dar por terminado el contrato....”.⁷³

62. Este planteamiento del representante legal del Banco, consentido por su par de Fonade, y básico para desentrañar la motivación del Acuerdo, se combina, además, con dos factores: el escepticismo, por decir lo menos, sobre la ejecución de los proyectos y, en grado menor, la disposición que para la época había recuperado el Departamento de Edificios del Banco, que siempre había estado a cargo de proyectos como los contemplados en el Contrato, pero no lo había podido hacer en esta ocasión por estar envuelto en otras actividades.⁷⁴
63. Varios Testimonios confirman lo anterior:

⁷³ Testimonio de Gerardo Hernández – Página 54.

⁷⁴ La Testigo Alicia Gordillo, Directora del Departamento de Edificios del Banco, explicó en la parte inicial de su Testimonio a preguntas del Presidente del Tribunal:

“En este departamento.... desarrollamos las labores de transformar y mantener la infraestructura, para eso tenemos una organización interna que nos permite tener la especialidad técnica con un equipo interdisciplinario de ingenieros y arquitectos y de manera complementaria tenemos un área administrativa dentro del departamento que se encarga de la parte de presupuestos y contratación de **todos los proyectos que el Banco adelanta.**

En promedio este departamento realiza más o menos unos 120 contratos en el año para atender la infraestructura del Banco que es alrededor de unos 64 inmuebles a nivel nacional (....)

Quiero remontarme a los antecedentes que dieron origen al convenio entre el Banco y Fonade y para ello es importante devolvemos hasta el año 2005 donde el Banco de la República atraviesa una coyuntura muy particular, porque parte de sus lineamientos estratégicos contemplaban la transformación de sus sucursales Neiva y San Andrés que hasta el momento atendían las labores de tesorería y la labor cultural, eran sucursales mixtas, cambiarles la vocación a sucursales culturales, ello implicaba entonces que el Banco necesitaba hacer una transformación de sus inmuebles para poder atender estos servicios (....)

De manera paralela el área de infraestructura o el departamento de edificios atendía a nivel Bogotá los proyectos de la central de efectivo, Museo del Oro, Museo de Arte, **está copado en su capacidad para atender nuevos proyectos.**

Decide entonces la administración del Banco buscar una alternativa y le pide a Fonade que le haga una propuesta conociendo la administración que Banco [sic] es la empresa que se dedica a hacer las obras del Estado, recuerdo que en ese momento Fonade adelantaba el reforzamiento de los colegios en Bogotá, hospitales cárceles a nivel nacional.

Se le pide una propuesta al Banco, una propuesta que evalúa la junta directiva del Banco y encuentra que cumple con las necesidades.”

(Testimonio de Alicia Gordillo – Páginas 36, 37, 38 y 39).

- a. El atrás citado arquitecto Julián Vega manifestó lo siguiente dentro de la exposición general que hizo en su Testimonio y en relación con visitas efectuadas a las obras de Neiva y San Andrés hacia Mayo 2008:

“.... nos quedaba la incertidumbre y las dudas de cómo se habían surtido las obras que alcanzaron a ser parcialmente ejecutadas (....)

[E]ra una situación de absoluta incertidumbre que llevó al Banco en su momento a proponer una terminación anticipada del contrato.... con el ánimo de retomar los proyectos considerando inclusive que ya había cierta de esa capacidad instalada de profesionales del Banco que podía hacer un traslado a esos frentes y con el ánimo de mitigar la situación frente a los compromisos con la comunidad y las administraciones locales y tratar de terminar de la manera más pronta y de la mejor manera esos edificios.”⁷⁵

- b. La doctora Alicia Gordillo, Directora –como se dijo en anterior nota de pie de página– del Departamento de Edificios del Banco, señaló dentro de la exposición general hecha en su Testimonio, y con referencia a las antes mencionadas visitas a las obras en Neiva y San Andrés:

“[E]l departamento de edificios tuvo que informar a la administración del Banco que veía con preocupación el cumplimiento por parte de Fonade de los plazos establecidos, que definitivamente Neiva no podía estar en Julio 26.... y que también teníamos muchísima preocupación en relación con San Andrés (....)

La administración del Banco en ese momento considerando también que el departamento de edificios ya había superado aquella coyuntura de las obras estratégicas macro que estaba

⁷⁵

Ibíd. – Página 17.

adelantando en Bogotá y que ya podía asumir estos proyectos, tomó la decisión de acordar con Fonade la terminación anticipada del convenio y que el Banco retomara con su departamento técnico los proyectos para poderlos concluir, había un compromiso con las comunidades (....)

Esta reunión se da en Fonade el 24 de julio/08, asiste el doctor Luis Fernando Sanz que en ese momento era el gerente general de Fonade, el doctor Cardona como subdirector técnico, la doctora Yolanda que era la coordinadora del grupo de ejecución, el gerente del proyecto en Neiva, yo no estoy tan segura de que asistió el gerente de San Andrés Eduardo Machado.... y de parte del Banco asistimos el doctor Gerardo Hernández, gerente ejecutivo, el doctor Néstor Plata subgerente industrial, el doctor Eduardo Reina director del departamento jurídico del Banco y yo y se planteó la decisión del Banco de dar por terminado el convenio de mutuo acuerdo y Fonade estuvo de acuerdo porque entendió cuales eran las razones del Banco y la decisión del Banco de retomar sus proyectos....”⁷⁶

- c. La economista Diana Consuelo Blanco, Subgerente Financiera de Fonade, declaró en torno a la pregunta del Tribunal sobre su conocimiento de la controversia materia del Arbitraje:

“Lo que conozco es que en julio/08 el Banco decide y nos manifiesta su intención de dar por terminado de manera anticipada el convenio entendiendo que en ese momento tenía una fecha de terminación para febrero del año siguiente, es decir en el 2009.

En el momento y como efectivamente lo conocimos era una terminación anticipada porque el Banco quería de alguna ma-

⁷⁶ Testimonio de Alicia Gordillo – Páginas 49 y 50.

nera continuar de manera directa con la ejecución sin el apoyo que hasta ese momento Fonade venía brindando.”⁷⁷

64. Para el Tribunal no cabe duda que la terminación anticipada del Contrato fue consensuada y amistosa, partiendo del Banco la iniciativa para ello y mostrando Fonade ánimo de colaboración, vistas las inquietudes del Banco y su repetida mención de compromisos con las comunidades de Neiva y de San Andrés.
65. No se trató de la pugna entre dos partes enfrentadas y, por el contrario, se planteó tanto la posibilidad de que Fonade continuara, al menos parcialmente, con la dirección de las obras, como la de que se le hiciera cesión al Banco de los subcontratos celebrados por Fonade,⁷⁸ iniciativas que en últimas fueron desechadas por el Banco.
66. Los apartes que siguen, tomados de varios Testimonios, acreditan lo anterior:
- a. La ingeniera Yolanda Astrid Rodríguez señaló:

“DRA. LOPEZ: Conoce usted si Fonade previamente a la firma de la terminación anticipada propuesta por el Banco, solicitó al Banco permitirle terminar con la ejecución del contrato?

SRA. RODRIGUEZ: Personalmente hablé con la doctora Alicia [Gordillo], le dije doctora Alicia yo soy nueva en su proyecto, se que podemos terminar, Fonade tiene la capacidad técnica, la experiencia de 40 años ejecutando megaproyectos en Colombia, tenemos todo para hacer la gerencia, capacidad técnica, financiera, lo que necesite, yo creo que le puedo termi-

⁷⁷ Testimonio de Diana Consuelo Blanco – Página 22.

⁷⁸ En la precitada comunicación de Julio 25, 2008 del doctor Hernández al doctor Sanz se lee:

“Es pertinente señalar desde ahora que para el efecto se convino que la cesión de los contratos a que hubiere lugar se hará asumiendo FONADE la totalidad de las obligaciones y cargas hasta el corte del contrato....”

nar su proyecto en tres meses en Neiva y San Andrés se lo termino dentro del tiempo que estamos, lo puedo terminar.... y ella dijo que no, que consideraba que no. (...)

DR. ARCHILA: Cuando usted le hizo esa manifestación a la doctora Alicia, se lo hizo oficialmente como representante de Fonade o fue en una reunión?

SRA. RODRIGUEZ: Fue en una reunión, yo personalmente le dije déjeme terminar sus proyectos, acabo de recibirlos, se que los podemos hacer y ella lo que manifestó [sic] no, yo no quiero nada con Fonade....⁷⁹

b. En el mismo sentido expuso la doctora Gordillo:

“DR. ARCHILA: En el momento en que ustedes le plantearon a Fonade que querían dar por terminado el contrato anticipadamente, Fonade manifestó que sí, que no, cual fue la posición de ellos y lo digo porque en otro de los testimonios nos han dicho que la posición de Fonade fue decirles que no, que ellos estaban en capacidad [sic] terminar las obras y entregarlas en el tiempo que había previsto?

DRA. GORDILLO: Eso es cierto, recuerdo que la doctora Yolanda Rodríguez en esa reunión del 24 de julio allá en Fonade con las altas directivas mencionó que por lo menos los dejaríamos terminar Neiva que ya iba más avanza [sic] y que ellos iban a tomar las medidas para solucionar los temas de diseño y lo que se requiriera para poder concluir los trabajos, pero el Banco ya había perdido la credibilidad en el ejercicio de Fonade.... entonces la administración del Banco no consideró esa opción.”⁸⁰

c. El arquitecto Julián Vega manifestó:

⁷⁹ Testimonio de Yolanda Astrid Rodríguez – Páginas 90, 91 y 94.

⁸⁰ Testimonio de Alicia Gordillo – Páginas 62 y 63.

“DRA. RUAN: Fonade le propuso al Banco de la República que le permitiera terminar la ejecución del proyecto?

SR: VEGA: Fonade le propuso al Banco que le permitiera terminar el proyecto sí.

DRA. RUAN: Porque el Banco no aceptó la propuesta de Fonade?

SR. VEGA: El Banco no aceptó la propuesta de Fonade por dos situaciones, porque técnicamente consideró que era imposible acabarlas en el tiempo que restaba y el Banco no tenía disposición de seguir ampliando los plazos.”⁸¹

- d. El arquitecto Eduardo Machado, quien estuvo a cargo de los proyectos objeto del Contrato por parte de Fonade, señaló:

“DRA. LOPEZ: usted conoce si se planteó la cesión de los contratos que tenía Fonade al Banco y en caso afirmativo si se realizó:

SR. MACHADO: Esa fue la voluntad del Banco cuando nos envió sus comunicaciones en el sentido de hacer esa cesión, Fonade inmediatamente procedió a enviarle toda la documentación al Banco, enviarle todos los documentos que se requería para esas cesiones, procedió a trabajar con los contratistas también el corte hasta el momento en que se iba a hacer la cesión, pero esa no se llevó a cabo, la cesión no se terminó realizando.”⁸²

⁸¹ Testimonio de Julián Vega – Página 53.

Cabe anotar que un poco más adelante dentro de su Testimonio, a pregunta del Arbitro Archila sobre si la solicitud de Fonade era para terminar las obras dentro del plazo previsto, o si habían solicitado más tiempo o, que condiciones habían propuesto para poder terminarlas, el Testigo Vega manifestó no conocer los términos propuestos por Fonade. (Cf. Testimonio de Julián Vega, páginas 54 y 55).

⁸² Testimonio de Eduardo Machado – Página 24.

e. También dijo la doctora Gordillo dentro de su exposición general:

“En un principio se habló de una cesión de contratos, que el Banco recibiera los contratos de Fonade, que Fonade los tenía con sus subcontratistas y los continuara, esa fue como una de las alternativas que se planteó en algún momento que posteriormente se descartó o se vio que no era muy conveniente desde el punto de vista legal....”⁸³

f. Y el doctor Hernández confirmó y explicó:

“DRA: RUAN: Sobre la cesión de los contratos de Fonade, se propuso mantener [sic] la reunión a que usted hizo referencia con el doctor Sáenz [sic] la posibilidad de ceder los contratos con los subcontratos que tenía en ejecución Fonade con subcontratistas para la ejecución de la construcción de las obras?

DR. HERNANDEZ: Sí, así fue, básicamente fue una idea mía tratando de aligerar la terminación de la obra, o sea en ese momento sí [sic] yo tenía la información que faltaba un 20% de la obra (...)

Fue una idea mía, realmente posteriormente cuando empezamos a ver [sic] había diferencias también entre los contratistas con Fonade sobre diversas materias.... y nos dimos cuenta que ese no era el camino....”⁸⁴

67. Amén de que es consistente la información recibida de una y otra Parte sobre la solicitud de poder acabar las obras (o de parte de ellas) hecha por Fonade, y de la eventual cesión de los subcontratos celebrados por este, todo ello dentro del marco de la conclusión armónica de la relación negocial, también fluye

⁸³ Testimonio de Alicia Gordillo – Página 51.

⁸⁴ Testimonio de Gerardo Hernández – Página 59.

de la evidencia aportada al Proceso que durante el proceso de terminación del Contrato a través del Acuerdo no se discutió la eventualidad de presentar una reclamación por perjuicios y, además, que lo referente a prestaciones mutuas se discutiría con ocasión de la liquidación del Contrato.

68. Así, se observa lo siguiente:

a. La ingeniera Yolanda Astrid Rodríguez expresó:

“DRA. LOPEZ: Conoce si dentro de las razones por las cuales el Banco propuso a Fonade la terminación anticipada del Contrato, estaba algún incumplimiento que le imputaran a la entidad o una imposibilidad para Fonade de ejecutar las obras en el término que restaba?

SRA. RODRIGUEZ: Cuando se solicitó la terminación anticipada yo no conocí solicitud de incumplimiento alguna....”⁸⁵

b. El varias veces mencionado arquitecto Vega, dio la siguiente respuesta:

“DRA. LOPEZ: Hablando con relación al momento previo y concomitante a la terminación anticipada del contrato recibida [sic] de mutuo acuerdo por las partes, recuerda si el Banco dentro de esa negociación que ocurrió en ese momento presentó a Fonade alguna reclamación económica por posibles incumplimientos, inconsistencias en las obras ejecutadas hasta ese momento?

SR. VEGA: No, el Banco no ha presentado a Fonade reclamación alguna distinta a la que se incorpora en el análisis dentro del proceso de liquidación del convenio cuyo último plazo fue febrero/10.”⁸⁶

⁸⁵ Testimonio de Yolanda Astrid Rodríguez – Página 85.

⁸⁶ Testimonio de Julián Vega – Páginas 65 y 66.

c. El arquitecto Machado consignó:

“DRA. LOPEZ: Conoció usted sin en el momento de proponer el Banco la terminación anticipada de mutuo acuerdo, manifestó dentro de sus argumentos a Fonade alguna razón derivada de incumplimientos de las obligaciones de Fonade?

SR. MACHADO: No, figura aquí, aquí están las cartas, o sea se puede tener acceso a los documentos en que el Banco no argumenta que sea ese el motivo de la cesión [sic], argumenta que quieren terminar las obras lo más pronto posible.”⁸⁷

d. El doctor Gerardo Hernández explicó:

“DRA. RUAN: Previo la reunión con el doctor Sáenz [sic] usted habló con el departamento jurídico del Banco de la República sobre si existía la posibilidad de declarar el incumplimiento de Fonade en ese convenio?

DR. HERNANDEZ: Así es, revisamos el punto y lo que encontramos fue lo que ya señalé, que no era legalmente viable esa vía y por eso lo que pensamos siempre fue hacer la discusión de los términos económicos en la liquidación. (...)

DRA. LOPEZ: Puede informar por favor si antes de usted presentarle a Fonade al doctor Sáenz [sic] la propuesta de dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo, le informaron a el... la entidad, su intención de presentar reclamaciones posteriores?

DR. HERNANDEZ: como le digo yo no lo hice, no sabría decirle [sic] otras personas lo hicieron, en esa reunión fundamentalmente repito lo que se dijo es vemos que el contrato esta-

ba próximo a vencerse, hay problemas técnicos, tenemos dudas sobre los trabajos que se han realizado, en consecuencia se propuso la terminación de mutuo acuerdo.”⁸⁸

- e. Finalmente, el doctor Germán Eduardo Nieto, abogado integrante del Departamento Jurídico, declaró lo que sigue, inicialmente a raíz de la explicación general solicitada por el Presidente del Tribunal y más adelante con motivo de preguntas de las Apoderadas:

“El banco tomó la decisión de no seguir adelante con el contrato interadministrativo celebrado con Fonade, es decir que el Banco de la República quería terminar anticipadamente ese contrato.... ya era una decisión administrativa de alto nivel que el Banco de la República había tomado debido a todos los problemas que les comento.

Se consultó con el área jurídica del Banco de la República que si eso era posible y si era posible que opciones había desde el punto de vista jurídico, es decir terminar unilateralmente el acuerdo, terminarlo de mutuo acuerdo, pedir la terminación del contrato judicialmente o cualquier otra opción.

Nosotros estudiamos el tema.... y consideramos en nuestra opinión que no era claro que el convenio interadministrativo pudiera ser terminado unilateralmente por el Banco de la República debido por una parte a que el contrato tenía una cláusula que establecía la forma de terminación y dentro de esa cláusula no se establecía que pudiera ser terminado unilateralmente por ninguna de las partes y por otro lado, a que el contrato celebrado por Fonade no estaba sujeto al régimen general de contratación del Banco de la República por ser un contrato entre entidades públicas,⁸⁹ régimen que permite al

⁸⁸ Testimonio de Gerardo Hernández – Páginas 61 y 65.

⁸⁹ El art. 26 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a la contratación de Fonade así:

Banco de la República terminar los contratos en forma unilateral.

Por otro lado al ser dos entidades públicas entendíamos que el contrato tampoco tenía o podía entenderse que pudiera ser el contrato de las cláusulas exorbitantes que celebran las entidades públicas con los particulares porque en este caso el Banco de la República y Fonade estaban en un plan de igualdad.

Entonces en esa medida nosotros consideramos que desde el punto de vista jurídico la forma más conveniente y menos conflictiva en ese momento y probablemente más rápida para dar por terminado el convenio que era la intención del Banco era buscar la terminación de mutuo acuerdo.

Con ese fundamento y con las consideraciones administrativas del caso el gerente ejecutivo del Banco de la República se reunió con el gerente general de Fonade... y en esa reunión se decidió de común acuerdo entre el Banco de la República y Fonade dar por terminado el contrato anticipadamente. (....)

Entonces a partir de ese acuerdo informal al que se llegó con Fonade, empezó el área jurídica del Banco y de Fonade también a trabajar en el documento mediante el cual se pudiera dar por terminado ese contrato, ese proceso fue bastante extenso y complejo teniendo en cuenta los intereses de las dos partes.... y.... finalmente se logró suscribir un acuerdo de terminación el 25 de noviembre/08.

En el acuerdo de terminación se pactó un plazo para efectuar la liquidación del contrato que era la etapa siguiente, con la idea era [sic]... que se pudiera lograr la liquidación del contrato de común acuerdo definiendo las partes cuales eran las

“El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen.”

obligaciones que se habían cumplido, que obligaciones estaban pendientes, que obligaciones se habían incumplido y cuáles eran las consecuencias de ese eventual incumplimiento. (...)

DRA. RUAN: Ha hecho usted referencia a que cuando se acercan al departamento jurídico los técnicos para manifestar que tienen problemas en la ejecución del convenio interadministrativo, el departamento jurídico inicia los estudios pertinentes, el departamento jurídico recibió solicitud de los técnicos para efectos de declarar el incumplimiento del contrato?

DR. NIETO: No, la solicitud que recibió el departamento jurídico era cual era la forma en que legalmente se podría y sería recomendable dar por terminado el contrato interadministrativo anticipadamente. (...)

DRA. RUAN: Por que el Banco de la República no procedió a declarar el incumplimiento en esa etapa?

DR. NIETO: Como lo expliqué anteriormente consideramos en el departamento jurídico que el Banco de la República por la naturaleza del convenio, por el régimen al cual estaba sujeto no tenía facultades para declarar unilateralmente el incumplimiento y para dar por terminado unilateralmente el convenio. (...)

DRA. RUAN: Participó usted en la elaboración del documento de terminación anticipada?

DR. NIETO: Sí señora. (...)

DRA. LOPEZ: Recuerda usted si el Banco antes de decidir proponer a Fonade la terminación anticipada del contrato le informó que ustedes consideraban que había incumplimientos, en caso afirmativo por qué medios?

DR. NIETO: Yo no tengo conocimiento directo de que el Banco de la República antes de la reunión en la cual le propuso a Fonade terminar anticipadamente el convenio, le había manifestado a Fonade sobre incumplimientos, mi participación como abogado.... empezó en ese momento en que el Banco digamos tomó la decisión administrativa de no seguir adelante con el convenio interadministrativo, lo que entiendo que se habló en la reunión en la cual se acordó dar por terminado el convenio es que el Banco de la República estaba inconforme con la ejecución del convenio por los problemas que se habían presentado en los diseños y que por eso el Banco no consideraba viable que se siguiera adelante con ese convenio.

DRA. LOPEZ: Esa justificación que usted acaba de presentar allí [sic], quedó definida dentro del texto de terminación anticipada? (....)

DR. NIETO: El acuerdo de terminación del contrato menciona en una de sus consideraciones que debido a las diversas circunstancias o situaciones que se habían presentado durante la ejecución del convenio las partes habían acordado dar por terminado anticipadamente el convenio....

Para nosotros como departamento jurídico esas situaciones constituyen un incumplimiento del contrato por parte de Fonade, si usted me pregunta por qué no se utilizó la palabra incumplimiento en el.... acuerdo de terminación, la razón es muy sencilla es porque esa terminación no se estaba haciendo unilateralmente por parte del Banco sino que se estaba haciendo de común acuerdo entre el Banco de la República y Fonade lo cual significaba o implicaba que para que Fonade estuviera de acuerdo en suscribir ese texto, obviamente el texto tenía que ser aceptado por las dos partes y difícilmente Fonade iba a aceptar expresamente en el acuerdo de terminación que ellos habían incurrido en un incumplimiento y que

ese incumplimiento le había ocasionado perjuicios al Banco de la República.”⁹⁰

69. La evidencia antes reseñada permite, entonces, confirmar que:
- a. El querer primordial del Banco y la iniciativa que compartió con Fonade era ponerle fin a la relación con este a fin de retomar de manera directa la dirección de los proyectos y llevarlos a su conclusión. Sobre esta base, Fonade consintió en la terminación del Contrato; y
 - b. El tema del **incumplimiento** de Fonade no aparece como exteriorizado en el curso de las conversaciones entre las Partes, siendo de particular relevancia la indicación del doctor Nieto en el sentido de que no se incluyó mención al respecto, porque de haberlo hecho *“difícilmente Fonade iba a aceptar expresamente en el acuerdo de terminación que ellos habían incurrido en un incumplimiento y que ese incumplimiento le había ocasionado perjuicios al Banco de la República”*.
70. De esta suerte, la evaluación sobre terminación unilateral del Contrato con fundamento en un incumplimiento por parte de Fonade, se restringió al interior del Banco, quien arribó a la conclusión de que ello no era legalmente viable y que bajo las circunstancias y, dado su interés central, debía optarse por proponer un acuerdo sobre cesación de la relación con Fonade, alternativa fundamentalmente distinta de la declaratoria unilateral de terminación con base en un incumplimiento.⁹¹

⁹⁰ Testimonio de Germán Eduardo Nieto – Páginas 121, 122, 124, 125, 127, 128 y 129.

⁹¹ Si bien la posición dominante en la jurisprudencia colombiana y muy autorizadas opiniones como los doctores Hineyrosa y Ospina Fernández, consideran que es necesario acudir a la jurisdicción para lograr la resolución de un contrato y que permitir que a su arbitrio las partes le pongan fin a este equivaldría a autorizar y convalidar una especie de justicia privada y a romper la fuerza obligatoria de las convenciones, y que el artículo 1184 del Código Civil francés, génesis del artículo 1546 del código colombiano, señala que la resolución debe ser demandada judicialmente, una corriente doctrinaria postula la viabilidad de que las partes puedan dar por terminado un contrato. Arturo Sanabria, por ejemplo, indica:

“[E]stimamos que un sistema mucho más justo y eficiente y que además sería muy provechoso para la descongestión de los juzgados y altos tribunales, consistiría en permitir que los contratantes, asumiendo el riesgo correspondiente, resuelvan unilateralmente el contrato que les ha sido incumplido. En estos casos el otro contratante

71. Adicionalmente, y como lo puso de presente el doctor Gerardo Hernández en su Testimonio, al elegir el camino de la terminación del Contrato por mutuo acuerdo el Banco defirió el debate sobre las correspondientes cargas y compensaciones a la fase de liquidación del Contrato, etapa que no solo fue prevista de manera expresa en el Acuerdo sobre Terminación del Contrato para ser llevada a cabo “*de común acuerdo*”,⁹² sino, además, ampliada posteriormente, también sobre la base de que ocurriría de mutuo acuerdo.⁹³
72. Tal convenio no se logró, motivando, en últimas, que ambas Partes hayan solicitado al Tribunal la liquidación del Contrato, tema que será acometido más adelante.
73. Por consiguiente, dada la conclusión del Contrato por la vía del Acuerdo –que corresponde a la institución conocida como “*resciliación*” o “*distracto contractual*”–⁹⁴ y visto que no contiene un finiquito o “*paz y salvo*” entre las Partes, ni

podrá aceptar la situación, en cuyo caso no será necesaria la intervención del juez, o discutir ante el juez la legalidad de la decisión de la otra parte. En este caso, si la decisión fue fundada, es decir, si hubo un incumplimiento relevante, el juez habrá de confirmar la legalidad de la decisión.... En el caso contrario, es decir, si la decisión de resolver el contrato fue ilegal, el juez condenará a la parte que la adoptó al pago de los perjuicios causados por esa decisión y al pago de las costas y expensas judiciales.”

(Arturo Sanabria Gómez, *La resolución en el derecho colombiano*, La terminación del contrato, José Alberto Gaitán y Fabricio Mantilla, Dirs., Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, página 160).

En el mismo sentido, la § 7.3.3 de los Principios Unidroit, consagra que:

“Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.”

A su turno la § 7.3.2 (1) *ibídem*, dispone:

“El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.”

⁹² La § 3 del Acuerdo establece:

“Las partes se comprometen a liquidar de común acuerdo EL CONTRATO, a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha del presente documento.”

⁹³ La § 1 de la modificación al Acuerdo extiende en cinco (5) meses a partir de su firma (Septiembre 24, 2009) el término “para liquidar de común acuerdo EL CONTRATO.”

⁹⁴ En sentencia de Noviembre 5, 1979 la C.S.J. expresó:

previene acudir al sistema de resolución de controversias previsto en el Contrato, las restituciones pedidas por el Banco habrán de evaluarse a la luz de aquellas obligaciones de Fonade cuyo incumplimiento haya sido establecido de manera concluyente, advirtiendo el Tribunal que:

- a. No habrá margen para deducir incumplimiento con relación a obligaciones que hubieran podido ser susceptibles de corrección o adecuación, toda vez que, independiente de "*las diversas situaciones presentadas en la ejecución de las obras que constituyen el objeto de EL CONTRATO*", como reza el Acuerdo, lo cierto es que este tuvo como efecto impedir que Fonade hubiera adoptado los correctivos a su alcance, razón por la cual no puede endilgársele responsabilidad desde este punto de vista; y
- b. En adición a lo que más adelante se indicará con respecto a reconocimiento de *lucro cesante* en favor del Banco, la suscripción del Acuerdo sobre Terminación del Contrato en los términos amistosos atrás comentados ciertamente impide la consideración de tal factor integrante de la indemnización de perjuicios.

D. Evaluación de las pretensiones de la Demanda

74. Concluido el acápite del Laudo correspondiente al *Análisis General*, corresponde ocuparse de lo específicamente pretendido por el Banco de la República.

"[N]o se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. Se reitera que la primera se produce por una condición resolutoria, o sea, por una causa legal (C.C. 1546) y la segunda, por el mutuo consenso de las partes (C.C. 1602). (...)

De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de la resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primero el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inexecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones a su cargo y, en el segundo caso, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto."

75. La primera pretensión, de índole declarativa, persigue que se manifieste que Fonade incumplió el Contrato, cargo que sintetiza la Apoderada del Banco en los siguientes términos:

“De haber actuado FONADE con la diligencia debida, dicha parte habría efectuado un control mayor sobre los diseños, y no se hubiese generado la problemática posterior en obra, a la que dieron cuenta los subcontratistas de obra en diversas comunicaciones.

Adicionalmente, de haber actuado con la debida diligencia, no se habrían presentado las falencias en obra que posteriormente fueron detectadas por PAYC.

Razón por la cual, no existe prueba alguna de la inexistencia de culpa que es alegada por Fonade, sino que más bien obra en el expediente prueba plena de que no se empleó la diligencia debida del hombre de negocios, razón por la cual se hace necesario el pago de indemnización integral por su parte al Banco de la República.”⁹⁵

76. Punto de partida consiste en poner de presente que se halla establecido en el Proceso que, acorde con la circunstancia de no ser ni el diseñador ni el constructor de las obras estipuladas en el Convenio, Fonade objetivamente dio **cumplimiento** a su obligación de vincular subcontratistas y contar con interventorías al tenor de los atrás transcritos numerales 1.6 y 1.14 de la § 3 del Contrato.⁹⁶ Por ende, no advierte el Tribunal que quepa deducir yerro contractual por estos aspectos.
77. Asimismo, obra en el Proceso evidencia de que:

⁹⁵ Alegato del Banco – Página 264.

⁹⁶ Cf. la descripción sobre contratación de estudios, diseños y construcción y las respectivas interventorías, que aparece en el Peritaje Técnico (páginas 2-3, 2-4, 2-12, 2-13 y 2-14).

- a. Entre Abril 2006 y Octubre del mismo año, el Banco tuvo participación en la fase de diseño contratada por Fonade, a través de las reuniones del Comité Operativo del Convenio, tal como se detalla en el Peritaje Técnico;⁹⁷
 - b. los estudios y diseños contratados por Fonade fueron:
 - i. Entregados y aprobados por la interventoría designada al efecto en Noviembre 4, 2006 y Marzo 2007 (biblioteca de Neiva) y Diciembre 4, 2006 y Marzo 13, 2007 (biblioteca de San Andrés);⁹⁸ y
 - ii. Remitidos al Banco en Diciembre 1, 2006 (biblioteca de Neiva), Diciembre 26, 2006 (biblioteca de San Andrés) y Marzo 6, 2007 (proyecto final de ambas bibliotecas), sin que hubiera objeción por parte de este, previa a las observaciones consignadas en reunión de **Noviembre 6, 2007** del Comité Operativo del Convenio (Acta No. 13).⁹⁹
78. Lo anterior, aunado a las circunstancias de que:
- a. El Banco, dueño de las obras, contaba con **significativa experiencia y capacidad** para pronunciarse sobre los diseños remitidos por Fonade,¹⁰⁰ en línea con el objetivo de "**aunar esfuerzos**", estipulado en el

⁹⁷ Cf. páginas 1-21 a 1-27.

⁹⁸ Cf. Peritaje Técnico, páginas 2-7 y 2-8.

⁹⁹ Cf. el detalle de la documentación remitida por Fonade al Banco y la relación de observaciones planteadas en la reunión de Noviembre 6, 2007, que aparecen en el Peritaje Técnico (páginas 2-9, 2-10, 2-11, 2-17 y 2-18).

¹⁰⁰ Según se informa en www.banrepcultural.org, "La Red de Bibliotecas del Banco de la República está conformada por la Biblioteca Luís Ángel Arango y 19 bibliotecas más en las ciudades de Buenaventura, Cartagena, Florencia, Girardot, Honda, Ibagué, Ipiales, Leticia, Riohacha, Manizales, Pasto, Pereira, Popayán, Quibdó, San Andrés, Santa Marta, Sincelejo, Tunja, y Valledupar", todas las cuales, a entender del Tribunal, han estado estrechamente relacionadas con el Departamento de Edificios del Banco, sea en la gerencia de su construcción, sea en lo referente a la atención de su infraestructura.

Contrato y concordante con el **deber de colaboración**, de necesaria observancia bajo la actual concepción de los contratos,¹⁰¹

- b. Como se verá más adelante, no hay evidencia de que las fallas observadas en los diseños fueran irremediables (amén de que como atrás se expuso, los defectos carecen de impacto en tanto no haya habido construcción a su amparo, pues cabe la corrección, opción que, como se dijo, fue eliminada a raíz del Acuerdo sobre Terminación del Contrato); y
- c. El Otrosí No. 1, donde se extendió el plazo del Contrato y se modificaron **en más del 50%** los valores originales, fue suscrito **después** de la remisión de los diseños al Banco,

previene deducir incumplimiento contractual por parte de Fonade por este aspecto de su relación negocial con el Banco de la República, y máxime frente a

¹⁰¹ Sobre los "Deberes de Colaboración del Acreedor" señala el doctor Hinestrosa:

"[N]o es que el acreedor esté 'obligado' a la colaboración necesaria, pero sí la 'debe'. Si el acreedor lo 'trasgrede', o mejor, si no ejecuta el 'acto necesario', su omisión lo priva de los efectos positivos inherentes a aquel, **al propio tiempo que le acarrea consecuencias adversas**: su pretensión para exigir del deudor la ejecución de la prestación queda paralizada, **cuando no es que la pierde.**"

(Fernando Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, página 562).

De la misma forma, los Principios Unidroit, de reconocida utilidad y empleo para la interpretación de los contratos y, en veces, para complementar derechos nacionales, establecen en su § 5.1.3:

"Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última."

Y el Comentario oficial a esta disposición explica:

"Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) que inspira el derecho contractual, así como con la obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento (Art. 7.4.8).

La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser 'razonablemente esperada'), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato. Aunque esta obligación se refiere principalmente al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte, también juega como un llamado a una cooperación activa entre las partes."

la pasiva y distante conducta exhibida por el Banco en este caso,¹⁰² donde, por una parte, el Contrato (contrario al caso de las **obras**) no preveía obligación de rechazo de **planos y diseños** por parte de Fonade, y, por otra parte, se trataba de obras de significación tanto social como cultural, cuyo valor era cercano a **\$ 10.000 millones**.¹⁰³

79. Precisado y sopesado lo anterior, y, además, dada:
- a. La índole de ciertas obligaciones de Fonade;
 - b. El efecto del Acuerdo sobre Terminación Anticipada del Contrato;
 - c. La necesidad de remitirse a aquellos yerros contractuales establecidos de manera concluyente por el Banco; y
 - d. La circunstancia de predicarse incumplimiento de Fonade en el caso de que se combinare:
 - i. Indebida ejecución de una obra, **y**
 - ii. Falta de rechazo de la misma por parte de Fonade,

el Tribunal procede, a la luz de lo expuesto, a examinar la evidencia aportada al Proceso.

¹⁰² Cf., p. ej., la siguiente manifestación de la doctora Alicia Gordillo en su Testimonio, a raíz de una pregunta del Presidente el Tribunal:

“Yo les quiero contar que cuando llegué a Neiva no soy arquitecta, llevo 8 años trabajando con arquitectos y con ingenieros, algo he aprendido del tema, yo me quedé muy sorprendida de ver el estado de avance de la obra porque no correspondía, estábamos hablando de finales de junio, principios de julio [de 2008] y estábamos a menos de 30 días de terminación de la obra, según las fechas dadas por Fonade y lo que ahí se observaba era una obra en estado de lo que uno llama obra gris, que ya pasó la etapa de estructuras, están los hierros cubiertos, pero no se había iniciado absolutamente nada de acabados, además era una obra fantasma ahí no había un obrero.”

(Testimonio de Alicia Gordillo – Página 48).

¹⁰³ Cf. § 3 del Otrosí No. 1.

D.1 Informe de la SCI

80. Dentro del material probatorio aportado por el Banco de la República, y con miras a demostrar la existencia de yerros de parte de Fonade y sus subcontratistas, se allegó al Proceso el Informe de la SCI,¹⁰⁴ que consta de dos extensos estudios, ambos de Mayo 2009, y denominados:
- a. *“Diagnóstico Detallado de los Diseños Arquitectónicos y Técnicos Elaborados para la Construcción de la Biblioteca del Banco de la República en la Isla de San Andrés”;*¹⁰⁵ y
 - b. *“Diagnóstico Detallado de los Diseños Arquitectónicos y Técnicos Elaborados para la Construcción de la Biblioteca del Banco de la República en la Ciudad de Neiva”.*¹⁰⁶
81. En los dos estudios anteriores, que abarcan casi 250 folios, la SCI analiza la calidad de los diseños de cada una de las bibliotecas. En la mayor parte de los casos concluye que el plano o la información es incompleto o insuficiente, razón por la cual el respectivo diseño no cumple con lo establecido en el estándar del Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus Profesiones Auxiliares. Colombia.¹⁰⁷
82. En otra parte del Laudo el Tribunal concluyó que la decisión del Banco de poner fin anticipado al Convenio **privó** a Fonade y a sus subcontratistas de la oportunidad de proseguir la labor de subsanar las deficiencias de planos y diseños.

¹⁰⁴ Cf. Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 737 y siguientes.

¹⁰⁵ Cf. *Ibíd.*, folios 859 a 980.

¹⁰⁶ Cf. *ibíd.*, folios 738 a 858.

¹⁰⁷ Es llamativo observar que, con excepción de lo correspondiente al “Diseño estructural”, y pese a que se trataba de dos contratistas diferentes, las anotaciones del Perito Técnico con relación a las observaciones de la SCI, son idénticos para la biblioteca de Neiva y para la biblioteca de San Andrés. (Cf. Dictamen Técnico, páginas 1-11 y 1-12 y 1-15 y 1-16).

83. Por tanto, el no haber subsanado esas deficiencias a la fecha de la terminación anticipada del Convenio no es atribuible a culpa o dolo de Fonade, sino a la decisión del Banco, razón por la cual no se configura la responsabilidad de Fonade al tenor de lo previsto en la cláusula 13ª del Convenio, valga decir:

“FONADE será responsable de todos los perjuicios que sufra EL BANCO por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, originados en culpa o dolo de FONADE.”

84. En consecuencia, el Tribunal considera que, a la luz de los parámetros de responsabilidad arriba expuestos, los estudios de la SCI no sirven de prueba para determinar incumplimiento o daño imputable a Fonade, y máxime cuando, como se verá adelante, la cuantificación del perjuicio irrogado al Banco no será establecida sobre la base de restar del valor entregado por el Banco a Fonade el costo de las demoliciones, que según el Perito Técnico es el único monto recuperable de lo ejecutado por Fonade.

D.2 Informe de PAYC

85. Similar a lo ocurrido con el Informe de la SCI, y, asimismo, con miras a demostrar la existencia de yerros de parte de Fonade y sus subcontratistas, el Banco presentó el Informe de PAYC,¹⁰⁸ que consta de seis (6) extensos informes (tres (3) para la biblioteca de Neiva y tres (3) para la biblioteca de San Andrés), así:

a. **Biblioteca de Neiva:**

- i. Informe No 01 de Octubre 2009, denominado “*Informe Preliminar de las Exploraciones y Levantamientos Realizados en la*

¹⁰⁸ Cf. Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 3 y siguientes.

*Obra Ejecutada en la Biblioteca del Banco de la República de Neiva, Huila”;*¹⁰⁹

- ii. Informe No 02 de Octubre 2009, denominado “*Informe de Diagnóstico Estructural de la Obra Ejecutada en la Biblioteca del Banco de la República de la Ciudad de Neiva Huila”;*¹¹⁰ y
- iii. Informe No. 03 de Noviembre 2009, denominado “*Informe de Formulación Técnica y Valoración de las Obras Estructurales Correctivas y/o Complementarias a Requerir en el Edificio de la Biblioteca del Banco de la República de Neiva Huila”.*¹¹¹

b. **Biblioteca de San Andrés:**

- i. Informe No 01 de Octubre, 2009 denominado “*Informe Preliminar de las Exploraciones y Levantamientos Realizados en la Obra Ejecutada en la Biblioteca del Banco de la República de San Andrés Isla”;*¹¹²
- ii. Informe No 02 de Octubre 2009, denominado “*Informe de Diagnóstico Estructural de la Obra Ejecutada en la Biblioteca del Banco de la República de San Andrés Isla”;*¹¹³ y
- iii. Informe No. 03 de Octubre 2009, denominado “*Informe de Formulación Técnica y Valoración de las Obras Estructurales Correctivas y/o Complementarias a Requerir en el Edificio de la Biblioteca del Banco de la República de San Andrés Isla”.*¹¹⁴

¹⁰⁹ Cf. *ibíd.*, folios 563 a 639.

¹¹⁰ Cf. *ibíd.*, folios 640 a 652.

¹¹¹ Cf. *ibíd.*, folios 131 a 146, con Anexos, folios 147 a 337.

¹¹² Cf. *ibíd.*, folios 4 a 80.

¹¹³ Cf. *ibíd.*, folios 81 a 94.

¹¹⁴ Cf. *ibíd.*, folios 338 a 353.

86. El Informe de PAYC, a su turno, se apoyó en dos (2) conceptos, igualmente extensos, rendidos por P & D, e intitulados:
- a. “*Consultoría para la Validación de la Obra Ejecutada – Biblioteca Banco de la República en San Andrés Islas - Diagnóstico Estructural*”, de Octubre 2009;¹¹⁵ y
 - b. “*Consultoría para la Validación de la Obra Ejecutada – Biblioteca Banco de la República en la Ciudad de Neiva – Huila - Diagnóstico Estructural*”, de Octubre 2009.¹¹⁶
87. Estos ocho (8) documentos suman más de 1700 folios, y en ellos se hace un análisis pormenorizado de las obras y trabajos realizados por los subcontratistas de Fonade en las bibliotecas de Neiva y San Andrés.

D.3 Evaluación biblioteca de Neiva

88. En cuanto a la biblioteca de Neiva, P & D concluye en su estudio que:

“En general los diseños estructurales presentados cumplen con la normativa vigente, NSR-98, para el tipo de edificaciones e intervenciones que se plantean, sin embargo, se presentan casos puntuales de no cumplimiento, deficiencias o diseños faltantes que deberán ser atendidos por el diseñador antes de proseguir con la construcción.”¹¹⁷

89. Por su parte en el Informe de PAYC, específicamente en su Informe No 02, capítulo “*Evaluación y Concepto de la Calidad de la Obra Ejecutada*”, se concluyó:

¹¹⁵ Cf. *ibíd.*, folios 96 a 130.

¹¹⁶ Cf. *ibíd.*, folios 654 a 727.

¹¹⁷ *Ibíd.* – Folio 699.

“1.9.2 Se evidencia una **mala ejecución** y una **supervisión deficiente** en la ejecución de las actividades de reforzamiento, tanto para columnas como para vigas de los pisos 1º, 2º y cubierta.

1.9.3 El acero de refuerzo utilizado en el reforzamiento de las columnas presenta rastros de corrosión. El anclaje realizado al reforzamiento de las columnas de las vigas no presenta la longitud necesaria de anclaje, ni una metodología adecuada para este tipo de actividades.

1.9.4 El reforzamiento de las vigas de los pisos 1º y 2º de los ejes A y B, no presentan una buena calidad con respecto al acero de refuerzo ni al concreto utilizado ya que hay rastros de corrosión y el recubrimiento **no es adecuado**. Además, lo ejecutado no concuerda con lo planteado en el diseño.”¹¹⁸

90. Más adelante, en el capítulo “*Conclusiones Generales y Recomendaciones*”, PAYC explicó las razones por las cuales recomendaba demoler **todo el reforzamiento estructural** realizado en esta biblioteca por los subcontratistas de Fonade:

“La metodología aplicada para el diagnóstico se basó en un muestreo representativo; desde el punto de vista constructivo se detectaron **fallas graves** en la ejecución del reforzamiento estructural, como en los recalces de las vigas, recalces de columnas y zapatas. Se recomienda **demoler en su totalidad** el reforzamiento ejecutado y construirlo nuevamente. Sin embargo, si en el proceso de demolición de reforzamiento se encuentra algún elemento (columna o viga) ejecutado en forma eficiente, teniendo en cuenta que la longitud del ancla-

¹¹⁸ Ibíd. – Folio 650.

Las partes resaltadas corresponden al Informe de PAYC, poniendo de presente el Tribunal, además, que este y los textos de tal documento que adelante se citan, se hallan escritos en “mayúscula fija”, que para facilidad ha sido cambiado al método general de escritura.

je sea la precisa; que el anclaje con respecto a los nudos de las vigas y las columnas estén bien realizados; que los refuerzos estén en muy buenas condiciones y sean las estipuladas en los diseños y que la calidad de los diseños sea la apropiada, se debe considerar la no demolición.”¹¹⁹

91. En la parte del Informe de PAYC que contiene su Informe No. 03, tal sociedad señaló, a los fines de la solidez de sus conclusiones, que:

“Para tener una mayor certeza de la calidad de los materiales utilizados y la calidad de la obra ejecutada, se extrajeron núcleos de concreto, ensayados en Neiva, muestras del acero de refuerzo de la estructura nueva y de la antigua, además ensayos de Ferrosacan de algunos elementos estructurales seleccionados por la firma P&D Ltda., los cuales fueron realizados e interpretados por el Laboratorio de Ingeniería Civil de la Universidad de los Andes, en la ciudad de Bogotá...”¹²⁰

92. Para el Tribunal, e independiente de lo consignado por P & D sobre idoneidad general de los diseños estructurales, las conclusiones del Informe de PAYC sobre necesidad de **demolición total** del reforzamiento estructural, proveniente de **graves fallas en su ejecución**, evidencian conducta negligente por parte de Fonade, que trae consigo incumplimiento contractual **por no haber rechazado obras defectuosas**, desconociendo la obligación a su cargo estipulada en el numeral 1.7 de la cláusula 3ª del Convenio.

D.4 Evaluación biblioteca de San Andrés

93. En su concepto, P & D señaló que “[e]l estudio de suelos y sus recomendaciones **se encuentran apropiados**”¹²¹ y “[e]l diseño estructural elaborado para

¹¹⁹ Ibíd. – Folio 651.

Las partes resaltadas corresponden al Informe de PAYC.

¹²⁰ Ibíd. – Folio 140.

¹²¹ Ibíd. – Folio 128.

el proyecto en términos generales se encuentra correcto”,¹²² pero que las obras **construidas** –Placa del piso 1 y las columnas– presentaban fallas. Por eso llegó a las siguientes conclusiones:

“Se recomienda **demoler en su totalidad** la placa de piso 1, por encontrar graves deficiencias en la colocación del concreto, en su resistencia y en el estado del refuerzo y su protección. No se recomienda efectuar pruebas de carga.

Se recomienda **demoler en su totalidad** las columnas construidas por presentar graves deficiencias en la protección y en el estado actual de corrosión del refuerzo.”¹²³

94. PAYC, a su turno, en la parte introductoria del Informe No. 03, señaló:

“Es importante considerar que, en los 02 informes que anteceden al presente, para el caso de San Andrés Islas, se recomendó la **demolición total** de las estructuras que fueron sub-contratadas por Fonade, exceptuando las zapatas de cimentación y la placa de contrapiso. Por otra parte, también se concluyó que el diseño estructural desarrollado por el ingeniero Angel de Oro Santis, a pesar de que se ajusta en términos generales a la norma NSR-98, presenta casos puntuales de no cumplimiento y no tiene la suficiencia y consistencia de información necesarias para la correcta ejecución de

¹²² Ibíd.

P & D también señala:

“Los diseños estructurales elaborados presentan algunas deficiencias.... En nuestro concepto, estas deficiencias no corresponden a un porcentaje muy alto del total de elementos de diseño, un 10% en promedio y **pueden ser subsanadas** por el diseñador original....”

El diseño estructural **cumple satisfactoriamente** la deriva máxima permitida por las Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente NSR-98.”

(Ibíd. – Folio 127)

¹²³ Ibíd. – Folio 128.

las obras, ya que presenta falencias y faltas de coherencia que deben ser **revisadas**.¹²⁴

Y se explicó a continuación:

“En el presente informe se presenta la formulación técnica de las obras estructurales correctivas y complementarias propuestas por la firma Proyectos y Diseños Ltda., la cual ofrece condiciones técnicas adecuadas y completas, permitiendo **dar continuidad a las obras** que se encuentran suspendidas, **manteniendo los diseños arquitectónicos desarrollados a través de Fonade**. De igual manera se presentan las memorias de cálculo y los planos de diseño de la propuesta estructural, así como una evaluación de costos de las obras que fueron desarrolladas durante la administración de Fonade, **el costo de la demolición de las estructuras que no cumplen con las exigencias técnicas necesarias para garantizar la estabilidad y la durabilidad de la construcción, y el costo de la nueva estructura a ejecutar hasta el punto en que se encuentra actualmente ejecutado el proyecto**, basada en la propuesta estructural emitida por P&D Ltda.”¹²⁵

95. Consistente con lo anterior, en el capítulo “*Comentarios Finales y Recomendaciones*” del texto en referencia, el Informe de PAYC concluye:

“1.8.4. Las columnas del nivel del semisótano hasta el nivel de primer piso, además de las vigas y la placa aligerada del piso 1^o, deben ser **demolidas totalmente**, por presentar serias evidencias de falta de calidad en el concreto,¹²⁶ condicio-

¹²⁴ Ibíd. – Folio 343.

¹²⁵ Ibíd.

¹²⁶ En el mismo Informe, en el capítulo “Análisis de los Resultados Obtenidos de las Muestras de Acero y Concreto Adicionales Extraídas”, PAYC, al igual que en lo referente a la biblioteca de Neiva, explicó:

“Para tener una mayor certeza de la calidad de la obra ejecutada se extrajeron núcleos de concreto adicionales a los extraídos inicialmente, ensayados en San Andrés,

nes bajas de recubrimientos, y falta de colocación de protección antioxidante en el acero de refuerzo.

1.8.5. Los muros, vigas y piso del tanque de almacenamiento construidos deben ser **demolidos totalmente**, por presentar mala calidad en el concreto, y por no tener correspondencia geométrica con los diseños iniciales del proyecto.

1.8.6. Por lo evidenciado en los resultados de los ensayos de compresión simple, realizados por el Laboratorio de Estructuras, Geotecnia y Pavimentos de la Universidad de los Andes, se confirma que las columnas deben ser **demolidas totalmente** y que los muros de concreto localizados en el eje 1 y B, también deben ser **demolidos totalmente**, por presentar mala calidad en el concreto. (...)

1.8.9. Para la construcción de la nueva estructura, se deberán **demoler parcialmente** las zapatas existentes con el fin de amarrar la base del acero de refuerzo de las nuevas columnas....".¹²⁷

96. Para el Tribunal estas conclusiones de PAYC, evidencian, al igual que en el caso de la biblioteca de Neiva, una conducta negligente por parte de Fonade, que también aparece incumplimiento contractual por **haber aceptado obras con defectos** de la magnitud anotada, en contravención a pactado en el antedicho numeral 1.7 de la cláusula 3ª del Convenio.
97. Precisa el Tribunal que, si bien coincide con el representante del Ministerio Público sobre la existencia de incumplimiento de Fonade, las anteriores conclusiones sobre incumplimiento **con base en la calidad de las obras y su indebida aceptación por parte de Fonade**, se apartan, por lo que a moti-

y muestras del acero de refuerzo de la estructura nueva y de la estructura antigua; estas muestras fueron ensayadas en el Laboratorio de Ingeniería Civil de la Universidad de los Andes, en la ciudad de Bogotá."

(Ibíd. – Folio 347).

¹²⁷

Ibíd. – Folios 351 y 352.

vación se refiere, de lo consignado por dicho representante, quien funda el incumplimiento de Fonade en **defectos de los diseños**,¹²⁸ cuando al tenor de los documentos de PAYC y de P & D se evidencia que era factible adelantar el proyecto de las bibliotecas con base en los diseños desarrollados a través de Fonade, si bien era necesario llevar a cabo ciertas correcciones y complementaciones.

98. Por otra parte, destaca el Tribunal que las conclusiones del Informe de PAYC, razonadas y fundamentadas, son, desde el punto de vista probatorio, más persuasivas que lo concluido por el Perito Técnico, para quien, sin base suficiente, lo **único** aceptable de las obras ejecutadas por Fonade era el costo de las demoliciones que llevó a cabo,¹²⁹ lo cual conllevó que el Perito Financiero calculara como factor primordial del daño la diferencia entre el total de los pagos efectuados a Fonade y el costo de esas demoliciones.¹³⁰
99. Por último, debe ponerse de presente que el Informe de PAYC y los conceptos de P & D (como parte de aquel) –así como el Informe de la SCI– fueron presentados como prueba dentro del presente Proceso,¹³¹ y que Fonade no se pronunció durante el término a que se hizo referencia en el capítulo II (C) *supra*.¹³²

¹²⁸ Cf. Cuaderno Principal No. 7, folios 73 y siguientes.

¹²⁹ Cf. Dictamen Financiero (Aclaraciones), página 37.

¹³⁰ Cf. Dictamen Financiero, página 32.

¹³¹ Sobre este particular, el Tribunal subraya que el Banco presentó con la Demanda el Informe de PAYC y el Informe de la SCI haciendo **específica** referencia al art. 183 del C.P.C. (e incluso anejando las hojas de vida de los autores de los informes), y que el Tribunal decretó su incorporación al Proceso con expresa alusión a la forma en que habían sido presentados tales documentos.

Por su parte, el segundo inciso del art. 183 del C.P.C. establece:

“Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.”

¹³² En el Alegato de Fonade se señala:

“Aparecen en el cuaderno de pruebas No. 3 las pruebas anticipadas solicitadas y tramitadas por el Banco de la República ante diferentes despachos judiciales de las ciudades de San Andrés y Neiva, las cuales tuvieron como objeto la práctica de inspecciones judiciales con intervención de peritos.

100. Para el Tribunal, las conclusiones transcritas anteriormente, son contundentes sobre la necesidad de **demoler** total o parcialmente las obras construidas bajo la dirección de Fonade que no cumplieron con las exigencias aplicables.
101. Por ende, tratándose de obras tan sensibles como las dos bibliotecas, destinadas a recibir permanentemente una gran afluencia de público en su mayor parte compuesto de jóvenes y niños, un estudio de la magnitud y seriedad del Informe de PAYC, que concluye que es necesaria la **demolición** de las estructuras *“que no cumplen con las exigencias técnicas necesarias para garantizar*

Debe resaltarse en este punto que en ninguna de las dos diligencias judiciales fue citado ni tuvo ninguna participación FONADE.

En estos dos casos, así como también para los casos de las pruebas técnicas aportadas por el Banco, consistentes en los documentos producto de los trabajos de consultoría contratados por el Banco con la Firma Payc S.A. y la Sociedad Colombiana de Ingenieros, para la validación de los diseños y de la obras ejecutada en San Andrés y Neiva respectivamente, me permito solicitar al Tribunal no considerar tales documentos como pruebas dentro del presente proceso en contra de FONADE, pues esta entidad no fue citada para la práctica de ninguna de ellas.”

(Alegato de Fonade – Páginas 68 y 69).

Sobre estos particulares, el Alegato del Banco consigna:

“Junto a la reforma de la demanda, presentada por el Banco de la República el día 4 de febrero de 2011, se incorporó el dictamen pericial elaborado por la firma PAYC, quien realizó un diagnóstico de las obras en Neiva y San Andrés y determinó que las obras efectuadas por FONADE tenían graves problemas, que hacían necesario o bien la demolición parcial de una de las obras, y el reforzamiento de la otra, tal y como se explicará a continuación.

Del referido dictamen, se corrió traslado al FONADE a través de auto No. 16 de 2 de junio de 2011, sin que esta se pronunciara al respecto, dándole completa validez al diagnóstico efectuado por PAYC. (....)

El día 4 de febrero de 2011, junto con la reforma de la demanda, el Banco de la República presentó dictamen pericial técnico elaborado por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS, a través del cual se realizó un diagnóstico sobre los diseños entregados al Banco de la República, concluyendo que los mismos no eran viables para concluir las obras, y que se hacía necesaria la elaboración de nuevos diseños.

El día 2 de junio se corrió traslado de dicho dictamen pericial a la parte convocada, y esta no se pronunció, razón de más para que el Honorable Tribunal de Arbitramento le dé completa validez al dictamen de la referencia.”

(Alegato del Banco – Páginas 169 y 170).

la estabilidad y la durabilidad de la construcción”,¹³³ tenía que ser rebatido con una prueba igualmente contundente.

102. En opinión del Tribunal, esa prueba no se presentó, y si bien en las Excepciones y luego en el Alegato de Fonade su Apoderada expresó las razones por las cuales discrepaba de las conclusiones del Informe de PAYC, y explicó las medidas que en su momento adoptó Fonade en cuanto a la calidad de los materiales utilizados en las obras,¹³⁴ tales argumentos no se vieron acompañados de ninguna actividad probatoria específica y, por ende, no tuvieron la entidad suficiente para haber llevado al Tribunal al convencimiento de que las conclusiones de PAYC eran incorrectas o que los defectos de calidad no eran imputables a Fonade o a sus contratistas.
103. Corolario de todo lo expuesto en esta parte del Laudo, es que el Banco demostró que Fonade incumplió su obligación contractual consagrada en el numeral 1.7 de la cláusula 3ª del Contrato, valga decir:

“Verificar que todos los contratos que se suscriban para el desarrollo de los proyectos, se **ejecuten de acuerdo con los planos, especificaciones, cantidades de obra y calidad de materiales aprobados**. En caso de que así no fuere, deberá **rechazar las obras que no se ciñan a los mismos, bien sea por su calidad, los materiales empleados o por la forma de ejecución de los trabajos.**”

104. Por ende, será atendida la primera pretensión (declarativa) formulada en la Demanda y, como consecuencia de ello, la segunda (también declarativa), donde se pide señalar que Fonade es responsable de los perjuicios ocasionados al Banco con motivo de su incumplimiento del Convenio.

D.5 Determinación de la indemnización de perjuicios

¹³³ Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 343.

¹³⁴ Cf. Alegato de Fonade, página 60 y siguientes.

105. Dado que la tercera pretensión (declarativa) se refiere a la liquidación del Contrato, tema que será tratado más adelante, el paso siguiente dentro de la evaluación de las pretensiones del Banco corresponde a la fijación de la indemnización de perjuicios a cargo de Fonade, asunto que corresponde a la cuarta pretensión de la Demanda (primera de condena), y es acometido por el Tribunal en los términos que siguen.
106. Luego de evaluar las obras sometidas a su consideración, y acorde con la conclusión de que lo que debería haber sido objeto de rechazo era solo *“las estructuras que no cumplen con las exigencias técnicas necesarias para garantizar la estabilidad y la durabilidad de la construcción”*,¹³⁵ PAYC elabora y analiza presupuestos para demoler y corregir lo defectuoso, tanto en lo referente a la obra de Neiva,¹³⁶ como en lo concerniente a la obra de San Andrés,¹³⁷ y en sus respectivos Informes No. 03 concluye:

a. **Respecto de la biblioteca de Neiva:**

“El costo total de un nuevo reforzamiento, proceso que incluiría la demolición del reforzamiento existente actualmente **que no cumple** con las exigencias de diseño y calidad, más la construcción de un nuevo reforzamiento con los ajustes hechos al mismo, contemplando todas las recomendaciones de la formulación estructural, sería de **\$ 1.233.836.532.**”¹³⁸

b. **Respecto de la biblioteca de San Andrés:**

“El costo total de una nueva estructura, proceso que incluiría la demolición de las estructuras existentes actualmente [sic], y que no cumplen con las exigencias de diseño y cali-

¹³⁵ Cuaderno de Pruebas No. 4 – Folio 343.

¹³⁶ Cf. *ibíd.*, folios 141 a 144.

¹³⁷ Cf. *ibíd.*, folios 348 a 350.

¹³⁸ *Ibíd.* – Folio 144.

dad, más la construcción de una nueva estructura hasta el mismo nivel de ejecución actual, contemplando todas las recomendaciones de la formulación estructural, sería de \$ **395.962.444.**¹³⁹

107. Los cálculos anteriores, técnicos, fundamentados y razonables, serán, en consecuencia, acogidos como monto del *daño emergente* infligido al Banco de la República por el incumplimiento del Contrato por parte de Fonade, sin que sea dable atender cualesquiera otros rubros o conceptos, en razón a la varias veces mencionada terminación del Convenio, promovida por el Banco y plasmada en el Acuerdo sobre Terminación del Contrato, en cuya virtud, al optar por la imposibilidad de que Fonade corrigiera los problemas, como es usual a lo largo de las obras y como en efecto se venía haciendo en las afectas al Contrato, el Banco no puede trasladar a su contraparte las consecuencias de su determinación.
108. En materia de *lucro cesante*, segundo factor integrante de la reparación de perjuicios,¹⁴⁰ fuera de las consideraciones que al respecto se hicieron con oca-

¹³⁹ Ibíd. – Folio 350.

Este valor se descompone en \$ 113.070.634 (demolición) y \$ 282.891.810 (construcción).

Obra en el Proceso (Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 728 a 733), una carta de Noviembre 19, 2010, dirigida por PAYC al Banco, bajo la referencia "RESPUESTA AL CUESTIONARIO EFECTUADO AL DICTAMEN TECNICO" donde se indica, previo algunas consideraciones que el valor total de la demolición y de la construcción de la nueva estructura es de \$ 690.295.654 (\$ 236.351.884 + \$453.943.770).

Para el Tribunal esta cifra, posterior y diferente de la consignada y fundamentada en el propio Informe de PAYC, no puede ser tenida en cuenta como monto indemnizatorio, debiendo llamar la atención que en el Alegato del Banco se citan múltiples apartes de la comunicación en referencia en la tabla referida al "Experticio elaborado por la Sociedad PAYC", sin advertir que ellos corresponden a la antedicha carta de Noviembre 19, 2010.

¹⁴⁰ Los arts. 1613 y 1614 del C.C. disponen, respectivamente:

"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente."

"Entiéndese por *daño emergente* el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por *lucro cesante*, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento."

sión de la evaluación del Acuerdo sobre Terminación del Contrato,¹⁴¹ cabe destacar que no cabe atender este concepto, pues, de una parte, el Banco no acreditó el **monto** de cualquier *ganancia* o *provecho* que hubiera dejado de reportar con motivo del incumplimiento de Fonade y, por la otra, no siendo de **índole dineraria** la obligación génesis de la reparación,¹⁴² no procede lo explicado por el Perito Financiero, y máxime cuando, según se puso de presente con anterioridad, sus cálculos (que era su responsabilidad) fueron efectuados con base en lo concluido por el Perito Técnico, cuyas apreciaciones, como también se dijo, no han sido compartidas por el Tribunal.

109. Un aspecto final sobre el tema indemnizatorio atañe a los “*perjuicios morales y extrapatrimoniales*” que el Alegato del Banco incluye dentro de los conceptos constitutivos del resarcimiento debido por Fonade.

110. Sobre este punto, que se asoció con la pérdida de imagen del Banco frente a las comunidades de Neiva y de San Andrés y con ciertos inconvenientes puntuales que debieron ser subsanados, el Tribunal pone de presente lo que sigue, al margen de la discusión sobre si las personas jurídicas puede sufrir perjuicios morales subjetivos y de que estos no se confunden con el daño moral objetivamente determinable en la forma de pérdida de valor a la imagen:
 - a. Respecto de ninguna de esas dos modalidades de daño se aportó prueba suficiente, puesto que la idea de que existía una expectativa en las dos localidades y la afirmación de la buena reputación al Banco no lo son; y

 - b. La conducta observada por el Banco, particularmente su inexplicable pasividad frente al desarrollo de las obras, so pretexto del gran cúmulo de labores que estaba adelantando su Departamento de Edificios, no da margen para imponer condena por este tipo de perjuicios, y sí, por

¹⁴¹ Cf § C.2 *supra*.

¹⁴² Las manifestaciones jurisprudenciales que trae el Alegato del Banco (páginas 231 y 232), giran alrededor de incumplimientos en los **pagos**, situación que no corresponde a la debatida en este Arbitraje.

el contrario, para mencionar que el proceder del Banco en este aspecto fue contrario a lo que se espera de un “*buen hombre de negocios*”, y máxime en su carácter de **dueño** de obras del monto y del impacto social como las bibliotecas de Neiva y de San Andrés.

111. Como bien se expresa en artículo sobre el rol de los **dueños** de una obra:

“En un ambiente en que se delega en contratistas la administración del programa y del proyecto, el dueño de todas maneras mantiene la responsabilidad de asegurarse que los contratistas empleen personal capacitado y que apliquen prácticas apropiadas de manejo de riesgos. Como el dueño mantiene la carga de muchos inevitables riesgos del proyecto, es esencial que los representantes del dueño tengan una activa participación en todas las fases del manejo de riesgos, incluyendo bien informada supervisión y revisión de las tareas asumidas por contratistas y consultores.”¹⁴³

112. Como cierre de esta parte del Laudo, el Tribunal puntualiza que las consideraciones sobre la índole del incumplimiento contractual de Fonade y la cuantificación de la reparación a su cargo y en favor del Banco, que colocarían a este en la posición necesaria para proseguir las obras de las bibliotecas – **habiendo finalizado el Contrato por mutuo acuerdo** y asumido la dirección de los trabajos conforme a pautas y diseños de su elección– corresponde al criterio de *reparación integral* previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998,¹⁴⁴ citado en el Alegato del Banco.¹⁴⁵

D.6 Actualización monetaria e intereses

¹⁴³ *The Owner’s Role in Project Risk Management*, Board on Infrastructure and the Constructed Environment (BICE), disponible en www.nap.edu/openbook. - T. del T.

¹⁴⁴ “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

¹⁴⁵ Cf. Alegato del Banco, página 230.

113. Estos tópicos, que corresponden a las pretensiones quinta y sexta de la Demanda (segunda y tercera de condena), son analizados por el Tribunal en la forma que sigue.
114. Es evidente que los valores de \$ 1.233.836.532 y \$ 395.962.444 establecidos previamente como montos del resarcimiento a cargo de Fonade fueron fijados con referencia a un momento determinado: Noviembre 12, 2009 y Octubre 22, 2009, respectivamente.
115. Por consiguiente, procede el reconocimiento de la actualización dineraria solicitada por el Banco, a cuyo efecto, y en aras de la consistencia, el Tribunal se remite a lo expuesto en laudo de Abril 21, 2008, rendido en arbitraje que también tuvo como parte al Banco de la República:

“La actualización o corrección monetaria, al perseguir exclusivamente la conservación del poder adquisitivo de la moneda atiende, entre otras, la prescripción del inciso final del artículo 1627 del C. C., según el cual '[e]l acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba...'

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de Abril 24, 1979, se abrió el camino del reconocimiento de la *actualización monetaria* en los siguientes términos:

'... si el valor del dinero reside no en lo que es sino en lo que con él se puede adquirir, el fin perseguido por las partes al celebrar la convención no es ni sería el de obtener una suma nominal monetaria, sino el logro del poder adquisitivo. Por tal virtud, acudiendo a los principios o a las reglas generales del derecho, como el de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la equidad, el enriquecimiento injusto y la ruptura del equilibrio entre las prestaciones de las partes, se desentendieron [tribunales y tratadista extranje-

ros] del postulado nominalista de la moneda y cogieron por el sendero de ajustar la obligación dineraria."¹⁴⁶

116. Consignado lo anterior, la actualización partirá de los *Indices* del I.P.C. de Octubre y de Noviembre 2009, fechas de los cálculos resarcitorios, y se extenderá hasta el *Indice* del mes de Abril del año en curso, **último disponible**, siendo entendido que el monto resultante deberá ser **recalculado**, si fuere el caso, para tomar en consideración el *Indice* del I.P.C. correspondiente al **mes anterior** a aquel en que se realice el pago de la condena indemnizatoria a cargo de Fonade y en favor del Banco.
117. Los *Indices* antes referidos,¹⁴⁷ que al tenor del artículo 177 del C.P.C.¹⁴⁸ se consideran hechos notorios, son los siguientes:

<i>Indice</i> Octubre 2009 (I.P.C. 1):	101,98
<i>Indice</i> Noviembre 2009 (I.P.C. 2):	101,92
<i>Indice</i> Abril 2012 (I.P.C. 3):	110,92

Por tanto, el *Factor de Actualización Monetaria* (F.A.M.) que será aplicado es:

Para lo relativo a la biblioteca de **Neiva**:

F.A.M. = [I.P.C. 3 / I.P.C. 2], valga decir, **1.08830**

Para lo relativo a la biblioteca de **San Andrés**:

¹⁴⁶ Laudo arbitral de Abril 21, 2008 *P & P Construcciones S.A. vs. Banco de la República*.

Este laudo, a su turno, reflejó lo expuesto sobre el particular en laudo de Marzo 5, 2007 en el caso *Construcciones C.F. Ltda. vs. Banco de la República*.

¹⁴⁷ Tomados de www.dane.gov.co.

¹⁴⁸ "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba."

F.A.M. = [I.P.C. 3 / I.P.C. 1], valga decir, **1,08766**

118. Lo anterior significa que los montos *actualizados o corregidos monetariamente* a cuyo pago será condenado Fonade, son los que aparecen en la siguiente tabla:

Concepto	Valor Inicial	F.A.M.	Valor Ajustado
Biblioteca de Neiva	1.233.836.532	1,08830	1.342.789.915
Biblioteca de San Andrés	395.962.444	1,08766	430.674.194
Total	1.629.798.976		1.773.464.109

119. En cuanto a la condena al pago de intereses, que corresponde a la sexta pretensión de la Demanda (tercera de condena), el Tribunal, atendida la circunstancia de que el incumplimiento de Fonade y la consiguiente reparación del perjuicio infligido al Banco han sido establecidos en este Laudo, procederá a decretar la causación y pago de intereses moratorios en favor del Banco y a cargo de Fonade en los términos del artículo 884 del C. Cio.,¹⁴⁹ es decir a la tasa bancaria corriente aumentada en una mitad.
120. Tales intereses moratorios empezaran a causarse desde el día siguiente al que se determine para el pago de la indemnización debida por Fonade, y correrán hasta que se efectúe el pago de la suma adeudada.
121. La base para calcular los intereses moratorios **no será**, sin embargo, el *monto ajustado* establecido en el numeral 118 *supra*, sino el **valor inicial**.

¹⁴⁹ "Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria."

122. Ello al tenor de lo consignado por la C.S.J. en sentencia de Enero 24, 1990, donde se puso de presente la imposibilidad de acumular la corrección monetaria a los intereses comerciales:

“[F]orzoso es no olvidar que con mucha frecuencia, y esta es, sin duda, la situación de común ocurrencia en materia comercial dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los artículos 883 y 884 del Código del ramo, cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero, luego tampoco sería justo y equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida adeudada. (...)

Así pues, aquella norma [art. 1649 del C.C.] cuando habla de que el pago total comprende el de los intereses e indemnizaciones, no se puede extender al caso en que se condena al pago de intereses comerciales de mora, que, por sí solo, contiene todo el resarcimiento o comprensión del daño, por el crecido significado económico que se extrae con su reconocimiento. Tampoco, por esa misma potísima razón, se puede considerar equitativo imponer una condena de intereses comerciales de mora más corrección monetaria.”¹⁵⁰

123. El momento de inicio de la causación de los intereses de mora a cargo de Fonade y en favor del Banco antes mencionado no es aplicable, sin embargo, a los intereses de mora que adeuda aquel a este por no haber atendido el pago de su cuota de honorarios de los Arbitros y del Secretario y de gastos del Proceso, fijada mediante Auto No. 7 de Marzo 23, 2011, cuota que fue pagada por el Banco.

¹⁵⁰ C.S.J. – Sentencia de Enero 24, 1990, *Antología Jurisprudencial – Corte Suprema de Justicia 1886 - 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, páginas 47 y 48.

124. Así, entonces, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 (modificado por el artículo 105 de la Ley 23 de 1991),¹⁵¹ Fonade deberá pagar intereses moratorios al Banco sobre el monto de su cuota (\$181.000.000), calculados **desde Abril 7, 2011** (día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo que tenía Fonade para consignar su cuota de honorarios y gastos), hasta cuando se verifique la cancelación plena del monto principal adeudado.

E. Evaluación de las pretensiones de la Reconvención

125. La primera pretensión de la Reconvención alude a la liquidación del Contrato, tema que será acometido más adelante.
126. Por tal motivo, procede el Tribunal a evaluar la segunda y la tercera pretensiones de Fonade, la primera de índole declarativa, encaminada a que se consigne que el Banco incumplió parcialmente el Contrato *"en lo referente con su obligación de pagar lo realmente ejecutado por FONADE, así como otros gastos derivados del contrato"* y la segunda, de índole condenatoria, consecuen- cial de la anterior y encaminada a obtener el pago de ciertas sumas y por ciertos conceptos, junto con los intereses y actualizaciones a que haya lugar.

¹⁵¹ "En firme la regulación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá una cuenta especial.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquélla podrá hacerlo por ésta dentro de los cinco días siguientes, pudiendo solicitar su reembolso inmediato. Si éste no se produce podrá el acreedor obtener el recaudo por la vía ejecutiva ante las autoridades jurisdiccionales comunes, en trámite independiente al del arbitramento. Para tal efecto bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal, con la firma del secretario, y en la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago.

De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones.

Vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si ésta no se realizare, el tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso, o los de la cláusula compromisoria para este caso, quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria."

127. En el Contrato se previó que Fonade contrataría a los subcontratistas directamente, sin necesidad de consultar al Banco.¹⁵² En esa medida, los subcontratistas no tuvieron ninguna relación con el Banco, sino solo con aquel.¹⁵³
128. Así se puede constatar en el numeral 1 de la cláusula 3ª del Contrato, dónde se previeron como obligaciones generales de Fonade respecto de los dos proyectos, entre otras:

“1.6 Adelantar los procesos de contratación de subcontratistas que se requieran para el desarrollo de las actividades, de acuerdo con los procedimientos de selección establecidos en el Manual Interno de Contratación de Fonade sujetos al presupuesto aprobado para la ejecución del presente contrato y efectuar su respectivo control de ejecución.

1.8 Realizar de manera oportuna, los pagos de las obligaciones contraídas con terceros.

¹⁵² En el numeral 4.1 de la propuesta presentada por Fonade se indicó que el tipo de contrato que se proponía, esto es, de administración y/o ejecución de proyectos “[E]s una modalidad de contrato mediante la cual Fonade se compromete con una entidad pública o privada a ejecutar un proyecto de desarrollo con el objeto que se señale en el respectivo convenio o contrato...” (...) “La responsabilidad por la ejecución del proyecto o proyectos será de Fonade y puede dar origen a la suscripción de otros convenios o contratos que soportan, complementan o permiten dar alcance a un contrato o convenio principal que define un proyecto.” “En estos eventos, Fonade como agente principal del ciclo de proyectos, no intermedia recursos sino que ejecuta por su cuenta y riesgo las obligaciones contractuales originadas en el negocio jurídico, recibiendo una remuneración como contraprestación de esos servicios.”

(Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folios 198 y 199).

Y, en la parte inicial de la § 9 del Contrato, sobre “Personal de FONADE para la gestión de los proyectos” se acordó que :

“En virtud de la naturaleza del presente contrato, FONADE, para el debido cumplimiento de sus obligaciones en la gestión de los proyectos, hará uso de sus propios medios de organización empresarial, dispondrá de absoluta autonomía técnica y directiva, y asumirá todos los riesgos que se originen por razón de los contratos y las prestaciones que le corresponde pagar.”

¹⁵³ En la § 12 del Contrato se estableció, sobre garantías, que:

“FONADE exigirá a los subcontratistas que seleccione, garantizar a EL BANCO las obras y/o bienes entregados contra cualquier defecto, incluidos todos los componentes y accesorios que sean requeridos de conformidad con las especificaciones y características técnicas del presente contrato (...) De igual forma, exigirá a los subcontratistas la constitución de garantías que amparen como mínimo el correcto manejo y la buena inversión del anticipo, el cumplimiento de los contratos, el cumplimiento de las obligaciones laborales, la calidad, el buen funcionamiento, la estabilidad de la obra y la responsabilidad civil extracontractual. (...).”

1.20 Asumir integralmente la responsabilidad por la debida y oportuna inversión de los recursos aportados en cumplimiento del objeto de este contrato.”

129. Asimismo, en el numeral 2 de la estipulación en referencia, sobre obligaciones de Fonade en relación con la subcontratación, se estableció:

“2.1 Celebrar en su nombre [Fonade] y bajo su responsabilidad, los subcontratos que sean necesarios para la ejecución normal de este contrato, exigiendo entre otros la constitución de pólizas que aseguren los riesgos que puedan afectar dicha relación contractual (...).”

2.2 Exigir a los subcontratistas el trámite y/o solicitud oportuna de todos los pedidos locales o al exterior de los elementos para los proyectos, así como la adquisición o toma en arriendo, según el caso, de todos los materiales, herramientas, equipos de construcción y demás elementos necesarios, en las condiciones más favorables, tanto en calidad como en precio, aplicando al presupuesto de los proyectos el beneficio de todos los descuentos o comisiones que pudieren obtenerse.

2.3 Suscribir las actas de iniciación, recibo, terminación, liquidación y demás a que haya lugar, verificando el cumplimiento y calidad de las obras y labores ejecutadas.”

130. Fue en esas condiciones como se vincularon los sub contratistas.¹⁵⁴ Y, en la misma dirección, al dar por terminado el Contrato a través del Acuerdo, se

¹⁵⁴ Cf. las referencias al proceso de contratación adelantado por Fonade y a los contratos suscritos con el Consorcio San Andrés, Consorcio Proyectos y Diseños, Consorcio M&G, Consorcio Interproyectos y con el Consorcio Órbita & Cescontrucciones, en los que Fonade se obligó, entre otras cosas, a entregar y/o pagar los anticipos y dineros pactados en las fechas acordadas y a ejercer la supervisión general de los contratos.

(Cuaderno Principal No. 2, folios 11, 12, 13, 14 y 15 y Cuaderno Principal No. 3, folios 12, 13, 14, 15, 17 y 18).

previó que Fonade dejaría al Banco indemne por eventuales reclamaciones de los subcontratistas.

131. En ese momento se estipuló, en relación con los subcontratos y en la § 2, que:

“FONADE asume la responsabilidad que legalmente le corresponda frente a los subcontratistas y a terceros por la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los subcontratos descritos en el literal C) de las consideraciones y, en general, por cualquier hecho relacionado con los mismos, aunque su revelación o sus efectos se produzcan con posterioridad, dejando indemne a EL BANCO de cualquier reclamación o demanda relacionada con tales subcontratos.”

132. Lo anterior no riñe, sin embargo, con la obligación del Banco de proveer los recursos para que se pagara a los subcontratistas acudiendo a la forma establecida en la cláusula Séptima del Contrato, advirtiéndose allí que las cifras incluidas no eran más que “*el valor estimado para la ejecución de los proyectos*”, y no la cifra tope o única que el Banco le suministraría a Fonade.
133. Más aún, a pesar de que en el Alegato del Banco se pretendió asimilar el Contrato a un contrato *llave en mano*, el Tribunal observa que los valores acordados no constituyeron el monto recibido por Fonade con cargo al cual debiera responder por las obras, cubrir sus costos y ganar su utilidad, como es típico de ese tipo de contratos, según la doctrina que la Apoderada del Banco trae a colación.¹⁵⁵
134. Por el contrario, los honorarios de Fonade se pactaron por separado del acuerdo para el suministro de fondos para la ejecución del proyecto, acordándose que Fonade contrataría y pagaría los subcontratistas a partir de un par

¹⁵⁵ Cf. Alegato del Banco, página 17.

de cuentas que para ese propósito se abrirían con los recursos suministrados del Banco que, por tanto, fueron distintos de los honorarios de Fonade.¹⁵⁶

135. En la cláusula Séptima del Contrato, titulada "*Costo de los Proyectos – Valor y forma de pago*", se señaló, como antes se dijo, que correspondía al "*valor estimado para la ejecución de los proyectos*" y, por ende, a partir de la dinámica prevista, del entendimiento que se tuvo,¹⁵⁷ y de lo que al respecto señaló el Perito Técnico¹⁵⁸ es posible concluir que se trataba de recursos aportados por el Banco que Fonade debería proceder a ejecutar.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Para mayor claridad de este punto, nótese que los honorarios para Fonade se pactaron en una cláusula distinta, la sexta, en la que se previó que el valor allí contemplado "... incluye todos los gastos y costos que directa o indirectamente sean necesarios para la gerencia integral del proyecto..."

¹⁵⁷ Como parte de la pregunta genérica del Presidente del Tribunal sobre el conocimiento de la controversia arbitral, la Testigo Alicia Gordillo manifestó:

"De igual forma se estableció una forma de pago distinta, el Banco consideró que no era conveniente entregar 100% de los recursos asignados a cada uno de los proyectos y propuso una modalidad de pago donde establecía un monto inicial que es una especie de bolsa inicial para cada una de las ciudades en una proporción de lo que valía cada uno de los proyectos y una vez Fonade agotara el 70% de ese valor inicial podía solicitarle al Banco que le reembolsara y le asignara nuevamente recursos, esa fue la fórmula propuesta y aceptada que fue parte del convenio."

(Testimonio de Alicia Gordillo - Cuaderno de Pruebas No. 9 - Folio 493).

¹⁵⁸ En el Dictamen Técnico aparecen las siguientes preguntas y respuestas:

P. "¿Qué procedimiento se siguió para el pago de las obras a los contratistas?"

R. "Los contratos celebrados por Fonade con los contratistas eran de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste y la forma de pago prevista en la cláusula tercera de los mismos era de un anticipo de 30% del valor total que debía ser 'amortizado con cada cuenta en un porcentaje igual al entregado a título de anticipo' y el saldo debía pagarse de acuerdo con el avance que se reflejaba en las actas de corte mensuales de obra, 'dentro de los 10 días calendario siguientes a las fechas de radicación de las cuentas'.

En consecuencia, Fonade debía cancelar el valor de las actas de obra a los contratistas y solicitar al Banco, posteriormente, los reintegros correspondientes de acuerdo con el procedimiento contemplado en la Cláusula Séptima del Convenio....".

P. "¿Cómo se soportaban dichos pagos al Banco de la República?"

"En el Parágrafo Primero de la Cláusula Séptima del Convenio se estableció que para cada proyecto la primera de las cuentas se pagaba una vez cumplidos los requisitos para la ejecución del contrato previa presentación de la solicitud correspondiente y con la aprobación del Departamento de Edificios del Banco. Para los pagos siguientes se requería la presentación de la solicitud de recursos acompañada de la relación de gastos debidamente aprobadas por la Interventoría y por Fonade. El soporte principal de dichos pagos eran las actas de obra, suscritas por el contratista y aprobadas por las interventorías de cada una de las obras y el Gerente de Obra designado por FONADE."

136. Esa obligación, no obstante, **no era la de ir cancelando cada una de las cuentas de los subcontratistas**, como lo pretende Fonade en la Reconvención, sino de mantener una *bolsa* de recursos en términos y cuantías muy específicas.
137. Por esta razón, además, el hecho de que hubiera o no algún desfase entre lo que Fonade gastó y los recursos aportados por el Banco no implica que éste hubiera incumplido su deber de suministrar dinero. Podría ser, como muestra la evidencia del caso, que Fonade hubiera agotado la *bolsa* de dinero, sin hacer solicitud por nuevos recursos, como era su **obligación**.¹⁶⁰
138. Correctamente, como se estableció en la cláusula Séptima, se previó un “*valor estimado*” para cada uno de los dos proyectos, valor que se *entregaría* a través de una suma inicial que se depositaría y que “*se irá utilizando hasta un porcentaje equivalente al setenta por ciento (70%) momento en el cual, FONADE solicitará a EL Banco la entrega de nuevos recursos, hasta concurrencia de la suma inicial transferida, sin sobrepasar en todo caso el costo total del proyecto.*”

(Dictamen Técnico – Cuaderno de Pruebas No. 10 – Folio 120).

¹⁵⁹ En la cláusula Séptima, párrafos Segundo, Tercero y Sexto del Contrato se establece:

“Los recursos entregados por EL BANCO deberán ser destinados exclusivamente para la ejecución de los proyectos y deberán ser depositados por FONADE en cuentas que se abrirán para tal propósito, de cuya ejecución y estado podrá pedir informes EL BANCO cuando lo considere necesario.”

“El valor de las sumas entregadas hasta concurrencia máxima del valor de cada proyecto corresponderá a la totalidad de los gastos inherentes a cada uno de ellos tales como.... y, en general, todos los que sean necesarios para la ejecución total de los proyectos y su entrega a entera satisfacción de EL BANCO.”

“Al finalizar el contrato, si resultan recursos entregados por EL BANCO a FONADE que no fueron utilizados, estos serán devueltos dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del acta de recibo y liquidación final firmada por las partes.”

¹⁶⁰ La cláusula Séptima, párrafo Cuarto del Contrato se dispone:

“Para el desembolso de los recursos asignados al proyecto, FONADE deberá radicar la solicitud de recursos en tiempo oportuno de manera que siempre cuente con disponibilidad para atender los gastos de los proyectos.”

139. Ahora, teniendo claro el anterior marco contractual, debe resaltarse que no se allegó ninguna prueba en el sentido que Fonade hubiera hecho petición de recursos al Banco, acorde con lo que se previó en el Contrato, que éste no hubiera atendido.
140. Por el contrario, los Testimonios y la documentación aportada por Alicia Gordillo¹⁶¹ y por Julián Vega,¹⁶² ilustran que el Banco siempre atendió los pedidos de recursos **en forma y tiempo correctos**, de lo cual se sigue que no aparece probado en el Proceso caso alguno en que Fonade hubiera hecho petición de recursos y el Banco se hubiera negado o no hubiera procedido a ello, o no lo hubiera hecho en debido tiempo o, siquiera que lo hubiera realizado por un menor valor del que correspondía.
141. Así las cosas, la pretensión declarativa solicitada por Fonade no tiene asidero fáctico, motivo por el cual será denegada y, como consecuencia de ello, tampoco será atendida la pretensión de condena planteada como **consecuencial** de la petición declarativa en comentario.
142. Lo anterior no obsta, desde luego, para que en el acápite del Laudo correspondiente a la liquidación del Contrato, se incluya, en lo que corresponda, las cifras relativas a los contratos mencionados en la tercera pretensión de la Reconvención.

F. Excepciones

143. Tratado lo referente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención y establecido el resultado de las mismas procede referirse, en consonancia con tales conclusiones, a las Excepciones.

¹⁶¹ Cf. Cuaderno de Pruebas No. 9, folios 491 a 517.

¹⁶² Cf. *Ibíd.*, folios 415 a 452.

144. Para tal efecto, el Tribunal apunta, en primer término, que el parámetro para determinar la necesidad o no de estudiar las Excepciones, se halla consignado en sentencia de la C.S.J. de Junio 11, 2001, donde se expuso:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejerciéndose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que **la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido `y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.**”¹⁶³

¹⁶³ C.S.J. – Sentencia de Junio 11, 2001, *Antología Jurisprudencial – Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406.

145. Con observancia de lo anterior, y dadas las evaluaciones sobre lo pretendido en la Demanda y en la Reconvención, el Tribunal anota lo que sigue sobre las Excepciones planteadas por una y otra Parte.

F.1 Excepciones propuestas por Fonade con relación a la Demanda

146. Como atrás se indicó, Fonade presentó cuatro (4) Excepciones, así:
- a. "Inexistencia de incumplimiento del contrato por parte de FONADE";
 - b. "Inexistencia de daño a cargo de FONADE";
 - c. "Inexistencia de responsabilidad por parte de FONADE"; y
 - d. "Inexistencia de culpa".
147. Para resolver cada una de ellas, el Tribunal trabajó dentro del entendimiento general de la naturaleza del Convenio y del Acuerdo sobre Terminación del Contrato, explicados en las §§ C.1 y C.2 *supra*. de este Laudo. En esa medida, es menester remitirse a lo allá señalado, aplicable en su integridad a la decisión sobre las Excepciones planteadas por Fonade.
148. Pero, además, esa remisión es particularmente procedente y necesaria en atención a que las cuatro (4) Excepciones más que **pretensiones** de Fonade, apuntan a la negación del caso como fue argumentado por el Banco.
149. En otras palabras, no hay en la alegación de Fonade un hecho, razonamiento o condición que implique que las pretensiones del Banco dejen por ello de ser válidas o jurídicamente correctas, sino que se limita a contradecir la visión presentada por este.
150. Con la precisión precedente, el Tribunal se refiere a renglón seguido a cada una de las Excepciones formuladas por Fonade.

151. En la Contestación, Fonade describió la primera Excepción, esto es, la inexistencia de incumplimiento a su cargo así:

“Por solicitud expresa del Banco de la República a FONADE, las partes suscribieron acuerdo de terminación anticipada del contrato No. 195041, lo cual generó como consecuencia lógica la inejecución del objeto contratado.

Lo anterior liberó de toda responsabilidad a FONADE con relación a su obligación contractual de entregar terminadas y en funcionamiento las bibliotecas al Banco de la República en las ciudades de San Andrés - Isla y Neiva, especialmente por las siguientes razones:

a. Por ser la obligación contractual de FONADE una obligación de resultado, estaba obligado a obtener un resultado preciso como era la entrega de las dos bibliotecas, debidamente terminadas y en funcionamiento y al pactar las partes de mutuo acuerdo la terminación anticipada, se constituyó una causa extraña que impidió a FONADE el cumplimiento de la obligación.

b. El mutuo disenso entre el Banco de la República y FONADE operado con la firma del acuerdo de terminación anticipada del contrato No. 195041, tiene como consecuencia legal que deja sin efecto alguno el contrato, es decir que termina las obligaciones de las partes, sin que se genere ningún incumplimiento al no obtenerse el resultado inicialmente pactado.

Al momento de la firma del acuerdo de terminación de contrato el Banco de la República no manifestó ninguna inconformidad y reclamación contra FONADE, tal y como consta tanto en la comunicación de solicitud de terminación presentada por el Banco a FONADE, como en el texto mismo del acuerdo.¹⁶⁴

152. A su turno, en el Alegato de Fonade se profundizó la anterior posición, señalando:

“[Q]ueda claro entonces que la obligación contractual de FONADE era de resultado y que éste era el de entregar debidamente terminadas y en funcionamiento las dos bibliotecas mencionadas.

Al pactarse la terminación anticipada del contrato interadministrativo por mutuo acuerdo entre las partes, FONADE quedó liberado de la obligación de resultado adquirida, es decir, de la obligación de ejecutar el objeto del contrato, sin importar que FONADE eventualmente hubiera podido incurrir en alguna culpa, pues al pactarse entre las partes la terminación anticipada del contrato y mucho más teniendo en cuenta que ésta fue por solicitud del Banco, se presentó una causa extraña y se rompió la relación de causalidad que hubiera podido existir entre la no ejecución del contrato por parte de FONADE y los supuestos daños que ello hubiera podido causar al Banco.”¹⁶⁵

153. Visto lo anterior, el Tribunal precisa que no es exacto que en el Contrato sólo existiera una obligación final, única, de resultado, como lo pretendió Fonade.
154. Efectivamente, en el Contrato si se previó un objetivo general, pero, alrededor de ese se estructuraron múltiples obligaciones para ambas Partes. Tales obligaciones tenían, como se apuntó previamente, distinto alcance y diferente naturaleza jurídica. Algunas, en efecto, eran de “*resultado*”, pero otras comportaban una obligación de “*medio*”. Unas sólo se deberían al terminarse las tareas, pero otras debían irse ejecutando y cumpliendo a medida que se avanzaba.
155. Así las cosas, el Tribunal concuerda con Fonade en que el cumplimiento del objeto del Contrato, esto es, que el Banco contara con un par de bibliotecas, sólo era exigible al final del plazo que se había acordado para ese efecto y

¹⁶⁵ Alegato de Fonade – Páginas 5y 6.

que, al haberse dado terminado el Contrato de manera anticipada y por mutuo acuerdo, no es factible que se juzgue que Fonade falló, ni que el Banco pretenda que se le indemnice por esa razón.

156. Pero también es claro, como se ha expuesto, que Fonade tenía la obligación de escrudiñar la calidad de las obras que se iban terminando y de rechazar aquellas que no cumplieran con los parámetros aplicables y que, al no haberlo hecho y haber recibido obras que se demostró que no estaban a la altura de lo que debían estar, no cumplió con lo pactado y, por tanto, deberá asumir las consecuencias de ello.
157. En la anterior medida, la Excepción que se comenta podría llegar a tener éxito en lo que toca a la pretensión del Banco de que Fonade ha debido entregar las bibliotecas y no lo hizo, pero, a los fines de este Proceso, **no prosperará**, habida cuenta del incumplimiento de la obligación resaltada, cuya omisión ha dado piso, precisamente, para que se den las condenas previstas en la parte resolutive de este Laudo.
158. Al contestar la Demanda, Fonade expuso con relación a la defensa sobre inexistencia de daño a su cargo (segunda Excepción):

“En lo referente a la calidad de las obras entregadas por FONADE al Banco, lo cual menciona la demanda y sobre las que el Banco tiene algunos reparos, debo decir que además de que, de conformidad con informes del área técnica de FONADE, éstos carecen de fundamento, pues fallas de calidad en ningún momento existieron, y si hubieran existido, deberán ser materia de prueba y contradicción dentro del proceso.

No es válido lo pretendido por el Banco, en el sentido de soportar su reclamo en el informe entregado por PAYC, por cuanto no sólo fue elaborado mucho tiempo después de que FONADE entregó las obras al Banco, si no [sic] además porque tampoco esta entidad tuvo oportunidad de contradecirlo

al momento de su elaboración, pues sólo hasta ahora, con ocasión de la notificación de la corrección a la demanda arbitral presentada por el Banco, FONADE conoció dicho documento.”¹⁶⁶

159. Y en la misma dirección, el Alegato de Fonade consigna:

“Entre la inexecución del contrato No. 195041 por parte de FONADE y los supuestos daños mencionado [sic] por el Banco de la República en su demanda, no existe ninguna relación de causalidad, pues FONADE no cumplió con su obligación de resultado de entregar las bibliotecas porque atendió propuesta del mismo Banco para terminar anticipadamente y de mutuo acuerdo el contrato, con lo cual quedó liberado de su obligación contractual y de toda responsabilidad. (...)

Dado ese acuerdo de voluntades claramente expreso y sin restricción de ningún tipo, se puede señalar que con tal actuación las partes dieron aplicación al artículo 1602 del Código Civil, según el cual, *‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.’*”¹⁶⁷

160. Más adelante en el mismo documento, la Apoderada de Fonade reprodujo las observaciones hechas en la Contestación al Informe de PAYC, y adicionó que, en su opinión, el mismo no podía ser tenido en cuenta por el Tribunal al tenor de lo conceptuado por el Consejo de Estado en sentencia del Abril 13, 2000 (Expediente No. 11898), reiterada en Junio 5, 2008 (Expediente No. 16586).¹⁶⁸

¹⁶⁶ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 57 y 58.

En la formulación de esta Excepción Fonade agregó algunas consideraciones, sin soporte adicional, encaminadas a refutar el Informe de PAYC.

¹⁶⁷ Alegato de Fonade – Página 10.

¹⁶⁸ Cf. *ibíd.*, página 69.

161. Visto lo anterior, el Tribunal, en primer término, se remite a lo concluido en el detallado análisis hecho previamente sobre la naturaleza del Contrato y de las obligaciones allí estipuladas, reiteradas, en síntesis al evaluar la primera Excepción propuesta por Fonade.
162. Por otra parte, el Tribunal pone de presente que en parte anterior del Laudo, a la cual se remite, se llegó a la conclusión de que Fonade incumplió su obligación de rechazar las obras que no cumplían con los parámetros correspondientes, y puntualiza que en tal acápite se refirió a la forma de valoración de las pruebas obrantes en el Proceso, en análisis que condujo a la cuantificación de los perjuicios que habrá de resarcir Fonade.
163. Para complementar lo anterior, el Tribunal apunta que no comparte lo anotado por la Apoderada de Fonade sobre desestimación del Informe de PAYC y subraya que en el presente caso no se dan las condiciones de las sentencias del Consejo de Estado aducidas por Fonade:
 - a. A diferencia de los antecedentes que se invocan, éste no es un proceso contencioso administrativo que suceda un juicio penal;
 - b. El Informe de PAYC que se cuestiona **no fue producido en un procedimiento anterior**, bien como peritaje o bien como resultado de una inspección judicial;
 - c. Por ende, el Informe de PAYC que Fonade pretende que se excluya de valoración no obra, hasta donde llega el conocimiento del Tribunal, como prueba en ningún otro proceso, y, por ende, no fue traído a este Arbitraje mediante traslado de otra dependencia jurisdiccional; y
 - d. El Informe de PAYC fue aportado como tal, y así se decretó para que sirviera de elemento de juicio, con la presencia y participación de Fonade que, por tanto, contó con todas las garantías para pedir, producir y aportar otras formas de evidencia que sirvieran para restarle credibilidad al documento.

164. Corolario obvio de todo lo anterior es que **no prosperará** la Excepción bajo análisis.
165. En torno a la tercera Excepción, referente a inexistencia de responsabilidad por parte de Fonade, tal Parte anotó en soporte de su posición que:

“Al no existir un hecho generador de [sic] una daño, como lo sería el incumplimiento del contrato por parte de FONADE y tampoco existir, ni estar probado de ninguna manera un daño en contra del Banco, no existe tampoco una relación de causalidad entre los mismos y por lo tanto tampoco existe ninguna responsabilidad que pueda ser imputada a Fonade.

Dentro del proceso ninguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad ha sido probado por el Banco en contra de FONADE.”¹⁶⁹

166. En distintos apartes del Laudo se ha expuesto la conclusión del Tribunal sobre el incumplimiento de Fonade y sobre la existencia y la cuantía del daño que ese incumplimiento causó, razonamientos que deben tenerse por reproducidos en este punto.
167. En adición, Fonade considera que el Acuerdo sobre Terminación del Contrato tiene las condiciones de un hecho ajeno, que rompe la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio.
168. Al respecto el Tribunal señala que es acertado el razonamiento teórico de la Apoderada de Fonade, en el sentido que, para que se origine una obligación indemnizatoria debe existir una relación de causa efecto entre el incumplimiento y el perjuicio.

¹⁶⁹ Cuaderno Principal No. 3 – Folio 63.

169. Y también es correcto que al haberse terminado por mutuo acuerdo el Contrato, la razón por la cual el Banco no tiene hoy sus dos bibliotecas no puede atribuirse a que Fonade no haya cumplido con su deber de entregarlas, toda vez que, de una parte, al haberse puesto fin al Contrato antes del plazo previsto, es materialmente imposible saber que hubiera ocurrido al llegar el plazo pactado y, de otra, en razón a que esa misma terminación consentida eximió a Fonade de cumplir con tal deber contractual.
170. Pero, frente a lo anterior, el Tribunal enfatiza que ese no es el incumplimiento que se está declarando en esta oportunidad, ni esos los perjuicios que se reconocerán. Lo que el Tribunal ha concluido es que Fonade incumplió el deber que tenía de **rechazar las obras entregadas sub-parámetros**, y que los perjuicios que deberá indemnizar son los que se derivan directamente de esa falla. Nada más.
171. Así las cosas, la Excepción **no prosperará** y, por ende, no se enervarán la declaratoria y condenas que se acaban de describir y serán reflejadas en la parte resolutoria del Laudo.
172. Con relación a la cuarta y última Excepción, sobre inexistencia de culpa de Fonade, en la Contestación se señaló que cabía esta defensa por cuanto:

“Durante el tiempo de vigencia del contrato No. 195041, FONADE actuó correctamente, con diligencia y cuidado y utilizando todos los medios necesarios para cumplir el contrato.

No existe en el proceso ninguna prueba que demuestre que FONADE actuó con culpa durante el tiempo que tuvo a su cargo la ejecución del contrato No. 195041.”¹⁷⁰

173. Al cerrar su caso, la Apoderada de Fonade concluyó que:

¹⁷⁰ Ibíd.

“[E]l comportamiento de FONADE durante la ejecución parcial del contrato fue totalmente diligente y cuidadoso y cumplió cabalmente con todas las actividades que estaban a su cargo.

El hecho [sic] de que el plazo inicial del contrato No. 195041 no se haya cumplido no implica de ninguna manera un comportamiento negligente ni moroso por parte de FONADE (...)

La atención de las diversas actividades a cargo de FONADE fueron atendidas con total diligencia y cuidado y siempre contando con la supervisión directa del Banco y sin que en ningún momento se presentara reclamación alguna por algún concepto originado en las mismas.”¹⁷¹

174. Sobre este particular, el Tribunal comienza por destacar que tanto la forma como se planteó la Excepción, como su posterior desarrollo en el Alegato de Fonade, solo configura una afirmación de tal Parte sobre la valoración de su comportamiento en la ejecución del Contrato, valoración que a estas alturas del Laudo es claro que no es compartida por el Tribunal.
175. Ciertamente, se repite, Fonade tenía la obligación de verificar las obras que recibía de sus subcontratistas y asegurarse de que las mismas correspondieran a los niveles y calidades establecidos o con posibilidad de establecerse según el Contrato.
176. Fonade falló en lo anterior, y al fallar, recibió obras y trabajos por debajo de esas premisas, lo que forzaría al Banco a deshacer lo hecho y reconstruir lo que se hizo mal. En ello, obviamente, hay un incumplimiento, y es de allí de donde surge la obligación de reparar los perjuicios que se le causaron al Banco.

¹⁷¹ Alegato de Fonade – Páginas 13 y 14.

177. En consecuencia, teniendo en cuenta esa realidad, la Excepción que se evalúa, al igual que las tres analizadas previamente en esta parte del Laudo, **tampoco prosperará.**

F.2 Excepción propuesta por el Banco con relación a la Reconvención

178. Como se indicó en el capítulo III (D) *supra*, el Banco propuso la Excepción de “*Falta de competencia del Tribunal Arbitral*”, referida a la segunda pretensión (declarativa) de la Reconvención, que de contera, y por su naturaleza consecencial, toca la tercera pretensión de Fonade.
179. Ahora bien, en la medida que la pretensión declarativa de Fonade que se atacó con este medio exceptivo no prosperará, el Tribunal no tendría necesidad de pronunciarse sobre la Excepción.
180. No obstante, dada la relevancia de lo planteado por el Banco, el Tribunal considera apropiado hacer explícito que no comparte el raciocinio de la Apoderada del Banco y, por consiguiente, que en la hipótesis de ser necesario no se declararía probada esa Excepción.
181. El Banco de la República sustentó la Excepción que se evalúa en lo establecido en la parte final de la § 2 del Acuerdo que dispone:

“[S]i el BANCO llegare a recibir una reclamación o demanda por estos hechos [celebración, ejecución, terminación y liquidación de los subcontratos y, en general, por cualquier hecho relacionado con los mismos], la trasladará a FONADE para su manejo y respuesta por parte de tal entidad, de ser legalmente posible. En el evento contrario, FONADE deberá asistir a EL BANCO en el manejo de la reclamación o demanda y suministrarle toda la información y los documentos que EL BANCO requiera, hasta la respuesta o solución definitiva. Para efectos de lo previsto en este numeral, las partes acuerdan que no se

aplicará lo estipulado en la cláusula decimoquinta de El Contrato ('Cláusula compromisoria').¹⁷²

182. El Tribunal no considera que esa salvedad al pacto arbitral aplique al punto bajo análisis, pues, en efecto:

- a. La Cláusula Compromisoria se acordó para "*cualquier diferencia o controversia que surja entre ellas con relación a la celebración, ejecución o terminación de este contrato y que no haya podido ser resuelta de común acuerdo....*".
- b. En la § 2 del Acuerdo sobre Terminación del Contrato se estableció que Fonade asumía la responsabilidad que legalmente le correspondiera frete a los subcontratistas identificados en los considerandos de tal documento y, además, se avanzó la dinámica que se seguiría en caso que uno de ellos se dirigiera directamente en contra del Banco:
 - i. Si era posible, el Banco dirigiría el subcontratista a Fonade; y
 - ii. En caso negativo, Fonade acompañaría al Banco hasta que el tema se solucionara de manera definitiva.

Quando ello sucediera, se pactó, no se acudiría a la justicia arbitral.

- c. **Pero eso no fue lo que sucedió.** No se acreditó reclamación de ningún subcontratista **en contra del Banco** y, definitivamente, no es esa la situación en que se presentó la petición de la Reconvención.

183. Así las cosas, no habría margen para deducir que carece de competencia este Tribunal para resolver la petición contenida en la Reconvención sobre la base

¹⁷² Cabe recordar que en la Cláusula Compromisoria se previó que "[e]sta cláusula no impedirá el ejercicio de la facultad de EL BANCO de llamar en garantía a FONADE cuando sea demandado por cualquier tercero."

de que en la génesis de la argumentación de Fonade éste haya recibido reclamaciones **en su contra** de parte de los mismos.

184. En esas condiciones, y al margen, se repite, de que el fracaso de la pretensión de Fonade arriba evaluada haría innecesario un pronunciamiento sobre la Excepción que se comenta, el Tribunal hace claridad que, en todo caso, tal defensa no habría tenido prosperidad.
185. Finalmente y en cuanto a la Excepción genérica planteada por el Banco de la República, el Tribunal se limita a señalar que, al margen del debate académico que existe sobre la procedencia o no de este tipo de excepción en el proceso arbitral, la falta de prosperidad de las pretensiones de Fonade hace inane adentrarse en la evaluación sobre pertinencia, alcance y efecto de –como expresó el propio Banco en la Réplica– *“las demás excepciones que resulten probadas en el proceso.”*

G. Liquidación del Contrato

186. Para fines de la tercera pretensión de la Demanda, el Banco solicitó *“designar un perito técnico, ingeniero y/o arquitecto experto en el diseño y ejecución de obras civiles institucionales, **para que realice la liquidación del Convenio Interadministrativo**, de conformidad con las demás pruebas allegadas al proceso, así como con los documentos a que haya lugar.”*¹⁷³
187. Similar petición fue formulada por Fonade en la primera pretensión de la Reconvención.¹⁷⁴
188. En tal virtud, y como se puso de presente en el capítulo II (C) de este Laudo, el Tribunal designó los Peritos, quienes, a su turno, rindieron el Dictamen Financiero y el Dictamen Técnico.

¹⁷³ Demanda – Página 188.

¹⁷⁴ Cf. Reconvención, página 6.

189. En el Dictamen Financiero, el Perito Financiero preparó veintiocho (28) tablas, de las cuales once (11)¹⁷⁵ versan específicamente sobre temas atinentes a la liquidación del Convenio.¹⁷⁶
190. Esas tablas, a su turno, están respaldadas por anexos que contienen siete (7) tablas más, donde se detallan cómo se liquidaron los cinco (5) contratos con los subcontratistas de Fonade que ya quedaron finiquitados y el estado en que se encuentran los dos (2) subcontratos que están en proceso de liquidación.
191. Con base en las tablas preparadas por el Perito Financiero y en desarrollo de lo solicitado por el Banco, el Perito Técnico, en el complemento al Dictamen

¹⁷⁵ Tabla No. 1. "Subcontratos firmados por FONADE".

Tabla No. 2. "Resumen pagos realizados por FONADE por obras ejecutadas Convenio 195041".

Tabla No. 4. "Ingresos recibidos por FONADE. Gerencia integral - Convenio 195041".

Tabla No. 5. "Ingresos recibidos por FONADE. Ejecución de proyectos - Convenio 195041".

Tabla No. 6. "Manejo contable Factura No. 11. Consorcio San Andrés 2007".

Tabla No. 7. "Diferencia existente entre los ingresos y los egresos Convenio 195041".

Tabla No. 8. "Resumen de la ejecución del Subcontrato 2070920 – Consorcio Interproyectos".

Tabla No. 9. "Pagos efectuados a Consorcio Interproyectos - Subcontrato 2070920".

Tabla No. 10. "Ingresos recibidos por FONADE. Ejecución de proyectos - Convenio 195041".

Tabla No. 11. "Valor conciliado - Contrato No. 2071107".

Tabla No. 12. "Valor pretensiones - Consorcio San Andrés 2007 contra FONADE".

¹⁷⁶ El Tribunal pone de presente que la Tabla No. 3 ("Gastos diferentes a la ejecución de obras. FONADE – Convenio 195041") y las Tablas Nos. 9, 10, 11 y 12 de los Anexos se refieren a montos pagados a tres empleados de Fonade que participaron en el desarrollo del Convenio: Yolanda Astrid Rodríguez, Sandra Figueroa, y Alberto Machado, por un total facturado de \$278.134.571.

De este, la Tabla No. 3 califica como "Valor ejecución convenio 195041" la suma de \$126.323.410, que sería la imputable al Convenio.

Si bien estos pagos son relevantes para la contabilidad de Fonade, no lo son para la liquidación del Contrato, pues los gastos relativos al personal de Fonade que participó en la ejecución del Convenio están incluidos dentro de los honorarios pactados en favor de Fonade por la Gerencia Integral de los Proyectos, según lo establece el párrafo Primero de la Cláusula 6ª del Contrato, que dispone:

"El valor de la remuneración a favor de FONADE incluye todos los gastos y costos que directa o indirectamente sean necesarios para la gerencia integral del proyecto y la entrega de las obras a entera satisfacción a EL BANCO."

Técnico, preparó otras once (11) tablas de cifras, con fundamento en las cuales presentó la siguiente tabla final,¹⁷⁷ detallando la liquidación del Contrato:

Concepto	Parcial	Total
1. Valor de los recursos girados por el Banco¹⁷⁸		5.407.192.577
2. Valor recursos ejecutados por Fonade		5.426.629.453
2,1 Costos de la Gerencia Integral de los Proyectos ¹⁷⁹	366.819.734	
2,2 Costos causados por la ejecución de los contratos derivados ¹⁸⁰	5.022.361.887	
2.1.8 Otros Gastos Directos ¹⁸¹	37.447.732	
Saldo pendiente de giro por el Banco a Fonade		19.436.876

192. Posteriormente, en las aclaraciones y complementaciones al Dictamen Técnico,¹⁸² se señaló que:

“Los valores no amortizados de los anticipos... deben ser recuperados por FONADE y, en consecuencia, deben descontarse de los valores facturados y constituyen un menor valor de los costos causados por la ejecución de los contratos deriva-

¹⁷⁷ Cf. Dictamen Técnico (Complemento), página 9.

¹⁷⁸ Este valor de este rubro está detallado en la página 2 del Dictamen Técnico (complemento) y coincide con lo consignado en las tablas que aparecen en la página 8 del Dictamen Financiero.

¹⁷⁹ El monto de este rubro resulta del análisis y cálculo que lleva a cabo el Perito Técnico sobre el monto de los honorarios debidos a Fonade, el cual es acogido por el Tribunal. (Cf. Dictamen Técnico (complemento), página 3.

¹⁸⁰ El monto de este rubro (exceptuando lo referente a “Otros gastos directos”) está reflejado en la columna “Valor facturado” de la tabla que aparece en la página 4 del Dictamen Financiero.

¹⁸¹ El valor de este rubro está discriminado en la tabla que aparece en la página 9 del Dictamen Técnico (complemento) y sus componentes son considerados pertinentes por el Tribunal teniendo en cuenta, además, lo consignado en la página 9 de las aclaraciones y complementaciones del Dictamen Técnico.

¹⁸² Páginas 16 y 17.

dos. En este sentido debe ajustarse el valor de la liquidación del contrato, como se hará en la última respuesta de este cuestionario, en la siguiente cuantía:

Anticipos no amortizados en:

Contrato No. 2072025 (San Andrés)	\$ 28.006.910
Contrato No. 2071107 (Neiva)	\$ 324.361.392
Total	\$ 352.367.402"

193. En desarrollo de lo anterior, el Perito Técnico, previo señalar que “[d]e acuerdo con las respuestas anteriores, SE CORRIGE el numeral 3 del Complemento del Dictamen Pericial (pág. 9)”, presentó la siguiente tabla,¹⁸³ detallando la reliquidación del Contrato:

Concepto	Parcial	Total
1. Valor de los recursos girados por el Banco		5.407.192.577
2. Valor recursos ejecutados por Fonade		5.426.629.453
2,1 Costos de la Gerencia Integral de los Proyectos	366.819.734	
2,2 Costos causados por la ejecución de los contratos derivados	5.022.361.887	
2,2,1 Anticipos no amortizados	-352.367.402	
2.1.8 Otros Gastos Directos ¹⁸⁴	37.447.732	
Saldo pendiente de giro por Fonade al Banco		332.930.526

¹⁸³ Cf. Dictamen Técnico (Aclaraciones y Complementaciones), página 18.

¹⁸⁴ El valor de este rubro está discriminado en la tabla que aparece en la página 9 del Dictamen Técnico (Complemento) y sus componentes son considerados pertinentes por el Tribunal teniendo en cuenta, además, lo consignado en la página 9 de las aclaraciones y complementaciones del Dictamen Técnico.

194. A esta altura, el Tribunal recuerda que los Dictámenes Periciales fueron puestos a consideración de las Partes, y que en relación con el del Perito Torres, Fonade presentó la Objeción al Dictamen Técnico, sin que ninguno de los cargos fuera dirigido contra la liquidación del Convenio. El Banco tampoco presentó objeción al respecto.
195. Estando, pues, de acuerdo las dos Partes sobre la liquidación propuesta por el Perito Técnico, el Tribunal se remite a la misma, sujeta, sin embargo, a las siguientes consideraciones y puntualizaciones:
- a. A diferencia de los otros cinco sub contratos celebrados por Fonade para la ejecución de las obras, los dos sub contratos arriba citados –Nos. 2072025 (San Andrés) y 2071107 (Neiva)– aún **no han sido liquidados**.
 - b. En relación con el de San Andrés, el Perito Financiero indica que:

“[S]e pudo evidenciar la existencia del proceso judicial No. 88-001-23-31-001-2011-00023-00, adelantado por los integrantes del Consorcio San Andrés 2007 contra FONADE, por terminación anticipada del contrato No. 2072025....”¹⁸⁵
 - c. Y en cuanto a Neiva, el Perito Financiero informa:

“[E]ncontré evidencia del proceso conciliatorio adelantado ante la Procuraduría 34 Judicial Administrativa de Neiva entre FONADE y el Consorcio Orbita y Cesconstrucciones, No. 09-5021, por terminación del subcontrato No. 2071107.”¹⁸⁶
196. Visto lo anterior, debe ponerse de presente que las cifras relativas a “*anticipos no amortizados*”, que el Perito Técnico tomó del Dictamen Financiero, fueron extraídas por este directamente de la contabilidad de Fonade. Como esa con-

¹⁸⁵ Dictamen Financiero – Página 16.

¹⁸⁶ Ibíd. – Página 13.

tabilidad **no refleja cifras que están en discusión**, el Tribunal considera que, en cuanto hace a la liquidación del Convenio, se debe tomar:

- a. Como "*anticipo no amortizado*" por el Consorcio San Andrés 2007 sólo la parte del saldo del anticipo de \$28.006.010 que a la **conclusión** del proceso judicial entre Fonade y dicho consorcio se determine que **no quedó** amortizada; y
 - b. Como "*anticipo no amortizado*" por el Consorcio Orbita y Cesconstrucciones, sólo la parte del anticipo de \$324.361.392 que a la **conclusión** del proceso de conciliación entre Fonade y tal consorcio se determine que **no quedó** amortizada.
197. En virtud de lo anterior, y considerando, asimismo, que a raíz del Acuerdo sobre Terminación del Contrato las controversias entre Fonade y los consorcios citados quedaron excluidas de la jurisdicción del Tribunal,¹⁸⁷ se determina, sin perjuicio de lo que adelante se expone, acoger la liquidación del Contrato inicialmente planteada en el Dictamen Técnico y reproducida en el numeral 191 *supra*.
198. Por consiguiente, y de conformidad con dicha liquidación, se ordenará el pago por parte del Banco y en favor de Fonade de **\$ 19.436.876**, allí determinado como "*Saldo pendiente de giro por el Banco a Fonade*".
199. Con relación a dicha suma el Tribunal puntualiza que, por haber sido determinada tan solo en este Laudo, no será objeto de *actualización monetaria*, pero

¹⁸⁷ la § 2 del Acuerdo sobre Terminación del Contrato dispone:

"FONADE asume la responsabilidad que legalmente le corresponda frente a los subcontratistas y a terceros por la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los subcontratos descritos en el literal C) de las consideraciones, y en general, por cualquier hecho relacionado con los mismos, aunque su revelación o sus efectos se produzcan con posterioridad, dejando indemne a EL BANCO de cualquier reclamación o demanda relacionada con tales subcontratos.... Para efectos de lo previsto en este numeral, las partes acuerdan que no se aplicará lo estipulado en la cláusula decimoquinta de EL CONTRATO ('Cláusula compromisoria')."

sí devengará intereses moratorios en caso de retardo en su pago por parte del Banco.

200. Dicho lo anterior, vuelve el Tribunal al tema de los "*anticipos no amortizados*" y al respecto dispone que si, como resultado de los procesos (jurisdiccional y de conciliación) señalados en el numeral 195 (b) y (c) *supra*, se determina que los consorcios allí mencionados **efectivamente ejecutaron obras que aún no les han sido pagadas**, el valor de esas obras deben serle reconocidas por el Banco a Fonade, **siempre y cuando se llene la totalidad de los siguientes requisitos:**

- a. Que se trate de obras ejecutadas bajo el Contrato No. 2071107, en el caso de Neiva, o bajo el Contrato No. 2072025, en el caso de San Andrés;
- b. Que dichas obras no hayan sido previamente pagadas por Fonade al respectivo contratista;
- c. Que el valor de las obras haya sido determinado en forma clara y definitiva en la conciliación, en el caso del Contrato No. 2071107, y en la sentencia que ponga punto final al proceso judicial, en el caso del Contrato No. 2072025;
- d. Que el valor de cada obra sea primeramente imputado al rubro "*anticipo por amortizar*" (o su equivalente); y
- e. Que el monto resultante calculado con el lleno de los requisitos anteriores sea facturado por Fonade al Banco.

201. Añade el Tribunal, en cuanto a las controversias con los consorcios varias veces citados, que en la Contestación Fonade puso de presente lo siguiente:

"Vale la pena aclarar que motivados por la terminación anticipada, los contratistas de obra reclaman reconocimientos por

el tiempo suspendido, adicionales, intereses, fraccionamiento del anticipo, gastos por legalización del contrato, utilidad dejada de percibir, valor por afectación del K [sic] por posibles contratos, incumplimiento del contrato, entre otros.”¹⁸⁸

202. Estos conceptos atañen exclusivamente a Fonade frente a sus contratistas y no pueden entrar en el cálculo de lo que el Banco deba reconocer al Fonade bajo la liquidación del Convenio.
203. Por ende, para mayor claridad en cuanto al cálculo de las obras ejecutadas y no reconocidas por Fonade a sus respectivos contratistas, ninguno de los gastos y costos señalados por Fonade en el párrafo transcrito entrará en el cálculo de lo que el Banco deba reconocer a Fonade, a menos que cumpla estrictamente con los requisitos señalados en el numeral 200 *supra*.
204. Como último factor para tener en cuenta en la presente liquidación, el Tribunal menciona la tercera pretensión de la Reconvención, donde Fonade solicita se le reconozcan los siguientes conceptos:

“Saldo a favor de FONADE por diferencia de ingresos y egresos: \$ 550.314.045

Valor saldo contrato No. 2070920 según acta de liquidación:
\$ 16.045.769

Conciliación Orbita y Cesconstrucciones: \$ 179.487.061

Reclamación Consorcio San Andrés 2007: \$ 2.257.986.540

Total: \$ 2.453.519.370.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ Cuaderno Principal No. 3 – Folio 56.

¹⁸⁹ Cuaderno Principal No. 1 – Folio 149.

205. Al respecto el Tribunal precisa sobre los rubros “*Saldo a favor de FONADE por diferencia de ingresos y egresos – \$ 550.314.045*” y “*Valor saldo contrato No. 2070920 según acta de liquidación – \$ 16.045.769*”, que estos aparecen reflejados en las tablas preparadas por los Peritos Financiero y Técnico, y por lo tanto forman parte de la liquidación transcrita en el numeral 191 *supra*, motivo por el cual, **no hay cifra pendiente de incluir en la liquidación por estos conceptos.**
206. Y en cuanto a los rubros “*Conciliación Orbita y Cesconstrucciones – \$179.487.061*” y “*Reclamación Consorcio San Andrés 2007 – \$2.257.986.5402*”, habrá de atenerse a lo dispuesto en los numerales 200, 202 y 203 *supra*.
207. La parte resolutive del Laudo reflejará lo expuesto en el presente acápite.

H. Costas

208. Concluida la evaluación de las pretensiones y defensas de las Partes, el Tribunal advierte que el balance del Arbitraje favorece al Banco de la República, si bien de manera **parcial**, habida cuenta de la diferencia entre el monto pretendido y el monto objeto de la condena a cargo de Fonade.
209. Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 392 (1) y (6) del C.P.C.,¹⁹⁰ se impondrán las costas del Proceso en proporción de **65%** a cargo de Fonade y **35%** a cargo del Banco, incluyendo los honorarios de los Peritos.
210. En materia de *agencias en derecho* –que también forman parte de la condena en costas–¹⁹¹ el Tribunal acudirá a un criterio de *racionalidad*, toda vez que

¹⁹⁰ “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (....)

6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”

¹⁹¹ El art. 392 (2) del C.P.C. dispone:

no ha percibido temeridad ni excesos en la actuación procesal de ninguna de las Apoderadas.

211. En tal virtud, el Tribunal, con base en el artículo 6º del Acuerdo No. 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, considera razonable establecer las *agencias en derecho* en la suma total de **\$ 95.000.000** que, por ende, deberá ser cubierta por Fonade en favor del Banco.
212. Dicho lo anterior, y dado que el Banco fue la Parte que consignó la **totalidad** de las sumas fijadas para atender los honorarios y gastos de este Proceso, se precisa que Fonade, fuera de estar obligado a reponerle al Banco la **totalidad** de su cuota de los honorarios y gastos del Arbitraje (junto con sus intereses moratorios, como atrás se dijo), deberá correr con el 65% de la cuota del Banco por los mismos conceptos.
213. En cuanto a los honorarios de los Peritos, teniendo en cuenta que ambas Partes cubrieron los mismos, se condenará a Fonade a restituirle al Banco el 65% de lo pagado por este.
214. Como resultado de todo lo expuesto, Fonade será condenada al pago de costas conforme a la liquidación que aparece a continuación:

Concepto	Valor (\$)
Honorarios & Gastos Proceso	
Honorarios de los Arbitros	225.000.000
I.V.A.	36.000.000
Honorarios del Secretario	37.500.000
I.V.A.	6.000.000
Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	37.500.000
Gastos de funcionamiento del Tribunal	20.000.000

"La condena [en costas] se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación."

Concepto	Valor (\$)
Total Honorarios & Gastos Proceso	362.000.000
50% pagado por el Banco (cuota propia)	181.000.000
65% a cargo de Fonade	117.650.000
50% pagado por el Banco (cuota de Fonade)	181.000.000
100% a cargo de Fonade	181.000.000
Total a cargo de Fonade y a favor del Banco – (A)	298.650.000
Honorarios Peritos	
Pago honorarios Peritos – Banco de la República	35.000.000
I.V.A. pagado por el Banco de la República	5.600.000
Pago honorarios Peritos – Fonade	35.000.000
Total Honorarios Peritos	75.600.000
Monto pagado por el Banco (cuota propia)	40.600.000
65% a cargo de Fonade	26.390.000
Total a cargo de Fonade y a favor del Banco – (B)	26.390.000
Agencias en Derecho en favor del Banco – (C)	95.000.000
Gran Total a cargo de Fonade y en favor del Banco de la República [(A) + (B) + (C)]	420.040.000

215. Advierte el Tribunal, por último, que en el evento que la suma disponible de la partida “Protocolización, gastos varios secretaría y otros” no resulte suficiente para cubrir los gastos del Proceso (incluyendo su protocolización), el valor faltante deberá ser sufragado por Fonade en proporción del 65% y por el Banco en proporción del 35%.

V. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre el **Banco de la República** (Demandante y Demandado en Reconvención) y el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** (Demandado y Demandante en Reconvención), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A. Sobre las Objeciones:

1. **Declarar no probada** la objeción parcial por error grave propuesta por el **Banco de la República** contra el Dictamen Financiero.
2. **Proceder** a la entrega de los honorarios del Perito Jorge Hernán Melguizo.
3. **Declarar no probada** la objeción por error grave propuesta por el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** contra el Dictamen Técnico.
4. **Proceder** a la entrega de los honorarios del Perito Jorge Torres.

B. Sobre las pretensiones de la Demanda:

1. **Declarar** que el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** incumplió el Contrato No. 0310050 celebrado con el **Banco de la República**.
2. **Declarar** que el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** es responsable de los perjuicios ocasionados al **Banco de la República**, a

raíz del incumplimiento declarado en el **numeral 1 precedente** y en los términos consignados en el Capítulo IV (D.3) y (D.4) de este Laudo.

3. **Estar** a lo que se determina en la **§ E** de esta parte del Laudo con relación a la liquidación del Contrato solicitada por el **Banco de la República** en la tercera pretensión de la Demanda.
4. **Condenar** al **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** a pagarle al **Banco de la República** por concepto de indemnización de perjuicios la suma total de **\$1.773.464.109**, desglosada así:
 - a. En relación con la biblioteca de Neiva, **\$1.342.789.915**; y
 - b. En relación con la biblioteca de San Andrés, **\$ 430.674.194**.
5. **Aceptar** la quinta pretensión de la Demanda sobre *actualización monetaria* de la condena impuesta al **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade**, y **precisar** que:
 - a. La suma total de dinero (y sus factores integrantes) objeto de la condena establecida en el **numeral 4 precedente incluye** la *actualización monetaria* desde **Noviembre 2009**, respecto de la biblioteca de Neiva y desde **Octubre 2009**, respecto de la biblioteca de San Andrés, en ambos casos hasta **Abril 2012**; y
 - b. Por tal motivo, las sumas integrantes de la condena deberán ser **re-calculadas**, si fuere el caso, tomando en consideración el *Índice* del I.P.C. correspondiente al **mes anterior** a aquel en que se realice el pago por parte del **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** de la condena impuesta a su cargo.
6. **Condenar** al **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** al pago de intereses moratorios en favor del **Banco de la República**, liquidados (i) sobre los montos de capital pendientes de pago; y (ii) en la forma estable-

cida en el artículo 884 del C. Cio. (tasa bancaria corriente aumentada en una mitad), así:

- a. Sobre la cantidad de **\$ 1.629.798.976**, monto **no actualizado** de la condena decretada en el **numeral 4 precedente**, a partir del vencimiento del plazo para el pago establecido en la **§ G (1)** de esta parte del Laudo;
 - b. Sobre la cantidad de **\$ 181.000.000**, monto correspondiente a la cuota de honorarios y gastos del Proceso a cargo del **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** que fue pagada por el **Banco de la República**, desde **Abril 7, 2011**; y
 - c. Sobre la cantidad de **\$ 239.040.000**, saldo de las costas impuestas al **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** de conformidad con la **§ F** de esta parte del Laudo, a partir del vencimiento del plazo para el pago establecido en la **§ G (1)** de esta parte del Laudo.
7. **Estar** a lo que se determina en la **§ F** de esta parte del Laudo con relación a la condena en costas y agencias en derecho al **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade**, reclamada por el **Banco de la República** en la pretensión séptima de la Demanda.

C. Sobre las pretensiones de la Reconvención:

1. **Ordenar** la liquidación del Contrato en los términos que se determinan en la **§ E** de esta parte del Laudo.
2. **Denegar** la segunda pretensión de la Reconvención.
3. **Denegar** la tercera pretensión de la Reconvención, planteada como consecuencia de la segunda (y negada) pretensión reclamada por el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade**.

4. **Estar** a lo que se determina en la **§ F** de esta parte del Laudo con relación a la condena en costas y agencias en derecho al **Banco de la República**, reclamada por el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** en las pretensiones cuarta y quinta de la Reconvención.

D. Sobre las Excepciones:

1. **Estar** a lo consignado en la **§ F.2** del Capítulo IV de este Laudo con relación a las Excepciones propuestas por el **Banco de la República**.
2. **Declarar** no probadas las Excepciones formuladas por el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** y tituladas "*Inexistencia de incumplimiento del contrato por parte de FONADE*", "*Inexistencia de daño a cargo de FONADE*", "*Inexistencia de responsabilidad por parte de FONADE*" e "*Inexistencia de culpa*".

E. Sobre la liquidación del Contrato:

1. **Liquidar** el Contrato de conformidad con la tabla reproducida en la **§ G (191)** del Capítulo IV de este Laudo.
2. En consecuencia, **ordenar** el pago por parte del **Banco de la República** de **\$19.436.876** en favor del **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade**.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el **numeral 2 precedente**, **estar** a lo consignado en la **§ G (200)** del Capítulo IV de este Laudo para fines de un eventual pago por parte del **Banco de la República** en favor del **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade**, con motivo de la liquidación del Contrato.

F. Sobre costas del Proceso:

1. **Condenar** al **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** al pago en favor del **Banco de la República** de **\$ 420.040.000** por concepto de costas del Proceso y de agencias en derecho, de conformidad con la liquidación que obra en el Capítulo IV (H) de este Laudo.
2. **Disponer** que el pago de la antedicha suma de dinero tenga lugar en la forma y con las previsiones que se indican en la **§ G (1)** de esta parte del Laudo

G. Sobre pago de las condenas:

1. **Ordenar** que el pago de la cantidad de **\$ 2.193.504.109**, monto total (indemnización **más** costas) **decretado** en favor del **Banco de la República** sea hecho por el **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** dentro de los **treinta (30) días calendario** siguientes a la fecha de este Laudo, con las previsiones establecidas en las **§ B (6)** de esta parte del Laudo sobre causación y pago de intereses moratorios.
2. **Ordenar** que el pago de la cantidad de **\$ 19.436.876** monto **decretado** en favor del **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** al tenor de la liquidación del Contrato consignada en la **§ E** de esta parte del Laudo, sea hecho por el **Banco de la República** dentro de los **treinta (30) días calendario** siguientes a la fecha de este Laudo, siendo entendido que la mora en tal pago causará intereses moratorios a cargo del **Banco de la República** y en favor del **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** en la forma establecida en el artículo 884 del C. Cio., es decir la tasa bancaria corriente aumentada en una mitad.

H. Sobre aspectos administrativos:

1. **Ordenar** la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución al **Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – Fonade** y al **Banco de la República** de las sumas no utilizadas de la partida "*Protocolización, gastos varios secretaría y otros*", en proporción del **65%** para el **Fondo Financiero de**

Proyectos de Desarrollo – Fonade y del **35%** para el **Banco de la República**.

2. **Ordenar** la protocolización del expediente del Proceso en una de las notarías de Bogotá, cuyo costo se cubrirá con las sumas dispuestas por el Tribunal para tal fin.
3. **Ordenar** la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

Cúmplase,

JUAN CARO NIETO

ARBITRO

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

ARBITRO

NICOLÁS GAMBOA MORALES

PRESIDENTE

LUIS JAVIER SANTACRUZ CHAVES

SECRETARIO