

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

CONSTRUCCIONES MAC LTDA

CONTRA

MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES y TRÁMITE DEL PROCESO	5
1.1. LAS CONTROVERSIAS:.....	5
1.2. LAS PARTES DEL PROCESO:.....	5
1.3. EL PACTO ARBITRAL:.....	6
1.4. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL:.....	7
1.4.1 Presentación de la demanda, nombramiento de los árbitros e instalación del Tribunal:7	
1.4.2 Admisión de la demanda:.....	7
1.4.3 Notificación y contestación de la demanda:.....	7
1.4.4. Traslado de excepciones:.....	8
1.4.5. Audiencia de conciliación, fijación de honorarios por el Tribunal y pago efectuado por las partes:	8
1.4.6. Primera audiencia de trámite:.....	9
1.4.7 Pruebas decretadas con posterioridad a la primera audiencia de trámite:.....	10
1.4.8. Práctica de pruebas:.....	11
1.4.9. Cierre del período probatorio y alegatos de Conclusión:.....	13
1.5. TÉRMINO DEL PROCESO:.....	13
1.6. DEMANDA:.....	14
1.6.1 Pretensiones:.....	14
1.6.2 Los hechos de la demanda:.....	27
1.7 OPOSICIÓN DE LA CONVOCADA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:.....	45
1.7.1 En cuanto a las pretensiones:	46
1.7.2 En cuanto a los hechos:.....	46
1.7.3 Las excepciones:	56
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	56
2.1. ASPECTOS PROCESALES Y NULIDADES SUSTANCIALES:.....	56
2.2. LA CONDUCTA DE LAS PARTES:.....	57
2.3 LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL:.....	58

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

2.3.1	Consideraciones generales sobre la jurisdicción y competencia en materia arbitral:	58
2.3.2	La jurisdicción y competencia en el presente proceso arbitral:	60
2.4	CADUCIDAD:	61
2.5	ASUNTOS SOMETIDOS A DECISIÓN DEL TRIBUNAL Y PROBLEMAS JURÍDICOS MATERIA DE DEBATE:	64
2.6.	CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:	65
2.7	EL RÉGIMEN APLICABLE AL CONTRATO:	69
2.8	ANÁLISIS DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 313 DE 2015, CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ – DPS-FIT Y EL MUNICIPIO DE CAJICÁ – CUNDINAMARCA:	73
2.9	ETAPA PRECONTRACTUAL	76
2.10	ANÁLISIS DEL CONTRATO DE OBRA COP 020 DE 2015 CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE CAJICÁ Y CONSTRUCCIONES MAC:	81
2.11	LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	85
2.12	CONCLUSIONES	92
2.13	CONSIDERACIONES SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DERIVADO DE LA INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN, LOS DEBERES EMANADOS DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y OTROS HECHOS ALEGADOS POR LA CONVOCANTE	96
2.13.1	El incumplimiento derivado de la inobservancia del principio de planeación	96
2.13.2	La inobservancia de la buena fe por parte del Municipio de Cajicá	102
2.13.3	Otros hechos alegados por el convocante y, en particular, lo concerniente al silencio administrativo positivo:	104
2.14	PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA OPOSICIÓN EXPUESTA POR LA PARTE CONVOCADA CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:	112
2.14.1	El inicio de la Etapa 2 estaba condicionado	114
2.14.2	La Etapa 2 no fue ejecutada:	115
2.14.3	El Contrato No 006 de 2018 se adjudicó al Consorcio MACASO	116
2.15	CONCLUSIONES SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA	116

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

2.15.1	Pretensión Primera:.....	116
2.15.2	Pretensión Segunda:.....	117
2.15.3	Pretensión Tercera:.....	119
2.15.4	Pretensión Cuarta:	120
2.15.5	Pretensión Quinta:	121
2.15.6	Pretensión Sexta:	121
2.15.7	Pretensión Séptima:.....	123
III.	PARTE RESOLUTIVA	124

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

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

El Tribunal de Arbitramento integrado por **MARCELA ROMERO DE SILVA**, Presidente, **DAVID LUNA BISBAL** y **JOSÉ PABLO DURÁN GÓMEZ** en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales profiere el siguiente:

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C. veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve(2019).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley, procede este Tribunal de Arbitramento a proferir en derecho el Laudo que resuelve las diferencias surgidas entre **CONSTRUCCIONES MAC LTDA** contra **MUNICIPIO DE CAJICÁ – CUNDINAMARCA**.

I. ANTECEDENTES y TRÁMITE DEL PROCESO

1.1. LAS CONTROVERSIAS:

Las controversias que se deciden mediante este Laudo versan sobre asuntos de naturaleza económica o patrimonial susceptibles de disposición y transacción, a propósito de una relación jurídica contractual específica, singular y concreta, que se originó y desarrolló entre las partes con ocasión de la celebración del Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015, cuyo objeto consistió en la *“construcción vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería Municipio de Cajicá- Cundinamarca en el marco del Convenio Interadministrativo No. 313 celebrado entre el Municipio de Cajicá – Cundinamarca y el DPS, de acuerdo con la descripción y cantidades de obra que se relacionan en el Anexo No. 1 de este contrato, y las especificaciones técnicas detalladas en los Estudios Previos y los Pliegos de Condiciones, los cuales hacen parte del presente contrato”*.

1.2. LAS PARTES DEL PROCESO:

La parte convocante dentro del presente trámite arbitral es **CONSTRUCCIONES MAC LTDA.**, sociedad legalmente existente, domiciliada en Bogotá D.C. e identificada con NIT 830.090.667-8.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

La parte convocada es el **MUNICIPIO DE CAJICÁ – CUNDINAMARCA**, entidad territorial identificada con NIT 899.999.465-0 y representada por su Alcalde, Doctor Orlando Díaz Canasto, posesionado como tal mediante Acta del 30 de diciembre de 2015 de la Notaría Única del Círculo de Cajicá que obra a folios 87 a 89 del Cuaderno Principal No. 1.

La existencia y representación legal de las partes se encuentra acreditada en el proceso, de conformidad con los documentos que obran en el expediente (folios 30 a 37 y 86 a 91 del Cuaderno Principal No. 1), de donde se desprende que son plenamente capaces y están debidamente representadas.

De igual forma, ambas partes han actuado por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso, tienen capacidad para transigir y están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de conflictos, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia y conforme a la autorización contenida en el artículo 116 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 8 y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y los artículos 1º y 3º de la Ley 1563 de 2012.

En el trámite del proceso arbitral ha participado el Ministerio Público por intermedio de la Doctora **DIANA JANETHE BERNAL FRANCO**, identificada con Cédula de Ciudadanía No.39.782.436 y T.P. 74.275 del C.S.J, procuradora 131 judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, quien mediante comunicación del 7 de noviembre de 2018¹ informó al Tribunal su designación agente del Ministerio Público para el presente trámite arbitral.

1.3. EL PACTO ARBITRAL:

El pacto arbitral invocado tiene la forma de cláusula compromisoria y está incorporado en el Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015 suscrito entre las Partes, aportado por la convocante con la demanda², cuya cláusula décima décima (sic) reza:

“DÉCIMA DECIMA.-COMPROMISORIA: Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, serán sometidas a un Tribunal de Arbitramento, quien decidirá en derecho, el cual será integrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para efectos de su funcionamiento se aplicará lo previsto en el reglamento de dicho Centro”.

Advierte el Tribunal que las partes no discuten la existencia misma del documento que recoge la cláusula arbitral, con independencia de sus diferencias relativas a la celebración y ejecución del contrato de obra, aspectos sobre los que, precisamente, versa el litigio sometido a conocimiento del Tribunal.

¹ Folio 196 del Cuaderno Principal No.1.

² Folios 200 a 209 del Cuaderno Principal No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

De igual forma, no se observa causa de ineficacia del pacto arbitral (inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad) ni se ha invocado la ilicitud de su objeto o de la causa.

1.4. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL:

1.4.1 Presentación de la demanda, nombramiento de los árbitros e instalación del Tribunal:

La parte convocante presentó su demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 22 de mayo de 2018.

Una vez recibido el expediente por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con el pacto arbitral y según consta en el expediente³, el Tribunal fue integrado debidamente mediante sorteo público adelantado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tras la realización del sorteo, se designaron como árbitros a los Doctores Marcela Romero de Silva, José Pablo Durán Gómez y David Luna Bisbal, quienes aceptaron su designación dentro del término de ley y dieron cumplimiento al deber de información en los términos de lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012⁴.

Mediante el Acta No. 1 del día doce (12) de julio de 2018, el Tribunal de Arbitramento fue instalado legalmente.

1.4.2. Admisión de la demanda:

Mediante el Auto No. 2 proferido el doce (12) de julio de 2018 el Tribunal admitió la demanda y ordenó notificar personalmente a la parte convocada, Municipio de Cajicá – Cundinamarca y al Ministerio Público, del auto admisorio de la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 612 del CGP y correr el traslado correspondiente por el término de veinte (20) días hábiles. Así mismo se ordenó notificar el auto admisorio a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 612 del CGP.

1.4.3 Notificación y contestación de la demanda:

La notificación personal del auto admisorio de la demanda, se efectuó de la siguiente forma:

- El 12 de julio de 2018 se notificó personalmente al apoderado del MUNICIPIO DE CAJICÁ, Doctor Víctor Julio Sierra Salazar, el auto admisorio de la demanda y se le corrió el traslado correspondiente, según consta en Acta de Notificación que obra a folio 96 del Cuaderno Principal No.1. Con la notificación se le hizo entrega de copia de la demanda y sus anexos, junto con el acta de instalación del Tribunal en la que consta el auto admisorio.

³Folios 40 a 77 del Cuaderno Principal No. 1

⁴Folios 63 a 74 del Cuaderno Principal No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

- El 14 de agosto de 2018 se notificó al Ministerio Público el Auto No. 2 dictado por el Tribunal el 12 de Julio de 2018 La notificación se efectuó a través de mensaje electrónico enviado a la dirección electrónica dispuesta para recibir notificaciones y en la misma fecha fue enviado, a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda con sus anexos y copia del Auto No. 2 Copia de todos los anteriores documentos se dejaron igualmente en la secretaría a disposición del Ministerio Público. En el expediente obra el mensaje electrónico remitido y constancia del envío y recibo del correo certificado a través de servicio postal autorizado⁵.
- El 14 de agosto de 2018 se notificó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el Auto No 2 dictado por el Tribunal el 12 de Julio de 2018, a través de su página web www.defensajuridica.gov.co. El número de radicado en el Sistema de Gestión Documental de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es el 20184051561182 y de igual forma se remitió la notificación a los correos electrónicos arbitramentos@defensajuridica.gov.co y procesosnacionales@defensajuridica.gov.co. En la misma fecha se envió a la ANDJE, a través de servicio postal autorizado, copia de la demanda con sus anexos y del Auto No. 2. Copia de todos los anteriores documentos se dejaron igualmente en la secretaría a disposición de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En el expediente obra la constancia de radicación en el buzón electrónico de la ANDJE y del envío y recibo del correo certificado⁶.

El diecisiete (17) de septiembre de 2018 se radicó, en término, escrito del apoderado de la parte convocada mediante el cual contestó la demanda y solicitó la práctica de pruebas⁷.

Durante el traslado de la demanda no hubo pronunciamiento por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ni del Ministerio Público.

1.4.4. Traslado de excepciones:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, el 22 de octubre de dos mil dieciocho (2018) se corrió traslado de la contestación de la demanda por el término de 5 días hábiles, actuación que se surtió mediante fijación en lista en la Sede del Tribunal. El 29 de octubre de dos mil dieciocho (2018), en término, la parte demandante recorrió el traslado anterior mediante escrito que obra al expediente.⁸

1.4.5. Audiencia de conciliación, fijación de honorarios por el Tribunal y pago efectuado por las partes:

Mediante Auto No. 3 proferido el treinta (30) de octubre de 2018 y notificado por estado fijado el primero (1º) de noviembre de 2018⁹, el Tribunal citó a audiencia de conciliación para el día

⁵ Folios 122 a 130 y 134 del Cuaderno de Pruebas No. 1

⁶ Folios 11 a 121, 131 a 133 del Cuaderno de Pruebas No. 1

⁷ Folios 135 a 153 del Cuaderno Principal No. 1.

⁸ Folios 164 a 167 del Cuaderno Principal No. 1.

⁹ Folios 168 a 170 del Cuaderno Principal No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

siete (7) de noviembre de 2018. En esa fecha se surtió la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, como consta en Acta No. 4, y en la misma ante la imposibilidad de llegar a un arreglo se declaró agotada y fracasada la conciliación y procedió el Tribunal, mediante Auto No. 5 de la misma fecha, a fijar las sumas de honorarios y gastos del Tribunal¹⁰.

En cumplimiento del Auto No. 5 del 7 de noviembre de 2018, Construcciones Mac Ltda entregó en el término legal un cheque por valor de \$72.647.136,04, correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretaria, gastos de administración y otros.

Así mismo, el Municipio de Cajicá – Cundinamarca consignó dentro del término adicional de cinco (5) días la suma de \$79.044.166.00, solicitando posteriormente el reembolso de \$7.379.902.25 correspondiente a mayor valor consignado por no haber realizado las retenciones de ley.

El pago efectuado por el Municipio de Cajicá – Cundinamarca se realizó con consentimiento y autorización de la convocante Construcciones Mac Ltda, quien según lo manifestado al Tribunal aceptó expresamente su realización y solicitó al Tribunal que para todos los efectos dicho pago fuese recibido y aceptado.

1.4.6. Primera audiencia de trámite:

La primera audiencia de trámite tuvo lugar el seis (6) de diciembre de 2018, según consta en el Acta No. 5 que obra a folios 286 a 298 del Cuaderno Principal No. 1.

a. Competencia:

El seis (06) de diciembre de 2018, en la primera audiencia de trámite, por Auto No. 7, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes a que se refiere la demanda y su contestación, las cuales se encuentran comprendidas dentro de los aspectos contemplados por la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015.

b. Auto de pruebas:

Durante el desarrollo de la misma audiencia y por medio del Auto No. 8, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por ambas partes, así:

(i) Pruebas solicitadas por la parte demandante:

- Se decretaron como prueba la totalidad de los documentos presentados con la demanda.

¹⁰ Folios 186 a 189 del Cuaderno Principal No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

- Se decretó la recepción de los testimonios de LUIS ANGEL HINCAPIE RAMIREZ, MARIA SORANI CASTRILLÓN QUINCENO y GUSTAVO GARZON.
 - De igual forma se decretó la prueba de oficio dirigido al MUNICIPIO DE CAJICÁ y oficio dirigido al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL.
- (ii) Pruebas solicitadas por la parte convocada:
- El Tribunal decretó como prueba documental todos los documentos presentados por la convocada en la contestación de la demanda.
 - Se decretó la recepción de los testimonios de ANDRES FELIPE ERAZO PINEDA, JOSE ALEJANDRO BAYONA CHAPARRO, CARLOS AUGUSTO MESA, RICARDO LOPEZ AREVALO, CARLOS HERRERA, AMANDA PARDO OLARTE y RODRIGO HERRERA MUNAR.

1.4.7 Pruebas decretadas con posterioridad a la primera audiencia de trámite:

Durante la instrucción del proceso y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, en audiencia del diecisiete (17) de enero de dos mil diecinueve (2019), Tribunal de oficio decretó las siguientes pruebas:

- Oficio dirigido al Departamento de Prosperidad Social, para que remita al Tribunal copia de los Lineamientos generales para la presentación de proyectos de infraestructura del DPS 2015 y copia del Manual para la presentación de proyectos de infraestructura social vigente en la fecha de presentación por parte del Municipio de Cajicá del Proyecto denominado “Construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio”.
- Oficio dirigido al Municipio de Cajicá – Cundinamarca, para que remita al Tribunal copia de: (i) actas correspondientes a todas las reuniones llevadas a cabo entre el Municipio de Cajicá – Cundinamarca y Construcciones Mac LTDA en relación con el Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015; (ii) actas correspondientes a todas las reuniones llevadas a cabo entre el Municipio de Cajicá – Cundinamarca y el Departamento para la Prosperidad Social en relación con el proyecto denominado “Construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio” o en las que el Municipio hubiere participado; (iii) Facturas presentadas por Construcciones MAC LTDA con ocasión de la ejecución del Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá y Construcciones MAC LTDA con sus correspondientes soportes; (iv) Soportes correspondientes a los pagos que se hubieren realizado por parte del Municipio de Cajicá a favor de Construcciones MAC LTDA con ocasión de la ejecución Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá y Construcciones MAC LTDA; y (v) Informes presentados por el Interventor y por el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

supervisor del Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá y Construcciones MAC LTDA.

- Prueba por informe al Municipio de Cajicá – Cundinamarca para lo siguiente: (i) Relación de los pagos que el Municipio de Cajicá – Cundinamarca haya efectuado a favor de Construcciones MAC LTDA con ocasión de la ejecución Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá y Construcciones MAC LTDA, indicando de manera precisa los montos facturados, las sumas efectivamente pagadas y las fechas de la realización de cada uno de los desembolsos efectuados; (ii) Si existe liquidación bilateral del Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá y Construcciones MAC LTDA o acto administrativo mediante el cual se hubiere liquidado en forma unilateral. En caso afirmativo se deberá remitir copia de los correspondientes documentos y (iii) Si fue presentada al Municipio de Cajicá por parte de Construcciones MAC LTDA alguna solicitud de suspensión del Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá y Construcciones MAC LTDA. En caso afirmativo se deberá remitir copia de los correspondientes documentos.

1.4.8. Práctica de pruebas:

- En audiencia llevada a cabo el día quince (15) de enero de dos mil diecinueve (2019), según consta en el Acta No. 6¹¹, se surtieron los testimonios de LUIS ANGEL HINCAPIE RAMIREZ, MARIA SORANI CASTRILLON QUINCENO y GUSTAVO GARZON VELANDIA, solicitados por la parte convocante. Así mismo, los testimonios de JOSE ALEJANDRO BAYONA CHAPARRO y ANDRES FELIPE ERAZO PINEDA, solicitados por la convocada.
- En audiencia del diecisiete (17) de enero de dos mil diecinueve (2019), según consta en el Acta No. 7¹², se practicaron los testimonios de RODRIGO HERRERA MUNAR, RICARDO LOPEZ AREVALO, AMANDA PARDO OLARTE y CARLOS HERRERA, solicitados por la convocada, quien además desistió del testimonio de CARLOS AUGUSTO MESA. El desistimiento del testimonio del señor Carlos Augusto Mesa presentado por el apoderado del Municipio de Cajicá – Cundinamarca, fue aceptado por el Tribunal según consta en el numeral primero del Auto No. 11 de 17 de enero de 2019.
- En cuanto a la prueba de Oficio dirigido al Municipio de Cajicá decretada por solicitud de la parte convocante, por secretaría se libró el Oficio No. 011 del 7 de diciembre de 2018 y se recibió la correspondiente respuesta mediante escrito presentado el 1 de febrero de 2019 con el cual se allegó CD correspondiente al trámite mediante el cual se surtió la presentación del proyecto ante el DPS, el cual fue incorporado al proceso por Auto No. 13 del 7 de febrero de 2019.

¹¹ Folios 317 a 324 del Cuaderno Principal No. 1.

¹² Folios 334 a 341 del Cuaderno Principal No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

- En cuanto a la prueba de Oficio dirigido al Departamento Para la Prosperidad Social decretada por solicitud de la parte convocante, por secretaría se libró el Oficio No. 012 del 7 de diciembre de 2018, el cual fue contestado por el DPS mediante escrito del 25 de enero de 2018 en el que informó haber remitido al Municipio de Cajicá la solicitud por competencia. Frente a lo anterior, previo traslado a las partes y al Ministerio Público de la respuesta recibida por parte del DPS, de conformidad con lo dispuesto mediante Auto No. 13 del 7 de febrero de 2018 se libró el Oficio No.017 del 11 de febrero de 2019 reiterando al DPS el envío de la información solicitada. El Oficio No. 017 fue remitido el 11 de febrero de 2019 por mediante correo certificado a través de servicio postal autorizado, obrando en el expediente las correspondientes constancias de acuse y recibo. El Oficio No. 012El 14 de febrero de 2019 el Departamento Para la Prosperidad Social – DPS presentó respuesta al Oficio No. 012 allegando DVD que fue incorporado al expediente mediante Auto No. 14 del 20 de febrero de 2019.

- En cuanto a las pruebas decretadas de oficio por el Tribunal:
 - (i) El oficio No. 013 del 18 de enero de 218 dirigido al Municipio de Cajicá – Cundinamarca, fue contestado mediante escrito radicado el 31 de enero de 2019 con el cual se remitieron al proceso 293 documentos que fueron incorporados por Auto No. 13 del 7 de febrero de 2019.
 - (ii) La prueba de Informe al Municipio de Cajicá Cundinamarca fue atendida mediante escrito radicado el 31 de enero de 2019, del cual por Auto No. 13 del 7 de febrero de 2019 se corrió traslado por 3 días en los términos del artículo 277 del Código General del Proceso. En el curso del traslado se pronunció el apoderado de Construcciones Mac Ltda mediante escrito radicado el 14 de febrero de 2019.
 - (iii) En cuanto a la prueba de Oficio al Departamento Para la Prosperidad Social, por secretaría se libró el Oficio No. 015 del 22 de enero de 2019, el cual fue remitido por mediante correo certificado a través de servicio postal autorizado, obrando en el expediente las correspondientes constancias de acuse y recibo. Mediante Auto No. 14 del 20 de febrero de 2019 el Tribunal dispuso requerir al Departamento Para la Prosperidad Social a fin de que procediera a dar respuesta al Oficio No. 015.En virtud de lo anterior, se libró el Oficio No. 018 del 22 de febrero de 2019, el cual fue remitido mediante correo certificado enviado a través de servicio postal autorizado e igualmente se envió por correo electrónico dirigido a la dirección electrónica dispuesta para recibir notificaciones. El 5 de marzo de 2019 el Departamento Para la Prosperidad Social remitió por correo electrónico escrito mediante el cual dio respuesta al Oficio No. 015, reiterado en Oficio 018, allegando el documento denominado *“Lineamientos generales para la presentación de proyectos de infraestructura del Departamento para la Prosperidad Social – DPS 2015”*, que fue

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

incorporado al expediente mediante Auto No. 15. Esta misma respuesta fue radicada en la Sede del Tribunal el 7 de marzo de 2019.¹³

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso, durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

1.4.9. Cierre del período probatorio y alegatos de Conclusión:

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el Tribunal, en audiencia realizada el seis (6) de marzo de 2019 el Tribunal profirió el Auto No. 16 del 6 de marzo de 2019¹⁴ declarando finalizado el periodo probatorio, previo control de legalidad de las actuaciones adelantadas en el curso del trámite arbitral, concediéndose en la audiencia la oportunidad a los apoderados de la convocante y la convocada y a la señora Agente del Ministerio Público para indicar si existía alguna prueba solicitada en tiempo que no hubiere sido decretada o alguna decretada que no hubiere sido practicada en el presente trámite o alguna actuación que debiere ser saneada, frente a lo cual manifestaron expresamente que no existía ninguna prueba solicitada y no decretada o decretada y no practicada y que no consideraban necesario saneamiento alguno. En el curso de esta audiencia los apoderados de las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión del proceso entre el siete (7) de marzo de (2019) y hasta el veintidós (22) de abril de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas, frente a lo cual la señora Agente del Ministerio Público manifestó no tener ninguna oposición, motivo por el cual el Tribunal profirió auto decretando la suspensión del término del proceso durante el lapso señalado.

En audiencia llevada a cabo el veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019) según consta en Acta No.12¹⁵, la parte convocante, la parte convocada y la señora Agente del Ministerio Público efectuaron sus alegaciones finales. En el curso de esta audiencia los apoderados de las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión del proceso entre el veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) y el veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas, frente a lo cual la señora Agente del Ministerio Público manifestó no tener ninguna oposición, motivo por el cual el Tribunal profirió auto decretando la suspensión del término del proceso durante el lapso señalado.

El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de laudo.

1.5. TÉRMINO DEL PROCESO:

El Tribunal procede a proferir el presente laudo en tiempo oportuno, como pasa a precisarse:

Ante el silencio del pacto arbitral y conforme con la Ley, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite *“al cual se adicionarán los días de suspensión”* e *“interrupción por causas legales”*, sin que pueda superar la solicitada de consuno por las partes en un *“tiempo*

¹³ Folios 463 a 470 del Cuaderno Principal No 2

¹⁴ Folios 458 a 460 del cuaderno principal No. 2.

¹⁵ Folios 472 a 475 del cuaderno principal No. 2.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”, al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite inició y culminó el seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)¹⁶, por lo que el plazo legal para fallar, establecido en seis (6) eses, vence el cinco (5) de junio de dos mil diecinueve, sin adicionar los días de suspensión. En cuanto a estos últimos, a solicitud e las partes el proceso fue suspendido en las siguientes oportunidades:

- Desde el siete (7) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) y hasta el catorce (14) de enero de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas¹⁷.
- Desde el siete (7) de marzo de (2019) y hasta el veintidós (22) de abril de dos mil diecinueve (2019), de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas¹⁸.
- Desde el veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) 2019 y hasta el veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas¹⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal se encuentra en la oportunidad para proferir el presente Laudo.

1.6. DEMANDA:

1.6.1 Pretensiones:

En la demanda, la convocante solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

***Primera.** Que se declare que el MUNICIPIO DE CAJICÁ incumplió el contrato de obra COP 020 de 2015, suscrito con la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA, por los hechos que resulten probados en el curso del proceso.*

***Segunda.** Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$60.000.000) correspondiente al valor estipulado para la Etapa 1, más la indexación de esta suma desde el momento en que fue entregado el documento correspondiente a dicha Etapa, por parte de mi representado al MUNICIPIO y al INTERVENTOR, hasta el momento en que efectivamente se realice el pago.*

¹⁶Folios 286 a 298 del Cuaderno Principal No. 1.

¹⁷Suspensión decretada mediante Auto No. 9 del 6 de diciembre de 2018 (folio 298 del Cuaderno Principal No. 1)

¹⁸Suspensión decretada mediante Auto No. 17 del 6 de marzo de 2019 (folio 460 del Cuaderno Principal No. 2)

¹⁹Suspensión decretada mediante Auto No. 20 del 24 de abril de 2019 (folio 474 del Cuaderno Principal No. 2)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Tercera. Que se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., la suma de MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS MCTE (\$1.977.620.567,34) correspondiente a los valores efectivamente ejecutados por mi representado, que se discriminan de la siguiente manera:

GASTOS MENSUALES EN LOS QUE INCURRIÓ MI REPRESENTADO DESDE EL MOMENTO DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO HASTA LA FECHA EN QUE FINALIZÓ EL MISMO:

DICIEMBRE DE 2015		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
INSTITUTO MUNICIPAL DE CULTURA Y TURISMO	ESTAMPAS Y PROCULTURA	\$37,036,486
ASFIIRADORA SOLIDARIA	POLIZAS CONTRATO	\$28,397,718
TOTAL		\$65,434,204

ENERO DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIAL CONSTRUCCION	\$879,000
TOTAL		\$879,000

FEBRERO DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
CEMEDICA	EXAMENES MEDICOS	\$237,000
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIAL CONSTRUCCION (CAMPAMENTO)	\$311,600
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIAL CONSTRUCCION (CAMPAMENTO)	\$840,000

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIAL CONSTRUCCION (CAMPAMENTO)	\$312,000
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIAL CONSTRUCCION (CAMPAMENTO)	\$694,600
FF SOLUCIONES	MATERIAL CONSTRUCCION (CAMPAMENTO)	\$711,921
FF SOLUCIONES	MATERIAL CONSTRUCCION (CAMPAMENTO)	\$1,800,318
TOTAL		\$4,907,439

MARZO DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
YFSID FERNANDO DUARTE	ELABORACION PGIO	\$1,397,338
CEMEDICA	EXAMENES MEDICOS	\$147,000
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIAL CONSTRUCCION	\$1,000,300
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIAL CONSTRUCCION	\$1,629,100
TOTAL		\$4,173,738

ABRIL DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
CEMEDICA	EXAMENES MEDICOS	\$21,000
MONTE Y CIUDAD - LEONARDO JAVIER	ANTIC TALA DE ARBOL	\$4,872,000
TOTAL		\$4,893,000

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

MAYO DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
CEMEDICA	EXAMENES MEDICOS	\$100,000
FABIO GIL	ARRIENDO OFICINA	\$370,700
ANA ELVIA BELLO	ALQUILER CASA	\$666,909
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000
C&C CASTELBLANCO	MATERIAL GRANULAR	\$4,659,990
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIA CONSTRUCCION	\$614,500
TOTAL		\$7,412,099

JUNIO DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
ASEGURADORA SOLIDORIA	POLIZAS ANEXO 4 CUM	\$297,708
FABIO GIL	ARRIENDO OFICINA	\$370,700
ANA ELVIA BELLO	ALQUILER CASA	\$666,909
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000
CONSTRUCCIONES MAC LTDA	TUBERIA EN CONCRETO 24"	\$144,000,000
TOTAL		\$146.335.3317

JULIO DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
ASEGURADORA SOLIDORIA	POLIZAS ANEXO 2 RC	\$348,806
FABIO GIL	ARRIENDO OFICINA .	\$370,700
ANA ELVIA BELLO	ALQUILER CASA	\$666,909

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000
CENTRO ACOPIO EL REY	MATERIA CONSTRUCCION	\$276,100
TOTAL		\$2,662,515

AGOSTO DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000
TOTAL		\$1,000,000

SEPTIEMBRE DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000
TOTAL		\$1,000,000

OCTUBRE DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000
TOTAL		\$1,000,000

NOVIEMBRE DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

TOTAL		\$1,000,000
--------------	--	--------------------

DICIEMBRE DE 2016		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$1,000,000
TOTAL		\$1,000,000

ENERO DE 2017		
PROVEEDOR	DESCRIPCION	VALOR
GUSTAVO GARZON	ALQUILER LOTE ACOPIO	\$366,667
ADMINISTRACION	3 MESES DESDE LA FIRMA DEL ACTA DE INICIO 11 DE JUNIO 2016 AL 11 DE SEPTIEMBRE DEL 2016	\$46.831.822.67
TOTAL		\$47.198.489.67

TOTAL \$288.895.801.67

GASTOS RELACIONADOS CON LOS EQUIPOS Y MAQUINARIA DISPUESTA PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN SU ETAPA 2, PUESTOS A DISPOSICIÓN DE LA OBRA DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2016 HASTA EL 11 DE ENERO DE 2017, DE ACUERDO AL ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS.

jun-16

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPOS	CANTIDAD DE HORAS X JUNIO	TOTAL HORAS ACUMULADAS	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	141	141	\$ 9,870,000.00
RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 105,000.00	1	141	141	\$14,805,000.00
VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	141	141	\$ 5,640,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUE (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	141	141	\$ 11,280,000.00
MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	141	141	\$ 16,920,000.00
CILINDRO - VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	141	141	\$ 8,460,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA - APU)	\$ 253,000.00	1	141	141	\$ 35,673,000.00
CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 55,000.00	1	141	141	\$ 7,755,000.00
COMPACTADOR DE LANTAS (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 98,000.00	1	141	141	\$ 13,818,000.00
HERRAMIENTA MENOR GRAV X MFS (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	0.6333333333	0.6333333333	\$3,166,666.67
TOTAL					\$ 127,387,666.67

jul-16					
MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPOS	CANTIDAD DE HORAS X JULIO	TOTAL HORAS ACUMULADAS	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	259	259	\$ 18,130,000.00
RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA - APU)	\$ 105,000.00	1	259	259	\$27,195,000.00

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	259	259	\$ 10,360,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUE (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	259	259	\$ 20,720,000.00
MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	259	259	\$31,080,000.00
CILINDRO- VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	259	259	\$ 15,540,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 253,000.00	1	259	259	\$ 65,527,000.00
CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 55,000.00	1	259	259	\$ 14,245,000.00
COMPACTADOR DE LANTAS (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 98,000.00	1	259	259	\$ 25,382,000.00
HERRAMIENTA MENOR GRAI X MFS (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	1	1	\$ 5,000,000.00
TOTAL					\$233,179,000.00

ago-16					
MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPO	CANTIDAD DE HORAS XAGOST	TOTAL HORAS ACUMULADA S	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	263	263	\$ 18,410,000.00
RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 105,000.00	1	263	263	\$27,615,000.00
VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	263	263	\$ 10,520,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUE (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	263	263	\$21,040,000.00
MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	263	263	\$31,560,000.00

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

CILINDRO-VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	263	263	\$ 15,780,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA - APU)	\$ 253,000.00	1	263	263	\$ 66,539,000.00
CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 55,000.00	1	263	263	\$ 14,465,000.00
COMPACTADOR DE LLANTAS (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 98,000.00	1	263	263	\$ 25,774,000.00
HERRAMIENTO MENOR GRAL X MES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	1	1	\$ 5,000,000.00
TOTAL					\$ 236,703,000.00

sep-16

MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPOS	CANTIDAD DE HORAS X SEPTIEMBR	TOTAL HORAS ACUMULADA	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	254	254	\$ 17,780,000.00
RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 105,000.00	1	254	254	\$ 26,670,000.00
VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	254	254	\$ 10,160,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUE (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	254	254	\$ 20,320,000.00
MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	254	254	\$ 30,480,000.00
CILINDRO - VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	254	254	\$ 15,240,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 253,000.00	1	254	254	\$ 64,262,000.00

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 55,000.00	1	254	254	\$ 13,970,000.00
COMPACTADOR DE LLANTAS (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 98,000.00	1	254	254	\$ 24,892,000.00
HERRAMIENTO MENOR GRAL X MES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	1	1	\$ 5,000,000.00
TOTAL					\$ 28,774,000.00

oct-16					
MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPOS	CANTIDAD DE HORAS X OCTUBRE	TOTAL HORAS ACUMULADAS	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	259	259	\$ 18,130,000.00
RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 105,000.00	1	259	259	\$ 27,195,000.00
VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	259	259	\$ 10,360,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUEL (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	259	259	\$ 20,720,000.00
MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	259	259	\$ 31,080,000.00
VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	259	259	\$ 15,540,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA - APU)	\$ 253,000.00	1	259	259	\$ 65,527,000.00
CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 55,000.00	1	259	259	\$ 14,245,000.00
COMPACTADOR DE LLANTAS (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 98,000.00	1	259	259	\$ 25,382,000.00
HERRAMIENTO MENOR GRAL X MES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	1	1	\$ 5,000,000.00
TOTAL					\$ 233,179,000.00

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

nov-16					
MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPOS	CANTIDAD DE HORAS X NOVIEMBR	TOTAL HORAS ACUMULADAS	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	242	242	\$ 16,940,000.00
RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 105,000.00	1	242	242	\$ 25,410,000.00
VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	242	242	\$ 9,680,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUE (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	242	242	\$ 19,360,000.00
MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	242	242	\$ 29,040,000.00
CILINDRO-VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	242	242	\$ 14,520,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 253,000.00	1	242	242	\$ 61,226,000.00
CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 55,000.00	1	242	242	\$ 13,310,000.00
COMPACTADOR DE LLANTAS (PRECIO OFERTA -APU)	\$ 98,000.00	1	242	242	\$ 23,716,000.00
HERRAMIENTO MENOR GRAL X MES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	1	1	\$ 5,000,000.00
TOTAL					\$ 218,202,000.00

dic-16

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPOS	CANTIDAD DE HORAS X DICIEMBRE	TOTAL HORAS ACUMULADAS	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	259	259	\$18,130,000.00
RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA - APU)	\$ 105,000.00	1	259	259	\$27,195,000.00
VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	259	259	\$10,360,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUE (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	259	259	\$20,720,000.00
MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	259	259	\$31,080,000.00
CILINDRO - VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	259	259	\$15,540,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 253,000.00	1	259	259	\$65,527,000.00
CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA - APU)	\$ 55,000.00	1	259	259	\$14,245,000.00
COMPACTADOR DE LLANTAS (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 98,000.00	1	259	259	\$25,382,000.00
HERRAMIENTO MENOR GRAL X MES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	1	1	\$ 5,000,000.00
TOTAL					\$233,179,000.00

ene-17					
MAQUINARIA Y EQUIPO	VALOR X HORA	CANTIDAD DE EQUIPOS	CANTIDAD DE HORAS X ENERO	TOTAL HORAS ACUMULADAS	VALOR
RETRO ROBEX (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 70,000.00	1	95	95	\$6,650,000.00

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

RETRO DAEWOO (PRECIO OFERTA - APU)	\$ 105,000.00	1	95	95	\$ 9,975,000.00
VOLQUETA SENCILLA (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	1	95	95	\$ 3,800,000.00
VOLQUETA DOBLE TROQUE (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 80,000.00	1	95	95	\$ 7,600,000.00

GRAN TOTAL MAQUINARIA

\$1,599,298,666.67

MINICARGADORES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 40,000.00	3	95	95	\$ 11,400,000.00
CILINDRO - VIBROCOMPACTADOR (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 60,000.00	1	95	95	\$ 5,700,000.00
TERMINADORA DE ASFALTO (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 253,000.00	1	95	95	\$ 24,035,000.00
CARRO TANQUE (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 55,000.00	1	95	95	\$ 5,225,000.00
COMPACTADOR DE LLANTAS (PRECIO OFERTA-APU)	\$ 98,000.00	1	95	95	\$ 9,310,000.00
HERRAMIENTO MENOR GRAL X MES (PRECIO MERCADO ICCU)	\$ 5,000,000.00	1	1	1	\$ 5,000,000.00
TOTAL					\$ 88,695,000.00

GASTOS RELACIONADOS CON EL PAGO DE NÓMINA EMPLEADA PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y CON LOS PAGOS POR CONCEPTO DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y PARAFISCALES.

Por valor de OCHENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISEIS MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$89.426.099), correspondientes al total de salarios cancelados al personal dispuesto para la ejecución del contrato, a las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

liquidaciones correspondientes y a los pagos de prestaciones sociales (seguridad social y parafiscales).

Cuarta. *Que se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., la suma de CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$168.168.397), correspondiente al valor de la utilidad esperada y no recibida como consecuencia del incumplimiento ocasionado por la parte demandada.*

Quinta. *Que se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., el valor de la indexación de las sumas anteriormente mencionadas, desde la fecha en que debió finalizar el contrato de obra, hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo de la obligación.*

Sexta. *Que se liquide judicialmente el contrato de obra COP 020 de 2015, declarando que EL MUNICIPIO DE CAJICÁ debe pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., las sumas correspondientes al valor ejecutado y no cancelado, a la utilidad esperada y a la indexación de dichas sumas, a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso.*

Séptima. *Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado."*

1.6.2 Los hechos de la demanda:

La convocante invocó los siguientes hechos, transcritos literalmente del escrito de la demanda que obra a folios 1 a 29 del Cuaderno Principal No. 1:

"Hechos generales relativos a la celebración del convenio interadministrativo No. 313 DPS-FIP de 2015.

- 1. Mediante oficio AMC-014-199-014 del 22 de septiembre de 2014, el MUNICIPIO presenta ante el DPS el proyecto denominado "construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio".*
- 2. Mediante oficio DPS radicado No. 2014-621-05782-2, el DPS requiere al MUNICIPIO con el fin de que se remitan los estudios, diseños y demás documentación contenida en el Manual para la Presentación de los Proyectos de Infraestructura Social.*
- 3. Mediante Oficio AMC-014-015-015 del 3 de febrero de 2015 el MUNICIPIO presenta nuevamente al DPS el proyecto, con la documentación y ajustes requeridos por el DPS.*
- 4. Surtido el trámite administrativo ante el DPS, solventando las observaciones e inquietudes presentadas por éste, finalmente el MUNICIPIO logra acreditar el*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

cumplimiento de los requerimientos técnicos, sociales, jurídicos y financieros establecidos por el DPS para la aprobación y viabilidad del proyecto denominado "construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio".

5. Una vez cumplidos los requisitos de aprobación y viabilidad del proyecto por parte del MUNICIPIO, el DPS presenta el proyecto denominado "construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio" al CONPES, para su correspondiente financiación mediante el proyecto denominado "Implementación Obras para la Prosperidad a Nivel Nacional - FIP".

6. Mediante el CONPES 3830 (Prueba 1), expedido el 3 de junio de 2015, el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, autoriza la inclusión de los proyectos de infraestructura social presentados por el DPS y solicita surtir el trámite de aprobación de vigencias futuras para la financiación de los proyectos incluidos en el documento de planeación, dentro de los cuales se encontraba la Construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio.

7. Por su parte, en el capítulo 2 del documento CONPES 3830, se estableció que los proyectos presentados como necesidades de intervención, son realizados por las entidades territoriales y, que el DPS, a través de sus criterios de selección, prioriza las inversiones a ejecutar.

Es así como los proyectos presentados ante el CONPES por parte del DPS, fueron priorizados, previa revisión de los requerimientos de carácter técnico, financiero, jurídico y social necesarios para su viabilización financiera con recursos del DPS.

8. Por otra parte, en el documento CONPES 3830 se estableció lo siguiente:

4. Solicitar al Departamento para la Prosperidad Social, en coordinación con las gobernaciones y municipios, v de conformidad con este documento y sus anexos, realizar las acciones necesarias para contratar y ejecutar las actividades que conforman el proyecto, procurando la optimización de los recursos y del tiempo durante la ejecución de las obras, así como el desarrollo funcional e integral del proyecto" <negrilla y subrayado propio>.

De acuerdo con lo anterior, el CONPES, una vez dada la viabilidad al proyecto insta al DPS con el fin de que adelante las acciones correspondientes para materializar la ejecución del proyecto que nos ocupa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

9. Que en virtud de lo anterior, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS, suscribió el Convenio Interadministrativo No. 313 DPS-FIP de junio 23 de 2015 (Prueba 2), con el MUNICIPIO DE CAJICÁ, cuyo objeto es: "Aunar esfuerzos técnicos, financieros y sociales, con el fin de contribuir a la ejecución y sostenibilidad de obras de intervención social comunitaria e infraestructura, entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social DPS - FIP y la ENTIDAD TERRITORIAL, con el propósito de aportar a la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos, la superación de la pobreza y la consolidación de territorios, de conformidad con el Anexo Técnico adjunto, el cual hace parte integral del convenio".

10. Que en virtud de dicho Convenio se llevaría a cabo la ejecución del proyecto denominado "Construcción vía puente peralta. Ciclo ruta y acondicionamiento de vallados con tubería en el municipio de Cajicá, Cundinamarca", el cual fue aprobado e incluido en el CONPES 3830, el que a su vez dio origen al convenio interadministrativo.

11. Dentro de las obligaciones contenidas en la cláusula segunda del convenio, el DPS debería "6. Aprobar la estructuración de (los) proyecto (s), incluyendo el presupuesto definitivo del mismo (s), de conformidad con lo establecido en el Anexo Técnico del presente Convenio, el cual deberá estar debidamente validado por la interventoría una vez ésta sea contratada y contar con la totalidad de la documentación mínima requerida para la ejecución de la etapa de obra por parte del Grupo de Infraestructura y Hábitat del DPS. Teniendo en cuenta que el Grupo de Trabajo de Infraestructura y Hábitat ha revisado los proyectos de manera individual, dicha validación estará sujeta al ajuste que se considere pertinente, en especial en relación con los costos de administración y demás costos fijos asociados a los proyectos cuando la ENTIDAD TERRITORIAL realice un solo proceso de contratación para varios proyectos". <negrilla y subrayado propios>

12. En el párrafo de la cláusula cuarta del Convenio se estableció "PARÁGRAFO: el valor asignado para cada proyecto es definido en fase inicial por la ENTIDAD TERRITORIAL, de acuerdo con la necesidad identificada y priorizada, la cual fue objeto de análisis y estudio por parte del Grupo de Trabajo de Infraestructura y Hábitat y cumple los estándares de prefactibilidad y viabilidad para la ejecución de los proyectos. {...}".

Nótese que la necesidad identificada y priorizada, que se materializa en el proyecto de construcción presentado por el MUNICIPIO al DPS, fue objeto de revisión y análisis por el Grupo de Trabajo de Infraestructura y Hábitat del DPS, quien con posterioridad a tal actuación, dio la viabilidad y prefactibilidad del mismo, con lo cual se permitió la financiación del proyecto con recursos del DPS, hecho que se concretó con la suscripción del convenio interadministrativo.

Es así como el proyecto denominado "Construcción vía puente peralta. Ciclo ruta y acondicionamiento de vallados con tubería en el municipio de Cajicá,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Cundinamarca”, desde un primer momento contó con toda la aprobación de los requisitos técnicos, financieros, jurídicos y sociales exigidos por el DPS para su ejecución y, como consecuencia de ello, se procedió con la suscripción del correspondiente convenio, previo estudio por parte del CONPES, pues de lo contrario, es decir, de no haberse satisfecho los requerimientos de este tipo de proyectos, el DPS debió haber declarado la inviabilidad del mismo e impedir la suscripción de tal acto.

13. Que en virtud de dicho convenio, el MUNICIPIO DE CAJICÁ debía adelantar el proceso contractual mediante Licitación Pública para la celebración del contrato de obra respectivo, con la finalidad de adelantar el proyecto denominado “Construcción vía puente peralta. Ciclo ruta y acondicionamiento de vallados con tubería en el municipio de Cajicá, Cundinamarca”, el cual fue aprobado e incluido en el CONPES 3830.

Hechos generales relativos a la celebración del Contrato de Obra COP 020 de diciembre 29 de 2015.

14. El 2 de octubre de 2015, mediante aviso de convocatoria pública, el MUNICIPIO DE CAJICÁ comunicó la apertura del proceso de Licitación Pública No. 011-2015, con fecha de apertura de 22 de octubre de 2015, con el objeto de contratar la “construcción vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería Municipio de Cajicá - Cundinamarca, en el marco del convenio interadministrativo No. 313 celebrado entre el Municipio de Cajicá y el DPS”.

15. Los estudios previos (Prueba 3) del proceso de licitación, publicados en el SECOP el 2 de octubre de 2015, contemplaban que la Etapa I, denominada de pre-construcción, tendría como objeto realizar el “ajuste estudios y diseños, revisión, verificación, validación, ajuste y complementación requerido”; de igual forma, en las especificaciones técnicas de los estudios previos se consignó que dicha etapa “consiste en la revisión, ajuste, del diseño geométrico, estructural e hidráulico del proyecto, así como la revisión y definición de cantidades de obra, el cual deberá ser revisado, aprobado por la interventoría externa contratada por el FONADE” <subrayado y negrilla propio>.

Nótese que de conformidad con tal afirmación, la Etapa 1 de la ejecución del contrato no contempló como factor a ser analizado por parte del contratista, aspectos de carácter social, y no podría ser de otra manera, por los siguientes motivos: i) porque tal aspecto había sido analizado, surtido y superado con la presentación del proyecto por parte del MUNICIPIO ante el DPS, para la viabilidad del mismo; ii) puesto que tal factor no hace parte de la experticia del ejecutor del contrato de obra y; iii) que en el supuesto en que tal factor pudiese haber sido desarrollado por el contratista con exigencias financieras y técnicas

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

(personal) que permitieran atenderlo, tal actividad no fue convenida o incluida en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de obra.

16. Por su parte, en la matriz de riesgos del proceso se establecieron riesgos de tipo económico, social o político, operacional, financiero, regulatorio, de la naturaleza, ambiental y tecnológico, sin que se observe en dicha matriz que uno de los riesgos del proyecto es el no cumplimiento de los fines de focalización de proyectos del DPS, situación que se ajusta a lo comentado en el numeral 15 de este acápite, en cuanto a que el factor de valoración social, como actividad de ejecución a cargo del contratista, no era una actividad que le correspondiera a éste.

17. El pliego de condiciones del proceso de licitación pública No. 011-2015 (Prueba 4) contempló de igual forma que la Etapa 1, de preconstrucción, comprendía la "revisión y ajuste de estudios y diseños, revisión, verificación, validación y ajuste y complementación requerida" y contempló en la forma de pago de la Etapa 2, que "en caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de preconstrucción, resulte inviable técnica v/o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS. FIP el municipio solamente pagará al contratista el valor de la ETAPA 1 previo desembolso que realice el PDS - FIP (sic)". <subrayado y negrilla propio>

Como se observa en los numerales 15 a 17 del presente acápite, la ejecución de la Etapa 1, de preconstrucción, comprendía la realización de actividades de ajuste y revisión de carácter técnico y financiero, situación que debía llevarse a cabo para la iniciación de la Etapa 2, de construcción.

Se insiste en que el factor social, que justificó la inejecución contractual por parte del MUNICIPIO, no se incluyó dentro de los factores a tener en cuenta en la Etapa 1 del contrato.

18. Que el día 10 de diciembre de 2015, conforme al cronograma establecido en el proceso contractual, el MUNICIPIO DE CAJICÁ dio cierre a la presentación de propuestas al proceso de Licitación Pública No. LP 011- 2015.

19. De acuerdo con los tiempos establecidos en la Licitación Pública para la ejecución de la obra, CONSTRUCCIONES MAC LTDA., realizó una planeación financiera en su propuesta, que contemplaba unos precios ajustados a las variables económicas que influenciaban los costos de ejecución del proyecto para el momento de dicha presentación de la oferta y para el tiempo de ejecución del contrato.

20. Que el 17 de diciembre de 2015, el MUNICIPIO DE CAJICÁ presenta el Informe Definitivo de Evaluación de Propuestas, mediante el cual el Comité Evaluador informa que de la evaluación y calificación efectuada a la propuesta presentada por CONSTRUCCIONES MAC LTDA., en el proceso de selección

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

mediante Licitación Pública No. 011-2015, la sociedad que represento cumplió con todos los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones.

21. El 29 de diciembre de 2015, en audiencia pública de adjudicación, el MUNICIPIO DE CAJICÁ, representado por su Alcalde Municipal, adjudicó la Licitación Publica No. 011-2015 mediante Resolución No. 618 de 2015 (Prueba 5), cuyo objeto fue la "construcción vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería Municipio de Cajicá - Cundinamarca, en el marco del convenio interadministrativo No. 313 celebrado entre el Municipio de Cajicá y el DPS", a la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA.

22. El 29 de diciembre de 2015, entre el MUNICIPIO DE CAJICÁ y CONSTRUCCIONES MAC LTDA., se suscribió el contrato de obra COP 020 de 2015 (Prueba 6) cuyo objeto es la "construcción vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería Municipio de Cajicá - Cundinamarca, en el marco del convenio interadministrativo No. 313 celebrado entre el Municipio de Cajicá y el DPS", con un plazo de ejecución de 8 meses y por valor de TRES MIL SETECIENTOS TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS MCTE (\$3.703.648.610).

23. De acuerdo con el otrosí modificadorio (Prueba 7), la forma de pago del contrato se realizaría así:

Un primer pago, por la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$60.000.000), correspondientes a la Etapa 1 de preconstrucción, la cual de acuerdo con las condiciones establecidas en el convenio interadministrativo, en los estudios previos, en el pliego de condiciones y en el contrato de obra, consistía en "la revisión, ajuste, del diseño geométrico, estructural e hidráulico del proyecto, así como la revisión y definición de cantidades de obra", es decir, en ajustes de tipo técnico y financiero, que permitieran dar inicio a la Etapa 2 del contrato.

La suma de TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS MCTE (\$3.643.648.610), correspondiente a la Etapa 2, de obra, que se cancelaría en 5 pagos, de conformidad con los avances de obra.

24. Que mediante póliza de cumplimiento No. 980-47-994000003669, emitida por la Aseguradora Solidaria de Colombia (Prueba 8), Construcciones MAC LTDA., otorgó las garantías exigidas en el contrato, las cuales fueron aprobadas mediante documento de aprobación (Prueba 9) expedido por el MUNICIPIO DE CAJICÁ.

25. Que la cláusula "décima décima" del contrato de obra contempló la cláusula compromisoria en virtud de la cual "Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

serán sometidas a un Tribunal de Arbitramento, quien decidirá en derecho, el cual será integrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para efectos de su funcionamiento se aplicará lo previsto en el reglamento de dicho Centro”.

Hechos específicos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de CONSTRUCCIONES MAC LTDA., y relacionados con el incumplimiento por parte del MUNICIPIO DE CAJICÁ.

26. El 12 de enero de 2016, mediante oficio MAC-020-005-2016 (Prueba 10), CONSTRUCCIONES MAC LTDA., remite oficio con destino al DPS, en el cual solicita se le informe quién va a realizar la interventoría del contrato que había sido suscrito el 29 de diciembre de 2015.

27. Que El CONSORCIO DAECO CENTRO fue designado como interventor del Contrato de Obra No. 020 de 2015.

28. Con documento radicado el 12 de abril de 2016 (Prueba 11) CONSTRUCCIONES MAC LTDA remite al CONSORCIO DAECO CENTRO, los documentos para verificación y aprobación por parte de la interventoría, previo a la firma del acta de inicio de la obra.

29. Mediante oficio FRC-FONADE-2016-022 (Prueba 12) el CONSORCIO DAECO CENTRO solicita documentos a CONSTRUCCIONES MAC, para verificación y aprobación de la interventoría previo a la firma del acta de inicio de obra.

30. Con oficio MAC-020-2015-003 (Prueba 13) de fecha de radicación abril 29 de 2016, remitido por CONSTRUCCIONES MAC LTDA, con destino al CONSORCIO DAECO CENTRO, mi representado presenta ante el INTERVENTOR los nuevos diseños resultantes de las actividades propias de la ejecución de la Etapa 1 y los documentos requeridos en el oficio señalado en el numeral anterior.

Sobre el particular, es necesario realizar las siguientes precisiones:

En primer lugar, que si bien es cierto no se había suscrito el acta de inicio, la entrega de estos ajustes a los estudios y diseños de la Etapa 1, se realizó con anterioridad a la misma, por cuanto mi poderdante venía adelantando todas las actividades tendientes a cumplir con la Etapa 1 desde la fecha de suscripción del contrato, hasta la fecha en que efectivamente fueron entregados para revisión inicial por parte de la INTERVENTORÍA, esto es, el 29 de abril de 2016.

Esta situación, demuestra la diligencia con que siempre actuó CONSTRUCCIONES MAC LTDA., en la ejecución del objeto contractual, aún ante el retraso en la designación del INTERVENTOR por parte del DPS,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

situación que como se manifestó anteriormente, retrasó el cronograma que CONSTRUCCIONES MAC LTDA., tenía previsto por 5 meses.

En segundo lugar, que los productos entregados por mi representado, consistieron en la “revisión, ajuste, del diseño geométrico, estructural e hidráulico del proyecto, así como la revisión y definición de cantidades de obra” <subrayado v negrilla propio>, de conformidad con lo previsto en el contrato. Esta revisión y ajuste de diseños, se realizó sobre los estudios que el MUNICIPIO había presentado al DPS, para la viabilización del proyecto y que hicieron parte de los documentos presentados ante el CONPES y de todo el proceso precontractual, tanto del convenio interadministrativo, como del contrato de obra.

Adicionalmente, con oficio MAC-020-2015-015 (Prueba 14) con fecha de radicación junio 7 de 2016, remitente CONSTRUCCIONES MAC LTDA, destinatario CONSORCIO DAECO CENTRO, mediante el cual se remite solicitud de autorización de tala de árboles como actividad previa requerida para la ejecución de obra propia de la etapa 2 del contrato No. 020 de 2015, situación que al igual que lo manifestado anteriormente, corrobora la diligencia y disposición en el cumplimiento de la ejecución contractual de mi representado.

31. Que habiéndose aprobado los documentos requeridos para la suscripción del acta de inicio (Prueba 15), el día 11 de mayo de 2016 se suscribió dicha acta entre el MUNICIPIO DE CAJICÁ, CONSTRUCCIONES MAC LTDA y EL INTERVENTOR, determinando que la etapa 1, de preconstrucción, finalizaría el 13 de junio de 2016 y la etapa 2, de construcción, finalizaría el 11 de enero de 2017.

Es de resaltar, que la tardanza en la suscripción del acta de inicio fue por cuenta del retraso en que incurrió el DPS, en suscribir el convenio con FONADE, en virtud del cual esta última contrataría la interventoría para la ejecución del contrato de obra.

Esta situación, además de retrasar el inicio de la ejecución del contrato de obra por más de 5 meses, impactó en la ecuación financiera del contrato, puesto que las condiciones económicas variaron sustancialmente como consecuencia del retraso injustificado e imputable al Contratante.

32. El 13 de junio de 2016, EL CONSORCIO DAECO CENTRO, envió oficio FRC-FONADE-2016-060 (Prueba 16), en el cual presentó las observaciones a los diseños entregados el día 29 de abril de 2016, por parte de CONSTRUCCIONES MAC LTDA.

Es de resaltar, que de acuerdo con el acta de inicio, la fecha de finalización de la Etapa 1 era el día 13 de junio de 2016. Así pues, se evidencia, por una parte, la diligencia de mi representado al entregar los ajustes a los estudios y diseños

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

desde el 29 abril de 2016 y, por otra parte, la negligencia del INTERVENTOR al realizar las observaciones el último día de ejecución de la Etapa 1.

33. El 20 de junio de 2016 mediante Oficio MAC-020-2015-017 (Prueba 17), CONSTRUCCIONES MAC LTDA entrega al CONSORCIO DAECO CENTRO, la respuesta a las observaciones presentadas al diseño de la vía.

34. El día 27 de junio de 2016, habiéndose cumplido con la entrega de los documentos relacionados con la Etapa 1 del contrato y no habiendo recibido respuesta alguna por parte del interventor ni del MUNICIPIO, CONSTRUCCIONES MAC LTDA, remite oficio MAC-020-2015-019 (Prueba 18) al Ingeniero Marco Antonio Cepeda, Secretario de Obras Públicas de Cajicá, quien fungía como supervisor del contrato, en el cual manifiesta que a la fecha había cumplido a cabalidad con las obligaciones contractuales y solicitaba, de manera respetuosa, dar cumplimiento al contrato de obra en el sentido de aprobar los estudios y diseños presentados al Interventor, con la finalidad de poder continuar con la Etapa 2, de construcción.

35. Mediante Oficio MAC-020-2015-020 (Prueba 19) con fecha de radicación junio 29 de 2016, CONSTRUCCIONES MAC LTDA remite al CONSORCIO DAECO CENTRO el balance del contrato y la necesidad de APUs no previstos, en atención a que fue necesario incorporar nuevos ítems, conforme a las modificaciones realizadas a los diseños de la obra.

36. Que a la fecha de presentación de la demanda, no se ha recibido respuesta alguna por parte del INTERVENTOR ni del MUNICIPIO, respecto a la necesidad de ajustes de APUs no previstos.

37. Que la entidad pública destinataria de la solicitud mencionada en el numeral anterior no dio respuesta a la misma dentro de los términos establecidos por la ley para ello, según el mandamiento legal y constitucional respectivo, configurándose así el Silencio Administrativo Positivo, en los términos que al respecto establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993, así:

Establece el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Artículo 84. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso (...)” <negrilla propia>.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Establece el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación Pública

“Artículo 25°.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...)

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley.

38. Que con relación a la petición mencionada en el numeral anterior, mediante Escritura Pública No. 141 de febrero 22 de 2018 (Prueba 20), de la Notaría única de Cota Cundinamarca, se protocolizó el silencio administrativo positivo, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley, toda vez que a la fecha de presentación de la presente demanda, dicha solicitud no ha sido resuelta por parte del MUNICIPIO.

39. Con Oficio MAC-020-2015-021 (Prueba 21) con fecha de radicación julio 5 de 2016, CONSTRUCCIONES MAC LTDA remite al supervisor del Contrato de Obra No. 020 de 2015, Secretario de Obras Públicas del MUNICIPIO DE CAJICÁ, los estudios y diseños definitivos de la estructura de pavimento, los cuales habían sido remitidos al INTERVENTOR, tal y como se manifestó en el numeral 31 del presente escrito.

40. El día 11 de agosto de 2016 (Prueba 22), en vista que no se recibía respuesta alguna por parte del MUNICIPIO ni del INTERVENTOR, CONSTRUCCIONES MAC LTDA., remite nuevamente un oficio dirigido al supervisor del contrato de obra, en el cual manifiesta su preocupación por los retrasos en el inicio de la Etapa 2 del contrato, toda vez que mi representado había acreditado, conforme al contrato de obra, los requisitos necesarios para dar inicio a la construcción de la Etapa 2 para la cual fue contratado.

De igual forma, manifiesta que ha venido realizando todas las actividades diligentes encaminadas a dar estricto cumplimiento del contrato, tal como disponer de la maquinaria, equipos, personal y elementos de construcción.

Por otra parte, le informa que por los retrasos injustificados y la demora en obtener una respuesta por parte del MUNICIPIO, en su calidad de contratante, se ha visto obligado a padecer unos perjuicios económicos, para lo cual solicita se informe sobre la fecha de ejecución del proyecto de manera inmediata.

Finalmente, manifiesta su voluntad de dar cumplimiento al objeto contractual, advirtiendo que las demoras injustificadas están generando unos perjuicios no imputables a CONSTRUCCIONES MAC LTDA., los cuales tasa, aproximadamente, entre \$600.000.000 y \$700.000.000.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

41. Que la entidad pública destinataria de la solicitud mencionada en el numeral anterior, no dio respuesta a la misma dentro de los términos establecidos por la ley para ello, según el mandamiento legal y constitucional respectivo, configurándose así el Silencio Administrativo Positivo, en los términos que al respecto establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993, así:

Establece el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Artículo 84. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso (...)” <negrilla propia>

Establece el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación Pública

“Artículo 25°.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...)

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta Ley.

42. Que con relación al oficio mencionado en el numeral anterior, mediante Escritura Pública No. 141 de febrero 22 de 2018 (Prueba 20), de la Notaría única de Cota Cundinamarca, se protocolizó el silencio administrativo positivo, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley, toda vez que a la fecha de presentación de la presente demanda, dicha solicitud no ha sido resuelta por parte del MUNICIPIO.

43. Por otra parte, ante el silencio por parte del INTERVENTOR, mediante Oficio con fecha de radicación agosto 12 de 2016 (Prueba 23), CONSTRUCCIONES MAC LTDA, remite comunicación al CONSORCIO DAECO CENTRO, insistiendo en la necesidad de dar inicio a la obra y solicita pronunciamiento respecto de la tardanza en el inicio de la misma.

44. Que el contrato de obra, de acuerdo al acta de inicio suscrita el 11 de mayo de 2016, finalizó el pasado 11 de enero de 2017, sin que hubiese existido respuesta alguna por parte del MUNICIPIO respecto a la ejecución del mismo, aún ante las repetidas solicitudes elevadas por mi representado.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

45. Que la negativa de dar respuesta a mi representado por parte del MUNICIPIO y del INTERVENTOR, da cuenta de la negligencia de estos en la ejecución del contrato, situación que generó un perjuicio económico para CONSTRUCCIONES MAC LTDA., que deberá ser reparado conforme se demuestre en el presente proceso.

46. Que el perjuicio ocasionado con el incumplimiento contractual por parte del MUNICIPIO se discrimina de la siguiente manera:

A. Perjuicio por el incumplimiento del contrato, relacionado con los estudios y diseños de la Etapa 1, que fueron entregados oportunamente al CONTRATANTE y al INTERVENTOR, por valor de \$60.000.000

B. Perjuicio por el incumplimiento del contrato, relacionado con la utilidad esperada y no percibida por valor de \$168.168.397.

C. Perjuicio por el incumplimiento del contrato, relacionado con los gastos mensuales en que incurrió mi representado para la ejecución del contrato, que no han sido cancelados, por valor de \$288.895.801.67

D. Perjuicio por el incumplimiento del contrato, relacionado con la disposición de maquinaria y equipos necesarios para la ejecución del contrato, por valor de \$1.599.298.666.67

E. Perjuicio por el incumplimiento del contrato, relacionado con los gastos relacionados con los salarios y prestaciones sociales del equipo profesional y demás personal empleado en la ejecución del contrato, por valor de \$89.426.099.

47. Que mi representado adelantó todas las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, las cuales enuncio a continuación:

A. Construcción de Tubería en concreto de 24", las cuales cuentan con los resultados de los ensayos de laboratorio realizados por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB ESP (Prueba 24).

B. Documentos que soportaron las actividades relacionadas con los permisos ambientales requeridos para la ejecución del contrato de obra (Prueba 25).

C. Soporte de los pagos, liquidación y aportes al sistema general de seguridad social del personal que estuvo vinculado con CONSTRUCCIONES MAC LTDA., en la ejecución del contrato de obra (Prueba 26)

D. Soporte de todas las transacciones y pagos realizados en desarrollo del contrato, que se relacionan así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

- * Estampilla procultura (prueba 27)*
- * Pago de las pólizas del contrato (prueba 28)*
- * Pago de material de construcción al CENTRO DE ACOPIO EL REY (Prueba 29).*
- * Pago exámenes médicos de ingreso del personal que estuvo vinculado con la ejecución del contrato (Prueba 30).*
- * Pago de material de construcción a FF SOLUCIONES (Prueba 31).*
- * Pago del PGIO como actividad inherente a la ejecución contractual (Prueba 32).*
- * Pago de anticipo por concepto de tala de árboles (Prueba 33)*
- * Pago arriendo oficina a Fabio Gil (Prueba 34)*
- * Pago alquiler casa a Ana Bello (Prueba 35)*
- * Pago alquiler lote acopio (Prueba 36).*
- * Pago material granular a C&C CASTELBLANCO (Prueba 37)*
- * Gastos relacionados con la administración del contrato, desde el 11 de junio de 2016 hasta el 11 de septiembre de 2016 (Prueba 38).*

48. Que el DPS, mediante oficio con radicado No. 20165021068821 del 19 de noviembre de 2016 (Prueba 39), remitió al MUNICIPIO el resultado de la Etapa 1 - Fase de Pre construcción, en la cual declaraba la no viabilidad por las siguientes consideraciones:

"El 12 de julio de 2016 se realizó visita de pertinencia a los tramos presentados en el proyecto. En esta visita se evidenció que el proyecto no es pertinente, debido a que la población beneficiaría no es objeto de intervención por parte de Prosperidad Social. {...}"

Y agrega, dentro de las diferentes razones aducidas para dar negativa al proyecto, que "Si bien el proyecto de Cajicá se encuentra referido en el Conpes 3830, en el mismo documento se hace la siguiente salvedad: "Es necesario aclarar que los proyectos deben cumplir con los criterios establecidos en el modelo de gestión y el análisis de viabilidad; por lo cual, excepcionalmente, el DPS puede realizar los ajustes, modificaciones o cambios necesarios de los proyectos"".

No obstante, pasa por alto mencionar que en dicha salvedad contenida en el CONPES 3830, no se autoriza al DPS a declarar la no viabilidad de los proyectos que se encuentren en ejecución por cuanto la viabilidad del proyecto

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

se satisfizo con anterioridad a la presentación del mismo ante el CONPES, pues en el capítulo 2 “Justificación” de ese mismo documento se realiza la siguiente afirmación: “{...} Es así como, son principalmente las entidades territoriales quienes definen sus necesidades de intervención y el DPS, de acuerdo a sus criterios de selección, prioriza las intervenciones a ejecutar”.

De esta forma, conforme al Manual para la Presentación de Proyectos de Infraestructura Social del DPS, el MUNICIPIO debió acreditar los requerimientos de tipo social, técnico, financiero y jurídico a que hubiera lugar para la declaratoria de viabilidad del proyecto por parte del DPS. De no haberse presentado el cumplimiento total por parte de los requerimientos exigidos por el DPS para la financiación de este tipo de proyectos, el DPS no habría presentado el proyecto ante el CONPES y tampoco habría suscrito el convenio interadministrativo 313 de 2015, pues los términos establecidos en el Manual se lo prohíben.

Esta situación, se cumplió por parte del MUNICIPIO con la presentación del proyecto denominado “Construcción de la vía puente peralta, ciclo- ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio”, mediante Oficio AMC-014-199-014 de septiembre 22 de 2014, el cual se tramitó y cumplió todos los requerimientos del DPS, pues de no haber sido de esta forma, no habría sido posible adelantar la suscripción del Convenio Interadministrativo 313 de 2015, ni tan siquiera haber sometido el proyecto ante el CONPES, pues el propio Manual para la Presentación de Proyectos de Infraestructura Social del DPS demanda la obligación de acreditar todos los requisitos desde la presentación del proyecto por parte del ente territorial.

Así pues, la salvedad contenida en el CONPES, respecto a la facultad del DPS para realizar las modificaciones, ajustes o cambios de los proyectos, no es absoluta, pues encuentra su límite en la debida planificación del proyecto que debió realizar en la etapa de estudio de proyectos presentados por los entes territoriales.

Por lo anterior, justificar un elemento que fue objeto de verificación documental e inclusive física, por parte de funcionarios del DPS, desborda la salvedad contenida en el CONPES, puesto que la misma no le permite definir la viabilidad o no de un proyecto, contrario sensu, lo que se pretende con dicha salvedad es que el DPS pueda realizar ajustes o modificaciones a los diseños presentados por los entes territoriales, más no a la satisfacción de requisitos que permitieron la viabilidad del proyecto, puesto que estos ya fueron objeto de verificación por parte de la entidad.

Es por ello que no puede el DPS declarar la no viabilidad del proyecto por situaciones que fueron objeto de verificación, inclusive, anteriores a la expedición del CONPES.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

49. Por su parte, El MUNICIPIO, mediante oficio AMC-SOP-641-2016, de fecha 26 de octubre de 2016 (Prueba 40), en respuesta al oficio del DPS con radicado No. 20165021068821 de septiembre 19 de 2016, realiza un recuento sobre los antecedentes que dieron lugar a la suscripción del Convenio Interadministrativo No. 313 de 2015 y solicita dar solución a la demora en la aprobación de los estudios y diseños de la Etapa 1, entregados por mi representado el día 15 de junio de 2016 con la finalidad de poder continuar con la ejecución del contrato de obra suscrito entre el MUNICIPIO y CONSTRUCCIONES MAC LTDA.

Que en dicho oficio se observan las siguientes afirmaciones realizadas por el MUNICIPIO.

“Sea lo primero señalar que la suscripción del convenio entre el Departamento para la Prosperidad Social - Fondo de Inversión para la paz - DPS - FIP y el Municipio de Cajicá Cundinamarca, se realizó v obedeció al cumplimiento de los distintos requisitos exigidos por el Departamento para la Prosperidad Social DPS. para la suscripción de este tipo de convenios, es así que el Municipio surtió cada una de las etapas exigidas v necesarias en estos casos, hasta que el proyecto se viabilizo (sic) v finalmente se materializo (sic) con la suscripción del convenio interadministrativo 313-2015. De lo anterior, es claro señalar que el objeto o proyecto del convenio siempre fue enfocado a realizarse en el sector y zona contemplada en el (sic) y no en otro lugar, por cuanto en efecto se viabilizo (sic) para la construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio

Para la suscripción del convenio, el Municipio presento (sic) debidamente ante el Departamento para la Prosperidad Social DPS, los requisitos relacionados con la viabilidad del proyecto, por su parte, el DPS realizo (sic) visitas y dio respuesta a dichas solicitudes, entre las cuales se destacan las siguientes:

1. Oficio AMC-014-199-014 del 22 de septiembre del año 2014, se presenta el proyecto llamado “Construcción de la vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería del Municipio” por parte de la Alcaldía Municipal. DPS radicado No. 2014-621-05782-2.
2. Oficio DPS radicado No. 2014-621-05782-2, el Departamento para la Prosperidad Social DPS, da respuesta, requiriendo a la Alcaldía de Cajicá los estudios, diseños y la demás documentación requerida en la ficha de revisión.
3. Oficio AMC-014-015-015 del 3 de febrero del año 2015, el Municipio presenta nuevamente el proyecto, con la documentación y dando alcance a las observaciones, anteriormente, presentadas por el Departamento para la Prosperidad Social DPS.
4. De igual forma el Departamento para la Prosperidad Social DPS, requiere al municipio el cumplimiento de algunos requisitos para la viabilidad del proyecto. En todo caso, surten los requerimientos y respuestas de parte y parte, hasta que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

se da cabal cumplimiento a la totalidad de los requisitos y finalmente cumplido todo se suscribe el Convenio.

5. Se realiza por parte de la administración municipal durante los días 25, 26, 27 y 28 del mes de mayo del año 2015, en distintas horas, un estudio de la movilidad, desplazamiento y población del sector, para así determinar la comunidad a beneficiarse con el proyecto.

6. Para la consolidación de la información, el Departamento para la Prosperidad Social DPS, realizó (sic) varias visitas en las zonas del proyecto, pudiendo constatar la población beneficiaría del proyecto y la necesidad del proyecto para el Municipio, las cuales fueron efectuadas con la supervisión y acompañamiento del personal de profesionales del DPS. hasta su posterior aprobación.

No es cierto que no exista pertinencia y necesidad social del proyecto. ya que se dieron los preceptos técnicos, jurídicos, financieros y administrativos, que fundamentaron el proyecto y posteriormente le dieron vida al convenio, el municipio siempre estuvo y ha estado presto a cumplir con los requerimientos del Departamento para la Prosperidad Social DPS y ante todo la comunidad esta necesita de la solución a la problemática que se resuelve con la ejecución del convenio.

Ahora bien, para la suscripción del convenio el Departamento para la Prosperidad Social DPS, debió elaborar los respectivos estudios previos, el Acto administrativo de justificación de la contratación directa y demás requisitos para realizar este tipo de convenio {...} Dichos estudios que justificaron el convenio, debieron ser diseñados de acuerdo a las solicitudes y necesidades del Municipio quienes fueron los que presentaron el proyecto.

Por otra parte, de lo que trata el párrafo primero del numeral segundo de la cláusula sexta del Convenio 313-2015 y en el párrafo segundo literal b) del artículo quinto del contrato 020-2015, es de la viabilidad técnica y/o financiera de la ejecución de la etapa 2, la cual, vale la pena resaltar, es el resultado de la Etapa 1- del proyecto, en NINGUNA parte del convenio se hace referencia a que con la etapa de pre construcción se pueda darla pertinencia del proyecto, ya que esa etapa se superó con la parte precontractual y contractual del Convenio.

Por lo tanto, no es una causal jurídicamente aceptable para fundamentar la decisión del Departamento para la Prosperidad Social DPS, para no continuar el proyecto como se suscribió en el Convenio 313-2015.

Es así que el sentido del convenio no fue darle la opción al Departamento para la Prosperidad Social DPS, de que no continuara con el proyecto si ya no consideraba que existía pertinencia en el proyecto para el Municipio, lo que se estableció en el convenio es la oportunidad de que si el DPS, con el resultado de la Etapa 1 - de ore construcción entregada por el contratista, consideraba

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

inviabile el provento por una causal técnica v/o financiera, solo se pagara hasta esta Etapa.

{...}

No se puede confundir el hecho de que exista una salvedad o restricción técnica y/o financiera para la ejecución de la etapa 2 de obra, con el hecho de que para el Departamento para la Prosperidad Social DPS, exista o no pertinencia para la ejecución del proyecto con la intervención de Prosperidad social, etapa que se superó al momento de suscribir el Convenio.

La justificación dada por el Departamento para la Prosperidad Social DPS. según el Rad. 20165021068821. está fundamentado en la visita de pertinencia del provento realizada el día 12 de junio del año 2016, por parte de funcionarios del DPS. pero no con fundamento en el resultado de la Etapa 1- de ore construcción, entregada por el contratista.

De esto, es importante señalar, que esta etapa fue presentada por el contratista CONSTRUCCIONES MAC LTDA. la cual fue avalada por la interventoría del contrato de obra, la firma CONSORCIO DAECO CENTRO en (sic) v el supervisor del Municipio, llegando todos a la conclusión no solo de la pertinencia y viabilidad del proyecto sino, ante todo, de la necesidad social en la ejecución del mismo.

Como estaba establecido en el convenio y aprobado por la interventoría, los Estudios y Diseños fueron entregados por parte del contratista a la interventoría y posteriormente fueron enviados al DPS.

En ninguna parte se justifica por parte del DPS, que al haber analizado el resultado de la ejecución de la Etapa de pre construcción, considere inviable técnica y/o financieramente la ejecución del proyecto.

50. El Municipio de Cajicá no comunicó oportunamente al contratista las circunstancias que se suscitaban entre aquel y el DPS relacionadas con la presunta imposibilidad de ejecutar el contrato.

51. Que hasta la fecha de finalización del contrato, esto es, el día 11 de enero de 2017, el Municipio nunca informó al contratista de la imposibilidad de ejecutar el contrato, situación que impidió que se ejecutara el mismo en las condiciones pactadas, aun cuando CONSTRUCCIONES MAC siempre tuvo a disposición los equipos, maquinaria y personal necesario para la ejecución.

52. Que el Municipio de Cajicá, Cundinamarca, mediante acto administrativo Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017 (Prueba 41) termina unilateralmente el contrato de obra pública No. 020 de 2015, celebrado entre Construcciones MAC LTDA y el Municipio de Cajicá - Cundinamarca.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

53. Que CONSTRUCCIONES MAC mediante oficio radicado el día 1 de diciembre de 2017 (Prueba 42), interpuso recurso de reposición con el fin de que se revocase la decisión adoptada por la Alcaldía Municipal de Cajicá - Cundinamarca, mediante Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017, en razón a que la terminación unilateral del contrato es una potestad excepcional de la Administración Pública en los contratos públicos, la cual debe surtirse, según directriz jurisprudencial, dentro del plazo de ejecución contractual y de conformidad con el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la cual señala que “La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato Lo anterior en atención a que tal decisión de la Administración Municipal fue emitida con posterioridad a la terminación del plazo contractual.

54. Que el Municipio de Cajicá, Cundinamarca, mediante acto administrativo Resolución No. 015 de enero 16 de 2018 (Prueba 43), notificada a mí representado el día 22 de enero de 2018, decidió no acoger la pretensión de revocar la decisión contenida en la Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017 y dispuso mantenerla incólume.

55. Que CONSTRUCCIONES MAC no intentará ante el Tribunal de Arbitramento la nulidad del acto administrativo Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017 mediante el cual se termina unilateralmente el contrato de obra pública No. 020 de 2015, en atención a la posición jurisprudencial concretada en el numeral c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, el cual establece: “Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

(...)

c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;(...)” <Negrilla propia>

Esto en razón a que mediante la Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017, confirmada totalmente por la Resolución No 15 de 2018, el Municipio de Cajicá terminó unilateralmente el contrato de obra pública No. 020 de 2015, haciendo uso de una potestad excepcional según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el cual establece:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

"Artículo 14º. - De los Medios que pueden utilizarlas Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión". >Negrita propia>

1.7 OPOSICIÓN DE LA CONVOCADA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El diecisiete (17) de septiembre de 2018, el apoderado del MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA presentó escrito de contestación de la demanda²⁰ en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, se pronunció sobre los hechos de la misma, incluyó un acápite de fundamentos de derecho y solicitó la práctica de pruebas.

²⁰ Folios 135 a 153 del Cuaderno Principal No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

1.7.1 En cuanto a las pretensiones:

La demandada se pronunció sobre las pretensiones de la demanda para oponerse a todas ellas con excepción de la pretensión sexta frente a la cual manifestó lo siguiente: *“Coadyuvo la pretensión, es lo procedente, lo conducente; sin embargo, es a lo que se ha opuesto la parte actora”*.

En cuanto a las restantes pretensiones se opuso señalando, en síntesis, que el Municipio de Cajicá no incumplió el contrato de obra COP 020 por cuanto *“la ejecución del mismo no dependía de su autonomía, pues tal decisión las partes contractualmente se la habían trasladado al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz DPS-FIP, por ser el aportante de los recursos, por tratarse de inversión de fondos públicos especiales, sujetos a cambios y restricciones según el criterio del aportante”*.

1.7.2 En cuanto a los hechos:

La convocada se pronunció sobre los hechos propuestos en la demanda para aceptar algunos como ciertos o como parcialmente ciertos. Respecto de otros indicó que no eran ciertos. En concreto en su contestación a la demanda, la convocada se pronunció sobre los hechos de la siguiente manera:

“A LOS HECHOS:

1. Es cierto.
2. Es cierto.
3. Es cierto.
4. Es cierto.
5. Es cierto.
6. Es cierto.
7. Es parcialmente cierto. De entrada, la afirmación de la entidad demandante sugiere un ánimo perverso originado en su interés, que tiene como propósito, trasladar al Municipio las responsabilidades de lo aprobado desde el Documento CONPES. En efecto, el demandante ignora deliberadamente los propósitos y el carácter del CONPES 3830, cuando afirma que *“Este proyecto es de carácter transversal a las políticas del gobierno nacional enfocadas en la promoción de la igualdad de oportunidades a través de la construcción de activos que contribuyan a la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos y de empleo, la superación de la pobreza, la reconciliación de los ciudadanos y la consolidación de los territorios”*. Además de las recomendaciones hechas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento para la Prosperidad Social y el Departamento de Planeación al Consejo Nacional de Política Económica y Social, entre ellas se destaca la contenida en el numeral 4, que a la letra dice: *“Solicitar al Departamento de la Prosperidad Social, en coordinación con las gobernaciones y municipios, y de conformidad con este documento y sus anexos, realizar las acciones necesarias para contratar y ejecutar las actividades que conforman el*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

proyecto, procurando la optimización de los recursos y del tiempo durante la ejecución de las obras, así como el desarrollo funcional e integral del proyecto".

Es decir, que los municipios incluidos en el mencionado documento CONPES, son simples beneficiarios de los programas y proyectos allí priorizados, son instrumentos a través de los cuales, el Gobierno Nacional cumple una política social, de tal suerte, que las decisiones en relación con la viabilidad de los proyectos serán siempre de competencia del DPS.

8. Es cierto, tal como se acaba de anotar al hecho 7, a los municipios solo les compete una labor de coordinación, en relación con las actividades y acciones para la ejecución de los proyectos, lo que no equivale, a la autonomía del ente territorial para disponer la inversión de los recursos.

9. Es cierto.

10. Es cierto.

11. Es cierto, debiendo resaltar la facultad del DPS, cuando afirma que "Teniendo en cuenta que el Grupo de Trabajo de infraestructura y Hábitat, ha revisado los proyectos de manera individual, dicha validación estará sujeta al ajuste que se considere pertinente, en especial en relación con los costos de administración y demás costos fijos asociados a los proyectos", pero no como el carácter de obligación que le señala la parte demandante, sino claramente la de la facultad otorgada al DPS de para modificar o ajustar los proyectos, cuando quiera que se presenten las circunstancias para ello, de manera especial las relacionadas con los precios.

12. Es cierto, pero con la necesaria claridad de lo mencionado al hecho anterior, en relación con la facultad que tiene el DPS de modificar o ajustar el proyecto por razones del precio y aún más por razones de conveniencia u oportunidad, circunstancias que pretende ignorar la parte de demandante; tal como efectivamente ocurrió, pues en ejercicio de tal facultad, reconsiderando la decisión inicial de viabilizar y aprobar el proyecto, luego de terminada la etapa 1 de Preconstrucción, decide que el proyecto no califica dentro de los parámetros de la ley que busca que tales recursos lleguen a la población más vulnerable.

Así, la discrecionalidad del DPS para declarar la inviabilidad del proyecto, cuando lo considerare pertinente, resulta inobjetable.

13. Es cierto, con las necesarias aclaraciones mencionadas en los hechos 11 y 12.

14. Es cierto, esa era la obligación del municipio, en procura de ser incluido como beneficiario de los recursos dispuestos en el CONPES 3830.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

15. *Es parcialmente cierto; es cierto lo relacionado con los estudios previos y con el objeto de la etapa 1 o de Preconstrucción, y no lo es en relación con la observación que hace frente a la facultad del DPS para modificar el contrato, y para desmentirlo, basta con remitirlo al Programa de Trabajos previsto en las Disposiciones Generales de los Estudios Previos, inciso final del numeral 4.1.1., cuyo contenido es el siguiente: "Cuando durante la ejecución de los trabajos se determine la necesidad de modificar cualquier condición contractual, el nuevo programa deberá ser presentado por el CONTRATISTA para revisión de la Interventoría, acompañándose de la correspondiente propuesta y justificación de modificación para su tramitación reglamentaria. En caso de modificación de plazo este debe ser firmado por el CONTRATANTE y el CONTRATISTA".*

Facultad determinantemente incluida en los Parágrafos 1o y 2o, del Capítulo de PRODUCTOS FINALES ENTREGABLES, cuyo texto hemos consignado literalmente en nuestra respuesta al hecho primero.

16. *Es cierto, con la necesaria aclaración, que con la inclusión de los Parágrafos 1o y 2o, del Capítulo de PRODUCTOS FINALES ENTREGABLES, el DPS se reservó la facultad para introducir al contrato los cambios y/o modificaciones, cuando quiera que, en su concepto, el proyecto fuese inviable técnica o financieramente inviable; en consecuencia, el contratista, acepto y quedo sometido desde los estudios previos la aludida prerrogativa.*

17. *Es completamente cierto, eso y no otra cosa fue lo que efectivamente se ofertó y luego se pactó en el contrato de obra, luego no se entiende la malinterpretación que ahora el Contratista hace de lo acontecido; el factor social al que hace referencia el demandante, para el DPS es un factor "técnico", ni más ni menos que el factor determinante, frente a la ley, que justifica la inversión.*

18. *Es cierto.*

19. *No nos consta, debe probarse.*

20. *Es cierto.*

21. *Es cierto.*

22. *Es cierto.*

23. *Es parcialmente cierto, no resulta sano y menos leal, descontextualizar lo consignado en los documentos del contrato, para sugerir que al ejecutar la etapa 1, con ello ya podía darse continuidad al contrato con la iniciación de la etapa 2 de construcción, toda vez, que, efectivamente, la condición para la iniciación de esta última etapa, era la de haberse cumplido con la de "preconstrucción" debidamente aprobada y estructurada a satisfacción del DPS, pero, con la condición de que para el inicio de la etapa de*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

"construcción", era necesario el pronunciamiento previo y expreso del DPS, de la autorización del Interventor del Contrato y la firma del Acta de Inicio, ninguna de las cuales se cumplió.

Tal es el contenido de la CLAUSULA QUINTA FORMA DE PAGO, cuyo texto contempla: "El Municipio efectuara al contratista seleccionado los pagos inherentes a la ejecución del Contrato, de la siguiente manera:

a. La suma de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$ 60.000) M/CTE, correspondiente a la etapa 1, Pre construcción, se efectuara en un solo pago, será desembolsado una vez el contratista entregue al Municipio y este a su vez entregue al DPS-FIP, el proyecto en fase de estructuración final con la revisión, verificación, validación, ajuste y complementación requerido, avalaos por la interventoría y la verificación de la totalidad de la documentación mínima requerida para la ejecución de la etapa 2, por parte del Grupo de Infraestructura y Hábitat del DPS.

b. La suma de TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS (\$ 3.643.648.610) M/CTE, correspondientes a la etapa 2 Obra, será desembolsada para cada uno de los proyectos, de la siguiente manera...". Ignorando deliberadamente hacer mención de los PARAGRAFOS 1o y 2º, cuyo texto he replicado al hecho primero, y mediante los cuales, se desmiento contundentemente lo insinuado por el demandante con la exposición de este hecho.

24. Es cierto, es la condición de perfeccionamiento de cualquier contrato público.

25. Es cierto.

26. Es cierto.

27. Es cierto.

28. Siendo cierto, es pertinente aclarar, que el mencionado tramite, como los documentos que debían allegarse estaban en cabeza del contratista, requisito previo para proceder a la firma del acta de inicio de la etapa 2, lo que nunca se produjo.

29. Siendo cierto, tal como se anotó al hecho anterior, es una obligación en cabeza del contratista.

30. Siendo cierto, es procedente hacer las siguientes precisiones:

Tal como lo señala la Interventoría al contratista en oficio FRC- FONDADE-2016-022, que obra a folio 234, no existe ninguna diligencia, por cuanto, es un obligación contractual, tal como se lo resalta al rematar dicho escrito así: "La presentación oportuna por parte del contratista y posterior aprobación de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

la Interventoría de los documentos enumerados, es de carácter obligatorio para la suscripción del acta de inicio de cada uno de los proyectos, cumplido este requisito se procederá a coordinar la visita de socialización con presencia de (os representantes del Ente Territorial, la Entidad Contratante, El Contratista, La Interventoría y la Comunidad. Este espacio será aprovechado para hacer entrega oficial del sitio de las obras a cada uno de los contratistas".

31. Siendo cierto, debe aclararse, que dicha acta de inicio únicamente aplicaba para la etapa 1 de Pre construcción, lo demás, es la información general del Contrato, de tal suerte, que para el inicio de la etapa 2 o de construcción necesariamente debía levantarse la correspondiente acta de inicio, previa autorización de la Interventoría, cosa que nunca ocurrió; luego el supuesto impacto financiero del contrato por el retraso en el inicio de las obras es inexistente, por cuanto, nunca se autorizó el inicio de los trabajos de la etapa 2 o de construcción.

32. Es cierto, sin embargo, no existe ninguna negligencia, estaba conforme con los ajustes y revisión que debió hacerse en ejecución de la etapa 1.

33. Es cierto. Esas eran sus obligaciones.

34. Es cierto, con la necesaria aclaración que dicha aprobación o autorización solo le competía a la Interventoría; se destaca así, la afirmación que hace el contratista en el oficio MAC-020-2015-019, en relación con actividades propias de la ejecución de la etapa 2, sin haberse firmado el acta de inicio y sin la debida autorización de la Interventoría que era obligatoria, manifiesta en tal escrito que: "La Empresa desde el momento de jafirma del contrato y con el fin de dar cumplimiento a la ejecución del contrato en el menor tiempo posible ha venido adelantando diferentes actividades como la socialización, actas de vecindad, revisión y ajuste de diseños, alquiler de campamento, afiliación de personal profesional, técnico y operadores, lo cual nos ha venido generando unos gastos sin que hasta el momento la empresa pueda cubrir estos con recursos del contrato de la referencia. Dichos gastos generan un desequilibrio económico a la empresa, pus son gastos que no se tenían previstos en la ejecución de la obra"; Nótese el afán del Contratista por hacer incurrir en error al Municipio y/o sacar ventaja de la tardanza en la autorización por parte del DPS y la Interventoría para iniciar la etapa 2, pues manifestar que el Municipio debía aprobar los estudios y diseños presentados al Interventor, es un total contrasentido, por cuanto, tal como se ha insistido, esa facultad estaba en cabeza del DPS Y la Interventoría.

35. Siendo cierto, se insiste, todas estas actuaciones del contratista, luego de concluida la etapa 1, fueron adelantadas motu proprio, sin contar con la autorización y/o conformidad de la interventoría, que contractualmente era

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

obligatoria, luego, los gastos, los riesgos y las consecuencias, deberán ser asumidas por el contratista que actuó al margen de lo pactado.

36. Es cierto, y es que sencillamente no se presentaron ni se presentarían, por cuanto, concluida la etapa 1, el aportante de los recursos, en el momento contractual claramente pactado, declaro la inviabilidad de ejecución de la etapa 2 de la obra, circunstancia ampliamente conocida por el Contratista.

37. La invocación del Silencio Administrativo Positivo en el presente asunto constituye un despropósito jurídico descomunal, pues según la interpretación que hace el contratista, el Municipio careciendo de facultades para aprobar la etapa 1 o de pre construcción, debía ordenar y/o disponer la iniciación de la etapa 2 o de construcción.

Debe tenerse en cuenta, en tal sentido, que la norma se refiere a "disposiciones especiales", y, por ello, el contratista debe acreditar que está dentro de la órbita de esa disposición especial, que lo autoriza para materializar el silencio administrativo positivo, y por esa vía, obligar al municipio a impartir aprobación de los diseños de la etapa 1, y dar inicio a la ejecución de la etapa 2, contraviniendo el Convenio 313 de 2015, suscrito entre el Municipio y el DPS.

38. Se trata de la solemnidad de un acto espurio e inoponible.

39. Siendo cierto, se insiste, que el contratista, luego de concluida la etapa 1 de la obra, debía estarse a lo que decidiera el interventor del Contrato, en lo atinente a la fecha de iniciación de la etapa 2, a las modificaciones que surgieran, a los tiempos y a los cambios que introdujera el DPS; y lo que se puede apreciar de lo actuado por el contratista es todo un despliegue para forzar la ejecución del contrato, situación contraria a lo pactado en el contrato, pues tal facultad no la tenían los funcionarios del Municipio.

40. Siendo cierto, se advierte, que el Contratista sabía que sin el beneplácito del Interventor, no podía iniciarse la etapa 2 de la obra, y que debía esperar a que este se pronunciara para acometer los trabajos, sin que por ninguna parte se le hubiese fijado termino para que el interventor se pronunciara; luego, los gastos en que incurrió son únicamente de su cuenta y riesgo, toda vez, que como bien lo anota, no había mediado el pronunciamiento del interventor.

41. Tal como se anotó al hecho 37, la invocación del silencio administrativo positivo, para forzar al Municipio a disponer la ejecución de la etapa 2 del contrato, en contravía del Convenio 313 de 2015, no tiene ningún asidero legal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

42. *Tal como se anotó al hecho 38, se trata de la solemnidad de un acto espurio e inoponible.*

43. *Es cierto, ese y no otro es el camino pactado.*

44. *La respuesta debía obtenerla del DPS y/o de la Interventoría, el acta de inicio se refería de manera exclusiva a la etapa 1, y las solicitudes relacionadas con la etapa 2, solo podían adelantarse previa autorización del Interventor, así quedó plasmado en el contrato de obra, porque así lo convinieron las partes.*

45. *No existe negligencia, porque el contrato se estaba ejecutando dentro de los términos pactados, de manera especial, lo relacionado con el pronunciamiento previo y expreso del interventor para acometer la segunda etapa, y no de manera precipitada como lo pretende el contratista. Los supuestos perjuicios, de existir, los ocasiono el mismo contratista por su actuar temerario.*

46. *Los perjuicios son inexistentes para el contrato, toda vez, que los materiales, maquinaria, equipo, personal, etc, solo debían apropiarse en el momento en que el DPS diera el beneplácito de la etapa 1 y, Interventor autorizara y se firmara la correspondiente acta de inicio, ninguna de las cuales sucedió, luego los supuestos perjuicios que relaciona en este hecho carecen en absoluto de prueba que los acredite, y por el contrario, se desvirtúan así:*

A. Perjuicio por incumplimiento relacionado con los estudios y diseños de la etapa 1. Tal como se ha insistido, tal pago solo será posible cuando, el DPS haga el desembolso de dichos dineros, previo el recibido a satisfacción del DPS y de la Interventoría de los estudios y diseños definitivos, nada de lo cual ha ocurrido; nótese que no se allega la prueba de haberse dado cumplimiento a lo anterior, en consecuencia, el Municipio no está incumpliendo.

B. Perjuicio por incumplimiento relacionado la utilidad esperada del contrato. Como quiera que el contrato no se llevó a cabo, por razones ajenas a la voluntad del Municipio, las mismas que fueron aceptadas por las partes como contingencias de su ejecución, por simple sustracción de materia, no puede esperar utilidades de un negocio o labor que nunca se verifico.

C. Perjuicio por incumplimiento relacionado gastos mensuales del contratista. ¿A qué gastos mensuales hace referencia?, serian gastos personales, porque en todo caso, no podía ser para la ejecución de la etapa 2 del contrato, por la elemental razón que esta nunca se verifico.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

D. Perjuicio por incumplimiento relacionado con la disposición de equipos y maquinaria; es evidente, que la ejecución de la etapa 2 o de construcción, solo se podía iniciar con la autorización del DPS, con el visto bueno de la Interventoría, y con la firma de del Acta de Inicio, ninguno de los cuales ocurrió, luego, si el contratista dispuso el traslado de dichos elementos, lo hizo a motu proprio, bajo su cuenta y riesgo, y de lo cual, no existe evidencia.

E. Perjuicio por incumplimiento relacionado con el pago de salarios y prestaciones sociales; pretensión que torna en total despropósito, pues si los supuestos gastos estaban orientados a sufragar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores que realizarían las obras físicas, y si como se acaba de anotar en los literales anteriores, ni siquiera se inició la obra, por simple sustracción de materia, tales salarios y prestaciones jamás se causaron.

47. No es cierto, lo que queda claro en este hecho, es que el Contratista lo que pretende es obtener un provecho indebido, al amparo de una decisión del DPS desfavorable para el Municipio, en relación con el cometido social que tenían las obras proyectadas, y para ser verdaderamente certeros, no es sino remitirnos a los cobros que trata de justificar en los literales que siguen:

A. Construcción de tubería en concreto de 24". Tal como se aprecia en las Especificaciones Técnicas, tanto de los Estudios Previos, como del Pliego de Condiciones, se contrata: el SUMINISTRO E INSTALACION DE TUBERIA DIAMETRO 16", 12"Y 6", "Esta tubería debe cumplir con todas las especificaciones técnicas establecidas para la tubería tipo Novafort, para la instalación se deberá emplear equipo de topografía además se deberá instalar cumpliendo con las especificaciones técnicas recomendadas por el fabricante. La unidad de medida será por metro lineal y se cancelara por metro lineal instalado", es decir, que la tubería que dice haber "fabricado" el contratista, no cumple con las especificaciones técnicas, porque la requerida por norma es la de PVC y no la de concreto, por cuanto esta es obsoleta, y de otro lado, al menos su construcción debió ser supervisada y avalada por el Interventor y/o el Supervisor del contrato y no la imposición a conveniencia que sugiere el contratista.

B. Documentos que soportan las actividades relacionadas con los permisos ambientales requeridos. Tal como se puede observar se cobra por la tala de unos árboles, la cual nunca se produjo.

C. Soportes de pago de parafiscales de los empleados para la ejecución física de la obra. ¿Cómo pretende el contratista cobrar por unos aportes a la seguridad social integral de unos trabajadores que no han cumplido ninguna labor, por la sencilla razón que los trabajos a realizar nunca iniciaron?,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

deberá probar cuales trabajos realizaron estas personas, relacionados con el contrato de obra pública 020 de 2015.

D. Tal como ya se mencionó, los pagos aquí relacionados seguirían la siguiente suerte:

- *Estampilla Procultura, como quiera que el sujeto activo de este recaudo es el Instituto Municipal de Cultura y Turismo de Cajicá, y por no haberse ejecutado la obra, dicho concepto es susceptible de ser reintegrado al contratista.*
- *Pago de Pólizas del Contrato, dichos gastos deberán ser reintegrados por el DPS, previa reclamación escrita.*
- *Pago de material de construcción, como estos materiales fueron copiados sin la autorización del DPS, del Interventor, o del Supervisor del Contrato, y como quiera que nunca se consumieron, son de propiedad del Contratista pudiéndolos retirar y transportar para otra de sus obras.*
- *Exámenes médicos de ingreso de personal vinculado al contrato de ejecución. ¿Cuál ejecución?, tal como se ha insistido se obra de mala fe al pretender el cobro de vinculación de unos trabajadores inexistentes, para no hacer nada.*
- *Paga de material de construcción a FF SOLUCIONES. Materiales no autorizados, pero que, por haberlos adquirido, son de su propiedad, pudiendo trasladarlos para donde quiera.*
- *Pago del PGIO como actividad como actividad inherente a la ejecución del contrato. ¿Ejecución de cuál contrato?, debe probar cual fue la ejecución del contrato.*
- *Pago por anticipo por tala de árboles. Tal como ya se anotó, los arboles nunca fueron talados, ¿olvido, lapsus, mala fe?*
- *Pago arriendo oficina. Oficina que no requería únicamente para la ejecución del contrato, pero de requerirse, el gasto nunca se produjo, por cuanto, la obra nunca se ejecutó, más aun, ni siquiera se inició.*
- *Pago alquiler casa. ¿Casa?, ¿para quién, cuál sería la participación del inmueble en la ejecución de la obra?*
- *Pago alquiler lote de acopio. Como todos los demás elementos, materiales de construcción y maquinaria, solo debía disponerse su*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

apropiación, una vez obtenido el beneplácito del DPS, el visto bueno de la Interventoría y la firma del Acta de Inicio.

- *Pago material granular a C&C CASTELBLANCO. Sigue la misma suerte de los demás materiales, que entran a ser de propiedad de quien los adquirió, es decir, del contratista.*
- *Gastos relacionados con la administración del contrato. ¿Administración de que contrato?, si no existió ejecución del mismo, mal puede hablarse de administración del contrato, luego se trata de otro gasto inexistente.*

48. Es completamente cierto. Sin embargo, nos apartamos tangencialmente de la interpretación del contratista, en relación con las salvaguardas y facultades del DPS para introducir ajustes o cambios en el Convenio, compromiso claramente adquirido por las entidades oficiales beneficiarias de los proyectos incluidos en el CONPES 3830, circunstancia de la cual tenía pleno conocimiento el Contratista, al punto que así quedo estipulado en el contrato de obra número 020 de 2015, textualmente considerada en los párrafos primero y segundo de la CLAUSULA QUINTA.- relacionada con la FORMA DE PAGO.

49. Es completamente cierto, y con ello, lo que prueba el demandante es que el Municipio ha obrado de la mejor buena fe en todo lo actuado en este asunto, pero lo más importante, que hasta el último momento estuvo defendiendo el proyecto y de paso dando cumplimiento con lo pactado, toda vez, que los recursos se hallaban asegurados con el CONPES, pero sería el Departamento de la Prosperidad Social, al entidad encargada de asegurar y garantizar su inversión, de acuerdo con los postulados de contenido y alcance social definidos por el DPS.

50. No es cierto, el Municipio dentro de los términos y dentro de sus obligaciones contractuales, estuvo muy diligente para responder a lo pactado, hasta el momento en que el DPS decide

decisión se le comunico en oportunidad, una vez conocida y notificada la decisión por parte del DPS, el Contratista siempre estuvo al tanto de las decisiones del DPS, al punto que acompañó y asistió a las reuniones que, con el propósito de salvar el proyecto, el Municipio adelanto ante el DPS, ante la Procuraduría y la Contraloría; es decir, que contrario a lo que manifestó el contratista, este estuvo informado de cuanto acontecía en tiempo real.

51. Falso de falsedad absoluta, el contratista siempre, desde el mismo momento de la firma del Contrato estuvo enterado que una vez concluida la etapa 1, para la iniciación de la 2 etapa o de construcción, era obligatorio esperar a que el Interventor comunicara a las partes sobre la oportunidad

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

para el inicio de las obras, e informado de cuanto acontecía en relación con las decisiones adoptadas por el DPS, tal como se acaba de anotar en el punto anterior, al punto, que a estas reuniones asistió, por invitación del Municipio, el mismo contratista, señor JOSE GIRALDO BOHORQUEZ SANTANA.

52. Es cierto, así lo prevé la ley de contratación pública, y así quedó plasmado en el respectivo contrato, procedimiento que debía adoptarse ante la negativa del Contratista para liquidar de mutuo acuerdo.

53. Es cierto parcialmente, lo es en relación con la interposición del recurso, y no lo es, en relación con la facultad de la Administración para liquidar unilateralmente cuando no hay acuerdo entre las partes, según lo indica el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, "Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptara por acto administrativo susceptible del recurso de reposición".

54. Es cierto, es lo procedente.

55. No es un hecho, es una decisión autónoma y libre de la parte accionante, en relación con su reclamación."

1.7.3 Las excepciones:

En la contestación de la demanda la Parte Convocada no formuló excepciones. Sin embargo, el acápite denominado "DERECHO", la convocada planteó los siguientes temas en oposición a la demanda: "acta de inicio", "interventoría" y "de la transparencia, de la buena fe, de la lealtad en la celebración de los contratos – no dos veces por lo mismo".

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. ASPECTOS PROCESALES Y NULIDADES SUSTANCIALES:

Previo al análisis de la controversia, el Tribunal pone de presente que el Proceso reúne los presupuestos procesales²¹ requeridos para la expedición de una decisión de fondo y no se observa anomalía que invalide lo actuado.

²¹ "Se entiende por presupuestos procesales "los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido en el fondo mediante una sentencia estimatoria", habiéndose señalado por la Corte inicialmente como tales "demanda en forma,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

- **Capacidad para ser parte:** Se acreditó en el Proceso, de conformidad con los documentos aportados al proceso, que CONSTRUCCIONES MAC LTDA y MUNICIPIO DE CAJICÁ – CUNDINAMARCA son personas jurídicas legalmente existentes y representadas y plenamente capaces.
- **Capacidad procesal:** Las Partes actuaron debidamente representadas por conducto de apoderados.
- **Demanda en forma:** La demanda reúne los requisitos legales y las pretensiones formuladas en la demanda se refieren a asuntos de naturaleza económica o patrimonial, son susceptibles de disposición y se encuentran comprendidas dentro de aquellas materias en relación con las cuales las partes habilitaron al tribunal de arbitraje para administrar justicia conforme al pacto arbitral.
- **Competencia del Tribunal:** El Tribunal constató que:
 - Fue integrado e instalado en debida forma;
 - Se consignaron oportunamente las sumas por concepto de gastos del Arbitraje y honorarios de los Árbitros y de la Secretaria.
 - En auto No. 7 del 6 de diciembre de 2018, el Tribunal se declaró competente, de acuerdo con el pacto arbitral, para conocer y decidir las controversias surgidas entre **CONSTRUCCIONES MAC LTDA** como Parte Convocante, y **MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA**, como Parte Convocada, a que se refieren la demanda arbitral y el escrito de contestación, las excepciones interpuestas y su réplica, las cuales se encuentran cobijadas por la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015..
- **Nulidades sustanciales:** El Tribunal también verificó que:
 - El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales pertinentes y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.
 - No obra causal de nulidad que afecte la actuación.

2.2. LA CONDUCTA DE LAS PARTES:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal constata que las partes en el proceso defendieron sus posiciones a través de los mecanismos legales y que estuvieron a su disposición durante el trámite del arbitraje. Cada una de ellas

competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente”. López Blanco, Hernán Fabio, “Procedimiento Civil, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, (Bogotá – 2002), pág. 967.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

participó activamente en la práctica y contradicción de las pruebas interviniendo oportunamente en el proceso.

En consecuencia, no encuentra el Tribunal en la conducta de las Partes alguna circunstancia que le conduzca a deducir indicios contrarios respecto de ninguna de ellas.

2.3 LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL:

Antes de entrar a decidir sobre las diferencias surgidas entre las partes, este Tribunal procederá a pronunciarse acerca de su competencia para resolver las controversias sometidas a su conocimiento y decisión.

2.3.1 Consideraciones generales sobre la jurisdicción y competencia en materia arbitral:

En relación con el proceso arbitral, el artículo 116 de la Constitución Nacional establece que los árbitros, con sujeción al principio de habilitación, se encuentran investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en concordancia con el artículo 3º de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo inciso 3º dispone que *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.”*

Por su parte, en relación con la competencia de los tribunales de arbitramento para resolver de fondo las controversias sometidas a su conocimiento, es pertinente anotar que los árbitros han de examinar la existencia y validez del pacto arbitral, así como verificar la denominada arbitrabilidad objetiva y subjetiva, es decir, constatar si la materia objeto del proceso encuadra dentro de los asuntos que pueden ser objeto de arbitramento y si las partes tienen capacidad para habilitar a los árbitros.

Es así como, sostiene la doctrina que *“El tribunal se ocupará, en la definición de su propia competencia, respecto a los asuntos sometidos a su consideración. Para esto, tendrá en cuenta los factores subjetivos y objetivos. La competencia como factor subjetivo se limita a exigir la capacidad por parte de los comparecientes y su debida representación. Para establecer el factor objetivo, basta verificar que los asuntos sometidos a la decisión de los árbitros sean susceptibles de resolverse por la vía arbitral”*²² (se subraya)

Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que *“La arbitrabilidad es el criterio que se ha de aplicar para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos. Proporciona parámetros para identificar los límites a la voluntad de las partes que configura el tribunal arbitral, al determinar qué tipo de*

²² Jorge Hernán Gil Echeverry, “Régimen Arbitral Colombiano”. Grupo Editorial Ibáñez, 2013, Pág. 503

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

controversias pueden someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva), y quiénes pueden hacer uso de este mecanismo (arbitrabilidad subjetiva)”²³

Así las cosas y dado que ciertamente no toda cuestión materia de controversia puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros, corresponderá al Tribunal analizar, en primer lugar, si el presente proceso versa sobre asuntos de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto, encontrándose, en consecuencia, incluidos dentro de la órbita de su voluntad, o de otros que no obstante no ser transigibles ni sujetos a disposición, la ley ha establecido de modo expreso que pueden ser sometidos a decisión arbitral²⁴.

De igual forma, el Tribunal deberá verificar la denominada arbitrabilidad subjetiva, en relación con lo cual le corresponderá constatar si las partes se encuentran facultadas para acudir al arbitramento como mecanismo de resolución de sus controversias, sobre lo cual conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico tanto los particulares en ejercicio de la autonomía de la voluntad como las entidades públicas, pueden pactar cláusulas compromisorias o suscribir compromisos²⁵.

Se desprende de lo señalado, en conclusión, que la definición de la competencia en materia arbitral no es la misma que se establece en el Código General del Proceso respecto a los jueces ordinarios o en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la jurisdicción contenciosa. Tratándose de procesos arbitrales consiste, como se ha expuesto, en la verificación de la existencia, validez y alcance de la cláusula arbitral, junto con la arbitrabilidad objetiva, esto es, la constatación de que la disputa pueda ser sometida a decisión arbitral y que las pretensiones estén cobijadas por el pacto arbitral, y la arbitrabilidad subjetiva, es decir, si las partes tienen capacidad para disponer y se encuentran facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias.²⁶

²³Corte Constitucional, Sentencia SU 174 del 14 de marzo de 2007, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Referencia: expediente T-980611

²⁴ El inciso 1º del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 establece: “El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

²⁵Al respecto en la Sentencia C-294 de 1995, la Corte Constitucional puso de presente que el sistema colombiano se encuentra a tono con la tendencia internacional que da paso al arbitramento en relación con los asuntos transigibles que se susciten entre personas legalmente capaces para disponer de los derechos en conflicto, y en la sentencia C-1436 de 2000 indicó que la autorización contenida en la Ley 80 de 1993 para someter las controversias derivadas de los contratos administrativos al arbitraje de ningún modo pugna con el interés público, comoquiera que ciertamente la administración pública también tiene la facultad de transigir.

²⁶ En este sentido, sostiene Jorge Hernán Gil Echeverry, lo siguiente: “... la definición de competencia arbitral corresponde a un asunto cuyos principios nada tienen que ver con los parámetros regulados en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso con respecto a los jueces ordinarios o en el Código de Procedimiento administrativo, en relación a la jurisdicción de lo Contencioso. En realidad la competencia del tribunal de arbitramento está sujeta a la verificación de otros aspectos generales. En primer término, la existencia, validez o eficacia del convenio arbitral, así como su alcance; en segundo lugar, que la ley, de manera excepcional y mediante norma expresa, no prohíba

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

2.3.2 La jurisdicción y competencia en el presente proceso arbitral:

Como pasa a exponerse, el Tribunal confirma la conclusión adoptada en el curso de la primera audiencia de trámite del proceso, en el sentido de encontrar cumplidos los presupuestos necesarios para su jurisdicción y competencia respecto a las diferencias sometidas a su conocimiento, recordando, en primer lugar, que en la contestación de la demanda no fueron propuestas excepciones relacionadas con la competencia del Tribunal, así como tampoco fueron formulados recursos contra la providencia que declaró la competencia en el curso de la primera audiencia de trámite.

Ahora bien, en cuanto a la declaratoria de competencia dentro del presente trámite arbitral, en el curso de la primera audiencia de trámite llevada a cabo el 6 de diciembre de 2018, y sin perjuicio de lo que se decidiera en el presente Laudo, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre CONSTRUCCIONES MAC LTDA como Parte Convocante, y MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA, como Parte Convocada, a que se refieren la demanda arbitral y el escrito de contestación, encontrando que las mismas se encuentran cobijadas por la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015.

Al respecto, el Tribunal concluyó, en primer lugar, que la cláusula compromisoria pactada reúne los requisitos legales; se estipuló por escrito; las partes acordaron someter las eventuales diferencias que pudieran surgir entre las partes con ocasión del contrato de obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015 a la decisión de un tribunal arbitral; tiene por finalidad dirimir controversias de carácter patrimonial y de libre disposición surgidas entre las partes; cumple los requisitos exigidos por el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012; y no se observa vicio en su celebración.

De igual forma y tal como se señaló en el Auto No. 7 del 6 de diciembre de 2018, las pretensiones formuladas en la demanda se refieren a asuntos de naturaleza económica o patrimonial y son susceptibles de disposición. Por otro lado, el Tribunal constató, tal como ahora reitera, que las partes procesales coinciden con las partes del pacto arbitral, cumpliéndose el elemento subjetivo, y que en cuanto a la materia de las pretensiones de la demanda, las diferencias sometidas a decisión del Tribunal se encuentran comprendidas dentro de aquellos asuntos en relación con los cuales las partes habilitaron al tribunal de arbitraje para administrar justicia conforme al pacto arbitral, por cuanto versan justamente sobre la celebración, ejecución y terminación del Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015.

Ahora bien, una vez agotadas las distintas etapas procesales y estudiadas como se encuentran todas las piezas procesales y las argumentaciones expuestas por las partes, el Tribunal encuentra que hay claridad tanto en la Jurisdicción como en la Competencia,

el arbitraje para el asunto debatido, finalmente, que las pretensiones de la demanda principal y/o de reconvencción se encuentren amparadas por el pacto arbitral". (Jorge Hernán Gil Echeverry, "Régimen Arbitral Colombiano". Grupo Editorial Ibáñez, 2013, págs. 505 y 506)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

necesarias ambas para dirimir el presente conflicto, por cumplirse plenamente los requisitos para la competencia del Tribunal tanto por el aspecto subjetivo, como por el elemento objetivo y, adicionalmente, las pretensiones son susceptibles de decisión arbitral.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el Tribunal tiene plena competencia para pronunciarse sobre la demanda y la respectiva contestación, a continuación pasa a realizarse un breve análisis en relación con el término de caducidad en el caso concreto.

2.4 CADUCIDAD:

Procede el Tribunal a referirse a la caducidad para el ejercicio de la acción en el presente caso. Para estos efectos, se pronunciará sobre el régimen de caducidad aplicable al Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015, para luego analizar si en este caso se configura o no el fenómeno procesal de la caducidad.

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia constitucional que “... *la figura procesal de la caducidad ha sido entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente*”²⁷.

Ahora bien, para determinar cuál es el régimen de caducidad del Contrato de obra COP del 29 de diciembre de 2015 suscrito entre las partes, es preciso definir si la demanda presentada sería de aquellas de las que tendría conocimiento la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en ese caso, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, la normatividad aplicable sería la establecida en la Ley 1437 de 2011 y dentro de la misma el artículo 164 o la normatividad administrativa que resultare aplicable.

En efecto, al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

“(...) En tal sentido, se deben distinguir las normas sustantivas aplicables a un negocio, de las procesales que rigen su conflicto. Las unas y las otras pertenecen a dos ordenamientos que no se chocan, ni se complementan, ni se excluyen; pues regulan aspectos diferentes que no tienen por qué relacionarse en el sentido de la identidad. Por ello, es incorrecto pensar, como ya lo ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, que si un contrato se rige por el derecho privado su juez es el civil y su régimen procesal el ordinario, pero si se rige por la ley 80 y por la ley 1150 su juez es la jurisdicción de lo contencioso administrativo y su régimen procesal el del código contencioso administrativo. Esta equivalencia de regímenes jurídicos carece de fundamento normativo y jurisprudencial. Hasta la saciedad se ha sostenido que un contrato es estatal

²⁷Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2009.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

sin importar si se rige por la ley 80 o por el derecho privado, siempre que una de las partes del negocio sea una entidad pública, como acontece en el caso sub examine. De aquí se sigue que su juez será el que disponga el legislador, y esto no está asociado al régimen sustantivo del contrato. Ahora, según las normas procesales vigentes, en la actualidad corresponde a esta jurisdicción, porque el art. 82 CCA. dispone que el juez de los conflictos donde sea parte una entidad estatal es la justicia administrativa. Esto también aplica a las controversias contractuales. En segundo lugar, y según se desprende de lo analizado, en los contratos estatales -como el del caso concreto- si la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquélla son las que rigen en ésta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato. Por esta razón, la acción que se ejerce ante los árbitros es la contractual, regulada en el art. 87 del Código Contencioso Administrativo, y por eso mismo el término de caducidad de la acción es la prevista en dicho estatuto, es decir, la regulada en el art. 136 num. 10²⁸

Así las cosas, es necesario determinar si la demanda sería de aquellas que deben presentarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este sentido, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer las controversias relativas a contratos, cualquiera que sea su régimen, en que una parte sea entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

A estos efectos, se tiene que el Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015, fue suscrito por el Municipio de Cajicá, entidad pública territorial identificada con NIT 899.999.465-0, representada por su Alcalde, Doctor Orlando Díaz Canasto, posesionado como tal mediante Acta del 30 de diciembre de 2015 de la Notaría Única del Círculo de Cajicá que obra a folios 87 a 89 del Cuaderno Principal No. 1.

De conformidad con lo anterior, a efectos de analizar la caducidad en el presente caso, son aplicables las disposiciones propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este régimen de caducidad, tratándose del ejercicio de la acción contractual, se encuentra consagrado en literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, norma vigente en la fecha de celebración del mencionado contrato, que dispone:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 18 febrero de 2010, Expediente No. 2009-0058 (37004)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...)"

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

- i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*
- ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*
- iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta.*
- iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*
- v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga"
(se subraya)*

Ahora bien, dado que el Contrato de Obra COP 020 del 29 de diciembre de 2015 es un contrato de ejecución sucesiva de aquellos que requiere liquidación, y que la misma, pactada en la cláusula décimo segunda del Contrato²⁹, según las pruebas que obran en el proceso no ha sido aún realizada, es claro que el término de caducidad comienza a contarse "*una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente*", al tenor de lo dispuesto en el numeral (v) del literal j) del artículo 164 de la Ley 1473 de 2011.

En este orden de ideas, si se tiene en cuenta que la fecha de terminación del Contrato de Obra COP 020 era el 11 de enero de 2017, según quedó indicado en el Acta de Inicio que obra a folios 240 a 242 del Cuaderno de Pruebas No. 1, y el plazo estipulado contractualmente para su liquidación fue de 4 meses contados a partir de la finalización del contrato, el término de caducidad de 2 años se debe empezar a contar a partir del 11 de julio de 2017, esto es, una vez cumplido el término de 2 meses contados a partir del vencimiento del plazo de 4 meses estipulado en la cláusula décimo segunda antes mencionada.

²⁹ La cláusula décimo segunda del Contrato de Obra COP 020 de 2015 reza: "LIQUIDACIÓN. Terminada la ejecución del contrato, se procederá a su liquidación dentro de los cuatro (4) meses siguientes, según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y en sus decretos reglamentarios. En la liquidación del contrato se dará estricto cumplimiento al artículo 50 de la Ley 789 de 2002."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Con todo, si llegare a considerarse que la terminación del Contrato no acaeció al vencimiento del término de ejecución señalado, sino que tuvo lugar en virtud de la decisión unilateral de la entidad contratante adoptada por Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017 “*Mediante la cual se termina unilateralmente el Contrato de Obra Pública 020 de 2015 celebrado entre Construcciones Mac Ltda y el Municipio de Cajicá*”³⁰, confirmada a través de la Resolución No. 015 de 2018³¹, salta a la vista que tampoco en este caso habría operado la caducidad de la acción.

En conclusión, en cualquier escenario que se analice, la demanda que ha dado origen a este proceso, radicada el 22 de mayo de 2018, fue presentada en tiempo y con su radicación se interrumpió el término de caducidad consagrado en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, sobre lo cual debe recordarse, para finalizar, que tratándose de procesos contencioso - administrativos la sola presentación de la demanda interrumpe el término de caducidad, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades³².

**2.5 ASUNTOS SOMETIDOS A DECISIÓN DEL TRIBUNAL Y PROBLEMAS JURÍDICOS
MATERIA DE DEBATE**

Siguiendo lo señalado por la actora en su demanda, se desprende que acude ante este Tribunal solicitando que se declare que el Municipio de Cajicá – Cundinamarca incumplió el Contrato de Obra COP 020 de 2015, como consecuencia de lo cual solicita el pago del valor de la Etapa 1, el pago de otros costos y gastos asumidos durante la ejecución del contrato y el valor de la utilidad esperada y no recibida. También pretende la convocante, la liquidación judicial del contrato.

Como fundamento de sus pretensiones, la Convocante, según señala en la demanda, se refirió a los requisitos de la responsabilidad contractual por incumplimiento del contrato,

³⁰ Folios 685 a 692 del Cuaderno de Pruebas No. 1

³¹ Folios a 701 del Cuaderno de Pruebas No. 1

³² Así por ejemplo, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en Sentencia del 8 de septiembre de 2000, Radicación No. 10667 sostuvo: “*En relación con la interrupción de términos de caducidad de la acción, la Sala ha entendido que existe una norma especial cual es el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo: Sin embargo, la Sala comparte la opinión del doctor Carlos Betancur Jaramillo, expuesta en su obra “Derecho Procesal Administrativo”, en el sentido de que la demanda presentada en tiempo aunque presente defectos formales susceptibles de corrección, también interrumpe el término de caducidad. Al ser el artículo 143 del C.C.A. de aplicación preferente, no hay lugar a aplicar el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil en virtud de la remisión que a dicha normatividad hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, pues esta última disposición sólo permite la aplicación de las normas procesales civiles al proceso contencioso cuando se trate de aspectos no regulados en el Código Contencioso Administrativo, y en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta jurisdicción especial. Lo anterior significa que en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no existen causales de interrupción del término de caducidad distintas a las ya precisadas, por lo que cualquiera otra causal que en estos se invoque no tiene el mérito de interrumpir dicho término, cuya institución, por demás, es de orden público. No es posible la interrupción del término de caducidad de la acción contencioso administrativo por motivos distintos a los previstos en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, y por ende, no es posible la interrupción de dicho término en razón de la enfermedad grave del actor.*”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

afirmando que mientras Construcciones Mac Ltda cumplió plenamente las obligaciones a su cargo, a su juicio, el Municipio de Cajicá incumplió el principio de planeación *“por cuanto los motivos que dieron lugar al incumplimiento que se reclama, tienen como origen la improvisación y la desidia del MUNICIPIO de cumplir con sus obligaciones contractuales, en particular, la de dar cumplimiento a la Etapa 2, de construcción”*. Además, señaló la convocante que la entidad contratante incumplió los deberes emanados de la buena fe en la ejecución del contrato.

Por su parte, frente a las pretensiones de la demanda, el Municipio de Cajicá se opuso rechazando el incumplimiento del contrato y señalando que su ejecución dependía del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz DPS-FIP, por ser el aportante de los recursos para el pago de la obra contratada. Igualmente, sostuvo en la contestación de la demanda, que las partes libremente acordaron supeditar *“la ejecución de la etapa número 2 del contrato a una CLAUSULA RESOLUTORIA, cuya contingencia estaba en cabeza de un tercero, el DPS”*.

Así mismo, puso de presente que, con el fin de ejecutar la misma obra que era objeto del contrato COP 020, el Municipio abrió una nueva Licitación Pública en la cual resultó favorecido con la adjudicación el Consorcio MACASO *“del cual hace parte CONSTRUCCIONES MAC LTDA con el 95% de participación, y la ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DE SABANA CENTRO ASOCENTRO con el 5%”*, por lo que, según señaló la convocada en la contestación de la demanda *“un eventual fallo del Honorable Tribunal de Arbitramento adverso a los intereses del Municipio, equivaldría ni más ni menos, que al pago dos (2) veces de las mismas obras...”*

Vistos en su conjunto los propósitos de la demandante, así como los argumentos de defensa de la convocada, se observa que el debate en torno al cual tiene que proveerse en este laudo arbitral comprende los siguientes aspectos, que pasan a abordarse: (i) El análisis acerca de la existencia y validez del Contrato de Obra COP 020 de 2015, así como sus principales obligaciones y sus características, lo mismo que el estudio del Convenio Interadministrativo con fundamento en el cual fue celebrado el Contrato de Obra Pública; (ii) Las circunstancias que impidieron la ejecución de la Etapa 2 del Contrato y, en particular, la injerencia o participación del Departamento de Planeación Social - DPS; (iii) La ejecución de la Etapa 1 por parte de CONSTRUCCIONES MAC LTDA. y (iv) Los otros incumplimientos imputados al Municipio de Cajicá. Finalmente, en virtud de lo solicitado en la pretensión sexta de la demanda, el Tribunal se pronunciará sobre la liquidación del Contrato de Obra COP 020 de 2015.

2.6. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como se ha señalado, la demanda se encuentra estructurada bajo la formulación de un conjunto de pretensiones de incumplimiento contractual. En otras palabras, y tal como lo precisó la convocante al desarrollar los fundamentos de derecho de su demanda, se trata en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

el presente caso de un proceso de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones a cargo del Municipio de Cajicá.

La anterior precisión es importante, por cuanto conviene recordar que, tal como ha sido ampliamente desarrollado por nuestra jurisprudencia, existen importantes diferencias en cuanto a los requisitos, alcance de la indemnización y otros aspectos, entre la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del contrato y la ruptura del equilibrio económico, de tal suerte que corresponde al Juez, en primer lugar, determinar claramente cuál de estos conceptos es el aducido en la demanda, de cara al análisis de los elementos, alcance y estructura que corresponda según el caso.

Así, el Consejo de Estado ha señalado al respecto lo siguiente:

“Conviene distinguir los conceptos y las pretensiones en razón a que las causas de imputación de responsabilidad –bien sea en relación con el acto ilegal o con el incumplimiento o el desequilibrio que ahora se distinguen- son diversas y de allí se pueden desprender diferencias en relación con lo que se debe demostrar en el proceso y la forma de liquidación de la respectiva condena. Acerca de la prueba que soporta las distintas pretensiones dentro de la acción contractual se puede realizar la siguiente precisión: i) En términos generales la ilegalidad del acto contractual se demuestra con base en las causales de nulidad del acto administrativo. ii) El incumplimiento del contrato se acredita mediante la prueba de la obligación contractual – es decir del contrato y su contenido –, de la falta o falla en la prestación debida y del daño causado por ella. iii) A su turno, el evento de desequilibrio económico se prueba partiendo igualmente del acuerdo contractual, empero los elementos probatorios se deben enfocar sobre la fórmula económica que gobernó el contrato y la distribución de los riesgos y cargas dentro de la misma, de una parte, así como se requiere demostrar, de otra parte, el hecho que configuró la ruptura de la ecuación contractual correspondiente y la relación de causalidad entre dichos elementos.

(...)

También se pueden citar diferencias entre el restablecimiento del derecho, el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato, de cara a la medida de la reparación del perjuicio, toda vez que en los dos primeros eventos se debe resarcir el daño y la ganancia dejada de percibir, pero frente al desequilibrio económico se ha advertido por la jurisprudencia que no cualquier afectación financiera configura el desbalance de la ecuación económica del contrato y que la ganancia dejada de percibir puede no ser imputable a la contratante, de acuerdo con la ecuación que haya sido pactada.³³

³³CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO Bogotá,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Sobre la responsabilidad contractual y concretamente en cuanto a sus elementos o requisitos necesarios, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente:

(...) Trátese aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

(...)

Si los contratos legalmente celebrados 'son una ley para los contratantes' (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente, 'deben ejecutarse de buena fe' y 'obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella' (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible, (...).

Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: 'El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados³⁴. (Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, pág. 407) (subrayado fuera del texto)

A efectos de analizar lo anterior, se debe tener en cuenta que para que la parte convocante pueda obtener la indemnización que reclama, además de la existencia del contrato, es

D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 47001-23-31-000-2001-00660-01(36285).

³⁴ Sentencia CSJ Sala de Casación Civil, 9 de marzo de 2001, rad. 5659.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

necesario demostrar que la obligación se incumplió o se cumplió de manera defectuosa o tardía, debiendo acreditarse, así mismo, la causación de un perjuicio y el vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

Al respecto debe precisar el Tribunal, en primer lugar, que comparte la posición de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que, en principio, es carga del actor demostrar todos los elementos de la responsabilidad y, dentro de ellos, el incumplimiento de la obligación y el perjuicio, salvo que la ley lo libere de tal carga:

“En nuestro criterio, el régimen probatorio establece que la carga de la prueba corresponde al actor, de manera que éste debe demostrar todos los factores para que tenga éxito su pretensión. De esta tarea sólo se libera cuando la ley así lo establezca, por ejemplo, cuando da por supuesto algunos de esos factores, a través de presunciones, o cuando sea imposible probar un hecho alegado, por constituir negaciones indefinidas. Pero en este último caso, debe tratarse de una verdadera imposibilidad de demostrar el hecho, y no de una ampliación artificial de la noción de negación indefinida, que tendría como efecto desmontar el régimen sobre carga de la prueba (...)”³⁵.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso el Convocante debió haber probado en el proceso: (i) la existencia del Contrato, (ii) el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Municipio de Cajicá, al no efectuar el pago de la Etapa 1 ejecutada por el contratista y no permitir o dar paso a la ejecución de la Etapa 2 del Contrato, (iii) la causación de un perjuicio como consecuencia de dicho incumplimiento, y (iv) la existencia de una conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado.

En cuanto a la oportunidad de cumplimiento, se debe tener en cuenta que el deudor debe cumplir su obligación cuando la misma es exigible, circunstancia que se presenta: (i) cuando es pura y simple, desde su nacimiento; (ii) si es a plazo, al vencimiento del mismo y (iii) si es condicional, al cumplirse la condición.

Si una vez la obligación es exigible la misma no es satisfecha por el deudor, se produce el retardo que puede tener lugar por la inejecución de la obligación principal o por su ejecución defectuosa o tardía, pero para que tal retardo permita al acreedor tener derecho a la indemnización de perjuicios, es necesario además: (i) que el incumplimiento sea imputable al deudor; (ii) que el acreedor haya sufrido perjuicio a consecuencia de tal incumplimiento y (iii) que si la obligación es positiva, el deudor esté constituido en mora³⁶.

Respecto al último requisito mencionado, cabe añadir que para su configuración no es suficiente el retardo, pues además es necesario que el acreedor reconvenga al deudor para que cumpla la obligación. Por tal razón, la mora debitoria es definida por la doctrina como “el

³⁵ Suescún Melo Jorge, “Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”, Tomo I, Editorial Legis, (Bogotá – 2003), Pág. 264.

³⁶ Al respecto, establece el artículo 1615 del Código Civil: ARTICULO 1615. CAUSACION DE PERJUICIOS. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

*retardo culpable del deudor en el cumplimiento de su obligación, unido a la reconvención por parte del acreedor*³⁷.

De acuerdo con esta definición, los elementos de la mora son los siguientes³⁸:

a. El retardo: Consiste en el no cumplimiento de la obligación una vez la misma se hace exigible. Así, en caso de tratarse de obligaciones sujetas a plazo o condición, será necesario el vencimiento de aquel o el cumplimiento de ésta, pues antes no tiene lugar³⁹.

b. La culpa: Para que se configure la mora es necesario que la actuación del deudor se haya presentado con dolo o culpa; en nuestro sistema no se acepta la mora objetiva o inculpable del deudor. Si el retardo proviene de un hecho imprevisto a que el deudor no se puede resistir, no hay mora ni se producen sus efectos⁴⁰.

c. La reconvención: Por último, es indispensable que medie un acto formal denominado requerimiento o reconvención, en el que el acreedor exija al deudor el cumplimiento de la obligación. De acuerdo con el ordinal 3 del artículo 1608 del Código Civil este requerimiento debe ser judicial so pena de que carezca de eficacia. No obstante, no se requiere la reconvención cuando: (i) la obligación se encuentre sujeta a un plazo; (ii) se presenta la preclusión de la oportunidad, es decir que la obligación no haya podido ser cumplida sino dentro de cierto tiempo y (iii) cuando el incumplimiento es definitivo, bien porque la prestación se ha vuelto imposible o bien porque el deudor se ha negado expresamente a ejecutarla⁴¹.

A partir de estas consideraciones generales, pasa el Tribunal a estudiar a continuación, en primer lugar, la existencia y validez del contrato y las obligaciones que de él emanan, para analizar, en segundo lugar, si se configuró el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Municipio de Cajicá, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, el daño y el nexo causal. De manera previa, el Tribunal establecerá cuál es el marco legal del Contrato de Obra COP 020 de 2015 objeto del proceso.

2.7 EL RÉGIMEN APLICABLE AL CONTRATO:

El contrato en cuyo seno se generaron las controversias planteadas en el presente proceso, lo constituye el número 020 celebrado entre Construcciones Mac Ltda y el Municipio de

³⁷ Ospina Fernández, Guillermo, "El Régimen general de las obligaciones", Editorial Temis, (Bogotá – 2005), "El Régimen general de las obligaciones". Pág. 91

³⁸ LAUDO ARBITRAL de MÉDICOS ASOCIADOS S.A., SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES DE SALUD S.A.S. -SERVIMÉDICOS S.A.S., EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD - EMCOSALUD Y COLOMBIANA DE SALUD S.A. Vs. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A - FIDUPREVISORA S.A. Expediente 4969, 10 de abril de dos mil dieciocho (2018), Cámara de Comercio de Bogotá.

³⁹ Ospina Fernández, Guillermo, "El Régimen general de las obligaciones", Editorial Temis, (Bogotá – 2005), Pág. 92

⁴⁰ Ospina Fernández, Guillermo, "El Régimen general de las obligaciones", Editorial Temis, (Bogotá – 2005), "El Régimen general de las obligaciones". Pág. 92

⁴¹ Ospina Fernández, Guillermo, "El Régimen general de las obligaciones", Editorial Temis, (Bogotá – 2005), "El Régimen general de las obligaciones". Pág. 92

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Cajicá, con el objeto de ejecutar “*por el sistema de precios unitarios fijos y cantidades estimadas sin fórmula de reajuste, las obras necesarias para la CONSTRUCCION VIA PUENTE PERALTA, CICLO-RUTA Y ACONDICIONAMIENTO DE VALLADOS CON TUBERÍA*”, suscrito el 29 de diciembre de 2015, es decir en vigencia de las normas del Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993.

El referido estatuto dispuso las reglas y principios de los contratos estatales y relacionó las entidades estatales para efectos de la citada Ley, dentro de las cuales se encuentran comprendidos los municipios. Así, en el presente caso el régimen aplicable al Contrato está determinado por las partes intervinientes: Una sociedad comercial, **CONSTRUCCIONES MAC LTDA.**, la cual actúa como Parte Convocante, y una entidad de carácter estatal, el **MUNICIPIO DE CAJICÁ**, que es la Parte Convocada.

De conformidad con lo anterior, dada la naturaleza jurídica de la parte Convocada, el Contrato se rige por las normas de contratación administrativa, como son la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, y sus normas reglamentarias.

Al respecto, en efecto es de señalar que **EL MUNICIPIO DE CAJICÁ** es una entidad de carácter estatal, de acuerdo con lo previsto por el literal a) del artículo 2o de la Ley 80, que dispone:

“ARTICULO 2o. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. *Se denominan entidades estatales:*

a) *La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (Subrayado del Tribunal)*

De otra parte, es necesario tener en cuenta que las normas de contratación pública no regulan todos los tipos contractuales, por ello en la norma que transcribiremos se establece que disposiciones se aplicarán a los tipos de contratos no regulados especialmente por la Ley 80 de 1993 y aquellas normas que la modifican y adicionan:

“ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

No obstante, el artículo 32 del Estatuto Contractual prevé que: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

“1o. Contrato de Obra.

“Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

“En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o ~~concurso~~ públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 5 del presente estatuto.”⁴²

La Contratación Estatal se rige por los principios establecidos en los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993, con las modificaciones realizadas por la Ley 1150 de 2007.

La Ley 80 de 1993 contenía y contiene varias previsiones sobre cómo conservar el equilibrio contractual, a saber, el artículo 3º sobre los fines de la contratación estatal, advierte que se deberán proteger los intereses de la entidad estatal, que son los de la comunidad, pero también los de los contratistas, quienes tienen derecho a la obtención de utilidades. No obstante, este aparte fue derogado por la Ley 1150 de 2007, a saber:

LEY 80 DE 1993:

“ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”

LEY 1150 DE 2007:

“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, ~~además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado,~~ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”⁴³

⁴²Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007

⁴³Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

De acuerdo con lo señalado por el autor LUIS ALFONSO RICO PUERTA en su libro *“TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL”*, Editorial Leyer, Quinta Edición, Bogotá, D.C., páginas 485 y siguientes, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del artículo 4º los derechos y obligaciones de las entidades estatales, en el numeral 8 la obligación a cargo de la entidad estatal contratante de mantener el equilibrio contractual y en el numeral 9º de la misma norma el deber de evitar una mayor onerosidad del contrato.

Esta misma norma contiene en los artículos 14, 15, 16 y 17 la regulación de la aplicación de las cláusulas excepcionales, sin olvidar las posibles compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar, en el artículo 25 desarrolla el principio de la economía y en el 26 el de la responsabilidad, en forma tal que prevé que las entidades estatales no sólo deberán velar por la protección de sus intereses, sino también por proteger aquellos del contratista.

Por su parte, el artículo 27 al decir de la obra citada, *“es la norma específica que regula la ecuación contractual, definiéndola como el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso.”*

De igual forma, la Ley 80 de 1993 previó otros mecanismos para proteger el equilibrio del contrato, como son el derecho del contratista a recibir oportunamente la remuneración pactada, la actualización o revisión de precios, la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe.

A su turno, la Ley 1150 de 2007 determinó proteger la ecuación contractual e hizo hincapié en la distribución de los riesgos contractuales, a saber:

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

“En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

Esta norma significa que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes y en el contrato mismo, se deberán prever la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En el caso que nos ocupa, el Contrato celebrado entre **CONSTRUCCIONES MAC LTDA**, y el **MUNICIPIO DE CAJICÁ** debía ajustarse a lo previsto el Convenio Interadministrativo No. 313 de 2015, celebrado entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz – DPS-FIT y el Municipio de Cajicá – Cundinamarca, en desarrollo de los Documentos CONPES 3777 de 2013 y 3821 de 2014, modificados por el Documento CONPES 3830 del 3 de junio de 2015, pues dicho Convenio establecía condiciones

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

especiales de tipo técnico, financiero y también social, ya que se trataba de solucionar problemas de inclusión de las comunidades, para efectos del Acuerdo de Paz celebrado entre el Estado Colombiano y el grupo guerrillero FARC.

En consecuencia, el Tribunal procederá a analizar el Convenio Interadministrativo señalado y el Contrato de Obra COP 020 de 2015, celebrado entre la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE CAJICÁ y CONSTRUCCIONES MAC LTDA** en el marco de dicho Convenio.

2.8 ANÁLISIS DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 313 DE 2015, CELEBRADO ENTRE EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ – DPS-FIT Y EL MUNICIPIO DE CAJICÁ – CUNDINAMARCA.

Entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz – DPS-FIT y el Municipio de Cajicá se celebró el Convenio 313 de 2015, cuya copia obra a folios 28 a 43 del Cuaderno de Pruebas No.1, como parte de la estrategia integral del Gobierno Nacional que se desarrollaba a través de diversas entidades y programas, para atender a la población más pobre y vulnerable del país por situaciones de desplazamiento, violencia, pobreza y presencia de cultivos ilícitos.

Dentro de tales proyectos se cuentan los de transporte y vías y, según se lee en las consideraciones preliminares del Convenio Interadministrativo No. 313 de 2015, en adelante el Convenio, se establece que para los de la Estrategia Obras para la prosperidad, el DPS entregará a los entes territoriales la información necesaria para que lleven a cabo sus proyectos de contratación y les prestará acompañamiento técnico, financiero y social, teniendo en cuenta que será el ente territorial quien asume la responsabilidad de todo lo relacionado con la contratación de obras y la ejecución del proyecto, aplicando lo establecido en el Documentos CONPES No, 3777, que *“contempla inversiones en el sector de inclusión social y reconciliación, específicamente en infraestructura social y mejoramiento de condiciones de hábitat, con el fin de dotar a los municipios beneficiarios con activos que contribuyan con la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos y empleo, la superación de la pobreza, la reconciliación de los ciudadanos y la consolidación de territorios. Igualmente, el proyecto promueve la sostenibilidad, mantenimiento y buen uso de los activos desarrollados por el proyecto, mediante la incorporación de la participación ciudadana y de los actores locales en el control y sostenibilidad de las obras...”*⁴⁴.

Con este fundamento, el Objeto del Convenio se precisó así: *“Aunar esfuerzos técnicos, financieros y sociales, con el fin de contribuir a la ejecución y sostenibilidad de obras de intervención social comunitaria e infraestructura, entre el Departamento Administrativo para la Protección Social DPS - FIP y la ENTIDAD TERRITORIAL con el propósito de aportar a la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos, la superación de la pobreza y la*

⁴⁴ Folio 29 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

consolidación de territorios, de conformidad con el anexo técnico adjunto, el cual hace parte integral del Convenio.”⁴⁵

Al determinar las obligaciones de las partes, el Convenio prevé que “el DPS - FIP, deberá girar a la ENTIDAD TERRITORIAL los recursos para la ejecución de las etapas de preconstrucción (cuando aplique esta etapa) y construcción de las obras, hasta por el valor mencionado en la Cláusula “VALOR DEL CONVENIO” y en la Cláusula “FORMA DE DESEMBOLSO DE LOS RECURSOS APORTADOS POR EL DPS – FIP”⁴⁶. Igualmente, le correspondería al Departamento para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la paz – DPS-FIP, en adelante el DPS o DPS – FIP, entre otras obligaciones, “ Brindar la información requerida y a asesoría para el desarrollo del componente social en la ejecución de los proyectos y realizar seguimiento a su implementación”, “Llevar a cabo las visitas de campo para verificar la ejecución del objeto del presente Convenio” y “Aprobar la estructuración del (los) proyecto (s), incluyendo el presupuesto definitivo del mismo (s), de conformidad con lo establecido en el Anexo Técnico del presente Convenio, el cual deberá estar debidamente validado por la interventoría una vez ésta sea contratada y contar con la totalidad de la documentación mínima requerida para la ejecución de la etapa de obra por parte del grupo de infraestructura y hábitat del DPS...”⁴⁷ Igualmente, el Convenio contempló que el DPS – FIP tendría a su cargo la contratación de la interventoría del proyecto.

A su turno, dentro del conjunto de obligaciones a cargo de la entidad territorial, de conformidad con la Cláusula Segunda numeral II del Convenio, se destacan, entre otras, las siguientes:

“3. Adelantar los procesos precontractuales, contractuales y post-contractuales para la celebración y ejecución, de un solo contrato (para cada uno de los proyectos) que incluya las etapas de Preconstrucción (cuando aplique esta etapa) y construcción de obra, única y exclusivamente bajo la modalidad de selección de licitación pública...”

18. Realizar en coordinación con el DPS – FIP, el acompañamiento social en los proyectos que así lo requieran.

23. Prestar todo el apoyo logístico, técnico y operativo al DPS – FIP, para el cumplimiento y ejecución del objeto del Convenio.

28. Acordar con el DPS – FIP, las decisiones necesarias sobre los proyectos durante la etapa de Estructuración y Viabilización de los mismos, así como revisar y aceptar el Anexo Técnico Inicial propuesto por el DPS- FIP y sus modificaciones correspondientes.”

⁴⁵ Folio 31 Cuaderno de pruebas No. 1

⁴⁶ Folio 31 Cuaderno de pruebas No. 1

⁴⁷ Folio 31 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Al tenor de la cláusula sexta del Convenio, el desembolso de los recursos aportados por el DPS-FIP, se realizaría en dos etapas: una primera etapa, para la cual el DPS debía desembolsar al Municipio la suma de \$ 60.000.000,00, constitutiva de la totalidad de los recursos asignados para esta etapa, denominada Etapa 1- Preconstrucción, desembolso que se realizaría en un sólo pago, *“previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato de obra celebrado para cada uno de los proyectos por la ENTIDAD TERRITORIAL, el cual deberá ser revisado y aprobado por el supervisor del Convenio”*. Y una segunda etapa, de obra, cuyo valor ascendía a la suma de \$3.643.703.704,00, y sus pagos se debían hacer en forma escalonada, de acuerdo con el avance de la misma.

Además, de acuerdo con el PARÁGRAFO PRIMERO de la CLÁUSULA SEXTA del Convenio, *“En caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de Preconstrucción, resulte inviable técnica y/o financieramente la contratación de uno o varios proyectos, el DPS – FIT realizará un único desembolso, hasta por el valor establecido en el Numeral 1 de la presente Cláusula e iniciará la liquidación parcial o total del Convenio, según aplique.”*

A su vez, el PARÁGRAFO TERCERO de la misma CLÁUSULA SEXTA, previó que: *“La ENTIDAD TERRITORIAL debe incluir en el Pliego de Condiciones del proceso de selección correspondiente, que el sistema de pago para la Etapa 1 es hasta por el precio global fijo sin fórmula de ajuste (cuando aplique esta etapa); en consecuencia el precio pactado en el numeral 1 de la presente cláusula, incluye todos los gastos directos e indirectos en que incurra el contratista de obra en la ejecución de dicha etapa.”* (Subrayado fuera del texto original).

De otro lado, resulta importante tener en cuenta dos de las causales de terminación del Convenio previstas en la CLÁUSULA VIGÉSIMAPRIMERA, a saber:

“h) Cuando como resultado de la etapa de Preconstrucción (cuando se aplique esta etapa) no se puedan revisar, ajustar, complementar y/o validar los estudios y diseños; es decir, que estos no sean aptos para desarrollar y efectuar la construcción objeto del presente convenio, o no se obtenga viabilidad técnica y/o financiera del proyecto, se podrá suspender temporalmente o dar por terminada la ejecución del contrato de obra en forma anticipada cuando a juicio del DPS – FIT, cuando la ejecución de los proyectos del Convenio o el objeto del proyecto no pueda desarrollarse o llevarse a cabo, sin que ello genere responsabilidad alguna para la ENTIDAD TERRITORIAL frente al Contratista, así como del DPS – FIT frente a la entidad territorial.

i) Cuando se genere alguna situación respecto al predio que impida el desarrollo del proyecto, en caso que haya lugar”.

De conformidad con el Convenio, el Tribunal encuentra que las entidades estatales suscriptoras del mismo, dejan clara la protección de la indemnidad del DPS-FIT; así, establece la CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.-INDEMNIDAD del Convenio, lo siguiente:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

“La ENTIDAD TERRITORIAL mantendrá indemne al DPS – FIT de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones, demandas, acciones legales y costos de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes, durante la ejecución del objeto contractual, y terminados éstos, hasta la liquidación definitiva del convenio. En caso de que se entable un reclamo, demanda o reclamación legal contra el DPS – FIT por asuntos que según el convenio sean de responsabilidad de la ENTIDAD TERRITORIAL, éste será notificado lo más pronto posible de ellos, para que por su cuenta adopte oportunamente las medidas previstas por la ley para mantener indemne al DPS – FIT. Si en cualquiera de los eventos antes previstos, la ENTIDAD TERRITORIAL no asume debida y oportunamente la defensa del DPS – FIT, ésta podrá hacerlo directamente, previa notificación escrita a la ENTIDAD TERRITORIAL, y éste (sic) pagará todos los gastos en que el DPS – FIT incurra por tal motivo. En caso de que así no lo hiciera la ENTIDAD TERRITORIAL, el DPS – FIT tendrá el derecho a descontar el valor de tales erogaciones, de cualquier suma que adeude a la ENTIDAD TERRITORIAL por razón de los trabajos motivo del convenio, o a utilizar cualquier otro mecanismo judicial o extrajudicial”.

Finalmente, el Convenio prevé que será objeto de liquidación, procedimiento que se efectuará dentro de los dieciocho (18) meses siguientes al cumplimiento del plazo de ejecución o a la fecha del acuerdo que lo disponga. Si la ENTIDAD TERRITORIAL no se presenta para efectos de la liquidación del Convenio o las partes no lleguen a ningún acuerdo, el DPS – FIT procederá a su liquidación unilateral.

2.9 ETAPA PRECONTRACTUAL

En cuanto a la etapa precontractual, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el 2 de octubre de 2015, mediante aviso de convocatoria pública, el MUNICIPIO DE CAJICÁ comunicó la apertura del proceso de Licitación Pública No. 011-2015, con fecha de apertura del 22 de octubre de 2015, con el objeto de contratar la *“construcción vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería Municipio de Cajicá - Cundinamarca, en el marco del convenio interadministrativo No. 313 celebrado entre el Municipio de Cajicá y el DPS”*

En los estudios previos del proceso de licitación⁴⁸, publicados en el SECOP el 2 de octubre de 2015, se contemplaron las especificaciones técnicas para la primera etapa, consistente en *“la revisión, ajuste, del diseño geométrico, estructural e hidráulico del proyecto, así como la revisión y definición de cantidades de obra, el cual deberá ser revisado, aprobado por la interventoría externa contratada por el FONADE. Los nombres y alcances, así como los valores estimados de obra relacionados con información de referencia, que quedaran definidos una vez culmine la etapa de completitud técnica y social.”*

⁴⁸ Folios 44 al 87 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Igualmente, para la iniciación de las obras se plasmó que *“una vez cumplidos todos los requisitos necesarios para dar comienzo a la ejecución del contrato, la interventoría dará la orden de iniciación; a partir de esta fecha se elaborará el Acta de iniciación de las Obras, la cual deberá suscribirse por las partes involucradas y se contará el plazo de ejecución establecido en el Contrato.”*

En cuanto a la forma de pago, la misma se contempló en los siguientes términos, que quedaron igualmente plasmados en el contrato de obra celebrado con Construcciones Mac Ltda:

“11.2 FORMA DE PAGO

a. La suma de SESENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$60.000.000,00), correspondiente a la Etapa 1 pre construcción, se efectuara en un solo pago, será desembolsada una vez el contratista entregue al Municipio y este a su vez entregue al DPS-FIP, el proyecto en fase de estructuración final con la revisión, verificación, validación, ajuste y complementación requerido, avalados por la interventoría y la verificación de la totalidad de la documentación mínima requerida para la ejecución de la etapa 2 por parte del Grupo de Infraestructura y hábitat del DPS.

b. La suma de TRES MIL SETECIENTOS TRES MILLONES SETECIENTOS TRES MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS M/ (\$3.703.703.704,00). Correspondiente a la etapa 2 – obra, será desembolsada para cada uno de los proyectos (...).

(...)

PARAGRAFO PRIMERO: para que el Municipio pueda realizar los pagos correspondientes a la etapa 2, debe haber quedado debidamente aprobada la estructuración de la etapa 1 por el grupo de infraestructura y hábitat del DPS, y la suscripción del acta de inicio de obra de la segunda etapa, la cual deberá ser revisada y aprobada por el Supervisor del convenio suscrito entre el Municipio y el DPS.

PARAGRAFO 2: En caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de pre construcción, resulte inviable técnica y/o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS-FIP el municipio solamente pagará al contratista el valor de la ETAPA 1 previo desembolso que realice el DPS-FIP.

PARAGRAFO 3: El precio establecido para la etapa 1 es un precio global fijo sin formula de reajuste, en consecuencia el precio pactado incluye todos los gastos directos e indirectos en que incurra el contratista de obra en la ejecución de dicha etapa. (...)

Por otro lado, en cuanto a los pliegos de condiciones de la licitación⁴⁹, se destaca que se estipuló el proyecto en dos etapas, la primera de pre construcción, que comprende la revisión

⁴⁹ Folios 88 al 196 Cuaderno de pruebas No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

y ajuste de estudios y diseños, revisión, verificación, validación, ajuste y complementación requerida. Y la etapa 2, correspondiente a la construcción.

Cabe resaltar en cuanto al alcance de la Etapa 1, que en el Anexo 1 – Especificaciones Técnicas de los pliegos de construcciones, se describió esta etapa así:

“Este ítem consiste en la revisión, ajuste, del diseño geométrico, estructural e hidráulico del proyecto, así como la revisión y definición de cantidades de obra, el cual deberá ser revisado, aprobado por la interventoría externa contratada por el FONADE. Los nombres y alcances así como los valores estimados de obra relacionados son información de referencia, que quedarán definidos una vez culmine la etapa de completitud técnica y social” (se subraya).

Frente a la forma de pago, también quedo establecido que el pago de la primera etapa, por valor de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000) sería efectuado en un solo pago, una vez el Municipio entregara al DPS el proyecto en fase de estructuración final con la revisión, verificación, validación, ajuste y complementación requerida para la ejecución de la etapa 2 por parte del grupo de infraestructura y hábitat del DPS. Igualmente, se estipularon las siguientes condiciones, coincidentes con lo que al respecto se contempló en el Convenio, en los estudios previos y en el contrato de obra suscrito entre las partes:

(...) “Para que el Municipio pueda realizar los pagos correspondientes a la etapa 2, debe haber quedado debidamente aprobada la estructuración de la etapa 1 por el grupo de infraestructura y hábitat del DPS, y la suscripción del acta de inicio de obra de la segunda etapa, la cual deberá ser revisada y aprobada por el Supervisor del convenio suscrito entre el Municipio y el DPS.”

(...)

“En caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de preconstrucción, resulte inviable técnica y/o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS-FIP el municipio solamente pagará al contratista el valor de la ETAPA 1 previo desembolso que realice el DPS-FIP.”

Dentro de los pliegos de condiciones, también se incluyeron unas obligaciones a cargo del Contratista, como la de desarrollar con diligencia el objeto del convenio mediante la utilización de los recursos materiales, técnicos y humanos que requiera para la correcta y oportuna ejecución de la obra. Para ello, el Contratista tenía que comprender dentro de los gastos generales, unos gastos con cargo al contratista y costos indirectos de la ejecución del contrato. Esta clasificación se consignó así:

“12.3. GASTOS GENERALES

Los gastos generales, se dividen en dos (2) partes, Gastos con cargo al Contratista y Costos Indirectos.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

1.2.5.1 GASTOS CON CARGO AL CONTRATISTA.

Serán por cuenta del CONTRATISTA los gastos de: replanteo general o parcial y liquidación de la obra proyectada, los de desviación y señalización de caminos, accesos, etc.; durante la obra serán: el tránsito de peatones, las acometidas de agua y energía, la retirada de instalaciones, la limpieza y en general todos los necesarios para restituir los terrenos a su estado habitual una vez finalizada la obra, igualmente serán con cargo al CONTRATISTA los gastos de vigilantes de obra.

También serán con cargo al CONTRATISTA: los importes de daños causados en las propiedades particulares por negligencia o descuido durante la obra, la corrección de los defectos de construcción apreciados en la obra, la retirada y sustitución de los materiales rechazados y en general toda variación respecto a la obra proyectada, que el CONTRATISTA introduzca por deseo suyo, aunque haya sido aprobada por la interventoría; la reposición o modificación de los servicios afectados, tanto por daños que se produzca en ellos, como por necesidad de reubicarlos.

(...)

1.2.5.2 COSTOS INDIRECTOS

Se consideran comprendidos en este apartado los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorios y los gastos del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra (Directos de obra, residente de obra, maestro de obra, oficiales, ayudantes, etc.), además de los gastos de control y ensayos de obra.

Todos estos gastos, excepto aquellos que figuren en el presupuesto valorados en unidades de obra o partidas alzadas, se consideran incluidos en la valoración del precio según el análisis de justificación de precios para cada ítem, incrementándose el citado costo de ejecución material en el porcentaje correspondiente, debiendo figurar expresamente en cada precio."

Ahora bien, el 29 de diciembre de 2015, en audiencia pública de adjudicación, el MUNICIPIO DE CAJICÁ, representado por su Alcalde Municipal, adjudicó la Licitación Pública No. 011-2015 mediante Resolución No. 618 de 2015⁵⁰, cuyo objeto fue la "construcción vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería Municipio de Cajicá - Cundinamarca, en el marco del convenio interadministrativo No. 313 celebrado entre el Municipio de Cajicá y el DPS", a la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA.

⁵⁰ Folios 197 al 199 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Fue así como, el 29 de diciembre de 2015, entre el MUNICIPIO DE CAJICÁ y CONSTRUCCIONES MAC LTDA., se suscribió el contrato de obra COP 020 de 2015⁵¹, cuyo objeto consistió, precisamente, en la *“construcción vía puente peralta, ciclo-ruta y acondicionamiento de vallados con tubería Municipio de Cajicá - Cundinamarca, en el marco del convenio interadministrativo No. 313 celebrado entre el Municipio de Cajicá y el DPS”, con un plazo de ejecución de 8 meses y por valor de TRES MIL SETECIENTOS TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS MCTE (\$3.703.648.610).*

De acuerdo con el otrosí modificadorio que obra a folios 214 al 217 del cuaderno de pruebas No. 1, la forma de pago del contrato se realizaría así:

- Un primer pago, por la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$60.000.000), correspondientes a la Etapa 1 de preconstrucción, la cual de acuerdo con las condiciones establecidas en el convenio interadministrativo, en los estudios previos, en el pliego de condiciones y en el contrato de obra, consistía en *“la revisión, ajuste, del diseño geométrico, estructural e hidráulico del proyecto, así como la revisión y definición de cantidades de obra”,* es decir, en ajustes de tipo técnico y financiero, que permitieran dar inicio a la Etapa 2 del contrato.
- El segundo pago, por la suma de TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS MCTE (\$3.643.648.610), correspondiente a la Etapa 2, de obra, que se cancelaría en 5 pagos, de conformidad con los avances de la construcción.

Quedando nuevamente en conocimiento del Contratista las siguientes condiciones:

(...) “Para que el Municipio pueda realizar los pagos correspondientes a la etapa 2, debe haber quedado debidamente aprobada la estructuración de la etapa 1 por el grupo de infraestructura y hábitat del DPS, y la suscripción del acta de inicio de obra de la segunda etapa, la cual deberá ser revisada y aprobada por el Supervisor del convenio suscrito entre el Municipio y el DPS.”

(...)

“En caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de preconstrucción, resulte inviable técnica y/o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS-FIP el municipio solamente pagará al contratista el valor de la ETAPA 1 previo desembolso que realice el DPS-FIP.”

Cabe añadir que mediante pólizas Nos. 980-47-994000003669 y 980-74-994000002517⁵², emitidas por la Aseguradora Solidaria de Colombia, Construcciones Mac LTDA. otorgó las

⁵¹ Folios 200 al 213 Cuaderno de pruebas No. 1

⁵² Folios 218 y 219 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

garantías exigidas en el Contrato, las cuales fueron aprobadas mediante documento de aprobación expedido por el MUNICIPIO DE CAJICÁ el 4 de enero de 2016, que obra a folio 231 del cuaderno de pruebas No. 1.

De todo lo expuesto anteriormente, para el Tribunal es claro que desde la etapa precontractual se puso en conocimiento del Contratista que el proyecto tenía dos etapas, cada una independiente, y que, para la ejecución de la segunda etapa, existían unas condiciones previas que debían cumplirse y de no efectuarse, ni al Municipio ni al DPS les implicaría algún tipo de responsabilidad. Estos requisitos se estipularon no solo en el convenio interadministrativo suscrito entre el DPS y el Municipio de Cajicá, sino en los estudios previos, el pliego de condiciones, el Contrato y el modificatorio al mismo, tal como se evidenció en el desarrollo precedente.

Frente al principio de planeación, el cual debe ser tenido en cuenta durante toda la etapa previa de la adjudicación a un contrato, el Tribunal se pronunciará más adelante.

2.10 ANÁLISIS DEL CONTRATO DE OBRA COP 020 DE 2015 CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE CAJICÁ Y CONSTRUCCIONES MAC.

Con fundamento en el Convenio resumido anteriormente, el Municipio de Cajicá abrió la correspondiente licitación, sobre la base de las disposiciones contractuales vigentes, y adjudicó el Contrato a la firma CONSTRUCCIONES MAC LTDA., cuyo objeto se precisó así, al tenor de lo estipulado en la cláusula primera del mismo:

"PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar, bajo su responsabilidad exclusiva y a satisfacción del Municipio de Cajicá, por el sistema de precios unitarios fijos y cantidades estimadas sin fórmula de reajuste, las obras necesarias para la CONSTRUCCIÓN VÍA PUENTE PERALTA, CICLO-RUTA Y ACONDICIONAMIENTO DE VALLADOS CON TUBERÍA MUNICIPIO DE CAJICÁ – CUNDINAMARCA, EN EL MARCO DEL CONVENIO ADMINISTRATIVO No. 313 CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE CAJICÁ Y EL DPS, de acuerdo con la descripción y cantidades de obra que se relacionan en el Anexo No. 1 de este contrato, y las especificaciones técnicas detalladas en los Estudios Previos y los Pliegos de Condiciones, las cuales hacen parte del presente contrato."

A su turno, la descripción y la cantidad de las obras estaban señaladas por el Anexo 1 del Contrato y las especificaciones técnicas estaban detalladas en los Estudios Previos y en los Pliegos de Condiciones, documentos que forman parte del mismo.

Como se observa, el Contrato celebrado entre las partes y objeto del presente trámite arbitral, es un contrato de Obra Pública, regulado por la Ley 80 de 1993 en el numeral 1 del artículo 32. Se trata de un contrato resultado de un proceso de licitación, tuvo una interventoría contratada por el DPS – FIT con una persona independiente de las partes, cuya

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

responsabilidad está prevista por el artículo 53 de la ley 80 mencionada modificado por el 82 de la ley 1484 de 2014.

Según el tratadista Álvaro Escobar Hernández⁵³ el contrato de obra tiene los siguientes requisitos:

- Que se celebre un contrato o acuerdo de voluntades regulador de obligaciones
- Que en su celebración participe al menos una entidad estatal
- Que su objeto sea la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo material sobre inmuebles
- Que se convenga un pago.

De lo anterior se desprende que por tratarse de un contrato de obra, entra a jugar el aspecto de la autonomía de la voluntad, pues la celebración surge de un acuerdo de voluntades que genera obligaciones, y al que se le aplican los artículos 1495 C.C. y 864 C. Co, en donde confluyen necesariamente dos partes. Este contrato de obra, como los estatales en general, no se perfecciona hasta tanto las partes estén de acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y lo plasmen por escrito, según mandato contenido en el artículo 41 de la ley 80 de 1993.

Se destaca que el contrato estatal de obra, siguiendo la normatividad del artículo 13 de la ley 80 de 1993⁵⁴, es un contrato que contiene una actividad comercial, es decir, hay un ánimo de lucro para el contratista, pues se advierte que la actividad de la construcción o ejecución de obras está definida en el numeral 15 del artículo 20 del C.Co.

Además, los contratos de obra son bilaterales y al menos una de las entidades firmantes debe ser pública. La bilateralidad sale por el hecho de que el contrato se celebra entre dos partes, una el contratante como dueño de la obra y quien paga por ella (la entidad estatal), y el contratista que es quien ejecuta la obra.

Ha dicho el Consejo de Estado sobre la naturaleza de estos contratos en que se realizan actividades calificadas como de comercio por entidades mercantiles y el Estado, que "*...La actividad que se ejerce a través del contrato estatal no es propiamente de naturaleza comercial aunque una de las partes tenga la calidad de comerciante, porque el Estado no puede mirarse a la par que sus particulares en sus relaciones contractuales. Al contrato estatal se le aplican ciertas normas y principios del Código de Comercio, pero habrá de tenerse en cuenta por el juzgador en la hermenéutica de tales normas y disposiciones contractuales, el justo equilibrio entre el fin deseado por la administración, como es la prestación de los servicios a su cargo y las aspiraciones económicas del contratista, que tiene derecho a una justa utilidad...*"⁵⁵

⁵³El contrato estatal de obra, Bogotá, Ediciones Jurídica Gustavo Ibañez, 2000, p.65 a 66

⁵⁴ "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley..."

⁵⁵ Sentencia Exp. 12680 febrero 13 de 1997 M. P. Daniel Suárez Hernández

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

El contrato de Obra objeto de este proceso, a juicio del Tribunal, se ajustó a los lineamientos legales y cumple los principios contractuales, a saber: transparencia, selección objetiva, economía, responsabilidad, buena fe y lealtad, legalidad, publicidad y seguridad, además se ajustó al Convenio Marco con fundamento en el cual se celebró.

Cabe destacar que en la **CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO** del Contrato, se previó que la obra se realizaría en dos Etapas, así:

Una previa, denominada "*Etapa1 - Preconstrucción*", para la cual el DPS desembolsó al Municipio la suma de \$ 60.000.000,00, constitutiva de la totalidad de los recursos asignados para ella, durante la cual el Contratista debía entregar al Municipio "*el proyecto en fase de estructuración final con la revisión, verificación, validación, ajuste y complementación requerido, avalados por la Interventoría y la verificación de la totalidad de la documentación mínima requerida, para la ejecución de la Etapa 2, por parte del Grupo de Infraestructura y hábitat del DPS*".

Y, la Etapa 2, cuyo costo, de acuerdo con el Modificadorio 01 suscrito el 29 de diciembre de 2015, ascendía a la suma de \$3.643.648.610,00⁵⁶, para la realización de la obra, la cual sería desembolsada de acuerdo con el avance de obra, así:

"Un primer pago, que se efectuará contra avance de obra de mínimo el 15% del proyecto

Un segundo pago, que se efectuará contra avance de obra de mínimo el 30% del proyecto

Un tercer pago, que se efectuará contra avance de obra de mínimo el 50% del proyecto

Un cuarto pago, que se efectuará contra avance de obra de mínimo el 90% del proyecto

Un quinto pago por la suma que se efectuará contra acta de entrega y recibo final a satisfacción de la obra del proyecto".

Como puede verse, de conformidad con lo estipulado, el contrato contempló dos diferentes formas de pago del precio. En efecto, en cuanto a la Etapa 1, se acordó que la misma sería pagada bajo la modalidad de precio global, al paso que la Etapa 2 se acordó bajo el mecanismo de precios unitarios fijos y cantidades estimadas.

Sobre el particular, cabe precisar "*... que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, en tanto en*

⁵⁶Lo anterior, de conformidad con lo estipulado en el Otrosí No. 01 celebrado por las Partes el 29 de diciembre de 2015, folios 214 a 217 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c)."

De acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el precio global y el precio unitario se diferencian, fundamentalmente, por el contenido de lo que se debe pagar, por cuanto mientras en el precio global se realiza un pago fijo único por la totalidad de la obra, sin lugar a pagos adicionales, en la modalidad de pago a precios unitarios el pago de la obra se realiza por los precios que vaya costando la cantidad de obra construida.

"Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales."⁵⁷

Debe resaltarse, de otro lado, que de conformidad con la **CLÁUSULA QUINTA**, que para que se pudiera realizar la Etapa 2, debía haber quedado debidamente aprobada la estructuración de la Etapa 1 por el Grupo de Infraestructura y Hábitat del DPS, al igual que haber sido suscrita el Acta de inicio de la Obra de la Etapa 2, la cual debía ser revisada y aprobada por el Supervisor del Convenio suscrito entre el Municipio y el DPS, condiciones que, como se ha dicho atrás, se encontraban contempladas no sólo en el contrato sino que estaban previstas en el propio Convenio, en los estudios previos y en los pliegos de la licitación.

⁵⁷CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

2.11 LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, durante la ejecución del contrato se presentaron diversos hechos que deben resaltarse:

- a) En primer lugar, de conformidad con las pruebas del proceso, el acta de inicio del Contrato⁵⁸ se suscribió el 11 de mayo de 2016 y en ella consta que se da inicio a la Etapa 1 de Preconstrucción, con rubro proveniente del Convenio Interadministrativo No. 313 DPS-FIP de 2015 celebrado entre el Departamento administrativo para la prosperidad social Fondo e Inversión para la Paz-contribuir a la ejecución y sostenibilidad de obras de intervención social e infraestructura-puente peralta. Cofinanciación nacional.

En esta acta se precisó que el objeto del contrato consistía en la construcción de la vía puente peralta, ciclo ruta acondicionamiento de vallados con tubería municipio de Cajicá – Cundinamarca, en el marco del convenio interadministrativo No. 313. Igualmente, se precisó como registro presupuestal el No. 2015002571, se asignó como supervisor al Secretario de Obras Públicas del Municipio de Cajicá, se precisó que la interventoría estaría a cargo del Consorcio Daeco Centro, se indicó que la fecha de terminación de la Etapa de Preconstrucción sería el 13 de junio de 2016 y la de terminación de la etapa de construcción el 11 de enero de 2017, y se consignaron algunas otras condiciones del contrato.

- b) Ahora bien, sobre la ejecución de las actividades a cargo del Contratista durante la Etapa 1, obran en el proceso los documentos que el contratista radicó ante el Municipio, el DPS y la firma Interventora, correspondientes a las actividades a ser desarrolladas en la Etapa 1, dentro de los que se destacan los siguientes:

- Con documento radicado el 12 de enero de 2016, CONSTRUCCIONES MAC LTDA informó al DPS que el 29 de diciembre de 2015 se le adjudicó el contrato de obra No. 020 de 2015, y solicitó el nombramiento de la firma encargada de realizar la Interventoría del Proyecto.⁵⁹
- Con documento radicado el 12 de abril de 2016 CONSTRUCCIONES MAC LTDA remitió al CONSORCIO DAECO CENTRO, los documentos para verificación y aprobación por parte de la interventoría, previo a la firma del acta de inicio de la obra.⁶⁰
- Mediante oficio FRC-FONADE-2016-022 de fecha 14 de abril de 2016, el CONSORCIO DAECO CENTRO, interventor del contrato, solicitó documentos

⁵⁸ Folios 240 al 242 Cuaderno de pruebas No. 1

⁵⁹ Folios 232 y 233 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶⁰ Folios 234 y 235 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

a CONSTRUCCIONES MAC, para verificación y aprobación de la interventoría previo a la firma del acta de inicio de obra.⁶¹

- Mediante oficio MAC-020-2015-003 con fecha de radicación abril 29 de 2016, remitido por CONSTRUCCIONES MAC LTDA con destino al CONSORCIO DAECO CENTRO, la convocante presentó ante el INTERVENTOR los nuevos diseños resultantes de las actividades propias de la ejecución de la Etapa 1 y los documentos requeridos en el oficio señalado en el numeral anterior.⁶²
 - El 13 de junio de 2016, EL CONSORCIO DAECO CENTRO, envió oficio FRC-FONADE-2016-060, en el cual presentó las observaciones a los diseños entregados el día 29 de abril de 2016, por parte de CONSTRUCCIONES MAC LTDA.⁶³
 - El 20 de junio de 2016 mediante Oficio MAC-020-2015-017, CONSTRUCCIONES MAC LTDA entregó al CONSORCIO DAECO CENTRO, la respuesta a las observaciones presentadas al diseño de la vía.⁶⁴
 - El 29 de junio de 2016, CONSTRUCCIONES MAC hizo entregadel ajuste de los análisis de precios unitarios y el balance, teniendo en cuenta las cantidades con los nuevos diseños.⁶⁵
 - El 5 de julio de 2016 CONSTRUCCIONES MAC presentó los nuevos diseños, de acuerdo a las observaciones realizadas por el Municipio de Cajicá.⁶⁶
- c) Por otro lado, el día 12 de julio de 2016 se llevó a cabo la visita de pertinencia por parte del DPS - FIP, que concluyó la inviabilidad del Proyecto y ejecución de la Etapa 2 - Obra. Al respecto, en el expediente se encuentra copia del pronunciamiento del Director de Infraestructura Social y Hábitat en donde que consta el formato y el acta de la visita de pertinencia.

Fue así como el Director de Infraestructura Social y Hábitat del DPS envió al Municipio la comunicación No. 00656 del 19 de octubre de 2016, sobre el resultado de la Etapa 1- Fase Pre construcción proyecto "construcción vía puente peralta. Cicloruta y acondicionamiento de vallados con tubería en el municipio de Cajicá – Cundinamarca" No viabilidad⁶⁷, por medio de la cual le comunicó al Municipio que: *"El 12 de julio de 2016 se realizó visita de pertenencia a los tramos presentados en el proyecto. En esta*

⁶¹ Folios 236 y 237 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶² Folio 238 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶³ Folios 243 al 245 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶⁴ Folio 246 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶⁵ Folios 249 al 257 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶⁶ Folio 281 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶⁷ Folios 656 al 677 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

visita se evidenció que el proyecto no es pertinente, debido a que la población beneficiaria no es objeto de intervención por parte de Prosperidad Social. A continuación, se sustenta esta afirmación a partir de evidencia recogida en dicha visita y del análisis social realizado.”

Luego de repetir apartes de los documentos CONPES y del Convenio celebrado entre el DPS y el Municipio, en el oficio mencionado el DPS afirmó que:

- *“El tipo de intervenciones que realiza PROSPERIDAD SOCIAL mediante este programa permite aumentar las potencialidades y ventajas comparativas de las comunidades donde se realizan los proyectos, disminuir el desempleo, eliminar la pobreza extrema, enfrentar los desafíos del cambio climático y consolidar la seguridad en un escenario en el que el Gobierno Nacional ha realizado la mayor apuesta para el logro de la Paz.*
- *“De igual manera el artículo 3 del Decreto 2559 de 2015 establece que las intervenciones de infraestructura se dirigen a los territorios con población objeto de atención del Sector de Inclusión Social y Reconciliación. Esto significa que está dirigida a poblaciones en pobreza o pobreza extrema, primera infancia, grupos vulnerables y de especial protección, población víctima del conflicto armado a que se refiere el artículo 30 de la Ley 1448 de 2011, así como territorios en desarrollo territorial para el posconflicto y sustitución de cultivos ilícitos.*
- *“Teniendo en cuenta lo anterior, las inversiones del programa se dirigen a generar impactos en los siguientes grupos poblacionales y territorios de la geografía nacional: Niños, niñas y adolescentes; Grupos Étnicos; personas con y/o en situación de discapacidad; Población en extrema pobreza o con altos índices de pobreza multidimensional, perteneciente ala Red Unidos, con menores puntajes en SISBEN y/o ubicados en zona rural o estratos 1 y 2 de zona urbana; Población con déficit en los logros prioritarios de ingresos y habilidad del Índice de Pobreza Multidimensional – IPM; Población víctima de la violencia y/o desplazamiento; Territorios focalizados en las estrategias de inclusión social y reparación identificadas por el Gobierno Nacional.*
- *“En la visita de pertenencia se determinó que la población directamente beneficiaria de este proyecto, no se puede catalogar en ninguno de estos núcleos poblacionales y en consecuencia no es población objeto de Prosperidad Social. Lo anterior debido a que sobre las vías a intervenir se encuentran viviendas y propiedades de un alto valor comercial como: finca Los Girasoles, hacienda San Cayetano, hacienda San Luis, hacienda Flores, Peluquería infantil Villa Canan, Condominio El Carretón donde los precios comerciales de las viviendas oscilan entre \$890 millones de pesos hasta \$1.200 millones de pesos (remítase a registro fotográfico- Anexo No. 1).*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

- *“No obstante, se evidencia un tramo donde la población beneficiaria es estrato 1 y 2 (Anexo 2) ésta representa un bajo porcentaje del total de la población objeto. Por lo tanto, en una evaluación costo-beneficio teniendo en cuenta el monto total de la inversión, no resulta viable para la perspectiva de Prosperidad Social.*
- *“Debe tenerse en cuenta que, aunque la vía facilita el acceso a los cultivos de flores, su beneficio más directo está dado por la valorización de los predios y accesibilidad que genera a los mismos, que como ya se mencionó no son parte de la focalización de Prosperidad Social.*
- *“Adicionalmente, la población beneficiaria directa de los tramos proyectados, no se encuentra inscrita dentro de los 103 hogares que son acompañados por la estrategia Red Unidos, ni dentro de las 1.235 familias atendidas por el Programa Familias en Acción en el Municipio de Cajicá.*
- *“De acuerdo al diagnóstico de las privaciones del IPM realizado por la Red Unidos, el Municipio tiene otras prioridades, como el rezago escolar, trabajo informal, dependencia económica y bajo logro educativo, que pueden ser financiadas con recursos del Convenio DPS –FIT 313 de 2005.*

“En virtud de lo anterior, en acta de mesa de trabajo No. 73 realizado el pasado 23 de agosto de 2016 se determinó que el proyecto no es viable, análisis que se soporta con la información que se anexa a la presente comunicación (visita de pertenecía (sic) y acta de visita del 12 de julio de 2016); así las cosas el proyecto deberá concluir en la etapa de preconstrucción, para lo cual el Municipio podrá dar aplicación a lo previsto tanto en el Convenio arriba señalado, como en el contrato suscrito con MAC Constructores, en el sentido de que únicamente se pagará lo correspondiente a la citada etapa, en la siguiente forma:

“Parágrafo 2: En caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de preconstrucción (sic), resulte inviable técnica o financieramente el Municipio solamente pagará al resulte inviables técnica y/o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS FIT (sic) el municipio solamente pagará al contratista el valor de la etapa 1 previo desembolso que realice el DPS-FIT.”

Por último, del Anexo 2 del acta de visita se debe resaltar que:

“3. Se realizó el recorrido en la vía puente peralta, donde se identificó que la intervención NO está dirigida a ninguno de los siguientes grupos poblacionales objeto de atención de prosperidad social.

- *Grupos étnicos.*
- *Personas con y/o en situación de discapacidad.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

- *Población extrema pobreza o con altas índices de pobreza multidimensional (24,97%) perteneciente a la Red Unidos, con menores puntajes de Sisben.*

La población beneficiaria directa del proyecto no se articula con otros programas de Prosperidad Social o estrategias del sector de la inclusión social o del Gobierno Nacional.

De igual manera, se observó que dentro de la población beneficiaria directa del proyecto existe estrato 6 que pertenece al condominio carretón y algunas casas fincas (Nombres de las fincas) ubicadas sobre la vía.

No obstante, se identificó que hay un grupo poblacional muy pequeño de estrato 1 y 2 que es aproximadamente el 10% de la población total beneficiaria que establece que la prioridad es que se pongan reductores de velocidad para los vehículos del condominio y redes de gas.⁶⁸

d) Se encuentra probado, así mismo, que una vez presentados los documentos correspondientes a la Etapa 1, el Contratista presentó los siguientes comunicados y solicitudes al Municipio y a la Interventoría:

- El día 27 de junio de 2016, CONSTRUCCIONES MAC LTDA, remitió oficio MAC-020-2015-019 dirigido al Ingeniero Marco Antonio Cepeda, Secretario de Obras Públicas de Cajicá, quien fungía como supervisor del contrato, manifestando que a la fecha se habían cumplido a cabalidad las obligaciones de la Etapa 1 y solicitando, en consecuencia, aprobar los estudios y diseños presentados al Interventor, con la finalidad de poder continuar con la Etapa 2, de construcción.⁶⁹

En este comunicado el contratista manifestó su preocupación “por el tiempo que ha transcurrido desde la entrega de los nuevos diseños de la vía y redes sanitarias para la vía de la referencia, sin que hasta el momento hayamos tenido respuesta para dar inicio a la ejecución” y solicitó tomar “las medidas del caso con el fin de agilizar la iniciación del contrato de obra, pues nosotros como contratistas hemos aportado todo lo necesario para tal fin y nos hemos visto perjudicados por la demora de su ejecución”.

- Posteriormente, mediante Oficio MAC-020-2015-020 radicado el 29 de junio de 2016, CONSTRUCCIONES MAC LTDA remitió al CONSORCIO DAECO CENTRO el balance del contrato y la necesidad de APU's no previstos, en

⁶⁸ Folios 668-670 Cuaderno de pruebas No. 1

⁶⁹ Folios 247 y 248 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

atención a que, según manifestó, fue necesario incorporar nuevos ítems, conforme a las modificaciones realizadas a los diseños de la obra.⁷⁰

- Mediante Oficio MAC-020-2015-021, con fecha de radicación julio 5 de 2016, CONSTRUCCIONES MAC LTDA remitió al supervisor del Contrato de Obra No. 020 de 2015, Secretario de Obras Públicas del MUNICIPIO DE CAJICÁ, los estudios y diseños definitivos de la estructura de pavimento, los cuales habían sido remitidos al INTERVENTOR.⁷¹
 - Por último, el día 11 de agosto de 2016, CONSTRUCCIONES MAC LTDA., remitió nuevamente un oficio dirigido al supervisor del contrato de obra, en el cual manifestó su preocupación por los retrasos en el inicio de la Etapa 2 del contrato, señalando que se encontraban acreditados, conforme al contrato de obra, los requisitos necesarios para dar inicio a la construcción de la Etapa 2. En esta comunicación, manifestó que ha venido realizando todas las actividades diligentes encaminadas a dar estricto cumplimiento del contrato, tal como disponer de la maquinaria, equipos, personal y elementos de construcción, informó que por los retrasos presentados le han causado perjuicios económicos y solicitó se informe sobre la fecha de ejecución del proyecto de manera inmediata.⁷²
- e) Con fundamento en las comunicaciones descritas y según consta en el proceso, el contratista mediante Escritura Pública No. 141 de febrero 22 de 2018⁷³ otorgada en la Notaría única de Cota, Cundinamarca, protocolizó el silencio administrativo positivo al no recibir respuesta de las anteriores solicitudes.

Al respecto, el Tribunal se pronunciará más adelante frente a la procedencia del silencio administrativo positivo alegado por el Convocante.

- f) Posteriormente, el Municipio de Cajicá, mediante Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017⁷⁴, terminó de forma unilateral el contrato de obra pública 020 de 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá y construcciones MAC LTDA. Dentro de las consideraciones de dicha decisión, el Municipio señaló que *“Desde la fecha de suscripción del acta mencionada en el numeral anterior y en reuniones y comités desarrollados desde el pasado mes de agosto de 2016, se comunicó al contratista el inicio del procedimiento administrativo para la terminación del contrato de obra pública 020 de 2015, teniendo como baso el concepto dado por el DPS respecto de la inviabilidad de desarrollar el convenio suscrito entre el MUNICIPIO DE CAJICA y el DPS, acta dentro de la cual se manifestó de manera expresa que “no cumple con el objeto de la población beneficiaria del DPS.”*

⁷⁰ Folios 249 al 257 Cuaderno de pruebas No. 1

⁷¹ Folio 282 Cuaderno de pruebas No. 1

⁷² Folios 282 y 283 Cuaderno de pruebas No. 1

⁷³ Folios 258 al 280 Cuaderno de pruebas No. 1

⁷⁴ Folios 685 al 692 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Así mismo, como fundamento de la decisión sostuvo que *“Los parágrafos primero y segundo de la cláusula quinta del contrato de obra pública 020 de 2015 establecen que para dar inicio a la etapa 2 o de construcción, es necesario que el grupo de infraestructura y hábitat del DPS apruebe la etapa 1 o de preconstrucción, por lo que la manifestación contenida en el oficio del 19 de octubre de 2015 en el que dicha entidad estableció que el proyecto es inviable y no dio el aval para pasar a la etapa 2 o de construcción del proyecto, es un hecho que imposibilita el cumplimiento del objeto del contrato de obra pública 020 de 2015, por lo que no es posible continuar con su ejecución.*

(...)

La falta de aprobación y viabilidad por parte del DPS para dar inicio a la etapa de construcción, se erige como un hecho posterior a la celebración del contrato de obra pública 020 de 2015, que hace que la continuación de la ejecución del contrato resulte imposible, de forma tal que persistir en su cumplimiento podría afectar la correcta prestación del servicio público, toda vez que el nacimiento del contrato que se termina y los recursos para el pago de la obra, se encuentran estrechamente ligados al convenio 313 de 2015 celebrado entre el Municipio y el DPS, por lo que la falta de aprobación del DPS determina que las exigencias del servicio impongan la necesidad de dar por terminado el contrato, toda vez que el Municipio queda imposibilitado de continuar la ejecución del mismo, puesto que ya no cuenta con los recursos inicialmente aprobados por el DPS.”

A su turno, CONSTRUCCIONES MAC, mediante oficio radicado el día 1 de diciembre de 2017⁷⁵, interpuso recurso de reposición con el fin de que se revocase la decisión adoptada por la Alcaldía Municipal de Cajicá, señalando que la terminación unilateral del contrato es una potestad excepcional de la Administración Pública en los contratos públicos, la cual debe surtirse, dentro del plazo de ejecución contractual y de conformidad con el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.

El Municipio de Cajicá, mediante Resolución No. 015 de enero 16 de 2018 que obra a folios 696 al 701 del Cuaderno de pruebas No. 1, confirmó la decisión contenida en la Resolución No. 613 del 17 de noviembre de 2017, señalando, en síntesis, que el contrato de obra 020 de 2015 se encuentra terminado por vencimiento del plazo y con la Resolución 613 de 2017 se buscó la declaratoria de la ocurrencia de situaciones ajenas a las partes que impidieron la completa ejecución del contrato.

Como argumento, sostuvo que *“CONSTRUCCIONES MAC manifestó su voluntad aceptando libremente que las determinaciones del Grupo de Infraestructura y de Hábitat del DPS respecto a la viabilidad de pasar a la etapa 2 o de construcción eran vinculantes en el seno del contrato de obra pública No. 020 de 2015.”*

⁷⁵ Folios 693 al 695 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

2.12 CONCLUSIONES

Como se puede observar, la ejecución de la Etapa 1, de Preconstrucción, comprendía la realización de actividades de ajuste y revisión de carácter técnico y financiero, situación que debía llevarse a cabo para la iniciación de la Etapa 2, de construcción.

La convocante expresa que el factor social, que justificó la inejecución de la Etapa 2 por parte del MUNICIPIO, no se incluyó dentro de los factores a tener en cuenta en la Etapa 1 del Contrato.

Frente a lo anterior, el Tribunal considera que, aunque no se hubiera incluido de manera expresa en la etapa 1 el requisito de la viabilidad social, en el texto del Convenio Interadministrativo 313 ya mencionado, en su considerando XIV se dispone que, de acuerdo con el Documento CONPES No. 3777 las inversiones que se realizarían mediante este sistema, deberían dirigirse al *“sector de inclusión social y reconciliación, específicamente en infraestructura social y mejoramiento de condiciones de hábitat, con el fin de dotar a los municipios beneficiarios con activos que contribuyan con la inclusión socioeconómica, la generación de ingresos y empleo, la superación de la pobreza, la reconciliación de los ciudadanos y la consolidación de territorios. Igualmente el proyecto promueve la sostenibilidad, mantenimiento y buen uso de los activos desarrollados por el proyecto, mediante la incorporación de la participación ciudadana y de los actores locales en el control y sostenibilidad de las obras”*.

Además, el texto mismo del Contrato celebrado entre el Municipio y la firma constructora, en las CLÁUSULAS DÉCIMA QUINTA, referente a los Certificados de Disponibilidad Presupuestal, y DÉCIMA SEXTA, que atribuye la contratación de la Interventoría al DPS, hacen relación a que se deberá velar por el progreso con responsabilidad social, señalando que con ello se dará pleno cumplimiento al Convenio Interadministrativo No. 126 de 2014 y en general al Convenio Interadministrativo No. 313 de 2015, celebrados entre el DPS y el Municipio de Cajicá.

Como se ha consignado anteriormente, el conflicto se refiere a un contrato de obra, regulado por las normas de contratación administrativas, antes citadas, por el Convenio Interadministrativo No. 313 de 2015, celebrado entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz – DPS-FIT y el Municipio de Cajicá – Cundinamarca, en desarrollo de los Documentos CONPES 3777 de 2013 y 3821 de 2014, estos últimos modificados por el Documento CONPES 3830 del 3 de junio de 2015, que establecieron condiciones especiales de tipo técnico, financiero y también social, con el objeto de solucionar problemas de inclusión de las comunidades, para efectos de dar cumplimiento al Acuerdo de Paz celebrado entre el Estado Colombiano y el grupo guerrillero FARC.

El Contrato previó dos Etapas: La Etapa 1, para la cual se estipuló que el Contratista debía entregar el proyecto en fase de estructuración final, con la revisión, verificación, validación, ajuste y complementación requerido, avalados por la interventoría y la verificación de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

totalidad de la documentación mínima requerida para la ejecución de la Etapa 2 por parte del Grupo de Infraestructura y hábitat del DPS.

La etapa 1 se cumplió íntegramente por parte del Contratista, pero no pudo ejecutarse la Etapa 2, porque, como quedó visto, el Grupo de Infraestructura y Hábitat del DPS encontró que no iba dirigida a un grupo de inclusión social. Además, porque, como lo explicó la señora Representante del Ministerio Público y, de acuerdo con ella lo considera el Tribunal, a diferencia de la Etapa 1, la Etapa 2 estaba sometida a una condición, que de no cumplirse implicaba la terminación del Contrato, como era la decisión favorable del Grupo de Infraestructura y hábitat del DPS.

El Tribunal transcribe a continuación el concepto de la delegada:

“A la luz de lo que establece el artículo 28 citado, de la cláusula transcrita se advierte que el pago de la etapa de pre construcción, o etapa 1 no estaba sometido a una condición; en efecto, en la cláusula quinta se estipuló que los sesenta millones de pesos, acordados como contraprestación, se desembolsarían una vez el contratista y el municipio entregaran al DPS – el proyecto enfase de estructuración final con la revisión y verificación, validación, ajuste y complementación requerido, avalado por la interventoría y la verificación de la totalidad de la documentación mínima requerida para la ejecución de la etapa 2 por parte del grupo de infraestructura y hábitat del DPS.

De otra parte, en la cláusula vigésima primera del convenio interadministrativo No. 313 de 2015 se estableció que cuando como resultado del proceso de pre construcción no se pueda revisar, ajustar, complementar y/o validar los estudios y diseños; es decir, que estos no sean aptos para desarrollar y efectuar la construcción objeto del presente convenio, o no se obtenga la viabilidad técnica y/o financiera del proyecto, se podrá suspender temporalmente o dar por terminada la ejecución del contrato de obra en forma anticipada cuando a juicio del DPS-FIP, la ejecución de los proyectos del convenio objeto del proyecto no pueda desarrollarse o llevarse a acabo, sin que ello genere responsabilidad frente al contratista así como del DPS-FIP frente a la entidad territorial.

La precitada estipulación, a la que hace alusión la entidad territorial convocada, como vinculante frente al contrato COP 020 de 2015, se remite a la ejecución de la fase 2 del contrato, nótese que allí se establece que el concepto de viabilidad dependerá del resultado de la etapa de pre construcción, y es a ese resultado al que se condiciona la suspensión o terminación del proyecto, lo que no implica que de presentarse estas circunstancias, no haya lugar al pago de las prestaciones cumplidas por el contratista en la etapa de pre construcción.

Por lo que para esta procuraduría no es de recibo el argumento de la entidad territorial convocada, según el cual, el pago de dichas prestaciones, estaba sometido a una condición resolutoria, y que al presentarse la contingencia, se extinguía dicha obligación a cargo.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

El **DPS** entregó los **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)**, acordados, tanto en el Convenio como en el Contrato, al **MUNICIPIO DE CAJICÁ**, y teniendo en cuenta que **EL CONTRATISTA** cumplió con las obligaciones adquiridas con relación a la Etapa 1 del Contrato, el Tribunal dispondrá que deberán ser pagados por el Municipio de Cajicá al Contratista, debidamente actualizados.

No obstante, respecto de los gastos que **EL CONTRATISTA** solicita le sean cancelados, por sobre la suma de los **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)**, el Tribunal no ordenará su pago, ya que el **PARÁGRAFOTERCERO** de la misma **CLÁUSULA SEXTA** del Convenio 133, previó que la ENTIDAD TERRITORIAL debía incluir en el Pliego de Condiciones del proceso de selección correspondiente, como en efecto lo hizo, *“que el sistema de pago para la Etapa 1 es hasta por el precio global fijo sin fórmula de ajuste (cuando aplique esta etapa); en consecuencia el precio pactado en el numeral 1 de la presente cláusula, incluye todos los gastos directos e indirectos en que incurra el contratista de obra en la ejecución de dicha etapa.”* (El subrayado es nuestro), condición que fue así en efecto incorporada en los pliegos de licitación y plasmada igualmente en el Contrato de Obra COP 020, en el párrafo 3 de la cláusula quinta, que reza:

“PARAGRAFO 3: El precio establecido para la etapa 1 es un precio global fijo sin formula de reajuste, en consecuencia el precio pactado incluye todos los gastos directos e indirectos en que incurra el contratista de obra en la ejecución de dicha etapa”.

Además, el Tribunal observa que, con excepción del pago efectuado por la convocante para la constitución de las pólizas del Contrato de Obra COP 020, en cuanto a los restantes documentos aportados por la convocante como soporte probatorio de los gastos adicionales que reclama, si bien los mismos dan cuenta de la realización de pagos por concepto de personal, compra de materiales y otros similares, no se desprende de los mismos por sí solos que se hubiere tratado de gastos realizados con ocasión del Contrato de Obra COP 020, ni tampoco la necesaria relación de causalidad entre los mismos y un eventual incumplimiento por parte de la Entidad Contratante, cuando, por el contrario y tal como se ha señalado, en el Contrato se acordó por las partes que *“En caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de preconstrucción, resulte inviable técnica y/o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS-FIP el municipio solamente pagará al contratista el valor de la ETAPA 1 previo desembolso que realice el DPS – FIP”⁷⁶*, estipulándose, además, que el precio establecido para la etapa 1 era un precio global fijo que, por lo tanto, incluía *“todos los gastos directos e indirectos en que incurra el contratista de obra en la ejecución de dicha etapa”⁷⁷*.

Estas condiciones fueron conocidas y aceptadas por Construcciones Mac Ltda al presentar su propuesta y celebrar el contrato de obra COP 020 de 2015, quien, en consecuencia, asumió el riesgo que se derivaba de que en la práctica, tal como en efecto ocurrió, no se

⁷⁶ Parágrafo 2 de la cláusula quinta del Contrato COP 020 de 2015

⁷⁷ Parágrafo 3 de la cláusula quinta del Contrato COP 020 de 2015

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

ejecutara la Etapa 2 al resultar inviable técnica y/o financieramente la ejecución del Proyecto, aceptando además, expresamente, que en tal caso el Municipio solamente pagaría al contratista el valor correspondiente a la Etapa 1, tal como en efecto así será dispuesto por el Tribunal en la parte resolutive del laudo.

Ahora bien, en cuanto se refiere a las pólizas constituidas por el Contratista, cuya prima se encuentra incluida como parte de pagos adicionales a los 60 millones de la Etapa 1, el Tribunal observa que, en efecto, de acuerdo con lo ordenado por la ley, el Contratista otorgó, a favor del Municipio, en calidad de beneficiario, la Garantía Única de Cumplimiento, con los amparos determinados por la ley, dada la naturaleza del contrato. Como lo disponen las normas legales correspondientes, debía comprender los siguientes amparos de:

1. Cumplimiento de las obligaciones.
2. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.
3. Estabilidad y calidad de la obra, y
4. Responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Contrato debía ejecutarse en dos etapas, de estos amparos sólo eran pertinentes para la Etapa 1, que fue la que se ejecutó, los dos primeros, cuyo plazo se determinó por el Contrato en un mes.

En cuanto a los dos amparos siguientes, que se dirigían a garantizar la Etapa 2, la cual no se llegó a ejecutar por disposición de DPS, es evidente que la suma pagada por el Contratista como prima para obtener la cobertura, no llegó a comprometerse, teniendo en cuenta que no podía ocurrir ni ocurrió el riesgo amparado, así como tampoco se causó la parte proporcional de la prima correspondiente a los amparos de cumplimiento y salarios de la Etapa 2 del Contrato.

Lo anteriormente expuesto, se encuentra regulado por los artículos 1062 y 1065 del Código de Comercio, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1062. EXCUSA DE NO CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA. Se excusará el no cumplimiento de la garantía cuando, por virtud del cambio de circunstancias, ella ha dejado de ser aplicable al contrato, o cuando su cumplimiento ha llegado a significar violación de una ley posterior a la celebración del contrato.”

Norma que en el caso de estudio se refiere al hecho de que la Etapa 2 no llegó a ejecutarse, por la decisión del DPS, sin necesidad de tener en cuenta el tiempo transcurrido, dentro del plazo de su vigencia, en concordancia con el artículo 1065, que sí señala la disminución de la prima por el tiempo no corrido.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

“ARTÍCULO 1065. REDUCCIÓN DE LA PRIMA POR DISMINUCIÓN DEL RIESGO. En caso de disminución del riesgo, el asegurador deberá reducir la prima estipulada, según la tarifa correspondiente, por el tiempo no corrido del seguro, excepto en los seguros a que se refiere el artículo 1060, inciso final”.

Por tanto, el Tribunal considera que el Contratista, teniendo en cuenta los tiempos de vigencia de los amparos y la inexistencia de riesgos por la inejecución de la Etapa 2, podría solicitar la devolución de las primas pagadas por estos dos conceptos, con la debida actualización, pero no al Municipio porque éste no fue el que las recibió, sino a la Aseguradora, que deberá hacer los cálculos pertinentes para efectos de la devolución.

2.13 CONSIDERACIONES SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DERIVADO DE LA INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN, LOS DEBERES EMANADOS DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y OTROS HECHOS ALEGADOS POR LA CONVOCANTE

Como se anotó, en los fundamentos de derecho de la demanda la Parte Convocada señaló que el incumplimiento del contrato por parte del Municipio de Cajicá se había presentado, por una parte, debido a la inobservancia del principio de planeación y, de otra parte, debido al incumplimiento del principio de la buena fe y los deberes emanados del mismo.

Pasa a continuación el Tribunal a referirse brevemente a estos puntos, así:

2.13.1 El incumplimiento derivado de la inobservancia del principio de planeación

Bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes al momento de suscribir contratos y el principio de planeación en la contratación estatal, el Convocante argumenta que la entidad licitante debe adelantar con rigor todas las medidas y acciones que conlleven a establecer las condiciones de selección del contratista y ejecución del contrato. Por ello, *“argumentar la inviabilidad del contrato de obra, una vez iniciada la ejecución del mismo y habiéndose cumplido satisfactoriamente la primera etapa, por temas diferentes a aspectos técnicos y/o financieros, resulta un agravio al ordenamiento jurídico y al principio de planeación por parte de la entidad estatal, pues está esgrimiendo elementos ajenos a los establecidos en el contrato y que, se repite, debieron haber sido verificados en la etapa de planeación(...) Resulta inverosímil que mi representado se vea obligado a soportar un perjuicio como consecuencia de una falta de planeación por parte de la entidad contratante.”*⁷⁸

Al respecto, procede el Tribunal a referirse al desarrollo normativo y jurisprudencial del principio de planeación en la contratación estatal y analizar si en el caso concreto se incumplió el mismo.

2.13.1.1. Aspectos generales del principio de planeación

⁷⁸Folios 21 a 24 Cuaderno Principal No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Aunque no hay norma que enuncie el principio de planeación, dentro de la Ley 80 de 1993 se encuentra su desarrollo, así:

“Artículo 25. (...) 6) Las entidades estatales abrirán licitaciones, iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. 7) La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso. (...) 12) Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. 13) Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. 14) Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.”

“Artículo 26. (...) 3) Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”

“Artículo 30. 1) El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad. 2) La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.”

Igualmente, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente, al analizar el principio de planeación en materia contractual:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente que, en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y, por supuesto, mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y la disponibilidad en el mercado nacional o internacional, de proveedores o constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato.

Del aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance señalados en la Ley 80 de 1993, emergen con obvedad los deberes, la diligencia, el cuidado, la eficiencia y la responsabilidad con los cuales ha de conducir sus actuaciones todo administrador público a quien se le confía el manejo de dineros y recursos que en modo alguno le pertenecen, que son de carácter oficial, que han de destinarse a la satisfacción del interés general, en desarrollo de las funciones y precisas competencias atribuidas a la respectiva entidad, con miras al cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general.”⁷⁹

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Rad. 23829. C.P. Hernán Andrade Rincón.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

2.13.1.2. Consecuencias del incumplimiento del principio de planeación

En primer lugar, debe aclararse que tanto la entidad estatal como el contratista, deben observar el principio de planeación al momento de elaborar contratos. Así lo ha dicho el Consejo de Estado:

"También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal."⁸⁰(Subrayado fuera del texto original)

Entonces, no observar la planeación en la etapa precontractual trae consecuencias tanto para el contratista como para la entidad contratante. Frente a esto, la jurisprudencia ha desarrollado dos posturas.

Por un lado, se califican las fallas en la planeación como causal de nulidad absoluta del contrato.

"El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder.

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal, aunque por supuesto habrá de configurar otra.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; Sentencia del 18 de marzo de 2015; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Radicación: 730012331000200402147 01 (33223). CITADO EN: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 28 de enero de 2016. Rad. 34454. C.P. Martha Nubia Velasquez Rico. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 1 de junio de 2017. Rad. 36117. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.”(Subrayado fuera del texto original)

Por otro lado, ha señalado también nuestra Jurisprudencia que incumplir el principio de planeación trae como consecuencia responsabilidad por incumplimiento del contrato de la cual se deriva la indemnización de perjuicios.

“A juicio de esta Sala, la violación del principio de planeación, por una parte, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y, por otra, no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito. En efecto, la ilicitud que la sentencia encontró probada se trasladó del objeto del contrato propiamente dicho a la etapa previa a la celebración, en cuanto exigió que, en últimas, ambas partes debían tener certeza de la disponibilidad de los predios, antes de celebrar el contrato de obra. Es decir, que halló probada una supuesta ilicitud en la fase previa a la celebración del contrato y no propiamente en las cláusulas de lo que sería el contrato.

(...)

La falta de planeamiento —que viene a ser algo así como el descuido, la incuria, la dejadez, la falta de diligencia y cuidado en prever con anticipación los recursos humanos, físicos, financieros, etcétera, para encarar la celebración y ejecución de un determinado contrato— puede generar responsabilidad por incumplimiento, si esa falta de planeamiento malogra la cumplida ejecución del contrato. Y esa responsabilidad le puede caber tanto al contratante como al contratista, según la posición jurídica en que se encuentren frente a cada obligación. No necesariamente la violación del principio de planeamiento conduce a la nulidad por objeto ilícito. Lo sería sí, luego, al pactar las cláusulas estas resultan ilícitas y si dicha ilicitud vendría a ser la consecuencia del desconocimiento del principio de planeamiento. Cosa que no se demostró en el caso de autos.”⁸¹(Subrayado fuera del texto original)

2.13.1.3 El principio de planeación en el caso concreto

⁸¹Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Exp. 11001031500020130191900. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Luego de analizar el principio de planeación y las consecuencias que se derivan de la inobservancia al mismo, este Tribunal encuentra que efectivamente se transgredió el principio analizado anteriormente, es así como tanto el Municipio de Cajicá como el Departamento de Prosperidad Social quebrantaron la observancia de la planeación en la etapa precontractual, al dar lugar a la celebración del contrato de obra sin encontrarse previamente confirmada la viabilidad social. Es decir, que, si la Convocada hubiese observado este principio, la visita de pertinencia social por parte del Departamento para la Prosperidad Social se hubiera realizado antes de iniciar la licitación y sería efectivo el proceso de selección que se convocó tanto para una etapa de revisión de estudios y diseños y posteriormente para una etapa de ejecución de la obra, construcción.

Es así como, considera el Tribunal que tanto la Alcaldía de Cajicá como el DPS incurrieron en falta de diligencia y planeación al programar una vía y adjudicar su ejecución de obra, con la financiación del DPS sin previamente cerciorarse y estar seguros de la viabilidad social del proyecto. La iniciativa de realizar la vía era de la Alcaldía y no del contratista.

El D.P.S. no es parte en este trámite arbitral, ni tampoco lo fue en el contrato entre Construcciones Mac Ltda y el Municipio de Cajicá, pero si iba a financiar la obra debía saber, de antemano, si era viable socialmente, luego también falló en la planeación del proyecto.

En consecuencia, para el Tribunal le cabe razón a la agente del Ministerio Público cuando refiriéndose en la página 14 de su concepto al principio de planeación en la contratación estatal manifiesta: *"este principio está íntimamente relacionado, con las cargas que en la etapa precontractual deben asumir las partes, tanto contratista como contratante, que comprenden la de la buena fe, la diligencia y la sagacidad, por lo que su transgresión por cualquiera de las partes, puede generar responsabilidad y la asunción de los riesgos que implica asumir dichas cargas"....*

Como se desprende de lo anterior, todas esas disposiciones normativas determinan una serie de actuaciones que las entidades del estado deben realizar antes de adelantar un proceso de contratación y así lo ha reconocido el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en numerosos pronunciamientos indicando que el cumplimiento al principio de la planeación constituye un deber en cabeza de la administración pública, en tanto y cuanto se corresponde con los deberes que tiene el estado relacionados con una correcta administración de los recursos públicos y el buen desempeño de las funciones públicas.

Así las cosas, el principio de la planeación se refiere a las diferentes actividades que deben realizar las entidades del estado antes de adelantar un proceso de contratación con el fin de establecer con total claridad, entre otras cosas, el objeto del contrato, el presupuesto asignado, con el fin de garantizar el pago de las obligaciones que se generen con la celebración del negocio jurídico, todo ello con la finalidad de satisfacer el interés general.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Precisamente el interés que tuvo el legislador al ocuparse de normas tendientes a la planeación es que la administración pública tenga plena certeza y conocimiento respecto de las necesidades y la problemática que pretende solventar mediante la contratación estatal, de forma tal que tenga absolutamente claro qué y cómo ejecutar el objeto del contrato. En el mismo sentido, el propósito del legislador fue propender por la racionalización de los recursos públicos y, en razón a ello, es que impuso en cabeza del estado el deber de actuar en forma diligente y coherente en tratándose de las decisiones que adopte encaminadas al cumplimiento de las finalidades públicas.

No obstante, este principio también involucra a los contratistas quienes, también deben manifestar las salvedades a que haya lugar, antes de la suscripción del contrato con el objeto de cumplir con los fines de la administración pública.”

Ahora bien, en punto a las consecuencias del incumplimiento del principio de planeación de cara a las pretensiones formuladas en la demanda, el Tribunal despachará favorablemente el pago de la etapa 1 del contrato COP 020 de 2015, según se ha señalado, pero tal como ya se ha expuesto precedentemente no habrá lugar a la condena adicional por la etapa 2, en primer lugar, porque esta fase no se ejecutó y, además, porque de acuerdo con lo pactado en el Contrato, su iniciación se encontraba condicionada, tal como se ha expuesto en otros apartes del Laudo, siendo claro que el contratista conoció y aceptó que podría presentarse esta circunstancia, tal como en la práctica ocurrió, de no darse inicio a la Etapa 2 y, en consecuencia, no llevarse a cabo la obra, como resultado de que se estableciere la inviabilidad del proyecto.

2.13.2 La inobservancia de la buena fe por parte del Municipio de Cajicá

Considera el Convocante que el Municipio de Cajicá en virtud del principio de buena fe específicamente los deberes de lealtad, diligencia e información, incumplió ciertas obligaciones consistentes en poner en conocimiento del otro la información necesaria para la ejecución idónea del contrato, prever y anticiparse a circunstancias que afecten el desarrollo del contrato y dar respuesta a inquietudes que surjan durante la ejecución contractual.

Al respecto, manifestó el convocante en el escrito de la demanda:

“No se entiende por parte del demandante cuál fue el fundamento o la justificación que condujo a que el MUNICIPIO, en su calidad de contratante, omitiera dar respuesta, en primer lugar, a los estudios y diseños presentados por parte del contratista, de suerte que permitiera dar inicio inmediato a la fase de obre; y en segundo término, a los diferentes requerimiento escritos enviados por mi representado en los cuales manifestaba su preocupación respecto a la paralización del contrato por hechos de los cuales no tenía conocimiento, solicitando se le informara sobre el inicio de la Etapa 2 y concomitantemente, poniendo en consideración los perjuicios a los que se estaba viendo avocado y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

que, con el paso del tiempo, se agravaron por tal situación. (...) Tampoco se evidenció que el MUNICIPIO tomara acciones y medidas en procura de defender los intereses de las partes en el contrato y evitar la consecución de perjuicios a su contratista. (...) En atención a la lealtad contractual que se deriva del principio de la buena fe, no se entiende cómo el MUNICIPIO, aun teniendo facultades excepcionales al derecho privado y, en todo caso, mecanismos o instrumentos jurídicos, tanto del derecho común como del estatuto general de contratación para prever, conjurar y reglamentar cualquier situación que se pudiese presentar como vicisitud contractual, no hubiese hecho uso de los mismos.⁸²

Por lo anterior, procede el Tribunal a desarrollar el principio de buena fe contractual, el cual se ha entendido paralelo al principio de planeación en la etapa precontractual y de ejecución de los contratos estatales.

Frente al tema, el Consejo de Estado sostiene que:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe (...) el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado (...) [la buena fe contractual] estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato (...) se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”⁸³(Subrayado fuera del texto original)

En cuanto a los deberes del principio de buena fe se resaltan el de información y el de cooperación entre las partes del contrato. Al respecto, ha dicho la jurisprudencia:

“Dentro de tales deberes que impone la buena fe contractual está el de brindar información a la otra parte porque el contrato es un instrumento que permite la

⁸²Folios 24 a 27 Cuaderno Principal No. 1

⁸³Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 19 de noviembre de 2012. Rad. 22043. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

satisfacción de los intereses de cada uno de los contratantes (...) y por ello hoy en día también se habla de un “deber de cooperación” o de solidaridad contractual que se resume en la idea de que cada contratante debe tener en cuenta y respetar el legítimo interés de su co-contratante (...) lo que se acaba de expresar se realza y adquiere mayor entidad en los terrenos de la contratación estatal porque la finalidad que se persigue es la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y por consiguiente aquí ese deber de cooperación o de solidaridad contractual se torna esencial toda vez que en últimas su observancia, más que proteger el interés de cada contratante individualmente considerado, protege el interés de la colectividad (...) hay eventos en que de manera clara el deber de informar se impone como consecuencia de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales y, en concreto, habida cuenta de la función social y económica del contrato.⁸⁴

(Subrayado fuera del texto original)

Se detiene el Tribunal sobre este punto, para recordarle al Convocado que al momento de suscribir contratos se deben observar ciertos deberes de conducta, como lo es el de información y colaboración, que no pueden omitirse ni pretender que el contratista deba asumirlos por encontrarse dentro del clausulado ciertas condiciones para la ejecución o continuación de otros contratos.

En conclusión, el Municipio de Cajicá no observó algunos deberes de conducta inmersos dentro de todo contrato, como lo es el de información, toda vez que el contratista elevó en diferentes oportunidades solicitudes que no fueron contestadas de manera oportuna. Por ello, este Tribunal resalta dicho incumplimiento, el cual nuevamente confirma la conclusión a la que ha llegado el Tribunal en el sentido de condenar al pago de la etapa 1 del contrato COP 020 de 2015.

2.13.3 Otros hechos alegados por el convocante y, en particular, lo concerniente al silencio administrativo positivo:

La parte Convocante alegó en la demanda que se configuró el silencio administrativo positivo respecto a (i) la necesidad de realizar ajustes a los APUs no previstos (Hechos 35 al 38), (ii) la entrega de los estudios y diseños definitivos de la estructura de pavimentos (Hecho 39) y (iii) la manifestación de preocupación por los retrasos en el inicio de la etapa 2 del contrato, una vez acreditados todos los requisitos necesarios (Hechos 40 al 42). Al respecto el Tribunal encuentra oportuno realizar las siguientes consideraciones:

2.13.3.1 Marco general del silencio administrativo positivo.

En relación con el silencio administrativo positivo, la Doctrina lo ha considerado como un verdadero acto administrativo, “*equivalente en todo a la autorización o aprobación expresas a*

⁸⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 19 de noviembre de 2012. Rad. 22043. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

*las que suple (...) una vez producido aquél, no le era posible a la Administración resolver de forma expresa en sentido contrario.*⁸⁵

Entonces, *“la presunción del legislador es precisamente la de otorgarle a la inactividad de la administración el carácter de respuesta favorable a los intereses del peticionario.”*⁸⁶

Así mismo, la Jurisprudencia ha señalado que *“se trata de un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, tiene un efecto que puede ser negativo o positivo. En el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.”*

*La configuración del silencio positivo genera un acto presunto que tiene que ser respetado por la Administración. En otras palabras, una vez se ha producido el silencio positivo, la Administración pierde competencia para decidir la petición o recurso respectivos.”*⁸⁷
(Subrayado fuera del texto original)

La Ley 1437 de 2011 dispone en su artículo 84 que *“Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.”*

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código.” (Subrayado fuera del texto original)

De igual forma, en el artículo 85 se describe el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo así: *“La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.*

La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico.”

En cuanto a su configuración en los contratos estatales, el numeral 16 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 dispone que *“en las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes,”*

⁸⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2000) Curso de Derecho Administrativo I. Civitas Ediciones, S.L. Madrid. Página 594.

⁸⁶ Martínez, Paola (2013) Práctica Administrativa. Jurídica Radar Ediciones. Bogotá D.C. Página 130.

⁸⁷ Consejo de Estado (2018) Expediente 21805. C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo". Además, el Consejo de Estado ha señalado que para que se configure el silencio administrativo positivo no solo se requiere el mero transcurso del tiempo, adicionalmente se debe probar: "i) que la solicitud se presente durante la ejecución del contrato; ii) que el peticionario, con su solicitud, aporte las pruebas que den lugar a deducir la obligación que se reclama; iii) que no se pretenda entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual; iv) que la petición se refiera a un derecho del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público y v) que lo pedido tenga que ver con asuntos relacionados con la actividad del contratista y no del contratante"⁸⁸. (Subrayado fuera del texto original)

2.13.3.2 De las peticiones presentadas por el Contratista.

A continuación, se presenta el contenido de las peticiones que el Convocante presentó a la entidad Convocada y de las cuales en el escrito de la demanda solicita la configuración del silencio administrativo positivo.

- Oficio MAC-020-2015-020 radicado el 29 de junio de 2016.⁸⁹

"Teniendo en cuenta que fue necesario ajustar los diseños inicialmente presentados por la administración municipal de Cajicá, se hace necesario incluir unos ítems no previstos en el contrato, anexamos los análisis de precios unitarios de estos y el balance teniendo en cuenta las cantidades con los nuevos diseños, para su revisión y aprobación (8 folios anexos). Dicho balance contempla la ejecución de la totalidad del proyecto según el objeto contractual."

- Oficio MAC-020-2015-021 radicado el 5 de julio de 2016.⁹⁰

"Muy atentamente nos dirigimos a ustedes con el fin de entregar los nuevos diseños resultantes de la revisión de los presentados por la administración municipal de Cajicá para la ejecución del contrato de la referencia."

Los documentos que se entregan son:

- Informe de volúmenes de tránsito (35 folios)*
- Estudio y diseño de la estructura del pavimento (72 folios)*
- Rediseño de redes y alcantarillado sanitario y alcantarillado pluvial (37 folios, 6 planos de pliego de: planta diseños hidrosanitarios (3), perfil diseño alcantarillado sanitario, perfil diseño alcantarillado pluvial norte, perfil diseño alcantarillado pluvial sur).*

⁸⁸Consejo de Estado. (2015) Expediente 33127. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁸⁹ Folios 249 al 257 Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁰ Folio 281 Cuaderno de Pruebas No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

-Presupuestos APUs de ítems no previstos y planos con los nuevos diseños (8 folios, 4 planos de pliego de: planta diseño vía (3) y perfil diseño de la vía)."

- Oficio radicado el 11 de agosto de 2016.⁹¹

"Por segunda vez, después de reiterativas solicitudes verbales, nuevamente nos dirigimos por escrito a ustedes con el fin de manifestar la preocupación por el tiempo que ha transcurrido desde la fecha de legalización del contrato de la referencia y el inicio de la etapa pre-constructiva del proyecto (según acta de inicio de fecha 11 de mayo de 2016), y de la realización de los ajustes a los diseños según observaciones presentadas por la interventoría, por cuanto a la fecha no ha sido posible por causas ajenas al contratista el inicio de las obras pactadas dentro del objeto contractual.

Cabe aclarar que nuestra compañía ha venido realizando actividades obligatorias convenidas por las partes con tiempo de antelación al acta de inicio del contrato tales como socialización ante la comunidad, elaboración de actas de vecindad, construcción de un campamento, contratación de personal profesional, técnico y mano de obra no calificada, alquiler y disponibilidad de maquinaria necesaria, adquisición de los materiales críticos para la ejecución del proyecto.

Todo lo anterior como se detalla más adelante, ha venido generando gastos e inversiones a cargo de nuestra empresa, sin tener algún tipo de ingreso por parte de la ejecución del proyecto de la referencia, lo cual ha generado un hueco financiero en la economía nuestra ya que no se tenía presupuestado que la ejecución del proyecto iba a tener tanto tiempo muerto, por hechos y causas que a la fecha no nos ha precisado y que sin duda no han sido responsabilidad del contratista, sino exclusiva responsabilidad del municipio de Cajicá y el DPS, suscriptores del convenio 313 del 2015, el cual dio origen a nuestro contrato de obra 020 de 2015 en comento.

Por tal razón nos vemos en la necesidad de solicitar a ustedes se tomen de manera inmediata y perentoria las medidas necesarias para agilizar y garantizar el inicio de la etapa constructiva del proyecto para así no vernos afectadas las partes involucradas, especialmente nuestra empresa y la misma comunidad beneficiaria del proyecto, pues la comunidad vecina de los municipios de Cajicá y Chía (Cundinamarca), en razón a la socialización realizada y concedora del proyecto, nos ha venido requiriendo y cuestionando por la tardanza y mora en la ejecución del mismo, requiriendo la vía ejecutada, anunciando que van a iniciar acciones y denuncias ante los órganos de control, por lo cual, nosotros como contratistas hemos cumplido con todas las obligaciones precontractuales y contractuales, viéndonos perjudicados económicamente gravemente con el no inicio del proyecto, por causas en cabeza del municipio y del DPS.

⁹¹ Folios 282 al 283 Cuaderno de Pruebas No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Los costos incurridos e invertidos por parte de nosotros como contratista a la fecha bajo la ejecución del contrato están aproximadamente entre los \$600.000.000 (Seiscientos millones de pesos m/cte.) y \$700.000.000 (Setecientos millones de pesos m/cte.).

Por consiguiente, reiteramos nuestra voluntad de ejecutar el objeto contractual conforme a lo pactado y manifestamos respetuosamente a la administración municipal de las graves consecuencias que conlleva para su erario la mora en dar inicio a la ejecución constructiva, por los perjuicios injustificados de que hemos venido siendo objeto, y los cuales no obedecen a causas o circunstancias que puedan imputarse a nosotros y los cuales desde ya solicitamos nos sean cancelados.”

2.13.3.3 De la Escritura Pública de protocolización No. 141 del 22 de febrero de 2018.⁹²

En primer lugar, debe aclararse que el convocante en el escrito de la demanda⁹³ hace mención a las peticiones MAC-020-2015-020 radicada el 29 de junio de 2016, MAC-020-2015-021 radicada el 5 de julio de 2016 y oficio del 11 de agosto de 2016, pero en la escritura pública de protocolización, además, se encuentra la petición MAC-020-2015-019 radicada el 28 de junio de 2016⁹⁴ y aunque no está mencionada la petición MAC-020-2015-020 se encuentra como anexo de la escritura. Por ende, se tendrán en cuenta todas las peticiones descritas anteriormente.

En cuanto al contenido de la petición MAC-020-2015-019 radicada el 28 de junio de 2016 que se encuentra debidamente protocolizada, se expuso:

“Por medio de la presente queremos manifestar nuestra preocupación por el tiempo que ha transcurrido desde la entrega de los nuevos diseños de la vía y redes sanitarias para la vía de la referencia, sin que hasta el momento hayamos tenido respuesta para dar inicio a la ejecución.

La interventoría nos hizo algunas observaciones, las cuales ya fueron aclaradas por nuestro diseñador. Dichos documentos según la interventoría ya reposan en las oficinas del DPS para su revisión, pero a la fecha no hemos recibido el aval para dar inicio al contrato de obra y nuestros profesionales, operarios e instalaciones están disponibles desde el mes de febrero, esperando el inicio del proyecto, generando unos costos altísimos en la parte administrativa que lesiona nuestra empresa.

⁹² Folios 258 al 280 Cuaderno de Pruebas No. 1

⁹³ Folios 11 y 12 Cuaderno Principal No. 1.

⁹⁴ Folios 247 y 248 Cuaderno de Pruebas No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

La empresa desde el momento de la firma del contrato y con el fin de dar cumplimiento a la ejecución del contrato en el menor tiempo posible ha venido adelantando diferentes actividades como la socialización, actas de vecindad, revisión y ajuste de diseños, alquiler de campamento, afiliación de personal profesional, técnico y operadores, lo cual nos ha venido generando unos gastos sin que hasta el momento la empresa pueda cubrir estos con recursos del contrato de la referencia. Dichos gastos generan un desequilibrio económico a la empresa, pues son gastos que no se tenían previstos en la ejecución de la obra.

Solicito muy comedidamente se tomen las medidas del caso con el fin de agilizar la iniciación del contrato de obra, pues nosotros como contratistas hemos aportado todo lo necesario para tal fin y nos hemos visto perjudicados por la demora de su ejecución.”

Por lo anterior, se analizarán todas las peticiones que fueron debidamente protocolizadas conforme al procedimiento exigible y de las cuales se solicitó la configuración del silencio administrativo positivo, esto es, oficios MAC-020-2015-019, MAC-020-2015-020, MAC-020-2015-021 y petición del 11 de agosto de 2016.

2.13.3.4 Análisis de los presupuestos y conclusiones.

Por un lado, la convocada en la contestación de la demanda⁹⁵ se pronunció frente a la configuración del silencio administrativo positivo sin encontrarle asidero legal. Lo anterior, toda vez que conforme al contrato de obra suscrito entre las partes y al convenio 313 de 2015, la etapa 2 solo podía iniciar con la aprobación del interventor y del DPS, en efecto, no podía el Municipio ni estaba facultado para impartir aprobación de los diseños de la etapa 1 y dar inicio a la ejecución de la etapa 2, esto en contravención a lo pactado. Entonces, era el interventor y el DPS quienes debían pronunciarse en un término indefinido sobre la viabilidad de la ejecución de la etapa 2.

En consecuencia, procede este Tribunal a analizar las peticiones que presentó el contratista con el fin de examinar si las mismas cumplen con los requisitos legales y jurisprudenciales para la configuración del silencio administrativo positivo.

- i) Frente al requisito legal del plazo, se establece que el vencimiento para dar respuesta a cada una de las peticiones fue así:
 - a) Petición MAC-020-2015-019 radicada el 28 de junio de 2016 debía ser contestada a más tardar el 28 de septiembre de 2016.

⁹⁵ Folios 142 y 143 Cuaderno Principal No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

-
- b) Petición MAC-020-2015-020 radicada el 29 de junio de 2016 debía ser contestada a más tardar el 29 de septiembre de 2016.
 - c) Petición MAC-020-2015-021 radicada el 05 de julio de 2016 debía ser contestada a más tardar el 5 de octubre de 2016.
 - d) Petición del 11 de agosto de 2016 radicada el 11 de agosto de 2016 debía ser contestada a más tardar el 11 de noviembre de 2016.

En conclusión, el plazo para contestar todas las peticiones se encuentra vencido toda vez que no hay prueba dentro del expediente que indique que si se notificó de manera oportuna alguna respuesta a los oficios presentados por el contratista.

Por otro lado, del análisis de los requisitos jurisprudenciales, se encuentra necesario hacer la misma aclaración a todas las peticiones, por ende, se hará una sola justificación a la improcedencia del silencio administrativo positivo así:

- i) que la solicitud se presente durante la ejecución del contrato.*

Se concluye que las peticiones fueron presentadas durante la ejecución de la etapa 1 del contrato, cumpliéndose así con este requisito.

- ii) que el peticionario, con su solicitud, aporte las pruebas que den lugar a deducir la obligación que se reclama.*

Dentro de las peticiones no se encuentran pruebas que acrediten alguna obligación a cargo del contratante para iniciar la ejecución de la etapa 2.

En la petición MAC-020-2015-019 el contratista se limita a manifestar la preocupación por la demora en el inicio de la etapa 2 y solicita agilizar dicho trámite, pero no se evidencia alguna prueba que indique que el retraso este a cargo del Municipio.

Así mismo, en el oficio MAC-020-2015-020 se adjunta el balance al contrato y APU's no previstos, sin encontrarse prueba de obligaciones pendientes por parte del Municipio.

En petición MAC-020-2015-021 se hace entrega del estudio y diseño de la estructura del pavimento definitivo, cumpliendo así la obligación que tenía a cargo el contratista, pero estando pendiente la condición del inicio de la etapa 2, esto es, la aprobación de la Interventoría y del DPS.

Por último, en el oficio del 11 de agosto de 2016 nuevamente el contratista manifiesta la preocupación en la demora para suscribir el acta de inicio de obra, pero no hay prueba de obligaciones pendientes a cargo del contratante.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Es decir, que no se cumple con este requisito jurisprudencial, toda vez que no hay pruebas que evidencien que la demora en el inicio de la etapa 2 estuviese a cargo del Municipio de Cajicá y que debía aceptarse la petición reclamada por el contratista.

- iii) que no se pretenda entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen un procedimiento especial en el estatuto contractual.*

De la lectura del convenio interadministrativo 313 del 2015 y el pliego de condiciones del contrato de obra COP-020 de 2015, se está ante un procedimiento especial por cuanto el inicio de la etapa 2 del contrato estaba sujeta a las siguientes condiciones:

- *“Para que el Municipio pueda realizar los pagos correspondientes a la etapa 2, debe haber quedado debidamente aprobada la estructuración de la etapa 1 por el grupo de infraestructura y hábitat del DPS, y la suscripción del acta de inicio de obra de la segunda etapa, la cual deberá ser revisada y aprobada por el Supervisor del convenio suscrito entre el Municipio y el DPS.*

En caso de que como resultado de la ejecución de la etapa de preconstrucción, resulte inviable técnica y/o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS. FIP el municipio solamente pagará al contratista el valor de la etapa 1 previo desembolso que realice el DPS-FIP.⁹⁶

- *“Cuando, como resultado de la etapa de preconstrucción (cuando aplique esta etapa) no se pueda revisar, ajustar, complementar y/o validar los estudios y diseños; es decir, que éstos no sean aptos para desarrollar y efectuar la construcción objeto del presente convenio, o no se obtenga viabilidad técnica y/o financiera del proyecto, se podrá suspender temporalmente o dar por terminada la ejecución del contrato de obra en forma anticipada cuando a juicio del DPS-FIP, la ejecución de los proyectos del convenio el objeto del proyecto no pueda desarrollarse o llevarse a cabo, sin que ello genera responsabilidad alguna para la ENTIDAD TERRITORIAL frente al contratista, así como del DPS – FIP frente a la ENTIDAD TERRITORIAL.⁹⁷*

Como se evidencia en la comunicación suscrita por el Director de Infraestructura Social y Hábitat del DPS⁹⁸, de la visita realizada el 12 de julio de 2016 se evidenció que el Proyecto no era pertinente, debido a que la población beneficiaria no era objeto de intervención por parte de Prosperidad Social. Así las cosas, el proyecto concluye con la etapa de preconstrucción pagando únicamente lo concerniente a la etapa 1 del contrato.

En conclusión, para el Tribunal no se cumple con este requisito jurisprudencial, pues finalizar la etapa 1 para iniciar la ejecución de la etapa 2 estaba condicionada a un procedimiento especial de pertinencia social, el cual no fue cumplido y conforme a lo acordado por las

⁹⁶Pliego de condiciones definitivo – licitación pública. Folio 97 Cuaderno de pruebas No. 1.

⁹⁷ Convenio Interadministrativo 313 de 2015- Folio 42 Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁸ Folio 656 Cuaderno de Pruebas No. 1.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

partes no podía ejecutarse la totalidad del proyecto. En consecuencia, no da lugar al cumplimiento de los requisitos para la configuración del silencio administrativo positivo.

- iv) que la petición se refiera a un derecho del contratista, preexistente a la solicitud y que requiera sólo la formalidad o declaración del contratante público.*

De conformidad con lo expuesto en el numeral anterior, para iniciar la etapa 2 del proyecto debía contarse con la aprobación del Interventor y del DPS, situación que para el momento de la presentación de las peticiones no se había efectuado y, por ende, no tenía el contratista ningún derecho adquirido del cual se pudiera exigir su cumplimiento por parte del Municipio de Cajicá. En consecuencia, no había ningún derecho preexistente a la solicitud y por ello no se cumple con este requisito.

- v) que lo pedido tenga que ver con asuntos relacionados con la actividad del contratista y no del contratante.*

En síntesis, la solicitud del contratista era iniciar la ejecución de la etapa 2 del Proyecto, es decir, la obra, entonces, se puede concluir que lo pedido si era una actividad a cargo del contratista, la construcción. Cumpliéndose así con este requisito.

Del análisis que antecede y, en conclusión, no se configuró el silencio administrativo positivo al no cumplirse con todos los requisitos exigibles, tal como se expuso anteriormente, y en esta medida, el Tribunal desestimaré dicha pretensión del convocante.

2.14 PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA OPOSICIÓN EXPUESTA POR LA PARTE CONVOCADA CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la convocada mediante escrito radicado el 17 de septiembre de 2018⁹⁹ contestó la demanda, oponiéndose a los hechos y pretensiones. Si bien la convocada no formuló excepciones, el Tribunal procederá a referirse sucintamente a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda como fundamento de su oposición a la prosperidad de las pretensiones, reiterados así mismo en los alegatos de conclusión que presentó.

En este sentido, comienza el Tribunal recordando que frente a los hechos de la demanda la convocada señaló que, conforme al documento CONPES 3830, a los Municipios solo les compete una labor de coordinación en relación con la ejecución de los proyectos.

Por ello, sostuvo que la discrecionalidad del DPS para declarar la inviabilidad de un proyecto es inobjetable, pues este puede modificar o ajustar el proyecto por razones de precio, conveniencia u oportunidad. Añadió que el factor social al que hace referencia el

⁹⁹Folios 135 a 153 Cuaderno Principal No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

demandante, para el DPS es un factor “técnico”, factor determinante, frente a la ley, que justifica la inversión.

Así mismo, argumentó que *“el acta de inicio suscrita por las partes solo aplicaba para la etapa 1 o pre construcción, lo demás, es la información general del Contrato, de tal suerte, que para el inicio de la etapa 2 o de construcción necesariamente debía levantarse la correspondiente acta de inicio, previa autorización de la interventoría, cosa que nunca ocurrió; luego el supuesto impacto financiero del contrato por el retraso en el inicio de las obras es inexistente, por cuanto, nunca se autorizó el inicio de los trabajos de la etapa 2 o de construcción.”*

Añadió, igualmente, que el contratista motu proprio invirtió en gastos que sólo debían apropiarse en el momento en que el DPS diera el beneplácito de la etapa 1 y el interventor autorizara y se firmara la correspondiente acta de inicio de la etapa 2, nada de lo cual sucedió, por lo que, a su juicio, no se trata de perjuicios jurídicamente indemnizables por parte del Municipio.

De igual forma, al oponerse a las pretensiones, el apoderado de la parte convocada sostuvo en la contestación de la demanda, que las pretensiones son contrarias a las previsiones contractuales y a lo realmente ejecutado. Esto, porque en la medida en que la etapa 2 del contrato jamás se inició, no existen obras ni perjuicios pendientes por pagar.

Adujo que el Municipio de Cajicá, jamás incumplió el contrato de obra COP 020 suscrito con la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA, por la razón de que *“la ejecución del mismo no dependía de su autonomía, pues tal decisión las partes “contractualmente” se la habían trasladado al DPS, por ser el aportante de los recursos, por tratarse de inversión de fondos públicos especiales, sujetos a cambios y restricciones según el criterio del aportante.”*

Por último, expuso el convocante en el escrito de contestación de la demanda, que persigue el contratista es el cobro de lo no debido. Así, señaló que el Municipio, dadas las enormes expectativas generadas en el seno de la comunidad que se beneficiaría de la fracasada obra del contrato 020 de 2015, sacrificando otros renglones de inversión, con recursos propios dispuso en el año 2017 la realización de la obra, para lo cual, nuevamente, convocó la licitación pública, a la cual, nuevamente se presentó CONSTRUCCIONES MAC con el 95% de participación en el consorcio MACASO, ganando el proceso y adjudicándosele mediante contrato 006 de 2018.

Por su parte, en la audiencia de alegatos de conclusión programada para el 24 de abril de 2019, el apoderado de la convocada reiteró que se dio estricto cumplimiento a la normatividad vigente, a las cláusulas del contrato y al contenido de los estudios previos y el pliego de condiciones.

Al respecto expuso:

“Las condiciones que hoy pretenden se declaren como incumplimiento siempre estuvieron presentes tanto en la etapa precontractual (estudios previos y pliego

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

de condiciones) y en la minuta del contrato, condiciones que entonces son de obligatorio cumplimiento para las partes. (...) Es pertinente concluir que las partes conocieron, aceptaron y supeditaron la ejecución de la etapa 2 del contrato a lo pactado en el convenio que sirvió de marco para el contrato COP 020 de 2015 desvirtuando así cualquier tipo de incumplimiento por parte del Municipio y por esta razón debe desecharse las pretensiones. (...) No es procedente que se ordene pago al contratista por los supuestos dineros adeudados en la ejecución del contrato ya que conforme a los documentos aportados y las pruebas testimoniales estaba plenamente definido la necesidad de la suscripción de un acta de ejecución la cual al no ser superada la etapa 1 nunca fue suscrita razón por la cual no es procedente que se realice el cobro de una serie de ítems de una etapa que nunca cumplió el requisito para poderse ejecutar. (...) El contratista tuvo pleno conocimiento como consta en el acta de la visita de pertinencia realizada por el DPS el día 12 de julio de 2016 del concepto desfavorable lo cual tenía como única consecuencia el no superar la etapa 1, razón por la cual no puede aducir entonces que se desconoció su derecho de defensa pues además participó en las reuniones y mesas de trabajo realizadas con el fin de lograr que el DPS reconsiderara su decisión.”

De los argumentos expuestos por el apoderado de la convocada que han quedado sintetizados, el Tribunal observa que la defensa de la demandada se fundamentó, básicamente, en tres aspectos principales, a saber: (i) la ejecución del contrato no dependía de la autonomía del Municipio y el inicio de la etapa 2 estaba condicionado a la autorización por parte del Interventor y del DPS, circunstancia que se encontraba así establecida desde la etapa precontractual y de la cual el contratista tenía pleno conocimiento; (ii) que al no ejecutarse la etapa 2 no hay derecho al reclamo de ningún pago o indemnización correspondiente a la realización de gastos por parte del Contratista relacionados con dicha etapa, los cuales fueron realizados motu proprio por el Contratista; y (iii) que la misma obra será ejecutada bajo un nuevo contrato de obra posterior adjudicado a un consorcio del que forma parte la sociedad convocante.

A continuación, el Tribunal para a pronunciarse sucintamente sobre los tres puntos mencionados, así:

2.14.1 La etapa 1 y el inicio de la Etapa 2 estaban condicionados

Al respecto, como se desprende de lo expuesto precedentemente, para el Tribunal la ejecución de la Etapa 1 o de preconstrucción no se encontraba condicionada y habiendo quedado plenamente acreditado el cumplimiento por parte del contratista de las actividades que a su cargo tenía durante la misma, hay lugar a ordenar su pago por parte del Municipio, al tenor de lo establecido en el Parágrafo 2 de la Cláusula quinta del Contrato, tantas veces citado.

De otra parte, frente a lo señalado por la convocada en cuanto a la cláusula vigésima primera del Convenio Interadministrativo No. 313 de 2015 de acuerdo con la cual se podría suspender temporalmente o terminar anticipadamente el contrato, si como resultado de la etapa de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

preconstrucción no se pudiese revisar, ajustar, complementar y/o validar los estudios y diseños o no se obtuviere la viabilidad técnica y/o financiera del proyecto, para el Tribunal no le asiste razón a la convocada, pues del claro tenor de la mencionada estipulación se desprende, sin duda, que la misma hace referencia a la Etapa 2 del Contrato y no a la Etapa 1, cuando ciertamente señala que el contrato de obra podrá suspenderse o terminarse si no se obtiene la necesaria viabilidad del proyecto *“como resultado de la etapa de preconstrucción”*.

Además, no puede dejarse de lado, como tanto se ha señalado, que el Contrato COP 020 de 2015 estableció en su cláusula quinta que habría lugar al pago de la Etapa 1 por parte del Municipio si como resultado de la etapa de preconstrucción el proyecto resultare inviable.

En conclusión, para el Tribunal la ejecución y el correspondiente pago de la etapa 1 no se encontraba sometido a condición resolutoria y al haberse demostrado, como en efecto ha quedado acreditado, el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista el Municipio debe proceder al pago del valor estipulado contractualmente. Lo contrario, tal como lo señaló el Ministerio Público en el concepto que rindió en el proceso, desnaturalizaría el contrato de obra, definido como un negocio jurídico oneroso y conmutativo, convirtiéndolo *“en gratuito, sólo por el hecho de pactar una forma de pago con cargo al presupuesto de otra entidad diferente a la contratante.”*

Además, como lo señaló igualmente la señora Agente del Ministerio Público, *“Si se admitirá que frente a la prestación debida y cumplida no procediera el pago, por estar sometida a una condición, dicha cláusula se convertiría en una estipulación que contiene una condición de las que la doctrina y la jurisprudencia han llamado meramente potestativas, es decir, que se sometería solamente a la voluntad de una de las partes, más aún en este caso, a la mera voluntad de un tercero que ni siquiera interviene como parte en el contrato suscrito”*.

Ahora bien, respecto de la Etapa 2, se desprende del análisis expuesto a lo largo del presente laudo arbitral, que para el Tribunal la misma sí se encontraba sujeta a la condición de que el proyecto resultara viable técnica y financieramente como resultado de la etapa de preconstrucción, es decir que si durante esta última, tal como ocurrió, el DPS determinaba que el proyecto no resultaba viable, incluyendo en dicha viabilidad, a juicio del Tribunal, el componente social, no habría lugar a la ejecución de la obra o Etapa 2 y el contratista recibiría solamente el pago correspondiente a la Etapa 1. Esta circunstancia, como se anotó atrás, fue conocida por el contratista, aceptada y estipulada en el Contrato. Por esta razón, el Tribunal no condenará al pago de gastos adicionales realizados por el contratista por fuera del valor estipulado como contraprestación para la etapa 1, así como tampoco el valor de la utilidad esperada.

2.14.2 La Etapa 2 no fue ejecutada

Se desprende de lo que viene señalándose que, al haber resultado inviable el proyecto, acaeció la condición resolutoria a la que se sometió la ejecución de la etapa 2 y, en consecuencia, al tenor de lo estipulado tanto en el Convenio como en el Contrato, especialmente en la cláusula quinta de este último, no hay derecho al reclamo de ningún pago

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

o reembolso correspondiente a la realización de gastos por parte del Contratista relacionados con dicha etapa.

2.14.3 El Contrato No 006 de 2018 se adjudicó al Consorcio MACASO

Finalmente, en cuanto al argumento señalado por la convocante de acuerdo con el cual posteriormente la misma obra fue adjudicada al Consorcio Macaso del que forma parte Construcciones Mac Ltda, para el Tribunal esta circunstancia en modo alguno puede considerarse como razón para abstenerse de ordena el pago de la etapa 1 del Contrato COP 020 a favor de Construcciones Mac Ltda, la cual, como quedó demostrado, fue ejecutada cabalmente por el contratista y a cuyo pago tiene derecho de conformidad con el análisis expuesto anteriormente.

2.15 CONCLUSIONES SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Previas las reflexiones precedentes, pasa enseguida el Tribunal a referirse sucintamente frente a las pretensiones de la demanda, a partir del análisis expuesto, en los siguientes términos:

2.15.1 Pretensión Primera:

Al tenor de la pretensión primera de la demanda, la convocante solicita lo siguiente:

Primera: *“Primera. Que se declare que el MUNICIPIO DE CAJICÁ incumplió el contrato de obra COP 020 de 2015, suscrito con la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA, por los hechos que resulten probados en el curso del proceso.*

Al respecto, para el Tribunal es necesario tener en cuenta que el MUNICIPIO DE CAJICÁ no incumplió el Contrato COP 020 de 2015, puesto que la iniciación de la Etapa 2 estaba sometida a una condición que, de no cumplirse, implicaba la terminación del mismo, como lo estipuló la CLÁUSULA QUINTA referente a la FORMA DE PAGO, al prever que para que se pudiera realizar la Etapa 2, debía haber quedado debidamente aprobada la estructuración de la Etapa 1 por el Grupo de Infraestructura y Hábitat del DPS, al igual que haber suscrito el Acta de inicio de la Obra de la Etapa 2, la cual debía ser revisada y aprobada por el Supervisor del Convenio suscrito entre el Municipio y el DPS, condición que no se cumplió.

Ahora bien, el Municipio sí incumplió lo referente al pago de lo convenido para la primera etapa, en cuanto no canceló al **CONTRATISTA** los **SESENTA MILLONES DE PESOS(\$60.000.000)**, que, a su vez, había recibido del **DPS**, a lo cual se refiere la Pretensión Segunda.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Al respecto el Tribunal acoge lo manifestado por la señora Procuradora 131 Judicial II Administrativo, doctora **DIANA JANETHE BERNAL FRANCO**, con fundamento en lo establecido en el artículo 1530 del Código Civil, según se anotó precedentemente.

En consecuencia, el Tribunal declarará el incumplimiento parcial del Contrato.

2.15.2 Pretensión Segunda:

Como pretensión segunda de la demanda, la convocante pretende lo siguiente:

*“**Segunda.** Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$60.000.000) correspondiente al valor estipulado para la Etapa 1, más la indexación de esta suma desde el momento en que fue entregado el documento correspondiente a dicha Etapa, por parte de mi representado al MUNICIPIO y al INTERVENTOR, hasta el momento en que efectivamente se realice el pago”.*

En cuanto a esta pretensión, el Tribunal considera que, en efecto, los **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)** debieron ser pagados a **CONSTRUCCIONES MAC LTDA** por el **MUNICIPIO DE CAJICÁ**, pues quedó probado en el proceso que el contratista cumplió cabalmente con las obligaciones a su cargo y ejecutó las actividades previstas a esta etapa. Como consecuencia de ello, en la parte resolutive del Laudo se deberá ordenar el pago de esta suma, debidamente actualizada, hasta el momento en que se haga efectivo dicho pago.

Respecto a la indexación, cabe señalar que, en efecto, en virtud del derecho a la reparación integral y el principio de equidad, indexar consiste en actualizar un valor debido o efectuado con anterioridad.

En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“En efecto, es incuestionable que la inflación que viene padeciendo nuestra economía, reflejo de un fenómeno que es mundial, produce una pérdida notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor nominal implicaría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicación del principio de equidad contemplado en el artículo 230 de la carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la “indexación” de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo. De suyo, normas como el artículo 1626 del Código Civil según el cual “el pago efectivo es

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

la prestación de lo que se debe”, y el propio artículo 178 del C.C.A., llevan implícita la condición de que el resarcimiento sea total e íntegro.

(...)

Con la figura de la indexación se pretende, entonces, reajustar los montos para representar el verdadero valor adeudado, para cumplir con el requisito de la integridad del pago. En otras palabras, la indexación no constituye un mecanismo de sanción o indemnizatorio y comporta exclusivamente la observancia de criterios técnicos encaminados a mantener constante el poder adquisitivo de la moneda.”¹⁰⁰

Ahora bien, en lo que respecta a la cuantificación en el caso concreto, en el presente caso el Tribunal considera que la pretensión segunda de la demanda prospera, por ende, procede a indexar el valor de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000) que se deben desde el 5 de julio de 2016, fecha en que el Contratista hizo entrega al Municipio de Cajicá del estudio y diseño de la estructura del pavimento definitivo conforme a las observaciones presentadas tanto por el Interventor como por el Municipio¹⁰¹, hasta el 23 de mayo de 2019, fecha en que se profiere el presente Laudo Arbitral.

Para lo anterior, se aplicará la fórmula aceptada por la jurisprudencia así:

$$VR = VH \times (IPC \text{ actual} / IPC \text{ inicial})$$

Donde:

VR: corresponde al valor a pagar.

VH: monto cuyo pago se ordena en el Laudo.

IPC: Índice de Precios al Consumidor.

Aplicando la fórmula tenemos:

$$VR = 60.000.000 \times (IPC \text{ abril } 2019 / IPC \text{ julio } 2016)$$

$$VR = 60.000.000 \times (102,12/93,02)^{102}$$

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. 15 de noviembre de 2016. Rad. 43247. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

¹⁰¹ Folio 281 Cuaderno de pruebas No. 1

¹⁰² Fuente: DANE índices. Series de empalme.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

VR= 60.000.000 x 1,098

VR= 65.880.000

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso el valor actualizado asciende a la suma de SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$65.880.000), tal como se indicará en la parte resolutive del Laudo.

2.15.3 Pretensión Tercera:

La pretensión tercera de la demanda es la siguiente:

***"Tercera.** Que se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., la suma de MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS MCTE (\$1.977.620.567,34) correspondiente a los valores efectivamente ejecutados por mi representado, que se discriminan de la siguiente manera:*

GASTOS MENSUALES EN LOS QUE INCURRIÓ MI REPRESENTADO DESDE EL MOMENTO DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO HASTA LA FECHA EN QUE FINALIZÓ EL MISMO:

- **GASTOS RELACIONADOS CON LOS EQUIPOS Y MAQUINARIA DISPUESTA PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO EN SU ETAPA 2, PUESTOS A DISPOSICIÓN DE LA OBRA DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2016 HASTA EL 11 DE ENERO DE 2017, DE ACUERDO AL ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIOS.**
- **GASTOS RELACIONADOS CON EL PAGO DE NÓMINA EMPLEADA PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y CON LOS PAGOS POR CONCEPTO DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y PARAFISCALES.**

De conformidad con lo analizado anteriormente, el Tribunal negará esta pretensión en la parte resolutive del Laudo, puesto que, como ya se explicó, el único pago que procede es el de los **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)**, debidamente indexados desde el momento en que fue entregado el documento correspondiente a la Etapa 1, por parte del Contratista al MUNICIPIO y al INTERVENTOR.

Se reitera, al respecto, que el Convenio previó que: "La ENTIDAD TERRITORIAL debe incluir en el Pliego de Condiciones del proceso de selección correspondiente, que el sistema de pago para la Etapa 1 es hasta por el precio global fijo sin fórmula de ajuste (cuando aplique

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

esta etapa); en consecuencia, el precio pactado en el numeral 1 de la presente cláusula, incluye todos los gastos directos e indirectos en que incurra el contratista de obra en la ejecución de dicha etapa.”, disposición también contenida en el Contrato en el párrafo 3 de la cláusula quinta. Adicionalmente, al tenor del párrafo 2 de la cláusula quinta tantas veces citada, “En caso de que como resultado de la ejecución de la Etapa de preconstrucción, resulte inviable técnica y /o financieramente la EJECUCIÓN del proyecto, el DPS FIP el municipio solamente pagará al contratista el valor de la ETAPA 1 previo desembolso que realice el DPS FIP”.

2.15.4 Pretensión Cuarta:

La pretensión cuarta de la demanda es la siguiente:

Cuarta. *Que se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., la suma de CIENTO SESENTA Y OCHO MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$168.168.397), correspondiente al valor de la utilidad esperada y no recibida como consecuencia del incumplimiento ocasionado por la parte demandada.*

El Tribunal también procederá a negar esta pretensión en la parte resolutive del Laudo, puesto que, como ya se explicó, el Convenio prevé que: “La ENTIDAD TERRITORIAL debe incluir en el Pliego de Condiciones del proceso de selección correspondiente, *que el sistema de pago para la Etapa 1 es hasta por el precio global fijo sin fórmula de ajuste (cuando aplique esta etapa); en consecuencia el precio pactado en el numeral 1 de la presente cláusula, incluye todos los gastos directos e indirectos en que incurra el contratista de obra en la ejecución de dicha etapa.*” (El subrayado es nuestro), disposición también contenida en el Contrato, como se ha señalado suficientemente.

Además, respecto de esta Pretensión, las normas de contratación vigentes, a saber, el artículo 32 de la **LEY 1150 DE 2007**, que derogó el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone:

*“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, ~~además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.~~”*¹⁰³ O sea que, si bien la Ley 80 establecía que el Estado garantizaba la obtención de utilidades por el contratista, este mandato fue derogado por la Ley 1150 de 2007.

¹⁰³ Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

2.15.5 Pretensión Quinta:

***Quinta.** Que se condene al MUNICIPIO DE CAJICÁ a pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., el valor de la indexación de las sumas anteriormente mencionadas, desde la fecha en que debió finalizar el contrato de obra, hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo de la obligación.*

Como se expresó respecto de la pretensión segunda, el Tribunal ordenará el pago de los **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)** debidamente actualizados, pero de acuerdo con lo explicado en la parte motiva, al no proceder el pago de suma alguna adicional, no existen tampoco pagos adicionales que actualizar. En consecuencia, esta pretensión prosperará parcialmente, condenándose al Municipio al pago del valor de la indexación de \$60.000.000, según el cálculo que al efecto ha sido realizado atrás.

2.15.6 Pretensión Sexta:

De acuerdo con la pretensión sexta de la demanda, la convocante solicita al Tribunal la liquidación del contrato:

***Sexta.** Que se liquide judicialmente el contrato de obra COP 020 de 2015, declarando que EL MUNICIPIO DE CAJICÁ debe pagar a favor de la sociedad CONSTRUCCIONES MAC LTDA., las sumas correspondientes al valor ejecutado y no cancelado, a la utilidad esperada y a la indexación de dichas sumas, a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso.*

Al respecto, debe comenzar señalándose que la liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como *“un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.”*¹⁰⁴

Es así como, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 dispuso que *“los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.”* Igualmente, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 define que, en primer lugar, la liquidación ha de realizarse de mutuo acuerdo entre los contratantes dentro del plazo previsto por las partes, que de no fijarse un plazo el mismo será

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección C. 20 de octubre de 2014. Rad. 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777). C.P. Enrique Gil Botero.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

de cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término de ejecución contractual y que, de no lograrse la liquidación bilateral, el contratante tiene la facultad de liquidarlo de forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes.

Por otro lado, también es posible solicitar la liquidación del contrato estatal en sede judicial, toda vez que la Ley 1150 de 2007 indica al final de su artículo 11 que la facultad de las partes para liquidar el contrato en todo caso es "sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136¹⁰⁵ del C. C. A."

Ahora bien, en el presente caso la cláusula décimo segunda del Contrato COP 020 de 2015 suscrito entre CONSTRUCCIONES MAC y el MUNICIPIO DE CAJICÁ estableció respecto a la liquidación del contrato, lo siguiente:

"Terminada la ejecución del contrato, se procederá a su liquidación dentro de los cuatro (4) meses siguientes, según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y en sus decretos reglamentarios. En la liquidación del contrato se dará estricto cumplimiento al artículo 50 de la Ley 789 de 2002."¹⁰⁶

De acuerdo con lo anterior y estando demostrado en el proceso que el contrato se encuentra terminado y no ha sido liquidado de mutuo acuerdo ni de manera unilateral, el Tribunal procede a su liquidación, así:

Valor del contrato: \$60.000.000. *Correspondientes a la Etapa 1 de preconstrucción*

\$3.643.648.610. *Correspondiente a la Etapa 2, de obra, que se cancelaría en 5 pagos, de conformidad con los avances de obra.*

Valor total del contrato (Dos etapas): \$ 3.703.648.610

Sumas pagadas al contratista:

Por concepto de la ejecución de la primera etapa: \$0.00

Por concepto de la ejecución de la segunda etapa: \$0.00

Valor total recibido por el contratista: \$0.00

¹⁰⁵ (...) el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

¹⁰⁶Folio 208 Cuaderno de pruebas No. 1

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Valores ejecutados y no cancelados al contratista, que corresponden a la ejecución de la primera etapa: \$60.000.000

Correspondiente a la indexación de \$60'000.000: \$5.880.000

Valores adeudados por la segunda etapa no ejecutada: \$0.00

El Contratante deberá cancelar al Contratista la suma de: de **SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$65.880.000)**.

En consecuencia, el Tribunal de arbitramento declarará liquidado el contrato en la parte resolutive de la presente providencia, en los términos expuestos.

2.15.7 Pretensión Séptima:

Séptima. *Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado.*

Concluida la evaluación de la controversia materia de este Arbitraje, procede el Tribunal a ocuparse del tema relacionado con las costas y agencias en derecho, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que tal como han precisado las altas cortes, *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”*¹⁰⁷.

De otra parte, debe recordarse que las costas están constituidas por las expensas, o sea los gastos en que incurren las partes por la tramitación del proceso, así como por las agencias en derecho, éstas últimas definidas por el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura como *“la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso...”*

Ahora bien, por tratarse en el presente caso de un contrato estatal regido por el derecho público, la competencia para conocer de las controversias que surjan en relación con el mismo corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo cual acudimos

¹⁰⁷Corte Constitucional, Sentencia C-157/13, marzo 21 de 2013.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

al artículo 188 de la Ley 1731 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que dispone:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. (Subrayas nuestras)

Teniendo en cuenta que la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento es de carácter parcial frente a las pretensiones de la parte Convocante, el Tribunal considera que al no prosperar la totalidad de ellas, no procederá la condena en costas, dando aplicación al artículo 365 del Código General del Proceso, a cuyo tenor:

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

...5. 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.”

En consecuencia, de acuerdo con lo anterior, el Tribunal se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con la jurisprudencia y normas antes citadas y habida cuenta de que solamente prosperan las pretensiones primera y segunda

III. PARTE RESOLUTIVA

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver en derecho las pretensiones de CONSTRUCCIONES MAC LTDA, como parte convocante en contra de MUNICIPIO DE CAJICÁ como parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley y habilitación de las partes,

RESUELVE:

Primero: DECLARAR, conforme a lo pedido en la pretensión primera, que el Municipio de Cajicá incumplió parcialmente el Contrato de Obra COP 020 de 2015, al no haber cancelado la suma de **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)** que constituía el pago que el

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688

Contratista debía recibir por la Etapa 1 del Contrato de Obra COP 020 de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: ORDENAR, conforme a lo pedido en la pretensión segunda, el pago al Contratista de la suma de **SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000)** correspondiente a la Etapa 1 del Contrato de Obra COP 020 de 2015 debidamente indexada, desde el momento en que fue entregado el documento correspondiente a dicha Etapa, por parte del Contratista al MUNICIPIO y al INTERVENTOR, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: NEGAR la tercera pretensión consistente en el pago de gastos adicionales, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva.

Cuarto: NEGAR la cuarta pretensión consistente en el pago de la utilidad esperada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Quinta: ACCEDER parcialmente a la pretensión quinta de la demanda y, en consecuencia, **CONDENAR** al MUNICIPIO DE CAJICA al pago de la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$5.880.000), correspondiente a la indexación de la suma de \$60'000.000 tal como se dispone en el punto segundo de la parte resolutive de este Laudo, y **NEGAR** la indexación de otras sumas, según lo dispuesto en los puntos tercero y cuarto de esta parte resolutive.

Sexta: DECLARAR LIQUIDADO EL CONTRATO DE OBRA COP 020 DE 2015 celebrado entre el Municipio de Cajicá – Cundinamarca y Construcciones Mac Ltda, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Séptima: No condenar en costas a las partes, por lo señalado en la parte motiva.

Octava: Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del Tribunal y ordenar su pago.

Novena: Disponer que el Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de gastos que no se haya utilizado, si a ello hubiere lugar.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
CONSTRUCCIONES MAC LTDA. VS. MUNICIPIO DE CAJICÁ - CUNDINAMARCA
EXPEDIENTE 15688**

Décima: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley con destino a cada una de las partes y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo Primera: REMITIR el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que proceda a su archivo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue notificada en estrados.


MARCELA ROMERO DE SILVA
Presidente


DAVID LUNA BISBAL
Árbitro


JOSE PABLO DURAN GÓMEZ
Árbitro


ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Secretaria