

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

LAUDO ARBITRAL

CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES

Vs

**ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.- SECRETARIA DE GOBIERNO DISTRITAL – ALCALDÍA LOCAL DE KENNEDY
- FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY**

Radicación: 15825

**5 de noviembre de 2019
Bogotá D. C., Colombia**

1. TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| I. ANTECEDENTES..... | 3 |
| 1. LAS PARTES..... | 3 |
| 1.1. La Convocante..... | 3 |
| 1.2. La Convocada..... | 3 |
| 1.3. El Ministerio Público..... | 4 |
| 2. EL CONTRATO..... | 4 |
| 3. EL PACTO ARBITRAL..... | 4 |
| 4. Trámite del Proceso..... | 4 |
| 4.1. La demanda arbitral..... | 4 |
| 4.2. Nombramiento de los árbitros..... | 5 |
| 4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda..... | 5 |
| 4.4. Contestación de la demanda y reforma de la demanda..... | 5 |
| 4.5. Audiencia de fijación de honorarios..... | 6 |
| 4.6. Primera audiencia de trámite..... | 7 |
| 5. Pruebas del trámite..... | 7 |
| 5.1. Documentales..... | 8 |
| 5.2. Dictámenes periciales..... | 8 |
| 5.3. Declaraciones de Parte..... | 8 |
| 5.4. Testimonios..... | 8 |
| 5.5. Prueba por informe..... | 9 |
| 6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN..... | 9 |
| 7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO..... | 9 |
| II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA..... | 9 |
| 1. Las Pretensiones de la Demanda Reformada..... | 9 |
| 2. Los Hechos de la Demanda Reformada..... | 11 |
| 3. La Contestación a la Demanda Reformada..... | 11 |
| III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO..... | 12 |
| 1. capacidad..... | 12 |
| 2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO..... | 12 |
| IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL..... | 13 |

Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy

| | |
|---|----|
| 1. precisiones conceptuales..... | 13 |
| 2. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN 3.1. DE LA DEMANDA REFORMADA..... | 15 |
| • 5.1.1. Falta de planeación: Licencias..... | 15 |
| • 5.1.2. Desconocimiento de las clausulas contractuales..... | 29 |
| 3. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES 3.3 Y 3.4..... | 32 |
| 4. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES 3.6, 3.7 Y 3.8. DE LA DEMANDA REFORMADA..... | 33 |
| 5. Respecto de la pretensión 3.9. DE LA DEMANDA REFORMADA:..... | 35 |
| 6. Respecto de la pretensión 3.5. de la reforma de la demanda:..... | 53 |
| 7. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN 3.2. DE LA DEMANDA REFORMADA – LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO..... | 62 |
| V. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA..... | 64 |
| 1. Incumplimiento del contrato de Equipamientos Comunales..... | 64 |
| 2. El contrato COP 105 de 2014 se encuentra liquidado. | 65 |
| 3. Cobro de lo no debido. | 67 |
| 4. Falta de legitimación jurídica para el cobro..... | 68 |
| 5. Presunción de legalidad de la actuación admisnistrativa y actos administrativos demandados (Resoluciones 661, 671 y 691 de 2018). | 69 |
| 6. Innominada. | 69 |
| VI. Sobre el juramento estimatorio..... | 69 |
| VII. Costas..... | 70 |
| V. parte resolutive..... | 70 |

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D. C., 5 de noviembre de 2019

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES** como convocante y **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DE GOBIERNO DISTRITAL – ALCALDÍA LOCAL DE KENNEDY – FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY** como parte convocada, relacionadas con el *“Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014”*, suscrito por las partes el 15 de agosto de 2014.

I. ANTECEDENTES

II.

1. LAS PARTES

1.1. La Convocante

La parte convocante en el presente trámite arbitral es el **CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES** (*“El Consortio”, Equipamientos Comunales”, la Convocante” o la demandante”*) legalmente constituido, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá.

1.2. La Convocada

La parte Convocada en el presente trámite arbitral es la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.- SECRETARIA DE GOBIERNO DISTRITAL – ALCALDÍA LOCAL DE KENNEDY - FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY** (en adelante *“la Alcaldía”, el Fondo de Desarrollo”, la Convocada” o la demandada”*) de naturaleza pública.

Para efectos de este Laudo, Convocante y Convocada se denominarán conjuntamente como las *“Partes”*.

Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy

1.3. El Ministerio Público

En el presente proceso intervino el Ministerio Público, representado por la doctora Virginia Rosario del Pilar Higuera Marín, Procuradora 144 Judicial II Administrativa.

2. EL CONTRATO

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del "Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014", suscrito por las partes el 15 de agosto de 2014.

3. EL PACTO ARBITRAL

El presente proceso tiene como fundamento el pacto arbitral contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato denominado "Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014", suscrito por las partes el 15 de agosto de 2014, que expresamente dispone.

"CLAUSULA VIGESIMA: CLAUSULA COMPROMISORIA.
Las divergencias que surjan con ocasión del desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones derivadas del mismo, se solucionaran, si llegaren a fracasar los mecanismos antes contemplados, a través de un tribunal de arbitramento constituido para el efecto por la cámara de comercio de la jurisdicción mas cercana dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la petición por cualquiera de las partes contratantes, y cuyos costos serán asumidos por igual tanto por el Fondo como por el contratista. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros especialistas en derecho administrativo o contratación estatal, y fallarán el laudo que resulte del mismo en derecho". (sic)

4. TRÁMITE DEL PROCESO

4.1. La demanda arbitral

El 18 de septiembre de 2018, El Consorcio, a través de apoderado judicial, formuló demanda arbitral en contra de la Alcaldía Local, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante, la "Demanda").

4.2. Nombramiento de los árbitros

De conformidad con el pacto arbitral invocado, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá llevó a cabo el sorteo público de árbitros, que tuvo lugar el 25 de septiembre de 2018, en el que fueron designados como árbitros principales los doctores José Pablo Durán Gómez, Carlos Alberto Malagón Bolaños y Cesar Augusto Torrente Bayona y, como árbitros suplentes a los doctores Crithian Lizcano Ortiz, Alfonso Gómez Méndez y William Giraldo Giraldo.

Por conducto del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá fue comunicada la designación a los árbitros principales. Los doctores José Pablo Durán y Carlos Alberto Malagón aceptaron la designación efectuada en tiempo; por su parte, el doctor Cesar Augusto Torrente Bayona declinó de la designación efectuada, razón por la cual el Centro de Arbitraje procedió a comunicar la designación a los árbitros suplentes y, encontrándose en término, el doctor Alfonso Gómez Méndez aceptó su designación.

4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda

El 15 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal, oportunidad en la que se designó a María Isabel Paz Nates como secretaria, quien posteriormente aceptó tal designación y tomó posesión del cargo. Adicionalmente, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral y reconoció personería jurídica a los apoderados de ambas partes.

Mediante escrito presentado el 19 de noviembre de 2019, la parte Convocante subsanó la demanda presentada, razón por la cual, mediante Auto No. 3 de 3 de diciembre de 2018, el Tribunal admitió la demanda y su admisión fue notificada personalmente a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 12 de diciembre de 2018.

4.4. Contestación de la demanda y reforma de la demanda

La sociedad convocada, a través de su apoderado judicial, contestó oportunamente la demanda el 5 de febrero de 2019. Mediante Auto N° 4 del 19 de febrero de 2019, se corrió traslado a la parte convocante de la contestación de la demanda.

El 4 de marzo de 2019, la parte convocante presentó reforma de la demanda, que fue admitida mediante Auto N° 5 del 12 de marzo de 2019.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

El 29 de marzo de 2019, encontrándose en término, el apoderado judicial de la parte convocada contestó la reforma de la demanda. Mediante Auto N° 6 de 3 de abril de 2019, se corrió traslado a la parte convocante de la contestación de la reforma de la demanda. El apoderado de la parte convocante, mediante escrito radicado el 10 de abril de 2019, recorrió el traslado de las excepciones de mérito.

4.5. Audiencia de fijación de honorarios.

El 11 de abril de 2019, se llevó a cabo la audiencia de conciliación que prevé el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, sin que las partes llegaran a una solución concertada, razón por la cual el Tribunal procedió a fijar los honorarios que prevé el artículo 25 de la ley.

Las partes hicieron los siguientes pagos:

El 26 de abril de 2019, fue consignada por parte del Consorcio Equipamientos Comunales la suma de: \$65.122.295.

El 26 de abril de 2019, fue consignada, a través de la orden de pago 1030, por parte del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy la suma de \$ 58.841.200.

El Tribunal advirtió que, por una parte, el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy pagó una suma inferior a la que le correspondía conforme a lo ordenado en el auto de fijación de honorarios y, por otra, que el Consorcio Equipamientos Comunales pagó el valor asignado sin practicar retención alguna al monto definido en el auto de fijación de honorarios.

Mediante comunicación remitida al Tribunal, el Consorcio Equipamientos Comunales solicitó la devolución de los dineros pagados en exceso, y la compensación de \$2.183.169 para cubrir el valor que no fue cancelado adecuadamente por el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy.

Mediante Auto No. 11 de 31 de mayo de 2019, notificado en la misma fecha, el Tribunal aceptó la compensación solicitada por la parte convocante y reconoció el pago adecuado y suficiente de los honorarios fijados a su cargo, auto que no fue objeto de recurso por ninguna de las partes y se encuentra en firme.

4.6. Primera audiencia de trámite.

El 10 de junio de 2019 tuvo lugar la Primera Audiencia de Trámite (Acta No. 10), en la que, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento.

En esta audiencia, el Tribunal resolvió sobre su propia competencia absolviendo la objeción formulada por la Alcaldía Local, al contestar demanda, objeción que denominó *"Falta de Competencia por indebida integración del tribunal"*.

En esa oportunidad el Tribunal se declaró competente para conocer de la totalidad de las pretensiones formuladas argumentando:

"(...) que las facultades excepcionales con las que cuenta la administración se encuentran contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y respecto de aquellas es que se predica la restricción de facultades de los tribunales arbitrales. Ahora bien, vistas las pretensiones de la demanda, encuentra el Tribunal que los actos administrativos respecto de los cuales se solicita la intervención de este panel refieren a la declaratoria de incumplimiento y la liquidación unilateral del contrato, Actos administrativos, que según lo previsto en la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, no tienen el carácter de excepcionales, razón por la cual, el Tribunal es competente para conocer de los mismos".

El Auto por medio del cual el Tribunal se declaró competente fue objeto de recurso de reposición interpuesto por la Alcaldía Local y resuelto por el Tribunal confirmando la decisión.

En esta misma audiencia, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda arbitral, su reforma y en la contestación a la demanda y a su reforma, así como las solicitadas en el escrito presentado por la convocante al descorrer el traslado de las excepciones y decretó de oficio las declaraciones de Astrid Liliana Certuche, Henry Cuadrado González y Germán Adolfo Perdomo Pachón.

5. PRUEBAS DEL TRÁMITE

Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente forma:

5.1. Documentales

- i) Los documentos aportados por junto con la demanda arbitral y su reforma.
- ii) Los documentos aportados por la Alcaldía junto con la contestación de la demanda y su reforma.

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna.

5.2. Dictámenes periciales

Se ordenó tener como prueba, con el valor que la ley les asigna, el dictamen pericial de parte allegado por la parte Convocante y rendido por Hernando Acero Arévalo.

5.3. Declaraciones de Parte

El 25 de junio de 2019, se recibió el interrogatorio de parte del señor Alexander Pérez Pernet, representante legal del Consorcio Equipamientos.

5.4. Testimonios

El 25 de junio de 2019 se recibieron los testimonios de Astrid Liliana Certuche y Henry Cuadrado González.

El 4 de julio de 2019 se recibió el testimonio de Carlos Eduardo Puerto Hurtado.

La parte convocada desistió de los testimonios de Marisol Florián y Fabricio José Guzmán Martínez (Auto No. 17 del 4 de julio de 2019).

Mediante memorial presentado el 8 de julio de 2019, el apoderado de la Convocada, presentó desistimiento de los testimonios de Catalina Bernal Esguerra, Juan Felipe Zapata Álvarez, Álvaro Pérez Prieto, Cesar Henry Moreno Torres, Carlos Uriel Manrique Ladino, Andrea Rocha y John Penagos, desistimiento que fue aprobado por el Tribunal mediante Auto No. 8 del 8 de julio de 2019.

Mediante memorial presentado el 9 de julio de 2019, el apoderado de la Convocante, presentó desistimiento de los testimonios de José Dionisio Cárdenas Bolívar y Germán Adolfo Perdomo Pachón que fueron aprobados mediante Auto 19 del 23 de julio de 2019.

5.5. Prueba por informe

Mediante Auto No. 20 del 23 de julio de 2019, el Tribunal aprobó las preguntas formuladas por el apoderado de la parte Convocante a la Alcaldía Local de Kennedy y a su turno formuló preguntas de oficio, a las cuales la Alcaldía dio respuesta oportunamente.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de fecha 27 de agosto de 2019, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegatos de conclusión (Auto No. 24).

El 24 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, en la que cada uno de los apoderados de las partes y el Ministerio Público formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron documentos contentivos de los alegatos, los cuales forman parte del expediente. En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha y hora para la audiencia de lectura de laudo arbitral.

7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como quiera que las partes no pactaron nada distinto, el término de duración del presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, es de seis meses, y su computo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite el 10 de junio de 2019, por lo que el término de duración del proceso se extiende hasta el 10 de diciembre de 2019.

La expedición del presente laudo es, entonces, oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

III. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA

En su demanda reformada, el Consorcio Equipamientos formuló ante el Tribunal las siguientes pretensiones:

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

3. Pretensiones y condenas.

3.1. Que se declare que el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY incumplió el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014.

3.2. Que se liquide por parte del Tribunal de Arbitramento el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014

3.3. Que se declare la nulidad de la Resolución 661 de 2018 por medio de la cual se declaró el incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014, por parte del Alcalde Local de Kennedy.

3.4. Que se declare la nulidad de la Resolución 671 de 2018 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 661 de 2018 proferida por el Alcalde Local de Kennedy.

3.5. Que se declare la nulidad de la Resolución 691 de 2018 por la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014, por parte del Alcalde Local de Kennedy.

3.6. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se reconozca y pague al CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES, la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y OCHO PESOS (\$468.874.478) por concepto de los pagos dejados de percibir durante la ejecución del contrato (lucro cesante). Esta suma deberá cancelarse con los respectivos intereses moratorios conforme la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.7. Que se reconozca y pague a favor del CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES, la suma de CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$108.729.362) correspondiente al 5 % establecido en el párrafo segundo numeral 3 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014 (lucro cesante) esta suma deberá cancelarse con los respectivos intereses moratorios conforme la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.8. Que se reconozca y pague a favor del CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES, la suma de CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$108.729.362) correspondiente al 5 % establecido en el párrafo segundo numeral 4 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra Pública No.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

COP 105 de 2014 (lucro cesante) esta suma deberá cancelarse con los respectivos intereses moratorios conforme la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.9. Que se reconozca y pague a favor del CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES, la suma de MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$1.164.634.232) correspondiente a los perjuicios causados (daño emergente causado, la pérdida de oportunidad, rompimiento de la ecuación contractual e intereses moratorios), según dictamen pericial aportado.

3.10. Que se condene en costas al FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY y se le ordene el pago de las agencias en derecho respectivas

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA REFORMADA

Los hechos que sustentan las pretensiones transcritas son los especificados en la reforma de la demanda¹.

2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA

En la Contestación a la demanda, la Demandada se opuso a algunos de los hechos, aceptó unos y manifestó no constarle respecto de otros. En cuanto a las pretensiones formuladas por la Demandante, se opuso de manera expresa a todas y formuló las siguientes excepciones de mérito:

EXCEPCIONES

1. Incumplimiento del contrato de Equipamientos Comunales.
2. El contrato COP 105 de 2014 se encuentra liquidado.
3. Cobro de lo no debido.
4. Falta de legitimación jurídica para el cobro.
5. Presunción de legalidad de la actuación administrativa y actos administrativos demandados (Resoluciones 661, 671 y 691 de 2018).
6. Innominada.

¹ Cuaderno principal 1: Folios 192 a 198

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Del recuento efectuado en los apartes precedentes, se concluye que la relación procesal en este caso se constituyó regularmente, que se encuentran reunidos los presupuestos procesales y que, en su desenvolvimiento, no se configura defecto alguno que imponga la aplicación de los artículos 145 y 137 del Código General del Proceso, razón por la cual hay lugar a decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y para tal fin se efectúan las siguientes precisiones:

1. CAPACIDAD

Son parte en este proceso, por una parte, Consorcio Equipamientos, que compareció al proceso por conducto de su apoderado judicial debidamente constituido; y, por la otra, Alcaldía Local de Kennedy, que compareció por conducto de su apoderado judicial debidamente constituido.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

Mediante Auto No. 12 de 10 de junio de 2019, confirmado mediante Auto No. 13 de la misma fecha, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho, las controversias contenidas en la reforma de la demanda arbitral presentada por el Consorcio Equipamientos en contra de la Alcaldía Local de Kennedy, de conformidad con lo previsto en los artículos 29 y 30 de la Ley 1563 de 2012.

En esa oportunidad el Tribunal advirtió la existencia de un pacto arbitral, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, el cual fue celebrado por dos personas jurídicas, a través de sus representantes legales, que se encuentran habilitados para ello; dicho pacto fue incluido en el Contrato celebrado entre las partes, por lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 1563 de 2012; el pacto tiene por objeto resolver las divergencias que surjan entre las partes con ocasión del desarrollo del objeto contractual y sus obligaciones, por lo cual se refiere a controversias patrimoniales disponibles; finalmente, no se ha invocado por ninguna de las partes la existencia de causa ilícita o algún otro vicio en la formación del pacto.

La materia sometida a este arbitraje se refiere a las controversias surgidas entre las partes con ocasión de la ejecución del *"Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014"*, celebrado entre las sociedades el Consorcio Equipamientos Comunales y la Alcaldía Local de Kennedy las cuales se encuentran incluidas en el pacto arbitral.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

El incumplimiento presupone la existencia de una obligación derivada de un contrato estatal que no ha sido ejecutada por una causa imputable al deudor o que fue ejecutada defectuosamente, en forma parcial o fuera de término, ocasionando perjuicios al acreedor. Cuando el sujeto que no ha cumplido es la entidad contratante, se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado², fundado en el artículo 90 de la Constitución³ y el artículo 50 de la Ley 80 de 1993⁴.

Así, en el incumplimiento concurren los elementos que hacen nacer la obligación de indemnizar en cabeza del Estado: una conducta de la administración, en este caso el incumplimiento o el cumplimiento parcial, defectuoso o fuera de término, por la entidad contratante; un daño antijurídico irrogado al contratista, es decir, una afectación patrimonial que no tenía el deber jurídico de soportar; y, un nexo causal entre el incumplimiento y la causación del daño⁵.

El incumplimiento contractual se estructura a partir de los siguientes elementos:

² "En primer lugar, la forma más común de afectación de los derechos de las partes en el contrato, está dada por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes podría pensarse que el incumplimiento contractual de la Administración, da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, tal y como lo contempla el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, al consagrarlo como una de las causas de dicho rompimiento; sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto, como es bien sabido, se trata de dos 'instituciones distintas en su configuración y en sus efectos', puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir, que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, exp: 37.910.

³ Artículo 90 de la Constitución: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

⁴ Artículo 50 de la ley 80 de 1993: "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista".

⁵ "Aunque no hay uniformidad en la doctrina para determinar los elementos que se requieren para que exista responsabilidad, puede decirse que en el caso de la responsabilidad administrativa de ordinario se ha considerado que esos elementos son tres: una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación". Libardo, RODRÍGUEZ, Derecho administrativo: general y colombiano, Bogotá: Temis, 19 ed., 2015, p. 647.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

1. La existencia y validez del contrato, del cual emana la obligación incumplida⁶. La existencia y validez de las obligaciones contractuales son presupuestos del incumplimiento contractual, pues no existe el deber jurídico de ejecutar una obligación inexistente o que adolezca de nulidad absoluta o relativa, teniendo que dirigirse el análisis al régimen de la responsabilidad extracontractual que prescinde de la consideración de un negocio jurídico⁷.
2. Una conducta de una de las partes del contrato, en el caso *sub iudice* el incumplimiento o el cumplimiento parcial, defectuoso o fuera de término por parte de la entidad contratante (art. 50 de la Ley 80 de 1993⁸). Se debe indicar la obligación incumplida, mediante su señalamiento en el clausulado del contrato o en cualquier otro documento contractual del cual se puedan derivar obligaciones, tales como los estudios previos, los pliegos de condiciones, las actas suscritas por las partes, los acuerdos modificatorios u otrosíes y la matriz de riesgos⁹.
3. Que la parte que reclama el incumplimiento no se encuentre en mora respecto del cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Esto, por cuanto en los contratos bilaterales, como en el caso *sub iudice*, "ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte" (art. 1609 del Código Civil).
4. Un daño antijurídico irrogado a la contraparte contractual, es decir, una afectación patrimonial que no estaba en el deber jurídico de soportar (art. 90 de la Constitución¹⁰). El

⁶ "Constituye requisito sine qua non para que se abra paso la pretensión de incumplimiento contractual, la existencia y la validez de la obligación que se dice incumplida". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp: 20.524.

⁷ "Finalmente, debe destacarse que la importancia de este elemento es trascendental, puesto que en ausencia de contrato, no nos encontraremos frente a una eventual responsabilidad contractual sino que, evidentemente, tendremos que acudir a la figura de la responsabilidad extracontractual, que aunque tienen semejanzas, presentan diferencias en cuanto a su régimen jurídico, obviamente dentro de las particularidades de cada ordenamiento jurídico". Libardo, RODRÍGUEZ, El equilibrio económico en los contratos administrativos, cit., p. 160.

⁸ Artículo 50 de la ley 80 de 1993: "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista".

⁹ "Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2016, exp: 52.161.

¹⁰ Artículo 90 de la Constitución: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

daño debe ser personal¹¹ y cierto¹², esto es, que quien reclama la reparación es la misma persona que lo sufrió (legitimación por activa) y que se demuestre la existencia y cuantía de los perjuicios, a través de los medios de prueba pertinentes y conducentes para el efecto, con el propósito de que, en la misma medida, se establezca el monto de la obligación indemnizatoria.

5. Un nexo causal entre el incumplimiento y la causación del daño¹³. En este punto se debe tener en cuenta que si la parte que reclama el incumplimiento sufrió el daño por una causa extraña, como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o por su propia culpa, no habrá lugar a la indemnización.

2. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN 3.1. DE LA DEMANDA REFORMADA

3.1. Que se declare que el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY incumplió el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014.

Esta pretensión, de conformidad con lo indicado en el libelo de la reforma demanda, se fundamenta en dos premisas:

- i) 5.1.1. Falta de planeación. Licencias
- ii) 5.1.2. Desconocimiento de las cláusulas contractuales.

El Tribunal procede a resolver los argumentos así:

- **5.1.1. FALTA DE PLANEACIÓN: LICENCIAS**

La función administrativa es una atribución constitucional en cabeza del conjunto de organismos públicos y de servidores públicos cuya actividad se ejerce para todo el territorio nacional, en forma centralizada o descentralizada, encaminada a la prestación de los

¹¹ "El carácter personal del daño significa que el perjuicio reclamado sea sufrido por la persona que solicita la reparación del mismo, lo cual implica que solo tendrá legitimación para solicitar su reparación, la persona cuyo patrimonio haya sido efectivamente afectado por el perjuicio". Libardo, RODRÍGUEZ, El equilibrio económico en los contratos administrativos, cit., p. 160.

¹² "A su vez, el carácter cierto del perjuicio implica que la aminoración patrimonial sufrida por el acreedor contractual debe haber existido en la realidad o que no quepa duda de que la misma habrá de ocurrir". Libardo, RODRÍGUEZ, El equilibrio económico en los contratos administrativos, cit., p. 160.

¹³ "Aunque no hay uniformidad en la doctrina para determinar los elementos que se requieren para que exista responsabilidad, puede decirse que en el caso de la responsabilidad administrativa de ordinario se ha considerado que esos elementos son tres: una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación". Libardo, RODRÍGUEZ, Derecho administrativo: general y colombiano, cit., p. 647.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

servicios públicos a cargo del Estado, inherentes a su finalidad social, con la obligación de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 CP).

La Administración Pública deriva directamente de la Constitución Política su gran capacidad de obrar, en principio unilateralmente y, con base en esa facultad, realiza la mayoría de sus actuaciones porque tiene el poder político suficiente para imponerlas.

Con el transcurso del tiempo, el ejercicio de la función administrativa, ejercida en forma unilateral como era su costumbre, ha cedido paso a otra forma de proceder, bilateral, cuando acude a la celebración de contratos que adquieren connotaciones que los distancian de los convenios entre particulares.

Esos contratos se han venido depurando en la medida en que los servicios públicos a cargo del Estado lo han requerido, aspecto que les imprime características propias y que hace que conserve la potestad de supremacía que representa la presencia de un sujeto de derecho público, situado en uno de sus extremos. Esta particularidad les imprime su propia personalidad, su propia identidad, su propia reglamentación, aunque su lejanía con el derecho privado disminuya al buscar apoyo en principios y reglas propios de esta clase de normas.

Bajo la óptica señalada, la normatividad vigente determina que: *“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. 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 obtención garantiza el Estado colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”* (Art. 3º de la Ley 80 de 1993, modificado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007 al derogar el texto subrayado).

Esas obligaciones se asientan sobre principios fundamentales propios de la institución contractual pública como son la coordinación de intereses, las prestaciones recíprocas y la fuerza vinculante, aspectos que, de por sí, rigen el contrato que las contiene (*lex contractus*) y dan base sólida a lo largo del desarrollo de toda clase de contratos a la *“bonna fides”* (art. 1603 C.C.).

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunalés
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

A esos fundamentos ha de agregárseles otros, cuya connotación es bien importante por tener rango constitucional y porque advierten a la Administración Pública sobre cómo debe ser su actuación y la previenen para precaver situaciones calamitosas.

Es así como la legislación contractual, al desarrollar el artículo 209 de la Carta, dispone que *"...las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa"* (Art. 23 de la Ley 80/93).

El Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2015, señaló:

"Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

"La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

"Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado"¹⁴.

La planeación en los contratos del Estado debe llevar a la Administración a celebrar contratos debidamente estudiados, planeados según lo requiera el interés público, con el lleno de los requisitos y formalidades exigidos, y con el debido reparto de las obligaciones contractuales que, en buen sentido, deben obedecer al principio contractual de *"do ut des"* (te doy para que me des).

Si bien es cierto que la planeación contractual no cuenta con norma expresa que la contenga, también lo es que, por ser uno de los principios más exigentes y exigidos en el curso del proceso contractual, como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia ya citada: *"... su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se*

¹⁴ M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO – EXP.27.315

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales”.

La ausencia de planeación, continúa la providencia mencionada, “...ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales”.

Esta decisión encuentra plena concordancia con la sentencia del 31 de agosto de 2006, en la que la Sección Tercera, con ponencia de MAURICIO FAJARDO GOMEZ¹⁵, indica:

“Al respecto conviene reiterar que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, 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, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos 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 disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en

¹⁵ Exp. 14.287

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. El aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance que se señalan, en modo alguno constituye una novedad en el ámbito contractual que hubiere introducido la Ley 80, expedida en el año de 1993, puesto que el mismo emerge con obviedad de los deberes, la diligencia, el cuidado, la eficiencia y la responsabilidad con que 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.

“Es por ello que en dicho principio de planeación pueden hallarse la razón y el fundamento, entre otras, de las exigencias que el numeral 2 del artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1983 estableció respecto del contenido de los pliegos de condiciones; de aquellas relacionadas con el registro presupuestal, de conformidad con el artículo 46 de ese mismo estatuto; del señalamiento del presupuesto oficial estimado como valor para determinar los requisitos y el procedimiento aplicable a la selección de los contratistas, en función de la cuantía de los correspondientes contratos de obra, según el parágrafo 1º del artículo 83 del citado Decreto-ley 222 de 1983; el deber de que cada entidad debiere elaborar un programa anual general de compras. El incumplimiento del deber legal consagrado en las normas legales que rigen o han regido la contratación pública (artículo 84 del Decreto Ley 222 de 1983 o artículo 30-1 de la Ley 80), mediante los cuales se establece para la Administración la obligatoriedad de contar previamente con los planos, proyectos y presupuestos respectivos y, por supuesto, haber obtenido las aprobaciones y licencias para la ejecución de las obras, comprometen la responsabilidad patrimonial de la Administración en los eventos en que por ello se ocasionen daños antijurídicos al contratista e incluso podría generar responsabilidad de tipo patrimonial, fiscal, disciplinaria y aún penal respecto de los funcionarios que actúan de manera negligente e improvisada en las distintas etapas del contrato. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. 10439, M.P. Juan de Dios Montes Hernández” (negrillas fuera de texto).

De aplicar los conceptos transcritos a la realidad fáctica que ocupa la atención del Tribunal, encontramos:

La licitación pública FDLK-LP-06-2014 fue adjudicada al Consorcio Equipamientos Comunales y, en tal virtud, se celebró el Contrato No. COP 105 de 2014 firmado el 15 de agosto de 2014, con el objeto del: *“mejoramiento de equipamientos a través de la*

Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy

construcción de los salones comunales del Olivo, California y Horizonte occidente en la localidad de Kennedy”.

El 24 de noviembre del citado año, se firmó el acta de inicio y la Alcaldía Local entrega al contratista la documentación que reposa en sus archivos que contiene los diseños elaborados mediante contrato de consultoría, junto con las tres licencias de construcción que, como es de todos conocido, se encontraban vencidas para aquella época, es decir: el 13 de mayo de 2014 para la obra California; el 2 de abril de 2014 para la obra Horizonte occidente; y el 10 de mayo de 2014 para la obra Olivo.

Si bien es cierto que las *“licencias de construcción”* fueron entregadas por la administración al contratista para que las apropiara, éstas ya no existían porque una vez vencidas y, como actos administrativos de carácter particular y concreto que son, tienen una vigencia limitada en el tiempo para el ejercicio de los derechos de desarrollo y construcción que consagran (24 meses prorrogables por una vez con un plazo adicional de 12 meses), por así mandarlo la legislación que las rige (Decreto 1077 de 2015 – art. 2.2.6.1.2.4.1), de un lado, y, del otro, porque según la teoría pura de los actos administrativos, éstos pierden ejecutoriedad cuando se cumple la condición resolutoria a que se encuentra sometido el acto (CPACA art. 91-4).

La normatividad vigente consagra la oportunidad de renovación de las licencias de construcción, que deberá formularse dentro de los 30 días calendario anterior a su vencimiento, *“...siempre que el urbanizador o constructor responsable certifique la iniciación de la obra”*.

Dentro de las obligaciones preparatorias a cargo de la Administración Pública (para el caso el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy), está la de *“entregar las licencias”* consagrada en la cláusula segunda del articulado contractual, según la cual el contratista se debe: *“...apropiar de las Licencias de Construcción entregadas por el Fondo, a su cuenta, deberá adelantar los trámites de renovación, prórroga o los que considere convenientes para dar inicio a las actividades dando cumplimiento a la normatividad vigente...”*.

La obligación a cargo de la contratista consagrada en la cláusula anteriormente citada, constituye una actividad imposible de cumplir porque, como está diáfano en el plenario, no existían ya las licencias de construcción a que se refiere el contrato de obra y, para cumplir con esa obligación contractual, debía recibirlas en plena vigencia, lo que no ocurrió y a su vez le impidió, por su inexistencia, apropiarse de las mismas, realidad contractual conocida plenamente por la hoy convocada y por el supervisor del contrato.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Esta realidad fáctica se desprende de las pruebas obrantes: actas de obra, testimonios e interrogatorios realizados.

Pero, no obstante lo anterior, está igualmente claro en este universo procesal que el contratista puso de presente el hecho que ocupa la atención del Tribunal ante la administración contratante, hoy convocada y, en su calidad de “*contratista colaborador de la administración*”, adelantó las gestiones propias para solicitar las licencias, con el infortunado resultado de que debían aportarse nuevas pruebas y documentos que determinarían la realidad jurídica de los inmuebles objeto de los permisos y para lo cual no obtuvo el concurso de la administración local, actividad del hoy convocante que se aprecia a folios 189-192-193-194-204-205-206 y 207.

Hay también evidencia de esa colaboración en los relatos realizados por los declarantes Héctor Henry Cuadrado, Alexander Pérez Pernet, Astrid Liliana Certuche, probanzas que obran en el expediente.

Así las cosas, resulta válido recurrir a lo dicho por el Consejo de Estado en relación con el contratista colaborador de la administración:

“... remitió diversas comunicaciones y solicitudes con destino a la entidad oficial contratante, todo con el propósito de indagar acerca del estado en que se encontraban las gestiones que debía adelantar aquella con miras a superar las dificultades que en su momento generaron la suspensión temporal del contrato e informarse acerca de una fecha probable de reiniciación de la ejecución del mismo, sin que al respecto hubiere recibido respuesta o instrucción alguna por parte de la entidad contratante, la Sala no puede menos que recordar la existencia y vigencia, entre otros, de dos aspectos que de tiempo atrás han sido reconocidos como fundamentales en la contratación de las entidades públicas: i) el principio del contratista colaborador de la Administración y ii) el Principio de la dirección del contrato. Ante la vigencia de dichos principios, resulta inadmisibles que TELECOM hubiere asumido un proceder tan displicente para con su co-contratante y tan indiferente y negligente ante la suerte del contrato, que ni siquiera se hubiere tomado la molestia de responder las inquietudes y solicitudes elevadas por el contratista particular y menos le hubiere impartido instrucciones oportunas y precisas en relación con lo que debería ser la reanudación de la ejecución del contrato suspendido. No sobra mencionar que en virtud del primero de los principios mencionados, resulta claro que si bien por un lado el particular contratista, al ejecutar un contrato de naturaleza pública, cumple una función social que implica obligaciones y colabora con las entidades estatales en el logro de sus fines, por el otro lado no es menos cierto que dicho contratista merece ser tratado por la Administración Pública como su verdadero colaborador y, por tanto, la entidad contratante también debe

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

velar por la efectividad de los derechos e intereses de dicho contratista, tal como lo vino a recoger de manera positiva la legislación nacional en el artículo 3 de la Ley 80. Por razón del segundo principio enunciado, se tiene que a las entidades estatales les corresponden las facultades-deberes de dirigir y controlar la ejecución del contrato, por lo cual deben estar siempre atentas al desarrollo o estado del mismo y deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su adecuada y oportuna ejecución. Este principio, que sirve de fundamento y apoyo a la existencia misma de las facultades exorbitantes o excepcionales que la ley consagra a favor de las entidades públicas contratantes, también fue elevado a norma positiva, de manera expresa, mediante el numeral 1º del artículo 14 de la referida Ley 80¹⁶.

Es evidente, entonces que el ahora convocante colaboró en forma significativa con la administración para llevar a buen término la ejecución contractual, lo que está debidamente probado, ya que el contratista informó a la Administración que las licencias de construcción, requisito *sine qua non* para adelantar la obra, estaban vencidas, información que también conoció la contratante porque fue puesta de presente en distintas reuniones entre ellos y con la interventoría y, además, solicitó la suspensión del plazo contractual para dar campo al trámite de los permisos pluricitados, recibiendo como respuesta de su co-contratante la no adopción de las medidas requeridas para el efecto.

Así, fácil resulta entender que la Administración faltó a los principios generales que rigen la contratación estatal, en esencia al de planeación, incumpliendo de manera ostensible sus obligaciones contractuales, las que, con la diligencia que reclama la ley, ha debido prever desde la misma época precontractual por tratarse de un requisito esencial para el buen logro del objeto contratado. Una vez celebrado y perfeccionado el contrato, éste es ley para las partes, según lo consagrado en el artículo 1602 del Código Civil.

Al ser así la realidad contractual, y bajo la óptica de la legislación civil aplicable en esta materia a los contratos y obligaciones estatales, quien incumple se hace responsable de su conducta, salvo la aparición de fuerza mayor o caso fortuito, situación que lo exime de ella.

Al no estar presente eximente alguno de responsabilidad en el presente caso, cobra plena aplicación el contenido del artículo 1609 del Código Civil cuando señala: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos”,*

¹⁶ Sección Tercera – M.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO - 8 de noviembre de 2016 – 51192.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

mandato complementado por el artículo 1594 *ibidem*, norma que dispone que la parte incumplida no puede pedir perjuicios o penas a la otra.

Pero además del incumplimiento de la obligación de entregar las licencias vigentes y desentenderse del cumplimiento de ese compromiso, del plenario se desprende igual que la convocada debe el reconocimiento y pago de parte de las obras realizadas por el contratista, hoy convocante, incumplimiento que cimienta todavía más lo dicho en los párrafos que anteceden.

Es corolario de todo lo anterior que el incumplimiento contractual mostrado en el plenario indica que la Administración Pública fue la primera en incumplir y ese incumplimiento fue determinante al momento de la ejecución contractual. Igualmente, encuentra el Tribunal que existió un incumplimiento contractual, falta de diligencia y respeto a la normatividad vigente por parte del Contratista –experto en la actividad de la construcción y en la normatividad que la rige -, quien, como se evidencia, desde el inicio de la construcción advirtió la ausencia de las licencias necesarias para la ejecución del contrato y aún así continuó con la ejecución.

Prueba de lo anterior –la imposibilidad de ejecutar el contrato sin licencia- es la suspensión de la ejecución del contrato por cinco meses en virtud del acta del 1° de diciembre de 2014 y, posteriormente, de manera inexplicable, sin haber superado las causas de la suspensión (falta de licencia), las partes, junto con el supervisor, suscribieron el Acta de reinicio del contrato el 1° de mayo de 2015; llama la atención que, también, bajo las circunstancias anteriores, el contrato se prorrogó y adicionó, se cancelaron unas facturas y finalmente se recibieron a satisfacción las obras contratadas con la aquiescencia de las dos partes, sin que se evidencie que el contratista haya dejado salvedad u observaciones en el momento de suscribir estas actas.

A su turno, las excepciones de la convocada apuntan a que el convocante no ejecutó en debida forma sus obligaciones, pues adelantó las construcciones objeto del contrato de obra pública COP 105 de 2014, sin contar con licencias de construcción vigentes para este efecto.

Sobre este particular, dentro del clausulado del contrato de obra pública COP 105 de 2014 se halla la cláusula segunda, que se ocupa de disponer las obligaciones a cargo del contratista. Dentro de esta cláusula se encuentran la obligación general número 7 y la obligación adicional número 2, que tratan el asunto atinente a la observancia de las normas técnicas de la construcción y a la apropiación, renovación y prórroga de las licencias de construcción, respectivamente, en los siguientes términos:

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

"CLÁUSULA SEGUNDA: (...) OBLIGACIONES GENERALES: (...) 7. Llevar a cabo todas las labores necesarias para alcanzar el objeto de este proyecto relacionado con la construcción, ciñéndose a las normas técnicas vigentes y a rehacer a sus expensas cualquier obra que resulte mal ejecutada" (énfasis fuera del texto original).

"CLÁUSULA SEGUNDA: (...) Obligaciones Adicionales: (...) 2. El CONTRATISTA se deberá apropiarse de las Licencias de Construcción entregadas por el Fondo, a su cuenta, deberá adelantar los trámites de renovación, prórroga o los que se consideren pertinentes para dar inicio a las actividades dando cumplimiento a la normatividad vigente" (énfasis fuera del texto original).

El hecho de que las licencias de construcción de las construcciones objeto del contrato de obra pública COP 105 de 2014 habían perdido su vigencia antes de la suscripción del contrato está acreditado, por su aceptación expresa por el convocante y la convocada. Así, el primero señaló en el hecho sexto de la Reforma de la Demanda¹⁷ que:

"El 1 de diciembre de 2014 se suscribió Acta de Suspensión del Contrato, bajo el argumento que las licencias que la Alcaldía Local le entregó al Contratista se encontraban vencidas. Las fechas de vencimiento de las licencias eran todas anteriores a la suscripción del contrato e inclusive al proceso de selección que culminó con la adjudicación" (énfasis fuera del texto original).

Por su parte, la convocada respondió al hecho anterior en la siguiente forma:

"SE ADMITE. Se advierte, que la causa de la suspensión no fue otra cosa que la ausencia de licencias de construcción vigentes, las cuales estaban desuetas antes de la firma del contrato, situación que conocía el consorcio demandante, como confiesa expresamente en el hecho seis, y pese a ello decide continuar dolosamente con la ejecución de la obra" (énfasis fuera del texto original).

También se encuentra probado que las obras objeto del contrato de obra pública COP 105 de 2014, se llevaron a cabo sin haber contado con licencias de construcción vigentes para ese efecto.

Dentro del sub lite se encuentran las siguientes pruebas documentales que acreditan la ejecución de las obras:

¹⁷ Reforma de la Demanda, p. 5.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Acta de Inicio, del 24 de noviembre de 2014¹⁸.
Acta de Suspensión, del 1 de diciembre de 2014¹⁹.
Acta de Reinicio, del 1 de mayo de 2015²⁰.
Acta de Obra número 1²¹.
Acta de Obra número 2²².
Acta de Obra número 3²³.
Acta de Obra número 5²⁴.
Acta de Obra número 6²⁵.
Acta de Obra número 7²⁶.
Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de Obra, del 23 de marzo del 2016²⁷.

Mientras que el hecho de que las obras se ejecutaron sin contar con licencias de construcción vigentes se establece a partir de los siguientes medios de prueba documentales:

Comunicación del 5 de noviembre de 2015, Rad No 2015-082-019094-2²⁸.

Resolución 15-4-1431 del 30 de octubre de 2015²⁹, expedida por la Curaduría Urbana No. 4 de Bogotá, "Por medio de la cual se declara que operó el desistimiento de una solicitud de licencia de conformidad con el Artículo 37 del Decreto 1469 de 2010 compilado por el Decreto 1077 de 2015".

Resolución 15-3-1596 del 26 de noviembre de 2015³⁰, expedida por la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá, "Por la cual se entiende desistido el trámite y se ordena el archivo de la solicitud de la Licencia de Construcción en las modalidades Obra Nueva y Demolición Total

¹⁸ Acta de Inicio, obra al folio 39 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁹ Acta de Suspensión, obra al folio 40 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²⁰ Acta de Reinicio, obra al folio 41 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²¹ Acta de Obra No. 1, obra a folios 51-56 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²² Acta de Obra No. 2, obra a folios 60-65 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²³ Acta de Obra No. 3, obra a folios 84-85 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²⁴ Acta de Obra No. 5, obra a folios 97-101 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²⁵ Acta de Obra No. 6, obra a folios 115-120 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²⁶ Acta de Obra No. 7, obra a folios 130-134 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²⁷ Acta de Terminación, Entrega y Recibo final de obra, obra a folios 123-124 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²⁸ Comunicación del 5 de noviembre de 2015, Rad No 2015-082-019094, obra a folios 67-71 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²⁹ Resolución 15-4-1431 del 30 de octubre de 2015, expedida por la Curaduría Urbana No. 4 de Bogotá, obra al folio 150 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

³⁰ Resolución 15-3-1596 del 26 de noviembre de 2015, expedida por la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá, obra al folio 154 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

para el predio ubicado en la KR 87 H 42 G 16 S (actual), Urbanización Horizonte Occidente de la Localidad de Kennedy".

Comunicación del 2 de junio de 2017, Radicado No 2017581011577-2³¹.

Comunicación del 9 de agosto de 2017, Radicado No 2017581016759-2³².

Resolución 17-5-1775 del 16 de noviembre de 2017³³, expedida por la Curaduría Urbana No. 5 de Bogotá, "Por medio de la cual se entiende desistida tácitamente una solicitud de licencia urbanística de conformidad con el artículo 2.2.6.1.2.3.4 del Decreto 1077 de 2015".

Teniendo en cuenta que eran obligaciones a cargo del convocante "*llevar a cabo todas las labores necesarias para alcanzar el objeto de este proyecto relacionado con la construcción, ciñéndose a las normas técnicas vigentes*" y apropiarse de las "*Licencias de Construcción entregadas por el Fondo, a su cuenta*" así como "*adelantar los trámites de renovación, prórroga o los que se consideren pertinentes para dar inicio a las actividades*", corresponde ahora determinar si estas obligaciones fueron incumplidas, como consecuencia de haber ejecutado las obras sin contar con licencias de construcción vigentes, aun cuando dichas licencias de construcción habían perdido su vigencia antes del perfeccionamiento del contrato de obra pública COP 105 de 2014.

Por su parte, el convocante, bajo el título de "*Falta de Planeación. Licencias*"³⁴, señala que la convocada incurrió en una falta al principio de planeación, circunstancia que expone en los siguientes términos:

*"La Alcaldía Local de Kennedy desde el inicio de la ejecución del Contrato de Obra Pública No. COP-105-2014, desconoció obligaciones que estaban a su cargo desde la confección misma de los estudios previos y del pliego de condiciones que sirvió de base para adjudicar el proceso de selección. De forma expresa se establecieron en dichos documentos obligaciones para la entidad contratante, referidas a licencias y a forma de pago, que durante la ejecución y posterior etapa de liquidación fueron abiertamente desconocidas sin una justificación legal que sirviera de sustento"*³⁵.

³¹ Comunicación del 2 de junio de 2017, Radicado No 2017581011577-2, obra a folios 192-193 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

³² Comunicación del 9 de agosto de 2017, Radicado No 2017581016759-2, obra al folio 194 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

³³ Resolución 17-5-1775 del 16 de noviembre de 2017, expedida por la Curaduría Urbana No. 5 de Bogotá, obra a folios 217-218 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

³⁴ Reforma de la Demanda, p. 10.

³⁵ Reforma de la Demanda, p. 10.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Con relación a su obligación de apropiarse, renovar y prorrogar las licencias de construcción, también señala el convocante que:

"... lo primero es que de forma expresa el contrato señalaba que el Contratista se debía apropiarse de las licencias de construcción entregadas por la contratante, como se narró en los hechos, el Contratista jamás pudo apropiarse de ninguna licencia en cuanto las recibidas al momento de suscribir Acta de Inicio ya se encontraban vencidas, así las cosas, era jurídica y materialmente imposible que adelantara la apropiación y mucho menos la renovación o prórroga de las licencias"³⁶.

En este punto el Tribunal observa que, en efecto, el hecho de que se suscribiera el contrato de obra pública COP 105 de 2014 sin contar con licencias de construcción vigentes para la ejecución de las construcciones objeto de dicho contrato constituye una flagrante inobservancia del principio de planeación. Sin embargo, como se dijo anteriormente, dicha inobservancia no es atribuible en forma exclusiva a la convocada, como lo pretende hacer valer el convocante, sino que también es imputable al Consorcio Equipamientos Comunales, pues, como profesional de la actividad de la construcción y colaborador de la administración (art. 3 de la ley 80 de 1993), debió analizar juiciosamente los estudios previos, pliegos de condiciones y demás documentos técnicos, entre ellos las referidas licencias de construcción, y evaluar la viabilidad del objeto contractual, antes de formular su oferta, suscribir el contrato e iniciar su ejecución.

Efectivamente, como lo ha expresado la Jurisprudencia del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo:

"Dentro del marco de la colaboración que compete al contratista, se encuentra igualmente sometido a respetar el principio de planeación, es decir, el contratista tiene la carga de analizar la suficiencia y consistencia de los estudios previos y de los precios presupuestados, en orden a definir su participación en la licitación y el contenido de su oferta; se entiende que es una carga, en el sentido de que el contratista no podrá desconocer los términos y condiciones que aceptó y mucho menos aquellos que negoció con la entidad pública"³⁷.

Al valorar la conducta del contratista del Estado se debe tener en cuenta se trata de una profesional calificado e idóneo para ejecutar el objeto del contrato para el cual fue contratado y, por tanto, los deberes y cargas que se le exigen al presentar su oferta, suscribir el contrato y ejecutar el objeto del mismo son superiores a los que se predicán de una

³⁶ Reforma de la Demanda, p. 10.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2019, exp: 59.309.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

*persona del común*³⁸. Acerca de este particular, el Consejo de Estado, a través de la sentencia del 28 de enero de 2016, exp: 34.454, precisó:

"... 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".

Bajo estas consideraciones, también es palmario el incumplimiento del convocante, su desconocimiento al principio de planeación y su falta de diligencia y cuidado³⁹. De un lado, no es admisible su argumentación según la cual cuando recibió las licencias de construcción se encontraban vencidas, ya que él es un profesional de la construcción y tuvo la oportunidad de evaluar todos los documentos técnicos y estudios previos, para verificar la viabilidad del objeto contractual, antes de presentar su propuesta y suscribir el contrato, de otro lado, también se aprecia que al adelantar las obras sin contar con licencias de construcción vigentes, el Consorcio Equipamientos Comunales pasó por alto las normas urbanísticas positivas que ordenan como requisito previo a la realización de construcciones el tener una licencia para el efecto, incumpliendo así su obligación de "llevar a cabo todas las labores necesarias para alcanzar el objeto de este proyecto relacionado con la construcción, ciñéndose a las normas técnicas vigentes".

³⁸ "En este orden de ideas, el momento de elaborar la propuesta inicial no se trata simplemente de ajustarse a las condiciones del pliego de la licitación como erradamente lo hace ver la demandante, sino que ello implica una evaluación minuciosa de las condiciones de viabilidad y oportunidad del negocio, pues no hacerlo conlleva, además, a incurrir en culpa grave, que en los términos del artículo 63 Código Civil se entiende como 'no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita'. (...) Así las cosas, la culpa o negligencia grave es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, de manera que esta es la clase de culpa que resulta atribuible a los contratistas que, pese a su profesionalismo y calidad de colaboradores de la administración, omiten emplear la diligencia que una persona común hubiera previsto para elaborar las propuestas con las que pretenden vincularse a las entidades estatales. Y como es sabido, a nadie le es doble sacar provecho de su propia culpa". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, exp: 55.855.

³⁹ "Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico (...) Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2016, exp: 52.161.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

El Tribunal destaca que el Ministerio Público arribó a la misma conclusión. Así, en el Concepto rendido por el Ministerio Público se puede leer:

"En el sub judice el consorcio faltó a su deber de planeación al no efectuar la revisión de los documentos contractuales, entre ellos las licencias, previamente a suscribir el contrato, de lo que sigue que asumió bajo su responsabilidad la ejecución del objeto contractual y cada una de sus obligaciones, entre ellas adelantar el trámite necesario de las licencias que estaban vencidas, así como la situación de cada uno de los 3 inmuebles.

"De cumplir con su deber de planeación habría evidenciado cada una de esas situaciones que posteriormente condujeron a la no expedición de licencias, aunado al hecho de haber ejecutado las obras sin contar con tales documentos.

"En este sentido, es claro e irrefutable que el consorcio incurrió en incumplimiento del contrato.

"

Aunado a lo anterior tampoco podría alegar desequilibrio económico por un hecho que conoció desde el inicio y no obstante decidió suscribir adición y prórroga⁴⁰".

- **5.1.2. DESCONOCIMIENTO DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES**

El demandante funda esta pretensión en que en la cláusula 4 del Contrato se pactó el valor y la forma de pago y que la Contratante no cumplió totalmente dicha obligación conforme a lo allí dispuesto. Es así como, se pactó un valor inicial del Contrato de \$1.798.893.784, incluido AIU e IVA y posteriormente fue adicionado, quedando el valor final del Contrato en la suma de \$2.174.587.247.

Se parte de la base de que está probado dentro del proceso que, mediante Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de la Obra, fechada el 23 de marzo de 2016, se recibieron por parte del interventor, a nombre de la entidad, las obras contratadas indicando que el porcentaje de ejecución fue el 100 % y que se recibieron a entera satisfacción y de conformidad.

Siendo que se recibió el 100 % de las obras en las condiciones antes mencionadas, este Tribunal considera que el contratista tiene derecho a que se le cancele el valor de las obras ejecutadas en la forma pactada. Es pertinente enfatizar en este punto, tal y como quedó

⁴⁰ Concepto del Ministerio Público, p. 24, obra a folios 458-492 del Cuaderno Principal.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

expuesto anteriormente, que, al existir un incumplimiento mutuo de las partes, se purga la mora de ambas y no hay lugar al reconocimiento de perjuicios con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1615 y 1609 del Código Civil. De conformidad con el primero “se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor sea constituido en mora”, y el segundo que señala que “en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte”; así las cosas, con base en los argumentos ya esgrimidos, al existir incumplimiento de las dos partes, no existe mora y por lo tanto no hay lugar al reconocimiento de perjuicios.

En los hechos noveno, undécimo, décimo tercero, décimo quinto, décimo noveno y vigésimo segundo de la Reforma de la Demanda⁴¹, se narra por el convocante que fueron presentadas las Facturas de Venta números 001, 002, 003, 004, 005 y 006, que correspondían a las Actas de Obras números 1, 2, 3, 4, 5 y 6, respectivamente, las cuales fueron pagadas. Asimismo, como fundamento probatorio de estos hechos, obran en el plenario las Facturas de Venta números 001⁴², 002⁴³, 003⁴⁴, 005⁴⁵, 006⁴⁶ y las Actas de Obra números 1⁴⁷, 2⁴⁸, 3⁴⁹, 5⁵⁰ y 6⁵¹, así como la prueba por informe, que obra a folios 678 y siguientes del cuaderno principal número 1.

En lo tocante a las Facturas de Venta que, según las afirmaciones del convocante, están pendientes de pago, en el hecho vigésimo quinto de la Reforma de la Demanda⁵² se indica que el 19 de julio de 2016 se presentaron para su pago las Facturas de Venta números 007, 008 y 009, cuyo pago aún no se ha ejecutado por parte de la convocada. Obra en el sub lite la comunicación del 19 de julio de 2016⁵³, Rad No 2016-082-013319-2, por la cual el Consorcio Equipamientos Comunales le solicita a la Alcaldía Local de Kennedy que se tramiten los pagos correspondientes a las Facturas de Venta números 007, 008 y 009. Asimismo, obran en el plenario las Facturas de Venta números 007⁵⁴, 008⁵⁵ y 009⁵⁶ y el Acta

⁴¹ Reforma de la Demanda, p. 5-6.

⁴² Factura de Venta 001, obra a folios 49-50 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴³ Factura de Venta 002, obra a folios 58-59 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁴ Factura de Venta 003, obra al folio 79 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁵ Factura de Venta 005, obra a folios 94-95 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁶ Factura de Venta 006, obra a folios 109-114 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁷ Acta de Obra No. 1, obra a folios 51-56 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁸ Acta de Obra No. 2, obra a folios 60-65 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁹ Acta de Obra No. 3, obra a folios 84-85 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁰ Acta de Obra No. 5, obra a folios 97-101 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵¹ Acta de Obra No. 6, obra a folios 115-120 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵² Reforma de la Demanda, p. 7.

⁵³ Radicado No 2016-082-013319-2, obra al folio 125 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁴ Factura de Venta 007, obra al folio 129 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁵ Factura de Venta 008, obra al folio 126 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁶ Factura de Venta 009, obra a folios 137-138 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

de Obra número 7⁵⁷, así como la a prueba por informe, que indica que tales facturas no se han cancelado.

El Tribunal observa que varios de los hechos anteriores fueron admitidos condicionalmente por la convocada, en su Contestación a la Demanda⁵⁸, ratificada en lo pertinente en la Contestación a la Reforma de la Demanda⁵⁹. La convocada manifiesta que si bien las Facturas de Venta números 001, 002, 003, 004, 005 y 006 fueron presentadas y pagadas, el Consorcio Equipamientos Comunales se encontraba en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En efecto, respecto del hecho noveno de la Reforma de la Demanda antes mencionado, la convocada manifiesta que: *"SE ADMITE, bajo el entendido que la parte demandante confiesa expresamente conocer de un yerro de orden legal (ausencia de licencia de construcción), y pese a ello decide voluntariamente iniciar la construcción de la obra. (...) La gestión de un contratista de obra, seleccionado bajo los parámetros de una licitación pública, y con la experiencia suficiente en este tema es autónoma dentro del marco de la ley. Su gestión está delineada por la ley, por el pliego de condiciones y por el contrato respectivo. Ni la interventoría ni la administración tienen competencia ni potestad para impeler a un contratista a realizar su labor al margen de la ley. En el presente caso, el contratista de obra actuó son sujetarse al ordenamiento jurídico vigente y sin justificación válida para su comportamiento contractual. Por consiguiente, al ser evidente su responsabilidad debe responder legal y contractualmente por los perjuicios causados a la Administración. Así las cosas, resulta reprochable que, hoy en día, un contratista que reconoce y ha confesado su culpa y responsabilidad pretenda obtener una indemnización o reconocimiento, lo cual, por demás, resulta evidentemente improcedente"*⁶⁰.

Así también, con relación al hecho undécimo de la Reforma de la Demanda antes mencionado, la convocada manifiesta que: *"SE ADMITE, en cuanto a que efectivamente se presentó la factura que menciona el demandante. El hecho del pago no purga el incumplimiento que deliberadamente venía incrementando el contratista de obra. En efecto, a más de celebrar el contrato, suscribir acta de inicio, y comenzar la obra sin licencia de construcción vigente y sin tener los permisos legales de otras entidades del Distrito, el contratista de obra presenta factura de cobro, sabiendo que el resultado de la obra no*

⁵⁷ Acta de Obra No. 7, obra a folios 130-134 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁸ Contestación de la Demanda, p. 19-21.

⁵⁹ Contestación a la Reforma de la Demanda, p. 1.

⁶⁰ Contestación de la Demanda, p. 19-20.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

*podría ser otro que la imposibilidad legal de ser usada para el fin contractual que le dio origen*⁶¹.

Mientras que en lo que atañe al hecho décimo tercero de la Reforma de la Demanda antes mencionado, la convocada manifiesta que: "*SE ADMITE. No obstante, se debe aclarar que, pese a conocer la imposibilidad legal de construir la obra sin licencia de construcción vigente y sin la solución de otros temas legales, el contratista de obra radicaba facturas con normalidad y recibía indebidamente el pago correspondiente*"⁶².

Se concluye que la convocada incumplió parcialmente su obligación de pago al no haber cancelado lo correspondiente a lo contenido en las Facturas de Venta números 007⁶³ y 008⁶⁴. Respecto de la Factura de Venta 009⁶⁵, que corresponde a la forma de pago pactada en la nota de la cláusula 4ª, párrafo 2º numeral 4º "el restante 5 % le será pagado al contratista una vez se haya suscrito el acta de liquidación", el Tribunal deja constancia de que como se advierte más adelante, el acto de liquidación unilateral por parte de la administración se declarará nulo y, por consiguiente, se procederá a liquidar el contrato, de conformidad con lo pretendido, luego, en este contexto, la condición a la que está sujeta el pago este 5 % surge a partir de la expedición del presente laudo.

Por lo anteriormente expuesto, prospera la pretensión 3.1. en los términos y con el alcance referido en los párrafos anteriores.

3. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES 3.3 Y 3.4.

3.3. Que se declare la nulidad de la Resolución 661 de 2018 por medio de la cual se declaró el incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014, por parte del Alcalde Local de Kennedy.

3.4. Que se declare la nulidad de la Resolución 671 de 2018 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 661 de 2018 proferida por el Alcalde Local de Kennedy.

⁶¹ Contestación de la Demanda, p. 20.

⁶² Contestación de la Demanda, p. 20.

⁶³ Factura de Venta 007, obra al folio 129 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶⁴ Factura de Venta 008, obra al folio 126 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶⁵ Factura de Venta 009, obra a folios 137-138 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el estudio de la pretensión 3.1., sobre el incumplimiento recíproco de las obligaciones del contratante y contratista, es de concluir que los actos administrativos demandados en nulidad: Resolución núm. 661 de 2018, por medio de la cual se declara el incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014; Resolución núm. 671 de 2018, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición impetrado contra la decisión anterior, actos administrativos todos proferidos por el Alcalde Local de Kennedy, como con acierto concluye la señora Procuradora 144 Judicial para Asuntos Administrativos, pueden encontrar cabida dentro de lo consagrado en el artículo 137 del CPACA en materia de nulidad, por falsa motivación.

Frente a la falsa motivación como causal de nulidad, es consistente la jurisprudencia del Consejo de Estado al afirmar que *"es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente"*⁶⁶. En el caso que nos ocupa, tal y como se desarrolló en el numeral anterior, resulta evidente para este Tribunal Arbitral que no existió incumplimiento exclusivo por parte del Contratista, como quiera que la administración no cumplió con su obligación contractual de entregar unas licencias de construcción que estuvieran vigentes, de tal suerte que el Contratista pudiera cumplir con sus obligaciones, por lo que, en virtud de lo dispuesto 1609 del Código Civil, *"ninguna de las partes en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte"*.

En atención a las consideraciones expuestas, el Tribunal declarará la nulidad de las Resoluciones 661 y 671 de 2018, por adolecer de falsa motivación, por lo que prosperan las pretensiones 3.3 y 3.4 de la Demanda Reformada.

4. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES 3.6, 3.7 Y 3.8. DE LA DEMANDA REFORMADA

3.6. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se reconozca y pague al CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES, la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SETENTA Y OCHO PESOS (\$468.874.478) por concepto de los pagos dejados de percibir durante la ejecución del contrato (lucro cesante). Esta suma deberá cancelarse con los respectivos intereses moratorios conforme la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁶⁶ C.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ– EXP. 1532 01

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

3.7. Que se reconozca y pague a favor del CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES, la suma de CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$108.729.362) correspondiente al 5 % establecido en el párrafo segundo numeral 3 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014 (lucro cesante) esta suma deberá cancelarse con los respectivos intereses moratorios conforme la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.8. Que se reconozca y pague a favor del CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES, la suma de CIENTO OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$108.729.362) correspondiente al 5 % establecido en el párrafo segundo numeral 4 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014 (lucro cesante) esta suma deberá cancelarse con los respectivos intereses moratorios conforme la tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia

En consonancia con lo dispuesto en relación con las pretensiones declarativas resueltas anteriormente, el Tribunal considera que se le debe reconocer y pagar al convocante los valores correspondientes a las obras ejecutadas, que no han sido canceladas a la fecha y que asciende a \$593.140.269, suma que fue reconocida expresamente por Contratista y Contratante en el Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de Obra que obra en el expediente y que concuerda con el valor indicado en la prueba por informe solicitada por el Tribunal, que obra a folio 378 reverso, sumas que deberán actualizarse así:

En lo referente a la pretensión 3.6., el demandante solicita el cobro de la suma de \$468.874.478 por concepto de los pagos dejados de percibir durante la ejecución del contrato (para completar el 90 % del valor del contrato). El Tribunal resalta que esta suma no concuerda con la certificación obrante a folio 378 reverso, ni con lo consignado en el Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de Obra, ya que el valor a reconocer por este concepto asciende a la suma de \$375.681.543, valor que resulta de descontar el saldo por amortizar del anticipo que asciende a la suma de \$93.192.935, por lo cual el Tribunal en la medida en que el contratista expresamente así lo aceptó, reconocerá por concepto de pagos dejados de percibir, la suma de \$375.681.543. Dicho valor será actualizado con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, en el acápite correspondiente a la liquidación del Contrato COP 105 de 2014.

En relación con la pretensión 3.7 el Tribunal encuentra, como se dijo anteriormente, hay lugar a su reconocimiento y al pago de las sumas solicitadas, las cuales coinciden con la certificación obrante a folio 378 reverso y con lo consignado en el Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de Obra, monto que asciende a \$108.729.362, que también será

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

actualizado con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, en el acápite correspondiente a la liquidación del Contrato COP 105 de 2014.

En relación con lo solicitado en la pretensión 3.8., se itera que dicho valor únicamente se hará exigible con el acta de liquidación del contrato, por lo cual, es exigible únicamente con el presente laudo que liquida judicialmente el contrato y, por tal motivo no hay lugar a su actualización, razón por la cual el Tribunal reconocerá la suma de \$108.729.362 sin que haya lugar a su actualización ni pago de intereses.

Para efectos de la actualización de las pretensiones 3.6 y 3.7, se tuvo en cuenta que las facturas que dan lugar al pago fueron radicadas en la entidad el 19 de julio de 2016, como se puede apreciar en la respuesta a la prueba por informe que obra a folios 378 reverso – fecha que no fue objetada por la parte Convocante- y, por lo tanto, su valor será actualizado de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶⁷, tomando como fecha de inicio el índice de precios al consumidor certificado por el DANE correspondiente al mes posterior al de la radicación de las facturas, éste es el índice del mes de agosto de 2016.

5. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN 3.9. DE LA DEMANDA REFORMADA:

"3.9. Que se reconozca y pague en favor del CONSORCIO EQUIPAMENTOS COMUNALES la suma de MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$1.164.634.232), correspondiente a los perjuicios causados (daño emergente causado, la pérdida de la oportunidad, rompimiento de la ecuación contractual e intereses moratorios), según dictamen pericial aportado".

Con el propósito de precisar el alcance y contenido de la pretensión sub examine, el Tribunal comenzará por traer a colación algunos pasajes de la Reforma de la Demanda presentada por la parte convocante, en los que ésta desarrolla y fundamenta su reclamación. De esta

⁶⁷ "...en aquellos contratos estatales en los cuales no se hubieren establecido o estipulado, de manera expresa o precisa, plazos específicos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la respectiva entidad estatal contratante y en especial, cuando se trate de obligaciones de contenido dinerario, las respectivas entidades estatales contarán con un plazo de treinta (30) días para la realización del pago correspondiente, por manera que incurrirán en mora a partir del vencimiento de ese plazo, el cual habrá de contarse i) bien a partir de la fecha en la cual la Administración hubiere recibido, a satisfacción, los bienes, las obras, los servicios o, en general, las prestaciones a cargo del contratista particular o ii) bien –y contando como presupuesto con el cumplimiento de las obligaciones a cargo del particular contratista-, a partir de la fecha de presentación o entrega de la correspondiente cuenta de cobro o factura, lo que ocurra primero, tesis que en buena medida corresponde a aquella que ya en ocasiones anteriores había adoptado la propia Sala..." C.P. DANILLO ROJAS BETANCOURTH EXPEDIENTE 15.024

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

manera, bajo el título de "5.3. Tasación de los perjuicios. Rompimiento de la Ecuación Contractual"⁶⁸, se expuso lo siguiente:

"Con el fin de brindar claridad al Tribunal sobre los perjuicios sufridos por el Contratista y el evidente rompimiento de la ecuación contractual en los términos del artículo 27 de la ley 80 de 1993, pasamos a sustentar con base en el dictamen pericial elaborado por experto contable con idoneidad suficiente las cifras que se reclaman"⁶⁹.

Con relación a las cifras que la parte convocante reclama, en el mismo escrito de Reforma de la Demanda, se precisa lo siguiente:

"Costos de vigilancia de los tres (3) salones comunales que debió asumir el Contratista ante actos de vandalismo ocurridos a pesar de haber entregado las obras y que la cláusula contractual señalaba que la responsabilidad de la vigilancia era sólo hasta la entrega (23 de marzo de 2016), \$52.493.429.

El costo de ingenieros, maestros de obra, gerencia del proyecto y otros costos administrativos entre la fecha del 'Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de Obra', y el día de hoy, toda vez que la Alcaldía Local de Kennedy continuaba pidiendo ajustes, reparaciones, citando reuniones y exigiendo actividades que requerían un personal a su disposición, por un valor de \$378.301.488.

Los efectos bancarios y comerciales por créditos no pagados de forma oportuna ascienden a la suma de \$228.933.208.

A la DIAN se le adeudan del proyecto la suma de \$41.366.000⁷⁰.

Bajo estos términos, se establece con claridad que el objeto del *petitum* bajo estudio es que se reconozca a favor de la parte convocante las cifras aludidas por los conceptos de: "costos de vigilancia", "costos administrativos", "efectos bancarios y comerciales" y "deudas con la DIAN".

Asimismo, la convocante invoca como fundamentos jurídicos de su pretensión, según los términos en que la misma fue planteada, el: "daño emergente causado, la pérdida de la oportunidad, rompimiento de la ecuación contractual e intereses moratorios".

⁶⁸ Reforma de la Demanda, p. 29.

⁶⁹ Reforma de la Demanda, p. 29-30.

⁷⁰ Reforma de la Demanda, p. 31.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Mas precisamente, la parte convocante fundamenta su *petitum* así:

"En casos como el que nos ocupa, el equilibrio económico se afectó de manera evidente por la posición que asumió la Alcaldía Local de Kennedy en el sentido de no cancelar al contratista las facturas que ya cumplían todos los requisitos de pago, situación que lo llevó a una afectación en el giro ordinario de sus negocios y además le acarreó consecuencias bancarias como la de realizar créditos o asumir la mora de algunos ante la falta de liquidez producida por el no pago de las facturas debidamente presentadas

"Si bien las partes una vez suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), no puede desconocerse que situaciones extraordinarias posteriores a su celebración, como las acreditadas en este caso, ajenas al contratista al ser desconocimiento del Contrato por parte de la Entidad y evidente incumplimiento, alteraron la ecuación financiera del Contrato en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, hicieron mucho más onerosa para la parte afectada el cumplimiento a su cargo, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles que debió asumir"⁷¹.

Se observa en forma diáfana que la parte convocante fundamenta su pretensión acudiendo al principio del equilibrio económico del contrato estatal⁷² (art. 27 de la Ley 80 de 1993⁷³). Específicamente, la parte convocante aduce que se rompió el equilibrio económico del contrato de obra pública COP 105 de 2014, a consecuencia del incumplimiento por parte de la convocada, concretamente por "la posición que asumió la Alcaldía Local de Kennedy en el sentido de no cancelar al contratista las facturas que ya cumplían todos los requisitos de pago".

Asimismo, como ya se indicó, en el texto de la pretensión sub examine el convocante señala al daño emergente y a la pérdida de la oportunidad como los tipos de daños que se le irrogaron. Finalmente, el convocante también solicita el pago de intereses moratorios.

⁷¹ Reforma de la Demanda, p. 30-31.

⁷² Reforma de la Demanda, p. 30.

⁷³ Artículo 27 de la ley 80 de 1993: En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento".

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Bajo las anteriores precisiones, se establece que el problema jurídico que subyace del *petitum* es: ¿Se deben reconocer y pagar por el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy, en favor del Consorcio Equipamientos Comunales, las cifras por los conceptos de: "costos de vigilancia", "costos administrativos", "efectos bancarios y comerciales" y "deudas con la DIAN", cuya reclamación fundamenta el convocante con base en el rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra pública COP 105 de 2014, a causa del incumplimiento de la obligación de pago en cabeza de la convocada?

La solución del problema jurídico anterior supone tres aspectos: uno, que se analicen los requisitos legales y jurisprudenciales para la configuración del rompimiento del equilibrio económico del contrato estatal, a causa del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de una de las partes; dos, que se analicen los requisitos legales y jurisprudenciales para la configuración del daño emergente y la pérdida de oportunidad; y, tres, que se determine si con los medios de prueba obrantes en el sub lite se acreditan o no los requisitos en que se fundamenta la pretensión *sub examine*.

En lo que atañe al equilibrio económico, vale comenzar indicando que se trata de un principio cuyo propósito es mantener las condiciones financieras iniciales que se tuvieron en cuenta por las partes de un contrato estatal, al momento de su celebración. Lo anterior, teniendo en cuenta que mediante estos negocios jurídicos se persigue la satisfacción del interés general, que puede verse comprometido por no cumplirse en debida forma el objeto contractual o por la suspensión en la ejecución de las obligaciones a cargo de las partes⁷⁴.

En cuanto a su consagración normativa, el equilibrio económico está previsto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como principio⁷⁵ (art. 27 de la Ley 80 de 1993); como regla hermenéutica (art. 28 de la Ley 80 de 1993); como un derecho del contratista (art. 5.1 de la Ley 80 de 1993); como un derecho de la entidad contratante (art. 4.3 de la Ley 80 de 1993); y, finalmente, como un deber de la entidad contratante (art. 4.9 de la Ley 80 de 1993).

Para efectos de resolver la pretensión *sub examine*, vale detenerse en el numeral 1º del artículo 5.º de la Ley 80 de 1993, a través del cual el Estatuto General de Contratación de la

⁷⁴ "De ésta forma, por medio de la institución a la que se alude no sólo se busca proteger el interés individual de las partes contratantes manteniendo las condiciones pactadas al momento de proponer o contratar sino que también busca proteger el interés general estableciendo diversos mecanismos mediante los cuales se mantenga una estabilidad financiera del contrato que permita el debido cumplimiento del objeto contractual, dentro de los cuales se encuentran las fórmulas de ajuste y reajuste de precios inicialmente convenidos". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp: 54.563.

⁷⁵ "Este principio, consagrado en el artículo 27 del estatuto, consiste en que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar". Libardo. RODRÍGUEZ. Derecho administrativo: general y colombiano, Bogotá: Temis, 19 ed., 2015, p. 575.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Administración Pública consagra al equilibrio económico como un derecho del contratista, en la siguiente manera:

Artículo 5.º de la Ley 80 de 1993: "Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:

"1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

"En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

Es precisamente el artículo transcrito el que contiene el derecho que la parte convocante pretende hacer valer. En efecto, aquella norma dispone que "Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

A este respecto, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de febrero de 2012, exp: 19.730, manifestó que:

"Así que el incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante es sin lugar a dudas una circunstancia que altera el equilibrio económico del contrato puesto que esto no sólo se desprende de lo ya expresado sino también de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 al señalar que los contratistas 'tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato'.

"Luego, si la entidad estatal incumple el contrato, el equilibrio económico se rompe y debe restablecerse a la ecuación que surgió al momento de su perfeccionamiento que es tanto como decir que el contratista debe ser indemnizado integralmente".

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

En este punto es oportuno advertir que este Tribunal no pasa por alto la discusión existente acerca de si el incumplimiento contractual debe tratarse como causal de rompimiento del equilibrio económico, en vez de aplicarse como supuesto de responsabilidad del Estado⁷⁶. No obstante, al margen de este debate, no corresponde ahora decidir si técnicamente es más acertado ubicar al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato como evento de responsabilidad del Estado o como hipótesis de rompimiento del equilibrio económico del contrato⁷⁷.

En efecto, siendo claro y expreso el planteamiento por el cual el convocante sustenta su *petitum*: el incumplimiento contractual como causa de desequilibrio económico del contrato, y encontrando esta fundamentación jurídica respaldo en la ley (art. 5.1 de la Ley 80 de 1993), la jurisprudencia⁷⁸ y la doctrina⁷⁹, este Tribunal abordará el estudio de esta pretensión con observancia del planteamiento desarrollado por la parte convocante. Máxime cuando es deber de este Tribunal dar prevalencia a los aspectos sustanciales sobre los formales y proveer una solución jurídica de fondo a las cuestiones problemáticas puestas a su consideración⁸⁰. A este respecto, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2016, exp: 52.161, expresó:

⁷⁶ "El incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes del contrato es el evento respecto del cual existe mayor discusión sobre su pertenencia o no a la teoría del equilibrio económico del contrato, discusión que por sí misma constituye un problema jurídico que debe ser analizado junto con las condiciones necesarias para dar aplicación práctica a la citada teoría del equilibrio". Libardo, RODRÍGUEZ, El equilibrio económico en los contratos administrativos, Bogotá: Temis, 2 ed., 2012, p. 139.

⁷⁷ "En distintas oportunidades esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2016, exp: 52.161.

⁷⁸ "Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden. Ahora bien, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropia y erróneamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato" Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre de 2016, exp: 52.161.

⁷⁹ "Frente a la discusión planteada en el sentido de si el incumplimiento puede ser considerado como un factor de ruptura del equilibrio económico del contrato o si es una figura diferente que se relaciona con la responsabilidad contractual, a nuestro juicio bien puede clasificarse al incumplimiento de las obligaciones contractuales como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo, pues lo cierto es que el acreedor insatisfecho tendrá el derecho al restablecimiento de la equivalencia de las prestaciones pactadas, mediante el pago de los perjuicios sufridos, siempre que se configuren los requisitos especiales de la responsabilidad contractual, a pesar de que estos últimos sean distintos de los de los demás eventos de ruptura del equilibrio económico del contrato". Libardo, RODRÍGUEZ, El equilibrio económico en los contratos administrativos, cit., p. 145-146.

⁸⁰ "El Juez del contrato debe evitar fallos inhibitorios, interpretando la demanda, estableciendo la materia del litigio, con prescindencia de la forma". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp: 42.503.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

"De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al Juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis".

En lo atinente a los requisitos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado para que una pretensión por rompimiento del equilibrio económico se abra paso, es necesario que la parte que la alega acredite los siguientes elementos⁸¹, con independencia de la causa que origine la ruptura de la ecuación financiera⁸²:

1. Establezca que la causa del desequilibrio económico haya sucedido con posterioridad al perfeccionamiento del contrato estatal, no pudiendo ninguna de las partes prever razonablemente su ocurrencia en ese momento.
2. Establezca que la causa del desequilibrio económico es extraordinaria, esto es, que no corresponde al álea regular u ordinaria de la actividad que debe ser llevada a cabo en ejecución del objeto contractual y que, por lo tanto, es previsible para las partes, particularmente para el contratista como profesional de la actividad.
3. Establezca que el desequilibrio económico es grave, es decir, que se le ha causado a la parte que lo padece una afectación patrimonial que compromete significativamente las utilidades previstas al momento de la celebración del contrato, dejándola sin ninguna utilidad, o, lo que es lo mismo, llevándola a un punto de pérdida.

Adicionalmente, ya que en la pretensión *sub examine* se indica por la parte convocante que los perjuicios que se le causaron fueron a título de daño emergente y pérdida de oportunidad, es también pertinente delimitar el contenido jurídico de estos tipos de daño.

⁸¹ "En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE; 2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico; 3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales; 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.; 5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 29 de enero de 2018, exp: 52.666.

⁸² "[...] con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 2012, exp: 21.990.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

El artículo 1614 del Código Civil dispone respecto del primero: "Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento".

Así, quedan comprendidas dentro de la categoría de daño emergente todas las erogaciones pecuniarias en que haya tenido que incurrir la parte afectada por el incumplimiento, siempre que por su lado la parte afectada haya cumplido con las obligaciones a su cargo y tales erogaciones se hayan realizado como consecuencia del incumplimiento de su contraparte.

Mientras que en lo que respecta a la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado la ha reconocido como un tipo de daño autónomo, con características diferenciadas propias⁸³. Sobre el particular, dicho Tribunal, mediante sentencia del 5 de abril de 2017, exp: 25.706, manifestó:

"Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió".

En cuanto a los requisitos que deben acreditarse por la parte que reclama que se le ha ocasionado la pérdida de una oportunidad legítima de protección jurídica, también mediante la provisión de la sentencia del 5 de abril de 2017, exp: 25.706, el Consejo de Estado indicó:

"... la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

"15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera

⁸³ "... Esta Corporación ha entendido la pérdida de oportunidad como un daño con identidad y características propias, que deviene por la vulneración de una expectativa o interés legítimo tutelados, que debe repararse". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de septiembre de 2019, exp: 45.137.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

"15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

"15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

"15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar".

Hechas las anteriores precisiones jurídicas, corresponde acometer el análisis probatorio. En esta forma, el Tribunal procederá a examinar si los medios de prueba obrantes en el *sub lite*

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

permiten acreditar los requisitos de los fundamentos jurídicos en que el convocante cimienta su pretensión.

En primer lugar, quedó probado que el 15 de agosto de 2014, entre el Consorcio Equipamientos Comunales y el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy se celebró el contrato de obra pública COP 105 de 2014⁸⁴, cuyo objeto, de conformidad con su cláusula primera, es el: "MEJORAMIENTO DE EQUIPAMIENTOS A TRAVÉS DE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS SALONES COMUNALES DE EL OLIVO, CALIFORNIA Y HORIZONTE OCCIDENTE EN LA LOCALIDAD DE KENNEDY".

Respecto de este contrato ninguna de las partes realizó reparos con relación a su existencia y validez. Por su parte, este Tribunal no advierte que dicho negocio jurídico adolezca de nulidad absoluta, mientras que, por el contrario, obra en el *sub lite* una copia del contrato⁸⁵, en la cual se observa que se tuvieron en cuenta los requisitos de existencia (*ad substantiam actus*) para el perfeccionamiento del contrato, esto es, que ambas partes llegaron a un "acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito" (art. 41 de la ley 80 de 1993).

Con relación a las obligaciones a cargo de la convocada, particularmente la obligación de pago a cargo suyo y que el convocante señala como incumplida, se halla la cláusula tercera del contrato de obra pública COP 105 de 2014, según la cual: "**CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL FONDO DE DESARROLLO LOCAL: 1. Designar un Apoyo a la Supervisión y contratar (cuando a ello haya lugar) la interventoría para la vigilancia y control de la ejecución del objeto contratado. 2. Suministrar oportunamente la información, herramientas y apoyo logístico que se requiera para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. 3. Pagar el valor del contrato en las condiciones pactadas. 4. Verificar que el contratista realice el pago de aportes al sistema de seguridad social integral y demás aportes, e conformidad con lo señalado en el artículo 50 de la ley 789 de 2002, Ley 828 de 2003, artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, Ley 1607 de 2012 y Decreto 862 de 2013 y demás normas concordantes. En las condiciones establecidas por la normatividad vigente. 5. Las demás establecidas en la normatividad vigente"** (énfasis fuera del texto original).

La cláusula del contrato de obra pública COP 105 de 2014 que se ocupa de establecer el valor y su forma de pago es la cuarta, cuyo tenor es el siguiente: "**CLÁUSULA CUARTA: VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor total del presente contrato, se fija para todas sus efectos por la suma de MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y**

⁸⁴ El Contrato de Obra Pública COP 105 de 2014 obra a folios 24-33 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁸⁵ El Contrato de Obra Pública COP 105 de 2014 obra a folios 24-33 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$1.798.893.784,00), AIU INCLUIDO, IVA incluido, así como todos los costos directos e indirectos a que haya lugar, de conformidad con los valores presentados en la oferta. FORMA DE PAGO: El Fondo de Desarrollo Local de Kennedy pagará al consultor el valor del contrato resultante bajo los siguientes parámetros: 1. Se otorgará al Contratista el 30% como anticipo. El anticipo será amortizado mediante deducciones de las Actas Mensuales de Costos. La cuota de amortización se determinará multiplicando el valor de la respectiva acta por la relación que exista entre el saldo del anticipo y el saldo del valor básico del contrato. Sin embargo, el CONTRATISTA podrá amortizar un porcentaje mayor al acordado. PARÁGRAFO PRIMERO. Para el manejo de los recursos que reciba a título de Anticipo el Contratista deberá constituir una fiducia con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del Contrato. El Costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el Contratista. Lo anterior, previa presentación por parte del Contratista del Plan de Inversión del Anticipo y su posterior Aprobación de la Interventoría. Los fondos del anticipo solo podrán ser utilizados para los gastos propios del respectivo contrato. Los Rendimientos Financieros que se produzcan como consecuencia del Anticipo, deberán ser consignados a favor de la Tesorería Distrital de conformidad con la normatividad aplicable. PARÁGRAFO SEGUNDO. El inicio de Actividades no está sujeto al desembolso del Anticipo. 2. Mensualmente por actas parciales hasta un monto que equivalga al 90% del valor total del contrato, de acuerdo al avance de Obra, las actas mensuales de costos, deben ser suscritas por el Contratista y el Supervisor del Contrato, acompañadas del informe de Actividades aprobado por el mismo y de los recibos de pago de los aportes a seguridad social y parafiscal del respectivo periodo a facturar. 3. El 5% le será pagado al contratista una vez se haya firmado el Acta de Terminación y Acta de Entrega y recibo definitivo, previa aprobación del Informe Final de Actividades que deberá contener en detalle todas y cada una de las actividades realizadas, así como un informe técnico y financiero de la ejecución del Contratista, previa Aprobación del Supervisor. 4. El restante 5% le será pagado al contratista una vez se haya suscrito el Acta de Liquidación".

En los anteriores términos quedó estipulada la obligación de pago en cabeza de la parte convocada, respecto de la cual el convocante afirma que fue incumplida. Para efectos de determinar si esta obligación fue ejecutada o no, el Tribunal comenzará por analizar los hechos de la Reforma de la Demanda relativos al cobro y pago de facturas de venta y actas de obra realizados durante la ejecución del contrato de obra pública COP 105 de 2014.

De los pronunciamientos anteriores de la convocada se aprecia claramente una réplica a las reclamaciones sobre incumplimiento contractual planteadas por el convocante: el Consorcio Equipamientos Comunales incumplió, a su vez, las obligaciones contractuales a su cargo, debido a que emprendió la construcción de las obras objeto del contrato de obra

Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunes
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy

pública COP 105 de 2014, sin contar con licencias de construcción vigentes para este efecto. Más puntualmente, la convocada señala:

"El litigio entre las partes tiene su fuente en la indebida actuación contractual del Consorcio Equipamientos Comunes y su interventor, Consultores del Occidente SAS, al iniciar, ejecutar y culminar un contrato de obra pública sin contar con licencias de construcción vigentes, ni haber solucionado otros asuntos jurídicos que no permitían jurídicamente ese proceder"⁸⁶.

Como ya se precisó anteriormente, para que la pretensión por incumplimiento contractual se abra paso, la parte que lo reclama debe, a su turno, haber cumplido con las obligaciones contractuales a su cargo, ya que, en los contratos bilaterales, como el de obra pública COP 105 de 2014, *"ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte"* (art. 1609 del código civil).

Con relación al reconocimiento de perjuicios solicitados por el convocante, el Tribunal acoge el Concepto del Ministerio Público en el sentido de:

"De conformidad con lo expuesto, 'en razón del incumplimiento recíproco ninguno de los co-contratantes estaría legitimado para pretender pago de perjuicios, por tanto, en criterio de esta Procuraduría Judicial se debería declarar la nulidad de los actos administrativos (falsa motivación), por la misma razón negar la indemnización que pretende el convocante y efectuar la liquidación del contrato"⁸⁷.

De todas maneras, el Tribunal considera pertinente realizar algunas consideraciones frente a los conceptos que integran la pretensión, así:

1. Con respecto a los "costos de vigilancia", que el contratista dice haber asumido por custodiar y resguardar los tres salones comunales objeto del contrato, a pesar de haberse ya entregado dichas obras, y que la cláusula contractual señala que la responsabilidad de la vigilancia era solo hasta la entrega (23 de marzo de 2016) y que estima en la suma (\$52.493.429).

Efectivamente, como lo señala el contratista, su obligación contractual de ejercer labores de vigilancia respecto de los salones comunales se extinguía el 23 de marzo de 2016, fecha en que se suscribió el Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de las obras⁸⁸. Lo anterior,

⁸⁶ Contestación de la Demanda, p. 1.

⁸⁷ Concepto del Ministerio Público, p. 35, obra a folios 458-492 del Cuaderno Principal.

⁸⁸ Acta de Terminación, Entrega y Recibo final de obra, obra a folios 123-124 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunes
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

de conformidad con el numeral 8° de las obligaciones específicas contenidas en la cláusula segunda del contrato de obra pública COP 105 de 2014, que reza: *"El CONTRATISTA asumirá las obligaciones y gastos que se generen por concepto de vigilancia, hasta la entrega final de las obras, construcción, dotación, mantenimiento y desmonte de campamentos y otras instalaciones provisionales que fueren necesarias para el manejo del tráfico y administrar la obra, hasta la entrega final de la misma"*.

Luego, de esta manera se evidencia que no era obligación contractual del convocante llevar a cabo la vigilancia que reclama, por lo que en este caso no es posible hablarse de una ruptura del equilibrio económico del contrato, por el incumplimiento contractual, y al estar en la esfera de las obligaciones no contractuales, correspondería acometer su examen a partir del régimen de responsabilidad extracontractual.

El Tribunal precisa que tratándose del medio de control de controversias contractuales (art. 141 de la ley 1437 de 2011), solo es posible que el presente Laudo aborde el estudio de pretensión *sub examine* a partir de este medio de control. Lo contrario, examinar la posible configuración de la responsabilidad extracontractual de la convocada, no solo desbordaría el objeto del medio de control, sino que también rebosaría la competencia de este Tribunal, al que le corresponde exclusivamente resolver las situaciones jurídicas problemáticas planteadas por las partes con ocasión del contrato de obra pública COP 105 de 2014.

Por lo anterior, no hay lugar a reconocer este concepto.

2. En lo tocante a los "costos administrativos", que incluyen el costo de ingenieros, maestros de obra y gerencia del proyecto, estimados por el convocante en (\$378.301.488), se destaca la circunstancia de que el mismo convocante señala que tales costos se ocasionaron con posterioridad a la fecha de la suscripción del Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de las obras, debido a que la Alcaldía Local de Kennedy continuó pidiendo ajustes, reparaciones y convocando a reuniones, lo que demandó tener personal a su disposición para cumplir con estos propósitos.

Como se expresó con anterioridad, en el numeral 7° de las obligaciones generales contempladas en la cláusula segunda del contrato de obra pública COP 105 de 2014, se estipula que es obligación del contratista: *"Llevar a cabo todas las labores necesarias para alcanzar el objeto de este proyecto relacionado con la construcción, ciñéndose a las normas técnicas vigentes y a rehacer a sus expensas cualquier obra que resulte mal ejecutada"*.

Esta obligación no solo incorpora el deber para el contratista de llevar a cabo las obras de conformidad con la normatividad vigente sobre la materia, sino que además implica que él

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

tiene el deber de "rehacer a sus expensas cualquier obra que resulte mal ejecutada". En esta forma se entiende que a la entidad contratante le asistía, correlativamente, el derecho de exigirle al contratista que ajustara las obras y que realizara sobre ellas las reparaciones a que hubiera lugar, sin que por ello nazca un nuevo crédito en favor del convocante, ya que se trataba de una obligación contractual y, por tanto, estaba cubierta dentro del valor del contrato. Además, no se probó el desbordamiento de estas obligaciones y, menos aún, el deber de su reconocimiento por parte de la convocada.

Lo anterior, aunado a que en el folio 37 del cuaderno de pruebas No 1. fue aportada la póliza de seguro de cumplimiento del contrato, en la cual se encuentra previsto el amparo de seguridad y estabilidad de la obra, con vigencia de cinco años desde el 22 de marzo de 2015, que respalda la obligación que tiene el contratista de garantizar la estabilidad y calidad de la obra.

Por lo anterior, no hay lugar a reconocer este concepto.

3. Con relación a los costos denominados "efectos bancarios y comerciales", estimados en (\$228.933.208), el convocante señala que, a causa del incumplimiento en la obligación de pago a cargo de la convocada, el Consorcio Equipamientos Comunales afrontó una situación de iliquidez y, por tal motivo, tuvo que realizar créditos bancarios y asumir la mora de algunos otros.

Igualmente, como se ha anotado en repetidas ocasiones en este laudo, al haber incumplido el contratista con parte de sus obligaciones, el Tribunal ha considerado que no le asiste el derecho de que se le reconozcan los perjuicios reclamados.

Por lo anterior, no hay lugar a reconocer este concepto.

4. Sobre los costos que corresponden a "deudas con la DIAN" por valor de (\$41.366.000), según las estimaciones del convocante, el Tribunal trae a colación la obligación estipulada en el numeral 10° de las obligaciones generales contempladas en la cláusula segunda del contrato de obra pública COP 105 de 2014, que señala: *"El CONTRATISTA asumirá el pago de todos los impuestos, gravámenes, aportes y servicios de cualquier género que establezcan las leyes colombianas y/o Distritales"*, con lo que es manifiesto que toda erogación por concepto obligaciones fiscales estaba contractualmente el cabeza del convocante.

Por lo anterior, no hay lugar a reconocer este concepto.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Asimismo, el Tribunal deja constancia de que el daño emergente y la pérdida de oportunidad, que el convocante dice haber sufrido, no fueron acreditados en debida forma.

Por el lado del daño emergente, como en su momento se precisó, es *"el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento"* (art. 1614 del Código Civil), de manera que el incumplimiento de una obligación contractual es el presupuesto para su reconocimiento. No obstante, como se expuso a profundidad, la parte convocante estaba en incumplimiento de las obligaciones a su cargo, con lo que no cabe más que concluir que no se puede establecer el incumplimiento de la convocada, ya que de conformidad con el varias veces citado artículo 1609 del Código Civil, *"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*.

Mientras que, por el lado de la pérdida de oportunidad, no se acreditaron ninguno de sus requisitos anteriormente expuestos, a saber: falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, certeza de la existencia de una oportunidad y pérdida definitiva de la oportunidad. El Tribunal llama la atención respecto de la ausencia de soportes, hechos, argumentos o cualquier otro tipo de fundamentación de la convocante encaminada a determinar la existencia de este tipo de daño, más que su enunciación en el texto de la pretensión *sub examine*.

Finalmente, habida cuenta de que el medio de prueba al que se remite el convocante para demostrar la entidad y cuantía del daño⁸⁹ es el Dictamen Pericial aportado con la Reforma de la Demanda⁹⁰, el Tribunal procederá a analizar los aspectos abordados por el mencionado dictamen, con el propósito de analizar integral y sistemáticamente todos los medios de prueba obrantes en el plenario.

Bajo el título de "CÁLCULO DEL IMPACTO ECONÓMICO"⁹¹, obra en el Dictamen el siguiente cuadro:

⁸⁹ "La totalidad de los valores los encontrarán debidamente sustentados en el dictamen pericial que se adjunta a la presente demanda, elaborado con la rigurosidad que exigen los artículos 226 del Código General del Proceso -CGP y 219 del CPACA", Reforma de la Demanda, p. 32.

⁹⁰ El Dictamen y sus anexos obran a folios 2- 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹¹ Dictamen, folio 3 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

CALCULO DEL IMPACTO ECONOMICO

Con base en la información relativa al desarrollo del contrato y de los hechos sobrevinientes por la no liquidación oportuna se establecieron los siguientes efectos:

| CONCEPTO | VALOR \$ |
|---|----------------------|
| Facturas radicadas pendientes de pago | 577.603.839 |
| Intereses causados a septiembre 30 | 463.810.107 |
| Vigilancia de abril 2017 de agosto 2018 | 52.493.429 |
| Ingeniero y maestro asignados | 274.125.073 |
| Gerencia del proyecto | 64.323.416 |
| Gastos | 39.852.999 |
| Efecto créditos no pagados | 228.933.208 |
| Pagos pendientes DIAN | 41.366.000 |
| Factura liquidación | 108.729.363 |
| TOTAL | 1.851.237.433 |

Además del cuadro reproducido, en el texto del dictamen también se encuentra una explicación de los conceptos contenidos allí, en la siguiente manera:

"Facturas radicadas pendientes de pago: corresponden a las facturas debidamente radicadas que se encuentran pendientes de pago por parte de la entidad contratante.

"Intereses causados: valor establecido de acuerdo con el tiempo de demora en su pago con base en la fecha de suscripción del acta de terminación de la obra, aplicando la tasa de interés legal permitida.

"Vigilancia: erogaciones incurridas en la vigilancia de las obras convenidas con motivo de la no liquidación del contrato.

"Ingeniero y maestro asignados: valores correspondientes al ingeniero y el maestro asignado a la obra con disponibilidad permanente.

"Gerencia del proyecto: rubro originado por la dedicación de la gerencia de la compañía contratista.

"Gastos: erogaciones pertinentes al proyecto generadas y debidamente soportadas con posterioridad a la fecha de terminación de la obra.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

"Efectos créditos no pagados: impacto generado por el impago de las facturas pendientes, hecho que generó la necesidad de pago de intereses sobre obligaciones que serían pagadas con los recursos producto de las facturas pendientes.

"Pagos pendientes DIAN: Valor que se encuentra pendiente de pago por concepto de obligaciones tributarias, situación causada por el impago de las facturas pendientes"⁹².

De los anteriores conceptos, aquel correspondiente a "Facturas radicadas pendientes de pago" no integra el *petitum* bajo estudio. Con relación a los demás, el Tribunal ya tuvo la oportunidad de realizar las consideraciones respectivas.

Asimismo, llama la atención del Tribunal que en el encabezado del cuadro reproducido se señale que el "CÁLCULO DEL IMPACTO ECONÓMICO" tuvo en cuenta "los hechos sobrevinientes por la no liquidación oportuna", circunstancia que se reitera en el rubro correspondiente a la "Vigilancia", al indicarse que corresponde a "erogaciones incurridas en la vigilancia de las obras convenidas con motivo de la no liquidación del contrato". De manera que el dictamen aduce también como causa del desequilibrio económico la tardanza en la liquidación del contrato, situación que el convocante no abordó ni desarrolló en sus fundamentaciones respecto de la pretensión *sub examine*.

Con relación a los documentos que se tuvieron en cuenta por el perito para realizar sus cálculos, bajo el título de "BASES DEL CALCULO"⁹³, el propio texto del dictamen señala:

"Como base para la determinación del monto por concepto del impacto económico generado por la no liquidación del contrato COP 105 20014, se tuvieron en cuenta los siguientes criterios:

- "● Contrato COP 105 2014*
- "● Acta de terminación, entrega y recibo de obra*
- "● Registros contables del Consorcio, suministrados por INNFRSA S.A.S.*
- "● Facturas radicadas pendientes de pago*
- "● Relaciones de costos y gastos incurridos por efecto de no recibo de los recursos producto de la liquidación del contrato*
- "● Cálculo de los intereses correspondientes de acuerdo con la tasa legal permitida para cada periodo"⁹⁴.*

Mientras que los anexos que acompañaron al dictamen fueron los siguientes documentos:

⁹² Dictamen, folios 3-4 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁹³ Dictamen, folios 2 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁹⁴ Dictamen, folios 2 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Una tabla de cálculo en la que se encuentran discriminados los valores por los conceptos reclamados en la pretensión bajo estudio, que obra a folio 5 del cuaderno de pruebas 1.

Copia de la tarjeta profesional de contador público del señor Carlos Hernando Acero Arévalo, que obra a folio 6 del cuaderno de pruebas 1.

Certificado de la vigencia de la tarjeta profesional de contador público del señor Carlos Hernando Acero Arévalo, en que consta que este profesional no registra antecedentes disciplinarios y que obra a folio 7 del cuaderno de pruebas 1.

Hoja de vida del señor Carlos Hernando Acero Arévalo, que obra a folios 8-11 del cuaderno de pruebas 1.

Un CD, que obra a folio 1 del cuaderno de pruebas 1 y que contiene 5 archivos: 1. Copia de la tarjeta profesional de contador público del señor Carlos Hernando Acero Arévalo, en formato PDF; 2. Hoja de vida del señor Carlos Hernando Acero Arévalo, en formato PDF; 3. El texto del dictamen, en formato PDF; 4. La tabla de cálculo que obra a folio 5 del cuaderno de pruebas 1, en la que también se expresan las tasas de interés que se aplicaron en cada periodo, es un documento formato EXCEL; 5. Un documento EXCEL compuesto de cuatro hojas de cálculo, en las que se hace relación a los conceptos y cifras reclamados por la convocante.

Por último, se observa que dentro de los anexos no obran algunos de los documentos que, de conformidad con los pasajes citados, fueron tenidos en cuenta para realizar el cálculo. Particularmente, no se aportaron en ninguno de los anexos físicos, ni en el CD, los documentos en que constan los movimientos contables de la convocante, es decir, los libros de contabilidad del Consorcio o de alguna de las sociedades que la integran, lo que hubiera podido esclarecer los aspectos relativos a la existencia, entidad y cuantía del daño que el convocante manifiesta haber sufrido.

Con fundamento en los medios de prueba examinados y las consideraciones atrás expuestas, el Tribunal no encuentra probada la pretensión 3.9. de la Reforma de la Demanda.

6. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN 3.5. DE LA REFORMA DE LA DEMANDA:

3.5. Que se declare la nulidad de la Resolución 691 de 2018 por la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014, por parte del Alcalde Local de Kennedy.

Para efectos de precisar el alcance de la pretensión, el tribunal encuentra pertinente referirse someramente a los hechos y fundamentos de derecho que guarden relación directa con el *petitum*, y que fueron invocados por la convocante y la convocada en las distintas piezas procesales, así como a lo conceptuado por la agente del Ministerio Público en su escrito de intervención.

Como hechos antecedentes, la convocante refiere que el día 27 de noviembre de 2018 recibió la comunicación con radicado 20185820534931, fechada el 23 de ese mismo mes, en la que la Alcaldía Local de Kennedy lo citaba el día siguiente al recibo de la comunicación para liquidar bilateralmente el contrato⁹⁵. Adjunto a la referida comunicación, obraba un proyecto de acta de liquidación suscrito por el Alcalde Local de Kennedy⁹⁶.

Afirma que, ante la imposibilidad de concurrir y la irresponsabilidad que suponía hacerlo por la brevedad del término fijado para ese propósito, el 30 de noviembre siguiente la Alcaldía expidió la resolución mediante la que se liquidó unilateralmente el contrato cuya nulidad demanda la convocante⁹⁷.

Precisa que el 3 de diciembre de 2018 el Tribunal admitió la demanda y que el 14 de diciembre siguiente la convocante fue notificada de la liquidación unilateral del contrato; y que el 5 de febrero de 2019, la Alcaldía Local de Kennedy contestó la demanda y sólo presentó excepciones de mérito

Como fundamentos de derecho, cita los artículos 217 del Decreto-Ley 0019 de 2012 y 11 de la Ley 1150 de 2007, disposiciones de las que destaca la obligatoriedad de liquidar los contratos de tracto sucesivo, la competencia de las partes de liquidar el contrato de mutuo acuerdo, el plazo para liquidarlo fijado en los pliegos de condiciones o en la ley en su defecto, la facultad de las partes para hacer los ajustes que correspondan para poder declararse a paz y salvo, y el carácter supletivo de la liquidación unilateral ante el fracaso de la de común acuerdo.

⁹⁵ Folio 148 del Cuaderno de Pruebas N.º 2.

⁹⁶ Folios 149 y ss. del Cuaderno de Pruebas N.º 2.

⁹⁷ A folios 153 y ss. del Cuaderno de Pruebas N.º 2: Resolución N.º 691 de 2018, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública N.º 105 de 2014.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Respecto a los vicios de legalidad de la resolución mediante la que se liquidó el contrato, insiste tanto en la falta de competencia del Alcalde Local para adoptarla en ese momento, como en la arbitrariedad del procedimiento, reflejada en la intención de liquidar bilateralmente el contrato en un día. Afirma que la resolución estaba falsamente motivada por basarse en actos cuya presunción de legalidad fue desvirtuada con la presentación de la demanda y que los actos previos y la propia liquidación unilateral configuran una clara desviación de poder, por haber sido expedidos cuando la Alcaldía ya conocía de la convocatoria arbitral.

En la contestación de la demanda la convocada, como precisión preliminar, atribuye el origen de la controversia al actuar irregular del consorcio, que ejecutó el contrato de obra pública sin contar con la licencia de construcción. Se refiere también al laudo proferido en el tribunal convocado para dirimir las diferencias entre la interventoría del Contrato de Obra Pública No COP 105 de 2014 y la Alcaldía Local, del cual destaca los apartes tocantes a las obligaciones previstas en el pliego de condiciones respecto de la licencia de construcción y que dicho tribunal consideró incumplidas por el consorcio. Y se opone la pretensión aduciendo que como no fue posible hacerlo de consuno, la Alcaldía procedió a hacerla unilateralmente.

En cuanto a los hechos, recuerda que en el pliego de condiciones se señalaba la obligación de quien fuera seleccionado para la celebración del contrato de obra pública, en una “etapa preliminar”, de revisar “el estado de las licencias de construcción”, y como una de las “obligaciones específicas” del contratista, la de “apropiar de las licencias de construcción” y “adelantar los trámites de renovación, prórroga o los que se consideren pertinentes para dar inicio a las actividades dando cumplimiento a la normatividad vigente”.

Anota que las licencias de construcción para la edificación de los tres salones comunales se encontraban vencidas para la fecha de celebración del contrato, y reitera que era obligación contractual del consorcio adelantar el trámite que fuera necesario, según lo previsto en “el capítulo de “obligaciones específicas””. Y que, en el acta de inicio suscrita el 24 de noviembre por el consorcio, la interventoría y la alcaldía, quedó constancia de que ésta última solicitaba información sobre *“la renovación de la licencia de construcción que se encuentra vencida”*, y que la interventoría había expresado que debía realizarse el trámite ante la curaduría, para lo cual se requería *“actualizar la documentación correspondiente”*.

De tales antecedentes deriva la configuración del supuesto contemplado en el artículo 1609 del Código Civil, sobre las consecuencias del incumplimiento mutuo de las dos partes.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Como fundamentos de derecho, afirma que era obligación de un profesional con amplia experiencia conocer el régimen legal que regula su actividad, y que desde la etapa precontractual había sido informado de su obligación de apropiarse de las licencias de construcción. Precisa que en la legislación no hay excepción alguna que permita construir una obra sin cumplir con el requisito de la licencia previa.

Así mismo, le reprocha a la convocante que pretenda configurar una situación de contrato no cumplido, cuando ejecutó el contrato a sabiendas de que estaba incurso en incumplimiento continuado al no haber renovado las licencias de construcción, así como que no hubiera honrado sus deberes como contratista por no colaborar con el logro de los fines de la entidad estatal ni haber actuado de buena fe.

Y concluye afirmando que la parte que pretende responsabilizar a la otra de no ajustarse al contenido obligacional, debe demostrar que sí cumplió con sus obligaciones y los perjuicios sufridos, circunstancia que es imposible acreditar por la convocante dada su grave situación de incumplimiento.

Y finalmente formula como excepción de mérito la de que el contrato se encuentra liquidado, mediante resolución de la Alcaldía Local, que se encuentra en firme y se presume legal, en tanto no ha sido declarada nula por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y que, como no hay sentencia, el carácter ejecutorio de la resolución no puede ser desconocido.

En la contestación a la reforma, se opone a las pretensiones porque la legalidad de los actos demandados no ha sido desvirtuada y, luego de hacer un recuento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la competencia de los tribunales arbitrales respecto a los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración, advierte que este tribunal no puede pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución 691 de 2018, por cuanto la liquidación unilateral es una de esas potestades exorbitantes. Y que, por consiguiente, el tribunal sólo podrá pronunciarse sobre los efectos económicos de dicho acto.

Respecto a los hechos, acepta que los salones comunales fueron edificados, pero insiste en que el consorcio incumplió el contrato al no haber renovado las licencias de construcción, como era su obligación. Y que la Alcaldía Local hubo de acudir a la liquidación unilateral ante la imposibilidad de hacerlo de consuno, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y el Decreto 019 de 2012.

Finalmente, insiste en la excepción propuesta en la contestación de la demanda.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

En sus alegatos de conclusión, la convocante inicialmente se refiere a la buena fe y la confianza legítima, para sustentar el comportamiento del consorcio que, a pesar de que la Alcaldía Local no contaba con las licencias de construcción y de las cuales no podía “apropiarse” por cuanto se encontraban vencidas, accedió a celebrar y ejecutar el contrato. Y que la convocada no sólo instó al consorcio a ejecutar el contrato, prevalida de su posición contractual, sin cumplir con una carga que era de su responsabilidad, sino que, como lo declaró en este trámite el representante legal del consorcio, la administración no respondía sus comunicaciones ni asistía regularmente a los comités de obra, en los que se le insistía a la alcaldía que debía agotar los trámites para la obtención de las licencias; así mismo, cita apartes del testimonio rendido por la directora de la obra, en los que destaca que se acordó una suspensión del término de ejecución del contrato con el fin de obtener las licencias de construcción, y que estando en esas diligencias la curaduría exigió que se acreditara la propiedad de los predios para continuar con el trámite de la expedición de las susodichas licencias, exigencia de la que se dio traslado en ese mismo momento al supervisor del contrato, quien nunca atendió el requerimiento.

En lo que atañe a la liquidación unilateral del contrato, señala que la liquidación unilateral fue claramente extemporánea y que, por eso, es ilegal, ya que la competencia temporal de la convocada para tal efecto venció el 23 de noviembre de 2018 y que el acto fue expedido el día 30 de ese mismo mes.

Reitera su pretensión de que se liquide judicialmente el contrato, agregando que aún si el tribunal considera que la liquidación fue hecha en el término legal, debe ser declarada ilegal por fundarse en actos viciados por falta y falsa motivación, así como por vulneraciones al debido proceso. Como también, que la Alcaldía Local nunca convocó al consorcio a la liquidación de común acuerdo y que, por lo tanto, perdió su competencia para hacerla unilateralmente por violación al debido proceso y al principio de legalidad que amparaba a la convocante.

Y, finalmente, insiste en que la alcaldía incurrió en una evidente desviación de poder, por cuanto procedió a liquidar unilateralmente el contrato cuando ya se encontraba enterada de la convocatoria a este tribunal arbitral.

La convocada alegó, por su parte, que la convocante incumplió el contrato al iniciar, continuar y culminar las obras sin contar con la licencia de construcción y, en lo que atañe a la liquidación unilateral, señala que la cláusula quinta del contrato distinguía dos plazos: el de ejecución y el de vigencia, destacando que este último comprendía el de ejecución y seis meses más, de manera que, como la vigencia del contrato se extendió hasta el 23 de

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

septiembre de 2016, y la cláusula decimosexta contractual preveía que la liquidación de común acuerdo debía surtirse dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del plazo de vigencia, el término de dos años siguientes para liquidar el contrato venció el 23 de mayo de 2019, por lo que, concluye, la liquidación unilateral fechada el 30 de noviembre de 2018 fue realizada dentro de la oportunidad legal.

En su escrito de intervención, la agente del Ministerio Público descartó la caducidad del medio de control, al encontrar que la demanda se presentó dentro del término legal y antes de que fueran proferidos los actos administrativos contractuales demandados, uno de ellos el de liquidación unilateral.

Así mismo, conceptúa que hubo incumplimiento recíproco de las partes, por cuanto si el consorcio ejecutó las obras sin contar con las licencias de construcción, la Alcaldía Local no sólo permitió que se adelantaran no obstante su conocimiento expreso de la inexistencia de dicho requisito, sino que tampoco acreditó la titularidad de los predios, que era un requisito indispensable para obtener las correspondientes licencias. De dicho incumplimiento mutuo concluye que los co-contratantes no están legitimados para reclamar perjuicios.

En lo referente a la liquidación unilateral, encuentra que fue practicada sin “competencia temporal”, dado que el plazo para el efecto debía contabilizarse a partir de la suscripción del Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de las obras, y no desde la fecha del vencimiento del plazo de ejecución o del de vigencia del contrato: como el acta fue suscrita el 23 de marzo de 2016, el término para liquidar unilateralmente el contrato vencía el 23 de noviembre de 2016 y desde esa fecha corrían los dos años con los que contaba la alcaldía para tal propósito, esto es, hasta el 23 de noviembre de 2018, por lo que el acta de liquidación unilateral, fechada el 30 de noviembre, fue extemporánea.

Finalmente, concluye que los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos por falsa motivación.

Revisados los fundamentos fácticos y jurídicos de la controversia, el Tribunal encuentra probada la pretensión 3.5 de la reforma de la demanda y, por consiguiente, declarará la nulidad de la Resolución N.º 691 de 2018, “por medio de la cual se liquida unilateralmente el Contrato de Obra Pública N.º 105 de 2014”, soportado en las siguientes consideraciones:

En primer término, el Tribunal acoge el concepto del Ministerio Público –con una precisión respecto al conteo del término, como se precisa más adelante- en lo concerniente a que la referida resolución de liquidación unilateral del contrato fue adoptada

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

extemporáneamente, esto es, cuando ya se había vencido el término legal con que contaba la Alcaldía Local para ese efecto. Así se evidencia al revisar tanto la normatividad, como las propias disposiciones contractuales aplicables a este aspecto de la controversia.

Por una parte, el literal j) del numeral 2.º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA-, romanillos ii) y v), dispone:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

“2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

“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:

(...)

“ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

(...)

“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 (...)” (subrayas fuera de texto).

De la simple lectura de la norma citada resulta evidente que en los contratos que requieren de liquidación, el término de dos años se cuenta a partir del “día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa”, así como que dicho término en los casos en que no haya habido liquidación bilateral, corre a partir de los dos meses siguientes al “vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente”, por lo que, habiéndose suscrito por el consorcio y la interventoría el Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de las obras con fecha 23 de marzo de 2016⁹⁸, y sumados los dos meses señalados en el romanillo v) al plazo pactado en la cláusula décima sexta del Contrato COP 105 de 2014, el

⁹⁸ Ver folios 123 y 124 del Cuaderno de Pruebas N.º 1.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

término con el que contaba la Alcaldía Local para liquidarlo unilateralmente venció el 23 de noviembre de 2018.

La interpretación del Tribunal encuentra sustento en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁹⁹, en varios de cuyos apartes expresa:

“(…) En este orden de ideas, la Sala acomete una interpretación normativa de este texto acorde a las reglas de la lógica, técnica que forma parte del método de interpretación literal e incorpora¹⁰⁰ —entre otros— los principios lógico formales¹⁰¹ de identidad (“una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en la misma relación”) y de no contradicción (“es imposible que un atributo pertenezca y no pertenezca al mismo sujeto”), para concluir que una liquidación bilateral extemporánea no puede tener, por el hecho de serlo, ni idéntico tratamiento, ni iguales consecuencias jurídicas que las que surgen de la omisión absoluta de la liquidación. Por tanto, descarta que en el supuesto de la liquidación bilateral extemporánea el conteo del término de caducidad aplicable sea el del apartado v) del literal j, destinado exclusivamente al evento en que la liquidación, en caso de requerirse, no se haya llevado a cabo por acuerdo entre las partes ni proferido por voluntad de la administración (…).

(…)

“4.5.6.- Así, bajo la premisa del acaecer inexorable de la caducidad a partir de un conteo tomado de forma lineal a partir de la terminación del contrato por cualquier motivo, resultaría coartada la posibilidad de que las eventuales controversias que no sean zanjadas en el trabajo de liquidación de menor magnitud, en comparación con las existentes antes del acuerdo puedan solucionarse directamente por las partes. De esta forma, se contraría el interés del legislador en promover acuerdos que reduzcan el nivel de conflictividad en la actividad contractual administrativa.

“Empero, no puede ignorarse que, si bien el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 les permite a las partes liquidar bilateralmente el contrato luego de los dos meses dispuestos inicialmente para la liquidación unilateral, tal facultad está temporalmente limitada a un término certero: los dos años siguientes al vencimiento de ese período.

(…)

⁹⁹ Sentencia de unificación del 1.º de agosto de 2019 por la Sala Plena de la Sección Tercera, en el expediente 62009.

¹⁰⁰ Ver: UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel. “Interpretación Judicial. Módulo de Autoformación”. Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa. Escuela “Rodrigo Lara Bonilla”. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 245 – 246.

¹⁰¹ Definiciones tomadas de: BUSTAMANTE ZAMUDIO, Guillermo. “Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar?”. En: Revista Folios nº 27 (ene-jun 2008). Universidad Pedagógica Nacional, Bogotá D.C., pp. 24-30. En página web: <http://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/RF/article/view/6091> (fecha de visita: 13 de marzo de 2019).

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

"2.4.5.7.- Por lo anterior, considerando las pautas de interpretación restrictiva de los términos de caducidad, y de favorabilidad bajo los principios pro homine, pro actione y pro damato, la Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que: en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, conforme al ap. iii del literal j.

"En este sentido, el apartado v) del literal j solo se deberá aplicar cuando al momento de interponerse la demanda, el operador judicial encuentre que no hubo liquidación contractual alguna" (subrayas fuera de texto).

Por otra parte, la interpretación y aplicación que el tribunal hace de la norma en cita, se complementa con las disposiciones contractuales que definen el objeto del contrato y el procedimiento para su liquidación, que en lo pertinente expresamente señalan:

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: "MEJORAMIENTO DE EQUIPAMIENTOS A TRAVÉS DE LA CONSTRUCCIÓN DE LOS SALONES COMUNALES DE EL OLIVO, CALIFORNIA Y HORIZONTE OCCIDENTE EN LA LOCALIDAD DE KENNEDY"".

Y:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato se liquidará de común acuerdo entre las partes al cumplimiento de su objeto, o a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir de la fecha de la extinción de la vigencia del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene su terminación (...)".

Siendo, entonces, que el Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de las Obras fue suscrita el 23 de marzo de 2016 por el representante legal y el interventor, para el Tribunal está demostrado que el objeto contractual fue cumplido en esa fecha y que, por tanto, a partir de ese momento corría el término para la liquidación del contrato; y, como al momento en que se radicó la demanda no se había liquidado el contrato, el Tribunal ha de acudir a lo sentenciado por el Consejo de Estado en el fallo citado y aplicar a esta controversia lo dispuesto por el romanillo v) del literal j del numeral 2.º del artículo 164 del

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

CPACA, lo que en términos prácticos significa que la convocada contaba hasta el 23 de noviembre de 2018 para ejercer su facultad de liquidar unilateralmente el contrato.

En ese orden de ideas, como quiera que la liquidación unilateral contenida en la Resolución N.º 691 fue realizada el 30 de noviembre de 2018, es decir, cuando ya se había agotado la competencia temporal de la entidad para ejercer esa facultad, el Tribunal declarará su nulidad.

En este punto el Tribunal debe precisar que, aún si le asistiera razón a la convocada en su posición sobre el conteo del término por el que se extendía su competencia temporal para efectuar la liquidación unilateral, en el sentido de que dicho término corría a partir del vencimiento del plazo de vigencia del contrato, de todas maneras el acto de liquidación está viciado de nulidad con fundamento en las consideraciones ya expresadas en este laudo al despachar favorablemente las pretensiones 3.3. y 3.4, con la nulidad declarada de las Resoluciones 671 y 681 de 2018, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato de Obra Pública N.º COP 105 de 2014 y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 661 de 2018¹⁰², la Resolución 691 de 2018 también deviene nula por falsa motivación, como con total acierto lo expresó la agente del Ministerio Público en su escrito de intervención en este proceso, en los siguientes términos:

“Además de la falta de competencia temporal (porque la terminación del contrato fue anterior a la extinción de la vigencia), la liquidación unilateral que expidió la convocada incluye los efectos de la declaratoria de incumplimiento al disponer liberar los dineros que corresponderían al favor del consorcio por la ejecución de obras, motivo que igualmente generaría vicio del acto administrativo”.

Por último, respecto al argumento de que este Tribunal no puede pronunciarse sobre la legalidad del acta de liquidación unilateral por tratarse del ejercicio de una facultad exorbitante de la administración, basta recordar el siguiente aparte de uno de los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado¹⁰³ sobre el punto:

“[L]a Corte declaró exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, en el entendido que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en el marco de las relaciones contractuales y acorde con sus poderes excepcionales, consagrados de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de

¹⁰² Nulidad que se declaró al considerar, esencialmente, que hubo un incumplimiento por falta en el deber de planeación reclamable a la entidad contratante, dado que no contaba con las licencias de construcción vigentes al momento de la celebración del contrato de marros.

¹⁰³ Sentencia de la Sección Tercera, Subsección , proferida el 7 de septiembre de 2018 en el expediente 58647.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

1993, es decir interpretación, modificación y terminación unilateral, el sometimiento a las leyes nacionales, la caducidad y la reversión. De manera que decisiones ajenas a las restricciones señaladas, extrañas a las prerrogativas estatales, pueden ser sometidas al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros”.

7. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN 3.2. DE LA DEMANDA REFORMADA – LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

3.2. Que se liquide por parte del Tribunal de Arbitramento el Contrato de Obra Pública No COP105 de 2014

Para atender la pretensión 3.2. de la reforma de la demanda, en la que la convocante solicita la liquidación del contrato por parte de este Tribunal, se tendrá en cuenta lo considerado al analizar las demás pretensiones de la demanda reformada, en las que se concluyó que a la convocada le asiste la obligación de pagar al consorcio por concepto de la ejecución del objeto contractual la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CIENTO CUARENTA MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$593.140.267)¹⁰⁴.

Ahora bien, como ya se ha aclarado en el numeral 4 del Capítulo IV de este laudo, la actualización de lo probado respecto de las pretensiones 3.6 y 3.7 de la reforma de la demanda, cuyos valores son \$375.681.543 y \$108.729.362, se llevará a cabo acudiendo a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE correspondientes a los meses de agosto de 2016 y septiembre de 2019, respectivamente. La pretensión 3.8 no se actualizará habida cuenta de que, de acuerdo con el contrato, esa suma sería pagada contra la suscripción del acta de liquidación, y la liquidación se efectúa en este laudo.

Para efectos de la actualización, se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \text{IPC Final} / \text{IPC inicial}$$

Así, la actualización de la pretensión 3.6 arroja el siguiente resultado:

$$V_p = 375.681.543 \times 103,26 / 92,73$$

$$V_p = 375.681.543 \times 1.11$$

¹⁰⁴ Suma que se registra tanto en el Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de las Obras, como en la Resolución número 691 del 30 de noviembre de 2018.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunes
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Vp = \$ 417'006.513

De manera que, por concepto de actualización de la pretensión 3.6, se reconocerá el valor de \$41.324.970.

Y, la actualización de la pretensión 3.7 arroja éste:

Vp = 108.729.362 x 103,26 / 92,73

Vp = 108.729.362 x 1.11

Vp = \$ 120.689.592

Y, por concepto de actualización de la pretensión 3.7, se reconocerá el valor de \$11.960.230.

Para un total por concepto de actualización de las pretensiones 3.6 y 3.7 de \$53.285.200.

Con respecto a los intereses y como quiera que, por aplicación del artículo 1609 del Código Civil, este Tribunal encontró demostrado que ambos contratantes dejaron de cumplir lo pactado y que, por dicho incumplimiento recíproco, como bien lo expresa la agente del Ministerio Público, "ninguno de los co-contratantes estaría legitimado para pretender pago de perjuicios", no se reconocerán. En su jurisprudencia, el Consejo de Estado¹⁰⁵ ha sentado su posición reiterada en el mismo sentido de que los intereses tienen el carácter de indemnizatorios.

Obtenida la anterior cifra, para despachar la pretensión 3.2. procede el tribunal a liquidar el Contrato de Obra Pública N.º COP 105 de 2014, a partir de la suma debida por la entidad demandada¹⁰⁶, junto con su correspondiente actualización, así:

¹⁰⁵ Como en la sentencia del 14 de abril de 2010, de la Sección Tercera en el expediente 17214, en la que esa Corporación expresa con total claridad: "cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil, de conformidad con el cual "[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo".

¹⁰⁶ Que fue extractada del informe rendido a este Tribunal por el Alcalde Local de Kennedy (folio 378 del Cuaderno Principal del expediente)

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

| | |
|---|------------------|
| Valor inicial del contrato | \$ 1.798.893.784 |
| Valor Adición | \$ 375.693.463 |
| Valor Total | \$ 2.174.587.247 |
| Valor Anticipo | \$ 512.684.728 |
| Valor reconocido al consorcio | \$ 2.174.583.870 |
| Valor pendiente de pago | \$ 593.140.267 |
| Actualización | \$ 53.285.200 |
| Valor total a favor del Consorcio Equipamientos Urbanos | \$ 646.425.467 |

VI. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

1. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE EQUIPAMIENTOS COMUNALES.

La convocada plantea en esta excepción que el convocante incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, al haber realizado las obras objeto del contrato sin contar con licencias de construcción vigentes para este efecto. En esta forma, la convocada señala en su Contestación a la Demanda que *"... un contratista de obra que se encuentre incurso en causal de incumplimiento contractual, por no honrar sus deberes con extrema diligencia, permitiendo el avenimiento de una situación reprochable al consentir la construcción de una obra pública sin advertir a la entidad contratante el grave riesgo que tal situación le acarrea ni tomar las medidas necesarias que su condición le imponía, no puede, hoy en día, pretender que la entidad contratante fue la que incumplió el contrato, y a partir de esa premisa pretender el pago integral del contrato y perjuicios adicionales"*¹⁰⁷.

El Tribunal observa, tal y como se indicó al resolver la pretensión 3.1., que en efecto hubo un incumplimiento contractual por parte de la convocante, causado por el hecho de haber adelantado las obras sin licencias de construcción, sin embargo, así como también se expresó en las consideraciones expuestas al analizar la mencionada la pretensión 3.1., también existió un incumplimiento de parte de la convocada.

Efectivamente, la entidad contratante inobservó el principio de planeación, incumpliendo en igual forma sus obligaciones contractuales, al haber adelantado el

¹⁰⁷ Contestación de la Demanda, p. 35-36.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

proceso licitatorio y adjudicar y suscribir el contrato con licencias de construcción vencidas.

En esta manera, como ya lo había precisado el Tribunal, es de aplicación el artículo 1609 del Código Civil, que señala: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos”*, mandato complementado por los artículos 1594 y 1615 *ibidem*, que disponen que la parte incumplida no puede pedir perjuicios o penas a la otra.

Asimismo, el Tribunal no pasa por alto el hecho de que la convocada, a sabiendas de la ausencia de licencias de construcción, siguió en forma conjunta con el convocante la ejecución del contrato, hasta llegar a la culminación física de las obras y recibirlas a satisfacción, es decir, la entidad contratante con plena conciencia de que no existían licencias de construcción, suscribió el contrato, suscribió Acta de Inicio¹⁰⁸, Acta de Suspensión¹⁰⁹, Acta de Reinicio¹¹⁰ y Acta de Terminación, Entrega y Recibo Final de Obra¹¹¹. Por este motivo, aunque no haya lugar al reconocimiento de perjuicios, sí hay lugar a que se reconozcan las facturas de venta pendientes de pago, puesto que las obras objeto del contrato sí se llevaron a cabo y quedó demostrado que la convocada mostró su aquiescencia con la construcción de las mismas, aun sin contar con las licencias urbanísticas.

Por lo anteriormente expuesto, prospera parcialmente la excepción denominada incumplimiento del Contrato por parte de Equipamientos Comunales.

2. EL CONTRATO COP 105 DE 2014 SE ENCUENTRA LIQUIDADO.

La convocada cimienta esta excepción en que los asuntos objeto de controversia ya están resueltos a través de las Resoluciones 661 de 2018 y 691 de 2018¹¹², por las que se declaró el incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014 y se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014, respectivamente. Adicionalmente, señala la convocada que de conformidad con el artículo 88 de la ley 1437

¹⁰⁸ Acta de Inicio, obra al folio 39 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰⁹ Acta de Suspensión, obra al folio 40 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹¹⁰ Acta de Reinicio, obra al folio 41 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹¹¹ Acta de Terminación, Entrega y Recibo final de obra, obra a folios 123-124 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹¹² Contestación de la Demanda, p. 37.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

de 2011 dichos actos administrativos se presumen legales, hasta tanto no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹¹³.

Sobre los aspectos contenidos en esta réplica, el Tribunal precisa que en virtud del artículo 116 de la Constitución, los particulares pueden ser investidos transitoriamente con la función de administrar justicia, en este caso, mediante árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho. Asimismo, el Tribunal considera oportuno recordar que de conformidad con la jurisprudencia del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, cuando la justicia arbitral está en conocimiento del medio de control de controversias contractuales (art. 141 de la ley 1437 de 2011) tiene competencia para pronunciarse sobre la nulidad los actos administrativos contractuales, con excepción de aquellos consagrados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

En efecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 23 de agosto de 2019, rad: 62.944, señaló a este respecto lo siguiente:

"A partir de la expedición de la sentencia C-1436 de 2000, en la que se declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, quedó excluido de la justicia arbitral el juicio de legalidad de los actos administrativos proferidos por las entidades estatales en ejercicio de las facultades excepcionales y se dejó a salvo la posibilidad de pronunciarse sobre los efectos económicos de dichos actos. Aunque en esa sentencia de constitucionalidad condicionada no se hizo mención expresa al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional sí precisó que las decisiones de la administración que estaban excluidas de la competencia arbitral eran las relativas a la declaratoria de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilateral que son las establecidas por dicha norma.

(...)

El cuarto párrafo del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, que es la norma aplicable al presente caso porque la demanda se instauró luego de que dicha ley entrara en vigencia, dispuso que '[E]n los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho'.

¹¹³ Contestación de la Demanda, p. 37.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

A partir de lo señalado por la Corte Constitucional, la jurisprudencia de esta corporación le ha dado un alcance restrictivo a la noción de facultad excepcional y ha considerado que sólo pueden considerarse como tales las enunciadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

(...)

Conforme con lo anterior, toda vez que las resoluciones impugnadas no fueron proferidas con ocasión de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la justicia arbitral cuenta con competencia para pronunciarse sobre su validez y no sólo sobre sus efectos económicos".

Habida cuenta de que las Resoluciones 661 de 2018 y 691 de 2018 no fueron expedidas en ejercicio de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, sino que su objeto fue la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014 y la liquidación unilateral del mismo, el Tribunal cuenta con competencia para resolver en derecho los asuntos relativos a su validez, pudiendo declarar su nulidad, de encontrar probada alguna causal para este efecto.

Precisamente, el Tribunal ya se ocupó de estos aspectos y encontró probadas las pretensiones 3.3, 3.4 y 3.5, bajo los considerandos de esta decisión arbitral que se expusieron al resolverlas.

Bajo las anteriores consideraciones, la presente excepción no prospera.

3. COBRO DE LO NO DEBIDO.

Con relación a esta excepción, el Tribunal observa que la convocada emplea una fundamentación similar a la que expuso en la anterior excepción, en el sentido de argumentar que debido a la existencia de los actos administrativos demandados, no debe accederse al reconocimiento de las facturas de venta pendientes de pago ni al reconocimiento de perjuicios. Concretamente, la convocada señala que:

"Acorde con la excepción anterior, el Consorcio Equipamientos Comunales, no puede, estando vigentes y con carácter ejecutorio las resoluciones 661 y 691 de 2018 expedidas

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

*por la Alcaldía Local de Kennedy, pretender un reconocimiento contractual y una indemnización de perjuicios*¹¹⁴.

Bajo esta precisión, el Tribunal reitera, como se explicó anteriormente, que las Resoluciones 661 de 2018 y 691 de 2018 fueron objeto de estudio en las pretensiones 3.3, 3.4 y 3.5, siendo decidido declarar su nulidad, en los términos allí expuestos. También se insiste que al tratarse de actos administrativos distintos a los regulados por el artículo 14 de la ley 80 de 1993, el Tribunal tiene plena competencia para pronunciarse sobre la validez de los mismos.

Bajo las anteriores consideraciones, la presente excepción no prospera.

4. FALTA DE LEGITIMACIÓN JURÍDICA PARA EL COBRO.

La convocada esgrime en esta réplica que, de un lado, el convocante fue sujeto de un procedimiento administrativo en el que, después de agotar las formalidades y observar los derechos y garantías procesales consagradas en el ordenamiento jurídico, se declaró su incumplimiento y, de otro lado, que la justicia arbitral no tiene competencia para pronunciarse respecto del acto administrativo que resultó del adelantamiento del procedimiento administrativo señalado¹¹⁵.

Así como se manifestó en las consideraciones de las dos últimas excepciones, el Tribunal ratifica que sí es competente para decidir sobre la nulidad del acto administrativo por el cual se declaró el incumplimiento del convocante. Sobre este particular, el Tribunal vuelve a traer a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado, Corporación que, mediante sentencia del 10 de junio de 2009, exp: 36.252, expresó:

"(...) la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos

¹¹⁴ Contestación de la Demanda, p. 35-36.

¹¹⁵ Contestación de la Demanda, p. 37-38.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes – bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos".

Comoquiera que los actos administrativos demandados no son producto del ejercicio de las facultades excepcionales de que trata el artículo 14 de la ley 80 de 1993, el Tribunal sí es competente para resolver los asuntos relativos a su validez, como en efecto lo hizo al analizar las pretensiones 3.3, 3.4 y 3.5.

Bajo las anteriores consideraciones, la presente excepción no prospera.

5. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS (RESOLUCIONES 661, 671 Y 691 DE 2018).

Como ha quedado suficientemente expuesto por el Tribunal, si bien es cierto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, no lo es menos que el juez del Contrato, en este caso el Tribunal Arbitral, puede evaluar y desestimar dicha presunción, cuando encuentra probado, como en el caso bajo estudio, que los actos administrativos adolecen de nulidad por alguna de las causales previstas en la Ley.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en este laudo al resolver las pretensiones 3.3, 3.4 y 3.5., el Tribunal encontró que las Resoluciones 661, 671 y 691 de 2018 adolecen de vicios de nulidad y, por tal motivo, queda desvirtuada la presunción de legalidad que revestían dichos actos administrativos.

Bajo las anteriores consideraciones, la presente excepción no prospera.

6. INNOMINADA.

No advierte el Tribunal que existan hechos exceptivos que hayan sido probados en el curso del proceso y que pudieran resultar favorables a la convocada.

VII. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Respecto al juramento estimatorio, se tiene que de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, *"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización,*

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda...". De acuerdo con la norma transcrita, en el caso de que las pretensiones de la demanda versen sobre los conceptos señalados, esto es, indemnización de perjuicios, frutos y compensaciones, el demandante está obligado a cuantificar razonadamente el monto de sus reclamaciones.

Es claro para el Tribunal que no hay reproche de desproporción entre lo estimado bajo juramento en la demanda del Consorcio Equipamientos Urbanos y la cuantía probada y, por tanto, no existe exceso sancionable.

VIII. COSTAS

Teniendo en cuenta la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda formulada por el Consorcio Equipamientos Urbanos, tanto desde el punto de vista cualitativo, como desde el punto de vista cuantitativo, de conformidad con el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, el tribunal se abstiene de condenar en costas.

V. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver en derecho las diferencias contractuales surgidas entre CONSORCIO EQUIPAMIENTOS COMUNALES y ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DE GOBIERNO DISTRITAL – ALCALDÍA LOCAL DE KENNEDY - FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en cumplimiento de la misión encomendada por las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, que el FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY incumplió el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014. En este sentido de acuerdo con lo previsto en la parte considerativa, prospera la pretensión 3.1. de la demanda reformada.

Segundo: Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, la nulidad de las Resoluciones 661, 671 y 691 de 2018. En este sentido prosperan las pretensiones 3.3., 3.4. y 3.5. de la demanda reformada.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Tercero: Condenar a la Alcaldía Local de Kennedy a pagar a favor del Consorcio Equipamientos Comunales la suma de \$ 417'006.513, por concepto de los pagos dejados de percibir durante la ejecución del contrato, valor que se encuentra actualizado en la forma que se indica en la parte motiva. En este sentido prospera parcialmente la pretensión 3.6 de la demanda reformada.

Cuarto: Condenar a la Alcaldía Local de Kennedy a pagar a favor del Consorcio Equipamientos Comunales la suma de \$ 120.689.592, correspondiente al 5 % establecido en el parágrafo segundo numeral 3 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014, valor que se encuentra actualizado en la forma que se indica en la parte motiva. En este sentido prospera parcialmente la pretensión 3.7 de la demanda reformada.

Quinto: Condenar a la Alcaldía Local de Kennedy a pagar a favor del Consorcio Equipamientos Comunales la suma de \$ 108.729.362, correspondiente al 5 % establecido en el parágrafo segundo numeral 4 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014. En este sentido prospera parcialmente la pretensión 3.8 de la demanda reformada.

Sexto: Negar la pretensión 3.9 de la demanda reformada

Séptimo: Declárese liquidado el Contrato de Obra Pública No. COP 105 de 2014 celebrado entre el Consorcio Equipamientos Comunales y la Alcaldía Local de Kennedy, en la forma expuesta en el presente laudo.

Octavo: Declarar por las razones expuestas y con el alcance expuesto en la parte motiva, que prospera parcialmente la excepción que formuló la Demandada bajo la siguiente denominación: Incumplimiento del contrato de Equipamientos Comunales.

Novena: Declarar por las razones expuestas y con el alcance expuesto en la parte motiva, que no prosperan las excepciones que formuló la Demandada bajo las siguientes denominaciones: El contrato COP 105 de 2014 se encuentra liquidado; Cobro de lo no debido; Falta de legitimación jurídica para el cobro; Presunción de legalidad de la actuación administrativa y actos administrativos demandados (Resoluciones 661, 671 y 691 de 2018); e, Innominada

Décima: Por las razones expuestas en la parte motiva, abstenerse de condenar en costas a las partes.

**Tribunal Arbitral de Consorcio Equipamientos Comunales
contra
Fondo de Desarrollo Local de Kennedy**

Undécima: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal. Las partes entregarán en un plazo de quince (15) días a los Árbitros y a la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con sus honorarios.

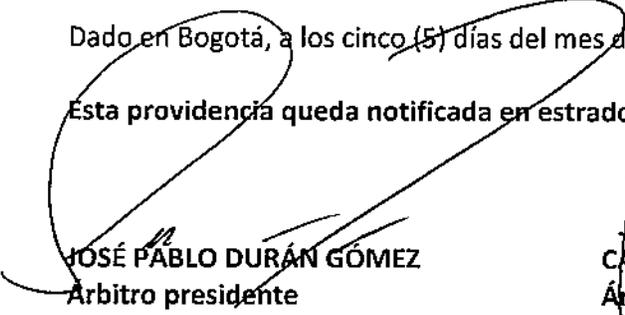
Duodécima: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

Decimotercera: Disponer que en la oportunidad prevista en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, se proceda por el árbitro Presidente del Tribunal a efectuar la liquidación final de gastos y llegado el caso, devolver el saldo a las partes en la siguiente proporción: 50% junto con la correspondiente cuenta razonada.

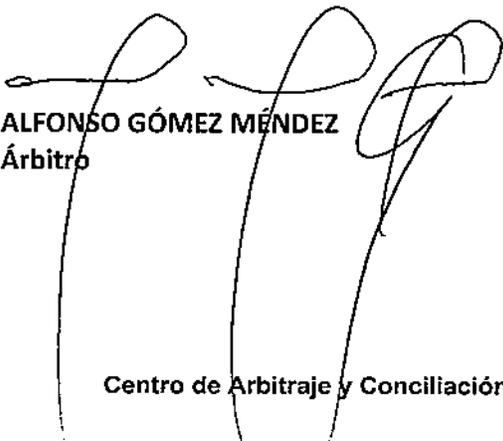
Decimocuarta: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Dado en Bogotá, a los cinco (5) días del mes de noviembre de 2019.

Esta providencia queda notificada en estrados.


JOSÉ PABLO DURÁN GÓMEZ
Árbitro presidente


CARLOS ALBERTO MALAGÓN BOLAÑOS
Árbitro


ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ
Árbitro


MARÍA ISABEL PAZ NATES
Secretaria