

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

LAUDO ARBITRAL

Cali, veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013).

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el procedimiento arbitral, de conformidad con lo previsto en la ley, en la hora y fecha señalada, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO

1.- SOLICITUD DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL:

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A., en adelante LA CONVOCANTE, a través de apoderado, presentó el nueve (9) de octubre de 2012 demanda arbitral, la cual fue reformada el 12 de diciembre de 2012, contra el FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL., en adelante LA CONVOCADA.

La demanda reformada fue admitida mediante auto No. 2 del 26 de febrero de 2013 (visible a folio No. 003 del cuaderno No. 5).

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A., solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con fundamento en la siguiente CLÁUSULA COMPROMISORIA:

“VIGESIMA SEXTA CLÁUSULA COMPROMISORIA. ARBITRAMENTO: Cualquier discrepancia que se presentare entre las partes respecto a la interpretación, ejecución y desarrollo del presente contrato, la terminación unilateral, las modificaciones e interpretaciones sobre las cláusulas del mismo que puedan solucionarse por acuerdo directo entre ellas, será llevada a un amigable conciliador que designe la Cámara de

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

Comercio de Cali. Si las partes no llegan a un acuerdo ante este la diferencia será sometida a un tribunal de arbitramento, integrado por tres (3) árbitros que deberán ser abogados y su fallo será en derecho. El tribunal será nombrado de común acuerdo entre las partes de este contrato, y si ello no fuera posible la designación la hará la Cámara de Comercio de Cali. El tribunal sesionará en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la misma Cámara de Comercio y dará aplicación a las normas legales vigentes sobre la materia. El domicilio contractual que en este contrato fijan las partes tendrá efecto para las notificaciones que se hagan dentro del arbitramento.

2.-NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS:

Inicialmente la cláusula compromisoria estaba contemplando la designación de tres árbitros; sin embargo las partes en audiencia de designación de árbitros que se llevó a cabo el día 9 de noviembre de 2012, de común acuerdo decidieron modificarla y hacer designación de un solo árbitro, habiendo sido designado como árbitro único el Dr. Jorge Hernán Gil Echeverry.

3.- INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA:

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 26 de febrero de 2013 (visible a folio 001 del cuaderno No. 5). En la misma audiencia se determinó fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría del mismo, las dependencias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.

Igualmente en esa audiencia se admitió la reforma de la demanda mediante auto No. 2 (visible a folio 003 del cuaderno No. 5).

Finalmente en cuanto a este acápite se refiere, se señala que la parte convocada, oportunamente contestó la demanda y propuso excepciones de fondo.

4.- AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

Luego de surtido por Secretaría el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, el Tribunal fijó fecha para la Audiencia de Conciliación mediante auto No. 4 de fecha 14 de marzo de 2013, para el día 3 de abril de 2013, fecha que fue modificada mediante auto No. 5, trasladándose para el día 5 de abril de 2013. Después de varios intercambios de fórmulas las partes llegaron a una conciliación parcial referente a la pretensión segunda literal b y c, en los numerales 1 y 2 del escrito de reforma de la demanda.

5.- FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS:

En la continuación de la audiencia de conciliación que tuvo lugar el día 7 de mayo del año 2013 mediante auto No. 7 se declaró fracasada la audiencia de conciliación y se fijaron los gastos y honorarios a cargo de las partes, los cuales fueron consignados oportunamente por ambas partes, a órdenes del Árbitro Único de este Tribunal (Acta N° 7 del 18 de junio de 2013).

6.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La parte convocada contestó en término la demanda, oponiéndose expresamente a todas las pretensiones, negando varios de los hechos expuestos por la demandante; y desde luego, exponiendo como medios de defensa, diversas excepciones de mérito.

7.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE:

Se llevó a cabo el 18 de junio de 2013 (Acta N° 7). En ella el Tribunal se declaró competente y consecuentemente decretó las pruebas solicitadas por las partes.

8.- TÉRMINO DEL PROCESO:

Al no señalarse el término del proceso, su duración conforme a lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1993, es de seis (6) meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar el 18 de junio de 2013, término que vencería el 18 de diciembre de 2013. Sin embargo, los apoderados de las partes, de común

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

acuerdo, solicitaron la suspensión en varias ocasiones. En consecuencia al término inicial debe sumarse el tiempo durante el cual el proceso estuvo suspendido, durante las siguientes fechas: 25 de Junio a 21 Julio/13 (acta Nro. 8) y del 23 de Julio a 02 Septiembre/13 (acta Nro. 9), Por tanto, el término del presente proceso arbitral vence el día 25 de Febrero de 2014

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. DEMANDA REFORMADA:

A continuación el Tribunal hace un breve resumen de los hechos de la demanda reformada, de fecha 12 de diciembre de 2012

Entre las partes se celebró el contrato civil de obra No. FM CO 01367-05 de 2011, cuyo objeto era construir la tercera etapa para el alojamiento de deportistas de alto rendimiento en altura, contrato que fue prorrogado en dos ocasiones y el cual, según manifestación de la parte convocante, dada las prórrogas se incrementó el valor teniendo en cuenta el mayor tiempo en obra, por lo que se solicitó el reconocimiento de los costos administrativos causados durante la prórroga.

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Las pretensiones de la demanda reformada fueron las siguientes:

PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de arbitramento que el FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL, incumplió el contrato Civil de Obra No. FM CO 01 367-05 del 2011 en relación con el pago de los costos administrativos generados por el mayor tiempo en obra y que no han sido cancelados al Contratista LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se ORDENE el reconocimiento y pago de las sumas de dinero adeudadas por el Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y Gestión Social a favor de la sociedad LIMOR CONSTRUCCIONES S.A., conforme a los siguientes valores.

- a. El Valor de CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS MONEDA LEGAL (\$192.269.718.00) como suma total de las dos prórrogas debidamente concedidas, equivalente a 90 días de prórroga equivalente cada mes al valor de \$64.085.906.00, por concepto de costos administrativos generados por el mayor tiempo en obra y que no fueron reconocidos en el acta de liquidación donde se dejó dicha salvedad por parte de el Contratista.
- b. El Valor de TREINTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE, (\$34.767.466=) por concepto de capital adeudado a la factura No 381 de 2012, correspondiente a la liquidación del contrato efectuada por las partes con salvedades. Suma de dinero que fue deducida sin fundamento jurídico alguno.
- c. Que se reconozcan los intereses moratorios de la siguiente forma:
 1. Intereses moratorios desde el día 19 de mayo de 2012 fecha de vencimiento de la factura hasta el día 24 de septiembre de 2012, a la máxima tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la suma de \$290.835.874 como capital adeudado de la factura No 381 de 2012, la cual se encuentra discriminada así: Intereses del periodo del 19 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012 a una tasa nominal diaria de 0.075% N.D por valor de \$8.943.202.00; intereses del 01 de julio de 2012 al 24 de septiembre de 2012 a una tasa nominal diaria de 0.076% N.D. por valor de \$18.566.962.00, para un total de \$27.510.164.00
 2. Intereses moratorios desde el día 24 de Septiembre fecha en la que se efectuó el pago parcial de la obligación contenida en la Factura No 381 de 2012 y hasta que se verifique el pago del saldo insoluto de la obligación, a la máxima tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la suma de \$34.767.466 como saldo pendiente de pago al capital adeudado de la factura

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

No 381 de 2012; la cual se encuentra discriminada así: intereses del 24 de septiembre de 2012 al 30 de septiembre de 2012 a una tasa nominal diaria de 0.076% N.D. por la suma de \$158.539.00, y del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2012 hasta el 12 de Diciembre de 2012 (fecha de presentación del presente escrito) a una tasa nominal diaria de 0.077% N.D. por la suma de \$1.927.507.00. para un total de \$2.086.046.00

3. Intereses moratorios desde el día 30 de enero de 2012 fecha de entrega de las obras, y hasta el día en que se lleve a cabo el pago del capital por concepto de costos administrativos no reconocidos por el mayor tiempo en obra, a la máxima tasa certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la suma que sea reconocida conforme a la pretensión descrita en el literal a) de la pretensión segunda de este acápite, la cual se encuentra discriminada así: intereses del periodo comprendido entre el 30 de enero al 31 de marzo de 2012 a una tasa nominal diaria de 0.073% N.D. la suma de \$8.421.412.00; intereses del periodo comprendido ente el 1 de abril de 2012 al 30 de junio de 2012 a una tasa nominal diaria de 0.075% N.D. por la suma de \$12.978.207.00; intereses del periodo comprendido entre el 1 de Julio de 2012 al 30 de septiembre de 2012 a una tasa nominal diaria de 0.076% N.D. por la suma de \$13.151.247.00, intereses del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2012 y el 12 de diciembre de 2012 (fecha de presentación del presente escrito) a una tasa nominal diaria de 0.077% N.D. la suma de \$10.659.432.00, para un total de \$45.210.298.00

TERCERA: Se condene en costas y agencias en derecho al Fondo Mixto Para la Promoción del Deporte y la Gestión Social.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL., a través de apoderado judicial, contestó la demanda en los siguientes términos:

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

Con relación a los hechos algunos fueron aceptados como ciertos, haciendo las aclaraciones pertinentes, otros fueron aceptados como parcialmente ciertos y otros no fueron aceptados como ciertos. Con relación a las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas por carecer de sustento factico y legal

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL propuso las siguientes excepciones de fondo:

1. Inexistencia de causa en el cobro pretendido: Alegando principalmente que en el contrato firmado entre las partes el contratista “se obliga por su cuenta y riesgo” a ejecutar el proyecto y que tenia pleno conocimiento de los riesgos que se podían presentar en la ejecución del mismo. Que los costos indirectos del contrato conocidos como AIU fueron pactados por los contratantes en un 25% del valor del contrato, de los cuales el 17% era para administración, el 1% era para imprevistos y el 7% como utilidad, que esa fue la oferta económica aceptada por la convocante.
2. Inexistencia de causa de mayor permanencia en obra imputable al contratante: Que el contratista siempre estuvo atrasado en la ejecución del contrato y que de eso dan cuenta los informes de avance presentados tanto por la interventoría como por el contratista.
3. Cobro de lo no debido: Sostiene que el equilibrio financiero del contrato nunca se vio afectado, pues las partes desde el inicio del contrato establecieron un AIU suficientemente alto para que el contratista no incurriera en pérdidas.
4. Excepción Innominada: Alegò que cualquier hecho que constituya una excepción deberá ser reconocida y declarada de oficio por el árbitro, de acuerdo con el articulo 306 del C.P.C

4. EL ACERVO PROBATORIO

4.1. PRUEBAS DOCUMENTALES:

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

Se tuvieron como prueba, con el valor que les asigna la Ley, todos los documentos aportados por las partes.

4.2. TESTIMONIALES: se decretó el testimonio del señor Andrés Crovo Jiménez, en su calidad de interventor técnico de la obra, testimonio que fue desistido por la parte convocante tal y como consta en el acta Nro. 11 del cuaderno 5 visibles a folios 054 a 055, mediante auto No. 18

4.3. DICTAMEN PERICIAL: Se decretó como prueba conjunta un dictamen pericial con intervención de perito experto en obras civiles, dictamen que fue rendido y sustentado, y que consta a folio 001 al 072 del cuaderno Nro. 8

4.4. OFICIOS: Se oficio a la convocada para que enviara al Tribunal la bitácora de obra del proyecto denominado Fase III Centro de Alto Rendimiento Contrato FM-CO.01-367-05-2011, oficio que fue debidamente respondido de acuerdo con lo que consta en el cuaderno No. 10, visible a folio 001.

4.5. INSPECCION JUDICIAL CON EXHIBICION DE DOCUMENTOS:

Se ordenó y practicó una Inspección judicial con exhibición de documentos, en las oficinas de LIMOR, diligencia que se llevo a cabo de acuerdo con el acta No. 9 del cuaderno No. 5.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos verbales y expusieron sus argumentos para sustentar sus dichos

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

I. NATURALEZA DEL CONTRATO

Según los documentos que acreditan la existencia y representación de las partes procesales el FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y GESTIÓN SOCIAL (en adelante EL FONDO MIXTO), es una persona jurídica sin ánimo de lucro de carácter privado y LIMOR CONSTRUCCIONES S.A (en adelante LIMOR), es una sociedad comercial con domicilio en Chía (Cundinamarca). Por tanto, el Contrato Civil de Obra N° FM 0-01-367-05 de 2011 objeto de la Litis, es un contrato privado regido por el derecho privado, conclusión que aparece confirmada en la Cláusula Trigésimo Segunda, en los siguientes términos: “NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO. Este contrato es de naturaleza civil y se sujeta a las normas del Código Civil...”

Pese a lo anterior y según lo previsto en los artículos 1°, 2°, 12 y 822 C.Co. Por tener la sociedad convocante la naturaleza de comercial, el contrato se rige, en primer término, por los principios generales del Código de Comercio y en segundo lugar por lo previsto en el Código Civil para el contrato de obra. Por tanto, independientemente del contrato celebrado entre EL FONDO MIXTO y el INSTITUTO COLOMBIANO DEL DEPORTE COLDEPORTES, entidad de naturaleza pública, así como el origen de los fondos con los cuales EL FONDO MIXTO canceló el precio pactado a LIMOR, el contrato en estudio es de naturaleza privada y mercantil. En últimas, LIMOR es un subcontratista del FONDO MIXTO y como tal, su relación es de naturaleza privada. En efecto, no puede concluirse, por ejemplo, que si una empresa constructora contrata con el Ministerio de Obras, sus empleados se convierten en funcionarios públicos, y los subcontratos que celebre con particulares son contratos estatales, por el simple hecho de que el constructor recibe en pago de sus obras, dineros provenientes del Estado, como se insinúa en los alegatos de la convocada.

En consideración, no resulta aplicable al presente contrato la teoría del equilibrio financiero ni los conceptos de la Contraloría de fechas enero 13 de 2009 y febrero 1 y 14 de 2010, invocados por el FONDO.

II. MODALIDAD CONTRACTUAL

Según el encabezamiento y lo previsto en la Cláusula Trigésimo Segunda del Contrato FMO 01-367-05 de 2011, SE TRATA DE UN CONTRATO CIVIL DE OBRA CUYA

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

RETRIBUCIÓN EN FAVOR DE LIMOR SE PACTÓ BAJO LA FORMA DE PRECIO UNITARIO FIJO, es decir, sin lugar a reajustes. Así se expresa en la Cláusula Primera (...a precio unitario fijo...) y Cláusula Cuarta (...modalidad, precios unitarios sin reajustes...). Para no dejar duda alguna con respecto a que se trata de un contrato a precio unitario fijo, en la Cláusula Séptima se dispuso que el precio convenido, incluye todos los costos directos, indirectos, impuestos imprevistos, sueldos y salarios, gastos de administración, etc.

Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato (Contrato de Obra), aspecto sobre el cual no existe ninguna discrepancia entre las partes, y debido a que el Código de Comercio no regula el mencionado contrato, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de dicho estatuto, el Tribunal habrá de remitirse a la normatividad propia de los CONTRATOS PARA LA CONFECCIÓN DE OBRA MATERIAL prevista en los artículos 2053 a 2062 del C.C. De manera específica, corresponde aplicar al caso debatido el artículo 2060 C.C que textualmente dice:

“Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra, por un precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes:

1ª) El empresario no podrá pedir aumento de precio a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones;

2ª) Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionare costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; si este se rehúsa podrá ocurrir al Juez o perfecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda;

3ª) Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final;

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

4ª) El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, solo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone;

5ª) Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que este debía al empresario."

Como se observa, el artículo 2060 regula el denominado contrato de obra a PRECIO ÚNICO PREFIJADO igualmente conocido como contrato de obra a precio global fijo. Cuando se conviene la forma de pago bajo la modalidad de precio único prefijado que corresponde a lo consagrado en el contrato objeto de la Litis bajo la frase "... a precios unitarios sin reajuste..." (Cláusula Primera), o "... precios unitarios fijos..." (Clausula Cuarta), EL EMPRESARIO O CONTRATISTA DEBERÁ EJECUTAR LA OBRA BAJO SU PROPIO RIESGO, SIN POSIBILIDAD DE SOLICITAR REAJUSTE DEL PRECIO, COMO PRINCIPIO GENERAL, SALVO QUE SE PRESENTE ALGUNO DE LOS CASOS EXCEPCIONALES PREVISTOS TAXATIVAMENTE EN EL MISMO ARTÍCULO 2060. Por tanto, en esta modalidad negocial, el precio será el mismo, pese a las variaciones de costo surgidas durante la ejecución del contrato y pese a las suspensiones y prórrogas del término contractual, aspecto que resulta ser secundario. Tal principio solo pierde vigencia por una modificación contractual:

"La doctrina advierte que si se acuerda suma fija como remuneración no puede modificarse dicho pacto < (...) salvo que llegaren a darse circunstancias que justifiquen la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades o contrato adicional que modifique el precio pactado> y que en caso de acordarse ajustes de precios, ello no implica un cambio sino una simple actualización del precio. (Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia 1999-00188 de enero 30 de 2013)

"La Ley, en tratándose de contratos de construcción en donde se ajustó un precio único por toda la obra, no prohíbe en forma absoluta una modificación del convenido inicialmente, sino que para su validez, exige una condición especial: una autorización expresa del comitente y acuerdo sobre el valor de la agregación o modificación..." (C.S.J Civil; Sentencia de Febrero 26 de 1953 G.J.T LXXIV Pág. 78).

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

No obstante, por tratarse de un contrato suscrito por un comerciante en desarrollo de su objeto social, (ver el certificado de existencia y representación de Limor Construcciones S.A), en virtud de lo previsto en el artículo 22 C.Co. En lo no regulado expresamente por el mencionado artículo 2060 C.C habrá de aplicarse lo previsto en el Régimen mercantil. En este orden de ideas, en aplicación al principio rector de la Buena Fe contractual (Art. 871 C.Co.), de manera excepcional, el empresario podrá obtener un reajuste de precios cuando deba permanecer en la obra un mayor tiempo del convenido, si tal permanencia obedeció a circunstancias atribuibles exclusivamente al dueño de la obra, o a vicios ocultos que como tales, no fueron o no debieron ser conocidos por el contratista, pese a ser un experto constructor.

De otra parte, descartada su naturaleza estatal o administrativa, no son predicables los principios que regulan la teoría de la ecuación contractual regulada en la ley 80. Como Contrato Mercantil, naturalmente, resulta pertinente invocar la teoría de la imprevisión de los contratos, (artículo 868 C.CO.); teoría que si bien tuvo sus orígenes dogmáticos en el principio del equilibrio contractual (C.S.J Civil, Sentencia de Octubre 29 de 1936), dista bastante de la noción de ecuación contractual consagrada en la mencionada Ley 80 de 1993, como que la excesiva onerosidad debe provenir de circunstancias imprevistas e imprevisibles, al momento de la suscripción del contrato. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Febrero 15 de 1999). De no mediar las circunstancias anotadas de imprevisibilidad y su condición de extraordinarias, la modificación del precio solamente podrá obtenerse por el común acuerdo de las partes tal como se previó en la Cláusula 3.5 del contrato (Las modificaciones o cambios que se convengan por escrito entre las partes). Resulta que en relación al precio, el contrato no se modificó, tampoco se aportó ninguna prueba pertinente a los hechos imprevistos y extraordinarios de una parte, y de otra, ya terminado el contrato, resulta imposible la aplicación de la teoría de la imprevisión. Con razón se afirma:

“Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato”

“Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre <la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes>, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado". (C.S.J. Sala civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01)

De manera que como principio general, el contrato de obra a precio unitario fijo no es susceptible de reajustes, de suerte que si Limor pretende un reajuste de precios por virtud de la ampliación del término por mayor permanencia en la obra, tiene la carga de la prueba, que es bastante exigente, de demostrar cualquiera de las circunstancias excepcionales que posibiliten dicho reajuste. Si bien, de la Cláusula 3.5 del Contrato Civil de Obra N° FM 0-01-367-05 de 2011 se infiere que las modificaciones o cambios contractuales quedaron sujetos a que la modificación o cambio se haga constar en documento escrito por las dos partes, lo cierto es que de conformidad con la conducta desarrollada por ambos contratantes durante la ejecución del contrato, también se puede inferir su cambio o modificación, tal como lo pregonan la Jurisprudencia más reciente. (C.S.J Sala Civil, Sentencias de Agosto 30 de 2011 y febrero 21 de 2012).

Faltando un documento en que directamente y de manera abierta se modifique el precio, de común acuerdo, se procede al análisis de las actas de prórroga. Contrariamente a lo sostenido por la convocante, el Tribunal no comparte la afirmación consistente en que la sola firma de las Actas de prórroga N° 1 y N° 2 por parte del FONDO MIXTO (Folios 040 y 044 Cuaderno N° 1), implicó un acuerdo y compromiso relativo al reconocimiento y pago de la totalidad de los gastos administrativos originados por el mayor tiempo de permanencia en la obra y según lo reclamado en la demanda. Analizado el contrato, tal prórroga resultaba conveniente para el contratista sin necesidad de dicho reconocimiento, debido a que si no terminaba la obra dentro del término estipulado, se haría acreedor a la multa diaria prevista en la cláusula décimo tercera, así como a la cláusula penal consagrada en la cláusula decima cuarta del contrato.

Se itera que como principio general, en los contratos de obra a precio fijo y sin posibilidad de reajustes, cualquier suma adicional que pretenda reclamar el contratista debe estar debidamente soportada y fundamentada en hechos que acrediten que el origen o la causa en el incremento del precio obedece a circunstancias dependientes, exclusivamente, de la órbita y del manejo del dueño de la obra. De aquí que, la prueba de los hechos invocados resulte al extremo exigente, puesto que el reajuste deprecado

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

opera de manera excepcional y extraordinaria. En todo caso, en los contratos de obra a precio único prefijado y sin lugar a reajustes, tal regla de inamovilidad del precio se encuentra atemperada por lo previsto en el artículo 230 de la Constitución precepto que ordena al Juez aplicar las normas sustantivas pertinentes al caso debatido, auxiliándose con el principio universal de la equidad. (Ver Sentencias SU-837 de 2002 y C-330 de 2012). Casualmente, en desarrollo de la mencionada máxima constitucional, el artículo 871 C.Co., expresa que POR VIRTUD DE LA DENOMINADA BUENA FE OBJETIVA O INTEGRADORA DEL CONTRATO, EN TODO NEGOCIO JURÍDICO MERCANTIL, LA EQUIDAD NATURAL FORMA PARTE INTEGRANTE DE LO CONVENIDO, aunque a la letra no aparezca tal referencia, en el texto del contrato (ver C.S.J Sala Civil, Sentencias de Agosto 30 de 2011, Enero 25 de 2010 y Marzo 6 de 2012; Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia de Noviembre 19 de 2012 Exp. 24.897). De manera que atendiendo al mencionado principio de la equidad como elemento integrante del contrato y elemento consustancial de la Ley aplicable al caso concreto, es de aclarar que adicionalmente a los casos expresamente consagrados en el artículo 2060 C.C., resulta pertinente el reajuste del precio del contrato de obra cuando por circunstancias atañederas al dueño de la obra o bajo su control, el término de ejecución contractual resulte prorrogado o sea deducible, por los hechos. En el presente caso, el contratista, mediante comunicación de Agosto 8 de 2011, (Folio 038 Cuaderno N° 1), se queja de la existencia de fisuras, fallas en los bordes de las placas, fallas estructurales y delineamientos en la estructura; problemas que se han venido presentando desde el inicio de la obra y que han dificultado la ejecución del contrato. Igualmente expresa que dichas circunstancias son totalmente ajenas a su labor contractual razón por la cual solicita una prórroga del contrato por 60 días, y, adicionalmente que se “estudie” el reconocimiento de los costos administrativos que se generan por el mayor tiempo de permanencia en la obra durante dicho período de tiempo. Como consecuencia de la solicitud anterior, las partes, de común acuerdo, el día 19 de agosto de 2011, procedieron a prorrogar el contrato por un término adicional de 60 días. (Folio 40 del cuaderno N° 1). Si bien, en la mencionada Acta no se hace mención expresa o implícita de aceptar los costos administrativos reclamados, si aparece la siguiente afirmación: *“Que el Fondo mixto para la Promoción del Deporte,*

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

una vez evaluada la razón expuesta por el contratista, en su solicitud de prórroga, considera conveniente conceder la ampliación del plazo contractual y resuelve...”

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el fondo evaluó previamente a la firma del acta de prórroga, si efectivamente se presentaron fallas en la estructura, y que dichas circunstancias eran totalmente ajenas a la actuación del contratista, y como consecuencia, era razonable proceder a la prórroga por 60 días. Luego, hasta aquí queda plenamente comprobado que la prórroga obedeció a circunstancias bajo el control exclusivo del Fondo. Sin embargo, tal documento, por sí solo, dada la esmerada exigencia probatoria a cargo del convocante, no resulta con la contundencia necesaria para enervar el principio general consignado en el artículo 2060 C.C. con respecto a la no procedencia de reajustes. Ahora bien, por virtud de la equidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los gastos administrativos que se originaron durante el mencionado lapso de los 60 días, acreditando otros hechos relevantes, lo que efectivamente aconteció. Para el Tribunal tal pretensión se encuentra plenamente respaldada en la comunicación de fecha octubre 5 de 2011 suscrita por el interventor mediante la cual informa a Limor que para atender... *“...su solicitud de costos administrativos adicionales por concepto de prórroga del plazo contractual de 60 días... por concepto de 2 meses adicionales...”* es necesario aportar los soportes de los gastos generados en los últimos 60 días...” (Folio 047 del cuaderno N° 1). Concluye la mencionada misiva expresando que una vez se reciban los soportes, estos documentos se someterán a estudio de la convocada, para una “eventual” aprobación.

Lo anterior confirma que entre las partes ya existía pleno acuerdo con respecto a las causas que originaron la ampliación del término por 60 días; la discusión se desplazó al estudio de los documentos que soportaran en debida forma los gastos administrativos reclamados, para que el Fondo determinara cuales se encontraban justificados y cuáles no. En últimas, la diferencia entre las partes no se produjo por razón de las causas que originaron la mayor permanencia en obra, sino con respecto a los gastos que efectivamente se irían a reconocer.

Con respecto a la segunda solicitud de prórroga, el asunto resulta diferente. En primer lugar, porque no existe ninguna referencia o preacuerdo entre las partes, en el sentido de que se remitieran los correspondientes soportes para realizar el análisis y estudio de los gastos originados como consecuencia de los 30 días aprobados en el acta de

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

prórroga N° 2 (Folio 044 cuaderno N° 1). En segundo lugar y esto resulta sustancial y relevante para el Tribunal, en el ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA de Diciembre 5 de 2011 (Folio 253 Cuaderno N° 6), se dejó la siguiente constancia: *“En consecuencia, el contratista renuncia a cualquier tipo de reclamación, petición o demanda fundamentada en el contrato excepto la reclamación realizada al contratante por concepto de sobre costos administrativos causados por mayor permanencia de la obra... DICHAS SOLICITUD SE REALIZÓ MEDIANTE ESCRITO DEL 8 DE AGOSTO DE 2011...”* (Folio 257). Como se observa, la reclamación a la cual no se renunció, se refiere, exclusivamente, a la formulada mediante carta de 8 de Agosto de 2011 que es precisamente la relacionada con la prórroga de 60 días. La solicitud de fecha Noviembre 4 de 2011 correspondiente a la prórroga por 30 días, no fue mencionada ni se hizo reserva alguna. (Folio 042 Cuaderno N° 1). Por tanto se entiende renunciada la reclamación correspondiente a los gastos originados por la prórroga de 30 días.

Todo lo anterior en virtud del principio de la coherencia o de la prohibición de venir contra sus propios actos que encuentra pleno respaldo en la Buena fe contractual (Artículo 871 C.Co). Desde luego, si por voluntad propia el contratista renunció a toda reclamación, salvo la relativa a la formulada mediante carta de Agosto 8 de 2011, a dicha reclamación, exclusivamente, se remitirá el Tribunal. Por tanto, según la Ley (Art. 2060 del C.C), los contratos de obra a precio fijo no admiten ningún tipo de reajuste, salvo que se presente alguno de los casos excepcionales previstos en el mencionado artículo. Sin embargo, tales reglas deben ceder cuando se trate de la aplicación del principio de la buena Fe consagrado en el artículo 871 C.Co., POR TRATARSE DE UN PRINCIPIO ESENCIAL QUE SE ANTEPONE Y PRIORIZA CON RESPECTO A CUALQUIER NORMA IMPERATIVA O DE ORDEN PÚBLICO QUE REGULE UN NEGOCIO JURÍDICO MERCANTIL. La prelación del principio rector de la Buena fe, con respecto a cualquier otra norma sustantiva contractual, ya ha sido reconocida jurisprudencialmente en los siguientes términos: *“...abran puertas para que se revisen los actos o contratos celebrados con el fin de revindicar valores de mayor jerarquía como la lealtad y Buena Fe, entre otros, que pudieron resultar menoscabados...”* (C.S.J. Sala Civil, Sentencia de marzo 6 de 2012).

En verdad, la superposición y primacía de la Buena Fe con respecto a cualquier otra norma contractual imperativa, encuentra su fundamento primario en el artículo 230 de

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

la constitución que obliga a juzgar los procesos aplicando el derecho sustantivo, bajo el auxilio morigerador y correctivo de la equidad. Bajo dicho principio constitucional, de presentarse colisión entre una norma contractual de orden público y el principio sustancial de la Buena Fe, ya recogido normativamente en el artículo 871 C.Co., DEBE PREFERIRSE EL SEGUNDO, PARA CONSULTAR PLENAMENTE AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA EQUIDAD. En otras palabras, cualquier actuación de mala fe de uno de los contratantes resulta lesivo no solo al artículo 871 C.Co. Sino que tal actuar debe tenerse en cuenta de manera especial, para aplicar el principio constitucional de la equidad, como criterio auxiliar y como un elemento de la naturaleza del contrato, al disponerlo así expresamente el mencionado artículo 871 en los siguientes términos:

“Art. 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, SINO A TODO LO QUE CORRESPONDA A LA NATURALEZA DE LOS MISMOS, SEGÚN LA LEY, LA COSTUMBRE O LA EQUIDAD NATURAL”.

De esta simbiosis entre la exigencia de la Buena Fe y la equidad natural, por tanto, no resulta extraño que las normas contractuales imperativas se pospongan para dar paso a una solución diferente, no prevista expresamente por el legislador, pero que consultan en debida forma la aplicación equitativa del derecho sustantivo, al caso concreto. Bajo los parámetros anteriores concluye el Tribunal que si bien el artículo 2060 C.C. sólo consagra como excepción al principio del no reajuste de precios las situaciones expresamente consagradas en el precepto, se debe agregar otra excepción adicional y consiste en el deber colateral de obrar de Buena fe.

En cuanto al papel preponderante asumido por el INTERVENTOR y comprometiendo al FONDO MIXTO, bajo la noción de Representación aparente, en los términos del artículo 842 C.Co. , baste resaltar que dicho funcionario firmó el Acta de inicio de la obra junto con la convocada y convocante; recibió las comunicaciones de Agosto 8 y Noviembre 4 de 2011 remitidas por Limor, y lo más importante, firmó las Actas de prorroga N° 1 y N° 2, las cuales ni siquiera aparecen suscritas por el Fondo Mixto. Lo mismo acontece con las Actas de liquidación final de los contratos 004, 003 y 006 suscritos entre las mismas partes que comparecen este proceso, circunstancia que acredita una reiterada conducta contractual al respecto. Es de advertir que ningún de los documentos

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

anteriores fue objetado en la contestación de la Demanda; al contrario, a título de confesión judicial, al referirse a los hechos que se relacionan con las mencionadas pruebas, efectivamente las acepta, con lo cual bien puede concluirse que en todo caso se produjo la ratificación del poder aparente otorgado por el FONDO MIXTO al Arquitecto Andrés Crovo Jiménez, en los términos del artículo 844 C.Co. Con respecto a lo aquí concluido bien vale la pena traer a colación la siguiente jurisprudencia:

“Pretender desconocer que a través de los hechos, de los que dan fiel testimonio los documentos detallados, quien actúo fue la opositora, por el simple prurito de que algunos no fueron firmados por su Director Administrativo, traduce en ignorar la realidad que circuló las adiciones y modificaciones de diferentes maneras convenidas, ejecutadas y entregadas, sin que operara tal exigencia; máxime cuando por la complejidad, diversidad y gran cantidad de quehaceres sociales que legal y reglamentariamente ostenta una persona jurídica de esa índole, necesariamente ha de valerse de otros órganos internos de expresión en orden a exteriorizar su voluntad, con igual modo de eficacia como si lo hiciera quien estatutariamente ostenta su representación legal.

Pasar por encima de semejante realidad, como lo hizo el ad-quem en la sentencia impugnada, comporta abrir mayúsculos boquetes para que en presencia de casos similares los sujetos de derecho deshonren sus obligaciones y asuman con sus afines una conducta desleal, muy distante de los mandatos de corrección social exigidos, minando la credibilidad que naturalmente ha de existir en el mercado, donde la mayoría de productos y servicios que ofrece el empresario son comercializados a través de personas que no siempre ostentan el cargo de representante legal, en el entendido, entonces, que los consumidores, para seguridad jurídica suya, siempre tendrían que exigir que fuera éste el que tuviera al frente para negociar”. (CSJ. Sala civil, sentencia del 21 de febrero del 2012).

Con relación al monto a pagar por los 60 días de prórroga, teniendo en cuenta que los gastos efectivamente causados durante dicho periodo deben aparecer acreditados plenamente, el Tribunal acogerá lo expresado por el perito Miguel Charry con respecto al cálculo de los gastos de administración, tasados razonablemente en un 17 %, según lo previsto contractualmente y lo consignado en la demanda. En efecto, siendo los mayores costos reclamados los atinentes al personal dedicado a la obra, los solos

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

contratos de trabajo no sirven para acreditar que efectivamente Jorge Alberto Romero, Gilberto Antonio Noguera, Cristian Efrén Rodríguez y Alfredo González, continuaron dedicando el 100% de su labor profesional en favor de la obra de qué trata el contrato en estudio, entre otras razones, por que como lo manifiesta la convocada en sus alegatos, algunos de los contratos de las referidas personas terminaron antes de la finalización del contrato de obra. Para determinar el monto de los gastos administrativos objeto de pretensión el Tribunal estima que no resulta pertinente la fórmula o regla de proporcionalidad consignada en la carta de fecha Octubre 4 de 2011 (Folio 46 de cuaderno N° 1), dirigida por Limor al interventor puesto que dicha fórmula solamente establece los gastos de administración de manera teórica, dividiendo la suma correspondiente al valor total del contrato, por los meses de ejecución y al resultado o promedio mensual, se le aplica el 17% previsto contractualmente, como gastos de administración. Como ya se dejó en claro, los gastos deben aparecer debidamente soportados con los comprobantes y soportes contables:

“a) La Jurisprudencia de la Sección sobre la manera de acreditar los perjuicios de administración, mano de obra, mayor permanencia en la obra, entre otros conceptos.

“La Sala recuerda -antes de decidir sobre este otro asunto-, que la Sección ha establecido que la prueba del daño y de los perjuicios sufridos por un contratista, en casos como este, debe estar debidamente acreditada, porque no basta hacer una proyección de la utilidad o de la administración calculada en la oferta, durante el período de la parálisis de una obra, para deducir automáticamente el monto del perjuicio. Se necesita, por el contrario, cuantificar realmente el patrimonio afectado para condenar a su restablecimiento (Consejo de Estado, sección tercera Sentencia de enero 30 de 2013, 17001-23-31-000-1997-08021-01(23519)

“En estos términos, estima la Sala que pese a que está acreditada la existencia del hecho dañoso –el incumplimiento del contrato-, no se probó que el mismo le hubiese causado los perjuicios reclamados, presupuesto indispensable para declarar la responsabilidad a cargo de éste –art. 90 CP-.

“Con fundamento en este criterio, y según las consideraciones expuestas, se deben rechazar las pretensiones indemnizatorias del consorcio que se deriven de la mayor permanencia en la obra, cuales son: i) la no adquisición oportuna de las zonas para la

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

ejecución de los trabajos y ii) la entrega tardía de los planos de la construcción. (Consejo de Estado, sección tercera sentencia del 5 de marzo de 2008 –exp. 15.600).

Teniendo en cuenta la exigente valoración probatoria, por tratarse de una situación excepcional que abre la puerta para que en virtud de la buena fe el contratista tenga derecho al reconocimiento y pago de un incremento de precios con respecto a un contrato de obra a precio fijo y sin posibilidad de reajuste, el Tribunal acogerá lo consignado por el Ingeniero Miguel Charry en su dictamen de Septiembre de 2013 y según las siguientes consideraciones, expresadas por mismo el perito en su dictamen:

“En cuanto al reconocimiento de los gastos administrativos adicionales, es claro que el Contratista desde el momento mismo de la aprobación de las prórrogas debe incurrir en gastos adicionales, tales como la ampliación de las vigencias de las pólizas y durante el respectivo período de prórroga atender los gastos necesarios para el funcionamiento de la obra. De acuerdo con el concepto del equilibrio financiero que se debe mantener en toda relación contractual se requiere el reconocimiento y pago de los gastos administrativos correspondientes al período adicional de las prórrogas. Sin embargo, debido a que dichos gastos son adicionales a los pactados inicialmente en el contrato, es necesario precisar el criterio de cuantificación de los mismos a partir del análisis de los criterios utilizados por el contratista en su reclamación contrastándolos con criterios fundamentados en los soportes reales de los gastos efectivamente causados durante el periodo de mayor permanencia en la obra”.

“En la demanda presentada, Limor Construcciones S.A., optó por utilizar el primer criterio, es decir el valor proporcional mensual correspondiente a los costos por administración pactados en el contrato, o sea la suma de \$64´085.906 por mes. Teniendo presente que la prórroga total se extendió por tres meses, el valor total por concepto de gastos de administración pretendidos por la parte actora resulta de multiplicar por 3 dicho valor, es decir:

\$64´085.906 x 3 = \$192.269.718.00

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que los costos administrativos pactados están asociados porcentualmente al valor de la obra realmente ejecutada durante el respectivo período de causación de los gastos administrativos. En este sentido al examinar el avance de la obra realizado hasta el momento de finalizar el plazo inicial de 120 días del contrato, según el informe mensual de Interventoría No 4, correspondiente

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

al período del 21 de agosto al 20 de septiembre, Folios 63 a 69 del Cuaderno No 4 Contestación Demanda y Excepciones de Mérito, se puede constatar que el avance reportado por la Interventoría y refrendado por la gerencia Técnica del Contratista, era del 65% del total de la obra. O sea que faltaba por ejecutar un 35% del presupuesto pactado para la ejecución de la obra, es decir, $0.35 \times \$1.507.997.774 = \$ 527.799.221$.

“Por consiguiente, el valor máximo que se podría generar por gastos administrativos adicionales, según el porcentaje del 17% pactado contractualmente para este rubro, correspondería a la siguiente multiplicación:

$0.17 \times \$ 527.799.220.90 = \$ 89.725.868$ (Ochenta y nueve millones setecientos veinticinco mil ochocientos sesenta y ocho pesos m/cte.)

Teniendo como tope este máximo valor teórico, el valor real se puede obtener con fundamento en los soportes del personal que efectivamente se mantuvo vinculado a la obra durante el período de mayor permanencia en la misma, así como los gastos efectivamente realizados utilizando criterios razonables de prorrateo de los gastos de la oficina central aplicados a la ejecución de la obra durante dicho período.

“Lo procedente entonces es cuantificar el valor de los gastos administrativos causados durante el periodo de mayor permanencia en la obra con fundamento en los soportes debidamente acreditados y verificados en la inspección judicial realizada en las oficinas de la empresa Limor Construcciones S.A., localizadas en Chía, Cundinamarca, aplicando como factor de prorrateo de los gastos de la oficina central a la obra el equivalente al porcentaje del 17% pactado por concepto de Administración, es decir un factor de prorrateo de 0.17.

“Como se puede observar, al considerar los valores realmente soportados y establecer un factor de prorrateo de 0.17 para los gastos de la oficina central, durante los tres (3) meses de prórroga, se obtiene un valor total por concepto de gastos administrativos adicionales por mayor permanencia en obra de \$68.094.295 (SESENTA Y OCHO MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS MCTE.)”.

Como previamente se había aclarado, la suma de \$68´094.295 corresponde a los gastos administrativos originados durante los 90 días de prórroga, pero el Tribunal solamente considera pertinente condenar al pago de los gastos originados durante los primeros 60 días por tanto, la condena se reduce a la suma de: \$45´396.196.00.

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

Con respecto a los intereses moratorios pretendidos por la convocada, se advierte que la presente sentencia tiene carácter constitutivo y no declarativo por lo que lo procedente será indexar la suma correspondiente, para lo cual el Tribunal aplicará el interés del 6% anual previsto en el artículo 1617 C.C., no a título de interés moratorio, o de plazo, sino como mecanismo de indexación, por considerar que en el presente caso, tal fórmula resulta más equitativa que la usual de aplicación del IPC. Tal fórmula se aplicará a partir del ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA de Diciembre 5 de 2011 (Folio 253 Cuaderno N° 6).

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto el Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que EL FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y GESTIÓN SOCIAL incumplió el contrato civil de obra FMCO-01-367-05 de 2011.

SEGUNDO: Condénese al FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y GESTIÓN SOCIAL a pagar en favor de LIMOR CONTRUCCIONES S.A las siguiente sumas de dinero : CINCUENTA MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS ONCE PESOS MCTE. (\$50.783.211=). La suma anterior se discrimina así:

- a. Por capital \$45´396.196.00
- b. Por actualización \$5.387.015.00

TERCERO: Denegar la totalidad de las excepciones formuladas por el FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y GESTIÓN SOCIAL al contestar la demanda.

CUARTO: Condenar al FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y GESTIÓN SOCIAL a pago del 75% de las costas, y agencias en derecho por la suma de: SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MCTE. (\$6.948.557=), discriminada así:

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
DE LACÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LIMOR CONSTRUCCIONES S.A.

Vs.

FONDO MIXTO PARA LA PROMOCION DEL DEPORTE Y GESTION SOCIAL

Por costas \$4.944.820=

Por agencias en derecho \$2.003.737=

QUINTO: Ordenar la expedición de copias auténticas de esta providencia con destino a las partes.

SEXTO: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Cali.

SEPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente providencia y protocolizado el expediente, hacer entrega del saldo de gastos consignados por las partes.

Árbitro Único,

LUIS HERNAN GIL ECHEVERRY

La Secretaria

LUZ STELLA TRIANA GÓMEZ