

LAUDO ARBITRAL
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
contra
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Bogotá, diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por el doctor **Marcel Tangarife Torres**, con la secretaria de **Eugenia Barraquer Sourdis**, a dictar el Laudo que pone fin al proceso y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **FLOR ELCY PACHÓN FUENTES**, parte convocante, y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, parte convocada.

El presente Laudo se profiere en derecho.

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

Entre FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, por una parte y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. (en adelante EAAB), por la otra, se celebró el contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, cuyo objeto era:

“Interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción de las prolongaciones de alcantarillado sanitario y pluvial de los barrios Alameda, Manuela Beltrán, Lucero Medio, San Isidro, San Joaquín sector El Galpón, El Tesoro, Rocío Altos del Sur, Estrella del Sur, Ismael Perdomo; de la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá D.C.”

2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

En el anexo de Condiciones Adicionales al Contrato se previó una cláusula compromisoria cuyo tenor literal es:

“CLAUSULA COMPROMISORIA. *Las controversias o divergencias relativas a la aceptación de la oferta y su ejecución que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, serán sometidas a un Árbitro, que será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien decidirá en derecho. Para efectos de su funcionamiento se aplicará lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”*

3. LAS PARTES Y SUS APODERADOS

Actúa como parte demandante la señora FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, persona mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.616.216 de Fusagasugá.

Actúa como parte demandada la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden distrital.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, las partes comparecen a este proceso representadas judicialmente por Abogados inscritos a quienes les fue reconocida personería para actuar. Como apoderado de la demandante actúa el doctor JOSELITO BAUTISTA ACOSTA y como apoderado de la demandada el doctor SANTIAGO LONDOÑO CAMACHO.

4. EL TRÁMITE

El 17 de septiembre de 2010, el apoderado de FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, presentó la demanda que dio origen a este trámite arbitral.

En sesión llevada a cabo el día 30 de septiembre de 2010 se realizó el Nombramiento del Árbitro. El Árbitro fue designado por la Cámara de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Comercio de Bogotá, mediante sorteo público y oportunamente aceptó su designación, por lo que quedó debidamente integrado el Tribunal.

El 20 de octubre de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación en donde el Árbitro tomó posesión de su cargo, recibió el expediente, designó a la Secretaria del Tribunal y fijó como sede del proceso y de la Secretaría las Oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la Avenida calle 26 No. 68D-35 Piso 3 de Bogotá.

En la audiencia, mediante Auto que fue notificado en estrados, el Tribunal admitió la demanda y corrió traslado de ella.

El 4 de noviembre de 2010 el apoderado de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., presentó escrito de contestación de la demanda en el que, además, formuló excepciones de fondo y solicitó pruebas.

El traslado de las excepciones de mérito propuestas se realizó mediante fijación en lista el día 23 de noviembre de 2010. Dentro del término del traslado el apoderado de la convocante presentó escrito describiéndolo y solicitando pruebas.

El 11 de febrero de 2011 se profirió el Auto mediante el cual Tribunal resolvió respecto de las sumas por concepto de honorarios y gastos. Oportunamente ambas partes depositaron los valores correspondientes.

El 8 de marzo de 2011 se inició la Primera Audiencia de Trámite, que fue suspendida y en consecuencia concluyó el 25 de marzo de 2012. En dicha audiencia el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer de las cuestiones sometidas a decisión arbitral, llevó a cabo la Audiencia de Conciliación prevista en el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y dictó el Auto de Pruebas.

Analizado el pacto arbitral, en atención a calidad de la parte convocada y a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, el proceso se rigió por las normas legales vigentes.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Por no haber estipulado las partes el término de duración del proceso, por disposición legal el mismo es de seis meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones.

Mediante Auto de fecha 16 de mayo de 2011, el Tribunal admitió la solicitud de las partes de suspender el proceso desde el día 20 de mayo de 2011 hasta el día 6 de junio de 2011, ambas fechas incluidas, es decir, durante 18 días calendario.

Mediante Auto de fecha 10 de agosto de 2011, el Tribunal admitió la solicitud de las partes de suspender el proceso desde el día 17 de agosto de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011, ambos inclusive, es decir, durante 45 días calendario.

Mediante Auto de fecha 21 de noviembre de 2011, el Tribunal, con base en lo establecido en el inciso 3 del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, dispuso ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del legalmente establecido, en la medida que ello es necesario para la producción del laudo respectivo.

Por lo anterior, el término de duración del proceso vence el día 27 de febrero de 2012, por lo que el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir Laudo.

En cumplimiento de lo establecido en el Decreto 262 de 2000, se citó a la Procuraduría General de la Nación, quien intervino representada por el Procurador 127 Judicial II Administrativo, doctor Oscar Yesid Ibáñez Parra.

Durante el trámite del proceso el Tribunal sesionó en 25 audiencias. Agotada la instrucción, en la audiencia del 7 de febrero de 2012 el Tribunal oyó los Alegatos de Conclusión y el concepto de fondo presentado por el agente del Ministerio Público sobre este trámite arbitral.

5. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Las pretensiones que la demandante propone para que sean resueltas a su favor son las contenidas en la demanda, visibles a folios 3 a 6 del Cuaderno Principal número 1, y que están encaminadas a:

- Que se declare que entre las partes de este proceso se suscribió el contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera No, 2-15-30100801-2006 del 27 de diciembre de 2006, para los contratos de obra números 2-02-30100-615-2006, 2-01-30100-611 2006, 1-01-30100-799-2006, 2-01-30100-614-2006, 2-01-30100-786-2006 y 1-01-30100-660-2006.
- Que se declare que la demandante, en cuanto a las obligaciones a su cargo, ejecutó el contrato a cabalidad dentro del término inicialmente pactado.
- Que se declare que la demandante debe reconocerle y cancelarle a la demandada, por el hecho de adicionar en tiempo y dinero los contratos 2-02-30100-615-2006, 2-01-30100-611 2006, 1-01-30100-799-2006, 2-01-30100-614-2006, 2-01-30100-786-2006 y 1-01-30100-660-2006, el valor dinerario por las adiciones de la interventoría realizada a dichos contratos en los montos pactados.
- Que se declare que por decisión de la demandada, la demandante fue quien la realizó la interventoría a las adiciones en plazo y valor realizada a los contratos de obra indicados, en la forma y términos inicialmente pactados; obligaciones que cumplió cabalmente.
- Que se declare que la demandada está en mora de cancelar a la demandante el precio correspondiente a la interventoría realizada a las adiciones en valor y plazo a los contratos indicados, y que incurrió en responsabilidad e incumplimiento al no haberle cancelado a la demandante los precios correspondientes a las adiciones y prórrogas del contrato de interventoría numero 2-15-30100-801-2006, lo que causo a la demandante daños y perjuicios económicos.
- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, la demandada debe ser condenada a pagar a la demandante el valor correspondiente a lo dejado de pagar, junto con sus intereses calculados a

las tasa más alta permitida por la ley, o en su defecto los ordenados en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 1 del decreto 679 de 1994, así como la indexación a que hubiere lugar de acuerdo con la ley.

- Que se liquide el contrato de Interventoría Técnica Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, por cuanto la administración no lo hizo siendo su obligación.
- Que se condene la demandada a pagar de la demandante cualquier otra suma de dinero que resulte probada en el proceso, a título de daños y perjuicios.
- Que el laudo se cumpla a partir de la fecha en que quede ejecutoriado y que las sumas de dinero establecidas a favor de la demandante devenguen intereses de mora a la tasa que certifique la Superintendencia Financiera desde la fecha de la ejecutoria y hasta que se produzca el pago.
- Que se condene en costas y agencias a la demandada.

6. EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR LA DEMANDADA

La demandada en la Contestación de la Demanda formuló las excepciones de mérito que denominó:

- Inexistencia del derecho que se pretende
- Actuaciones contra los actos propios
- Inaplicabilidad del principio del artículo 868 del Código de Comercio
- Negación plena del derecho acusado.

Las referidas excepciones son visibles a folios 94 y 95 del Cuaderno Principal Número 1.

7. HECHOS DEL PROCESO

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Las demandante fundamentan sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, visibles a folios 8 a 17 del Cuaderno Principal número 1. La respuesta a estos hechos fue presentada en la Contestación de la demanda, visible a folios 89 y 90 del Cuaderno Principal número 1.

8. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Con base en las pruebas oportunamente solicitadas por las partes y en la facultad oficiosa del Tribunal, se decretaron y practicaron las siguientes:

a) Los Interrogatorios de Parte del Representante Legal de la EAAB y de la ingeniera FLOR ELCY PACHÓN, que se recibieron el día 16 de mayo de 2011.

En la recepción del interrogatorio de parte del Representante Legal de la EAAB se autorizó que la respuesta de algunas de las preguntas se presentara posteriormente por escrito. En auto de fecha 8 de junio de 2011 se corrió traslado de dichas respuestas.

De las transcripciones de las declaraciones se corrió traslado mediante Auto de fecha 1 de noviembre de 2011

b) Los testimonios de:

Lilia Aurora Moreno, que se recibió el 13 de mayo de 2011.

Edith Cortés Castillo, que se recibió el 8 de junio de 2011.

Gladys Esther Munévar, que se recibió el 13 de mayo de 2011.

Bernardo González Vélez, que se recibió el 8 de junio de 2011.

Pedro Posada, que se recibió el 8 de junio de 2011.

De las transcripciones de los anteriores testimonios se corrió traslado mediante Auto de fecha 1 de noviembre de 2011.

c) Una inspección judicial con exhibición de documentos por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, que se llevó a cabo el 7 de junio de 2011.

d) Un dictamen pericial por parte de un Ingeniero Civil. Se designó como perito al doctor Bernardo Cerón, quien tomó posesión del cargo el 10 de agosto de 2011. El perito rindió su dictamen el día 10 de octubre de 2011.

Mediante auto de fecha 1 de noviembre de 2011 se corrió traslado del dictamen respecto del cual no se solicitó ni aclaraciones ni complementaciones, ni se formuló objeción por error grave.

e) Un dictamen pericial por parte de un Contador. Se designó como perito a la doctora Gloria Zady Correa, quien tomó posesión del cargo el 5 de agosto de 2011. La perito rindió su dictamen el día 5 de septiembre de 2011.

Mediante auto de fecha 1 de noviembre de 2011 se corrió traslado del dictamen respecto del cual el apoderado de la EAAB solicitó aclaraciones y complementaciones y formuló objeción por error grave.

En auto de fecha 11 de noviembre de 2011 el Tribunal ordenó las aclaraciones y complementaciones solicitadas, las cuales fueron rendidas el 18 de noviembre de 2011.

En auto de fecha 21 de noviembre de 2011 se corrió traslado de las aclaraciones y complementaciones solicitadas y del la objeción planteada.

f) Una prueba documental comunicadas a través de oficio a la EAAB. Los oficios fueron entregados al peticionario de la prueba para su trámite. No se recibió respuesta al mismo.

La fase probatoria se inició el 24 de febrero de 2011 fecha en que se dictó el Auto de Pruebas.

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 6 de febrero de 2012, previamente a la audiencia de alegatos de conclusión, el Procurador presentó solicitud de nulidad de lo actuado por falta de competencia del Tribunal. De conformidad con el Código de Procedimiento Civil, el Tribunal rechazó de plano la solicitud y notificó su

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

decisión en estrados; el Procurador presentó recurso de reposición, el cual fue coadyuvado por la EAAB. El Tribunal confirmó la providencia impugnada.

La audiencia de alegatos de conclusión tuvo lugar el 7 de febrero de 2012, y en el trámite de la misma, el apoderado de la convocante radicó el escrito de alegatos al igual que el apoderado de la convocada. El Procurador presentó sus alegatos verbalmente.

10. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer de las cuestiones sometidas a decisión arbitral, teniendo en cuenta que la demanda se ajustó a lo dispuesto por las normas que regulan la materia y no se observó causal de nulidad alguna; que las partes son personas jurídicas, cuya existencia y representación están debidamente acreditadas; que comparecen al proceso apoderadas por abogados inscritos, cuyos documentos de mandato han sido examinados, encontrándose correctos en todo sentido; tienen capacidad jurídica para transigir y las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal son susceptibles de transacción; que está acreditada la existencia de la cláusula compromisoria; y en su momento se cumplió debidamente el trámite para la designación de la suscrita Árbitro, quien aceptó oportunamente y asumió su cargo en legal forma.

Así las cosas, el Tribunal se encuentra plenamente habilitado para entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, como a continuación pasa a hacerlo.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal se declaró competente para conocer del presente proceso. La cláusula compromisoria expresa lo siguiente:

“CLAUSULA COMPROMISORIA. *Las controversias o divergencias relativas a la aceptación de la oferta y su ejecución que no puedan ser*

resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, serán sometidas a un Árbitro, que será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien decidirá en derecho. Para efectos de su funcionamiento se aplicará lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

Este Tribunal reitera su competencia para resolver la presente controversia. Ello por cuanto el Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 surgió como consecuencia de la oferta presentada por la Convocante y de su aceptación por parte de la EAAB.

Por lo mismo, el Tribunal es competente, a la luz de la cláusula compromisoria, por cuanto las diferencias surgidas respecto a las pretensiones de la Convocante que surgen a partir de las adiciones y prórrogas de los contratos de obra objeto del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, corresponden a situaciones relacionadas con la ejecución de la oferta que fue aceptada por la EAAB.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Los problemas jurídicos planteados en esta instancia se circunscriben en determinar:

- ¿Existe un incumplimiento del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006 por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP?
- ¿Deben ser pagadas a la convocante las adiciones o prórrogas del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006 por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP, así como actualizaciones e intereses sobre esas?

3. DE LAS EXCEPCIONES PRESENTADAS POR LA EAAB

Antes de resolver cada uno de los puntos planteados en este capítulo, procede el Tribunal a resolver las excepciones propuestas por el apoderado de la EAAB.

El apoderado de la EAAB en su contestación de la demanda propone como excepciones de fondo las siguientes:

3.1. Inexistencia del derecho que se pretende

La EAAB expresa que *“no existe un derecho legítimamente concebido como formulación de la presente acción, es claro que se trata de un caso en donde se aceptaron clara y legítimamente las solicitudes de la persona interventora, condición que hace que el derecho acusado no pueda nacer a la vida jurídica.”*

3.2. Actuaciones contra los actos propios

La EAAB expresa que *“la Convocante se encuentra acusando sus propios actos ya que fue ella misma la persona quien solicitó las prórrogas, esta especial condición no le permite hoy acusar de inapropiadas sus propias decisiones.”*

3.3. Inaplicabilidad del principio del artículo 868 del Código de Comercio

La EAAB manifiesta que *“Si bien existieron supuestamente argumentos en su momento para que la convocante supuestamente solicitara los dineros que considera se le deben por la mayor ejecución de sus funciones, debió ejercer, en vigencia del contrato, las correspondientes peticiones de revisión del acuerdo de voluntades, que no son de recibo ya finalizado o vencido el plazo del contrato.”*

3.4. Negación plena del derecho acusado

Expresa la EAAB que:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

“Esta excepción se fundamenta en la negación que hace la EAAB ESP respecto de los supuestos derechos que tiene el demandante, situación que debe ser analizada en el plexo de los hechos sobre los cuales se formulan las pretensiones, ya que las condiciones jurídicas sobre las que se fundamentan no pueden ser atendidas como fuentes formales de las obligaciones que se pretende, esto bajo el análisis que al demandante le quedaba bastante clara la posición de la EAAB ESP respecto de las normas que regían el contrato y en especial la propia actitud asumida por la que hoy actúa como convocante.”

El apoderado de la convocante, Dr. Joselito Bautista, procedió a descorrer el traslado de las excepciones presentadas por la Convocada, en los siguientes términos:

3.5. En cuanto a la inexistencia del derecho que se pretende, el apoderado de la Convocante manifestó que:

“Contrario a lo expuesto por la entidad demandada, la fuente del derecho pretendido es el mismo Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 celebrado puesto que en las “CONDICIONES ADICIONALES”, que por disposición de la misma Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, hacen parte integrante del Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, se dispuso que

*“b) Si por alguna razón el contrato de obra al cual se le está haciendo la Interventoría se prorroga, **se continuará pagando el valor del costo fijo mensual pactado más el valor mensual variable proporcional al avance de obra.***

*Esta no fue una cláusula subrepticamente incluida por la Interventoría, por el contrario, las CONDICIONES ADICIONALES fueron redactadas de manera unilateral por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a las cuales la Interventora FLOR ELCY PACHON FUENTES simplemente adhirió. **Por lo cual además deben ser interpretadas en***

contra de la parte que las redactó y las impuso, conforme lo dispone el artículo 830 del Código de Comercio.

Agrega el apoderado de la Convocante que:

“Es precisamente esta aceptación clara y legítima por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá de las prórrogas solicitadas por la Interventoría, aceptación contenida en los documentos emitidos por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá aportados al expediente, lo que, aunado a lo expresamente estipulado en el Contrato Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, hace viable la presente acción y fundamenta las pretensiones reclamadas. La que encuentra respaldo en lo normado en los artículos 1602, 1618, 1619, 1620 y 1621 del C.C. en concordancia con los artículos 822, 842 del C.Cio., y 83 de la Constitución Política de Colombia.”

3.6. En cuanto a las actuaciones contra los actos propios

Manifiesta el apoderado de la Convocante que:

“En ningún momento se trata de una actuación contra actos propios de la Interventoría. La Interventoría solicitó las prórrogas no debido a capricho, omisión o negligencia de su parte si no con fundamento, bien en omisiones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, al no culminar oportunamente los procedimientos de contratación de las obras sobre las cuales se realizaría la interventoría o en actuaciones de la misma Empresa que amplió los plazos y montos en los cuales los contratistas de las obras debían hacer entrega de las mismas. Además la EAAB ES, le impuso la inclusión de personal adicional al ofertado y pactado.”

Agrega más adelante que:

“Ahora bien, como se desprende del literal b) de las CONDICIONES ADICIONALES, arriba transcrito, las prórrogas solicitadas por la Intereventoría y aceptadas por la Empresa de Acueducto y

Alcantarillado de Bogotá implicaban una adición en valor y plazo del contrato celebrado por lo que correspondía a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá evaluar si estaba o no en disposición de asumir ese mayor valor y plazo y en caso contrario no continuar el contrato de Interventoría tal como lo establece el literal d) de las "CONDICIONES ADICIONALES", que dispone:

"...

"d) Si el contrato de obra se adiciona en valor y plazo es optativo para el ACUEDUCTO DE BOGOTA continuar o no con el contrato de INTERVENTORÍA" (mayúsculas fijas y negrillas del texto)

3.7. En cuanto a la inaplicabilidad del principio del artículo 868 del Código de Comercio.

Al referirse a esta excepción, el apoderado de la Convocante plantea que contrario a lo alegado por la Convocada:

"...si (sic) existen múltiples posibilidades de efectuar reclamaciones aun (sic) cuando haya finalizado o vencido el plazo del contrato, ... confunde el apoderado [de la convocada] la posibilidad de revisar el acuerdo con la reclamación de obligaciones derivadas de (sic) contrato mismo.

"Al haberse pactado expresamente, como se hizo en el ya citado literal b) que "Si por alguna razón el contrato de obra al cual se le está haciendo la interventoría se prorroga, se continuará pagando el valor del costo fijo mensual pactado más el valor mensual variable proporcional al avance de obra" no existía ni existe, necesidad alguna de revisar el acuerdo o contrato ya que este expresamente prevé la consecuencia de la prórrogas y adiciones, que no consiste en cosa diferente a pagar los valores estipulados en el Contrato ...

2.7. Negación plena del derecho acusado.

En respuesta a esta excepción el apoderado de la Convocante afirma que:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

“... fue la propia entidad contratante, al elaborar los términos del contrato, la que señaló su facultad de continuar o no con el contrato de interventoría y, en caso afirmativo, como ocurrió en el sublite (sic), su obligación de continuar pagando el calor del costo fijo mensual pactado más el valor mensual variable, acorde con el avance de obra.

Y luego añada que la EAAB:

“CONSINTIÓ y ordenó y reiteró dentro de las actas de prorroga (sic) que las clausulas (sic) pactadas originalmente se mantenían (sic) inclumes (sic) y vigentes, que era necesario para que la labor de interventoría continuara desarrollándose respecto de los contratos de obra prorrogados y, al final, exigió y obtuvo la certeza que los contratos de obra fueron ejecutados (sic) bajo supervisión de la hoy convocante;

Con relación a las excepciones propuestas por la Convocada, considera el Tribunal que si bien las mismas fueron planteadas dentro de la oportunidad procesal correspondiente, los argumentos en que se fundamentan también forman parte de los argumentos planteados en la contestación a la demanda, e inclusive, en el escrito de objeciones al dictamen pericial.

A juicio del Tribunal, las excepciones planteadas hacen parte del fondo de la controversia, y por lo mismo, deben ser valoradas al momento en que se resuelva cada uno de los puntos sometidos a consideración del Tribunal, por lo que éste las estudiará como argumentos de fondo dentro del proceso, y las resolverá dentro de ese marco y con la valoración de las pruebas legal y oportunamente aportadas y practicadas en el proceso.

Por ello, se declararan no probadas las excepciones propuestas como quiera que éstas correspondan al asunto que en el capítulo correspondiente procederá a resolver el Tribunal.

4. OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

En el proceso se practicó un dictamen pericial contable rendido por la doctora Gloria Zady Correa, respecto del cual la Convocada formuló objeción por error grave respecto de las respuestas dos y tres. En ambos casos sustenta su objeción argumentando que en sus respuestas la perito:

“... incurre en error grave, ya que de la misma [refiere a la respuesta] se infiere radicalmente que el ejercicio efectuado no corresponde sino a una actividad de suposición respecto de la prorrogas (sic), condición misma que extralimita la función encomendada a la auxiliar de la justicia, cuando establece el cálculo por fuera del mandato encomendado.

Al auxiliar de la Justicia no le es dable suponer, aún más cuando deforma (sic) clara menciona, que no le corresponde esa función, o que la misma debe ser valorada por el Tribunal. Es decir, supone un análisis de un cálculo, y deja que el juez del contrato sea quien lo valore independientemente que la técnica no corresponda.”

Para resolver respecto de este tema, sea lo primero señalar que en un dictamen pericial, para se configure un error grave, este ha de ser de tal magnitud que “... si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo...”¹. Debe tratarse de error a punto tal que altere de manera esencial la realidad, que ocasione de forma grotesca una falsa creencia, significativa, relevante y “*determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas*”. (Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil)

El error grave es aquel que si no se hubiera presentado, otro habría sido el sentido del dictamen. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe; o en tener por blanco lo que es negro o rosado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto de 18 de febrero de 1942, LII, 883).

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Luis Alzate Noreña² define el error grave como aquel *“que es perceptible por la razón de toda persona que proceda con criterio lógico, obedeciendo a las indicaciones de una sana crítica dirigida por un razonamiento sensato.”*

Bajo estas premisas, la crítica al de trabajo de la perito, no es indicativa de un error grave. Como ha sentado la jurisprudencia civil y arbitral, para que se configure un el error grave en un dictamen pericial se requiere que este sea de tal entidad, que comprometa la identidad del objeto de la prueba.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en Auto del 8 de septiembre de 1993, expediente 3446, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, expresó:

“... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...’ (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...’, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ‘...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a

² Citado por Jairo Parra Quijano en Manual de Derecho Probatorio. Décima Segunda Edición Ediciones Librería El profesional

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...' (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)"³

Adicionalmente, la justicia arbitral ha sostenido que:

"El error grave, por consiguiente, no puede hacerse consistir en las apreciaciones, puntos de vista, críticas o inconformidades, que sobre determinados aspectos o respuestas del dictamen tengan las partes, o una de éstas, pues cuando el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil en varios de sus numerales alude a aquel concepto como presupuesto esencial de la objeción lo hace en el sentido de que las conclusiones del peritazgo hubieren sido esencialmente contrarias a la naturaleza del objeto analizado, a los experimentos que hubieren sido determinantes de las conclusiones de éstas, que es lo que verdaderamente constituiría error grave"⁴.

Estima el Tribunal, que las objeciones formuladas se basan en una consideración sobre el alcance de la prueba, y no en yerros en la aplicación de una metodología o en equívocos a las operaciones realizadas para sustentar las conclusiones. Los motivos señalados por la objetante como errores graves, son conclusiones propias del análisis de la prueba en un alegato de conclusión, y no de la sustentación de una objeción.

Además, es necesario recordar que el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil que regula la forma de contradicción u objeción por error grave del dictamen pericial, exige que en el escrito de objeción se precise el error al tiempo que se señalen los elementos necesarios para que éste se pueda dar por probado por el juzgador. Corresponde al objetante demostrar el error grave en que incurre el perito y por ello al presentar su objeción debe pedir o aportar las pruebas para demostrarla (artículo 238 del Código de Procedimiento Civil), por consiguiente, si el yerro grave no se acredita debe desecharse la objeción.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

⁴ Arbitramento de Prosantana S.A Vs. Distrito Capital, Laudo de 18 de diciembre de 2000, Cámara de Comercio de Bogotá.

En conclusión, no encuentra el Tribunal que estén fundados los argumentos de la objetante, ni que los mismos sean motivos constitutivos de un error grave, por lo que rechazará las objeciones formuladas.

5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO DE INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA No. 2-15-30100 801-2006

El Tribunal considera necesario dejar establecido, previamente a entrar en el análisis del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, referirse al régimen jurídico que rige a la EAAB, pues ello es fundamental para establecer si el contrato se rige por el derecho privado o por el Estatuto de Contratación Estatal, o si ambos ordenamientos jurídicos resultan aplicables por el objeto del contrato y las cláusulas pactadas entre las partes.

5.1. Régimen jurídico de la EAAB

El Acuerdo Distrital 06 del 25 de julio de 1995, expedido por Concejo de Bogotá, expresa lo siguiente:

Artículo 1º.- Naturaleza jurídica. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Artículo 2º.- Denominación y régimen. La Empresa se denomina EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - E.S.P.-; para todos los efectos legales podrá utilizar la sigla E.A.A.B. - E.S.P.

Sus actividades se regirán por el derecho privado, salvo disposición legal en contrario. (...)

Artículo 4º.- Objeto. Corresponde a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - E.S.P.- la prestación de los servicios públicos esenciales domiciliarios de acueducto y alcantarillado definidos en los

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FLOR ELCY PACHÓN FUENTES

vs.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

numerales 14.22 y 14.23 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y las normas que la modifiquen, sustituyan o adicionen.”

El Acuerdo 01 del 28 de enero de 2002, expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – ESP, señala:

“ARTÍCULO 1o- Denominación. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá se denominará e identificará como: «EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ -E.S.P.»

La Empresa podrá identificarse, para todos los efectos, con la sigla EAAB-ESP.

ARTÍCULO 2o- Naturaleza Jurídica. La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ-ESP, es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

ARTICULO 3o- Objeto. Corresponde a la EAAB-ESP la prestación de los servicios públicos esenciales domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el área de jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá. También podrá prestar esos mismos servicios en cualquier lugar del ámbito nacional e internacional.

En cumplimiento de su objeto, la EAAB- ESP, desarrollará las siguientes funciones principales: (...)

o- Expedir los demás actos, celebrar los contratos y realizar las operaciones necesarias para el cumplimiento de su objeto social.”

La EAAB es una empresa industrial y comercial del Distrito Capital, es una entidad descentralizada que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, capital independiente de origen público, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en Bogotá, y en cualquier otro lugar del territorio nacional, e

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

inclusive puede prestarlos a nivel internacional. Por lo mismo, tiene la capacidad plena para celebrar contratos.

El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 expresa lo siguiente:

“Artículo 85°.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo.- Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.”

Por tratarse de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, la EAAB está sujeta al régimen jurídico de estas

empresas, como se desprende de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994:

“ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.” (Negrillas y subrayado fuera del texto).

5.2. Régimen de contratación de la EAAB

Siendo la EAAB una empresa industrial y comercial del orden distrital regida por la Ley 489 de 1998, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y está sometida para tal efecto al régimen de la Ley 142 de 1994, para entrar al estudio del fondo del presente proceso, es necesario establecer el régimen legal de contratación al que está sometida.

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo

a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993."

De acuerdo con dicha norma, en principio la EAAB está sometida a las normas del derecho privado en materia de contratación. No obstante, cuando excepcionalmente incluye en el contrato respectivo cláusulas exorbitantes, el régimen aplicable será el del Estatuto de Contratación Estatal, lo que está en plena consonancia con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, que indica que la EAAB es una entidad estatal por tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado, de acuerdo con el artículo 13 ibídem, que al respecto expresa que:

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

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia."

Respecto a las cláusulas exorbitantes que pueden pactarse en los contratos que celebre la EAAB, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 expresa lo siguiente:

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

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

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

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

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.”

El artículo 2⁵ de la Resolución 1016 del 28 de diciembre de 2005, expedida por el Gerente General de la EAAB, expresa que el marco legal de los contratos que celebre la entidad, además de regirse por las normas de dicho Manual, estarán sometidas al Códigos Civil y al Código de Comercio. No obstante, se reitera, si la EAAB pacta cláusulas exorbitantes, el contrato estará sometido al estatuto de contratación estatal.

En conclusión, la Ley 142 de 1994 establece la regla general de sujeción de la EAAB al derecho privado cuando celebre contratos. No obstante, si pacta en éstos cláusulas exorbitantes, el contrato que celebre la EAAB estará sujeto a las normas de la contratación estatal. Por ello, en lo que el Manual de Contratación de la EAAB resulte contrario al Estatuto de Contratación Estatal, en contratos con cláusulas exorbitantes se aplicará de preferencia este último.

5.3. El Contrato de Interventoría celebrado entre Flor Elcy Pachón Fuentes y la EAAB

⁵ “ARTÍCULO SEGUNDO. MARCO LEGAL. Los contratos que celebre el Acueducto de Bogotá, se regirán por las disposiciones de este Manual, los Códigos Civil y de Comercio, así como por las disposiciones especiales que les sean aplicables por la naturaleza de la actividad de la EAAB.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Los contratos financiados con fondos de organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

El contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, cuyo objeto era:

“Interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción de las prolongaciones de alcantarillado sanitario y pluvial de los barrios Alameda, Manuela Beltrán, Lucero Medio, San Isidro, San Joaquín sector El Galpón, El Tesoro, Rocío Altos del Sur, Estrella del Sur, Ismael Perdomo; de la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá D.C.”

En las CONDICIONES ADICIONALES al contrato de interventoría (folios 30 a 32, Cuaderno 1), se lee lo siguiente:

“CADUCIDAD ADMINISTRATIVA: Cuando durante la ejecución de la oferta aceptada y no obstante la aplicación de las multas de apremio previstas, se compruebe que el **INTERVENTOR** persiste en el incumplimiento, durante cuatro (4) meses, de sus obligaciones frente a los sistemas generales de seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, SENA e ICBF, el **ACUEDUCTO DE BOGOTÁ** dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa, en los términos del artículo 1º de la Ley 828 de 2003.”

De acuerdo con lo expresado, al incluir la cláusula de caducidad administrativa de conformidad con la Ley 828 de 2003, el Tribunal concluye que el contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, se rige por el Estatuto de Contratación Estatal, y por lo mismo, se tendrán como fundamento legal las disposiciones de este régimen jurídico y el Manual de Contratación de la EAAB en lo que no sea contrario a aquél.

6. EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

El artículo 4 de la Ley 80 de 1993 expresa lo siguiente:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

“Artículo 4º. De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

3o. Solicitarán la actualización o la revista de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías. (...)

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”

A su turno, el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, señala:

“Artículo 5o. De los derechos y deberes de los contratistas. 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.” (Las negrillas y el subrayado no son del texto)*

Las normas jurídicas citadas establecen un conjunto de derechos y obligaciones en cabeza de la entidad contratante y del contratista. Con fundamento en ellas se pretende garantizar el cumplimiento del objeto del contrato y la eficiente prestación de un servicio público, para lo cual es necesario mantener el equilibrio económico del contrato, a fin de lograr la realización de los derechos y obligaciones de ambas partes.

Cuando dentro de la ejecución del contrato estatal sobrevienen situaciones imprevistas, ajenas a lo legalmente establecido y contractualmente pactado, es necesario que las partes adopten las medidas necesarias para mantener o restablecer el equilibrio económico del contrato.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha expresado lo siguiente:

“Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, éste es un acto jurídico generador de obligaciones que tiene su fundamento primario en el principio de la autonomía de la voluntad -aunque matizado por ciertos límites que, por diversas razones, son establecidos por el legislador -, en el sentido de que las partes concurren a su celebración y en consecuencia asumen las obligaciones correlativas, por una libre y autónoma decisión de acudir a este procedimiento de intercambio económico y por ello, en general, la ley debe operar sólo de manera supletiva, frente a los vacíos que las partes hayan podido

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

dejar respecto de la regulación de su relación y sólo para llenar esas lagunas de la voluntad.

Y precisamente de ese pilar en el que descansa la relación contractual, es que se desprende el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato; como desarrollo de tal principio, el Código Civil en su artículo 1602 establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, disposición que evidencia la importancia que reviste a la hora de ejecutar un contrato, la voluntad de las partes que se obligaron mediante su celebración.

En el momento de concreción de la relación negocial, se fijan unas prestaciones a cargo de las partes que obedecen a una causa, la cual en el caso de los contratos sinalagmáticos conmutativos está dada por las respectivas contraprestaciones, es decir que una parte asume el cumplimiento de ciertas obligaciones, con miras a obtener que la otra, a su vez, cumpla con las que correlativamente asumió y que se consideran como equivalentes de acuerdo con los propios intereses de cada parte.

Y es en esto precisamente, que consiste el llamado equilibrio del contrato, que no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración. (...)

Sin embargo, el mantenimiento de esas condiciones de ejecución fijadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato.

En respuesta a estas situaciones que reflejaban resultados de injusticia e inequidad por la aplicación estricta del principio pacta sunt servanda, surgió la teoría de la imprevisión, como un mecanismo tendiente a restablecer el equilibrio en las relaciones negociales que lo han perdido por circunstancias sobrevinientes y no imputables a las partes; y en relación con los contratos de derecho privado, si bien algunos regímenes como el francés no han admitido esta teoría⁶, en nuestro sistema jurídico sí está contemplada la figura de la imprevisión, en el artículo 868 del Código de Comercio. (...)

En materia de contratación administrativa, también ha sido reconocido de tiempo atrás el derecho de las partes a que las condiciones iniciales del negocio jurídico se mantengan a lo largo de la ejecución del contrato, especialmente teniendo en cuenta la finalidad que a través de esos negocios jurídicos de la Administración Pública se persigue y que corresponde directa o indirectamente a la prestación de un servicio público, o la satisfacción de un interés general, lo que hace que sea esencial la cumplida ejecución de los contratos, sin dejar de reconocer que en éstos, además, el contratista participa en calidad de colaborador de la Administración a través de la ejecución del respectivo contrato, debiendo acatar las indicaciones y disposiciones que la entidad contratante le impone en ejercicio de su poder de

⁶ La Corte de Casación Francesa en Sentencia proferida en 1876 (Caso del Canal de Crapone), se negó a consagrar la teoría de la imprevisión en el caso de un canal de irrigación construido en el Siglo XVI, cuyos ribereños debían pagar al propietario una suma de tres céntimos por su utilización; la Corte se negó a aumentar este canon fijado por contrato. "...de esta sentencia y de otras decisiones se deduce que el juez no puede modificar el monto de las obligaciones creadas por un contrato. ... Si la jurisprudencia generalmente citada es antigua, de ello no se deduce, sin embargo, que la solución haya sido abandonada en derecho moderno. ... La Corte de Casación fundamenta su solución en el art 1134 del C.C. En Efecto, como el contrato es producto de la voluntad de las partes, no corresponde al juez modificarlo. En otras palabras, es el principio de la autonomía de la voluntad el que justifica el rechazo de la teoría de la imprevisión" (LARROUMET, Christian; Teoría General del Contrato Volumen I, Ed. Temis, 1999; pag. 330). Cita de la sentencia del Consejo de Estado.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

dirección; y ello obliga entonces, a que haya una especial solidaridad con dicho contratista, permitiéndole llevar a cabo el objeto contractual y obtener el provecho lícito que persigue a través de la ejecución del negocio jurídico, surgiendo de esta manera las teorías de la responsabilidad sin culpa de la Administración; es así como lo ha reconocido la doctrina:

“si el cocontratante debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta inicialmente.

El fundamento jurídico de este derecho reconocido al cocontratante particular, sin perjuicio de las disposiciones constitucionales o legales que en cada país puedan darle sustento, se encuentra en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública.(...)

La ecuación económico - financiera del contrato puede verse afectada, según se sostiene comúnmente, por tres causas fundamentales:

1) Por causas imputables a la administración pública, cuando ésta no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones que las afectan. Estamos frente a supuestos que generan responsabilidad para la administración y a los cuales nos referimos en este mismo capítulo.

2) Por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

contrato administrativo. Estos supuestos son tratados, por lo general, dentro de la llamada teoría del 'hecho del príncipe'...

*3).Por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato y que sin embargo alteran su economía general, por incidir en él. Estos supuestos son tratados dentro de la "teoría de la imprevisión."*⁷

*Y ese derecho que tienen los contratistas de la Administración Pública a que se restablezca el equilibrio económico del contrato, ha sido consagrado expresamente en la normatividad que rige la contratación estatal (...)."*⁸

De acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, la relación contractual genera contraprestaciones mutuas entre las partes. Para la entidad contratante, estas se concretan en la necesidad de que el contrato sea ejecutado y cumpla con los fines o cometidos estatales; y para el contratista, además del cumplimiento del contrato, el derecho y la necesidad de recibir una justa remuneración por ello.

Al respecto, en el laudo arbitral que resolvió la controversia surgida entre Marán Ltda. y ByR Construcciones Ltda. con la EAAB, fechado el 9 de agosto de 2011, en el marco de un contrato de obra pública, se dijo lo siguiente:

"De acuerdo a lo anterior, son varias las situaciones que hacen que el contrato pueda adolecer de factores de afecten el equilibrio económico y financiero, todas ellas que pueden presentarse por errores acaecidos antes de la celebración del contrato como durante la ejecución del mismo, en uno y otro caso, a cualquiera de las partes, bien porque no haya previsto las inconsistencias en los aspectos físicos y económicos de una obra, por ejemplo, o de no aceptar el valor de elementos que eran necesarios para la ejecución de la obra. Ambos ocasionan un perjuicio para el contratista y alteran notablemente el equilibrio contractual desde el punto de vista económico."

⁷ Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen II 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina; págs. 453 y 454. Cita de la sentencia.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de septiembre 18/2003. Exp. 15119.

Teniendo en cuenta lo establecido en las normas jurídicas citadas, en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en otras decisiones arbitrales, el Tribunal entra al estudio del expediente, para determinar si existió o no incumplimiento del contrato de interventoría, y si se dieron los presupuestos que dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

7. OFERTA, ACEPTACIÓN Y CONTRATO DE INTERVENTORÍA

Quedó establecido en el expediente que el Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 se celebró con fundamento en el Manual de Contratación de la EAAB. No obstante, y de acuerdo con lo expresado anteriormente, si bien el Manual de Contratación de la EAAB es aplicable a los contratos que celebre la entidad, en aquéllos regidos por el Estatuto de Contratación Estatal se aplican de preferencia las normas de este último régimen respecto a las normas del Manual de Contratación de la EAAB que resulten incompatibles con él.

Dicho Manual permite que el contrato se forme a través del mecanismo de la oferta y de su aceptación (Artículo 10)

Quedó establecido en el expediente (folios 1 a 27 del Cuaderno 1) que, de conformidad con la invitación que le hiciera la EAAB el 07 de diciembre de 2006, la Convocante presentó oferta para la ejecución de un contrato para la interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción de las prolongaciones de alcantarillado sanitario y pluvial de los barrios Alameda, Manuela Beltrán, Lucero Medio, San Isidro, San Joaquín sector El Galpón, El Tesoro, Rocío Altos del Sur, Estrella del Sur, Ismael Perdomo; de la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá D.C.

Quedó establecido en el expediente (folio 29 del Cuaderno 1), que mediante carta de aceptación del 27 de diciembre de 2006, la EAAB aceptó la oferta presentada por la Convocante. De esta manera surgió el Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 26 de diciembre de 2006, el cual contiene la cláusula compromisoria que da lugar a la competencia de este Tribunal.

Quedó establecido en el expediente (folio 29 del Cuaderno 1), que el Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 tendría un plazo de ejecución de cinco (5) meses.

El Acta de Iniciación de la ejecución del contrato fue suscrita el 01 de marzo de 2007 (folios 36 y 37 del Cuaderno 1).

8. ADICIONES Y PRÓRROGAS AL CONTRATO DE INTERVENTORÍA

Quedó probado que el Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 establece la posibilidad de que el mismo fuera objeto de adiciones y prórrogas.

Al respecto, la cláusula sobre Forma de Pago de las Condiciones Adicionales al Contrato, en su párrafo primero establece en el literal d) lo siguiente respecto a las adiciones de los contratos de obra objeto de interventoría:

*“d) Si el contrato de obra se adiciona en valor y plazo, es optativo para el **ACUEDUCTO DE BOGOTÁ** continuar o no con el contrato de INTERVENTORÍA.”*

Por su parte, respecto a las prórrogas de los contratos de obra objeto del contrato de consultoría, la cláusula sobre Forma de Pago de las Condiciones Adicionales al Contrato, en su párrafo primero establece en el literal b) lo siguiente:

“b) Si por alguna razón el contrato de obra al cual se le está haciendo la Interventoría se proroga, se continuará pagando el valor del costo fijo mensual pactado más el valor mensual variable proporcional al avance de la obra.”

Encuentra el Tribunal que existe una clara diferencia entre las adiciones y las prórrogas a los contratos de obra objeto de interventoría, y las prórrogas y adiciones al contrato de interventoría. Las primeras abren la posibilidad de las adiciones y prórrogas al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006.

De acuerdo con los documentos que forman parte de dicho contrato, esto es, las numerosas actas suscritas por la EAAB y la Convocante, existieron varias adiciones y prórrogas a dicho Contrato, basadas en adiciones y prórrogas a los contratos de obra objeto de interventoría.

A. Adiciones al Contrato de Interventoría

Previamente a que el Tribunal se refiera a las adiciones al contrato de Interventoría, es necesario analizar la teoría de los actos propios, la cual enseña que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos. Al respecto, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“Admitirlo sería ir contra la doctrina de los actos propios, de conformidad con la cual “a nadie le es lícito venir contra sus propios actos”, la cual tiene sustento en el principio de la buena fe o “bona fides” que debe imperar en las relaciones jurídicas. A lo anterior se agrega que la Jurisprudencia ha establecido que el alcance y sentido de la liquidación definitiva de un contrato es el de un verdadero balance o corte de cuentas, lo cual permite determinar si alguna de las partes de un contrato le debe algo a la otra u otras y de ser así, cuánto es el monto del valor adeudado. Pero cuando el acta de liquidación final no es acogida totalmente por una de las partes por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera que deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta y, por esta razón, la suscribe dejando constancia de tales circunstancias de inconformidad, deja abierta la posibilidad de una reclamación en sede judicial, pero únicamente respecto de aquellos temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella. Las salvedades dejadas en el acta de liquidación tienen como finalidad salvaguardar el derecho del contratista a reclamar, hacia futuro, ante la autoridad judicial, el cumplimiento de obligaciones que considera quedaron pendientes por la ejecución del contrato.” (Sentencia N° 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854), Consejo de Estado, Sección 3ª, 29 de Agosto de 2007. Ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ)

De acuerdo con lo expresado, si bien en el caso presente no existe acta de liquidación del contrato, lo cierto es que de acuerdo con la doctrina de los

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FLOR ELCY PACHÓN FUENTES

vs.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

actos propios, le correspondía a la Convocante alegar dentro de los momentos correspondientes de la ejecución del contrato, cualquier reclamación relativa al pago de las adiciones al contrato, y al firmar el formato o acta respectiva, manifestó su consentimiento sobre la adición sin causarse valor adicional.

Por ello, encuentra el Tribunal que no le asiste la razón a la Convocante al reclamar suma alguna de dinero por las adiciones, antes señaladas, al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, por lo cual se negarán las pretensiones relacionadas con dichas adiciones.

En efecto, las adiciones del contrato de Interventoría están ligadas a las adiciones de los contratos de obra objeto de aquél, y de acuerdo con el literal d) de la cláusula sobre Forma de Pago de las CONDICIONES ADICIONALES al contrato, es optativo de la EAAB continuar o no con el contrato de Interventoría.

En ese contexto, las actas de modificación del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 antes citadas, establecen respecto al "VALOR DE LA ADICIÓN", que "No hay adición en valor", y así fue consentido y aceptado por la Convocante, sin que hubiera dejado constancia alguna sobre su desacuerdo con esta estipulación.

Respecto a las adiciones al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, se observa que las mismas fueron objeto de varias actas firmadas por la EAAB y la Convocante, en las cuales se pactó que por dichas adiciones no habría lugar al reconocimiento y pago del valor de la adición. Ello ocurrió en los siguientes casos:

8.1. Formato de solicitud de modificación de contrato de Interventoría No. 2-15-30100 801-2006 del 27 de junio de 2007.

Con fecha 27 de junio de 2007 la Convocante solicitó a la EAAB la modificación del plazo inicial del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 en dos meses

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

“teniendo en cuenta que los tramos de alcantarillado pluvial y sanitario de los barrios Manuela Beltrán y Lucero medio cargados a este contrato de interventoría, se encuentran en proceso de contratación por la UEL-ACUEDUCTO.” (Folio 42 del Cuaderno 1)

En el acta o formato mencionado (folios 43 a 47), se observa que ambas partes suscribieron, entre otros acuerdos, el siguiente: **“4. VALOR DE LA ADICIÓN. No hay adición en valor.”** Se modificó el plazo de la Interventoría hasta el 30 de septiembre de 2007. Dicha modificación fue legalizada por la Convocante (folio 48 del Cuaderno 1).

8.2. Formato de solicitud de modificación de contrato de Interventoría No. 2-15-30100 801-2006 del 18 de febrero de 2008.

La Convocante solicitó a la EAAB una segunda modificación del plazo inicial del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, la cual se pactó en dos meses.” (Folios 74 a 76 del Cuaderno 1)

En el acta o formato mencionado se observa que ambas partes suscribieron, entre otros acuerdos, el siguiente: **“4. VALOR DE LA ADICIÓN. No hay adición en valor.”** Se modificó el plazo de la Interventoría hasta el 19 de abril de 2008. Dicha modificación fue legalizada por la Convocante (folio 75 del Cuaderno 1).

Reitera el Tribunal que ambas partes consintieron en firmar las actas de adiciones al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, sin que hubiera manifestación expresa o reclamación por la Convocante a la EAAB para el reconocimiento, liquidación y pago de suma alguna de dinero por dichas adiciones.

De acuerdo con ello, como quiera que la Convocante manifestó su consentimiento respecto a que las adiciones antes señaladas se hicieran sin adición en valor, no encuentra viable este Tribunal que dichos valores sean reclamados en sede arbitral, por cuanto la Convocante se estaría beneficiando de sus propios actos, los mismos que resultan contrarios a las pretensiones que formula.

Por estas razones, el Tribunal no accederá a las pretensiones formuladas respecto al reconocimiento del valor de las citadas adiciones al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006.

B. Suspensiones del contrato de Interventoría

8.3. Cabe dejar establecido que de acuerdo con el documento que obra a folios 52 a 53 del Cuaderno 1, las partes consintieron una primera suspensión del contrato de Interventoría a partir del 28 de agosto de 2007 y hasta el 12 de octubre de 2007, teniendo en cuenta que se encontraban en proceso de contratación:

“(...) los proyectos de Construcción de prolongación de la red de Alcantarillado Sanitario del Barrio Lucero Medio, construcción de prolongaciones de alcantarillado pluvial del Barrio Lucero Sur Sector Medio y construcción de prolongaciones de alcantarillado pluvial Empresa Comunitaria Manuela Beltrán, Localidad de Ciudad Bolívar, incluidos dentro del presente objeto contractual.

Para todos los efectos legales, la presente acta de suspensión no modifica las condiciones establecidas en el contrato de INTERVENTORÍA No. 2-15-30100-801-2006, tales como plazo contractual, precios y ajustes.”

8.4. De acuerdo con el documento que obra a folios 65 a 66 del Cuaderno 1, las partes consintieron en una nueva suspensión del contrato de Interventoría a partir del 12 de octubre de 2007 y hasta el 26 de noviembre de 2007, teniendo en cuenta que se encontraban en proceso de contratación:

“(...) los proyectos de Construcción de prolongación de la red de Alcantarillado Sanitario del Barrio Lucero Medio, construcción de prolongaciones de alcantarillado pluvial del Barrio Lucero Sur Sector Medio y construcción de prolongaciones de alcantarillado pluvial

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Empresa Comunitaria Manuela Beltrán, Localidad de Ciudad Bolívar, incluidos dentro del presente objeto contractual.

Para todos los efectos legales, la presente acta de suspensión no modifica las condiciones establecidas en el contrato de INTERVENTORÍA No. 2-15-30100-801-2006, tales como plazo contractual, precios y ajustes."

8.5. La tercera suspensión del contrato de Interventoría tuvo lugar entre el 26 de noviembre de 2007 hasta el 26 de diciembre de 2007, como consta en el acta de reiniciación del contrato suscrita por las partes el 26 de diciembre de 2007 (folios 68 y 69 del Cuaderno 1).

8.6. No obstante la firma del acta de reiniciación del contrato, en esa misma fecha tuvo lugar la cuarta suspensión del contrato de Interventoría (folios 70 y 71 del Cuaderno 1), esto es el 26 de diciembre de 2007 y hasta el 10 de enero de 2008, teniendo en cuenta que:

“(...) los proyectos de Construcción de prolongación de la red de Alcantarillado Sanitario del Barrio Lucero Medio, construcción de prolongaciones de alcantarillado pluvial del Barrio Lucero Sur Sector Medio y construcción de prolongaciones de alcantarillado pluvial Empresa Comunitaria Manuela Beltrán, Localidad de Ciudad Bolívar, se encuentran realizando los trámites de permisos y licencias previos al inicio de la ejecución de las obras.

Para todos los efectos legales, la presente acta de suspensión no modifica las condiciones establecidas en el contrato de INTERVENTORÍA No. 2-15-30100-801-2006, tales como plazo contractual, precios y ajustes."

De acuerdo con lo anterior, ninguna de las prórrogas dio lugar a la modificación de las condiciones del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 en plazo, precio y ajustes.

C. Prórrogas al Contrato de Interventoría

Encuentra el Tribunal que las prórrogas al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, están cobijadas por las CONDICIONES ADICIONALES, las cuales establecen expresamente lo siguiente:

“b) Si por alguna razón el contrato de obra al cual se le está haciendo la Interventoría se prorroga, se continuará pagando el valor del costo fijo mensual pactado más el valor mensual variable proporcional al avance de la obra.”

Las prórrogas pactadas por las partes están dentro de lo previsto en el literal b) de la cláusula sobre FORMA DE PAGO de las CONDICIONES ADICIONALES al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006.

Por lo mismo, le cabe la razón a la Convocante al solicitar el pago del valor “del costo fijo mensual pactado” de cada una de las prórrogas acordadas entre las partes, toda vez que de no reconocerse dicho pago, se afectaría el equilibrio económico del contrato en detrimento de la Convocante.

Respecto a las prórrogas al Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, se observa que las mismas fueron objeto de varias actas firmadas por la EAAB y la Convocante, en las cuales se no se expresó nada acerca del valor que se reconocería a la Convocante, por lo que dicho valor debe establecerse con fundamento en lo expresado en las CONDICIONES ADICIONALES al Contrato de Interventoría, en particular, de acuerdo con lo dispuesto en el literal b) de la cláusula sobre Forma de Pago.

Las prórrogas al contrato de Interventoría tuvieron lugar en los siguientes casos:

8.7. Acta de Prórroga para la entrega y recibo final del Contrato No. 2-15-30100-801-2006 (folios 83 y 84 del Cuaderno 1), firmada el diecinueve (19) de abril de 2008. En dicha acta se lee:

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

“Prorrogar en tres (3) meses el período de Entrega y Recibo Final del Contrato No. 2-15-301-100-801-2006, toda vez que el contrato de obras 2-01-30100-576-2007, al cual se le debe adelantar la Interventoría, no ha concluido los trámites para la presentación de la documentación necesaria para tal fin, tales como la entrega de planos record y paz y salvo del idu (SIC), por tanto la fecha de entrega y recibo final queda establecida para el diecinueve (19) de octubre de 2008.

Suscrita la presente acta, el Contratista se compromete a revisar las vigencias de las garantías que amparan el contrato y proceder a su ampliación.”

8.8. Acta de prórroga para la entrega y recibo final del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 (folios 96 y 97 del Cuaderno 1), firmada el diecinueve (19) de julio de 2008. En dicha acta se lee:

“Prorrogar en tres (3) meses el período de Entrega y Recibo final del contrato No. 2-15-30100-801-2006, toda vez que el contrato de obras 2-01-30100-576-2007, al cual se le debe adelantar la Interventoría, no ha concluido los trámites para la presentación de la documentación necesaria para tal fin, tales como la entrega de planos record y paz y salvo del idu (SIC), por tanto la fecha de entrega y recibo final queda establecida para el diecinueve (19) de noviembre de 2008.

Suscrita la presente acta, el Contratista se compromete a revisar las vigencias de las garantías que amparan el contrato y proceder a su ampliación.”

8.9. Acta de prórroga para la entrega y recibo final del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 (folios 101 y 102 del Cuaderno 1), firmada el diecinueve (19) de noviembre de 2008. En dicha acta se lee:

“Prorrogar en veintidós (22) días el período de Entrega y Recibo final del contrato No. 2-15-30100-801-2006, toda vez que el contrato de obras 2-01-30100-576-2007, al cual se le debe adelantar la Interventoría, no ha concluido los trámites para la presentación de la documentación necesaria para tal fin, tales como paz y salvos de la comunidad, ensayos de laboratorio de concreto hidráulico, recebo y mezcla asfáltica; por tanto la fecha de entrega y recibo final queda establecida para el Diez (10) de Diciembre de 2008.

Suscrita la presente acta, el Contratista se compromete a revisar las vigencias de las garantías que amparan el contrato y proceder a su ampliación.”

8.10. Ahora bien, observa el Tribunal que en estas prórrogas no hay lugar a la aplicación “*valor mensual variable proporcional al avance de la obra*”, toda vez que es claro que estas prórrogas no están ligadas en estricto sentido al avance de las obras de los contratos objeto de Interventoría y de prórroga, sino a la conclusión de trámites para la presentación de documentos para la entrega y recibo de los contratos de obra y su legalización.

Por ello, el Tribunal accederá parcialmente a las pretensiones de la Convocante en lo referente al pago de las tres (3) prórrogas del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 que suman **siete (7) meses y veintidós (22) días**, en el reconocimiento y pago del valor del costo fijo mensual, por cuanto en este punto existió un incumplimiento del contrato, pero negará el reconocimiento y pago del valor mensual proporcional al avance de la obra, por las razones anotadas.

9. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA NÚMERO 2-15-30100 801-2006

A folios 85 a 87 del Cuaderno 1, se encuentra el acta de terminación del contrato suscrita por la Convocante y por la Convocada el diecinueve (19) de abril de 2008, el cual fue prorrogado varias veces como se explicó anteriormente.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

En el Acta para la Entrega y Recibo Final del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, firmada el diez (10) de diciembre de 2008 (folios 104 a 106 del Cuaderno 1), se dejó constancia de que *“el producto objeto del Contrato ha sido entregado por el Consultor y recibidas por la Interventoría a entera satisfacción, tal como quedó consignado en el Acta de Terminación suscrita el día diecinueve (19) días (SIC) del mes de abril de 2008.”*

En dicha acta, la contratista dejó la siguiente constancia:

“Se deja constancia por parte de la contratista que teniendo en consideración que el presente contrato se prolongó en tiempo adquiriendo la característica de contrato de tracto sucesivo, procedería su liquidación en virtud de lo dispuesto en el artículo 60, Capítulo VI, de la Liquidación de Contratos, Ley 80 de 1993, con el propósito que en ésta etapa se efectúen de ser procedentes los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar de acuerdo a la Cláusula de Pago establecida en las Condiciones Especiales del Contrato.”

De otra parte, obra a folios 113 a 118 la solicitud de liquidación del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 radicada por la Convocante el 11 de mayo de 2009 ante la EAAB. Y también obra a folios 120 al 123 derecho de petición radicado por la Convocante el 29 de julio de 2009, refiriéndose a la liquidación del contrato de Interventoría.

Al respecto, observa el Tribunal que, de acuerdo con el contenido y alcance de la cláusula compromisoria, su competencia se limita a resolver las controversias relativas a la aceptación de su oferta y ejecución, dentro de las cuales se cuentan las estudiadas hasta esta altura.

La cláusula compromisoria no le otorga a este Tribunal competencia para pronunciarse sobre la liquidación del Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006, liquidación que escapa por completo de las *“controversias o divergencias relativas a la aceptación de la oferta y su ejecución”*, por cuanto la liquidación del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

contrato no corresponde ni a la oferta o a la ejecución de dicho contrato. Por lo mismo, el Tribunal se declarará inhibido para pronunciarse sobre esta pretensión.

10. LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA

Para efectos de hacer el cálculo del valor de las prórrogas se tomarán como base los datos del contrato según el cual el valor del mismo, incluido IVA, por un periodo de 5 meses era de \$79.349.689, lo que permite concluir que el valor mensual del contrato era la suma de \$15.869.938, y el valor diario era la suma de \$528.998.

Dado que lo que lo dio lugar a las prórrogas Contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 fue la imposibilidad de hacer la liquidación y entrega del mismo por cuenta de uno solo de los siete contratos sobre los cuales se ejercía interventoría, la suma que deberá pagarse por razón de las prórrogas debe ajustarse a tal circunstancia.

Así las cosas el valor de la prórroga para el periodo comprendido entre el 19 de abril de 2008 y el 19 de julio del mismo año, es decir tres meses, es de \$6.801.402. El valor de la prórroga para el periodo comprendido entre el 19 de julio de 2008 y el 19 de noviembre, es decir, cuatro meses era de \$9.068.536. Y el valor de la prórroga para el periodo de 22 días comprendidos entre el 19 de noviembre y el 10 de diciembre de 2008 era de \$1.662.565.

Los anteriores valores se indexarán desde la fecha en que han debido pagarse, es decir, desde la fecha del vencimiento de cada una de las prórrogas hasta hoy, lo que arroja la siguiente conclusión:

FECHA	VALOR	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR DE AJUSTE	CAPITAL
19/07/2008	6.801.402	98,94	109,95	1,1113	7.558.259
19/11/2008	9.068.536	99,55	109,95	1,1045	10.015.927
10/12/2008	1.662.565	100	109,95	1,0995	1.827.990
TOTAL	17.532.503				19.402.176

11. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

El artículo 392 del Código de Procedimiento Civil establece que en las sentencias, para este caso el presente Laudo, se imponga condena en costas, cuando se den los presupuestos contemplados en el mencionado artículo.

Como quiera que en el presente trámite arbitral solo prosperarán parcialmente algunas de las pretensiones de la demanda, y que la conducta de las partes ha sido intachable, el Tribunal con fundamento en el numeral sexto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se abstendrá de proferir condena en costas y agencias en derecho.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de todo lo anterior, el Tribunal de Arbitramento convocado ante la Cámara de Comercio de Bogotá para dirimir en derecho las diferencias entre FLOR ELCY PACHÓN FUENTES con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., por habilitación de las partes, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas, y en consecuencia, denegar las excepciones propuestas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP y FLOR ELCY PACHÓN FUENTES se celebró el contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, cuyo objeto es la *“Interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción de las prolongaciones de alcantarillado sanitario y pluvial de los barrios Alameda, Manuela Beltrán, Lucero Medio, San Isidro, San Joaquín sector El Galpón, El Tesoro, Rocío Altos del Sur, Estrella del Sur, Ismael Perdomo; de la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá D.C.”*.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FLOR ELCY PACHÓN FUENTES

vs.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

TERCERO: DECLARAR que la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES ejecutó y cumplió sus obligaciones dentro del término inicialmente pactado para la ejecución del contrato Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006.

CUARTO: NEGAR la pretensión tercera, en relación con la declaración de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP, por el hecho de adicionar en tiempo y dinero los contratos de obra Nos. 2-02-30100-615-2006; 2-01-30100-611-2006; 1-01-30100-700-2006; 2-01-30100-614-2006; 2-01-30100-786-2006; y 1-01-30100-660-2006, debe reconocerle y cancelarle a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, el valor de las adiciones a la interventoría realizada a dichos contratos de obra, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: DECLARAR que la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES realizó la interventoría a los contratos de obra Nos. 2-02-30100-615-2006; 2-01-30100-611-2006; 1-01-30100-700-2006; 2-01-30100-614-2006; 2-01-30100-786-2006; y 1-01-30100-660-2006, incluidas las adiciones en valor y plazo pactadas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP en dichos contratos de obra.

SEXTO: NEGAR la pretensión quinta, en relación con la declaración de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP está en mora de cancelar a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, el precio o valor dinerario correspondiente a la interventoría realizada a las adiciones en valor y plazo a los contratos de obra Nos. 2-02-30100-615-2006; 2-01-30100-611-2006; 1-01-30100-700-2006; 2-01-30100-614-2006; 2-01-30100-786-2006; y 1-01-30100-660-2006.

SÉPTIMO: NEGAR parcialmente la pretensión sexta, en relación con la declaración de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP, incurrió en responsabilidad e incumplimiento del contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006 al no haberle pagado a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, los montos o precios correspondientes a las adiciones del citado contrato de interventoría.

OCTAVO: DECLARAR que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP, incurrió en incumplimiento parcial del contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006 al no haberle pagado a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES los valores correspondientes a las prórrogas probadas del citado contrato de interventoría.

NOVENO: NEGAR parcialmente la pretensión séptima, en relación con la declaración de que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP, le causó daños y perjuicios económicos a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES en el pago de las adiciones al contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006.

DÉCIMO: DECLARAR que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB ESP, le causó daño a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES como consecuencia del no pago de las prórrogas probadas al contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006.

DÉCIMO PRIMERO: NEGAR parcialmente la pretensión octava, en relación con la condena a reconocer y pagar a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, las sumas correspondientes a los valores dejados de pagar por las adiciones al contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, junto con los intereses calculados a la tasa más alta permitida por la ley, o en su defecto a los ordenados en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, así como la indexación a que hubiere lugar, conforme con la ley colombiana.

DÉCIMO SEGUNDO: CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP, a reconocer y pagar a la contratista FLOR ELCY PACHÓN FUENTES, la suma de DIEZ Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS TRES PESOS (\$17'532.503) correspondiente a los valores dejados de pagar por las prórrogas probadas al contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera número 2-15-30100 801-2006 del 27 de diciembre de 2006, la cual indexada a la fecha del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

presente laudo de acuerdo con lo expresado en la parte motiva, corresponde a DIEZ Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL CIENTO SETENTA Y SEIS (\$19'402.176).

DÉCIMO TERCERO: DECLARARSE inhibido el Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión séptima, que debía corresponder a la pretensión novena, en relación con la liquidación del contrato de Interventoría Técnica, por carecer de competencia.

DÉCIMO CUARTO: NEGAR la pretensión octava, que debía corresponder a la pretensión décima, en relación con la condena a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP, a pagar cualquier otra suma de dinero que resultara demostrada y probada en el proceso, a título de daños y perjuicios.

DÉCIMO QUINTO: DECLARAR que el presente laudo debe ser cumplido por las partes dentro de los plazos establecidos por la ley.

DÉCIMO SEXTO: Las condenas a favor de FLOR ELCY PACHÓN y a cargo de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP, causarán intereses a partir de la ejecutoria del laudo arbitral en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-189 de 1999 de la Corte Constitucional.

DÉCIMO SÉPTIMO: DECLARAR que no prospera la objeción por error grave formulada contra el experticio rendido por la contadora Gloria Zady Correa, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de este Laudo.

DÉCIMO OCTAVO: NO CONDENAR en costas del proceso ni en agencias en derecho, según lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO NOVENO: ORDENAR que en la oportunidad debida se protocolice el expediente en una de las notarías del círculo de la ciudad de Bogotá y se rinda por el Árbitro cuenta a las Partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización, y restitúyaseles lo que corresponda si a ello hubiere lugar.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FLOR ELCY PACHÓN FUENTES
vs.
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

VIGÉSIMO: EXPEDIR copias auténticas del presente Laudo a cada una de las Partes y al Representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley.

El anterior Laudo queda notificado en estrados.

CÚMPLASE.

El Tribunal,

MARCEL TANGARIFE TORRES
Árbitro

La Secretaria,

EUGENIA BARRAQUER SOURDIS