

LAUDO ARBITRAL

ELECTRO HIDRÁULICA S.A. Y
DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES Y C&R LTDA EN LIQUIDACIÓN

Vs.

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB

Bogotá, D.C., Abril 26 de 2012.

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias presentadas entre ELECTRO HIDRÁULICA S.A. Y DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES Y C&R LTDA EN LIQUIDACIÓN, en adelante “las convocantes” y EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB, parte convocada, en adelante “la convocada”, profiere el presente laudo arbitral, por medio del cual pone fin al proceso.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1. La solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado el 8 de febrero de 2011, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, las sociedades ELECTROHIDRÁULICA S.A. REPRESENTACIONES Y DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES C&R LTDA como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL SECTORIZACIÓN ZONA 3, a través de apoderado, presentaron demanda arbitral¹ contra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

2. El Pacto Arbitral

La demanda arbitral fue presentada con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima primera del Contrato de Obra No. 1-01-33100-

¹ Folios 2 al 28 del cuaderno principal.

698-2007 del 22 de noviembre de 2007, celebrado entre la EAAB ESP y la Unión Temporal Sectorización Zona 3 y que obra a folios 92 a 95 del cuaderno de pruebas No. 1.

El pacto arbitral es del siguiente tenor:

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

3. Desarrollo del proceso.

- 3.1. La demanda arbitral fue presentada el 8 de febrero de 2011 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 3.2. En atención a la delegación realizada por las partes en la cláusula compromisoria, mediante la modalidad de sorteo público, el Centro de Arbitraje y Conciliación designó como árbitros principales a los doctores MARTÍN CARRIZOSA CALLE, JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE y MARCO TULIO GUTIÉRREZ MORAD y como suplentes a los doctores SOLMARINA DE LA ROSA, HERNÁN GUILLERMO ALDANA DUQUE y EDUARDO FONSECA PRADA.
- 3.3. El doctor MARTÍN CARRIZOSA CALLE no aceptó la designación, por lo que se comunicó la misma a la doctora SOLMARINA DE LA ROSA.
- 3.4. Así las cosas, el Tribunal quedó integrado por los doctores JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, MARCO TULIO GUTIERREZ MORAD y SOLMARINA DE LA ROSA.
- 3.5. El día 22 de marzo de 2011 se llevó a cabo audiencia de instalación del Tribunal en la cual se profirió el auto No. 1 en el que se declaró legalmente instalado, se designó como secretaria a la doctora ALEXANDRA QUINTERO FAJARDO – quien aceptó la designación-, se fijó el lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal, se admitió la demanda y se corrió traslado de la misma a la convocada por el término de 10 días.

- 3.6. En cumplimiento a lo dispuesto mediante auto No. 1, el 29 de marzo de 2011 se notificó el auto admisorio de la demanda y se corrió traslado al convocado.
- 3.7. El día 12 de abril de 2011, la parte convocada presentó escrito de contestación de demanda.
- 3.8. El día 26 de abril de 2011 se fijaron en lista las excepciones de mérito contenidas en el escrito de contestación de demanda, en atención a lo dispuesto por el inciso final del artículo 429 del C.P.C. En dicho término el apoderado de la convocante no presentó memorial alguno.
- 3.9. El día 3 de mayo de 2011 la parte convocante presentó escrito de reforma a la demanda.
- 3.10. Previo a la admisión de la reforma a la demanda, mediante auto No. 3, se ordenó presentar demanda debidamente integrada. Esta decisión fue notificada a la parte convocante el día 13 de mayo de 2011.
- 3.11. El día 17 de mayo de 2011, la parte convocante presentó demanda debidamente integrada.
- 3.12. Mediante auto No. 4 del 18 de mayo de 2011, se admitió la reforma a la demanda y se ordenó correr traslado de la misma a la convocada por el término de 5 días.
- 3.13. Notificado el auto admisorio de la reforma a la demanda, el 25 de mayo de 2011 la parte convocada presentó escrito de contestación.
- 3.14. El día 1 de junio de 2011 se fijó en lista el escrito de contestación de demanda, en atención a lo dispuesto por el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, por el término de tres (3) días. En el término de traslado no se presentó memorial alguno.
- 3.15. El día 9 de junio de 2011, se realizó audiencia de conciliación, la cual se declaró agotada y fracasada. Acto seguido el Tribunal señaló las sumas que por concepto de gastos y honorarios deberían ser pagados por las partes.
- 3.16. Las partes convocante y convocada, en la oportunidad prevista por el artículo 144 del decreto 1818 de 1998, cancelaron las sumas decretadas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal.

- 3.17. El día 12 de julio de 2011 se realizó la primera audiencia de trámite. Mediante el auto No. 8 de esta fecha, el Tribunal se declaró competente. Contra esta decisión las partes no interpusieron ningún recurso. En la misma fecha, mediante auto No. 9 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.
- 3.18. Las pruebas decretadas fueron practicadas así:
- 3.18.1. En audiencia realizada el día 26 de julio de 2011 se dio posesión a la perito Gloria Zady Correa Palacio y se practicaron los testimonios de los señores Mario Hernán Camelo Duque, Jairo Alberto Gómez Riaño y Carlos Eduardo Rivera Quevedo.
 - 3.18.2. En audiencia realizada el día 2 de agosto de 2011 se practicaron los interrogatorios de parte de los representantes legales de las convocantes, señores Oscar Gabriel García Gómez e Ignacio Cediell Rozo y se dio posesión al perito técnico, Ingeniero Mauricio Escalante Ramírez.
 - 3.18.3. El día 3 de agosto de 2011 se realizó diligencia de inspección judicial en las instalaciones de Electrohidraulica S.A. Representaciones.
 - 3.18.4. En la misma fecha se practicó el testimonio del señor Lipcio Manuel Villareal Álvarez
 - 3.18.5. Los dictámenes periciales contable y técnico fueron rendidos por los señores Gloria Zady Correa Palacio y Mauricio Escalante Ramírez los días 23 de septiembre de 2011 y 6 de octubre de 2011. De los mismos se corrió traslado a las partes por el término legal, dentro del cual solicitaron aclaraciones y complementaciones.
 - 3.18.6. Las aclaraciones y complementaciones del dictamen contable fueron presentadas el día 30 de noviembre de 2011. Las del dictamen técnico fueron presentadas el 31 de enero de 2012.
 - 3.18.7. De las aclaraciones y complementaciones a los dictámenes técnico y contable se corrió traslado a las partes mediante auto del 1 de febrero de 2012.
 - 3.18.8. El dictamen pericial técnico fue objetado por el apoderado de la convocante. De la objeción se corrió traslado a las partes mediante fijación en lista. Mediante auto del 28 de febrero de 2012 se negó la solicitud de práctica de un nuevo dictamen contenida en la objeción por considerarlo innecesario para resolver sobre la objeción.

- 3.19. El día 21 de marzo de 2012 se realizó audiencia de alegaciones finales y se señaló el día 18 de abril de 2012 como fecha para llevar a cabo audiencia de lectura de laudo.
- 3.20. El Tribunal, mediante auto del 18 de abril de 2012 señaló como nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de lectura de Laudo el día 26 de abril de 2012 a las 9 y 30 de la mañana.

4. Las cuestiones litigiosas sometidas a decisión del Tribunal:

4.1. La demanda arbitral:

4.1.1.- Pretensiones:

En la demanda arbitral reformada e integrada, las convocantes solicitan se despachen favorablemente las siguientes pretensiones:

"III.- PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que la firma contratista ejecutó las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto dentro del contrato No. 1-01-33100-698-2007.

SEGUNDA: Que se declare que las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto ejecutadas por el contratista dentro del contrato No. 1-01-33100-698-2007, no estaba incluida dentro de sus obligaciones contractuales, de acuerdo con las especificaciones, normas técnicas, y demás documentos de la invitación pública No.ICSC-629-2007.

TERCERA: Que se pague a la Unión temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, la suma de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTI TRES PESOS (\$9.979.623) o la que resulte del experticio que se rinda, por concepto de los materiales empleados en las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto.

CUARTA: Que se pague a la Unión temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, las sumas que resulten del experticio que se rinda, por concepto de los salarios pagados al personal empleado para las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto.

QUINTA: Que se pague a la Unión temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, la suma de SESENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$65.673.837) o lo que resulte del experticio que se rinda, por concepto de gastos de los equipos

empleados en las obras de suministro e instalación de empates para interconexiones de las cámaras de macromedidores a las líneas existentes en redes de acueducto.

SEXTA: Que se declare que la firma contratista ejecutó las obras de apiques como mayor cantidad de obra dentro del contrato No. 1-01-33100-698-2007.

SÉPTIMA: Que se declare que las mayores cantidades de obras de apiques ejecutadas por el contratista dentro del contrato No. 1-01-33100-698-2007, no estaba incluida dentro de sus obligaciones contractuales, de acuerdo con las especificaciones, normas técnicas, y demás documentos de la invitación pública No. ICSC-629-2007.

OCTAVA: Que se pague a la Unión temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO UN PESOS (\$37.889.101) o lo que resulte del experticio que se rinda, por concepto de las obras de apiques ejecutadas.

NOVENA: Que se declare que la firma contratista ejecutó mayores cantidades de obra y/o obra adicional por concepto de accesorios en obra.

DÉCIMA: Que se pague a la Unión temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$39.311.779) o lo que resulte del experticio que se rinda por las mayores cantidades de obra y/o obra adicional ejecutada por concepto de accesorios en obra.

UNDÉCIMA: Que se declare que la firma contratista ejecutó las mayores cantidades de obra y/o obra adicional relacionadas en los oficios CYR-AP-2238-08 del 8 de octubre de 2008 y CYR-OP-2398-08 del 24 de noviembre de 2008, y aquella que resulte probada dentro del proceso.

DUODÉCIMA: Que se pague a la Unión temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, la suma SETENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$79.137.975) o lo que resulte del experticio que se rinda por las mayores cantidades de obra y/o obra adicional ejecutada, dentro de las cuales se encuentran incluidas, las relacionadas en los oficios CYR-AP-2238-08 del 8 de octubre de 2008 y CYR-OP-2398-08 del 24 de noviembre de 2008, obras ejecutadas, recibidas y no pagadas.

DÉCIMA TERCERA: Que se pague a la Unión Temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, las siguientes sumas por los siguientes conceptos: subcontratistas \$32.335.324; dotaciones \$2.561.280; carrotaques \$3.880.000; transportes \$29.413.000; combustibles \$1.609.529; vigilancia \$3.600.048; casino \$611.500; retiro de escombros \$3.715.600; campamento \$3.715.600, o aquellas sumas que resulten del experticio que se rinda por los mismos tanto para la ejecución de las obras de interconexión y empates de las cámaras de macromedición a la redes existentes de acueducto, como la ejecución de las mayores cantidades de obra u obra adicional.

DÉCIMA CUARTA: Que se declare que la firma contratista realizó los diseños para la construcción de las cámaras de macromedición en los

sitios indicados por la EAAB, sin que esto fuera una obligación del contrato suscrito.

DÉCIMA QUINTA: Que se pague a la demandante la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$53.475.000) o lo que resulte del experticio que se rinda, por concepto de los diseños realizados y no pagados.

DÉCIMA SEXTA: Que se declare que la firma contratista realizó los diseños de los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto, sin que esto fuera una obligación del contrato suscrito.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que se pague a la demandante la suma que resulte del experticio que se practique, por concepto de los diseños realizados y no pagados para los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto.

DÉCIMA OCTAVA: Que se declare que la firma contratista tuvo que permanecer mayor tiempo de ejecución en obras durante el período de la prórroga en tiempo del modificadorio No. 1, por causas no imputables al contratista.

DÉCIMA NOVENA: Que se declare que el demandante incurrió en mayores costos financieros, en razón a la mayor permanencia que tuvo que soportar en la obra.

VIGÉSIMA: Que se pague a la demandante la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL OCHO PESOS (\$59.812.008) o los que resulte del experticio que se rinda, por concepto de los mayores costos financieros asumidos por el accionante.

VIGÉSIMA PRIMERA: Que se pague a la firma contratista la suma de CIENTO VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$124.813.989) por concepto del AIU correspondiente al 28% sobre los costos por éste asumidos para la ejecución de las obras los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto, y por el tiempo de mayor permanencia durante el modificadorio No. 1 del contrato, o aquella suma que resulta probada en el proceso.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que se declare, que la firma contratista entregó a la Interventoría la Estación Reductora de Presión de Hayuelos con todos sus elementos, tal como consta en el acta de entrega No. 3 período abril 25 a mayo 24 con fecha de pago 24 de mayo de 2008, ítem 204.1.3.

VIGÉSIMA TERCERA: Que se declare, que a partir de la entrega de la Estación Reductora de Presión de Hayuelos, la vigilancia y responsabilidad de la misma estaba a cargo de la Entidad contratante y no del contratista.

VIGÉSIMA CUARTA: Que se pague a la Unión temporal Sectorización Zona 3 en su calidad de contratista del contrato No. 1-01-33100-698-2007, la suma de TRECE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$13.230.587) correspondiente a la suma descontada por la Entidad, tal como consta en el acta de liquidación del contrato, por concepto de los elementos que fueron hurtados de la Estación Reductora de Presión de Hayuelos.

VIGÉSIMA QUINTA: Que las sumas pretendidas sea actualizada a la fecha de su reconocimiento.”

4.1.2. El fundamento de las pretensiones:

4.1.2.1.- En la demanda, las convocantes señalan como fundamento de hecho de sus pretensiones los siguientes:

- Previa invitación pública, entre la convocante y la convocada se celebró el contrato de obra No. 1-01-33100-698-20 con el objeto de contratar la construcción de obras para la sectorización, control de presiones, macromedición y refuerzo local de redes de acueducto y obras complementarias en diferentes sectores hidráulicos de la zona 3 de servicio del acueducto de Bogotá.
- De conformidad con el numeral 1.9.2.1.5 del anexo No. 7 denominado "Condiciones técnicas particulares" de los pliegos de condiciones, el contratista "debía construir las cámaras de macromedición para medidores electromagnéticos de acuerdo con las indicaciones de los planos que debía suministrar la EAAB".
- Para la realización de estas "cámaras de macromedición", se requirió realizar "interconexiones y empates no establecidos dentro del alcance del objeto contractual, ni en los precios unitarios de la oferta presentada, y ni siquiera descrito en las condiciones técnicas particulares".
- Señala que en las especificaciones técnicas de los pliegos (anexo 7), "no se estableció regulación alguna para que existiera el ítem para el alcance de la obra ejecutada dentro del contrato suscrito, concerniente al: Suministro e instalación de empates e interconexiones de las cámaras de macromedidores a las líneas existentes en redes de acueducto". Allí solo se regularon los ítems de "suministro e instalación de interconexiones de refuerzo a redes existentes y suministro e instalación de interconexiones de las estaciones reductoras de presión a las líneas existentes en redes de acueducto.
- Se señala que "la especificación técnica EC-201 no resulta aplicable a las actividades ejecutadas concernientes al ítem no previsto de suministro e instalación de interconexiones de las cámaras de macromedidores a las líneas existentes en redes de acueducto, porque de acuerdo a la norma EC-201 el pago de las operaciones necesarias para la ejecución de empates de tubería nueva con las tuberías de acueducto existentes, es el contemplado en los precios unitarios de la lista de cantidades y precios, dentro del cual, no

se asignó el ítem respectivo y por ello, el contratista no lo contempló en su oferta, además, que el mismo no se contiene dentro de las especificaciones técnicas particulares del anexo"

- Tampoco es aplicable "la norma NS-023" "toda vez que, las interconexiones efectuadas no son uniones de tuberías en las prolongaciones o renovaciones de redes de distribución de acueducto"
- Sobre este particular concluye que "ni las condiciones técnicas particulares, ni las normas EC-201 y NS-023 ni contemplan, ni contienen las condiciones de medida y pago de los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición, por lo que no hubo ítem que lo contuviera, y en consecuencia el contratista no lo ofertó en el listado de cantidades y precios, razones que lo constituyen en un ítem imprevisto, pero necesario para el funcionamiento de la obra contratada".
- Se afirma que la construcción de los empates "implicó para el contratista gastos no contemplados para compra de materiales, uso de equipos, mano de obra tanto operativa como administrativa, transporte de personal, alimentación de personal, y recursos adicionales para cubrir los costos de anclajes para tuberías y accesorios", costos en los y que este hecho también le "generó mayor permanencia en obra y alteración de los programas de ejecución de cámaras".
- Sustenta su reclamación en el hecho de que consultó a la Interventoría si debían hacerse esas obras, a lo cual le contestaron afirmativamente.
- Adicionalmente señala que se incurrió en mayores costos porque debieron pagar los "diseños para la construcción de las cámaras de macromedición en los sitios indicados por la EAAB" y en los "diseños de los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto", sin que estos fueran una obligación del contrato.
- Señala que el contratista también "tuvo que solventar los sobrecostos causados por: mayores cantidades de obra no reconocidas ni pagadas por la Entidad; mayor permanencia en la obra tanto por la ejecución de los empates de las cámaras no contemplados, como el acarreado por la prórroga del contrato; el descuento hecho en la liquidación del contrato de los elementos hurtados en la Estación Reductora de Presión de Hayuelos; los sobrecostos financieros que el contratista debió asumir; el no reconocimiento y pago del AIU correspondiente"

- Señala que la interventoría ordenó en forma verbal realizar mayores cantidades de obra y que no desautorizó las ya ejecutadas, por lo que las aceptó.
- El contrato fue liquidado por la EAAB pero el contratista se reservó el derecho a reclamar.
- El fundamento jurídico de las pretensiones radica en: i) el hecho de que el convocante no manifestó su voluntad y consentimiento para realizar las obras ejecutadas, por lo que se trata de obras adicionales que debe ser pagadas (artículos 1602 y 1495 del Código Civil); ii) Principio de buena fe contractual y la regla de interpretación de los contratos según la cual los vacíos se interpretan a favor del deudor y las ambiguas se "interpretan en contra de la parte que debió hacer la aclaración". La EAAB tenía la carga de elaborar de manera completa y clara los pliegos de condiciones, con lo que no cumplió. Esa es "la parte que tiene el conocimiento y la experiencia de lo que requiere contratar"; iii) el principio del equilibrio contractual (conmutatividad contractual) el cual, según el convocante "se perdió, ya que la firma contratista ejecutó más obras de las que le pagaron, y no por descuido de éste, sino por carencias e imprecisiones que de las obligaciones del contratista hizo la Entidad en los términos de la invitación". Finalmente señala que la contratista "presupuestó su oferta económica de acuerdo con las exigencias de los documentos de la invitación, así, dada la naturaleza jurídica del contrato en estudio y de las obligaciones que de él se derivan, así como teniendo en cuenta que la conducta de las partes se debe enmarcar dentro del renombrado principio de buena fe, las prestaciones debidas en virtud de los contratos debieron ser recíprocas, equivalentes y congruentes con lo que legítimamente tenían derecho a esperar los contratistas de la ejecución del contrato".

4.2. La contestación de la demanda:

La convocada contestó en término la demanda; se opuso a las pretensiones, salvo a la primera a la cual se allanó; se refirió a cada uno de los hechos aceptando algunos, indicando que otros no eran ciertos y precisando y ateniéndose a lo que se llegara a probar en el proceso en relación con otros.

Se sintetizan las razones de defensa de la convocada así:

- Señala que el contratista "ejecutó las obras de empates menores e interconexiones de las cámaras de macro medición a las redes existentes

como era su deber contractual y le fueron pagadas de acuerdo con los ítems relacionadas en la lista de cantidades y precio de la invitación que posteriormente fue ajustada de acuerdo con la solicitud del contratista y la interventoría para obtener el balance del contrato sin adición presupuestal". Que esta obligación surgía de los anexos No. 7 y 9, a los pliegos de condiciones

- Precisa que los "empates menores e interconexiones fueron pagados en ítems individuales de acuerdo con la lista de cantidades y precios y la modificación al contrato No. 1 y que no "se podía pagar dos veces el suministro e instalación de accesorios y piezas especiales de los empates menores e interconexiones.
- Según las especificaciones técnicas "numeral 1.9.2.2.4 no habrá medida ni pago por separado para la ejecución de estos trabajos".
- Preciso que los apiques no se podían "reconocer como obra adicional" porque se "pagaron al contratista como excavación y era obligación contractual ejecutar la exploración en campo para ubicar las redes existentes a las cuales tenía que conectar las obras. Si se pagan se estaría pagando dos veces la excavación y relleno ya que estos forman parte de la excavación de las obras"
- Señala que "de la mayor permanencia en obra fue responsable el contratista ya que desde el inicio del contrato febrero 28 de 2008, la interventoría ordenó ejecutar las interconexiones o empates menores a las redes existentes y el contratista desobedeciendo estas órdenes dejó los empates para el final del contrato lo que produjo el atraso en la ejecución de estas obras tal y como se establece en la Justificación de la Modificación No. 1 . Adicionalmente el plazo de 30 días concedido en la Modificación No. 1 establece en el numeral 7 "*La presente Modificación no genera reclamaciones ni sobre costos por las partes*".
- Apoyado en lo señalado por la interventoría, señala que no "hubo autorización para ejecución de obra adicional" y que "la EAAB en cabeza del interventor del contrato de interventoría siempre a través de oficios durante el desarrollo de este solicitó en reiteradas oportunidades la revisión de cantidades ejecutadas y programadas para que se mantuviera el equilibrio económico y no se fuera a pasar del presupuesto oficial establecido".

- En relación con los diseños afirma que la "contratista nunca realizó diseños, nunca entregó memorias de cálculo, topografía o algún documento que evidencie la elaboración de diseños, puesto que las cámaras se construyeron basados en las normas y especificaciones Técnicas de la EAAB, el esquema de cámaras y los esquemas de localización de cada una de las cámaras. No existen diseños puesto que nunca fueron necesarios. Lo que entregó el contratista fueron los planos récord de obra con la localización de las cámaras, los empates menores e interconexiones y los refuerzos construidos puesto que es una obligación contractual".

- Propone como excepciones:
 - o **"INEXISTENCIA DEL DERECHO QUE SE PRETENDE"**, fundada en que "no existe un derecho legítimamente concebido como formulación de la presente acción" señala que "se trata de un caso en donde se aceptaron clara y legítimamente las condiciones del negocio jurídico celebrado".

 - o **"INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DEL ARTICULO 868 DEL CODIGO DE COMERCIO"**, precisa que las pretensiones "por ser derivadas del derecho privado, debieron tramitarse en vigencia del contrato y bajo el amparo del artículo 868 del Código de Comercio, ya que esta norma no permite su aplicación anacrónica, y mucho menos analógica con disposiciones de restablecimiento del equilibrio del contrato adoptadas del estatuto de contratación pública"

 - o **"NEGACIÓN PLENA DEL DERECHO ACUSADO"**, fundada 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 aquellas no pueden ser atendidas como fuentes formales de las obligaciones, ya que para el demandante le era claro la posición contractual de la EAAB ESP y en especial por su experticia como contratista en cuanto a la aceptación y conocimiento de la conmutatividad de las obligaciones derivadas del negocio jurídico, en cuanto hace a la parte técnica y procesos constructivos .

 - o **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"**. Precisa que "no existen hechos sobre los cuales se desprenda tan siquiera sumariamente la formación

de aquel vínculo o liga que ate las partes a un hecho susceptible de ser fuente generadora de obligaciones”

5. Las alegaciones de las partes.

El día 21 de marzo de 2012 se realizó audiencia de alegaciones en la cual las partes hicieron una exposición de sus alegatos de conclusión y presentaron escritos que los contienen y que se sintetizan a continuación.

5.1. Alegaciones de la parte convocante:

En el alegato de conclusión reitera los argumentos expuestos en la demanda.

Apoyado en las pruebas practicadas en el proceso, precisa que

- La EAAB ESP *"no pagó las obras de - empates e interconexión de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto, cuya ejecución ha sido ampliamente aceptada, tanto en la recepción de testimonios, contestación de la demanda, dictamen pericial y demostrada mediante los documentos aportados"*
- Que *"los empates e interconexiones ejecutados no son refuerzos ni empates menores o evidentes, pero además de ello esto no es así, porque la necesidad de hacer los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes de acueducto, nace de la decisión de la EAAB ESP de construir las cámaras de macromedición no encima de la tubería como estaba previsto inicialmente y como se contienen en el plano elaborado por EPM (en línea con la tubería), sino de forma paralela a la misma (por las razones explicadas en el punto anterior), y no desde la concepción inicial del contrato, por ello tal actividad no está prevista en las especificaciones técnicas ni generales, ni particulares"*
- Se refiere a los anexos 7 y 9 de la invitación para precisar que "el anexo 7 contiene las especificaciones técnicas generales y las particulares, las cuales, según el numeral 1.9.2 Especificaciones técnicas del proyecto (tal como lo dijimos en el punto anterior) contienen de manera respectiva el desarrollo de las consideraciones de procedimiento que deben contemplarse dentro de la planeación y desarrollo del proyecto (se refiere a las condiciones técnicas generales), y las especificaciones particulares de los ítems que se requieren para la ejecución de los trabajos adicionales a los contemplados en las Especificaciones del SISTEC"

- Que en "razón a que para la ejecución de las obras de empatar e interconectar las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto, no existe norma técnica (tal como ya se dijo) puesto que las indicadas como tales por la EAAB ESP no están en el anexo 9 del contrato, en el cual se indican las normas del SISTEC aplicables, significa entonces, que la actividad ejecutar las obras de empatar e interconectar las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto, según el párrafo anterior se ha debido encontrar en las especificaciones técnicas particulares, y donde no están"
- Resalta que mediante el dictamen pericial contable se demostró "que en la contabilidad de la Unión Temporal Sectorización Zona 3, hay una pérdida acumulada de \$618.316.716.77"
- En relación con la objeción por error grave al dictamen técnico, reitera la solicitud de rechazar la objeción y se pronuncia sobre cada uno de los errores.
- Finalmente, reitera los fundamentos jurídicos de su demanda.

5.2. Alegaciones de la convocada:

La parte convocada presenta sus alegatos de conclusión en los cuales reitera los argumentos expuestos en la Contestación de demanda y precisa lo siguiente:

- Que el régimen del contrato es de derecho privado en virtud de lo establecido por la ley 142 de 1994.
- Acepta que el contratista ejecutó las obras de empates menores e interconexiones de las cámaras de macro medición a las redes existentes, pero señala que este era su "deber contractual" y que el valor de los mismos fue pagado "de acuerdo con los ítems relacionados en la lista de cantidades y precios de la invitación". Precisa que para esta actividad no había un ítem de precio en particular, porque estaba contenido en otras actividades.
- En relación con los apiques, señala que estas son excavaciones que debía hacer el contratista como una actividad propia del contrato que no generaba un costo extra por lo que no hay lugar a reconocimiento alguno.

- Rechaza las solicitudes de mayores cantidades de obra y de mayor permanencia en obra apelando a la correspondencia contractual con la interventoría del contrato.
- Finalmente señala que *"es evidente que dentro del presente trámite no se ha probado la existencia de un daño cierto y reparable, producto de una conducta gravemente culposa de parte de la EAAB ESP, como opuesto contractual"*

5.3. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Judicial II Administrativo en la audiencia de alegatos rindió su concepto y lo entregó en forma escrita.

En el concepto el Procurador sobre las pretensiones de la demanda se señala:

- En relación con el primer grupo de pretensiones, relativo a los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición, señala que aunque estas se realizaron y hacían parte del objeto contractual "no se probó la magnitud perjuicio, al no probarse la cantidad de obra adicional que se reclama, luego consideró que al no estar soportada la reclamación en las situaciones fácticas necesarias para probar qué "obras adicionales" ejecutó, con sus respectivas cantidades, no se pueden reconocer"
- En relación con las pretensiones relativas a los apiques señala que está demostrado que "las excavaciones realizadas durante la ejecución del contrato, fueron diferentes a las que se deben hacer para la investigación de interferencias (apiques), luego los apiques no fueron reconocidos y cancelados" y que hay lugar a su reconocimiento, en las cantidades y cuantía determinadas por el perito técnico.
- En relación con las pretensiones relativas a los diseños señala que toda vez que el contrato fue liquidado de común acuerdo, con la suscripción de dicho acto no se dejó una salvedad expresa sobre esta reclamación razón por la cual no hay lugar a su reconocimiento.
- En relación con la mayor permanencia en obra, el hurto de la estación de Hayuelos y las demás pretensiones solicita al Tribunal su rechazo por considerar que no existe prueba de la reclamación.

6. El término de duración del proceso

El 12 de julio de 2011 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, por lo que el término de seis (6) meses para proferir el laudo arbitral² inicialmente vencería el 12 de enero de 2012, término al cual se debe adicionar 121 días en los cuales el proceso ha estado suspendido por solicitud conjunta de las partes, por lo que el plazo para fallar va hasta el 12 de mayo de 2012.

Las suspensiones del proceso fueron las siguientes:

Acta No. 7. Suspensión del 13 de julio al 25 de julio de 2011. 13 días.

Acta No. 8. Suspensión del 27 de julio al 1 de agosto de 2011. 6 días.

Acta No. 11. Desde el 4 de agosto hasta el 2 de septiembre de 2011. 30 días.

Acta No. 14. Desde el 2 de febrero al 15 de febrero de 2012, ambas fechas inclusive. 14 días.

Acta No. 15. Desde el 25 de febrero hasta el 27 de febrero de 2012, ambas fechas inclusive. 3 días.

Acta No. 16. Desde el 29 de febrero de 2012 al 20 marzo de 2012, ambas fechas inclusive. 21 días

Acta 17. Desde el 22 de marzo de 2012 y hasta el 17 de abril de 2012, ambas fechas inclusive. 27 días.

Acta 18. Desde el 19 de abril de 2012 hasta el 25 de abril de 2012, ambas fechas inclusive. 7 días.

Total suspensiones: 121 días

CAPITULO II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y en su desenvolvimiento no se ha incurrido en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado,

² El artículo 19 del decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, sobre la duración del proceso arbitral señala que "si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite. El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso."

imponga darle aplicación al Art. 145 del C de P.C., motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante.

El Tribunal advierte que los medios exceptivos propuestos por la parte convocada constituyen en realidad una oposición a las pretensiones de la demanda y atañen al fondo del asunto puesto a consideración del Tribunal, razón por la cual se procederá al estudio de la controversia, sin realizar un pronunciamiento previo sobre los mismos.

CONSIDERACIONES:

I.- Algunas precisiones sobre el contrato de obra celebrado:

1.- La Empresa de Acueducto de Bogotá es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Distrital que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3 de la ley 689 de 2001, que modificó el artículo 31 de la ley 142 de 1994, no está sujeta a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación Pública por lo que sus procesos de selección de contratistas y contratos se rigen por las normas civiles y comerciales y por el estatuto de contratación de la empresa, en lo que esta regule.

El Manual de Contratación de la EAAB sobre este particular dispone:

“ARTÍCULO SEGUNDO. Los contratos que celebre el Acueducto de Bogotá, se regirán por las disposiciones de esta 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”

Sin perjuicio del régimen de derecho privado aplicable al contrato, dada la naturaleza de entidad pública de la parte convocada a sus actuaciones le son aplicables los principios que orientan las actuaciones administrativas, establecidos por el artículo 209 de la Constitución Política, que dispone:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

2.- La convocada abrió la invitación pública No. ICSC-629-2007 la cual tuvo por objeto la CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PARA LA SECTORIZACIÓN, CONTROL DE

PRESIONES, MACROMEDICIÓN Y REFUERZO LOCAL DE REDES DE ACUEDUCTO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN DIFERENTES SECTORES HIDRAULICOS DE LA ZONA 3 DE SERVICIO DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, con un presupuesto estimado de \$1.306'190.938

En el anexo 7 de los términos de la invitación, se describió el proyecto en los siguientes términos:

“1.1.- Descripción del proyecto.

El proyecto contempla la construcción de obras para la macromedición de entidades hidráulicas, control de presiones, refuerzo de redes y obras complementarias para las redes de acueducto en los sectores hidráulicos de la Zona 3 de servicio del Acueducto de Bogotá.

Los trabajos de control de presiones, macromedición se realizarán principalmente en los sectores hidráulicos 3, 11, 15, 19 y 21.

“El proyecto está orientado a reforzar las redes instaladas y la construcción de obras que optimizarán el servicio de acuerdo con la normatividad del Acueducto de Bogotá, de manera que reduzcan las pérdidas de agua en el sector mientras se mejoran las condiciones de servicio entregado a los usuarios. Por esta razón el contratista deberá tener en cuenta que el proyecto, además de estar regido por la normatividad SISTEC del Acueducto de Bogotá para el pago de ítems que se contemplan, deberá cumplir con los procedimientos y condiciones técnicas generales presentadas en este documento, con el fin de maximizar los beneficios potenciales en términos de agua recuperada y la satisfacción de los usuarios del sector intervenido.

“De igual manera en el desarrollo del Programa de Control de Pérdidas, se pretende el cumplimiento de las metas de optimización operacional y control de pérdidas, considerando para ello la construcción de estaciones reguladoras de presión y de cajas para macromedidores fijos ultrasónicos de flujo con sondas de inserción y de medidores electromagnéticos, para realizar la medición de caudal en las principales unidades hidráulicas de la Zona 3. Con esto se busca obtener uno de los datos de entrada para establecer con precisión el control de pérdidas de agua, mediante la medición del volumen de agua suministrada en un sector determinado, comparándolo contra la sumatoria de los volúmenes facturados a través de los micromedidores, con el fin de investigar el posible origen de las pérdidas de agua y priorizar las acciones a tomar.

El refuerzo de la red debe entenderse como la instalación de la tubería nueva, la instalación de todos los accesorios (válvulas, hidrantes, etc.) requeridos para una operación y funcionamiento adecuados del sistema, de acuerdo con las normas SISTEC y las consideraciones de la interventoría. El Contratista deberá garantizar la eliminación de empates a la red reformada, la que debe salir de servicio completamente y garantizar la correcta instalación de los empates a las redes existentes con el fin de minimizar la posibilidad de fugas en estos sitios....”

3.- El contrato fue adjudicado a la Unión Temporal Sectorización Zona 3 conformada por las sociedades convocantes en el presente trámite arbitral, se identificó con el No. 1-01-33100-698-2007, y fue **suscrito el 22 de noviembre de 2007**.

De las estipulaciones contractuales se resalta:

a.- Se celebró por un valor de \$1.260.427.256

b.- En relación con la forma de pago se acordó:

“El ACUEDUCTO DE BOGOTÁ pagará al CONTRATISTA el valor del contrato, previa presentación de las actas de pago parcial aprobadas por el interventor y el contratista y **corresponderán al valor que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios relacionados en el anexo No. 1, las cuales se cancelarán dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a su radicación**. Las actas se deberán aprobar entre el CONTRATISTA y el INTERVENTOR dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su radicación...” (se resalta)

4.- El 24 de julio de 2008 se suscribió la modificación No. 1 al contrato No. 1-01-33100-698-2007, en la cual:

- Se prorrogó el plazo del contrato hasta el 23 de agosto de 2008.
- Se modificaron las cantidades de obra suprimiendo cantidades de obra por 281'351.507; adicionando cantidades de obra por valor de \$241.548.595 y adicionando recursos extras por \$39'802.912, con lo cual no se alteró el valor del contrato.

En el documento solicitud de modificación contrato de obra No. 01-01-33100-698-2007 que obra a folios 119 a 138 del cuaderno de pruebas No. 2, se explica la modificación al contrato en los siguientes términos:

“3.- MODIFICACIÓN AL CONTRATO

3.1. Recursos a suprimir

En el cuadro No. 1 se relacionan los recursos a suprimir que corresponden principalmente a: suministro e instalación de accesorios para el montaje de Macromedidores Electromagnéticos de diámetros de 6”, 8” 10” y 12, Construcción de Pavimentos Flexible, suministro e instalación de tubería sin zanja.

El valor de los recursos a suprimir asciende a la suma de \$281.351.507

“3.2. Recursos por Adicionar

En el cuadro No. 2 se relacionan los recursos (cantidades) adicionales que corresponden principalmente a Suministro de válvulas y accesorios para redes y acometidas de acueducto, Rotura y reconstrucción de vías, andenes, pisos y sardineles los cuales ascienden a la suma de \$241.548.595.

3.3. Recursos extras

En el cuadro No. 3 obra adicional nueva se relacionan los recursos extras no contemplados en el contrato original que corresponden a Suministro de válvulas y accesorios para redes y acometidas de acueducto y suministro de tuberías de de acueducto de diámetros de 4" y 10".

El valor de los recursos extras, asciende a la suma de \$39.802.912

Los recursos extra se soportan con el acta de aprobación de precios (Ver anexo A)"

En este mismo documento se precisa que existe necesidad de realizar la modificación toda vez que *"se deben suprimir los ítems que se muestra en el cuadro 1 puesto que no se requirieron para el normal desarrollo del contrato, y que se deben aumentar las cantidades que se muestran en el cuadro No. 2 por las interferencias de otros servicios públicos encontrados: Adicionalmente se requiere la inclusión de ítems no previstos los cuales se indican en el cuadro No. 3, los cuales se generaron al encontrar interferencias de otros servicios públicos en los sitios de intervención"*.

5.- Para efectos de establecer los parámetros sobre los cuales se resolverá esta controversia resulta importante precisar que se trató de un *contrato de obra a precios unitarios*, en el cual, *"el precio del objeto contractual a cargo del contratista, se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y un precio por cada unidad"*.³

En este tipo de contratos, uno es el precio inicial del contrato, que sirve como referente presupuestal y otro es el valor real del contrato que solo se establece cuando ya está ejecutada la totalidad de su objeto y surge de multiplicar cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios definidos por las partes.

En los contratos de obra a precios unitarios, pueden presentarse las siguientes eventualidades:

³ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de septiembre de 2008. Radicación No. 1.920

- La modificación del valor inicial del contrato por aumento o la disminución de cantidades de obra, lo que ocurre al multiplicar los valores unitarios por la obra efectivamente ejecutada.
- La redefinición de precios unitarios por encontrarse, durante la ejecución del contrato actividades que hacen parte del objeto contractual pero no incluidas en el análisis y estimación de precios unitarios inicial o actividades previstas con precio unitario que no resultan finalmente necesarias.
- La presencia de obras adicionales, que surge cuando se ejecutan obras nuevas, no comprendidas en el objeto contractual y que resultan necesarias para la culminación exitosa del proyecto. En estos casos, no se trata de la determinación del valor final del contrato bajo el sistema de precios unitarios sino del surgimiento de una obra nueva, que requiere de la adición del contrato para que pueda realizarse el reconocimiento de su importe.

Este punto es explicado por el Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado antes citado, así:

“Reafirmando el criterio expresado en el concepto de julio 18 de 2002, radicación No. 1439⁴, para la Sala sigue siendo claro que el aumento o la disminución de las cantidades de obra contratadas, no comporta una modificación al objeto del contrato sino, una consecuencia de las estipulaciones del mismo, lo cual ha de determinarse en cada caso, con la medición periódica de los avances de la obra; éstos, recogidos en actas o como se haya estipulado en el contrato, van a reflejar, con la misma periodicidad, un valor del contrato proveniente de su ejecución real; requiriéndose, dado el caso, el trámite del recurso presupuestal en cuanto exceda la apropiación inicial, además de las formalidades establecidas por las partes.

Asunto diferente es aquél en el que por razón de la ejecución de la obra contratada, surge la necesidad de modificar el objeto contractual en el sentido de *añadir o agregar* una nueva obra; es decir, se requiere "adicionar" el contrato⁵ (...)"

6.- De la lectura de los términos de la invitación que precedió la celebración del contrato de obra No. 1-01-33100-698-2007, el Tribunal observa que la estructura de precios del contrato fue definida previamente mediante la descripción de las actividades que debía realizar el contratista y el señalamiento de las actividades que implicarían un pago por separado (precio unitario) y aquellas que se entenderían incluidas y respecto de las cuales no se establecería un precio unitario.

Luego de la adjudicación del contrato, el Contratista presentó el análisis de precios unitarios derivado de su oferta, el cual fue aprobado por la interventoría.

7.- Con posterioridad a esta definición, las partes acordaron la modificación de la asignación de ítems a contratar (contenida en la modificación al contrato No. 1) y en las actas de aprobación de precios extra del 2 de julio de 2008 y del 5 de agosto de 2008, en las que se aprobaron "nuevos precios unitarios para la obra no contemplada en el contrato original" (folios 150 a 183 del cuaderno de pruebas No. 2)

8.- Así las cosas para el Tribunal es claro que por tratarse de un *contrato de obra a precios unitarios* entre las partes se realizó una permanente revisión de la distribución de los mismos, con el objeto de realizar un balance de la ejecución contractual. Muestra de ello es que el contrato fue celebrado inicialmente para la construcción de 26 cajas de macromedición y dos estaciones reductoras de presión y el presupuesto no alcanzó sino para la realización de 23 cajas y dos estaciones:

Lo anterior, fue explicado por el testigo Jairo Alberto Gómez Riaño quien señaló

"DR. DURÁN: Se dice que el objeto del contrato era la construcción de 26 cajas y dos estaciones, y se le advirtió reiteradamente al contratista que el valor del contrato no se podía modificar porque no había más dinero, pero también se dijo por parte de usted en su testimonio que solamente se pudieron ejecutar 23 cámaras porque no alcanzó el dinero, si estaba el valor del contrato para 26 cajas y sólo se pudieron ejecutar 23 a qué se debió?

SR. GÓMEZ: Muchas veces a que el espacio público cuando se hacen unos términos de referencia, por ejemplo, el espacio público se tomó más longitud, más área para recuperar, entonces la plata se va gastando en otros ítems que es necesario terminarlos y no dejarlos a medias, por ejemplo en los refuerzos también el espacio público puede que se incrementara.

DR. DURÁN: Quiere decir la anterior respuesta que dentro de la ejecución del contrato se le autorizó al contratista obras adicionales en virtud a las razones que usted expuso anteriormente?

SR. GÓMEZ: Adicionales no sino.

DR. DURÁN: Adicionales, complementarias, necesarias.

SR. GÓMEZ: Complementarias y necesarias, diría más bien necesarias para terminar las obras que son objeto del contrato, porque el problema es que cuando uno construye una cámara de esas si el terreno es inclinado difieren las cantidades que si fuera plano, se van consumiendo cantidades en diferentes modificaciones que tanto la interventoría como la Empresa tiene que autorizar que se hagan para terminar bien el objeto del contrato."

9.- El Tribunal entiende que en el presente asunto no estamos ante la presencia de una controversia relativa a *obras adicionales*, que, en el marco del contrato de obra a precios unitarios haya ameritado la adición del contrato, si no ante la presencia de

supuestas actividades que en criterio del contratista *debieron tener un pago por separado* (definición de precio unitario) y que en criterio de la entidad contratante estaban incluidas en la definición de otros precios unitarios o debieron estar comprendidas en los costos administrativos del proyecto.

Para la EAAB esas actividades fueron pagadas como integrantes de otras actividades que las comprendían (el caso de las interconexiones y los apiques) o hacían parte de las obligaciones generales del contrato. Para las convocantes se trató de actividades adicionales que no estuvieron comprendidas dentro del objeto del contrato.

II.- Pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda, relativas a las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto:

1.- En estas pretensiones, la parte convocante solicita:

- Declarar que el contratista ejecutó las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición (pretensión primera)
- Declarar que esas obras no estaban incluidas dentro de sus obligaciones contractuales (pretensión segunda)
- Ordenar el pago del valor de los materiales empleados en las obras de empates (pretensión tercera); los salarios pagados al personal empleado para estas obras (pretensión cuarta) y; los gastos de los equipos empleados en las obras de suministro e instalación de los empates (pretensión quinta)

2.- Sobre esta controversia, se observan los siguientes antecedentes contractuales:

a.- El contratista presentó a la Interventoría del contrato una solicitud el 7 de febrero de 2008, identificada con el número CYR – AP- 1282-08 (folio 139 del cuaderno de pruebas No. 2), en la que solicita *"se determine si el Contratista debe realizar los empates de los elementos de la caja con las redes exteriores existentes, toda vez que no están contemplados dichos empates en los ítems del contrato."*

b.- El día 12 de febrero de 2008 el Contratista envió una nueva comunicación identificada con el número CYR-AP-1300-08 (folio 141 del cuaderno de pruebas No. 2), en la que reiteró la solicitud de informar "si el contratista deberá realizar los empates a las redes existentes". Señala que "las condiciones en los pliegos de condiciones indican que se pagará cada uno de los accesorios comprendidos como

ítems individuales y la Norma NS-023 sólo nos indica cómo debe realizarse el empate”

c.- Estas solicitudes fueron respondidas por el Interventor mediante comunicación del 14 de febrero de 2008 (folios 143y 144 del cuaderno de pruebas No. 2), en la que se señala:

“Se reitera lo explicado personalmente al ingeniero Gustavo Carrillo por parte del Ingeniero Carlos Rivera, jefe de Zona3... es lógico que tiene que hacer los empates, para que la instalación provisional funcione mientras se instalan los macromedidores, se explicó muy clarito esto, y así lo entendió el Ing Carrillo. En todo contrato de obra y en este caso toda unión, reducción etc. Como es lógico se hará análisis de precios en forma individual, si no está dentro del presupuesto. Lo de hacer los empates y demás trabajos es de plomería. Ver en el plano, reitero, el CUADRO DE ACCESORIOS, costado inferior derecho, ver también ítem 1.9.2.2.2. del pliego de condiciones y en general todo el ítem 1.9.”

d.- El Contratista, mediante comunicación del 22 de mayo de 2008 (folio 563 y 564 del cuaderno de pruebas No. 5), solicitó nuevamente al interventor la aprobación de APUS de empates a las redes existentes. Se señaló:

“Los empates a las redes existentes no se contemplaron en las cantidades y precios de la propuesta como se establece en las condiciones generales del contrato en su numeral 1.9.2.2.2 “suministro e instalación de interconexiones de refuerzos a redes de acueducto existentes”, ítem que si está contemplado para las estaciones reductoras de presión según los numerales 204.2.4. y 204.2.5 de la propuesta.

Sin embargo en las condiciones generales del contrato se dice que “cada uno de los accesorios comprendidos por cada tipo de empate serán pagados como ítems individuales, de la misma forma como se ha establecido para la instalación de la tubería, los accesorios incluidos en el empate solo serán pagados (suministro e instalación) cuando la totalidad del empate quede ejecutado”, pero, no existe un ítem de pago para la mano de obra de ese empate.

“Por lo tanto se aceptan los ítems de suministro de accesorios, a ser utilizados en los EMPATES y solicitamos se estudie el ítem de EMPATES, para las actividades de instalación de accesorios, debido a la complejidad de los trabajos, que requiere entre otras actividades, disponibilidad y utilización de equipos, mano de obra especializada, transporte, etc, cierre o suspensión del servicio por espacio de 24 horas”

e.- La Interventoría reiteró y complementó su posición en la comunicación enviada el 24 de mayo de 2008 al Contratista (folios 148 y 149 del cuaderno de pruebas No. 2) frente a la solicitud del contratista de realizar un nuevo análisis de precios unitarios de empates a las redes existentes.

En dicha comunicación el interventor señala que los "EMPATES a las líneas existentes de acueducto no admiten pago independiente si no que están comprendidos dentro de las interconexiones y empates de que hablan las especificaciones particulares". Señala que la Unión Temporal aceptó desde la presentación de la oferta la Metodología de Ejecución de la obra y su plan de calidad, en especial el ítem 10 "métodos constructivos", por lo que no encuentra sustento a dicho reconocimiento. Precisa que los EMPATES "son indispensables e inevitables para ese tipo de trabajos"

Señala que lo dicho tiene sustento en los ítems 1.9.2.1. "GENERALES DEL PROYECTO", 1.9.2.1.3. REFUERZO DE REDES – empates; 1.9.2.1.9. "REFUERZO Y EMPATES MENORES", 1.9.2.201. "CONSTRUCCIÓN DE CAJAS PARA MEDIDORES ELECTROMAGNETICOS y 1.9.2.2.4. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LAS INTERCONEXIONES DE LAS ESTACIONES REDUCTORAS DE PRESIÓN A LAS LINEAS EXISTENTES EN REDES DE ACUEDUCTO – ver principalmente numeral que se refiere a ACTIVIDADES QUE NO TIENEN MEDIDA NI PAGO POR SEPARADO".

Se finaliza diciendo que "por lo anterior reitero el ítem de empates no tiene pago por separado Y NO SE PUEDEN APROBAR LOS ITEMS DE APU PRESENTADOS".

3.- Las estipulaciones de las condiciones y términos de la invitación con fundamento en las cuales la Entidad Contratante negó el reconocimiento por separado de las obras de empates a las líneas existentes de acueducto, son las siguientes:

a.- El numeral 1.9.2.1 en el que se establecen los aspectos generales del proyecto y se señala que por la "naturaleza del proyecto que se presenta, el contratista acordará, antes de comenzar la ejecución, un cronograma de actividades ajustado a las prioridades planteadas por la Empresa para la construcción de estaciones reguladoras de presión, obras de sectorización y **cámaras para macromedición y su interconexión con la red existente**, especificando los sectores, las actividades a realizar y el tiempo previsto para cada una de ellas".

b.- En relación con los empates, en el numeral 1.9.2.3, se señaló:

"Empates. Los empates a redes existentes deben cumplir con lo dispuesto en la Especificación Técnica EC- 201 y la Norma de Suministro NS – 023, así como todas las normas relacionadas con estas.

Cada uno de los accesorios comprendidos por cada tipo de empate serán pagados como ítems individuales. Sin embargo, de la misma forma como se ha establecido para la instalación de tubería, los accesorios incluidos en el empate solo serán pagados

(suministro e instalación) cuando la totalidad del empate quede ejecutado a satisfacción de la interventoría. Entiéndase que esta exigencia aplica para recibir un producto completo y satisfactorio, a pesar de que cada ítem individual podía pagarse según las especificaciones individuales. La interventoría no podrá pagar empates que no hayan sido ejecutados a satisfacción" (se resalta)

c.- En el numeral 1.9.2.1.9., sobre refuerzo y empates menores señala:

"1.9.2.1.9 Refuerzos y empates menores

Dentro de las obras de optimización se requiere la construcción de refuerzos y empates de pequeña longitud, de estas obras no se efectuó levantamiento topográfico ni diseño detallado, se presenta una descripción de las obras a realizar y (ver anexo de los estudios de sectorización relacionados en el aparte Documentos, planos, esquemas y normas particulares del Anexo 7). Es importante anotar que los esquemas presentados en los anexos fueron realizados a partir del SIG del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ y según planteamiento presentado por los estudios realizados, ninguno de los empates presenta diseño detallado ya que por su corta longitud y dificultad constructiva amerita una investigación detallada de campo a fin de realizar un despiece y cuantificación de obra.

La medida y la forma de pago para la instalación de las interconexiones se regirán por la especificación técnica del Acueducto de Bogotá NS - 023 Empates de tuberías en redes secundarias de distribución de acueducto e incluye la totalidad de los accesorios necesarios especificados según las normas de acuerdo con el diámetro requerido para cada caso. Los planos y detalles de los refuerzos e interconexiones son los presentados en los diferentes estudios de sectorización, y son los que se encuentran relacionados en el aparte Documentos, planos, esquemas y normas particulares del anexo 7 especificaciones técnicas aplicables"

d.- En el numeral 1.9.2.2.2. se señala:

"1.9.2.2.2 SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE INTERCONEXIONES DE REFUERZO A REDES DE ACUEDUCTO EXISTENTES

ALCANCE

La parte de la obra que se especifica en este ítem comprende el suministro de toda la mano de obra, materiales, equipos y todas las operaciones necesarias para la instalación de interconexiones de líneas de refuerzo a líneas existentes. Para la instalación de estas interconexiones se deberán tomar en cuenta los planos anexos de ubicación de los refuerzos y las condiciones de instalación de los empates que se establecen en la norma SISTEC NS-023.

GENERALIDADES

(...)

INSTALACIÓN DE INTERCONEXIONES

*La especificación para instalación de las interconexiones de refuerzos es una ampliación de la especificación EC-201 para **empates**, con el fin de contemplar los materiales requeridos en cada interconexión particular, que no están contemplados dentro de las opciones de la norma NS-023. De esta forma, estos accesorios y materiales deben tomarse según los esquemas a considerar por el contratista con base en la revisión de esquinas para las obras a ejecutar, pero todas las condiciones adicionales de instalación, recibo y pago serán consideradas de acuerdo con la especificación de construcción EC-201 de las normas SISTEC. En caso de encontrarse en terreno condiciones tales que modifiquen los accesorios propuestos en la relación de obra, se deberá someter a consideración del Acueducto de Bogotá la definición de los accesorios necesarios.”*

De las anteriores estipulaciones, contenidas en las condiciones y términos de la invitación, el Tribunal concluye que la realización de los empates fue una actividad prevista desde la definición del contrato a celebrar y por lo tanto no encuentra asidero o justificación al hecho de que el Contratista, durante la ejecución del contrato pregunte si está obligado a hacerlos.

También entiende que en las reglas de la invitación se señaló que la esta actividad no tendría un pago por separado y que se pagaría a través de los accesorios que constituyen el empate o la interconexión.

4.- En el dictamen pericial técnico, se señala que la realización de los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición, estaban incluidos dentro del objeto del contrato:

“Lo que si se especifica en el OBJETO del contrato, es la **“CONSTRUCCIÓN DE OBRAS COMPLEMENTARIAS”**, lo que significa que se debían ejecutar trabajos que se requirieran para la correcta operación del sistema de cámaras de macromedición a construir.

Como complemento a lo anterior y tal como se describió y transcribió anteriormente, en el ANEXO 7 – CONDICIONES TÉCNICAS PARTICULARES, documento que hace parte del contrato, se hace referencia y se explica lo relacionado con los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto, de donde se concluye que al contratista si le correspondía ejecutar los empates e interconexiones a las cámaras de macromedición, labores que debían estar siempre enmarcadas en las normas SISTEC del Acueducto de Bogotá – E.A.A.B., específicamente en la Norma Técnica NS-023 – EMPATES DE TUBERÍAS EN REDES DE ACUEDUCTO y en la Especificación Técnica EC-201 – EMPATES DE TUBERÍA DE ACUEDUCTO y normas relacionadas.

Adicionalmente lo que es claro y que se aprecia en la *Cláusula Décima - Control de Plazos Parciales*, es que el Contratista debía construir veintiséis (26) Cajas para macromedidores, y se entiende que estas

debían construirse completas, para que el sistema operara correctamente, pues de lo contrario no se cumpliría con el desarrollo del OBJETO contractual.

5.- Ahora bien, no existe controversia acerca de que esta actividad no tenía un ítem de precio unitario por separado en el contrato. Según la convocante, esta actividad no se pagó, porque no existió un ítem previsto para este efecto y según el convocado, esta actividad se pagó al pagar cada uno de los accesorios utilizados para la realización del empate, para lo cual apela a lo dispuesto en el numeral 1.9.2.2.4 de los términos de la invitación, que señala:

“La parte de la obra por ejecutar a los precios unitarios unitarios de la lista de cantidades y precios incluirá el suministro de toda la mano de obra, equipos y materiales necesarios para la ejecución de todo el trabajo que se requiera para el retiro de tubos o piezas existentes, para el manejo e instalación de las interconexiones de acuerdo con lo estipulado en los planos y en las normas técnicas y **todos los demás trabajos que se requieran para completar esta parte de la obra y empates y válvulas sobre la línea existente y que no tendrán medida ni pago por separado.**”

6.- Ahora bien, en los testimonios practicados en el proceso se señaló, de manera uniforme y reiterada, que la actividad de interconexión fue pagada al contratista a través del pago de los accesorios necesarios para realizar esta interconexión.

El testigo MARIO CAMELO, Director del Servicio de Agua y Alcantarillado en la zona 3 de la EAAB explicó al Tribunal en qué consistía la actividad de interconexión para luego precisar que esta actividad fue pagada a través de reconocimiento, a precio unitario, de *todas las actividades cuyo resultado final termina siendo una interconexión. Preciso el testigo:*

“DR. LONDOÑO: ¿Puede usted explicarle al Tribunal, en qué consiste la actividad puntual de interconexión?

SR. CAMELO: Puede interpretarse como el resultado exitoso de haber desarrollado un conjunto de tareas previas, consiste normalmente en que la interconexión apela a la interconexión a nuestra red de acueducto; y la interconexión es exitosa cuando el conjunto de obras construidas logra acceder a nuestra red de acueducto e interconectarse aunque aparezca una reiteración elemental, pero la interconexión es llegada a nuestra red de acueducto con los accesorios indicados, especificados, instalados adecuadamente.

Una vez que eso se logra, la obra construida nueva ha logrado una interconexión a nuestra red, pero la interconexión no es una actividad autónoma, es un resultado. La interconexión es el resultado de haber hecho un conjunto de obras pactadas y adecuadamente construidas logra la interconexión.

No existe algo así como hacer una obra y no interconectarla, eso no sería una obra completa, la obra completa incluye una interconexión y es el resultado de haber instalado adecuadamente los accesorios necesarios, incluye además haber tramitado oportunamente el manejo

de los caudales a través de la tubería para que la interconexión sea practicable, de lo contrario no sería practicable con un tubo a presión...

DR. LONDOÑO: En el contenido del texto de la demanda, se reclama que para las interconexiones, los empates y los codos, la lista de cantidades y precios unitarios no incluía materiales o elementos para efectuar dichas conexiones.

Dentro de su explicación del contenido de la interconexión, quisiera, si a bien lo recuerda, pudiera informarle al Tribunal, si la actividad implícita de la interconexión... o el empate de tuberías, la sectorización a la cual usted ha hecho referencia, incluye todos los elementos o todos los ítems necesarios para desarrollarlo o existe en su defecto modificaciones a los mismos?

SR. CAMELO: No, usando mi memoria, vuelvo y repito y sólo mi memoria, **recuerdo que durante la ejecución del contrato se cancelaron a precio unitario todas las actividades cuyo resultado final termina siendo una interconexión, es decir, que el contrato canceló a precios unitarios la tubería que se instaló, los accesorios que se instalaron, las obras previas para hacer viable esas instalaciones, es decir, la excavaciones, los rellenos posteriores, a precio unitario todas. El resultado de ese ejercicio, adecuadamente desarrollado termina siendo una interconexión."**

DR. LONDOÑO: Según las normas técnicas del SISTEC, le es obligatorio al contratista, al efectuar la interconexión los empates de las tuberías, el suministro de todos los elementos o de todos los componentes que implica ese proceso de interconexión?

SR. CAMELO: Desde luego, no es imaginable una interconexión a un sistema si no es el resultado de unas actividades completas, cada una necesaria y sólo cuando son suficientes en conjunto se obtuvo la interconexión.

El testigo Carlos Rivera, sobre el pago de los empates realizados en ejecución del contrato señaló:

"Todos los empates estaban concebidos como una interconexión y se pagaban por accesorios, es decir, que nosotros les pagábamos suministro, instalación de cada uno de los accesorios para poder pagar el empate completo. ¿Cuál es el empate? El empate es con una T, realmente si yo estoy construyendo, sencillamente construyo así y yo sigo con mi flujo, y el día que tengo que hacer un empate simplemente pongo una T en el tubo, ya cortando el suministro y hago la conexión al tubo y ya todo este andamiaje me queda en funcionamiento.

Luego, qué significa empates, pagarles las T, pagarles las uniones, pagarles los codos, pagarle las tuberías, como suministro de instalación y punto, inclusive esto se paga de acuerdo a una especificación particular, los pasamuros, es más, esto no es un macro medidor y quiero aclarar eso, esto es una caja para macro medidor, aquí no hay equipo de medición todavía, simplemente hay un niple que después se retira y se

instala el equipo cuando se compra porque eso también tiene anexo unas obras eléctricas que hay que hacerle para poder alimentar el equipo que hace el condicionamiento de la medida.

Entonces, sí se pagaban los empates y están especificados por el suministro de instalación de cada uno de los accesorios, si no se hubieran pagado las T digo yo no le pagué los empates; si no le pago los pedazos de tubería para complementar, si no le pago las uniones, no le estoy pagando el empate; pero de acuerdo a lo que informo el coordinador y lo que informo la interventoría todo accesorio, no hubo uno solo que no se pagara, luego, pagamos los empates, no hay otra condición."

Por su parte, el Interventor del contrato dijo al Tribunal:

"DR. LONDOÑO: Puede usted explicarle a este Tribunal en su calidad de interventor del contrato, en qué consistía técnicamente la actividad de interconexión?

SR. VILLAREAL: La interconexión y empate es la misma cuestión que lo habíamos acordado con ellos, qué se hace, pasa la tubería por un sitio, se hace la caja al lado porque se había acordado con el Acueducto, ellos habían pedido a los contratistas que se hiciera en paralelo, no encima del mismo tubo, se coloca una T aquí, otra T acá, se colocan sus accesorios, tubos, uniones, se coloca otra T acá y se llega a la caja de inspección que primero se hace en concreto y se dejan los pasamuros, esa es la interconexión o empate.

DR. LONDOÑO: El contratista ejecutó.

SR. VILLAREAL: Para lo que son cámaras de macro medición, para las VRP o válvulas reductoras de presión ya fue otra cuestión.

DR. LONDOÑO: El contratista en alguna ocasión, por escrito o verbalmente, le manifestó la inconformidad técnica en cuanto a las obligaciones que debía desarrollar del contrato?

SR. VILLAREAL: En cuestiones técnicas no, él siempre alegaba cuestiones de cantidad de obra, quería que le pagaran el empate aparte siendo que el empate es claro en las especificaciones particulares, dice: los empates se pagarán como ítems individuales, o sea, que el empate en sí es: se le pagó la T, se le pagó la tubería, se le pagó las uniones, se le pagó el pasamuro y la mano de obra del niple con su transporte porque eso se lo dio el Acueducto, en la sede de repella es distinta, si usted quiere llegar a preguntar.

DR. LONDOÑO: En qué fundamentaba el contratista en ese momento el costo adicional que se le debía cancelar respecto de ese empate?

SR. VILLAREAL: Porque no figuraba en los ítems originales del contrato en el presupuesto, que empate no figuraba, yo le decía: empate es lo que estamos haciendo, instalar la T, la tubería, los codos, los pasamuros, eso es el empate; no, que el empate es como una cuestión etérea, no se ve según él."

6.- De lo anteriormente expuesto podemos concluir que de los términos de la invitación no surge la obligación de pago de las actividades de empates e interconexión de las cámaras de macromedición como una actividad separada de los accesorios que la comprenden.

Al proceso no se arrimó ninguna prueba que le permita al Tribunal llegar al convencimiento de que técnicamente era necesario pagar *tanto los accesorios de los empates, como la actividad de empatar propiamente.*

No se aportó ningún elemento de prueba que permita desvirtuar la afirmación del convocado según la cual *"los empates menores e interconexiones fueron pagados en ítems individuales de acuerdo con la lista de cantidades y precios y la modificación al contrato No. 1. No se podía pagar dos veces el suministro e instalación de accesorios y piezas especiales de los empates menores e interconexiones"*.

La parte convocante señala que el dictamen técnico señaló que esta actividad no había sido pagada porque no existía ítem de precio unitario para la misma. El hecho de que no exista ítem de precio unitario, en criterio del Tribunal no permite declarar la prosperidad de las pretensiones toda vez que lo que correspondía demostrar era que al pagar los accesorios no se estaba pagando a la vez la actividad de empatar, que es el punto que ha generado la controversia entre las partes.

7.- Así las cosas, para el Tribunal lo probado en el proceso es que esta actividad fue pagada mediante el reconocimiento de suministro de accesorios para los empates y no se previó el pago de la actividad de empatar propiamente. Se pagó cada accesorio.

8.- Es claro que la actividad de empatar era una actividad propia del contrato de obra celebrado y para ésta no se previó un pago por separado en la estructura de precios del contrato. El Contratista tenía *la carga de advertir esta circunstancia en el proceso pre - contractual*, toda vez que es una regla que surge de los mismos pliegos de condiciones.

No parece de recibo que el Contratista omita el deber de advertir esta circunstancia en el proceso precontractual, acepte los términos de la invitación en la forma que fue previsto, presente propuesta, presente el análisis de precios unitarios conforme lo establecido en el pliego, para luego formular una reclamación, cuando se ha ejecutado el contrato y se han realizado las obras que comprenden las actividades que en su criterio no estaban comprendidas en la relación de precios unitarios del contrato.

9.- La buena fe que orienta los procesos de contratación y que constituye un principio general del derecho con fundamento en el cual las entidades públicas deben orientar sus procesos contractuales también implica que los contratistas y proponentes tienen la carga de revisar, previo a la presentación de las propuestas, el alcance de la obra a contratar examinando detenidamente el alcance de las especificaciones técnicas que determinarán sus obligaciones.

10.- En este proceso *no se demostró, bajo ningún medio de prueba, que la realización de los empates fuera una actividad que por su naturaleza y alcance debiera tener un pago independiente de los accesorios que implican realizar dichos empates*. Por el contrario, la entidad contratante demostró que se trataba de una actividad propia del contrato, que el Contratista debía cumplir como parte de sus obligaciones contractuales y que para la remuneración de la misma no se estableció un ítem de precio unitario por separado.

11.- En tal virtud, no habrá lugar al reconocimiento de lo solicitado en las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda en las cuales se solicita el reconocimiento de los gastos en que incurrió el contratista al realizar las "obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto".

A la pretensión primera relativa a la declaración de que "la firma contratista ejecutó las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto dentro del contrato No. 1-01-33100-698-2007" se accederá en la medida que está demostrado que dichas obras fueron realizadas, pero como parte de las obligaciones del Contratista.

III.- Pretensiones sexta, séptima y octava, sobre la ejecución de obras de apiques.

1.- En estas pretensiones se solicita:

- Declarar que la firma contratista ejecutó las obras de apiques como mayor cantidad de obra dentro del contrato (pretensión sexta).
- Declarar que estas mayores cantidades de obra no estaban incluidas dentro de las obligaciones contractuales (pretensión séptima)
- Pagar el valor de las obras de apiques ejecutadas (pretensión octava)

2.- Revisados los antecedentes contractuales se encuentra que el Contratista, mediante oficio CYR – AP-2276-08 del 10 de octubre de 2008, solicitó a la interventoría aprobar las cantidades de obra en apiques por \$37'004.565.

3.- Esta solicitud fue negada por la interventoría por considerar que los apiques eran obras que debía realizar el Contratista pero que no tenían un pago por separado.

4.- Revisados los términos de la invitación se tiene que, en relación con las condiciones técnicas, en el numeral 4.2.3.1. se dispuso:

“4.2.3.1. Servicios preliminares y complementarios

Las labores de replanteo de la obra, investigación de interferencias, **exploraciones de campo** y ensayos de laboratorio de suelos y elaboración de planos de obra construida, **se regirán por la norma correspondiente del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, estarán a cargo del CONTRATISTA, no tendrán ítem de pago por separado** y sus costos deberán estar incluidos en los precios unitarios de los ítems correspondientes o en los gastos administrativos del contrato”.

5.- No existe en el proceso ninguna prueba que le dé al Tribunal la certeza sobre el hecho de que los apiques inicialmente contratados *“resultaron insuficientes ante la existencia de redes de agua potable, servicio de alcantarillado y accesorios que impidieron cumplir el objeto de esta actividad en las cantidades previstas”*, que es la afirmación en la cual el convocante fundamenta su reclamación.

6.- En el dictamen pericial sobre este particular si bien se hicieron unos cálculos sobre la cantidad de apiques que pudo haber realizado el contratista y se cuantificó su monto, no se hizo una verificación sobre la verdadera realización de los apiques ni se señalaron las razones técnicas por las cuales pueda considerarse que efectivamente el contratista incurrió en unos mayores costos a los previstos para los apiques y que estos debían tener un pago por separado.

En el folio 5 del escrito de aclaraciones y complementaciones del perito técnico se señaló que *“En la información puesta a disposición del perito técnico, no se encontró con precisión la zona o área en la cual se realizaron los apiques de exploración”, afirmación que entiende el Tribunal como la no constatación de la verdadera realización de los apiques.*

A juicio del Tribunal, en este punto el perito incorpora en su dictamen las afirmaciones de la parte convocante contenidas en la correspondencia contractual y en la demanda, pero no realiza una verificación de las obras realmente realizadas y la necesidad técnica de pago como ítem separado.

7.- Para el Tribunal, la invitación contuvo una regla clara relativa a que el contratista debía realizar las exploraciones en campo – a las que hace referencia las obras de apiques que son excavaciones menores – y que por esta actividad no se pactó un pago por separado y no existe una razón que implique modificar la regla contenida en los pliegos, que es la vinculante para las partes.

8.- Por lo expuesto, se negarán las pretensiones sexta, séptima y octava relativas a las solicitudes de reconocimiento de obras de apiques.

IV.- Pretensiones novena, décima, undécima, duodécima y décima tercera relativas a obras adicionales y mayores cantidades de obra:

1.- Sobre este particular solicita el convocante:

- Se declare que el contratista ejecutó mayores cantidades de obra y/o obra adicional por concepto de accesorios en obra (pretensión novena) y que se pague este mayor valor (pretensión décima).
- Se declare que el contratista ejecutó las mayores cantidades de obra y/o obra adicional relacionadas en los oficios CYR-AP-2238-08 del 8 de octubre de 2008 y CYR-OP-2398-08 del 24 de noviembre de 2008 (undécima) y se pague su valor (duodécima).
- Se pague el valor de los subcontratistas, dotaciones \$2.561.280; carrotaques \$3.880.000; transportes \$29.413.000; combustibles \$1.609.529; vigilancia \$3.600.048; casino \$611.500; retiro de escombros \$3.715.600; campamento \$3.715.600, empleadas para la ejecución de las obras de interconexión y empates de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto, y para la ejecución de las mayores cantidades de obra u obra adicional (décima tercera)

2.- En primer lugar, el Tribunal considera necesario resaltar que el numeral 4.1.6. de los condiciones y términos de la invitación, señala claramente que el Contratista debería contar con el personal requerido para la ejecución del contrato y que el mismo debería estar incluido en los costos administrativos del contrato. Así misma se señala que el equipo y el transporte deberían estar a disposición de la obra y que no se generaría pago adicional por disponibilidad de equipo:

“EL CONTRATISTA deberá disponer, durante la etapa de ejecución de las obras y si las circunstancias lo ameritan, del personal profesional y de terreno necesario para la atención de los requerimientos que el

ACUEDUCTO DE BOGOTÁ solicite. Estos costos deberán ser incluidos en los gastos administrativos del Contrato.

El CONTRATISTA deberá garantizar que contará con equipo suficiente y adecuado para atender el desarrollo normal de la obra en el plazo propuesto. Todos los vehículos y equipos deben estar en óptimas condiciones de operación durante el transcurso de la obra.

Los costos generados por la utilización y disponibilidad del equipo necesario, de acuerdo con la programación que presente el contratista y aprobada por el interventor del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, deben estar incluidos dentro de los valores unitarios en la oferta. **El ACUEDUCTO DE BOGOTÁ no reconocerá costos adicionales por uso, disponibilidad de equipo o cualquier otro concepto."**

3.- Ahora bien, ya se señaló que en el contrato a precios unitarios es factible que al Contratista le sean reconocidos pagos por mayores cantidades de obra, mayor permanencia en obra o por la realización de actividades no previstas en la definición de precios unitarios, pero para que proceda ese reconocimiento es necesario que el Contratista, en sede judicial, demuestre que la realización de estas mayores cantidades de obra obedeció a la necesidad de cumplir con el objeto del contrato y que los mayores costos no obedecieron a falta de planeación en la realización de las tareas a su cargo.

También resulta necesario demostrar que estas obras fueron recibidas por la entidad contratante, toda vez que su reconocimiento lo que busca en últimas es evitar el enriquecimiento de la entidad Contratante a costa del patrimonio del Contratista.

3.- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en relación con controversias relacionadas con reconocimientos de obras adicionales, lo siguiente:

"Bajo dichos postulados, la Sala encuentra que el Tribunal de instancia denegó las pretensiones de la demanda por el hecho de no haberse probado la existencia del contrato adicional, sin tomar en cuenta que las demás pruebas aportadas al plenario demostraban que las obras realmente fueron ejecutadas y recibidas a satisfacción por la entidad pública demandada, elementos probatorios que sin justificación alguna fueron desestimados.

Igualmente desconoció el *a quo* que la situación de hecho fue propiciada por la negligencia, improvisación y falta de planeación de la Administración, al no contar con la disponibilidad presupuestal exigida, circunstancia que en manera alguna puede servir de excusa para desconocer las obligaciones económicas a su cargo, máxime que su co-contratante, de buena fe, asumió el costo de las nuevas obras que le fueron autorizadas, con la única finalidad de impedir que el contrato se paralizara, como en efecto hubiera ocurrido, dado de una parte, que la consecución real de la partida presupuestal para el financiamiento de las obras adicionales se produjo el 23 de octubre de 1995, mientras que su construcción se había iniciado el 31 de mayo

de 1994, es decir, con anterioridad a un año y cinco meses y de otra que las obras adicionales eran esenciales para levantar la estructura que constituyó el objeto contratado.

So pretexto de la falta de formalización de las obras adicionales por causas imputables exclusivamente a la Administración, no pueden quedar burlados los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones mutuas; mucho menos se puede propiciar el detrimento patrimonial del contratista cuya conducta no fue otra que la de colaborar de buena fe con en el cumplimiento de los fines del Estado, para entregar una obra completamente terminada y a satisfacción de la entidad contratante.

Al respecto conviene destacar el criterio que de tiempo atrás ha tenido la Sala, a propósito de las obras adicionales insatisfechas por parte de la Administración, por inexistencia del contrato adicional debido a su negligencia, el cual hoy se permite reiterar:

*"La administración consintió en la ejecución de las obras que llevó a cabo el contratista, y que una vez construidas e incorporadas al patrimonio de ésta no puede negarse a pagarlas, **porque la negligencia y la incuria de ésta, no permitió oportunamente la firma de un contrato adicional, para sustentar la legalidad de las mismas.** La Sala no patrocina el razonamiento del apoderado de la entidad demandada, que lo lleva a afirmar. **"Por el contrario quien desconoció el principio de la buena fe en la ejecución de este fue el Contratista..."**. Y no la patrocina, pues la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, **situaciones como la que se ha dejado descrita merecen censura y rechazo pues dejan la impresión de que en el manejo de la relación comercial la administración al negarse a pagar las obras construidas, pretende sacar provecho o beneficio a cargo del contratista, generándose por contera un desequilibrio patrimonial que de todos modos debe ser remediado.** Por algo se enseña que nadie puede enriquecerse sin causa, siendo esta figura una de las fuentes de las obligaciones. **La administración debe proceder de buena fe en el momento de suscribir los contratos y a lo largo del cumplimiento de deberes jurídicos.**"⁴
(Resaltados fuera del texto).⁵*

4.- En el presente proceso no existe prueba sobre: i) la realización efectiva de las obras adicionales que se solicita reconocer; ii) el hecho de que las mismas hayan sido realizadas con la aquiescencia de la entidad contratante y que la misma se haya beneficiado con estas; iii) la circunstancia de que la falta de pago y reconocimiento se deba a causas imputables a la entidad contratante.

⁴ Sección Tercera, Sentencia de 11 de julio de 1996, Expediente 9409, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁵ Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007. Expediente. 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469) M.P. Mauricio Fajardo Gómez

5.- Por el contrario, está demostrado que entre las partes se realizó una modificación al contrato que estuvo motivada en el hecho de realizar un ajuste en cuanto a las actividades presupuestadas para asignar recursos a algunas actividades que implicaron mayor cantidad de obra para el contratista y retirar recursos para actividades que por razones presupuestales ya no podrían ser cubiertas. Si el contratista consideraba que existían aspectos que debían ser objeto de reconocimiento, el proceso de balance del contrato para realizar la modificación del mismo era la oportunidad para realizarlo y/o manifestarlo.

De la prueba documental obrante en el proceso se observa que antes de la modificación del contrato no se formuló ninguna reclamación en tal sentido y que la misma fue presentada incluso luego de la liquidación del contrato.

6.- Ahora bien, no está demostrado cuál fue la causa por la que el Contratista debió incurrir en estos mayores costos, pero de la prueba testimonial practicada se colige que esto se debió más a una falta de planeación del contratista que a culpa de la entidad contratante. Adicionalmente, aunque no se demostró exactamente cuál es el origen, cantidad y causa de la realización de estos trabajos, por el planteamiento de las pretensiones el Tribunal entiende que estas se refieren a gastos relacionados con la "ejecución de las obras de interconexión y empates de las cámaras de macromedición a la redes existentes de acueducto" y ya se señaló que estas actividades no tenían un ítem o pago por separado en el contrato al resolver el primer grupo de pretensiones.

7.- Por lo expuesto, el Tribunal negará las pretensiones novena, décima, undécima y duodécimo y décimo tercera de la demanda.

V.- Pretensiones décima cuarta, décima quinta, décima sexta y décima séptima relativas a la realización de los diseños para la construcción de las cámaras de macromedición

1.- Se solicita en la demanda:

- Declarar que la contratista realizó los diseños para la *construcción de las cámaras de macromedición* en los sitios indicados por la EAAB, sin que esto fuera una obligación del contrato suscrito (décima cuarta) y se pague el valor de los mismos (décima quinta).
- Declarar que la contratista realizó los diseños de los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto, sin que esto fuera una obligación del contrato suscrito (décima sexta) y se pague el valor de los mismos (décima séptima).

2.- En el hecho 31 de la demanda, la convocante fundamenta estas pretensiones así:

"La EAAB incumplió su obligación de entregar al contratista los diseños de las cámaras de macromedición, puesto que se limitó a entregar al contratista un listado de direcciones y diámetro de las líneas para los diversos puntos y un esquema típico para ejecutar la construcción de las cámaras de macromedición.

Pero además de ello, ante la ejecución por parte del contratista de las obras de interconexiones y empates de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto (no contemplada dentro de sus obligaciones), el contratista también tuvo que hacer el diseño de tales interconexiones y empates, lo cual no estaba contemplada dentro del contrato, lo que se concluye al no ser una obligación contractual de la Unión Temporal Sectorización Zona 3

Por su parte, la obligación contractual de que los planos fueran entregados al contratista por la EAAB se encuentra en disposiciones como las siguientes:

Invitación No. ECSC-629-2007 capítulo 4 página 45 y 46,

"La ejecución de las obras objeto del proceso debe ser efectuada de acuerdo con los estudios diseños y planos del proyecto de acuerdo a las especificaciones técnicas generales y particulares que se anexan a las condiciones y términos de la invitación y teniendo en cuenta las condiciones técnicas generales. Hacen parte de las condiciones técnicas generales los documentos que se relacionan a continuación: Los estudios, diseños y planos originales del proyecto"

Pliego de condiciones, numeral 4.1.3,

"Los planos, esquemas, normas y especificaciones técnicas particulares correspondientes a las obras que se deben ejecutar para el desarrollo del Contrato, son los descritos en el anexo número 7 "Condiciones Técnicas particulares""

Anexo 7 numeral 1.9.2.1.5 páginas 39 y 94,

"El Contratista construirá una caja en concreto reforzado de las dimensiones y todas las características y detalles indicados en los planos anexos a este documento."

Como los planos no fueron entregados por la EAAB pese a existir tal obligación a su cargo, por instrucciones tanto de la Interventoría como de la Coordinación de la EAAB, el contratista procedió a realizar las investigaciones, diseños y planos para la construcción de las Cámaras de Macromedición. Los diseños realizados fueron aprobados por la Interventoría.

Ante la carencia de los diseños definitivos, las obras no pudieron ser iniciados en la fecha inicialmente prevista, pues los trámites para la obtención de las licencia de excavación y de los permisos de manejo de tráfico P.M.T dependían de la presentación y aprobación de los diseños."

2.- El Tribunal no encuentra probadas las anteriores afirmaciones. En el dictamen pericial técnico se señaló sobre este particular que los *"esquemas típicos de las cámaras suministrados por el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ – E.A.A.B. no se modificaron sustancialmente en su geometría y diseño de las Obras Civiles propiamente, sino que se adecuaron las rutas de las tuberías, dependiendo de los diferentes sitios de la ciudad de Bogotá, D.C. donde se construyeron, de la localización de las diferentes tuberías que llegaban o salían de cada cámara y de las posibles interferencias que se hayan encontrado durante el proceso de investigación de las mismas, mediante la ejecución de apiques"*. Lo anterior quiere significar que no está demostrado que la entidad Contratante no haya suministrado los planos, como era su obligación contractual, si no que la Contratista realizó *un replanteo de las obras*, lo cual estaba comprendido dentro de las obligaciones a su cargo.

3.- Sobre este particular, el testigo Carlos Rivera, informó al proceso:

"(...) Este esquema que se propone por parte del contratista pues tiene que decirnos cómo es que ese esquema geométrico lo va a poner allá en vez de dejarlo sobre la tubería normal de instalación. Cuando él escoge esto, hay que decirle sí señor, lo ve usted también válido, preséntemelo a ver cómo es que lo va hacer y él sencillamente presenta unos esquemas geométricos que la empresa le da un visto bueno y la interventoría dice: está muy bien, procedan a la construcción.

Son unos empates cortos, no llevan normalmente más de 12 – 15 metros de longitud y sencillamente al contratista se le admitió que en vez de manejar esta complejidad de trabajar con una red que está en servicio, porque yo no puede dejar de alimentar esta gente, lo único que puedo hacer es cortarle el suministro y que él haga todo su trabajo aquí; y posteriormente proceda con la construcción de la caja, pero él decide hacerlo de esa manera, para seguridad de él, para facilitarse las cosas y **ya es un tema de qué, de obras complementarias, él lo tiene que hacer, lo tiene que replantear, lo tiene que verificar por interferencias y eso fue lo que normalmente hizo en todos los sitios donde tenía que hacer una obra; construir un paralelo, porque él lo consideró de mayor facilidad constructiva que lo que originalmente se podía hacer que era trabajarlo directamente sobre la línea de distribución.**

Ese es el tema que nos ocupa y él pretende hoy en día a decirme que esto es un diseño, eso no es ningún diseño, ese es un esquema geométrico, si fuera diseño le hubiéramos pedido primero, topografía, segundo, geotecnia, tercero, le hubiéramos pedido planes estructurales, cuarto, planos hidráulicos, empujes, anclajes, cuál es el caudal que manejaron, ni siquiera ellos manejaron un tema de caudal, no conocieron una velocidad porque... simplemente un esquema que reemplazara la línea original, eso era lo que tenían que hacer porque ellos lo escogieron así, lo decidieron así como método constructivo y están totalmente en su derecho de hacerlo porque es el que construye, la empresa simplemente le

aprueba o no le aprueba a través de la interventoría y el coordinador que estuvo pendiente y nosotros.

DR. LONDOÑO: ¿Recuerda usted si el contratista efectuó replanteo de los puntos de la obra?

SR. RIVERA: **Sí el contratista tenía que hacer los replanteos necesariamente para poder ejecutar las obras, es que una de las especificaciones es hacer el replanteo y se llama obras complementarias; él tiene que estar allá pendiente porque no va a instalar, entonces lanza ese baipase ahí, por decir ahí debajo hay redes eléctricas, va a montar ahí mismo a las redes eléctricas? No, no puede, tiene que ponerlo de tal manera que sea su propuesta totalmente claro y real que se pueda construir porque uno no puede ir a dejar una cosa en donde no corresponde, que tal que dejara esa cámara encima de un tubo de alcantarillado, vaya y espiche el tubo de alcantarillado, después yo tengo que levantar toda la obra para poder reparar el tubo de alcantarillado y volver hacer la obra, tenía que hacer su replanteo necesariamente porque esas son las famosas interferencias de las obras.**

DR. LONDOÑO: **¿Puede usted explicarle al Honorable Tribunal, en qué consiste puntualmente desde el área técnica, la actividad de replanteo que tiene el contratista?**

SR. RIVERA: **Estas obras son de corta longitud, el término lo habla claramente, nosotros le llamamos obras evidentes o empates evidentes, en los cuales no admite diseño, si uno hiciera un diseño tendría que excavar, verificar las profundidades, volver a tapar y casi que esa obra que tengo que hacer para verificar qué es lo que hay es lo mismo que tengo que hacer cuando tengo que hacer la obra, para qué hacerlo dos veces.**

Entonces, se dejó especificado cuáles eran los sitios, él tenía acceso a toda la información de la empresa de acueducto, esquinas, planos récord de obra para identificar claramente dónde era que estaban las tuberías y de acuerdo a eso hacer su propuesta de construcción y en su propuesta de construcción, él decide hacer estos baipases que es totalmente válido porque cumple el mismo objetivo y la empresa hizo el pago de todos los accesorios, los codos independientes, las T independientes, las uniones, tal y como especificaba el contrato."

4.- En el Interrogatorio de parte del representante legal de Electrohidráulica se aceptó que dentro de las actividades contratadas estaba "el replanteo de las obras en los sitios que determinara la Empresa de Acueducto debían ejecutarse las obras"

5.- Según los términos de la invitación era obligación del contratista:

a.- Hacer recomendaciones sobre cambios en especificaciones, planos, diseños. Así se señaló en las condiciones técnicas generales:

"4. *CONDICIONES TÉCNICAS GENERALES*
4.1 *CONSIDERACIONES GENERALES*

INFORMES

INFORME FINAL

El CONTRATISTA entregará a la INTERVENTORÍA, al terminar los trabajos, un informe final, cuyo contenido será como mínimo el siguiente:

(...)

Planos, figuras y cuadros representativos del desarrollo de los trabajos.

(...)

Recomendaciones sobre cambios en especificaciones, planos, diseños y soluciones dadas a los problemas más comunes que se presentaron durante el desarrollo del contrato (...).

b.- Realizar las labores de replanteo de la obra:

"4.2.3.1. Servicios preliminares y complementarios

Las labores de replanteo de la obra, investigación de interferencias, exploraciones de campo y ensayos de laboratorio de suelos y elaboración de planos de obra construida, **se regirán por la norma correspondiente del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, estarán a cargo del CONTRATISTA, no tendrán ítem de pago por separado y sus costos deberán estar incluidos en los precios unitarios de los ítems correspondientes o en los gastos administrativos del contrato".**

"1.9.2.1. Generales del proyecto:

(...)

Durante la ejecución de los trabajos el contratista encontrará interferencias que modifican el alineamiento y la ubicación de las obras incluidas dentro del proyecto. Cuando esto se presente, es obligación del Contratista realizar el **replanteo** de las obras y ponerlo a consideración de la interventoría para dar continuidad al desarrollo de los trabajos"

"1.9.2.1.3. Refuerzo de redes:

(...)

Manejo de Interferencias: De conformidad con lo indicado en la especificación técnica EC- 404 Obras Complementarias, durante la ejecución de los trabajos el contratista puede encontrar interferencias que modifican el alineamiento y la ubicación de obras incluidas dentro del proyecto. Cuando esto se presente, es obligación del Contratista **realizar el replanteo de las obras y ponerlo a consideración de la interventoría para dar continuidad al desarrollo de los trabajos.** (...) Todas estas actividades de replanteo y gestión de permisos **no tendrán medida ni pago por separado y deberán ser incluidas dentro de los costos del proyecto"**

c.- Realizar el diseño detallado de los refuerzos y empates de pequeña longitud.

""1.9.2.1.9 Refuerzos y empates menores

Dentro de las obras de optimización se requiere la construcción de refuerzos y empates de pequeña longitud, de estas obras no se efectuó levantamiento topográfico ni diseño detallado, se presenta una descripción de las obras a realizar y (ver anexo de los estudios de sectorización relacionados en el aparte Documentos, planos, esquemas y normas particulares del Anexo 7). Es importante anotar que los esquemas presentados en los anexos fueron realizados a partir del SIG del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ y según planteamiento presentado por los estudios realizados, ninguno de los empates presenta diseño detallado ya que por su corta longitud y dificultad constructiva amerita una investigación detallada de campo a fin de realizar un despiece y cuantificación de obra."

6.- En atención a lo expuesto, para el Tribunal es claro que la convocante no demostró el supuesto de hecho en el que basa las pretensiones relativas al reconocimiento del valor de los diseños por un supuesto *incumplimiento de la EAAB en la entrega de los diseños a su cargo* y por esta razón no es posible acceder a las pretensiones décima cuarta, décima quinta, décima sexta y décima séptima relativas a la realización de los diseños para la construcción de las cámaras de macromedición.

Lo que aparece demostrado en el proceso es que el Contratista realizó el replanteo de las obras y el diseño de los refuerzos y empates de pequeña longitud, actividades previstas en los términos de la invitación y para las cuales no se previó un pago por separado.

VI.- Pretensiones décima octava, décima novena, vigésima, vigésima primera relativas a la mayor permanencia en obra como consecuencia de la modificación No. 1 al contrato.

1.- Se pretende en la demanda:

- Se declare que la contratista tuvo que permanecer *mayor tiempo de ejecución en obras* durante el período de la prórroga en tiempo del modificadorio No. 1, por causas no imputables al contratista (décima octava)
- Que se declare que el demandante incurrió en *mayores costos financieros*, en razón a la mayor permanencia que tuvo que soportar en la obra (décima novena).

- Se pague el valor de los *mayores costos financieros* asumidos por el accionante (vigésima).
- Se pague el AIU correspondiente al 28% sobre *los costos por éste asumidos para la ejecución de las obras los empates e interconexiones* de las cámaras de macromedición a las líneas existentes de acueducto, y por el tiempo de mayor permanencia durante el modificadorio No. 1 del contrato (vigésima primera).

2.- Las pretensiones sobre mayor permanencia en obra se fundamentan en la modificación y prórroga en tiempo del contrato, mediante la modificación No. 1.

Revisados los antecedentes contractuales el Tribunal observa que la modificación al contrato estuvo precedida de una solicitud del contratista en tal sentido. A folio 542 del cuaderno de pruebas No. 5 obra el formato de modificación al contrato, el cual está suscrito por la parte convocante y por el Interventor del contrato y en este documento se establece:

- Que la prórroga fue solicitada por el Contratista, mediante comunicación No. CYR- GR-1890 de fecha julio 3 de 2008 en la que "solicita una ampliación de plazo del contrato de obra por treinta (30) días calendario, argumentando, que se han retrasado por la ejecución de empates y la recuperación de espacio público, debido a los cierres de los botaderos por invierno y la instalación de accesorios adicionales.
- Que las partes hicieron un balance de las cantidades de obra para realizar un ajuste según las necesidades del contratista y de la obra.
- Que dicha modificación no genera reclamaciones ni sobre costos para las partes contratantes.

3.- Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que las pretensiones relativas a la mayor permanencia en obra desconocen la voluntad expresa de las partes, quienes ajustaron las cantidades de obra y señalaron que no habría lugar a sobre costos o reclamaciones por dicha modificación.

4.- La parte convocante no demostró que en dicha manifestación de la voluntad existiera algún vicio que le hiciera perder efectos jurídicos. Tampoco demostró cuáles son las causas no atribuibles a ella que le harían merecedor del reconocimiento de una indemnización por concepto de mayor permanencia en obra.

5.- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado sobre el reconocimiento de mayor permanencia en obra:

“Para definir la invocada responsabilidad contractual de la demandada **por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la mayor permanencia en la obra, resulta necesario determinar las causas de las suspensiones y prórrogas del plazo, la regulación acordada por las partes para esas suspensiones y prórrogas, como también los acuerdos realizados en relación con el pago de los sobrecostos que las mismas generaron.** Cuando la mayor permanencia de la obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de la obra contratada, es procedente incrementar el valor del contrato para pagarlos. Para ello es necesario cuantificar el valor de la obra adicional, incorporando en el precio el porcentaje correspondiente a los costos, imprevistos y utilidad. En tratándose de la mayor cantidad de obra, se toma el valor unitario ofrecido originalmente, que debe comprender esos mismos componentes (AIU) y se multiplica por el número de unidades de obra ejecutadas en exceso. De esta manera se está pagando al contratista los costos en que incurrió por ese incremento en la ejecución de la obra contratada, dentro de los cuales se entienden comprendidos los relativos a los equipos, personal, materiales etc, que utilizó para cubrir esa obligación negocial... **Ahora bien, cuando la mayor permanencia en la obra se produce por otras causas no imputables al contratista, procede, en principio, el reajuste de los precios, con el objeto de reparar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo, en consideración a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda o a la desuetud de los mismos. Lo anterior no obsta para que el contratista demuestre la existencia de perjuicios adicionales, no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales, ni con el reajuste de precios.** Para acreditar esos perjuicios resulta indispensable probar los sobrecostos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos como lo hicieron los peritos, mediante el cálculo del costo día de ejecución del contrato, con fundamento en el valor del mismo, deducido del porcentaje correspondiente al A, del A.I.U. de la propuesta, toda vez que frente a contratos celebrados y ejecutados, estos factores pierden utilidad porque ya existe una realidad contractual que se impone y debe analizarse.⁶

6.- En el presente caso no está demostrado el supuesto de hecho que da lugar el reconocimiento de la indemnización por mayor permanencia en obra, como es su causa. No existe ningún elemento probatorio que permita al Tribunal llegar a un mediano convencimiento sobre cuál pueda ser la causa de la mayor permanencia y tampoco existe certeza sobre la existencia del daño, toda vez que al realizar la modificación al contrato se hizo una modificación de las cantidades de obra para “balancear el contrato”, la cual, suscrita con el beneplácito de ambas partes hace suponer que reparó el posible perjuicio que la prórroga pudo haber causado.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004. Consejero Ponente: Hernández Enríquez, Alier Eduardo

7.- Para el Tribunal los cálculos realizados por el perito técnico sobre el valor de la mayor permanencia en obra no constituyen prueba del perjuicio sufrido toda vez que se trata de cálculos realizados sobre las mismas reclamaciones del contratista que no evidencian la verificación de la existencia real del daño.

8.- Por lo expuesto, el Tribunal negará las pretensiones décima octava, décima novena, vigésima, vigésima primera relativas a la mayor permanencia en obra como consecuencia de la modificación No. 1 al contrato.

VI.- Pretensiones vigésima segunda, vigésima tercera y vigésima cuarta, relativas al hurto de la Estación Hayuelos.

1.- Se solicita en la demanda:

- Declarar, que la firma contratista entregó a la Interventoría la Estación Reductora de Presión de Hayuelos con todos sus elementos, tal como consta en el acta de entrega No. 3 período abril 25 a mayo 24 con fecha de pago 24 de mayo de 2008, ítem 204.1.3 (vigésima segunda) y que a partir de esa fecha la vigilancia y responsabilidad de la misma estaba a cargo de la Entidad contratante y no del contratista (vigésima tercera)
- Se pague a la contratista la suma de \$13.230.587 correspondiente a la suma descontada por la Entidad, *tal como consta en el acta de liquidación del contrato*, por concepto de los elementos que fueron hurtados de la Estación Reductora de Presión de Hayuelos (vigésima cuarta)

2.- En la demanda se solicita el reconocimiento de las anteriores pretensiones con fundamento en los siguientes hechos:

“29.- La Entidad en la liquidación del contrato descontó al contratista la suma de \$13.230.587 por los elementos que fueron hurtados en la Estación Reductora de Presión de Hayuelos, aun cuando tales elementos fueron entregados por el contratista a la Entidad, mediante el acta de obra No. 3 (período de abril 25- mayo 24 de 2008) y la contratante ya los había pagado. Los elementos hurtados fueron: Válvula Reductora de Presión; filtros de 2” del by pass y filtro de 6” de la línea principal; unión dresser de 6”; dos niples de 6”; situación que fue denunciada a la autoridad competente.

30.- Según la Interventoría, los elementos hurtados se encontraban bajo la custodia del contratista, en razón a que no se habían entregado de conformidad a las normas de la Empresa relacionadas en el pliego de condiciones del contrato y sus especificaciones, lo que no es cierto, ya que de acuerdo con la cláusula décima de los datos del contrato de obra No. 1-01-33100-698-2007, el contratista debía

cumplir los plazos parciales contenidos en el programa de trabajo, y de acuerdo con esto, la Interventoría recibía las actividades. La mencionada cláusula dispone:

“El contratista debe cumplir con plazos parciales definidos a partir de un cronograma de entregas de proyectos totalmente terminados, contando el plazo para el mes de entrega a partir de la firma del acta de inicio de la obra. **Las actividades deben estar completamente terminadas y recibidas por la interventoría dentro de los plazos establecidos en el programa de trabajo para su ejecución.**”

“**De conformidad con lo anterior, el contratista deberá ejecutar:**”

“Al finalizar el segundo mes de ejecución del contrato, el contratista deberá haber construido OCHO (8) cajas para macromedidores y tener instalado el 30% de los refuerzos de las redes de acueducto.

“Al finalizar el tercer mes de ejecución del contrato, el contratista deberá haber construido otras SEIS (6) cajas para macromedidores, una (1) de las estaciones reductoras de presión y tener instalado el 50% de los refuerzos de las redes de acueducto.

“Al finalizar el cuarto mes de ejecución del contrato, el contratista deberá haber construido otras SEIS (6) cajas para macromedidores y la segunda (2) estación reductora de presión y tener instalado el 75% de los refuerzos de las redes de acueducto.

“Para el último mes debe entregar la totalidad (100%) de los refuerzos, las SEIS (6) cajas de macromedidores restantes y los planos record de obra.

“En particular, para efectos del control de plazos parciales, una estación reductora de presión sólo se considerará instalada y puesta en funcionamiento cuando la instalación y la delimitación hidráulica de la zona aferente respectiva sean las requeridas para el funcionamiento.”

“El proyecto se considerará totalmente terminado cuando el contratista, además de haber construido la totalidad de tramos y estructuras hidráulicas que lo conforman, y ejecutados sus correspondientes rellenos, retiros de sobrantes y reparaciones en espacio público que se requieran, haya entregado a la interventoría el récord de obra construida de acuerdo con lo estipulado y definido en la especificación técnica respectiva (NS-046). **Esto aplica igualmente para cada uno de los plazos parciales.**” (Destacado)

En cumplimiento de esta cláusula contractual, el recibimiento que hizo la Interventoría de la obra lleva a concluir que la obra estaba terminada, por lo tanto, el recibimiento de la obra por parte del representante del dueño de la obra, traslada el riesgo de la misma a su dueño, y en razón de esto, el hurto efectuado no ha debido ser asumido por el contratista, sino por la Entidad.”

3.- A juicio del Tribunal, la aplicación de la regla del pliego que cita la convocante como fundamento de su pretensión conlleva a negar las pretensiones sobre este aspecto, toda vez que en ésta se señaló que "para efectos del control de plazos parciales, una estación reductora de presión sólo se considerará instalada y puesta en funcionamiento cuando la instalación y la delimitación hidráulica de la zona aferente respectiva sean las requeridas para el funcionamiento" y que el "proyecto se considerará totalmente terminado cuando el contratista, además de haber construido la totalidad de tramos y estructuras hidráulicas que lo conforman, y ejecutados sus correspondientes rellenos, retiros de sobrantes y reparaciones en espacio público que se requieran, **haya entregado a la interventoría el récord de obra construida de acuerdo con lo estipulado y definido en la especificación técnica respectiva (NS-046)**. Esto aplica igualmente para cada uno de los plazos parciales".

4.- Según la prueba testimonial practicada en el proceso, esta entrega (mediante la presentación de los planos record y la verificación del funcionamiento de la estación) sólo se produjo cuando se dieron cuenta de que los elementos de la estación de Hayuelos habrían sido hurtados. Al no haber sido entregados los elementos conforme las reglas del contrato, es claro que el riesgo de la pérdida de los elementos debe ser asumido por el contratista y no por la entidad contratante.

5.- El interventor de la Interventoría, señor Jairo Alberto Gómez Riaño, señaló en el testimonio rendido en el proceso:

"En principio se tenían que hacer 26 cámaras para instalación de macromedidores en concreto, aproximadamente 1.500 metros de refuerzos de tubería y las dos estaciones reductoras de presión, al finalizar el contrato solamente alcanzó la plata para 23 cámaras de macromedición y se hicieron 1.600 metros de refuerzos, se hicieron las dos estaciones reductoras, una en La Paz y otra en Hayuelos, en Hayuelos la interventoría pagó una reductora de presión, cuando yo fui a revisarla, **cuando me entregaron planos record de obra** para ir a recibir las obras por parte de la Empresa, yo como funcionario de la Empresa, resulta que la cámara de Hayuelos estaba llena de agua, dije, cómo voy a revisar, por favor arrégla para verificar que la instalación y operación de esa cámara esté funcionando bien.

"Volvimos a los quince días, abrieron la cámara y no habían válvulas reductoras de presión, se las habían robado, a pesar de que eso tenía una seguridad instalada por el contratista, pero él quería que se la pagaran; le dije, qué pena de la retención en garantía le descuento esta estación porque aquí no está y no puedo irle a decir a la Empresa, es un activo de la Empresa que tengo que figurar allá pero aquí no está; esa es otra de las reclamaciones que tiene el contratista pero como les digo allá no estaba, no se le hizo ninguna prueba de funcionamiento ni de operación, por eso se le descontó al contratista esa obra."

VII.- El principio de buena fe contractual:

1.- Los convocantes fundamentan sus pretensiones en el principio de la buena fé contractual. En los alegatos de conclusión, sobre este principio señalan:

“Elaboración de los términos y condiciones de la invitación pública y principio de la buena fe. Interpretación de los contratos, intención de los contratantes y cláusulas confusas.”

El principio de la buena fe ostenta rango constitucional, y se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Carta Política, en los siguientes términos:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Dicho principio constitucional tal como se ha expuesto, orienta todo nuestro sistema jurídico, siendo extensa su regulación en nuestra legislación, la cual, en materia precontractual y contractual se desarrolla en los artículos 863, 871 del código de comercio y 1603 del código civil, los cuales presentamos a continuación:

“Artículo 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”

“Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

“Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.

Las normas transcritas dejan ver lo imperativo que resulta que el comportamiento precontractual y contractual de las partes se ajuste a los designios del principio de la buena fe, ya que de lo contrario se faltaría a la conducta que deben preservar y acatar las partes dentro del contrato como antes del mismo, lo que a su vez trae consecuencias jurídicas. Sumado a esto, encontramos, que el artículo 863 exige que la buena fe que rige las relaciones precontractuales sea calificada, la cual se asimila a la buena fe profesional, es decir, que de acuerdo a la profesionalidad del agente, así mismo será la exigencia de la buena fe respectiva.

La buena fe calificada tiene mucha relevancia para éste caso, puesto que, la Entidad contratante Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB dada su propia experticie (sic) en la materia debió observar el cuidado necesario en las reglas contenidas en los términos de la Invitación, la cual careció, tal como se narró en los antecedentes, de las correspondientes disposiciones que exigieran y regularan como obligación del contratista e inclusión en su oferta

económica, la ejecución de los empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto.

Así, quien tiene la carga de elaborar los términos de la invitación en forma clara, correcta y precisa es la entidad contratante, dado que es la parte del futuro contrato que contratará y además, porque en virtud del principio de la buena fe exenta de culpa en la parte precontractual, es la parte que tiene el conocimiento y la experiencia de lo que requiere contratar...”

2.- El Tribunal considera que en el presente asunto el principio de buen fe también vincula a los contratistas en la medida que estos tienen la obligación y el deber de formular sus propuestas teniendo en consideración las reglas del proceso de selección y ajustando sus ofrecimientos a las especificaciones técnicas y económicas de los mismos. El deber de responsabilidad exigible a los proponentes en virtud del principio de buena fe contractual implica que se elaboren propuestas ajustadas a las condiciones y términos de referencia y si es el caso se consulte previamente sobre el alcance de estas condiciones, para evitar futuras reclamaciones.

El sentido de la existencia de reglas claras en los procesos de contratación es minimizar los riesgos durante la ejecución del contrato razón por la cual los contratistas también deben ser responsables de no formular ofertas teniendo en cuenta las reglas contractuales.

3.- En este punto se debe resaltar que el proponente y posterior contratista es una persona con acreditada experiencia, razón por la cual también debe asumir las consecuencias de la presentación de ofertas sin tener en consideración las reglas del proceso de selección y sin estructurar adecuadamente la propuesta económica teniendo en cuenta esas reglas.

4.- El contratista conoció en este proceso las especificaciones generales del proyecto y las especificaciones particulares definidas en los términos de la invitación y las normas técnicas SISTEC y la lista de cantidades y precios del contrato, por lo que también tenía la carga de examinar estos documentos para plantear objeciones o constancias que limiten su responsabilidad. Si el contratista no plantea objeciones o constancias durante el periodo precontractual y presenta su propuesta aceptando esas reglas es evidente que también asume los riesgos contractuales derivados de eventuales deficiencias, carencias o errores de los términos de referencia.

VIII.- Sobre la teoría de la imprevisión:

1.- El contratista también apela a la teoría de la *imprevisión*, contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, en virtud de la cual cuando una de las partes

acredite que han ocurrido circunstancias "extraordinarias, imprevistas o imprevisibles", que hagan "excesivamente oneroso el cumplimiento de las prestaciones", el Juez podrá realizar los ajustes que la equidad indique o decrete la *terminación del contrato*.

"Se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde **para la parte obligada** todo sentido y finalidad...

"Consistiendo en un remedio **de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar** y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes amén de lo injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias."⁷

2.- La teoría de la imprevisión, ha sido elaborada bajo los siguientes presupuestos:

a.- Las partes en el contrato tienen intereses propios y contrapuestos que determinaron su celebración. Ambas suscribieron el contrato teniendo en cuenta, desde la perspectiva particular de cada una de ellas, las circunstancias en que el mismo contrato se desarrollaría.

b.- Si bien es cierto que la modificación imprevista de dichas circunstancias le genera perjuicios patrimoniales a una de ellas al cumplir el contrato en la forma en que originalmente se pactó, esos perjuicios no pueden trasladarse a la otra parte, razón por la cual el Juez teniendo en cuenta la situación de las dos partes puede disponer:

- Los reajustes que la equidad indique, los cuales resultan procedentes cuando, por ejemplo, la circunstancia imprevista que hace excesivamente onerosa la prestación de una de las partes hace también excesivamente provechosa la contraprestación de la otra.

- La terminación anticipada del contrato, sin que la demandante, que es la parte afectada por la circunstancia imprevista, se vea abocada a pagar algún tipo de perjuicio como consecuencia de esta medida.

La doctrina anota sobre este punto:

⁷ C.S.J. Sala de casación civil, sentencia del 23 de mayo de 1938.

"<<si en caso de crisis – dice Jèze – se permite a un particular negarse a asumir el cumplimiento de su obligación porque ocasionaría su ruina, **el resultado sería que arrojaría el daño sobre la otra parte, y no tiene derecho de proceder así.** Si entre ellos no se realiza un arreglo amigable, porque a la otra parte le interesa evitar la ruina del deudor, el juez no podrá imponerle al acreedor – sería una arbitrariedad por su parte- una solución que éste rechaza>>"⁸

3.- La jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos de obra, ha precisado:

"Asimismo, tampoco hay certidumbre en la Sala respecto de si, como lo dijo la parte convocada, esas mayores cantidades de obra que, al parecer se habrían presentado, fueron de tal entidad que permitirían dar aplicación a la teoría de la imprevisión, toda vez que no está suficientemente acreditado si el margen de variación en la cantidades de obra finalmente ejecutadas, en relación con aquellas inicialmente estimadas, excedió en magnitud e importancia lo razonablemente previsible tratándose de un proyecto de las características y especificaciones técnicas objeto del contrato en estudio, para lo cual se requieren, sin duda, de estudios científicos, técnicos, financieros y económicos, con los cuales se pueda determinar, con claridad y certeza, en qué circunstancias la ejecución de mayores cantidades de obra resulta imprevisible.

Finalmente, se advierte que tampoco se encuentra probado en el presente caso que la circunstancia imprevista -en el evento de que en efecto se hubiere presentado-, de conformidad con lo que al respecto ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, hubiere afectado de manera grave, anormal y extraordinaria la economía del contrato, toda vez que frente a este aspecto el contratista no aportó soporte alguno, tales como los medios probatorios pertinentes que pudieren acreditar el porcentaje de utilidad, administración e imprevistos esperada por el contratista y cuál fue finalmente la alteración al equilibrio económico del contrato por la ejecución de las mayores cantidades de obra; además, la entidad contratante, según el análisis efectuado al respecto, únicamente procedió a reconocer el valor las mayores cantidades de obra ejecutadas, descontando el porcentaje de utilidad estimado por el contratista -porcentaje, se reitera, que tampoco se encuentra acreditado- pero sin que se hubiere reseñado estudio alguno acerca del verdadero impacto que tales obras hubieren ocasionado en la ecuación contractual de la Unión Temporal."⁹

4.- En el presente proceso no está acreditado el carácter imprevisible que da lugar al restablecimiento del derecho del contratista como consecuencia de la teoría de la imprevisión. Por el contrario, la prueba recaudada en el proceso nos conduce a afirmar que se trató de circunstancias que si bien pudieron afectar la economía del contrato, todas obedecen a situaciones que podrían haber sido previstas por el contratista al momento de presentar su oferta pues surgen propiamente de las

⁸ Gaspar Ariño. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Pág. 301.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 10 de marzo de 2010. Consejero Ponente: Fajardo Gómez, Mauricio

reglas establecidas en los términos de la invitación pública. Ninguna de estas reglas tomó por sorpresa al contratista afectando sus derechos y sus expectativas frente a la ejecución del contrato.

IX.- El dictamen pericial contable:

1.- La parte convocante ha señalado en sus alegatos de conclusión que el perjuicio sufrido está demostrado con el dictamen pericial contable, en el cual se determinó que el Contratista presentó una pérdida de \$618.316.716.

La perito realizó la siguiente precisión en su dictamen sobre la pérdida sufrida por el Contratista:

“Antes de dar respuesta a cada una de las preguntas formuladas en este cuestionario, me permito aclarar a ese Honorable Tribunal, que una cosa es la contabilidad de la Unión Temporal donde están registrados todos los ingresos, costos y gastos realmente ejecutados en el contrato No. 1-01-3310-698-2007, **y otra cosa son los precios pactados que multiplicados por la cantidad de obra ejecutada nos da el total de ingresos para el Consorcio.**

Me explico, de acuerdo con la contabilidad de la Unión Temporal, esta presenta una pérdida acumulada por valor de \$618.316.716.77, calculada así:

CUENTA	VALOR EN \$
INGRESOS OPERACIONALES	1.260.427.256,00
COSTOS	1.503.357.147,00
UTILIDAD BRUTA	-242.929.891,00
GASTOS GENERALES	307.346.670,38
PERDIDA	-550.276.561,38
Más OTROS INGRESOS	2.029.564,25
Menos OTROS EGRESOS	70.069.719,64
PERDIDA DEL CONTRATO	-618.316.716,77

Ver en el anexo No. 1 de éste informe la discriminación por cada una de las cuentas que conforman el Estado de Resultado.

Pero, contablemente no es posible determinar en qué o cuáles ítems o facturas está determinada la pérdida, porque no hay ningún documento de comparación, mientras que en el documento “Balance de cantidades”, donde aparece discriminada las cantidades de obra y su precio unitario, en la contabilidad aparecen es registradas todas y cada una de las facturas de los ítems invertidos en la obra tales como materiales, equipo, transporte, salarios, etc.”

2.- El hecho de que el contrato haya presentado una pérdida en la suma indicada, aspecto que el Tribunal entiende probado a través del dictamen pericial citado, no da lugar al reconocimiento de una indemnización a favor del contratista toda vez que no se ha probado que esa pérdida obedezca a causas no atribuibles al contratista derivadas de la ejecución del contrato. La falta de la demostración del elemento de causalidad hace imposible el reconocimiento contractual.

Corolario de todo lo anteriormente expuesto en los numerales I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y IX, resulta que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, y por ende, no hay lugar a que el Tribunal entre a efectuar pronunciamiento alguno sobre las excepciones propuestas en la contestación a aquella.

X.- Objeción al dictamen pericial técnico:

Procede el Tribunal a resolver la objeción por error grave formulada por el apoderado de la parte convocada al dictamen pericial técnico, para lo cual se precisa:

1.- La regulación de la *objeción por error grave* está prevista en los artículos 238 y 240 del C. de P. C., de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 238. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

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

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

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

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

“ARTÍCULO 241. APRECIACION DEL DICTAMEN. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave.”

2.- A partir de la anterior regulación nuestra jurisprudencia ha concluido que la objeción por *error grave* sólo prospera en casos muy excepcionales y prácticamente la ha limitado a aquellos eventos en los cuales el dictamen versa sobre un objeto *distinto* del que debió versar.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“... 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 (...) pues lo que caracteriza el desacierto de ese linaje y permite diferenciarlo 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 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 (...).”¹⁰

Y la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la misma dirección sostiene:

“... para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, *cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.*

*“En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos...”*¹¹

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto sept. 8/93, Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de noviembre de 2009, ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Expediente No 25000-23-27-000-2004-02049-01(AP)

3.- Siguiendo la anterior orientación jurisprudencial, el Tribunal considera que la objeción por error grave al dictamen pericial no está llamada a prosperar en la medida que los errores alegados no están encaminados a demostrar que el dictamen versó sobre una materia totalmente distinta al objeto examinado. Se trata de cuestionamientos a las conclusiones del perito que tienden más a controvertir la prueba que a dejarla sin efecto y validez en el proceso.

En efecto:

a.- El primer error consiste en cuestionar la conclusión del perito relativa a que "el ítem supuesto de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición no fueron cancelados al contratista".

b.- El segundo error consiste en indicar que el perito concluye que se realizó "el cálculo de los apiques necesarios de ejecutar para la investigación de las interferencias durante la construcción de las interconexiones hechas de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto". Según la convocada lo anterior es una mera deducción que no está soportada toda vez que el perito no encontró evidencia de los lugares en los cuales se realizaron los apiques, ni se encontraron permisos tramitados para realizarlos o similares.

c.- El tercer error, relativo a la elaboración de los diseños de las cámaras de macromedición, es planteado así por el objetante:

"De las afirmaciones dadas por el perito, se evidencia un error al informar al demandante que se debe entrar a calcular el valor para reconocer diseños de cámaras de macromedición y de los empates de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto, mientras que a la parte demandada le indica que no se cuenta con soporte alguno de que las labores adelantadas por el contratista se ajustan a las normas o técnica ingenieril de un diseño y no se existen (sic) documentos de la participación de profesional alguno que fuera el responsable de la elaboración de los mismos, luego no se puede pagar aquello que no ha sido elaborado y de lo que no se tiene evidencia de participación en las obras. De igual manera no puede pretender el contratista exigir un pago de esquemas que eran la base de la elaboración de los planos "As Built", cuando en la información de la desagregación del AIU, el contratista incluyó la ejecución de dicha tarea y al reconocerse a las obras un AIU, se pago cualquier labor relacionada con dicha actividad."

d.- El objetante sustenta el cuarto error así:

"AFIRMACION DEL PERITO

"con relación a la primera parte de la pregunta de aclarar su respuesta a folio 16, en el sentido de explicar de las mayores cantidades de obra referidas, cuál fue su fuente de información para establecer la existencia de las mismas, cómo verificó dichas cantidades (apiques, válvulas, accesorios e instalación de materiales y las demás en comunicaciones citadas), la información fue tomada de los documentos aportados por el Contratista (El subrayado fuera del texto original)".

"por las fechas de las comunicaciones de las mayores cantidades de obra a las que hace referencia el Acta 6, se tuvo noticia en el período de liquidación del Contrato."

"EL ERROR

El perito tiene como la única fuente de información en la que basa sus afirmaciones de la existencia de mayores cantidades de obra, se remiten única y exclusivamente a la documentación presentada por el contratista, no refiere entonces investigación en documentos adicionales que pueden inferir la existencia de los mismos en los archivos de la interventoría, EAAB-ESP, SDM, entre otros, que son los intervinientes en los diferentes tipos de obra supuestamente ejecutadas y no pagadas, tampoco menciona el perito que hubiese efectuado visitas de campo de confirmación de la documentación, investigación de bitácoras de obra, registros fotográficos, etc, por lo que su opinión queda sesgada a la versión presentada por el contratista."

Y solicita un nuevo dictamen para "se efectúe una revisión de la documentación existente en las diferentes fuentes de información que pueden contener datos del desarrollo del contrato, inclusive se ejecute un cruce de las actas parciales de recibo de obra, los planos record, las normas y las especificaciones de la EAAB-ESP, que permiten determinar a que corresponde cada ítem de recibo y confirmarlo contra lo realmente construido"

4.- Como puede observarse ninguno de los anteriores reproches al dictamen tienen la virtualidad de dejarlo sin efectos en el proceso por adolecer de error grave, comúnmente referido a versar sobre un objeto totalmente distinto al cual se decretó.

Distinto es que el Tribunal, en aplicación de los principios de la sana crítica, en el presente Laudo Arbitral haya decidido no acoger algunas de las conclusiones del perito técnico por considerar que no revisten la suficiente rigurosidad y no son convincentes como medio para probar los supuestos de hecho de la convocante.

XI.- Costas:

El Tribunal, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998¹²,

¹² El artículo 171 del C.C.A dispone textualmente: "CONDENA EN COSTAS. <Subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las

su entendimiento y aplicación por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, al encontrar que la conducta procesal de ambas partes ha sido ética, diligente y transparente, se abstendrá de imponer condena en costas, porque su pertinencia en controversias contractuales en las cuales es parte una entidad estatal está condicionada a una actuación temeraria o abusiva.

Se precisa que aunque el contrato que dio origen a la presente controversia se rige por el derecho privado, en atención a lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A. toda vez que las controversias en las que es parte la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, si no existiera la competencia excepcional de la jurisdicción arbitral, deberían ser conocidas por la jurisdicción contenciosa, resultan aplicables las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y no las del Código de Procedimiento Civil. Por esta razón el Tribunal, en materia de costas da aplicación al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias surgidas entre ELECTRO HIDRÁULICA S.A. Y DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES Y C&R LTDA EN LIQUIDACIÓN y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB, administrando justicia por delegación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Acceder a la pretensión primera de la demanda y en consecuencia declarar que la firma contratista ejecutó las obras de empates e interconexiones de las cámaras de macromedición a las redes existentes de acueducto dentro del contrato No. 1-01-33100-698-2007.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima, duodécima, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima, décima octava, décima novena, vigésima, vigésima primera, vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta y vigésima quinta, contenidas en la demanda arbitral.

partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: Abstenerse, en consecuencia, de pronunciarse sobre las excepciones planteadas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, denominadas inexistencia del derecho que se pretende, inaplicabilidad del principio del artículo 868 del Código de Comercio, negación plena del derecho acusado e inexistencia de la obligación

CUARTO: Declarar no probada la objeción por error grave formulada al dictamen pericial por el apoderado de la parte convocada. En consecuencia, con fundamento en el numeral 4 del artículo 239 del C.P.C. se ordena a las partes el pago de los honorarios decretados a favor del perito MAURICIO ESCALANTE.

QUINTO.- Abstenerse de proferir condena en costas.

SEXTO.- Declarar causado el saldo final de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente del Tribunal efectuará los pagos correspondientes.

SÉPTIMO.- Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

OCTAVO.- Ordenar al Presidente del Tribunal la protocolización del presente Laudo en una Notaria del Círculo de Bogotá.

NOVENO.- Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Los árbitros,

MARCO TULLIO GUTIÉRREZ MORAD
Árbitro Presidente

SOLMARINA DE LA ROSA FLOREZ
Árbitro

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE
Árbitro

La Secretaria,

ALEXANDRA QUINTERO FAJARDO