

## **LAUDO ARBITRAL**

**EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ  
ESP – EAAB ESP**

**CONTRA**

**COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.**

## I. ANTECEDENTES

### 1. Constitución, Instalación y Desarrollo del Tribunal de Arbitraje

- 1.1 El veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010), mediante apoderado judicial especial, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., en adelante EAAB o la Convocante, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitraje para dirimir las controversias surgidas con Comercializadora Ferlag Ltda., en adelante FERLAG o la Convocada, con ocasión del presunto incumplimiento de estipulaciones y de obligaciones derivadas del Contrato de Suministro No. 1-06-14500-605-2008 de cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008), en adelante el Contrato.

En el caso de la Demanda Principal, se alega que la Convocada desconoció el negocio jurídico, por cuanto no entregó los pedidos de bienes y elementos materia de suministro dentro de los plazos pactados; algunos de ellos solamente fueron puestos a disposición de la Entidad en forma parcial; faltó a la debida estructuración del Sistema de Gestión de Calidad; no lo corrigió conforme a los requerimientos; no aplicó las mejoras dispuestas por la interventoría; tampoco entregó completos los certificados de calidad de los bienes suministrados, y sustituyó la marca de algunos productos, sin autorización de la Contratante.

Por su parte, la Demanda de Reconvención sostiene haber la EAAB incumplido sus obligaciones contractuales, en cuanto “*resolvió*” el negocio jurídico; declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la garantía única, y ordenó la liquidación de aquel, mediante acto administrativo de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), sin acudir previamente a los mecanismos establecidos en la Cláusula Compromisoria; haberse fundado para el efecto en el artículo 1546 del Código Civil, con desconocimiento del artículo 973 del Código de Comercio, de su Manual de Contratación, y del Contrato mismo.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 33 y 166 a 177 del Cuaderno Principal número 1

- 1.2 Con la demanda se acreditó la existencia de pacto arbitral entre las partes, contenido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Suministro No. 1-06-14500-605-2008 de cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008)<sup>2</sup>.
- 1.3 Los árbitros fueron elegidos mediante sorteo realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.<sup>3</sup>
- 1.4 El Tribunal fue instalado en audiencia celebrada el treinta y uno (31) de mayo de dos mil diez (2010).<sup>4</sup>
- 1.5 Mediante Auto número 2, dictado en la audiencia celebrada el nueve (9) de junio de dos mil diez (2010), el Tribunal dispuso la admisión de la demanda<sup>5</sup> y aceptó el llamamiento en garantía formulado por la EAAB a Seguros del Estado S.A., en condición de garante de las obligaciones contractuales. Al término de la misma audiencia, se notificó personalmente el auto admisorio de la demandada a la señora representante del Ministerio Público, designada para el trámite.
- 1.6 La parte demandada fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda el veintiocho (28) de junio de dos mil diez (2010), por intermedio de su apoderado judicial<sup>6</sup>. Dentro del término legal contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formuló excepciones de mérito y presentó demanda de reconvención.
- 1.7 La sociedad llamada en garantía, Seguros del Estado S.A., manifestó no adherirse, ni coadyuvar expresa ni tácitamente el Pacto Arbitral contenido en la Cláusula Compromisoria estipulada como Décimo Séptima del Contrato de Suministro, mediante escrito presentado por su apoderado judicial el treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010), en cuyo texto solicitó, además, su desvinculación del proceso.
- 1.8 En audiencia celebrada el primero (1º) de septiembre de dos mil diez (2010), el Tribunal dispuso continuar el trámite del proceso sin la intervención de Seguros del Estado S.A., y admitió la demanda de reconvención.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Folio 2 del Cuaderno de Pruebas número 1

<sup>3</sup> Folio 82 del Cuaderno Principal número 1

<sup>4</sup> Folios 103 a 105 del Cuaderno Principal número 1

<sup>5</sup> Folios 123 a 129 del Cuaderno Principal número 1

<sup>6</sup> Folio 130 del Cuaderno Principal número 1

<sup>7</sup> Folios 207 a 210 del Cuaderno Principal número 1

- 1.9 La EAAB contestó la demanda de reconvención oportunamente<sup>8</sup> y propuso excepciones a las pretensiones de la misma, de las cuales se corrió traslado, conjuntamente con las propuestas por FERLAG contra la demanda principal, mediante fijación en lista.
- 1.10 Solamente la parte reconviniendo recorrió el traslado de las excepciones de mérito, lo que hizo en tiempo<sup>9</sup>.
- 1.11 Desde el veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010)<sup>10</sup> hasta el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011), por solicitud de ambas partes y con la anuencia del Ministerio Público, se adelantó la etapa de conciliación, de la que resultó un acuerdo conciliatorio.<sup>11</sup>
- 1.12 La Procuraduría rindió concepto adverso en torno a sus términos.<sup>12</sup>
- 1.13 En audiencia celebrada el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil doce (2012) se declaró fracasada la etapa de conciliación del trámite arbitral y se fijaron los gastos y honorarios del proceso, cuyo monto fue entregado en tiempo por EAAB a la Presidente del Tribunal.
- 1.14 Nuevamente las partes presentaron al Tribunal acuerdo conciliatorio con fecha veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012)<sup>13</sup>. Examinado su texto por el Tribunal y analizados los argumentos de la señora Agente del Ministerio Público, quien se opuso de nuevo al acuerdo celebrado entre las partes, éste fue improbadado mediante Auto número veintisiete (27) de quince (15) de agosto de dos mil doce (2012).<sup>14</sup>
- 1.15 El cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012) se llevó a cabo la primera audiencia de trámite<sup>15</sup>, diligencia en la que se notificó el auto mediante el cual el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir la controversia y se decretaron pruebas.

---

<sup>8</sup> Folios 214 a 224 del Cuaderno Principal número 1

<sup>9</sup> Folios 226 a 232 del Cuaderno Principal número 1

<sup>10</sup> Folios 237 a 239, 253, a 255, 264 a 265, 271 a 272, 275 a 277, 322 a 323, 332 a 334, 347 a 348, 353 a 357, 359 a 365 del Cuaderno Principal número 1

<sup>11</sup> Folios 278 a 291 del Cuaderno Principal número 1

<sup>12</sup> Folios 293 a 321 del Cuaderno Principal número 1

<sup>13</sup> Folios 419 a 426 del Cuaderno Principal número 2

<sup>14</sup> Folios 433 a 435 del Cuaderno Principal número 2

<sup>15</sup> Folios 436 a 446 del Cuaderno Principal número 2

- 1.16 Todas las pruebas solicitadas por las partes, no desistidas, fueron debidamente practicadas, como lo reconocieron expresamente sus apoderados judiciales en el Acta número 32, correspondiente a la audiencia celebrada el dieciocho (18) de febrero de dos mil trece (2013)<sup>16</sup>. Precisamente por ello, en el curso de la misma se declaró terminada la etapa probatoria y se señaló fecha para presentar alegatos de conclusión.
- 1.17 El diecinueve (19) de marzo de dos mil trece (2013) tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión<sup>17</sup>. En ella, cada una de las partes entregó escrito con sus respectivos alegatos, y sus apoderados presentaron una síntesis de su contenido. Además, se fijó el dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013) para llevar a cabo la audiencia de laudo.
- 1.18 El cinco (5) de abril de dos mil trece (2013), según fue ordenado por el Tribunal, la representante del Ministerio Público presentó sus alegatos de conclusión.

## 2. El Pacto Arbitral y la Competencia del Tribunal

- 2.1 El pacto arbitral está contenido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Suministro No. 1-06-14500-605-2008, celebrado el cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008), cuyo texto es del siguiente tenor:

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

- 2.2 En audiencia realizada el cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012)<sup>18</sup>, el Tribunal se declaró competente para conocer la controversia, por considerar que tanto las pretensiones contenidas en la demanda principal, como en la demanda de reconvención, lo mismo que la oposición a tales pretensiones, expuesta en los correspondientes memoriales de contestación a una y otra,

---

<sup>16</sup> Folios 473 a 476 del Cuaderno de Principal número 2

<sup>17</sup> Folios 477 a 479 del Cuaderno Principal número 2

<sup>18</sup> Folios 436 a 442 del Cuaderno Principal número 2

son susceptibles de resolución por Tribunal de Arbitraje, ya que se encuentran dentro del marco de la cláusula compromisoria pactada y, además, tal como fueron planteadas por las partes, conciernen a asuntos de naturaleza económica o patrimonial, susceptibles de disposición y transacción, a propósito de una relación jurídica contractual específica, singular y concreta.

- 2.3 Como se pactó en la Cláusula Compromisoria, el Laudo se profiere en derecho.
- 2.4 La decisión de la controversia tiene lugar en término, toda vez que para la fecha de la presente providencia han transcurrido únicamente ciento doce (112) días desde la finalización de la primera audiencia de trámite, teniendo en cuenta las suspensiones solicitadas por las partes y decretadas entre esa oportunidad y la fecha de la presente decisión.

### 3. **Las pretensiones formuladas en la demanda principal**

Las formuladas por la convocante en la demanda principal son las siguientes:

*"1. Que se declare el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de suministro No. 1-06-14500-605-2008 suscrito entre la EAAB ESP y COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA., por los hechos descritos en la demanda.*

*"2. Que en virtud de la declaración anterior, se ordene el pago de la cláusula penal pactada dentro del contrato en la Cláusula Octava (8ª) Numeral 1, por el 20% del valor total del contrato, en una suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHENTA Y DOS (\$486.243.082.00) valor que corresponde a la liquidación anticipada de perjuicios pactada por las partes como remanente sin pago de la cláusula penal pactada, según el balance financiero del contrato que se analiza dentro de los hechos de la demanda.*

*"3. Se ordene la liquidación del contrato con la condena en intereses de mora a la tasa máxima legal pactada por las partes en la Cláusula Quinta (5ª) del contrato, que corresponde al interés bancario corriente vigente, certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre el valor neto a pagar.*

*"4. Se condene a la demandada y/o su garante, al pago de las costas, gastos y agencias en derecho que se generen dentro del presente trámite." (Sic)*

#### **4. Los hechos en que se fundamenta la demanda principal**

Según su texto, las pretensiones de la demanda principal se sustentan en los siguientes:

- 4.1 El cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008), la EAAB y FERLAG suscribieron el Contrato de Suministro No. 1-06-14500-605-2008, con el objeto de *"Contratar bajo el esquema de outsourcing por el sistema de precios unitarios con ajuste, los suministros de papelería, impresión, útiles de escritorio, suministro para equipos de oficina, así como los suministros de aseo, cafetería, artes gráficas y productos ocasionales, con el fin de atender las necesidades básicas del Acueducto de Bogotá, de acuerdo con las especificaciones que se establecen en las condiciones y términos de la invitación"* (Sic), por un valor de dos mil ochocientos cuarenta y cinco millones setecientos ocho mil ciento veintitrés pesos (\$2.845.708.123), IVA incluido, y con un plazo de ejecución de veinticuatro (24) meses, o hasta que se agotara el presupuesto.
- 4.2 El catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008) comenzó la ejecución del citado Contrato, según consta en Acta de Inicio.
- 4.3 Desde el mes de diciembre de dos mil ocho (2008), la Interventoría informó a la EAAB acerca del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, particularmente, las concernientes a la entrega de pedidos dentro de los plazos pactados, circunstancia que habría ocasionado serios inconvenientes para el desarrollo de las actividades y funciones de la EAAB.
- 4.4 Con ocasión de tales incumplimientos se requirió al contratista en repetidas oportunidades, con el fin de que satisficiera las prestaciones pactadas, mediante los oficios distinguidos con los números 1451001-2008-0919 del primero (1º) de diciembre, 1451001-2008-0979 del dieciséis (16) de diciembre, 1451001-2008-0997 del veintidós (22) de diciembre, todos de dos mil ocho (2008), 1451001-2009-0018 del trece (13) de enero y 1451001-2009-0054 del 23 de enero, ambos de 2009, y los correos electrónicos

fechados el veintitrés (23) y el veintinueve (29) de enero, también de dos mil nueve (2009).

- 4.5 La Interventoría puso en conocimiento de SEGUROS DEL ESTADO S.A., garante del Contrato, los referidos incumplimientos, mediante los oficios Nos. 4510012009-0263 del dieciocho (18) de marzo y 1451001-2009-0401 del veintisiete (27) de abril de dos mil nueve (2009).
- 4.6 El diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008), FERLAG radicó en la EAAB ESP comunicación en la que expresa no haber incumplido sus obligaciones, entre ellas, las relacionadas con el Sistema de Gestión de Calidad – Proceso Interventoría, ni con el despacho de los pedidos de la Empresa, los cuales -en su criterio- se llevaron a cabo conforme a las directrices impartidas por la Interventoría. Al respecto, esta última precisó que tales directrices estaban relacionadas con el cumplimiento de los plazos fijados en el Capítulo 4º de las Condiciones Técnicas Generales del Contrato, y con el deber de cumplir el Sistema de Gestión de Calidad - Proceso Interventoría, establecido por la EAAB.
- 4.7 En el mes de diciembre de dos mil ocho (2008), la EEAB citó al Representante Legal de FERLAG a una reunión destinada a tratar los inconvenientes que se presentaban en la ejecución del Contrato, invitación que no fue atendida. Posteriormente se surtió reunión con personal del Contratista, en la que sus representantes se comprometieron a cumplir los requisitos establecidos en el Plan de Calidad y a satisfacer los demás compromisos adquiridos con la suscripción del Contrato, sin que ello hubiera ocurrido.
- 4.8 En enero de dos mil nueve (2009), la Interventoría hizo un llamado de atención al Contratista, por haber entregado productos de marcas diferentes a las pactadas. Sobre este particular, aquel respondió que era la única manera de cumplir con la entrega de los elementos solicitados en forma ágil y oportuna.
- 4.9 En el Informe de Evaluación presentado por la Interventoría, contenido en Memorando No. 1451001-2009-0563 del dieciséis (16) de junio de dos mil nueve (2009), se detallaron los pedidos pendientes de entrega y se dictaminó que el Contratista *“no ha entregado las últimas correcciones solicitadas al Plan de Calidad versión 1; así como tampoco ha desarrollado las*



*oportunidades de mejora solicitadas, ni ha entregado un plan de mejoramiento para los evidentes problemas que se vienen registrando en la ejecución del contrato". (Sic)*

- 4.10 Por las anteriores razones, la Interventoría recomendó al Ordenador del Gasto la aplicación de multa de apremio, que se tasó en la suma de cinco millones setecientos doce mil seiscientos tres pesos (\$5.712.603), resultantes de aplicar el uno punto cinco por ciento (1.5%) al valor de los compromisos incumplidos, multiplicado por cada semana de atraso, como lo estipula la Cláusula Novena del Contrato.
- 4.11 A pesar de la aplicación de la citada multa de apremio, que se hizo efectiva el dos (2) de julio de dos mil nueve (2009), la Interventoría comunicó a la EAAB que para el siete (7) de julio del mismo año continuaban los incumplimientos en la ejecución del Contrato y remitió los soportes que sustentaban su afirmación, todo mediante el Segundo Informe de Ejecución.
- 4.12 Nuevamente la Interventoría recomendó la aplicación de multa de apremio, cuyo valor tasó en cuatro millones veintitrés mil cuatrocientos diez y siete pesos (\$ 4.023.417), resultado de aplicar el uno punto cinco por ciento (1.5%) al valor de las prestaciones incumplidas, multiplicado por cada semana de atraso, con arreglo a la Cláusula Novena del Contrato.
- 4.13 Esta segunda multa fue impuesta mediante Oficio No. 1451001-2009-0651 del diecisiete (17) de julio de dos mil nueve (2009).
- 4.14 Como la EAAB no advirtió acciones efectivas del Contratista, encaminadas a superar los incumplimientos, decidió hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento No.17-44-101021588, expedida por Seguros del Estado S.A., para amparar la satisfacción de las obligaciones contractuales y solicitar el pago de la cláusula penal pecuniaria al Contratista y a su garante. Además, estimó definitivo el incumplimiento de las obligaciones contractuales, razón por la cual dispuso la terminación y liquidación anticipada del Contrato.
- 4.15 En reiteradas ocasiones, la EAAB remitió comunicaciones a Seguros del Estado S.A. para informarla acerca del incumplimiento contractual de FERLAG.

- 4.16 Para la Empresa, el incumplimiento definitivo del Contratista quedó establecido por cuanto en los meses de junio, julio, agosto y septiembre de dos mil nueve (2009) se presentaron entregas atrasadas e incompletas de los pedidos.
- 4.17 Según evaluación de la Interventoría acerca del incumplimiento definitivo del Contrato, la Convocada no realizó entregas oportunas de los bienes y elementos pedidos por la EEAB sino en el dieciséis por ciento (16%) de los casos, al punto que al corte del catorce (14) de septiembre de 2009, había mercancía sin entregar, por valor de ciento quince millones seiscientos veintiséis mil doscientos cuarenta y nueve pesos (\$115.626.249).
- 4.18 A juicio de la Interventoría, las dos (2) multas aplicadas a FERLAG para apremiar la satisfacción oportuna de obligaciones y compromisos contractuales no surtieron efecto, pues para la fecha del Informe no se había presentado un plan de mejoramiento que permitiera apreciar las acciones correctivas y preventivas que debía emprender el Contratista para superar la situación de incumplimiento.

## 5. Oposición contenida en la contestación de la demanda principal

Dentro de la oportunidad legal, FERLAG se opuso a las pretensiones de la demanda arbitral, sobre la base de que las mismas carecían de fundamento de hecho y de derecho. Formuló como excepciones perentorias las que denominó "*Inexistencia de Incumplimiento Grave por Parte de Comercializadora Ferlag*", "*Falta de Competencia de la EAAB para Declarar la Terminación Unilateral Del Contrato*" y "*Falta de Proporcionalidad respecto de la Cuantía de la Cláusula Penal Pecuniaria*".

## 6. Las pretensiones de la demanda de reconvencción

La parte reconviniente formuló las siguientes:

"PRETENSIÓN PRIMERA:

"Que se **DECLARE** que la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, E.S.P.**, emitió un acto administrativo con la expedición del documento de fecha 27 de octubre de 2009 suscrito por Raúl Ernesto Vargas Solano en calidad de Director de

*Servicios Administrativos, en el que decidió, luego de una amplia motivación, declarar la ocurrencia de un siniestro; reservarse el derecho de cobrar perjuicios y resolver y liquidar el contrato **1-06-14500-605-2008**.*

"PRETENSIÓN SEGUNDA:

**"A.-** Que se **DECLARE** que la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, E.S.P., INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES** al desconocer mediante acto administrativo del 27 de octubre de 2009 dirigido a Comercializadora Ferlag Ltda., y a la garante, Seguros del Estado, la cláusula decimo séptima del contrato "COMPRIMISORIA" pues amparada en una aparente legitimidad emanada del artículo 1546 del Código civil, resolvió en el acápite "DECISIONES" de dicho escrito, numeral 3: "...**SE PROCEDE A LA RESOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 1-06-14500-605-2008**, conforme el siguiente **BALANCE...**" con lo cual, pretendió evitar las: "...controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante los mecanismos de solución directa...", asuntos referidos en dicha cláusula compromisoria.

**"Bº.** Que, en virtud de lo anterior, se **CONDENE** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, E.S.P.,** a reconocerle a la sociedad demandante las sumas de dinero que resulten probadas en el proceso, debidamente actualizadas.

"PRETENSIÓN TERCERA

**"A.-** Que se **DECLARE** que la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, E.S.P., INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN E INFORMACIÓN** causando el denominado **"daño a la confianza"** en el marco de situaciones bajo la esfera de su control directo, al incumplir con lo acordado en la cláusula décima "PENAL PECUNIARIA" por cuanto en la misma se indica que: "El pago de la pena no extingue para EL PROVEEDOR el cumplimiento de la obligación principal.", comportamiento que no fue permitido por la EAAB al Proveedor al negarse a recibir los pedidos luego de declarar unilateralmente la resolución anticipada del contrato a través de acto administrativo, a sabiendas además que debía acudir, como ahora pretende, a Tribunal Arbitral para ello.

**"Bº.** Que, en virtud de lo anterior, se **CONDENE** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, E.S.P.**, a reconocerle a la sociedad demandante las sumas de dinero que resulten probadas en el proceso, debidamente actualizadas.

"PRETENSIÓN CUARTA

"Que con base en los reconocimientos anteriores se proceda a **LIQUIDAR EL CONTRATO**, incluyendo los mismos y su correspondiente costo de oportunidad.

"PRETENSIÓN QUINTA

Que sobre todas las sumas reconocidas en las pretensiones principales segunda y tercera, se **ORDENE** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, E.S.P.**, liquidar y pagar los intereses que se causen a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral que ponga fin a este proceso, tal como lo prescribe la Ley 446 de 1998.

"PRETENSIÓN SEXTA

"Que se **CONDENE** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, E.S.P.**, al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de proferirse el Laudo Arbitral que ponga fin a este proceso.

"PRETENSIÓN SÉPTIMA

"Que se **ORDENE** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, E.S.P.**, a dar cumplimiento al Laudo Arbitral dentro de un término no mayor de treinta (30) días calendario, contados a partir de su fecha de ejecutoria.

"PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN PRIMERA:

Única y exclusivamente en el evento que el Tribunal no considere que la decisión y contenido en general del documento de octubre 27 de 2009 tantas veces citado, corresponde a un acto administrativo como se indica en la primera de las pretensiones, se solicita al Tribunal **DECLARAR** que la resolución unilateral de contrato allí contenida, violó lo establecido en el contrato **1-06-14500-605-2008.**" (Sic)

## **7. Los hechos en que se fundamenta la demanda de reconvencción**

La demandante en reconvencción sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

- 7.1 El cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008), la EAAB y FERLAG suscribieron el Contrato de Suministro No. 1-06-14500-605-2008, con el objeto de *"Contratar bajo el esquema de outsourcing por el sistema de precios unitarios con ajuste, los suministros de papelería, impresión, útiles de escritorio, suministro para equipos de oficina, así como los suministros de aseo, cafetería, artes gráficas y productos ocasionales, con el fin de atender las necesidades básicas del Acueducto de Bogotá, de acuerdo con las especificaciones que se establecen en las condiciones y términos de la invitación"*, por valor de dos mil ochocientos cuarenta y cinco millones setecientos ocho mil ciento veintitrés pesos (\$2.845.708.123), IVA incluido, y con un plazo de ejecución de veinticuatro (24) meses, o hasta que se agotara el presupuesto". (Sic)
- 7.2 El catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008) comenzó la ejecución del citado Contrato, como consta en Acta de Inicio.
- 7.3 En el texto del Contrato No. 1-06-14500-605-2008 se estipularon, entre otras, las siguientes cláusulas: (i) Décima: *"PENAL PECUNIARIA"* la cual señala, entre otros aspectos, que: *"...El pago de la pena no extingue para EL PROVEEDOR el cumplimiento de la obligación principal."*, esto es, del suministro de bienes a los que se refiere la Cláusula Primera del mismo Contrato y el Anexo Datos del Contrato. (ii) Décima Sexta *"RÉGIMEN LEGAL"* que indica: *"El contrato se rige en general por las normas civiles y comerciales vigentes, salvo en los aspectos particularmente regulados por el Manual de Contratación del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ."* (iii) Décima Séptima *"COMPROMISORIA"* que señala: *"Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante los mecanismos de solución directa de controversias serán sometidos a un Tribunal de Arbitramento, quien decidirá en derecho, el cual será integrado..."*. (Sic)
- 7.4 La Resolución 0088 de 2007, modificatoria de la distinguida como 1016 de 2005, regula o contempla el Manual de Contratación de la Entidad.

- 7.5 En lo referente a las cláusulas excepcionales, el artículo 10 de la Resolución 0088 modificó el 21 de la 1016, y dispuso que se atenderá lo previsto en el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, el cual, a su vez, modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, indicando que los contratos celebrados por empresas como la EAAB (ESP) no estarán sujetos al estatuto de contratación general del estado.
- 7.6 En el mismo sentido, el artículo 6 de la Resolución 0088 de 2007 indicó que en relación con los términos de referencia, estos deberán señalar con claridad, entre otras, las cláusulas sancionatorias que contendrán los contratos de la EAAB.
- 7.7 La EAAB incumplió sus obligaciones contractuales, (i) al resolver el contrato suscrito con FERLAG sin acudir previamente a los mecanismos establecidos en la cláusula compromisoria; (ii) al utilizar como fuente o base legal para hacerlo, el artículo 1546 del Código Civil, desconociendo, no solamente lo establecido en su Manual de Contratación y en el Contrato mismo, sino lo señalado en el artículo 973 del Código de Comercio, que dispone: *“El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las pretensiones, conferirá el derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando este incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.”* (Destacado y Subrayado)
- 7.8 La EAAB debía demostrar ante el Tribunal de Arbitramento y no unilateralmente, como lo hizo el veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), que se le ocasionaron perjuicios graves con el presunto incumplimiento, lo cual no demostró, ni entonces, ni ahora, simplemente porque no existieron, o, a probar que era del tal magnitud que mermaba su confianza, lo cual no era posible toda vez que lo requerido en desarrollo de la ejecución contractual fue del orden de mil ciento sesenta y un millones quinientos cuarenta y ocho mil trescientos diecinueve pesos (\$1.161.548.319) y lo que se despachó y entregó fue del orden del mil ciento diecinueve millones trescientos dieciocho mil doscientos sesenta y tres pesos (\$1.119.318.263), y esto sin tener en cuenta los despachos no recibidos por la EAAB luego de la decisión unilateral del veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009).

7.9 La EAAB debió convocar este Tribunal Arbitral antes de tomar la determinación unilateral de terminar el Contrato, pues no tenía razón legal para hacerlo desconociendo la cláusula compromisoria, y mucho menos si se tiene en cuenta que tampoco se configuraron las razones existentes en el Código de Comercio.

7.10 Además de lo anterior, debió, en virtud de lo establecido en el propio contrato, continuar recibiendo la mercancía del proveedor, hasta que el Tribunal emitiera su laudo, lo cual tampoco realizó, y, contrario a ello, con la decisión unilateral de terminar el contrato y ordenar su liquidación, causó perjuicios graves a FERLAG.

## **8. La oposición contenida en la contestación de la demanda de reconvencción**

Por su parte, la EAAB se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvencción y formuló como excepciones las que denominó: "*Inexistencia de la Pretensión*"; "*Negación Plena del Derecho Acusado*" e "*Inexistencia Probada Del Daño*". (Sic)

## **9. Las pruebas decretadas y practicadas**

Todas las pruebas solicitadas por las partes en sus respectivos escritos fueron decretadas, como se detalla a continuación:

9.1 Documentales aportadas por ambas partes.

9.2 Dictamen pericial a cargo de contador público, que fue rendido por la profesional Gloria Zady Correa Palacio, respecto del cual se surtió el trámite de aclaración y complementación y, además, fue objetado por la convocada.<sup>19</sup>

9.3 Se surtió el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad FERLAG<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Folios 292 a 325, 357 a 408 del Cuaderno de Pruebas número 2

<sup>20</sup> Su transcripción obra a folios 349 a 352 del Cuaderno de Pruebas número 1

- 9.4 Se recibieron los testimonios de los señores Paula Rojas Arbeláez, María del Carmen Ome, Yoni Vega<sup>21</sup> y Raúl Ernesto Vargas Solano<sup>22</sup>. Respecto de los testimonios de Cesar Luna, Wilson Susatama y Fredy Velásquez, FERLAG, solicitante de la prueba, desistió de su práctica<sup>23</sup>.
- 9.5 Adicionalmente, FERLAG desistió de la práctica de la inspección judicial solicitada en la sede de EAAB y, en su lugar, fueron aportados por dicha Empresa los documentos correspondientes a la actuación contractual, circunstancia que permitió tener por satisfecho el objeto de la inspección.<sup>24</sup>

## 10. Oportunidad de Conciliación

Desde el veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010)<sup>25</sup> hasta el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011), se adelantó entre las partes la etapa de conciliación, de la que resultó un acuerdo conciliatorio.<sup>26</sup> No obstante, la Procuraduría rindió concepto adverso en torno a sus términos.<sup>27</sup> En audiencia celebrada el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil doce (2012) se declaró fracasada la etapa de conciliación del trámite. Sin perjuicio de lo anterior, nuevamente las partes sometieron al Tribunal un acuerdo conciliatorio el veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012)<sup>28</sup>, que, una vez examinado y analizados los argumentos del Ministerio Público para sustentar su inconformidad, fue igualmente improbadado mediante Auto número veintisiete (27) de quince (15) de agosto de dos mil doce (2012).<sup>29</sup>

## 11. Las alegaciones de las partes

El dieciocho (18) de febrero de dos mil trece (2013) se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión. A cada una de las partes se le concedió término igual para que resumieran sus respectivas alegaciones. Al finalizar dicha audiencia, sus apoderados judiciales entregaron sendos escritos de alegatos, que fueron

---

<sup>21</sup> Sus transcripciones obran a folios 332 a 347 del Cuaderno de Pruebas número 1

<sup>22</sup> Su transcripción obra a folios 412 a 416 del Cuaderno de Pruebas número 1

<sup>23</sup> Folios 451 a 456 y 461 a 463 del Cuaderno Principal número 2

<sup>24</sup> Folios 473 a 476 del Cuaderno de Principal número 2

<sup>25</sup> Folios 237 a 239, 253, a 255, 264 a 265, 271 a 272, 275 a 277, 322 a 323, 332 a 334, 347 a 348, 353 a 357, 359 a 365 del Cuaderno Principal número 1

<sup>26</sup> Folios 278 a 291 del Cuaderno Principal número 1

<sup>27</sup> Folios 293 a 321 del Cuaderno Principal número 1

<sup>28</sup> Folios 419 a 426 del Cuaderno Principal número 2

<sup>29</sup> Folios 433 a 435 del Cuaderno Principal número 2



incorporados al expediente. Por su parte, el Ministerio Público también presentó sus alegaciones.

## **II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **1. La prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales**

Procede el Tribunal a analizar la prueba aportada al proceso, fundamentalmente la de carácter documental, destinada a demostrar el incumplimiento de las prestaciones contractuales a cargo de la Convocada.

Previamente al mencionado ejercicio, el Tribunal estima importante resaltar el hecho de que el texto del Contrato contiene las generalidades de la relación contractual, para cuyo efecto consigna un cuadro titulado “*Datos del Contrato de Suministro No. 1-06-14500-605-2008*”, en el que se consignan sus elementos esenciales, como objeto, vigencia, plazos para las entregas normales y las urgentes, y cláusula penal, entre otros. No obstante, son los Términos de Referencia de la Invitación a Contratar, formulada por la EAAB, los que regulan en su integridad la relación contractual, con todas las especificidades del caso. Ello explica la razón por la cual en las diversas comunicaciones cruzadas entre las partes, éstas realizaron constante remisión a los Términos de Referencia, más que a las cláusulas propias del Contrato de Suministro.

Así las cosas, el Tribunal, teniendo en consideración que tanto desde el punto de vista del derecho comercial como de la contratación estatal, los términos de referencia forman parte integral de la relación contractual y son fuente de derechos y obligaciones, además de elemento esencial de interpretación, los tomará en cuenta para efectos de estudiar los argumentos de la Convocante y de la Convocada. Con todo, advierte el Tribunal que, en algunos casos, existen contradicciones entre los referidos documentos (*por ejemplo, en cuanto al término para la entrega normal de elementos a cargo del proveedor*), las cuales, en su opinión, no afectan el análisis por realizar, toda vez que las mismas, cualquiera que sea la interpretación que se acoja, no modifican la conclusión a la que se ha llegado en este Laudo.

Adicionalmente, durante el trámite de los alegatos de conclusión, el apoderado de FERLAG argumentó que los correos electrónicos aportados por la EAAB no podrían ser tenidos en consideración por este Tribunal, por no haberse observado los

requisitos legales aplicables. Antes de analizar este último argumento, sobre el que el apoderado de la Convocada no ofreció razones o sustento jurídico adicional, debe el Tribunal advertir que el argumento del apoderado de FERLAG fue presentado en forma extemporánea a la luz de lo previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil<sup>30</sup>, razón suficiente para no tramitar la mencionada solicitud.

No obstante lo anterior, en el análisis de la prueba documental que obra en el expediente, encuentra el Tribunal que, conforme lo exige el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, el apoderado de la EAAB no aportó los correos electrónicos cruzados entre las partes, con el lleno de los requisitos técnicos que permitieran al Tribunal contar con elementos de confiabilidad relacionados con la forma en que fueron generados, archivados y comunicados, a efectos de tener certeza sobre la conservación de la integridad de la información. Por lo expuesto, los correos electrónicos aportados documentalmente por el apoderado de la Convocante, no serán valorados.

Consignadas las anteriores consideraciones, procede el Tribunal a analizar la prueba aportada y recolectada durante el proceso.

Varios son los incumplimientos a que hace referencia la Convocante en su demanda, los cuales pueden resumirse en (i) entrega de pedidos fuera de los plazos pactados; (ii) inobservancia del Sistema de Gestión de Calidad; (iii) falta de correcciones al Plan de Calidad; (iv) incumplimiento a los requerimientos de la Interventoría; (v) afectación del panorama de riesgos; (vi) presentación del formato de Plan de Materiales con y sin Certificado de Calidad; (vii) suministro de productos con marcas distintas a las pactadas; (viii) inaplicación de la encuesta de satisfacción, y (ix) insatisfacción del Plan de Mejoras.

De los diferentes argumentos invocados por la Convocante, el Tribunal analizará los siguientes, por considerarlos relevantes para propósitos de la decisión que se adopta en esta providencia:

### 1.1 Despacho de pedidos, sitios de entrega y tardanzas generales

---

<sup>30</sup> Artículo 289 del Código de Procedimiento Civil: “La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia”.

El numeral 4.5.2 de los Términos de Referencia establece que los despachos de pedidos debían atender dos (2) plazos: aquellos de carácter normal y los urgentes. Así, tratándose de pedidos normales, éstos debían ser atendidos "*Máximo dentro de los 'dos' días calendario siguientes a la formulación del pedido, tomado dentro del horario laboral del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ que es de ocho (8) A.M. a cinco (5) P.M.*"<sup>31</sup>. Por su parte, los urgentes debían entregarse "*Máximo dentro de las cuatro (4) horas siguientes a la formulación del pedido, tomado dentro del horario laboral del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ que es de ocho (8) A.M. a cinco (5) P.M.*"<sup>32</sup>.

En igual medida, se establece que "*La Empresa llevará un control estricto de los tiempos de respuesta para los PEDIDOS y **cualquier exceso será considerado como incumplimiento por parte del contratista...***"<sup>33</sup>(Sic) (Negrilla fuera de texto) y se estipuló que los sitios de entrega eran los centros de costos relacionados en el Anexo "*Listado de Centro de Costos*"<sup>34</sup>.

El Tribunal encuentra acreditado que la Convocada incumplió las mencionadas obligaciones contractuales, en tanto de manera reiterada y continua ejecutó las prestaciones de su cargo, y atendió los requerimientos de la EAAB en forma tardía e incompleta. Como lo preceptúan los Términos de Referencia en el aparte previamente citado, la no observancia de los tiempos máximos por parte del contratista deviene en incumplimiento de sus obligaciones, más aun, cuando se contravienen unos de los pilares de la Invitación a Contratar, como son la oportunidad y la conveniencia, mediante los cuales se pretende proveer un servicio integral, con sujeción los requerimientos a tiempo y sobre la base de prestar un servicio fundamentado en la eficiencia y la productividad<sup>35</sup>.

El incumplimiento persistente de esta obligación se encuentra acreditado principalmente en la prueba documental aportada por la Convocante, así como en algunos de los testimonios que tuvieron lugar dentro del Proceso Arbitral.

El Tribunal encuentra que se trata de retrasos que ocurrieron durante prácticamente toda la ejecución contractual, al punto que, apenas transcurrido un mes y medio desde su inicio, ya se presentaban veintiséis (26) pedidos pendientes

---

<sup>31</sup> Op. Cit. Numeral 4.5.2 Términos de Referencia. Folio 492. CD, allegado por la EAAB el 30/01/13. Documento titulado: "solicitud.pdf". Página 11. Cuaderno de pruebas No. 2

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*. Página 12.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Páginas 15, 27 a 29.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Página 4.

de entrega, como consta en el Informe de Avance de Contrato<sup>36</sup>, elaborado por la Interventoría el treinta (30) de agosto de dos mil nueve (2009).

La ocurrencia de estas prematuras demoras aparece consignada en la comunicación 1451001-2008-0919 del primero (1º) de diciembre de dos mil ocho (2008), dirigida al Sr. César Fernando Laguna, representante legal de FERLAG, por el Sr. Raúl Ernesto Vargas, Director de Servicios Administrativos – EAAB<sup>37</sup>. Allí se observa que efectivamente los días veinticuatro (24), veinticinco (25) y veintiséis (26) de noviembre, se presentaron retrasos en las entregas de los productos solicitados, razón por la cual, además de reiterarle a FERLAG la importancia del cumplimiento de los tiempos contractuales, con base en lo previsto en el Capítulo Cuarto de los Términos de Referencia, se llamó la atención acerca de la trascendencia que tenía para la EAAB contar con un proveedor que garantizara la oportunidad y la continuidad en el suministro de insumos de papelería, aseo y cafetería, entre otros.

Mediante comunicación No. 1451001-2008-0931 de doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008)<sup>38</sup>, la Interventora Paula Rojas Arbeláez informó al representante legal de FERLAG acerca del incumplimiento en la entrega de los pedidos, particularmente los de carácter de obligatorio, que presentaban demoras hasta de catorce (14) días. El Tribunal llama la atención en el sentido de que la Interventora advirtió desde entonces la existencia de un total de ciento cincuenta (150) pedidos retrasados, incluida la entrega del “[...] arte de la las cajas de archivo Acueducto X.200 y los sobres Acueducto que se le han solicitado en varias oportunidades y cuyos pedidos por parte de la EAAB-ESP ya fueron realizados”<sup>39</sup>. (Sic)

En relación con las anteriores comunicaciones, el contratista se pronunció el diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008), con el argumento de que los materiales pendientes no habían sido entregados por haberse presentado una serie de contingencias en la fabricación y marcado, situación que se acentuó por el desabastecimiento de mercancías en las empresas mayoristas, en razón del “*cierre de vigencia*”<sup>40</sup>. En opinión del Tribunal, esa afirmación del contratista no parece compatible con su obligación de contar con un “*stock*” de los productos

---

<sup>36</sup> Folios 24 y 25 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>37</sup> Anexo 7 de la demanda. Folios 54 a 56 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y Anexo Contestación de demanda de reconvencción. Folios 200 a 202. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>38</sup> Anexo 8 de la demanda. Folios 58 a 62. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>39</sup> *Ibidem*. Folio 61. Este arte no fue entregado sino hasta el 8 de enero de 2009 (Anexo 8 de la demanda. Folios 85 a 95 y Anexo Contestación de Demanda de Reconvencción. Folios 206 a 215. Cuaderno de Pruebas No. 1.)

<sup>40</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 67 a 70. Cuaderno de Pruebas No. 1.

consignados en el Formulario No. 1. “*Lista de precios unitarios*”<sup>41</sup>, de manera que pudiera atender oportunamente los requisitos contractuales a su cargo y garantizar así una prestación eficiente de los servicios y funciones responsabilidad de la EAAB. En efecto, de haber previsto de manera diligente la posible escasez de productos durante fechas de cierre de vigencia, el Contratista seguramente hubiera podido atender sus compromisos contractuales con una reserva suficiente.

Mediante comunicación de veintidós (22) de diciembre de dos mil ocho (2008), es decir, un mes y unos pocos días después de firmada el Acta de Inicio, la EAAB insistió en el cumplimiento de los tiempos contractuales, con énfasis en la distinción entre los pedidos urgentes de los normales<sup>42</sup>.

Estos incumplimientos iniciales fueron ratificados en el testimonio de la Interventora Paula Rojas<sup>43</sup>, quien expuso:

*“[...] el contrato inició el 14 de noviembre según consta en el acta de inicio, para el mes de diciembre ya empezaron a registrarse incumplimientos en la entrega de los pedidos realizados por la Empresa así como de otros procedimientos que exige el sistema de gestión de calidad de la EAAB [...] La Empresa tiene su proceso de interventoría certificado por la norma ISO 9000, entonces es de obligatorio cumplimiento para el contratista. Para diciembre, sin siquiera haberse cumplido el primer mes de iniciado el contrato se empezaron a registrar incumplimientos en los pedidos que empezaron a realizar las diferentes dependencias de la Empresa [...] el contrato estipulaba unos plazos de entrega para pedidos urgentes los cuales deberían entregarse, si la memoria no me falla, como dice el contrato a las cuatro horas siguientes de haberse hecho pedido a través de software, en línea; y para pedidos normales era dos días máximo [...]”<sup>44</sup> (Sic)*

El Tribunal llama la atención sobre el hecho de que las manifestaciones de inconformidad en relación con la ejecución del Contrato de Suministro vinieron de diferentes áreas de la EAAB, además de la Interventoría. Tal es el caso del Director de la Red Matriz, quien, el veintiséis (26) de diciembre de dos mil ocho (2008),<sup>45</sup> expresó al Director de Servicios Administrativos de la EAAB su

---

<sup>41</sup> Op. Cit. Folio 492. CD, Documento titulado: “solicitud.pdf”. Páginas 18 - 26. Cuaderno de Pruebas No. 2

<sup>42</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 71 a 73. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>43</sup> Folios 339 a 347. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>44</sup> Ibídem. Folio 339, página 16 de la transcripción.

<sup>45</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folio 80. Cuaderno de Pruebas No. 1.

preocupación por la demora en el recibo del pedido de papelería, que había tenido un impacto en las labores de su área, toda vez que no contaba con “[...] *papel para imprimir memorandos, ni sobres de Manila para enviar correspondencia ni otros elementos básicos para el buen funcionamiento de las labores cotidianas*”<sup>46</sup>. El último de los funcionarios citados respondió el veintinueve (29) de diciembre de dos mil ocho (2008)<sup>47</sup> y señaló que “[...] *el contratista presenta un retraso inusual en la entrega de los pedidos*”<sup>48</sup>.

El Tribunal encuentra acreditado el hecho de que los incumplimientos en la entrega de productos no fueron hechos aislados sino, por el contrario, reiterativos. La comunicación de trece (13) de enero de dos mil nueve (2009),<sup>49</sup> remitida por la EAAB a la Sra. Fanny Santiago, Directora General apoderada de FERLAG, da buena cuenta de lo anterior. En efecto, se señala en la mencionada comunicación que, con corte al treinta y uno (31) de diciembre de dos mil ocho (2008), veintiséis (26) pedidos se registraron fuera de los plazos estipulados en los Términos de Referencia. A su vez, los pedidos de seis (6) y siete (7) de enero de dos mil nueve (2009) también presentaron demoras. Igualmente, se demanda del contratista la especificación clara de cuáles pedidos se habían entregado parcialmente.

Encuentra además este Tribunal que las demoras no solamente estaban relacionadas con la entrega de los productos, sino, también, con la ejecución de otras tareas, como lo corrobora el hecho que en diciembre de dos mil ocho (2008), se requirió la cotización de varios ítems y para el trece (13) de enero de dos mil nueve (2009), fecha de la comunicación, no se había obtenido respuesta<sup>50</sup>. El desconocimiento de los tiempos no sólo estaba referido a los plazos catalogados contractualmente como normales sino, también, a los denominados urgentes. Así lo advirtió la Interventoría: *“Los pedidos urgentes debían entregarse dentro de las cuatro horas siguientes a las que la interventoría aprobaba el ítem por el software, los pedidos ordinarios eran dos días contados a partir de que la interventoría aprobaba el pedido por el software, pedidos urgentes no pudimos tener nunca porque realmente no pudieron entregar a tiempo los elementos, que eran ocasionales, no era que se presentaran con mucha eventualidad, por ejemplo cuando ya empezamos a tener esos retrasos tan grave con papel para áreas tan*

---

<sup>46</sup> Ibídem.

<sup>47</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folio 81. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>48</sup> Ibídem.

<sup>49</sup> Op. Cit., Folio 86.

<sup>50</sup> Ibídem.

*importantes como la de notificaciones los pedíamos urgente, pero no llegaban ni dentro del plazo ordinario ni dentro del plazo urgente”<sup>51</sup>. (Sic)*

El Tribunal resalta el hecho de que el trece (13) de marzo de dos mil nueve (2009)<sup>52</sup>, la EAAB informó a Liberty Seguros S.A. acerca de los constantes incumplimientos del Contratista. (*El Tribunal aclara que la garantía contractual fue otorgada por Seguros del Estado S.A.*) Manifestó en dicha oportunidad que “[...] existe una modificación del estado del riesgo del contrato [...] puesto que, el afianzado está incumpliendo de conformidad con los documentos que dan soporte de ello [...] de 600 solicitudes realizadas a la fecha (13/03/2009) solamente 119 han sido entregadas dentro del plazo contractual, es decir, el porcentaje de cumplimiento es del 19%. Por su parte, 262 pedidos se han recibido en un sola fecha de entrega pero por fuera del plazo contractual que equivale al 43% del total de solicitudes y 221 pedidos presentan retraso y su entrega se ha realizado de manera parcial, lo cual equivale a un 36%”<sup>53</sup>. (Sic)

Posteriormente, el veintisiete (27) de abril de dos mil nueve (2009)<sup>54</sup>, la EAAB puso en contacto con la compañía Seguros del Estado S.A., con el fin de advertir que el estado de riesgo persistía, en tanto los incumplimientos relacionados con los plazos y exigencias del Sistema de Calidad de Gestión, continuaban.

A folios 118 a 126 del Cuaderno de Pruebas No. 1 obra comunicación sin fecha, dirigida por el Director de Servicios Administrativos de la EAAB al Contratista y a Seguros del Estado S.A., mediante la cual se dio -en criterio del Tribunal- buena cuenta de la situación de incumplimiento del Contrato y se manifestó que “[...] es evidente el manifiesto y reiterado incumplimiento de la Comercializadora FERLAG Ltda., especialmente en lo referente a la no entrega oportuna de los bienes contratados; hechos que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato [...]”<sup>55</sup> (Sic). Resultado de lo anterior fue la aplicación de la primera multa, por \$5.712.603.

En similares términos, a folios 127 a 132 del Cuaderno de Pruebas No. 1 aparece la comunicación sin fecha, dirigida por el Director de Servicios Administrativos de la EAAB al Contratista y a Seguros del Estado, en la que la EAAB reiteró las

---

<sup>51</sup> Op. Cit. Folio 343, página 24 de la transcripción.

<sup>52</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 103 y 104. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>53</sup> Ibídem, Folio 103. Advierte el Tribunal que estas cifras son el resultado de la matriz de seguimiento desarrollada por la Interventoría, pero que no se adjuntaron a la mencionada comunicación dentro del material probatorio.

<sup>54</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folio 110. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>55</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 118 a 126. Cuaderno de Pruebas No. 1.

situaciones de incumplimiento (incluidas las demoras y defectos en la entrega) y aplicó la segunda multa por \$4.023.417.

Mediante la “*Reclamación por ocurrencia del siniestro por incumplimiento del Contratista*” [sin fecha pero recibida por FERLAG el veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009)]<sup>56</sup>, se sintetizaron por la EAAB las razones del incumplimiento definitivo del Contrato, entre otros, en lo relacionado con pedidos pendientes de entrega. Si bien sobre la naturaleza y alcance de esta comunicación, el Tribunal se pronunciará posteriormente, para los propósitos que ahora interesan debe resaltarse la síntesis consignada en la misma, con base en información tomada de las remisiones que soportaban la gestión de FERLAG, respecto de los pendientes de entrega. En efecto:

- a. Para el mes de junio de dos mil nueve (2009), se efectuaron ciento cincuenta y nueve (159) pedidos, de los cuales solamente treinta (30) fueron entregados a tiempo y de manera completa, esto es el diecinueve por ciento (19%), mientras que ciento veintinueve (129), equivalentes al ochenta y uno por ciento (81%) fueron entregados por fuera del tiempo máximo contractualmente permitido. De los pedidos retrasados, cuarenta y dos (42) fueron entregados completos y ochenta y siete (87) de manera parcial, es decir, en más de una entrega. El promedio de demora fue de doce (12) días para las completas y de quince (15) para las parciales<sup>57</sup>.
- b. Para julio de dos mil nueve (2009), de ciento veintiséis (126) pedidos, veintiuno (21) fueron entregados completos y a tiempo, equivalentes a un diecisiete por ciento (17%) y ciento cinco (105) con retraso, esto es, el ochenta y tres por ciento (83%), de los cuales sesenta y cinco (65) fueron completos y cuarenta (40) parciales. Para los retrasos completos, el promedio de demora fue de once (11) días, mientras que para los retrasos parciales, fue de veinte (20)<sup>58</sup>.
- c. En agosto de dos mil nueve (2009) se realizaron ciento cincuenta y un (151) pedidos. Uno (1) fue entregado a tiempo y completo, mientras los restantes ciento cincuenta (150), es decir, el noventa y nueve por ciento (99%), con retraso. De estos últimos, cincuenta y seis (56) pedidos fueron entregados

---

<sup>56</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 141 a 161. Cuaderno de Pruebas No. 1 y Anexo Contestación de Demanda de Reconvencción. Folios 222 a 238, incompleto. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>57</sup> *Ibidem*. Folio 154.

<sup>58</sup> *Ibidem*. Folios 154 y 155.



completos y noventa y cuatro (94) en forma parcial. El promedio de días de retraso para la entrega completa fue de cinco (5) días, mientras que para las parciales de trece (13) días.<sup>59</sup>

- d. En septiembre de dos mil nueve (2009), de ciento treinta y dos (132) pedidos, tres (3) fueron entregados a tiempo y completos, lo que equivale a un dos por ciento (2%), mientras que el noventa y ocho por ciento (98%) restante, ciento veintinueve (129) pedidos, se entregó con retraso. De estos últimos, sesenta y uno (61) fueron entregados completos y sesenta y ocho (68) de manera parcial. Doce (12) días fue el promedio de rezago para las entregas tardías completas, y dieciocho (18) días para las parciales<sup>60</sup>.
- e. Para octubre de dos mil nueve (2009), si bien el mes no había terminado para la fecha de elaboración de la síntesis del incumplimiento, se estableció que de ciento veintinueve (129) pedidos, veintiuno (21) fueron entregados completos y solamente uno (1) con sujeción a las obligaciones contractuales. Se resalta que ciento ocho (108) dependencias continuaban sin los insumos requeridos para su normal funcionamiento<sup>61</sup>.

Para el Tribunal, la precedente relación de comunicaciones acredita de manera suficiente el incumplimiento del Contratista, en cuanto corresponde a la entrega oportuna de pedidos. Las respuestas ofrecidas por FERLAG sobre el particular y que aparecen en la prueba analizada, parecían buscar más una mitigación de los efectos de un incumplimiento evidente, que una exoneración del mismo.

En similar sentido, considera el Tribunal que la prueba testimonial practicada a lo largo del Proceso, aunque no suficiente por sí sola para probar los hechos de la demanda relativos al incumplimiento de las obligaciones de entrega, resultan útiles para soportar y complementar la prueba documental. En efecto:

El testigo Raúl Vargas, Director de Servicios Administrativos de la EAAB para la fecha del Contrato, sostuvo:

*"Como les expliqué al comienzo, este contrato es de tracto sucesivo, nosotros no pagábamos nada de lo que no hemos recibido. Realmente lo que uno contrata acá es la oportunidad de poder tener los elementos*

---

<sup>59</sup> Ibídem. Folio 155.

<sup>60</sup> Ibídem. Folio 156.

<sup>61</sup> Ibídem.

*justo a tiempo, estamos hablando de un tóner de una impresora, el papel de la papelería, algunos elementos de aseo, también este contrato incluía elementos como café, el papel de los baños, en fin. [El contratista] tenía unos plazos para entregarlo [pedidos] [...] pero estos plazos se estaban incumpliendo en cerca al 90%, es decir, los pedidos estaban llegando incompletos y en algunos casos, que está documentado también en la carpeta, estaban llegando elementos no contratados, es decir, nos estaban cambiando las especificaciones de los elementos porque eran los que tenían en disponibilidad [...] El incumplimiento estuvo en los tiempos de entrega, pedidos entregados a tiempo eran el 5%, el 7%, más del 90%, el 70% en algunos casos, algunos meses fueron el 70, esto está documentado, incluso estadísticamente se les entregó, los pedidos entregados a tiempo no cumplían con lo que estaba estrictamente demandado en el contrato”<sup>62</sup> (Sic).*

El testigo Yoni Fernando Vega Morales, Digitador de FERLAG, manifestó en relación con las demoras en la entrega de productos:

*”A veces había demoras porque a veces pedían tóner que no estaban en su disposición por cuestiones de importación, a veces los tóner se demoraban, nuestro proveedor nos demoraba mucho algunas referencias de tóner, esa era la causa de pronto a veces de alguna clase de incumplimiento [...] los tóner que estaban en importación más que todo, eso era lo que más de pronto faltaba en los pedidos, pero era por cuestiones de importación y eran tóner de difícil consecución, por eso había de pronto a veces demora en los pedidos, en la entrega de esos tóner, esas referencias [...] Que yo me acuerde solamente de tóner [hubo demoras], no más, no alcanzo a acordarme si de papelería, pero más que todo eran los tóner, a veces de pronto faltaban no sé, una unidad de lápices, pero eso igual se suplía más o menos [...]”<sup>63</sup>. (Sic)*

Por su parte, el Señor César Fernando Laguna Vargas, Representante Legal de FERLAG, declaró:

*”Eventualmente al momento de hacer las entregas de los pedidos hubo algunos elementos que de pronto no iban con el pedido, eventualmente hacía falta alguna referencia de algún tóner porque el tóner es un elemento importado [...] [En relación con la entrega de resmas de papel*

---

<sup>62</sup> Folios 412 a 416, repetido en los folios 417 a 721, como en los folios 422 a 426 y 427 a 431. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>63</sup> Folios 332 a 336. Cuaderno de Pruebas No. 1.

*a tiempo] la verdad no recuerdo pero de pronto pudo haber pasado que si ustedes montaron el pedido hoy, se tenía que entregar mañana, y mañana no se pudo entregar sino se entregó pasado mañana, pero se entregó el papel, pero en tiempo posiblemente no sé qué elementos, tengo muy presente lo de los tóner porque eso fue algo que tuve yo conocimiento, pero en cuanto a que si papel quedó pendiente o un lápiz o un esfero, no sé, no le sabría decir qué quedó pendiente, pero que se enteró se entregó, que no se entregó en tiempo por eso ustedes colocaron las multas que le colocaron a mi empresa.”<sup>64</sup>*

La prueba testimonial reseñada ofrece elementos de juicio suficientes para concluir que el incumplimiento contractual está debidamente acreditado, e, inclusive, de hecho aceptado por la convocada. Cuestión diferente, de lo que se ocupa el Laudo más adelante, es si ese incumplimiento en la entrega de bienes por el proveedor revisitó carácter de grave, mermó la confianza de la EAAB y le causó perjuicios, teniendo en cuenta para ello que se trata de una empresa de servicios públicos domiciliarios, cuyo propósito y responsabilidad esencial es la prestación eficiente, oportuna y continua de los de su cargo.

## 1.2 Obligación de mantener un “stock” de los productos (*Outsourcing*)

Los Términos de Referencia de la Invitación Pública que precedió al Contrato previeron que el imperativo de que se efectuaran los suministros bajo el sistema de “*outsourcing*”, encontraba justificación en el hecho de que mediante esta modalidad se reducen costos y se simplifican procedimientos, con lo cual se logra mayor productividad y eficiencia<sup>65</sup>. El numeral 4.2.1 de dichos Términos definió “*outsourcing*” como la obligación de mantener a disponibilidad de la EAAB, en las bodegas del proveedor, los productos ofrecidos, e implica, igualmente, el suministro oportuno de aquellos solicitados por la EAAB en los diferentes centros de costos, de manera que se garantizara que los precios pactados y las condiciones técnicas ofrecidas se mantuvieran<sup>66</sup>.

Ese entendimiento lo tenían claro los partes, como se deriva –entre otros– de la declaración testimonial practicada en este Proceso. El señor Laguna, representante legal de FERLAG, manifestó en su declaración que efectivamente sí debían, como

---

<sup>64</sup> Folios 350 a 352. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>65</sup> Op. Cit., Folio 492. CD, Documento titulado: “solicitud.pdf”. Página 4. Cuaderno de Pruebas No. 2

<sup>66</sup> Ibídem. Páginas 7 y 8.

parte de las obligaciones contractuales, mantener un “stock” mínimo de materiales<sup>67</sup>. Por su parte, la interventora Rojas, en su testimonio, advirtió:

*“[...] dice el contrato el significado de outsourcing y es tener el stock mínimo adecuado según la rotación de los productos para asegurar que la empresa va a responder con los mínimos de rotación que tiene el Acueducto. Cuando iniciamos el contrato el contratista ya manejaba unas estadísticas que las tenía desde los términos de referencia que se tienen, de cuánto consume el Acueducto mensual para que estuviera preparado para la gran demanda [...] entregó un listado al contratista en donde aclaraba cuáles eran los productos de alta rotación y los de baja rotación [...] si se solicita un tóner que es de difícil consecución el Acueducto entiende de la dificultad [...] pero los otros productos debían estar, como es el papel, el papel era de alta rotación, los lápices, el café, el azúcar, son productos que el Acueducto consumía todo el tiempo, el papel higiénico, eran productos de alta rotación y no son de difícil consecución en el mercado”<sup>68</sup>.*

FERLAG tenía la obligación de mantener en su bodega los elementos consignados en el Formulario No. 1<sup>69</sup>. Esto, de forma tal que tuviera a su disposición productos cuando la EAAB los requiriera, principalmente, en casos de urgencia. El propósito de esta figura de “outsourcing” en el Contrato parece clara: evitar sobrecostos monetarios, con una eficiencia operativa en beneficio de la EAAB, a efectos de lograr una oportuna y adecuada prestación de los servicios públicos a su cargo.

El Tribunal considera que el incumplimiento de esta obligación se encuentra igualmente demostrado con la prueba documental existente en el Proceso<sup>70</sup>. Adicionalmente, si FERLAG hubiese contado con el “stock” de productos necesario para atender oportunamente los pedidos de la EAAB, la controversia contractual seguramente no hubiera versado sobre los retrasos en la entrega de los bienes contratados. Este incumplimiento es lo que sustenta, entre otros, la imposición de las multas de apremio a las que ya se ha hecho referencia en este Laudo, así como la reclamación formulada a la Compañía de Seguros en octubre de 2009, en la cual se advirtió que *“[...] es evidente la incapacidad operativa del Contratista para cumplir con el servicio de OUTSOURCING, toda vez que no mantiene en bodegas*

---

<sup>67</sup> Op. Cit., Folio 350, página 3 de la transcripción.

<sup>68</sup> Op. Cit., Folio 343, página 24 de la transcripción.

<sup>69</sup> Op. Cit., Folio 492. CD, Documento titulado: “solicitud.pdf”. Página 15. Cuaderno de Pruebas No. 2

<sup>70</sup> Cfr., entre otros, Anexo 8 de la Demanda. Folios 111 y 112. Cuaderno de Pruebas No. 1. Anexo 8 de la Demanda. Folios 141 a 161. Cuaderno de Pruebas No. 1 y Anexo Contestación de Demanda de Reconvencción. Folios 222 a 238, aportado en forma incompleta. Cuaderno de Pruebas No. 1.

*los productos requeridos y ofrecidos conforme a los términos y condiciones del contrato [...]*<sup>71</sup>.

Además de la prueba documental ya referida, el incumplimiento materia de examen fue objeto de prueba testimonial. Así, por ejemplo, la Interventora del Contrato manifestó:

*"[...] tocaba empezar a buscar todo el papel que había en la Empresa, se requería al contratista, se llamaba al contratista por celular, se le escribían correos electrónicos, una vez también con el ordenador del gasto y con otro profesional de la empresa nos hicimos presentes en el las instalaciones de la Comercializadora para conocer de fondo por qué no podían entregar elementos que son de alta rotación, el papel es un elemento que el contratista debía tener en su stock porque la finalidad de un "outsourcing" precisamente es que el contratista se compromete con la contraparte a mantener un "stock" adecuado de los suministros que va a tener que entregar, de hecho como parte de la licitación se les entrega una proyección de cuánto consume el Acueducto para que tenga conocimiento de cuánto debe tener en su bodega"*<sup>72</sup>. (Sic)

En el testimonio rendido por el señor Vargas se señaló: *"[...] efectivamente ellos tenían unas bodegas pero no tenían en ese momento el "stock" de los elementos que nosotros estábamos solicitando."*<sup>73</sup>

Igualmente el testigo Yoni Fernando Vega Morales, Digitador de FERLAG, reconoció que *"[...] básicamente siempre tenemos en la empresa un "stock" de productos que es necesario en cualquier urgencia que el Acueducto tenía teníamos disponibilidad en algunos productos, pero no en todos, como les digo hay muchos productos que la consecución es un poco difícil [...]"*<sup>74</sup>. (Sic)

La obligación de cumplir con el denominado "outsourcing" y, en atención de la misma, la de disponer del "stock" de productos requeridos por la EAAB, tiene fundamento no solamente en el hecho de que el proveedor ya contaba con la lista de productos solicitados, sino en que, además, conocía la rotación de los mismos, lo que le permitía anticiparse a futuros requerimientos de la contratante. Por consiguiente, el Tribunal encuentra acreditado que el contratista no atendió

---

<sup>71</sup> Ibídem. Folios 157.

<sup>72</sup> Ibídem. Folio 340, página 17 de la transcripción.

<sup>73</sup> Op. Cit., Folio 413, página 4 de la transcripción.

<sup>74</sup> Op. Cit., Folio 333, página 3 de la transcripción.

oportuna y debidamente tal mandato contractual, con lo que atentó en forma evidente contra los principios de planeación, oportunidad y eficiencia que estableció la Entidad Estatal al formular la Invitación a Contratar.

### 1.3 Entrega de marcas diferentes a las pactadas: Formulario No. 1. “Lista de precios unitarios”

El Capítulo 4 de los Términos de Referencia reguló lo relacionado con las Especificaciones Técnicas, y estableció que correspondía a los oferentes darles cumplimiento respecto de todos los elementos solicitados por la EAAB, tal como se encontraban descritos en el Formulario No. 1 “Lista de precios unitarios”<sup>75</sup>, que incluía descripción, referencia o tipo, marca, y unidad requerida, cuyas cantidades por entregar dependían de las necesidades de la EAAB<sup>76</sup>. Ese Formulario No. 1 fue oportunamente conocido y aceptado por el contratista, con la presentación de su Propuesta, que dio lugar a la adjudicación del contrato.

Para el Tribunal es claro que el suministro de bienes y productos tenía que surtir sobre los artículos preestablecidos y delimitados en el Formulario No. 1, y no sobre otro tipo de bien o producto, salvo que así lo autorizara expresamente la Empresa contratante. Razones de eficiencia administrativa, economía de costos, uniformidad y adecuada presencia y funcionamiento institucional, sustentan con suficiencia este tipo de medidas.

No obstante lo anterior, está probado en el expediente que el contratista entregó productos de características y marcas diferentes a los relacionados en el catálogo contenido en el Formulario No. 1. Analizadas las justificaciones y explicaciones ofrecidas por FERLAG sobre este particular, encuentra el Tribunal que si bien las mismas pueden ser fundamento para excusar incumplimientos frente a situaciones extraordinarias o difíciles, no constituyen razón suficiente para explicar y, mucho menos, justificar un incumplimiento reiterado de las prestaciones a su cargo. De esto dan cuenta las siguientes pruebas:

- i) Comunicación de trece (13) de enero de dos mil nueve (2009)<sup>77</sup>, que respondió la solicitud de cotización de tres (3) productos, enviada el ocho (8) de enero de dos mil nueve (2009), por FERLAG. En dicha oportunidad, la

---

<sup>75</sup> Op. Cit., Folio 492. CD, Documento titulado: “solicitud.pdf”. Página 7. Cuaderno de Pruebas No. 2.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Op. Cit. Folio 87.

interventora señaló que los precios de los productos debían corresponder a los del Formulario No. 1

- ii) Oficio No. 1451001-2009-0054 del veintitrés (23) de enero de dos mil nueve (2009)<sup>78</sup>, en el que la EAAB manifestó:

*"[...] el 15 de diciembre de 2008 le reiteré por correo electrónico a la señorita Diana Candia que los cambios de marca que se realizaron en los pedidos que contenían "papel higiénico supersuplex" por "papel higiénico Familia" sólo se aceptaban por el mes de diciembre de 2008, bajo el argumento sustentado por la señorita Candia que de otra forma FERLAG LTDA retrasaría aún más la entrega de los pedidos y la necesidad de la EAAB-ESP era imperante. No obstante lo anterior, el 13 de enero de 2009, FERLAG LTDA, saltando lo estipulado por el formulario N° 1 "Lista de Cantidades y Precios" del contrato N° 1-06-14500-605-2008 y la instrucción clara y precisa impartida por la interventoría, nuevamente hace entrega del "papel higiénico familia", conociendo que éste ítem no fue el que pactó la EAAB-ESP y que el interventor no autorizó el cambio de marca y por el contrario instó a FERLAG LTDA a cumplir con lo contratado"<sup>79</sup>. (Sic)*

- iii) En la misma comunicación se advirtió que, mediante correo electrónico de catorce (14) de enero de dos mil nueve (2009), se reiteró a FERLAG que no podía cambiar las marcas sin previa autorización de la EAAB. A pesar de ello, varios de los pedidos entregados el veinte (20) de enero de dos mil nueve (2009) fueron despachados en marcas diferentes a las autorizadas.
- iv) En la señalada comunicación de veintitrés (23) de enero de dos mil nueve (2009), se solicitó que no se repitiera lo ocurrido con el envío de veintiuno (21) de enero de dos mil nueve (2009), correspondiente al Pedido No. 197, en el que la remisión de los productos contenía la información de la marca contratada, mas no contenía la marca verdadera de los productos entregados<sup>80</sup>. Este Tribunal comparte la apreciación de la interventora, en el sentido de que las obligaciones contractuales deben ser cumplidas desde el marco de la ética, la rigurosidad y el profesionalismo, por lo que este tipo de conductas efectivamente inducen a error y son reprochables.

---

<sup>78</sup> Op. Cit. Folios 96 - 98.

<sup>79</sup> Ibídem, Folio 96.

<sup>80</sup> Ibídem.

- v) Oficio del primero (1º) de abril de dos mil nueve (2009), en el que EAAB devolvió un radiógrafo, por no coincidir con el ítem solicitado con arreglo a las condiciones del Formulario No. 1.
- vi) Testimonio de la Sra. Paula Rojas, Interventora del Contrato, en el que manifestó:

*"[...] el listado tenía unas marcas que se debían entregar y que son las que el Acueducto ya venía solicitando y salieron con los términos de referencia, ese cambio de marca debía hacerse con solicitud y una aprobación por parte de la Interventoría de la Empresa, muchas veces entregaron marcas que no estaban contempladas dentro del contrato, lo cual fue en detrimento de la calidad de ciertos productos que ya se sabe funcionan de cierta manera con las dependencias que los manejan. A eso se le requirió y se le solicitó que no hiciera cambios de marcas porque eso no estaba contemplado dentro del contrato."*<sup>81</sup> (Sic)

Encuentra entonces este Tribunal probados los constantes cambios de marca por el Contratista, sin justificación. Tal comportamiento significa, a su vez, incumplimiento de las obligaciones contractuales ya referidas.

#### 1.4 Plan de aseguramiento de la calidad y metodología y Sistema de Calidad de la Gestión - Interventoría

Se estableció en los Términos de Referencia que *"Se entiende por **Aseguramiento de la Calidad**, todas las actividades planificadas y sistemáticas implementadas dentro de la organización, necesarias para dar confianza de que el proyecto cumplirá los requisitos de calidad estipulados en las presentes Condiciones y Términos de la Invitación. El proveedor deberá presentar para la revisión y aprobación del interventor y supervisor técnico del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato, el Plan de Aseguramiento de la Calidad que el proveedor implementará en desarrollo del mismo y la metodología de trabajo ofrecida so pena de incumplimiento del contrato"*<sup>82</sup> (Sic) (Negrilla de texto, subraya fuera de texto).

---

<sup>81</sup> Ibídem. Folio 345, página 27 de la transcripción.

<sup>82</sup> Ibídem. Numeral 1.6 Términos de Referencia. Folio 492. CD, allegado por la EAAB el 30-01-13. Documento titulado: "solicitud.pdf". Página 13. Cuaderno de Pruebas No. 2.



Este mismo documento indicaba que el contratista debía presentar la metodología que aplicaría en desarrollo del objeto contractual, atendiendo lo previsto en el Plan de Aseguramiento de la Calidad<sup>83</sup>. En la elaboración de esta metodología de trabajo, debía el proveedor fundamentarse en lo establecido en los numerales 4.5.3, 4.5.2 y 4.5.1 de los Términos de Referencia, relativos a atención de reclamos y devoluciones, despacho de pedidos normales y urgentes, y el proceso de logística para la atención de pedidos, respectivamente. La metodología debía comprender todas las actividades relacionadas con el desarrollo del Contrato de Suministro y una descripción de los procedimientos por surtirse en la ejecución del Contrato, teniendo en cuenta que estos formaban parte integral del Plan de Aseguramiento de la Calidad<sup>84</sup>.

Por su parte, con la suscripción del Acta de Inicio de 14 de noviembre de 2008,<sup>85</sup> el Contratista se comprometió<sup>86</sup> a dar aplicación a los formatos consignados en el Sistema de Calidad de la Gestión de Interventoría, al igual que a entregar Informes Mensuales de Gestión del Contrato, según las fechas determinadas para ello por la EAAB.

Encuentra el Tribunal suficiente prueba documental que demuestra incumplimiento del Contratista en lo que tiene que ver con la presentación, complementación debida y oportuna, y aplicación del Plan de Calidad. Para el Tribunal, se trata de una obligación de particular importancia, toda vez que el referido Plan era una valiosa herramienta de planificación y control de la ejecución contractual, la cual, habida cuenta de la responsabilidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de la EAAB, permite evitar desviaciones en la entrega oportuna de productos necesarios para la cumplida prestación de los referidos servicios.

De la diversa prueba documental existente, el Tribunal destaca la que se reseña en seguida:

- i) Oficio 1451001-2008-0919 de primero (1º) diciembre de dos mil ocho (2008), donde la EAAB advirtió a FERLAG que, atendiendo lo informado por la Interventoría, no había corregido la primera versión del Plan de Calidad, con

---

<sup>83</sup> Ibídem. Página 14.

<sup>84</sup> Ibídem. Página 9.

<sup>85</sup> Op. Cit., Folios 17 y 18.

<sup>86</sup> Op. Cit., Folios 17 y 18.

la inclusión de las observaciones y cambios que tuvieron lugar el dieciocho (18) de noviembre de dos mil ocho (2008).

- ii) Comunicación No. 1451001-2008-0931 de doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008)<sup>87</sup>, dirigida al representante legal de FERLAG por la Interventora del Contrato, en la que, a propósito del argumento de FERLAG, en el sentido de haber remitido el Plan de Calidad a la EAAB, con sujeción a los lineamientos dados por la Interventoría, advirtió que el mencionado Plan no cumplía, desde el inicio del Contrato, con los requisitos mínimos fijados para el efecto. Por ello, en la referida comunicación se destacaron numerosas fallas (más de seis (6), que contenía el Plan, al tiempo que se conminó al Contratista a atenderlas y resolverlas oportunamente.

Llama la atención del Tribunal que en dicha comunicación se realizó un recuento de diversas reuniones entre las partes, celebradas para discutir los inconvenientes del Plan de Calidad presentado por FERLAG, donde el común denominador fue el compromiso del Contratista de realizar los ajustes del caso y la reclamación de la EAAB por el incumplimiento en los plazos y metas acordados.

- iii) Comunicación No. 1451001-2008-0979 de dieciséis (16) de diciembre de dos mil ocho (2008)<sup>88</sup>, dirigida a FERLAG por la Señora Paula Rojas Arbeláez, Interventora, mediante la cual se presentaron observaciones en relación con diversos incumplimientos, particularmente, por el hecho de que la nueva versión del Plan de Calidad presentado por el Contratista no cumplía los requerimientos mínimos de la EAAB, teniendo en consideración las instrucciones dadas por la Interventoría y consignadas en dos (2) actas de dos (2) y quince (15) de diciembre de dos mil ocho (2008). De ahí que la interventoría solicitara numerosos cambios al mencionado Plan<sup>89</sup>.
- iv) Comunicación de diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008)<sup>90</sup>, dirigida por el ingeniero Roselino Cabrejo, Coordinador de Gestión de Calidad de FERLAG, a la Señora Paula Rojas, Interventora del Contrato, mediante la

---

<sup>87</sup> Op. Cit., Folios 58 a 62.

<sup>88</sup> Op. Cit., Folios 63 a 65.

<sup>89</sup> Adicionalmente, no se aprobó el Informe de Gestión Soporte de Cuenta No. 1, entregado por el Contratista el 15 de diciembre de 2008, pues –en criterio de la EAAB– se incumplieron las obligaciones de realizar entregas periódicas y continuadas de los bienes, así como atender los lineamientos del Sistema de Gestión de la Calidad del Proceso de la Interventoría, en relación con las políticas, formatos y procedimientos.

<sup>90</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folio 66. Cuaderno de Pruebas No. 1.

- cual hizo entrega de la segunda versión del Plan de Calidad, con la incorporación de las correcciones, y copia del Cronograma de Ejecución ajustado.
- v) Oficio No. 1451001-2008-0997 de veintidós (22) de diciembre de dos mil ocho (2008), dirigido al Representante Legal de FERLAG por el señor Raúl Vargas, Director de Servicios Administrativos de la EAAB<sup>91</sup>. En lo relativo al Plan de Calidad, reiteró lo mencionado en repetidas ocasiones por la Interventora: para cumplir con las exigencias de mencionado Plan y particularmente con el “Plan de Aseguramiento de la Calidad” y el “Esquema de Organización para Atención de Pedidos” era necesaria la entrega por el Contratista de documentación del Plan de Materiales, con y sin certificado de conformidad, Métodos Constructivos, Cronograma de Trabajo, ruta crítica, evaluación de riesgos, Plan de Comunicaciones, control de no conformes y control para el trámite de cuentas.
- vi) Comunicación de veintiséis (26) de diciembre de dos mil ocho (2008)<sup>92</sup>, enviada por el señor Roselino Cabrejo, Coordinador de Gestión de Calidad de FERLAG, a la Señora Paula Rojas Arbeláez, Interventora del Contrato, mediante la cual nuevamente hizo entrega de la versión 2 del Plan de Calidad, con las correcciones solicitadas.
- vii) Oficio No. 1451001-2009-0018 de trece (13) de enero de dos mil nueve (2009)<sup>93</sup>, enviado a la Señora Fanny Santiago, Directora General apoderada de FERLAG, por la Señora Paula Rojas, interventora del Contrato, donde reiteró que estaba a la espera de la entrega del Plan de Calidad, Versión 2, acompañado de los documentos faltantes y con las correcciones requeridas, según lo previsto en el Acta de reunión de veintiséis (26) de diciembre de dos mil ocho (2008).
- viii) Oficio No. 1451001-2009-0054 de veintitrés (23) de enero de dos mil nueve (2009)<sup>94</sup>, enviado al Representante Legal de FERLAG por la Interventora del Contrato, en el que, en respuesta a la comunicación de veintiuno (21) de enero de dos mil nueve (2009), de FERLAG, respecto del “Plan de Calidad, Versión 2”, informó que faltaban ajustes por realizar, como los relacionados

---

<sup>91</sup> Op. Cit., Folios 71 a 73.

<sup>92</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folio 76. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>93</sup> Op. Cit., Folios 86 a 95.

<sup>94</sup> Op. Cit., Folios 96 a 98.

con los procedimientos propios de FERLAG y el monto mínimo para la realización de pedidos carácter urgente. Solicitó, a su vez, el envío del Informe Bimestral de Auditoría, que FERLAG debía haber desarrollado según lo previsto en su Plan de Aseguramiento de la Calidad.

- ix) Oficio No. 1451001-2009-0571 de dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009)<sup>95</sup>, enviado al Representante Legal de FERLAG, por la Señora Paula Rojas, donde se consignaron las observaciones de la EAAB a la Auditoría Bimestral presentada por FERLAG.
- x) Comunicación enviada por el señor Raúl Vargas, Director de Servicios Administrativos de la EAAB, dirigida a los señores César Laguna, Representante Legal de FERLAG, y Jaime Gamboa, Director de Reclamaciones de Pólizas de Seguros del Estado S.A., con número interno 1451001-2009-0651<sup>96</sup>, mediante la cual se formalizó la aplicación de la Cláusula Novena del Contrato, con la imposición a FERLAG de una segunda multa, por razón del incumplimiento de algunas obligaciones, entre otras, las atinentes al mejoramiento del Plan de Calidad<sup>97</sup>.

El Tribunal ha tomado nota del argumento expuesto por el apoderado judicial de FERLAG desde el 18 de diciembre de 2008<sup>98</sup>, reiterado en sus alegatos de conclusión, en el sentido de que respecto del Sistema de Gestión de Calidad, los Términos de Referencia permitían que, en el evento en que el Proveedor contara con un Sistema de Calidad Certificado o con un modelo distinto del Plan de Calidad, pero contentivo de los requisitos mínimos establecidos en el formato del Plan de la EAAB, podría aportar y aplicar ese Sistema alternativamente. A esos efectos, durante el curso del procedimiento de selección que dio origen al Contrato, FERLAG allegó Certificado de Calidad vigente, bajo la norma ISO 9001:2000, que fue avalado y aprobado por la EAAB. De esa manera, alega el Contratista, debe respetarse el contenido de los Términos de Referencia y autorizar el Plan de Calidad presentado por FERLAG.

El Tribunal no desconoce lo previsto en los documentos contractuales, en cuanto a las alternativas que se le ofrecían al Contratista para presentar e implementar el

---

<sup>95</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 113 y 114. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>96</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 127 - 132. Cuaderno de Pruebas No. 1 y Anexo Contestación de Demanda de Reconvencción. Folios 216 a 221. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>97</sup> *Ibidem*. Folio 130.

<sup>98</sup> *Op. Cit.*, Folios 67 a 70.

plan de calidad. Tampoco ha pasado por alto el hecho de que FERLAG presentó el suyo, debidamente certificado. Sin embargo, considera que FERLAG no ha probado en este Proceso el presupuesto esencial establecido en los Términos de Referencia: que el plan de calidad ofrecido por el Contratista contaba con los elementos mínimos requeridos por la Entidad Contratante. Ese fue precisamente el argumento reiterativo de la Interventoría al demandar la inclusión de unas adecuaciones al Plan de Calidad, de manera que respondiera con las exigencias mínimas que establecía la EAAB, a efectos de garantizar una adecuada prestación de las obligaciones a su cargo. No obra prueba en el expediente que permita concluir que el Plan de Calidad presentado inicialmente por FERLAG, cumplía los requerimientos mínimos exigidos por la EAAB, o que, posteriormente, el Contratista hubiera implementado los ajustes a su Plan, en los términos solicitados por la Interventoría.

Por lo anterior, en concepto de este Tribunal y analizadas de manera integral las pruebas documentales en las que constan los hechos relacionados con el Plan de Calidad y mejoras, es claro que el Contratista incumplió con lo establecido para estos efectos en los Términos de Referencia y en el contrato.

#### 1.5 Plan de Mejoramiento Continuo

Señalan los Términos de Referencia que *"Durante la vigencia de este contrato se aplicará un plan de mejoramiento continuo, con evaluaciones trimestrales donde se revisarán todos los aspectos que sean necesarios. Esta evaluación se hará en forma conjunta Empresa - Proveedor y se elaborará acta de la misma, con compromisos de trabajo"*<sup>99</sup> (Sic). Se derivaba de lo anterior, la obligación en cabeza del Contratista de darle cumplimiento y aplicación a este Plan, pues constituía herramienta de particular importancia para garantizar una adecuada prestación de los suministros a su cargo.

Ahora bien, aun cuando es evidente que recaía sobre FERLAG el deber de aplicar este Plan, así como colaborar con la EAAB para la realización de entrevistas que permitieran evaluar la ejecución del Contrato, se encuentran en el acervo probatorio reiteradas comunicaciones en las que consta la inconformidad de la EAAB en lo relacionado con el cumplimiento de esta obligación:

---

<sup>99</sup> Op. Cit., Numeral. 1.7, Folio 492. CD, allegado por la EAAB el 30-01-13. Documento titulado: "documento de adjudicación.pdf". Página 14. Cuaderno de Pruebas No. 2

- i) Oficio No. 1451001-2009-0256 de diecisiete (17) de marzo de dos mil nueve (2009)<sup>100</sup>, enviado al Representante Legal de FERLAG por la Interventoría, en el que, entre otros asuntos, solicitó diligenciar diversos formatos de “oportunidad de mejora” a fin de poder acudir a las “herramientas establecidas en el Sistema de Calidad de la Gestión de la Interventoría de la EAAB, ESP para encontrar una solución a los inconvenientes que se están presentando en la ejecución del contrato”. (Sic)
- ii) Oficio No. 1451001-2009-0571 de dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009)<sup>101</sup>, remitido al Representante Legal de FERLAG por la misma Interventora Rojas, donde reiteró la solicitud de diligenciar los formatos de “oportunidad de mejora” y requirió adelantar una encuesta de satisfacción a los “clientes internos” de la EAAB, encaminada a conocer la apreciación de éstos en cuanto a calidad de productos, manejo de productos no conformes y prestación del servicio.
- iii) Comunicación enviada por el Sr. Raúl Vargas, Director de Servicios Administrativos de la EAAB, dirigida a los Señores César Laguna, Representante Legal de FERLAG, y Jaime Gamboa, Director de Reclamación Pólizas de Seguros del Estado S.A., con asunto: “Aplicación Cláusula Novena del contrato de Suministro – Multa de Apremio No. 1-06-14500-0605-2008”<sup>102</sup> (Sic). Con esta comunicación se impuso al contratista la primera multa de apremio, habida cuenta de que, entre otros, no evidenció haber emprendido ningún tipo de actuación de la que se derivaran acciones dirigidas a solucionar los incumplimientos que se estaban presentando<sup>103</sup>.

El testimonio de la Interventora Paula Rojas reitera lo anterior, en los siguientes términos:

*“Después de las multas de apremio, de la primera, pensamos que iba a mejorar el contrato y que iba a empezar a cumplir con los plazos pero si uno mira el contrato con detalle, el software, dentro de las estadísticas que se pudo ver del contrato en unos meses, si no estoy mal el de septiembre, de 160 pedidos que se hacían entregaban uno a tiempo, el resto empezaban a entregarlos por partes y se le repetía al contratista*

---

<sup>100</sup> Op. Cit., Folios 105 y 106.

<sup>101</sup> Op. Cit., Folios 113 y 114.

<sup>102</sup> Anexo 8 de la Demanda. Folios 118 a 126. Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>103</sup> *Ibíd.*

*que el contrato no contemplaba entregas parciales, mucho más, que eran entregas, a veces era absurdo, no tenían lápices [...] Dentro de las estadísticas que también la interventoría hizo como informe del contrato con preocupación se señalaba que de 160 pedidos que se hacían mensualmente solamente cumplía con 20 que entregaba completos y a tiempo, o por fuera del plazo, y el resto los entregaba parciales [...] Llegó un punto donde uno decía: no entiendo a qué hora se va a poner al día si debe cosas desde marzo y ya estamos en junio [...]”<sup>104</sup>.(Sic)*

- iv) La reclamación por ocurrencia del siniestro<sup>105</sup> por incumplimiento del contratista estableció que las multas de apremio no surtieron el efecto esperado, pues no adoptó medidas para remediar la constante insatisfacción de las prestaciones a su cargo, situación por la cual se adoptó la decisión de hacer efectiva la póliza de cumplimiento. Se enfatizó, en igual medida, que *“Desde el 17 de julio de 2009 fecha de aplicación de la segunda multa, es decir, más de 45 días la Empresa de Acueducto de Bogotá, no ha recibido comunicación alguna del CONTRATISTA sobre un Plan de Mejoramiento que nos permita vislumbrar un cambio positivo para dar cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales.”*<sup>106</sup> Por ello, reiteró que *“A SEGUROS DEL ESTADO S.A., le consta que el Contratista en sus descargos no demostró ningún interés en realizar acciones encaminadas a corregir y solucionar dichos incumplimientos y por el contrario, no obstante las medidas de apremio aplicadas, persistió en su comportamiento de incumplido, generando con sus retrasos en la entrega de pedidos inconvenientes al Acueducto de Bogotá, a punto que esta se ha visto avocada a utilizar recursos de Caja Menor para la suplir la compra de los elementos e insumos urgentes solicitados por las distintas dependencias de la Entidad y no provistos por el contratista.”*<sup>107</sup>

Documentalmente se puede observar que el Contratista no solamente no cumplió con su deber de dar aplicación a un Plan de Mejoramiento, sino que, además, cuando la Interventoría solicitó el diligenciamiento de las oportunidades de mejora mediante planes concretos, FERLAG no procedió con este requerimiento.

El testimonio de la Interventora corrobora el incumplimiento de estos compromisos: *“Se le llamaba al contratista, se le solicitaba telefónicamente, por*

---

<sup>104</sup> Op. Cit., Folios 341 a 342, páginas 20 y 22 de la transcripción.

<sup>105</sup> Op. Cit., Folios 141 a 161.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

*escrito, se le pidió que hiciera planes de mejoramiento porque el sistema de gestión de calidad y la filosofía de un sistema de gestión de calidad es el mejoramiento continuo, entonces se le mandaban oportunidades de mejora que las contestaran, esa parte del sistema de gestión de calidad realmente no la cumplieron como debía ser, no presentaron planes de mejoramiento, no respondieron las oportunidades de mejora que permitieran ver que de alguna manera iban a cumplir con las exigencias que a diario tenía el Acueducto, las áreas se quedaban, entre los elementos más difíciles con que se quedó la Empresa hasta dos meses sin ese suplemento era papel, la dotación que se le debe dar a los operarios de acueducto y alcantarillado.”<sup>108</sup> (Sic)*

Por otro lado, es claro que FERLAG no adoptó medidas efectivas para subsanar las falencias que se venían presentando en la ejecución del Contrato. Y aun cuando FERLAG sostiene que sí se implementaron correctivos, como encargar a uno de sus funcionarios para que atendiera de manera exclusiva lo relativo al Contrato de Suministro, si se sigue lo previsto para la planta de personal<sup>109</sup>, requerido en los Términos de Referencia, resulta fácil concluir que ello no constituye propiamente una acción de mejora, toda vez que se trataba de una obligación del Contratista, prevista desde el inicio de la relación contractual.

De lo anteriormente expuesto se deriva -sin lugar a duda- que el Contratista no adoptó medidas adecuadas ni dispuso de herramientas suficientes para corregir los inconvenientes que se venían presentando en la ejecución contractual, lo que implica no solamente incumplimiento de sus obligaciones y compromisos, sino que ratifica la falta de conducta diligente, fundamentada en una adecuada planeación contractual.

## **2. Conclusiones del Tribunal en relación con la solicitud de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones contractuales**

Encuentra el Tribunal, derivado de los elementos probatorios relacionados en el capítulo precedente, en el entendido de que se trata de pruebas aportadas y rendidas con arreglo a las exigencias de ley, que la responsabilidad de FERLAG por el cumplimiento imperfecto de sus obligaciones, quedó plenamente probada.

---

<sup>108</sup> Op. Cit., Folio 340, página 18 de la transcripción.

<sup>109</sup> Op. Cit., Numeral. 4.6.1. Folio 492. CD, allegado por la EAAB el 30/01/13. Documento titulado: "documento de adjudicación.pdf". Página 12. Cuaderno de Pruebas No. 2



En particular, considera el Tribunal que existe certeza sobre la inobservancia total o parcial de las siguientes obligaciones a cargo del Contratista: (i) demoras en la entrega de bienes y elementos; (ii) desconocimiento del deber de mantener un “stock” adecuado de productos; (iii) provisión de productos con referencias y de marcas distintas a las autorizadas por la EAAB; (iv) falta de implementación y desarrollo del Plan de Mejoras; (v) No entrega del Plan de Aseguramiento de la Calidad, en los términos mínimos exigidos por la EAAB, y (vi) desconocimiento del Sistema de Calidad de la Gestión de la Interventoría.

De igual manera, estima el Tribunal que, como consecuencia directa de estos incumplimientos, se produjo un perjuicio grave para la Entidad Contratante, traducido en problemas operativos, de salud y malestar laboral, entre otras situaciones que no solamente repercutieron al interior de la Empresa, sino que incidieron en la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de la EAAB. Como se explica más adelante en este Laudo, estos perjuicios son graves y directos, en tanto son consecuencia necesaria del incumplimiento del Contratista. Se trató, además, de daños previsibles que cualquier deudor diligente habría podido evitar.

Correspondía a la Convocada demostrar su diligencia y cuidado en el desarrollo de sus obligaciones contractuales. Lo cierto es que no logró acreditarla. Por el contrario, las pruebas analizadas conducen a concluir que FERLAG no actuó con el cuidado que se le demandaba, ni adoptó medidas razonables para superar los inconvenientes, al tiempo que tampoco acreditó, en igual medida, la existencia de hechos externos, fortuitos, imprevisibles e irresistibles, que la exoneraran de responsabilidad.

Por las razones expuestas, se declarará la prosperidad de la primera pretensión de la Demanda y se desestimará la primera excepción propuesta por FERLAG, denominada “*Inexistencia de Incumplimiento Grave por parte de Comercializadora Ferlag*”.

### **3. Pretensión Segunda de la Demanda – Aplicación de la Cláusula Penal**

Solicita la Convocante que como consecuencia de la declaración de incumplimiento contractual, se ordene el pago de la cláusula penal pactada en la Cláusula Octava del Contrato de Suministro -que en realidad corresponde a la Décima-, por suma equivalente al veinte por ciento (20%) de su valor total, es decir, por cuatrocientos

ochenta y seis millones doscientos cuarenta y tres mil ochenta y dos pesos (\$486.243.082), monto que corresponde a la liquidación anticipada de perjuicios.

Como quiera que de acuerdo con los argumentos expuestos en los dos (2) numerales anteriores, está debidamente probado que FERLAG incumplió varias de las obligaciones a su cargo y atendió en forma extemporánea y deficiente otras, resulta procedente dar aplicación a la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato, pero proporcionada a aquella parte del valor total del mismo que no fue ejecutada por FERLAG.

En efecto, en la excepción denominada "*Falta de proporcionalidad respecto de la cuantía de la Cláusula Penal Pecuniaria*", propuesta por la parte Convocada en la contestación de la demanda principal, se solicita descontar el porcentaje de ejecución del contrato y omitir el valor de los impuestos, al establecer la base de liquidación de la pena pecuniaria.

Para el Tribunal este medio de defensa se ajusta al artículo 1596 del Código Civil, a cuyo tenor "*si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal*", disposición concordante con el inciso tercero del artículo 867 del Código de Comercio, que autoriza al juez reducir equitativamente la pena "[...] cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."

En lo que corresponde al impuesto a las ventas, IVA, también debe ser descontado del cálculo de la sanción pecuniaria, a tono con lo consignado por la perito al resolver la pregunta número 2 del cuestionario de aclaraciones y complementaciones formulado por la EAAB<sup>110</sup>.

Ahora bien: según el dictamen pericial,<sup>111</sup> el Contrato de Suministro objeto de debate fue ejecutado en un treinta y siete punto setenta y nueve por ciento (37.79%) de su cuantía total (\$2.466.595.209 antes de IVA)

Por consiguiente, para la fecha de terminación por la EAAB, faltaba por ejecutar un sesenta y dos punto veintiuno por ciento (62.21%), es decir, la suma de un mil

---

<sup>110</sup> Folio 361 del Cuaderno de Pruebas número 1.

<sup>111</sup> Folios 292 al 325 del Cuaderno de Pruebas número 1

quinientos treinta y cuatro millones cuatrocientos sesenta y ocho mil ochocientos ochenta pesos (\$1.534.468.880), también antes de IVA.

El veinte por ciento (20%) de este último valor equivale a trescientos seis millones ochocientos noventa y tres mil setecientos setenta y seis pesos (\$306.893.776).

En consecuencia, el Tribunal condenará al pago proporcional de la pena pecuniaria, que se cargará en la liquidación del contrato a FERLAG.

#### **4. Terminación unilateral del contrato por la EAAB**

##### **4.1 Posición de la Convocante**

En los hechos de la demanda, la Convocante hace un relato de las circunstancias que, a su juicio, constituyen incumplimiento de obligaciones y compromisos a cargo de la convocada.

En lo que se refiere a Seguros del Estado S.A., garante del contrato según la Póliza de Seguro de Cumplimiento N° 17-44-101021588, expedida por dicha aseguradora, la Convocante señala que en varias oportunidades fue informada acerca de los incumplimientos de su afianzado, de modo que *“ha tenido conocimiento de la situación reiterada de incumplimiento del contratista”*<sup>112</sup>

Sobre este particular, la Convocante reseña dos (2) comunicaciones que fueron elaboradas y remitidas por Seguros del Estado S.A., que dan cuenta de que dicha Compañía tuvo conocimiento de los hechos relacionados con el incumplimiento de la convocada: i) una comunicación radicada el veinticinco (25) de agosto de dos mil nueve (2009), en la que la aseguradora manifiesta que se ha requerido al tomador de la póliza para que brinde las explicaciones del caso respecto de las circunstancias de incumplimiento informadas por la convocante; y ii) otra comunicación de siete (7) de septiembre de dos mil nueve (2009), en la que expresa que el contratista afianzado dio respuesta a los requerimientos de la aseguradora e informó que *“se han tomado al interior de la Empresa una serie de acciones, tales como el mejoramiento del sistema de gestión de calidad, asignación de una persona dedicada de tiempo completo y de manera exclusiva para atender los diferentes pedidos que solicita la entidad, así como mantener una constante*

---

<sup>112</sup> Folio 18 del Cuaderno Principal número 1

*comunicación con la interventora del contrato, con el fin de llevar acabo coordinadamente la ejecución del mismo (...)*".

Según los hechos de la demanda, esas comunicaciones fueron respondidas por la Convocante, con apoyo en los informes de auditoría e interventoría y, en general, en los avances de ejecución del contrato.

#### **4.2 Posición de la Convocada**

La Convocada, al contestar la demanda, señaló que la terminación del contrato por la Convocante fue ilícita y que, además, dicha entidad *"no contempló las circunstancias especiales que se han puesto de presente como causales exonerativas de responsabilidad contractual y que constituyen fuerza mayor"*.

Por otra parte, propuso la excepción que denominó *"Falta de competencia de la EAAB para declarar la terminación unilateral del Contrato"*, según la cual, en su entendimiento, la Convocante no podía declarar la resolución del contrato de manera unilateral, como lo hizo mediante comunicación de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009). Agregó que, al declarar dicho incumplimiento, la Convocante *"desconoció la existencia de la cláusula compromisoria y no acudió al juez del contrato"*.

En relación con esta materia, dentro de la oportunidad legal, la Convocada presentó demanda de reconvención, en la que pretende declaración del Tribunal, en el sentido de que mediante comunicación de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), la EAAB expidió un acto administrativo, y que dicha circunstancia constituye incumplimiento de la Entidad al desconocer la cláusula compromisoria estipulada en el contrato materia de esta controversia. Como pretensión subsidiaria, solicita que, en caso de no prosperar la pretensión primera de la demanda de reconvención, el Tribunal declare que *"la resolución unilateral de contrato allí contenida, violó lo establecido en el contrato 1-06-14500-605-2008"*.

Dentro de los hechos de la demanda de reconvención, FERLAG sostiene que *"Al resolver el contrato suscrito con Comercializadora Ferlag, sin acudir previamente a los mecanismos establecidos en la cláusula compromisoria"* (hecho 3.8 de la demanda de reconvención), la EAAB incumplió sus obligaciones contractuales. Hace consistir dicho incumplimiento en la invocación que hizo la Convocante del artículo 1546 del Código Civil, con lo cual desconoció *"no solo lo establecido en su manual de contratación y en el contrato mismo, sino lo señalado en el artículo 973*

*del código de Comercio” (hecho 3.9 ibídem). Concluye la demanda de reconvencción que la EAAB “debió convocar este Tribunal Arbitral antes de tomar la determinación unilateral de terminar el contrato, pues no tenía razón legal para hacerlo desconociendo la cláusula compromisoria” (hecho 3.11 ibídem).*

En sus alegaciones finales, la convocada señaló que la Convocante no podía terminar en forma unilateral el contrato “*porque no existía un incumplimiento de tal magnitud*”, que le permitiera adoptar esa decisión bajo las normas del derecho privado. Ahora bien: bajo el régimen del derecho público, la terminación unilateral constituye una prerrogativa de las entidades estatales, pero no puede ser aplicada por empresas de servicios públicos en contratos regidos por el derecho privado.

#### 4.3 Consideraciones del Tribunal

A partir de las posiciones de las partes, que se acaban de sintetizar, el Tribunal encuentra que el problema jurídico que se plantea en este punto consiste en determinar, en primer lugar, el alcance y fundamento jurídico de las manifestaciones de voluntad expresadas por la Convocante en la comunicación de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), para concluir, en seguida, acerca de las consecuencias jurídicas de las mismas, en orden a determinar si la actuación de la EAAB se ajustó al contrato y al ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, como lo pretende la convocada, esta conducta constituye incumplimiento de la Convocante.

El análisis y la decisión de estos asuntos, envuelven las materias y los puntos planteados, de modo principal, en la Segunda Excepción propuesta por FERLAG, así como en las pretensiones Primera, Segunda A y Segunda B, lo mismo que en la Pretensión Subsidiaria de la demanda de reconvencción de la Convocada.

##### ▪ **El documento de 27 de octubre de 2009**

A folio 28 del Cuaderno de Pruebas número 1, obra comunicación remitida por el Director de Servicios Administrativos y Representante Legal por delegación de la EAAB, al Director de Reclamación Pólizas de Seguros del Estado S.A. y al representante legal de FERLAG, documento que se refiere a los incumplimientos en los que incurrió la Convocada en desarrollo del contrato.

De dicho documento, el Tribunal considera relevante extraer lo siguiente:

- i) En el encabezamiento de dicho escrito, el Representante Legal de la EAAB manifiesta presentar reclamación por la ocurrencia del siniestro amparado por la Garantía Única de Cumplimiento N° 17-44-101021588, expedida por Seguros del Estado el diez (10) de noviembre de dos mil ocho (2008), en condición de garante de FERLAG.
- ii) La Convocante señala en dicha comunicación que desde el mes de diciembre de 2008, FERLAG incumplió las obligaciones contractuales a su cargo, entre las cuales se encuentra *“la entrega de pedidos en los plazos pactados”*, lo cual ha ocasionado inconvenientes a la EAAB.
- iii) La Convocante relaciona las comunicaciones mediante las cuales requirió al Contratista para que diera cumplimiento a las prestaciones a su cargo, y le puso de presente la inobservancia de sus obligaciones, circunstancias que también fueron comunicadas a Seguros del Estado.
- iv) De igual modo, en dicha comunicación se relaciona la respuesta del contratista a los requerimientos efectuados por la EAAB.
- v) Como consecuencia de los incumplimientos del contratista, por recomendación de la Interventoría, la EAAB impuso a FERLAG multa de apremio el dos (2) de julio de dos mil nueve (2009).
- vi) A pesar de dicha sanción, el contratista continuó incumpliendo el Contrato, de suerte que, también por recomendación de la Interventoría, se dispuso la aplicación de una segunda multa de apremio, el diecisiete (17) de julio de dos mil nueve (2009).
- vii) Las circunstancias relacionadas con el incumplimiento del contratista fueron informadas en varias oportunidades por la EAAB a Seguros del Estado, como garante del contrato.
- viii) En la comunicación bajo examen, la EAAB hizo una síntesis de las conductas que estimó constituir *“incumplimiento definitivo”* del contrato, las cuales se refieren, de modo principal, a la falta de entrega o a la entrega extemporánea de los bienes objeto de suministro y al incumplimiento de planes de calidad, lo que afectó en forma sensible los intereses de la Convocante.

- ix) A partir de los incumplimientos del contratista, reseñados en dicha comunicación, y habida consideración del *“desinterés de éste para tomar medidas correctivas y realizar acciones encaminadas a corregir los incumplimientos”* (folio 44 del Cuaderno de Pruebas número 1), la EAAB decidió acoger la recomendación de la Interventoría del Contrato, enderezada a *“declarar el incumplimiento definitivo del contrato y hacer exigible la póliza de seguros”* (ídem).
- x) Colofón de las motivaciones invocadas por la EAAB resultan las “decisiones” consignadas en la comunicación bajo análisis, que se sintetizan a continuación:
- La declaración de *“la ocurrencia del siniestro por incumplimiento”* de FERLAG, a la luz de la póliza expedida por Seguros del Estado.
  - La solicitud del pago de la cláusula penal pecuniaria al contratista y a su garante, en el porcentaje máximo estipulado en la póliza.
  - La *“resolución y liquidación”* del contrato, conforme al balance financiero que se incorpora en la citada comunicación.
  - La manifestación de la EAAB, según la cual, si en el término de treinta (30) días no se presenta objeción fundada respecto de la reclamación por el pago de la cláusula penal, la convocante procedería a cobrar la misma *“a través de las instancias legales y judiciales correspondientes”*.

▪ **Marco Jurídico**

Por estipulación de las partes, contenida en la cláusula décima sexta del contrato, el negocio jurídico materia de esta disputa *“se rige en general por las normas civiles y comerciales vigentes, salvo en los aspectos particularmente regulados por el Manual de Contratación”* de la EAAB. Por consiguiente, las normas aplicables al contrato de suministro son aquellas establecidas en la legislación mercantil.

De conformidad con el artículo 968 del Código de Comercio, *“[e]l suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”*.

A partir de esta definición, se reconocen como elementos esenciales del contrato de suministro: (i) la autonomía e independencia de las partes; quien suministra debe actuar en forma independiente de su contratante; (ii) la existencia de una pluralidad de prestaciones de cosas o servicios; (iii) la periodicidad o continuidad de las prestaciones, y (iv) la contraprestación a favor de quien suministra (proveedor) y a cargo de quien recibe (consumidor).

El suministro es un contrato consensual, de tracto o ejecución sucesiva, bilateral, oneroso y, por lo general, conmutativo. En su ejecución práctica, una de sus características más relevantes es que constituye fuente de relaciones comerciales de carácter duradero, toda vez que descansa sobre la certeza de provisión por parte de quien suministra, así como sobre la disponibilidad que éste debe tener respecto de los bienes o servicios que son objeto de suministro.

Caracteriza su función práctica o económica el mantenimiento de relaciones duraderas, la certeza de provisión, disponibilidad, celeridad y economía, al comprender una pluralidad de prestaciones sobre cosas o servicios. Tales vínculos, por lo general, se extienden en el tiempo, razón por la cual el plazo se convierte en un elemento esencial del contrato, pues como señala la doctrina, *“la duración del cumplimiento incide en la causa del contrato, de tal suerte que éste no cumple su función económica si su ejecución no se prolonga en el tiempo; la utilidad para el contratante es proporcional a la duración del contrato. La causa en los contratos de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada.”*<sup>113</sup>

El proveedor está obligado a entregar y, por consiguiente, debe transferir el dominio o propiedad de los bienes o elementos objeto de contrato, y está obligado al saneamiento por evicción y vicios redhibitorios de las cosas que entrega. Por su parte, el consumidor está obligado a pagar el precio acordado, sea determinado o indeterminado -pero determinable-, o cuando no se pacta su valor o forma de determinarlo, debe pagar el precio medio que las cosas o servicios tengan en el lugar y día del cumplimiento de cada prestación o en el domicilio del consumidor, si las partes se encuentran en lugares distintos (Art. 970 del Código de Comercio).

---

<sup>113</sup> Joaquín Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III, Volumen I, Obligaciones y Contratos Mercantiles, pág. 414.



La prestación debe cumplirse en el plazo pactado, y, en caso de conferirle a una parte la oportunidad de señalarlo, aquella debe dar a la otra aviso prudencial respecto del momento en que debe cumplirse (Art. 972 Código de Comercio). Cuando el suministro es periódico o con intervalos de tiempo superiores al diario, el precio se debe por cada prestación en proporción a su cuantía y debe pagarse en el acto, salvo que las partes acuerden la forma de pago; si fuere continuo, se cumplirá en el plazo pactado, y, en caso de silencio sobre el particular, se pagará en el que indique la costumbre (Art. 971 Código de Comercio).

Por disposición del artículo 973 *ibídem*, el incumplimiento de una de las partes, relativo a alguna de las prestaciones, le confiere el derecho a la otra a dar por terminado el contrato, siempre que dicho incumplimiento "*le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia*". Así mismo, dicho incumplimiento ha de ser "*capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos*". En caso de que el proveedor ponga fin al suministro, está obligado a dar aviso al consumidor<sup>114</sup>.

Junto con el derecho de terminar el contrato, el contratante que ha sido perjudicado por el incumplimiento del otro, conserva también su derecho de pedir la indemnización de perjuicios "*a justa tasación*" (Artículo 973 del Código de Comercio).

#### ▪ **El caso concreto**

En cuanto respecta a la controversia sometida a decisión del Tribunal, ha quedado establecido en el Laudo que la Convocada incurrió en incumplimiento de las prestaciones a su cargo, conducta que le ocasionó perjuicios graves a la Convocante. Así mismo, dicha Entidad se vio afectada en su operación diaria, en particular, por la falta de entrega o el suministro extemporáneo de los bienes contratados con FERLAG, circunstancias que para el Tribunal resultan relevantes y de importancia, y que hizo "*mermar la confianza*" de la Convocante en la capacidad de FERLAG para dar cumplimiento oportuno y exacto a las entregas que fueron contratadas<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Sobre el derecho de terminación unilateral del suministro puede consultarse el laudo arbitral del Tribunal de Jairo Gómez Rueda contra Prodaín S.A. C.I. de 11 de junio de 2008 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>115</sup> Cfr. Testimonios de Raúl Ernesto Vargas Solano, y, en particular, el de Paula Angélica Rojas Arbeláez, quien fungió como interventora del Contrato.

En relación con el incumplimiento del contrato de suministro, que constituye condición para su terminación, se ha sostenido que *“Vale decir, la incidencia en la no obtención de los resultados negociales deber ser de cierta influencia o bien en el grado de afectación o lesión patrimonial, propios del daño, o importancia en el desarrollo del contrato, que permitan pensar que el suministro sucesivo no puede ser atendido de conformidad con las reglas de la prudencia contractual”*<sup>116</sup>.

Bajo los postulados consagrados en la legislación mercantil y desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, se encuentra que los incumplimientos de FERLAG, que se han precisado en esta providencia, fueron de tal importancia que afectaron por sí solos, en forma ostensible, el desarrollo normal y esperado del contrato y minaron la confianza que la Convocante podía esperar de FERLAG, empresa que, por lo demás, no adoptó los correctivos acordados en orden a ajustar su conducta a lo estipulado en el negocio jurídico. Frente a estas circunstancias y ante el incumplimiento reiterado, perjudicial y relevante de la Convocada, la EAAB tenía derecho a *“dar por terminado el contrato”* de suministro, con arreglo al artículo 973 del Código de Comercio, sin que dicha conducta constituya incumplimiento del negocio jurídico -como pretende la Convocada-, sino el ejercicio de una facultad extrema que la ley reconoce al contratante cumplido, cuando resulta perjudicado por el incumplimiento grave del otro.

Conviene precisar que consta en el expediente y, en particular, se acredita en el documento de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), que la terminación del contrato por la Convocante no se hizo en forma intempestiva o inopinada; por el contrario, FERLAG fue informada en varias oportunidades acerca de los reparos que la Convocante tenía respecto de sus incumplimientos, lo que a la vez motivó los requerimientos que en varias oportunidades le hicieron la Interventoría y la propia EAAB al contratista, con el propósito de que se aviniera a cumplir el contrato, amén de las multas de apremio que le fueron impuestas<sup>117</sup>. Según se sigue de tales comunicaciones, la decisión de la Convocante no fue súbita o inesperada, sino que la propia convocada tenía conocimiento de la insatisfacción que experimentaba la EAAB con la conducta contractual de aquella, así como de las consecuencias que la misma tenía en la operación cotidiana de la empresa.

---

<sup>116</sup> José Alejandro Bonivento Fernández, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. Tomo II. Octava Edición (2009). Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 172.

<sup>117</sup> Vd. Comunicaciones números 1451001-2008-0919 (folios 200 a 202), 1451001-2008-0979 (folios 203 al 205), 1451001-2008-0997 (folios 71 al 73), 1451001-2008-0018 (folios 86 al 95) y 1451001-2008-0054 (folios 96 al 98) extendidas por la EAAB. (Todos los folios citados corresponden al Cuaderno de Pruebas número 1.)

Puestas así las cosas, el Tribunal considera que mediante la comunicación de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), la Convocante ejerció el derecho que la ley consagra en su favor, motivada por el incumplimiento reiterado, grave y relevante del contratista. De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y que se han reseñado en capítulo aparte de este Laudo, a causa del incumplimiento de FERLAG, la Convocante ejerció la facultad de terminación del negocio jurídico en legal forma y con arreglo a derecho, sin que por ello la Convocada pueda reclamar perjuicio o menoscabo alguno. Se trata del ejercicio de una facultad de linaje legal, establecida a favor de aquella parte del contrato de suministro que habiendo cumplido con sus prestaciones, resulta damnificada por el incumplimiento grave e importante de la otra.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha sostenido que *“La hipótesis parte del supuesto de no haberse estipulado plazo para el suministro. Luego, contrario, si se pactó a él deben sujetarse las partes, de modo que no hacerlo implica incumplimiento, debiendo asumir la parte incumplida la responsabilidad respectiva, que significa indemnizar a la parte cumplida los perjuicios que haya sufrido por el quebranto de las prestaciones acordadas. De manera pues que si el contrato de suministro es bilateral y oneroso, el faltar una parte a sus compromisos al tiempo que le acarrea la responsabilidad contractual por su incumplimiento, le otorga derecho a la cumplida para exigir la indemnización de la integridad de los perjuicios realmente ocasionados.”*<sup>118</sup>

De acuerdo con lo expuesto, el fundamento legal de dicha facultad de terminación del contrato de suministro encuentra raíces en el artículo 973 del Código de Comercio, al margen de que en la tantas veces citada comunicación de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), la EAAB haya invocado como fundamento de sus determinaciones *“el artículo 1546 del Código Civil”* y haya declarado la *“resolución”* del contrato de suministro. Sin que sea del caso profundizar en los términos y las expresiones consignados en dicha comunicación, -toda vez que ellos no alteran la materialidad de la voluntad de la Convocante, ni los efectos que de dicha comunicación se desprenden-, lo que resulta relevante y útil para esta controversia es que la decisión de terminar el contrato por parte de

---

<sup>118</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de segunda instancia de 8 de marzo de 1993. Sobre el particular también puede consultarse el laudo arbitral de 15 de noviembre de 2002 proferido por el Tribunal de Adriana María Calderón Palacio contra Cafesalud Medicina Prepagada S.A. del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

la EAAB tiene sustento legal, aun cuando el que la Convocante haya invocado en la comunicación bajo examen no resulte, en realidad, aplicable.

En efecto, la EAAB manifestó en la comunicación de veintisiete (27) de octubre de 2009 que con base en el artículo 1546 del Código Civil “*resolvía*” el contrato, cuando en estricto rigor lo que resultaba procedente era la terminación del mismo con fundamento en el artículo 973 del Código de Comercio, toda vez que la norma que fue invocada por la Convocante se refiere, de modo general, a la condición resolutoria tácita y a la acción de resolución, situaciones normativas que no corresponden con las circunstancias fácticas y jurídicas de un negocio como el que es materia de este Laudo y cuya característica principal consiste en ser de ejecución sucesiva.

Como ha quedado explícito en esta providencia, el derecho a terminar el contrato por determinación de la Convocante es un mecanismo excepcional que cuenta con respaldo y fundamento de orden legal. Su ejercicio debía hacerse con sujeción a los postulados de lealtad, probidad, buena fe y corrección que gobiernan los negocios jurídicos, circunstancia que no fue desvirtuada por la convocada, de modo que mal puede ella -contratante incumplido- reclamar, porque la facultad se ejerció en forma ilícita y con desconocimiento de la cláusula compromisoria, al no haber acudido la EAAB al juez del contrato<sup>119</sup>.

Aun cuando esta es una materia que ha dado lugar a no pocas discusiones de carácter doctrinal y teórico que no hace falta reproducir en esta providencia, hoy por hoy, la jurisprudencia nacional reconoce y acepta en algunos casos excepcionales la posibilidad de terminar el contrato por una de las partes, siempre que tal facultad se ejerza con sujeción a los postulados de buena fe y probidad, y, en particular, sin que se incurra en abuso del derecho, todo lo anterior en salvaguarda de los derechos e intereses del otro contratante.

En reciente pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia puntualizó:

*“Pertinente dejar sentado que la posibilidad reconocida por el orden jurídico a las partes para disponer la terminación unilateral del contrato*

---

<sup>119</sup> La jurisprudencia argentina ha sostenido que “*Resulta ajustada a derecho la resolución por simple declaración del comitente de un contrato de suministro de combustible, motivada en la reiterada falta de entrega del producto objeto del contrato, toda vez que dicho obrar configura un incumplimiento previsto en la cláusula comisorio, no siendo necesario demandar por resolución del contrato*”. Citada por Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. Editorial La Ley. Segunda Edición, 2011. Pág. 474.

*por las causas y modalidades legales o contractuales (retracto, revocación, renuncia, denuncia de contrato a término indefinido, desistimiento unilateral, cláusulas resolutorias expresas o de terminación unilateral, o in continente, etc.) no conceden derecho alguno ni equivalen a tomar justicia por mano propia, menos excluyen el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción para decidir toda diferencia en torno a su eficacia y ejercicio sin descarrío ni abusos.*

*Por lo tanto, todas las controversias a propósito de la eficacia de estas estipulaciones o el ejercicio de la prerrogativa legal o contractual, legitiman a las partes para acudir a los jueces competentes, a quienes corresponde su conocimiento y decisión definitiva.”<sup>120</sup>.*

Bajo los postulados trazados en dicho fallo, de reconocida importancia, existe la facultad de terminación unilateral del contrato, derecho que debe ejercerse sin excesos y con sujeción a los principios de buena fe y corrección que gobiernan la ejecución de cualquier contrato, para no perjudicar los derechos del otro contratante<sup>121</sup>. Con todo, si llegaron a existir discrepancias o inconformidades entre las partes, en razón del ejercicio de tal facultad, en cualquier caso, es el juez del contrato quien puede revisar las circunstancias de orden legal y fáctico, en orden a dictaminar si el mismo se hizo con arreglo a los principios y normas legales y si se causó algún perjuicio al otro contratante. En suma, es el propio juez quien conserva la facultad de determinar si se causaron perjuicios y, si hay lugar a decretar la “*justa tasación*” de los mismos, a la que se refiere el artículo 973 del Código de Comercio.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal declarará que carece de fundamento jurídico la segunda excepción propuesta por FERLAG, bajo el entendimiento de que su objeto se contrae a que se declare que la EAAB no podía terminar el Contrato de manera unilateral y sin acudir al juez.

---

<sup>120</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011. Referencia 11001-3103-012-1999-01957-01. Sobre el particular, puede consultarse también el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Terpel de la Sabana S.A. contra Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. el 19 de agosto de 2005 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>121</sup> Sobre el particular puede consultarse el laudo arbitral de 13 de julio de 2010, proferido por el Tribunal de Organización Terpel S.A. contra Estación de Servicio Los Carruajes Ltda. del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla en el que se expresa: “... *la parte afectada no debe esperar un dictamen de carácter judicial, ya que toda vez que el contratante afectado considere que su confianza ha sido mermada, razón por la cual no considera que su contraparte contractual cumplirá a cabalidad con las obligaciones sucesivas, podrá entonces invocar la terminación justa del contrato*”.

Por las mismas razones, el Tribunal considera que dicha actuación de la EAAB no constituye incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ni desconocimiento de la cláusula compromisoria pactada, toda vez que cuenta con respaldo en el ordenamiento superior y con ella no se causaron perjuicios a FERLAG, daños que, en todo caso, tampoco resultaron demostrados en el expediente. Así las cosas, se declarará que no prospera la pretensión Segunda, en sus especies A y B, de la demanda de reconvención.

En lo que se refiere a la Primera Pretensión de la demanda de reconvención de FERLAG, enderezada a que se declare que la EAAB “*emitió un acto administrativo con la expedición del documento de fecha 27 de octubre de 2009*”, dicha súplica no está llamada a prosperar. Sin que sea del caso reproducir en esta providencia la secular evolución que ha tenido en la dogmática jurídica la naturaleza de las expresiones de voluntad de la Administración Pública, ni tampoco agotar las diferentes teorías relacionadas con sus actuaciones, en el caso sometido a decisión del Tribunal es forzoso concluir que, con arreglo a las estipulaciones del contrato - en particular a la cláusula décima sexta, que consagra el régimen legal del mismo- y a las normas mercantiles que disciplinan el negocio jurídico, al extender la comunicación de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009), la EAAB actuó al amparo de normas de derecho privado, sin ejercer prerrogativas o privilegios exorbitantes, ni tampoco con fundamento en cláusulas excepcionales a las que pactan los particulares en contratos como el que es materia de esta decisión. Tampoco estima el Tribunal que la EAAB, al declarar la terminación del negocio jurídico, haya actuado en ejercicio de una potestad administrativa en particular, sino que lo hizo en pie de igualdad con el contratista, con apoyo en normas de derecho mercantil, como se ha puntualizado. Según se sigue de lo expuesto, la Pretensión Primera de la demanda de reconvención no está llamada a prosperar.

La misma suerte correrá la pretensión subsidiaria a la pretensión primera de la demanda de reconvención, en tanto la comunicación de veintisiete (27) de octubre de dos mil nueve (2009) no “*violó lo establecido en el contrato*”, toda vez que, como quedó expuesto, dicha actuación tiene fundamento legal en el ordenamiento superior y no contraviene estipulación contractual alguna.

## 5. Las demás pretensiones de la demanda de reconvención

En la pretensión tercera de la demanda de reconvención, FERLAG solicita que “**se DECLARE que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE**

**BOGOTÁ, E.S.P., INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN E INFORMACIÓN** causando el denominado **'daño a la confianza'** en el marco de situaciones bajo la esfera de su control directo, al incumplir con lo acordado en la cláusula décima 'PENAL PECUNIARIA' por cuanto en la misma se indica que: 'el pago de la pena no extingue para EL PROVEEDOR el cumplimiento de la obligación principal.', comportamiento que no fue permitido por la EAAB al proveedor al negarse a recibir los pedidos luego de declarar unilateralmente la resolución anticipada del contrato a través de acto administrativo, a sabiendas además que debía acudir, como ahora pretende, a tribunal arbitral para ello." (Sic)

Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a la EAAB a pagar las sumas de dinero que resulten probadas en el proceso, debidamente actualizadas.

Con fundamento en los artículos 228 de la Constitución Política y 3 del Código de Procedimiento Civil y de conformidad con reiterada jurisprudencia, se impone interpretar esta pretensión, que adolece de la debida claridad, sin que ello implique alterarla o suplantar al demandante. Para este propósito, se seguirá lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

*"Esta Corporación, de vieja data, ha venido sosteniendo que la demanda... debe interpretarse de una manera racional y lógica, teniendo en cuenta su texto íntegro, de manera tal que las dudas o vacilaciones que afloren de su redacción; las imprecisiones de sus súplicas; la equivocada denominación de las acciones que se ejercen o de los fundamentos de derecho que se invoquen por el actor, puedan ser esclarecidas si del contexto general del libelo resulta en forma suficientemente clara cuál es su verdadero sentido y alcance.*

*"En suma, se ha dicho que 'el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal', por cuanto debe trascender 'su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante' (Cas. Civ. 31 de octubre de 2001, Exp. 5906)"<sup>122</sup>.*

Así, el Tribunal entiende que la demandante en reconvención pretende que se declare que la EAAB incumplió sus deberes secundarios de conducta, en particular,

---

<sup>122</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de enero de 2005 (Expediente 7796).

los de protección e información, con el consiguiente daño a la confianza de FERLAG, por no haber recibido pedidos después de terminar anticipadamente el contrato de suministro y de haber solicitado el pago de la cláusula penal, por cuanto en esta estipulación contractual se acordó que su aplicación no extinguía la obligación principal a cargo de la referida sociedad.

No obstante, el Tribunal considera que la cláusula así concebida no implica que el contratante afectado por el incumplimiento grave de las prestaciones a cargo del proveedor, esté obligado a continuar la ejecución del contrato, por el hecho de reclamar la pena pecuniaria pactada en el mismo.

Del texto de la cláusula penal debe entenderse que, tanto si el contratante cumplido opta por continuar con la ejecución del contrato, como si elige terminar anticipadamente el vínculo contractual, puede, además, reclamar el valor de la estimación anticipada de perjuicios.

En el presente asunto, la EAAB decidió terminar el contrato, circunstancia que no le impide reclamar la cláusula penal.

Por otra parte, a juicio del Tribunal, resulta importante precisar que unas son las obligaciones derivadas del contrato, conforme a sus expresas estipulaciones, y otras las que se entienden incorporadas en el mismo por ministerio de la ley, aun en ausencia de pacto expreso. Entre ellas se encuentran las que surgen del imperativo de ejecución contractual de buena fe, que la doctrina denomina “deberes secundarios de conducta”, como las “obligaciones de protección e información”.

Sobre tales deberes se ha sostenido:

*“Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan ‘deberes secundarios de conducta’, ‘deberes colaterales’, ‘deberes complementarios’ o ‘deberes contiguos’, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe.”<sup>123</sup>*

---

<sup>123</sup> Solarte Rodríguez Arturo, La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta, Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Octubre de 2004. Pág. 307.



El cumplimiento de esos deberes garantiza que cada uno de los contratantes reciba lo que legítimamente esperaba obtener en razón del contrato, y por ello resultan censurables los actos de ejecución o interpretación que contraríen la confianza recíproca de las partes.

Sin embargo, el Tribunal considera que los incumplimientos graves y reiterados de FERLAG, de los que obra suficiente análisis y demostración en aparte anterior de este Laudo, legitimaron el ejercicio de la facultad legal otorgada a la EAAB por el artículo 973 del Código de Comercio, de terminar anticipadamente el contrato, con lo cual se extinguieron las obligaciones de ejecución y con ellas los deberes secundarios de conducta inherentes a las mismas.

Así las cosas, terminado el contrato, no pesaba sobre la EAAB compromiso de recibir pedidos, ni posibilidad de hacerlos.

El Tribunal negará por tanto la pretensión tercera de la demanda de reconvención, letras A) y B).

Consecuente con lo expuesto y al no imponerse condena a cargo de la EAAB, no hay lugar a liquidar intereses, en los términos solicitados en la pretensión quinta de la reconvención, razón por la cual dicha súplica también será desestimada.

Por último, al no haber prosperado ninguna de las pretensiones de la demanda de reconvención, salvo la de liquidación del Contrato, solicitada también en la demanda principal, no se hace necesario estudiar ni resolver las defensas propuestas por la EAAB, denominadas "*Inexistencia de la Pretensión*", "*Negación Plena del Derecho Acusado*" e "*Inexistencia probada del Daño*". (Sic)

## **6. Objeción al Dictamen Pericial**

El apoderado judicial de FERLAG objetó en forma parcial y por error grave el Dictamen, por cuanto al resolver las solicitudes de aclaración y complementación la perito puso de presente que la factura de venta N° 8859 de 6 de diciembre de 2012, expedida por FERLAG, no se encontraba registrada en la contabilidad de la EAAB, a pesar de haberse radicado el 7 de diciembre siguiente.

A su juicio, para la fecha en que fue rendida la aclaración y complementación del peritaje, dicha factura se encontraba aceptada y en firme, por no haber sido objetada en el término de ley.

Para el Tribunal, el fundamento fáctico del proceso está dado por los hechos expuestos en la demanda, en la demanda de reconvencción y en sus respectivas contestaciones. No puede por tanto valorar un hecho nuevo, creado por una de las partes con ocasión de la contradicción al Dictamen Pericial, ni documentos aportados en esta última oportunidad, con mayor razón, cuando en la contabilidad de la convocada tampoco aparecía registro alguno de concepto por facturar o por cobrar, como da cuenta el Peritaje.

En las anteriores condiciones, el Tribunal desestimaré la objeción por error grave propuesta por la convocada, en cuanto el dictamen se ajustó a la realidad existente en la fecha de su elaboración y a los registros contables de las partes en las oportunidades de examen, máxime si se tiene en cuenta que la copia autenticada de la factura distinguida con el No. 8859 del 6 de diciembre de 2012 y sus anexos, adjuntos al memorial de objeción, no tienen constancia de radicación en la EAAB, y no había sido elaborada ni presentada para la fecha del Dictamen Pericial, 30 de noviembre de 2012.

## **7. Pretensión común de liquidación del contrato de suministro**

En la Pretensión Tercera de la demanda principal se solicita ordenar la liquidación del contrato, incluida la condena a pagar intereses de mora sobre el valor neto resultante de aquella, mientras en la Pretensión Cuarta de la demanda de reconvencción se pide también que el Tribunal proceda a liquidar el contrato, incluidos los reconocimientos de las demás pretensiones y su costo de oportunidad.

Procede por tanto el Tribunal a liquidar el contrato de suministro materia de litigio, para cerrar definitivamente el ciclo de compromisos entre las partes, de acuerdo con el artículo 22 del Manual de Contratación de la EAAB, contenido en la Resolución 1016 de 2005, modificada por las distinguidas como 08 y 88 de 2007<sup>124</sup>,

---

<sup>124</sup> Artículo Vigésimo Segundo.- Liquidación de los Contratos. (Modificado por el art. 11, Resolución E.A.A.B. 08 de 2007, Modificado por el art. 11, Resolución E.A.A.B. 88 de 2007). Los contratos de tracto sucesivo cuyo valor sea igual o superior a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y los demás que lo requieran se liquidarán de común acuerdo por las partes dentro del plazo fijado en cada contrato.

vigente en la fecha de celebración de aquel, con fundamento en los documentos que obran en el expediente y en las pruebas practicadas durante el trámite, en los siguientes términos:

▪ Antecedentes

Previo procedimiento de invitación directa, regido por términos de referencia especialmente elaborados para el efecto, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P- EAAB ESP y Comercializadora Ferlag Ltda. se celebró el Contrato de Suministro No. 1-06-14500-605-2008 del 5 de noviembre de 2008, cuyas características principales se consignan en el siguiente Cuadro:

<b>Objeto:</b>	Contratar, bajo la modalidad de "outsourcing", por el sistema de precios con ajuste, los suministros de papelería, impresión, útiles de escritorio, elementos para equipos de oficina, así como productos de aseo, cafetería, artes gráficas y otros artículos ocasionales, con el fin de atender las necesidades básicas del Acueducto de Bogotá, con las especificaciones que se establecen en las condiciones y términos de la invitación.
<b>Valor:</b>	Estimado de Dos mil ochocientos cuarenta y cinco millones setecientos ocho mil ciento veintitrés pesos (\$2.845.708.123), incluido IVA, discriminados de la siguiente manera: <ul style="list-style-type: none"><li>▪ \$232.993.770, con IVA del diez por ciento (10%),</li><li>▪ \$2.595.004.554., con IVA del dieciséis por ciento (16%), y</li><li>▪ \$17.709.799, sin IVA</li></ul>
<b>Término de Vigencia:</b>	Desde la fecha de firma por los representantes autorizados de las partes y hasta la liquidación definitiva.
<b>Plazo de Ejecución:</b>	Veinticuatro (24) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio, diligencia que tuvo lugar el 14 de noviembre de 2008, una vez efectuado el registro presupuestal y aprobada la garantía única de cumplimiento, o hasta agotar el presupuesto asignado.

---

En el acta de liquidación se consignarán, entre otros, los ajustes y reconocimientos a que haya lugar, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Si no hubiere acuerdo para liquidar, el ordenador del gasto previo informe del interventor del respectivo contrato, lo liquidará de manera unilateral de conformidad con la autorización expresa manifestada por el contratista en el respectivo contrato. En el informe presentado por el interventor, constarán los antecedentes relevantes del contrato, datos de las garantías constituidas, balance financiero, penas pecuniarias, multas y obligaciones pendientes.

<b>Terminación Anticipada:</b>	27 de octubre de 2009, según Oficio 1451001-2009-0957, suscrito por el Director de Servicios Administrativos de la EAAB.
--------------------------------	--

- Perfeccionamiento

En cumplimiento de la Cláusula Octava, el Proveedor constituyó garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales por los amparos, en las cuantías y con las vigencias que se consignan a continuación, la cual fue aprobada por la EAAB el 12 de noviembre de 2008; canceló los derechos de publicación en el Registro Distrital y el impuesto de timbre, actuaciones que dieron lugar a que el Contrato quedara en condiciones de ejecución:

<b>Póliza de Seguro:</b>	No. 17-44-101021588 expedida el 10 de noviembre de 2008
<b>Asegurador:</b>	Seguros del Estado S.A.
<b>Tomador y Afianzado:</b>	Comercializadora Ferlag Ltda.
<b>Asegurado y Beneficiario:</b>	Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP

- Ejecución:

Da cuenta la presente providencia, fundada en sólido y abundante soporte probatorio, de los constantes y reiterados incumplimientos del contratista en la satisfacción oportuna, eficaz y eficiente de las prestaciones y compromisos de su cargo, en especial, en cuanto corresponde a la entrega de artículos y productos dentro de los plazos convenidos; a la desatención de marcas y especificaciones exigidas; a la falta de disposición de un inventario de productos acorde con las necesidades de la contratante, así como a la insatisfacción en la ejecución del Programa de Gestión de Calidad, circunstancias que motivaron la formulación de diversos requerimientos, en procura de la adopción de correctivos.

La desatención de estos requerimientos ocasionó la imposición de sendas multas de apremio, con fundamento en las cláusulas novena y décima del contrato, como se resume a continuación:

- Primera multa de apremio: Mediante oficio sin número, aparentemente de 2 julio de 2009, por valor de cinco millones setecientos doce mil seiscientos tres

pesos (\$5.712.603), equivalente al uno punto cinco por ciento del precio de la parte incumplida, por cada semana de atraso, o proporcional por fracción. (Folios 118 a 126 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

- Segunda multa de apremio: Mediante Oficio No. 1451001-2009-0651, aparentemente de 17 de julio de 2009, por valor de cuatro millones veintitrés mil cuatrocientos diecisiete pesos (\$4.023.417), equivalente al uno punto cinco por ciento del precio de la parte incumplida, por cada semana de atraso, o proporcional por fracción. (Folios 127 a 132 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Mediante Oficio No. 1451001-2009-0957 de 27 de octubre de 2009, el Director de Servicios Administrativos de la EAAB presentó reclamación a Seguros del Estado S.A. por haber ocurrido del siniestro de incumplimiento, solicitó el pago de la cláusula penal y terminó anticipadamente el contrato.

En los numerales 1 y 4 precedentes, en punto a la prueba del incumplimiento de las obligaciones contractuales y a la terminación unilateral del negocio jurídico, obra análisis detallado de los fundamentos de las anteriores determinaciones.

▪ Ejecución económica del contrato y liquidación

Con fundamento en el Informe de Interventoría de 27 de noviembre de 2009, que obra a folios 256 y 257 del Cuaderno de Pruebas No. 1, y en el dictamen pericial, a continuación se consigna el resumen de la ejecución económica del contrato de suministro y la consiguiente liquidación:

Concepto	Valor \$	IVA \$	Total
Cuantía Inicial Contrato	2.466.595.209	379.112.914	2.845.708.123
Ejecutado según el último informe de Interventoría			1.158.183.251
Pagado al Contratista (Descontada primera multa de apremio)*	932.600.639	142.683.889	1.075.284.528
Por pagar			82.898.723
Cláusula Penal proporcional al monto no ejecutado	(306.893.776)	0	(306.893.776)
Saldo a favor de la EAAB			(223.995.053)

\* La segunda multa de apremio aparece consignada a favor de la EAAB, en la información contable allegada por la Empresa para sustentar la solicitud de aclaración y complementación del dictamen.

En consecuencia, descontados del saldo a favor del contratista, por concepto de suministros realmente entregados y recibidos por la Empresa, el valor de la segunda multa de apremio y el de la cláusula penal, queda una suma a favor de la EAAB, de doscientos veintitrés millones novecientos noventa y cinco mil cincuenta y tres pesos (\$223.995.053).

Corresponderá a FERLAG liquidar y pagar el impuesto sobre las ventas, IVA, sobre el saldo a su favor por concepto de la ejecución contractual.

No se reconocen intereses de mora sobre el saldo a favor de la EAAB, toda vez que la obligación de pago surge precisamente de la liquidación del contrato, razón por la cual la convocada no ha incurrido en mora.

Tampoco hay lugar al reconocimiento del costo de oportunidad solicitado por FERLAG, en la medida en que no se resulta saldo a su favor

## 8. Costas

Como consecuencia de haber prosperado las pretensiones de la EAAB, en los términos expuestos, se condenará a Comercializadora Ferlag Ltda. al pago del ochenta por ciento (80%) de las costas en las que incurrió aquella, según lo preceptúan los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil.

De esta forma, la parte convocada deberá pagar a la convocante, por concepto de costas, la suma de cincuenta y dos millones trescientos veintiocho mil treinta y ocho pesos (\$52.328.038), correspondiente al citado porcentaje sobre los honorarios de los árbitros y de la secretaria, los gastos de administración del Tribunal y los de protocolización del Laudo, así como los iniciales de arbitraje, cancelados a la Cámara de Comercio de Bogotá para la presentación de la demanda, lo mismo que sobre la proporción de los honorarios y gastos pagados por la misma EAAB a la perito designada en el trámite, incluido IVA, como se detalla a continuación:

Concepto	80% Valor
Honorarios Árbitro	\$11.771.178
Honorarios Árbitro	\$11.771.178
Honorarios Árbitro	\$11.771.178

Honorarios Secretaria	\$5.885.589
Gastos Administrativos	\$5.885.589
Protocolización y otros cargos	\$2.400.000
Gastos Iniciales de Arbitraje - Mayor cuantía	\$955.840
Gastos y Honorarios de la Perito	\$1.887.485
<b>Total</b>	<b>\$52.328.038</b>

A título de agencias en derecho, se condena a Comercializadora Ferlag Ltda. en la suma de doce millones setecientos mil pesos (\$12.700.000), dentro los límites fijados por el Acuerdo número 1887 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo establece el numeral 3 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

En total, se fijan como costas y agencias en derecho a favor de la EAAB ESP y a cargo de Comercializadora Ferlag Ltda., la suma de sesenta y cinco millones veintiocho mil treinta y ocho pesos (\$65.028.038).

Como quiera que la demandante entregó a la Presidente del Tribunal por concepto de honorarios y de gastos, la suma de veintiséis millones doscientos veintiocho mil quinientos cincuenta y dos pesos (\$26.228.552), correspondiente al monto a cargo de la demandada, incluido IVA, esta última deberá, además, reconocer a la EAAB sobre esa suma intereses causados desde el día ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012) y hasta la fecha de pago, liquidados a la tasa máxima de interés moratorio para obligaciones mercantiles autorizada por la Superintendencia Financiera.

### **III - DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje convocado por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, parte convocante, contra **COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.**, parte convocada, administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE,**

por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia:

**Primero.-** Declarar no probada la objeción por error grave al dictamen pericial contable. En consecuencia, declarar causados los honorarios de la señora perito.

**Segundo.-** Desestimar, por falta de fundamento, las excepciones propuestas por **COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.** a las pretensiones de la demanda principal, denominadas “*Inexistencia de incumplimiento grave por parte de Comercializadora Ferlag*” y “*Falta de Competencia de la EAAB para declarar la terminación unilateral del contrato*”.

**Tercero.-** Declarar que **COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.** incumplió las obligaciones originadas en el Contrato de Suministro N° 1-06-14500-605-2008 de 5 de noviembre de 2008.

**Cuarto.-** Reconocer fundamento a la excepción denominada “*Falta de proporcionalidad respecto de la cuantía de la cláusula penal pecuniaria*”, propuesta por **COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.**, con el alcance precisado en la parte motiva.

**Quinto.-** En consecuencia, condenar a **COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.** a pagar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ** la suma de trescientos seis millones ochocientos noventa y tres mil setecientos setenta y seis pesos (\$306.893.776), por concepto del monto proporcional de la cláusula penal pecuniaria pactada en el Contrato de Suministro N° 1-06-14500-605-2008 de 5 de noviembre de 2008.

**Sexto.-** Tener por liquidado el mismo Contrato de Suministro N° 1-06-14500-605-2008 de 5 de noviembre de 2008, en los términos consignados en la parte motiva.

**Séptimo.-** Declarar que no prosperan las Pretensiones Primera, Segunda (Letras A y B), Tercera (Letras A y B), Quinta, Sexta, Séptima ni la Pretensión Subsidiaria a la Pretensión Primera de la demanda de reconvencción.

**Octavo.-** Abstenerse de resolver de mérito las defensas propuestas por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** a la demanda de reconvencción.

**Noveno.-** Condenar a **COMERCIALIZADORA FERLAG LTDA.** a pagar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** la suma de sesenta y cinco millones veintiocho mil treinta y ocho pesos (\$65.028.038), por



concepto de costas, de conformidad con la liquidación contenida en esta providencia.

**Décimo.-** Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del Tribunal, y ordenar su pago.

**Décimo Primero.-** Disponer que la Presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado.

**Décimo Segundo.-** Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copias simples para el Ministerio Público y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**Décimo Tercero.-** Disponer que en firme esta providencia, se protocolice el expediente en la Notaría Sesenta y Nueve del Círculo de Bogotá.

Esta Providencia quedó notificada en audiencia.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013).

**SATURIA ESGUERRA PORTOCARRERO**  
Presidente

**SANTIAGO JARAMILLO CARO**  
Árbitro

**FERNANDO PABÓN SANTANDER**  
Árbitro

**MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ**  
Secretaria