

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, CONSTRUCCIONES  
NAMUS LTDA., D & S LTDA. y SOHINCO CONSTRUCTORA LTDA.**

**vs.**

**EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P.**

El Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY, HERNANDO CARDOZO LUNA y CAMILO GONZALEZ CHAPARRO, en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales profiere el siguiente:

**LAUDO ARBITRAL**

**Bogotá, agosto 23 de 2007**

**I. CAPITULO PRIMERO: TRAMITE ARBITRAL**

1.- El presente trámite arbitral tuvo inicio el 29 de septiembre de 2006, fecha en la cual los demandantes YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, SOHINCO CONSTRUCTORA S.A., CONSTRUCCIONES NAMUS S.A., y D & S

S.A., a través de apoderado Doctor URIAS TORRES ROMERO, presentaron el escrito de demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y solicitaron la convocatoria de un Tribunal Arbitral para solucionar las diferencias surgidas con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP. (Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 69).

2.- Atendiendo lo acordado por las partes en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato No. 1-01- 33100-174-2003, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a citar a las partes y a la Procuraduría Judicial Administrativa al sorteo público de nombramiento de árbitros el día 13 de octubre de 2006. (Cuaderno Principal No. 1, folios 71 a 140)

3.- Una vez conformada la terna arbitral se llevo a cabo Audiencia de Instalación. Mediante Auto No. 1 de febrero 6 de 2007 se declaró legalmente instalado el Tribunal, se admitió la demanda y se dispuso correr traslado de la misma a la parte demandada previa notificación personal. (Cuaderno Principal No. 1, folios 141 a 143).

4.- La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. fue notificada personalmente a través de su Gerente, Doctor Luis Hernán Ulchur Collazos, y dio contestación a la demanda a través de apoderado, Doctor Santiago Londoño Camacho, mediante escrito presentado el 2 de marzo de 2007. (Cuaderno Principal No. 1, folios 145 a 195).

5.- Mediante Auto No. 2 de marzo 14 de 2007 el Tribunal dispuso tener por contestada la demanda y proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 por encontrarse trabada en legal forma la relación jurídico-procesal. (Cuaderno Principal No. 1, folio 230).

6.- El 19 de abril de 2007 se llevo a cabo la Audiencia de Conciliación dentro del presente proceso en la cual las partes no pudieron llegar a un acuerdo conciliatorio. Ante el fracaso de la conciliación el Tribunal procedió a señalar las sumas correspondientes a honorarios y gastos la cuál fue aceptada por las partes, quienes procedieron a efectuar los pagos respectivos dentro de la oportunidad legal correspondiente. (Cuaderno Principal No. 1 folios 266 y siguientes).

7.- El 15 de Mayo de 2007 se llevo a cabo la Primera Audiencia de Trámite. El Tribunal resolvió declararse competente para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes y procedió a resolver sobre las pruebas solicitadas para así dar inicio a la etapa probatoria. (Cuaderno Principal No. 1, folios 271 y siguientes). La competencia del Tribunal está fundamentada en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Obra No. 1-01-33100-174-2003, celebrado entre LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP y LA UNIÓN TEMPORAL AGUAS FONTIBON, el día 21 de mayo de 2003 que textualmente reza:

***“VIGESIMA PRIMERA- COMPROMISORIA: Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no pueda ser resuelta mediante la aplicación de los 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.”***

## **II. CAPITULO SEGUNDO: SINTESIS DEL PROCESO**

### **1. DEMANDA**

#### **1.1. Hechos en que se sustenta la demanda**

Los demandantes fundamentan sus pretensiones en 14 enumerados de los cuales éste Tribunal destaca los siguientes:

**1.1.1.-** La UNION TEMPORAL AGUAS FONTIBON, integrada por aquellos quienes aquí obran como demandantes, celebró con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, el Contrato de Obra No. 1-01-331000-174-2003 el día 21 de mayo de 2003, con el objeto de construir los colectores y redes locales de alcantarillado pluvial de un sector de Fontibón occidental. (1 de la demanda)

**1.1.2.-** En la cláusula quinta del citado contrato se acordó que: “Los pagos mensuales que se efectúen al contratista por concepto de obra ejecutada serán objeto de ajustes de acuerdo con la fórmula indicada en los Datos del Contrato”. La fórmula de reajuste prevista en los “Datos del Contrato” utilizaba como una de sus variables el “Precio promedio de una tonelada de cemento en sacos de las fábricas de cemento de Boyacá, Diamante y Samper”. (2 de la demanda)

**1.1.3.-** Durante el desarrollo y ejecución del contrato se presentó una crisis en la industria del cemento que trajo como consecuencia una ostensible baja en los precios del Cemento. Específicamente el en bulto tipo I presentó disminución de precios a partir del mes de octubre de 2004. Por el contrario los productos

procesados elaborados con cemento (concreto, tuberías, tapas de pozo, tapas de sumideros y demás prefabricados) junto con los demás insumos representativos del concreto, no presentaron disminución en sus precios. (4 de la demanda)

**1.1.4.-** Según reza textualmente la demanda: *“La fórmula ilegal de reajuste utilizada por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P., disminuyó del 10.89% en el mes de octubre de 2004 al 0.42% en el mes de Diciembre de 2004 y al -5.11% en el mes de Mayo de 2005, razón por la cual al ser utilizada dicha fórmula de reajuste, originó de inmediato un desequilibrio económico para el contratista. La fórmula de ajuste erróneamente arrojó que las obras ejecutadas en el año 2005 eran un 5.11% más económicas que en el año 2003.”* (6 de la demanda)

**1.1.5.-** Desde diciembre 20 de 2004 la UNION TEMPORAL AGUAS FONTIBON manifestó a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P. su desacuerdo en la utilización de los índices de precio del cemento y solicitó que la mencionada fórmula de reajuste tuviera en cuenta la variación de precios del concreto y los productos prefabricados que eran los que realmente se utilizaban en el desarrollo y ejecución de la obra. (7, 8 y 9 de la demanda)

**1.1.6.-** La EMPREA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P., no aceptó la solicitud de la Unión Temporal y se negó a variar la fórmula de ajuste argumentando que el Contrato de Obra Celebrado entre las parte estaba regido por normas de derecho privado y no por la Ley 80 de 1993, lo cuál excluía la aplicación del reestablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. De igual manera la Empresa de Acueducto y Alcantarillado rechazó la solicitud fundada en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad pública argumentando que tal “supuesto” enriquecimiento tendría como justa causa el contrato legalmente celebrado. (7, 8 y 9 de la demanda)

**1.1.7.-** El desarrollo del contrato concluyó y se procedió a la liquidación del mismo el día 30 de noviembre de 2005. La Unión Temporal dejó consignada su inconformidad en el Acta respectiva. (10 de la demanda)

**1.1.8.-** La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. ha modificado la fórmula de reajuste de precios para los nuevos contratos de obra con objetos similares al del celebrado con la Unión Temporal Aguas Fontibón. (13 de la demanda)

**1.1.9.-** La Unión Temporal Aguas Fontibón invitó a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, a una conciliación extrajudicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La convocada se abstuvo de conciliar e insistió en que el contrato en cuestión se rige por normas de derecho privado y no por la ley 80 de 1993. (14 de la demanda)

**1.1.10.-** La Unión Temporal Aguas Fontibón sufrió un desequilibrio financiero durante de la ejecución del contrato y por tal razón los precios del mismo deben ser revisados. (11 de la demanda)

## **1.2. Pretensiones**

### **PRETENSIONES PRINCIPALES DE LOS DEMANDANTES:**

*“Primera: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento, que ha existido en el desarrollo y ejecución del contrato No. 1-01-33100-174-2003, un desequilibrio económico y financiero y por tanto, se ordene la revisión del mismo y de los precios*

correspondientes, aplicando la fórmula que en la actualidad aplica para los nuevos contratos, con el mismo objeto y finalidad, es decir,  $Pi = Po \times (0.20 + 0.24 * Si/So + 0.25 * Cni/Con + 0.25 * Gi/Go + 0.5 * Fi/Fo)$ , disponiendo consecuentemente el pago que resulte a favor de la demandante Unión Temporal Aguas Fontibón, conformada por YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, SOHINCO CONSTRUCTORA S.A., CONTRUCCIONES NAMUS S.A., y la firma D & S S.A.”

**“Segunda:** Que se ordene la actualización del capital adeudado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P., a favor de los demandantes YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, SOHINCO CONSTRUCTORA S.A., CONTRUCCIONES NAMUS S.A., y la firma D & S S.A., conformantes de la UNION TEMPORAL AGUAS FONTIBON, a partir del momento en que se liquidó el contrato, esto es, desde el 30 de noviembre de 2005 y hasta cuando el pago se verifique efectivamente.”

**“Tercera:** Que se ordene a la parte demandada, pagar intereses moratorios sobre el capital actualizado a la tasa mas alta autorizada por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera a favor de los demandantes, desde el 30 de noviembre de 2005, fecha en que se liquidó el contrato y hasta cuando el pago se realice efectivamente.”

**“Cuarta:** Que se ordene condenar en costas a la parte demandada.”

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LOS DEMANDANTES:**

**“Primera:** De no aplicarse la fórmula indicada en la primera petición principal, se proceda subsidiariamente en aras de la justicia, del derecho y de la equidad y con miras a obtener e ajuste económico de la relación contractual, a revisar la fórmula del contrato No. 1-01-33100-174-2003, no teniendo en cuenta la variable del cemento como lo hizo la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P., sino el concreto, como elemento o variable de mayor uso inclusive en la ejecución del contrato, y de esta manera ajustar el mismo de acuerdo con lo previsto en su cláusula quinta, ordenando su revisión y la de los precios correspondientes, para lo cual, el perito que se designe aplicará la fórmula respectiva, de donde se establecerá la suma que deberá pagar la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P., a favor de la demandante UNION TEMPORAL AGUAS FONTIBON conformada por YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, SOHINCO CONSTRUCTORA S.A., CONTRUCCIONES NAMUS S.A., y la firma D & S S.A.”

**“Segunda:** Que se ordene la actualización del capital adeudado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P., a favor de los demandantes YAMIL SABBAGH SOLANO, DAVID VEGA LUNA, SOHINCO CONSTRUCTORA S.A., CONTRUCCIONES NAMUS S.A., y la firma D & S S.A., conformantes de la UNION TEMPORAL AGUAS FONTIBON, a partir del momento en que se liquidó el contrato, esto es, desde el 30 de noviembre de 2005 y hasta cuando el pago se verifique efectivamente.”

**“Tercera:** Que se ordene a la parte demandada, pagar intereses moratorios sobre el capital actualizado a la tasa mas alta

*autorizada por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera a favor de los demandantes, desde el 30 de noviembre de 2005, fecha en que se liquidó el contrato y hasta cuando el pago se realice efectivamente.”*

**“Cuarta:** *Que se ordene condenar en costas a la parte demandada.”*

## **2. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

### **2.1.- En cuanto a las Pretensiones de la demanda**

La entidad demandada, a través de su apoderado se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que las mismas carecen de fundamento en el ordenamiento legal vigente y por considerar que no tienen asidero jurídico sobre la relación contractual en que supuestamente se causaron.

### **2.2.- En cuanto a los hechos de la demanda**

La demandada acepta los hechos relacionados con la celebración del contrato, el acuerdo de la cláusula referente al ajuste de precios y el régimen legal aplicable al mismo (hechos 1, 2, y 3). Insiste en que el demandante debe demostrar la pretendida “ilegalidad” de la fórmula de reajuste acordada así como la baja en los precios del cemento (hechos 4 y 6). Acepta el hecho de que la Unión Temporal solicitó la modificación de los índices de la fórmula de reajuste y de que ésta fue rechazada por razones de orden jurídico y legal (hecho 7). Insiste en la condición aleatoria de la fórmula de reajuste que puede y debe aplicarse a favor de cualquiera de las partes del contrato. Niega que algunas afirmaciones de los

demandantes puedan ser consideradas como un hecho (hechos 5 y 12) y solicita que otras que no le constan sean debidamente probadas (hechos 4, 6, 10, 11 y 13). Acepta el cumplimiento de la etapa pre-judicial conciliatoria ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (hecho 14).

### **2.3.- Excepciones**

Como excepciones de mérito la demandada propuso las siguientes:

*“Inexistencia de la Obligación”, “Negación plena del derecho acusado”, “Error en la formación de la litis por Sujeto Pasivo” y “Negación plena del experticio rendido dentro del proceso”.*

## **3. PRUEBAS**

Mediante Auto No.7 de mayo 15 de 2007 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes las cuales fueron practicadas obteniendo los resultados que se resumen a continuación.

### **4.1. Documentales:**

La prueba documental aportada por los demandantes como anexo de la demanda y por la demandada como anexo de su contestación fue agregada al expediente y tenida en cuenta por este Tribunal. Se destaca en especial el documento que contiene el Contrato No. 1-01-33100-174-2003 celebrado entre las partes y el documento denominado “Datos del Contrato” obrantes a folios 1 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1. De igual manera conoció el Tribunal las comunicaciones entre las partes relativas a la aplicación de la fórmula de reajuste

y la inconformidad del Contratista con la utilización del índice de variación de precios del cemento. (folios 13 y siguientes cuaderno de pruebas No. 1).

#### **4.2. Oficios:**

Atendiendo la solicitud de los demandantes el Tribunal libro sendos oficios a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y a la Superintendencia de Industria y Comercio. Las entidades dieron respuesta enviando la documentación solicitada y ésta fue agregada al expediente según consta en auto No. 12 de julio 24 de 2007.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado entregó al Tribunal 6 cuadernos de documentos relacionados con los antecedentes del contrato No. 1-01-33100-1742003. De igual manera se incluyen documentos relacionados con la celebración y la liquidación del contrato.

La Superintendencia de Industria y Comercio informó al Tribunal sobre las investigaciones adelantadas en contra de algunas empresas cementeras con ocasión de la baja en los precios del cemento entre mayo del 2003 y septiembre del 2005. (folios 106 y siguientes cuaderno de pruebas No. 1).

#### **4.3. Testimonios:**

El 23 de mayo del 2007 se recibió el testimonio del señor WILLIAM JARAMILLO SUAREZ, quien declaró al Tribunal haber actuado como interventor del Contrato desde su inicio en el año 2003 hasta finales de ese año y posteriormente actuó como coordinador de interventorías entre las cuales se encontraba la del contrato con la Unión Temporal Aguas Fontibón. (folio 86, cuaderno de pruebas No. 1).

Desde esa perspectiva el testigo respondió interrogantes relacionados con la aplicación de la fórmula de reajuste definida en el contrato.

En relación con el testimonio del señor GILBERTO DUSSAN, el mismo fue desistido por parte del apoderado de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, y así consta en Acta No. 6 de mayo 23 de 2007.

#### **4.4. Interrogatorio de Parte:**

El 23 de mayo de 2007 absolvió interrogatorio a instancia de parte el señor DAVID VEGA LUNA. El declarante se refirió al contrato, a la fórmula de reajuste y a los índices que la conformaban. Se refirió a la diferencia entre el cemento en bolsa y el concreto premezclado, a las adiciones al contrato y a las pérdidas económicas sufridas en la ejecución del contrato y a otros contratos celebrados por algunos de los demandantes con la misma Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. La transcripción de esta declaración obra a folios 78 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1.

El 11 de julio de 2007 absolvió interrogatorio a instancia de parte el señor YAMIL SABBAG SOLANO. El declarante se refirió a su experiencia como contratista de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, al contrato en cuestión, a la fórmula de ajuste, la baja en los precios del cemento y la incidencia de este hecho en la fórmula acordada. La declaración de esta transcripción obra a folios 113 y siguientes del cuaderno de pruebas No.1.

#### **4.5. Dictamen Pericial:**

El perito JORGE TORRES LOZANO rindió el dictámen pericial en tiempo, dando respuesta a los interrogantes planteados por la parte demandante y a la pregunta formulada oficiosamente por el Tribunal. El Tribunal procedió a dar traslado del dictámen a las partes y éstas guardaron silencio sin pedir aclaraciones o presentar objeciones de ninguna clase. El dictamen fue agregado al expediente y obra a folios 94 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1.

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSION**

El 2 de agosto de 2007 se llevo a cabo la audiencia de alegatos dentro de este proceso. Demandantes, demandada y Ministerio Público presentaron oralmente sus alegaciones e hicieron entrega de sus respectivos escritos, los cuales han sido agregados al expediente y obran a folios 321 y siguientes del cuaderno principal No. 1.

### **III.- CAPITULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **1.- LA EXCEPCION DE FALTA DE INTEGRACION DEL SUJETO PASIVO**

LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P., propuso como medio de defensa las excepciones que denominó: *“Inexistencia de la Obligación”*, *“Negación plena del derecho acusado”*, ***“Error en la formación de la litis por Sujeto Pasivo”*** y *“Negación plena del experticio rendido dentro del proceso”*.

En este punto y por sus características el Tribunal abordará el estudio de la excepción denominada “Error en la formación de la litis por Sujeto Pasivo”, previamente a resolver sobre las pretensiones y demás excepciones propuestas en este proceso, para lo cual procede el siguiente análisis: Las sociedades CEMEX S.A. Y HOLCIM S.A., no son parte demandada en este asunto, no suscribieron el contrato objeto de la litis, ni firmaron el convenio arbitral que fundamenta la competencia en este proceso; contra ellas nada pretenden los demandantes y por ninguna razón jurídica tendrían que estar vinculadas a este proceso. Por las anteriores razones se declarará no probada la mencionada excepción.

## **2.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA:**

### **2.1.- “El equilibrio económico y Financiero del Contrato”:**

De acuerdo con la demanda, resulta evidente que lo que se pretende es la aplicación de la teoría de la ecuación contractual para reestablecer el equilibrio económico y financiero del contrato, en los términos de la Ley 80 de 1993.

La ecuación económica del contrato, conocida también como el “equilibrio económico o financiero del contrato”, es una noción desarrollada dentro del Derecho Administrativo y que, en la medida en que la consagra el Derecho positivo, tal como lo hace la Ley 80 de 1993 (artículo 27 y concordantes) para los contratos estatales, está dirigida al mantenimiento, durante el desarrollo del contrato, de aquellas ventajas económicas previstas a favor de cada una de las partes al momento de contratar; vale decir al mantenimiento de una proporción equivalente entre las obligaciones que asume el contratista y la remuneración que recibe por su ejecución.

La ruptura de ese equilibrio o, lo que es lo mismo, el desequilibrio financiero puede sobrevenir por hechos atribuibles al contratista mismo, por hechos o actos de la Administración o por hechos externos ajenos a las partes e imprevisibles. Surge entonces la obligación legal de restablecer el equilibrio perdido en favor de la parte damnificada por la ocurrencia; empero, sin que en todos los casos en que se presente la ruptura haya siempre la obligación legal de restablecer el equilibrio económico del contrato, porque la extensión de tal restablecimiento vendrá determinada por los límites que señale la propia ley.

En efecto, el concepto del equilibrio económico del contrato, y la consiguiente obligación de restablecerlo cuando se presenta un desequilibrio o ruptura, no significa un seguro para el contratista que en todos los casos obligue a la Administración "a cubrir los déficit" en que la ejecución contractual pueda colocar a su empresa<sup>1</sup>.

Sin embargo es importante anotar que, a diferencia del régimen de los contratos estatales, la normatividad que rige los contratos de Derecho Privado no contempla la institución del "equilibrio económico y financiero de los contratos", ni impone la consiguiente obligación de restablecerlo cuando se vea alterado, sino que consagra una institución mas exigente y rigurosa que se conoce como la

---

<sup>1</sup> Es así como: "Si la ruptura del equilibrio financiero del contrato está provocada por un hecho exterior a la administración, la idea del equilibrio financiero no juega, fuera de los casos en que haya sido expresamente previsto por el contrato o por la ley sino como una noción vaga y cuyas consecuencias jurídicas son muy limitadas. Es por ello que la fórmula según la cual el contratante tiene derecho al equilibrio financiero es inexacta o, por lo menos, equívoca, por insuficiencia de precisión. Ella deja entender que la administración debería garantizar a su contratante contra todos los riesgos de desequilibrio del contrato. Es decir, parecería suponerse que la administración debería tomar a su cargo todo el álea derivado del mismo; pero no se puede obligar a la administración a que sea la aseguradora de su co-contratante ..." Manuel María Díez,

“Teoría de la imprevisión en los contratos” regulada en el artículo 868 del Código de Comercio.

## **2.2.- Naturaleza del contrato 1-01-33100-174-2003**

Las anteriores consideraciones hacen necesario que este Tribunal proceda entonces a precisar la naturaleza jurídica del contrato que ha dado lugar a la presente controversia y así lo hará a continuación:

Las partes, el día 21 de mayo de 2003, suscribieron el contrato de obra N° 1-01-33100-174-203 cuyo objeto era la ejecución de las obras que se indican en los Datos del Contrato, es decir, la construcción de colectores y redes locales de alcantarillado pluvial sector Fontibón occidental, grupo tres.

En el mencionado contrato las partes hicieron referencia a varios artículos de la Ley 80 de 1993 y redactaron cláusulas de carácter exorbitante. Por tal razón los convocantes manifiestan en la demanda que el contrato que suscribieron con la convocada es un contrato de derecho publico, regido por la ley 80 de 1993.

Al respecto el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, que modificó el art. 31 de la Ley 142 de 1994 dispone:

*“Art. 31. Régimen de contratación.-Los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del estatuto*

*general de contratación de la administración pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa...”*

Dentro de las excepciones previstas en la mencionada ley no se encuentra el contrato celebrado entre el convocante y la convocada, puesto que, la convocante no es un ente territorial, en cuyo caso si se le aplicarían las disposiciones de la contratación administrativa. Por tal razón se aplica el régimen general y se concluye que el contrato N° 1-01-33100-174-203 se rige por el derecho privado y no por la ley 80 de 1993. En este mismo sentido, reiteradamente, se ha manifestado el Consejo de Estado (sentencia S-701 de 1997, auto de junio 21 de 2006 y sentencias de febrero 8 de 2007, todas de la sección tercera). En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional cuando en sentencia T -1212 de 2004 afirmó:

*“Según el art. 32 de ley 142 de 1994 las empresas de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se someterán a las disposiciones del derecho privado en cuanto a su constitución, actos, contratos y administración...”*

Es claro, entonces, para este Tribunal, que el contrato de obra N° 1-01-33100-174-203 es un contrato que se rige por las disposiciones del derecho privado. Esta conclusión trae como consecuencia la inaplicabilidad de la teoría del desequilibrio económico y financiero del contrato, por ser propia de los contratos de derecho público regidos por la ley 80 de 1993.

### **2.3.- La cláusula de Ajuste prevista en el Contrato:**

Analizados los hechos y las pruebas que obran en el expediente se encuentra probado que en el contrato de obra civil N° 1-01-33100-174-203 se pactó una cláusula de ajuste mensual automático por obra ejecutada, de acuerdo con los DATOS DEL CONTRATO (cláusula quinta del contrato.). Que la formula de ajuste mensual convenida fue la siguiente:

**“CLÁUSULA QUINTA.- AJUSTES:** *Los pagos mensuales que se efectúen al contratista por concepto de obra ejecutada, estarán sujetos a ajustes de acuerdo con la siguiente formula:*

$$“P_i = P_o * (0.20 + 0.30 * S_i / S_o + 0.30 * C_i / C_o + 0.20 * G_i / G_o)$$

*“El significado de cada uno de los símbolos es el siguiente:*

*“P<sub>i</sub> = Valor ajustado a la cuenta*

*“P<sub>o</sub> = Valor de la cuenta calculado con los precios unitarios y globales propuestos por el contratista.*

*“S = Salario mínimo mensual vigente decretado por le Gobierno Nacional*

***“C = Precio promedio de una tonelada de cemento en sacos de las fábricas de cemento de Boyacá, Diamante y Samper.***

*“G = Precio de un galón de ACPM en los surtidores de Bogotá D.C. certificado por el Ministerio de Minas y Energía.*

*“Los subíndices representan las fechas así: o = corresponde a la fecha de cierre de la invitación. i = corresponde al mes programado para la ejecución de los trabajos. Las sumas globales fijadas por el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, que se paguen como costo reembolsable, no estarán sujetas a ajustes.*

*“Cuando por causas imputables al CONTRATISTA se incumplan los plazos aprobados en el programa de obra, los pagos de los ajustes se harán con base en los índices correspondientes a los meses en que se han debido ejecutar dichos trabajos”*

*(Documento "Datos del Contrato, visto a folio 5 del cuaderno de pruebas No. 1, las negrillas son del Tribunal)*

Que la anterior formula arrojó índices positivos desde el inicio del contrato (21 de mayo de 2003) hasta Diciembre de 2004, convirtiéndose en negativa a partir de enero del 2005, hasta mayo del mismo año.

Que el resultado negativo se ocasionó en razón a que una de las variables de la formula, el cemento, bajo considerablemente de precio.

Para el Tribunal es claro que la formula convenida por las partes para el reajuste mensual, era de referencia, puesto que estas podían haber tomado o pactado cualquier otra, (IPC al consumidor, al constructor, el valor del dólar, etc.).

#### **2.4.- De la aplicación de una fórmula diferente a la pactada:**

Una vez analizado el punto anterior y, si en gracia de discusión fuera aplicable la teoría administrativa de restablecimiento del equilibrio contractual, el Tribunal se referirá a la segunda parte de la pretensión principal mediante la cual se solicita:

*"...se ordene la revisión del mismo (se refiere al contrato) y de los precios correspondientes, aplicando la formula que en la actualidad aplica para los nuevos contratos con el mismo objeto y finalidad..."*

La anterior petición es clara en el sentido de requerir a este Tribunal que no de aplicación a la cláusula quinta del contrato N° 1-01-33100-174-203 y en su lugar se aplique la formula *"... que en la actualidad aplica para los nuevos contratos, con el*

*mismo objeto y finalidad...*” (demanda, primera pretensión principal, folio 13, cuaderno principal No. 1).

De acuerdo con la pretensión anterior es necesario que este Tribunal haga un breve análisis sobre el concepto de lo que es el *petitum* de la demanda.

La petición en una demanda constituye el elemento esencial sobre el cual se ha de pronunciar el juez, por regla general, condenando o absolviendo; de ahí que la jurisprudencia y la doctrina son coincidentes en afirmar que el juzgador tiene enmarcada su actividad dentro de lo que se le pide. Excepcionalmente, como juez, debe interpretar la demanda y en especial el *petitum*, cuando éste no es claro o es oscuro o confuso, pero a su vez, le está vedado hacer cualquier interpretación diferente a la que naturalmente surge del escrito, cuando lo pedido en la demanda es claro y preciso. La Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en sentencia de julio 11 de 2005 exp. 7725, citada en la sentencia de casación de 15 de Agosto de 2006 exp. 08001–31-10-003-1995-9375-01, ha sostenido que:

*“8. Ahora, conocida la manifiesta claridad que reside en la demanda inicial tanto en sus pretensiones como en la causa que se expuso para sustentarlas, no puede aspirarse a que esa pieza procesal sea interpretada con el propósito que de allí se deduzca una declaración de inoponibilidad en relación con los autos bilaterales a que se circunscribe, para que de esa manera afloren coherentes dichas suplicas con los hechos...”*

En palabras de la Corte, por vía de interpretación de la demanda no le es permitido al juez cambiar o modificar el *petitum* señalado por el demandante y en su lugar, disponer lo que considere más adecuado, según lo probado en el proceso.

De la lectura que se hace de la petición principal de la demanda se observa que ella es clara y coherente tanto en su redacción como en lo solicitado; es decir, se demanda del Tribunal que se deje de aplicar la cláusula contractual de ajuste de precios, para que en vez de lo acordado, se dé aplicación a otra fórmula que no está consagrada en el contrato, pero que ha venido utilizando la convocada en otros contratos posteriores; petición a la cual no puede accederse por diferentes razones.

Para resolver el asunto se tiene que, conforme a las declaraciones coincidentes del testigo Dussan Calderón y del demandante Yamil Sabbagh Solano para las partes contratantes, desde la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato, siempre hubo claridad en el sentido de que la cláusula Quinta del contrato de obra N° 1-01-33100-1 74-2003 consignó una fórmula de reajuste de precios, como mecanismo corrector de los precios contractuales y en la cual, de común acuerdo, se establecieron las variables que darían lugar a los ajustes monetarios. Basta mirar el documento denominado Invitación No. ICSC-070-2003 para la “Construcción de Colectores y Redes Locales de Alcantarillado Pluvial Sector Fontibón Occidental Grupo 3 que comprende colector y redes locales Atahualpa, colector y redes locales Flandes, colector y redes locales el Triangulo y redes locales Centenario 1”, “Condiciones y Términos de la Invitación”. Como anexo No. 3 de dicha invitación encontramos los denominados “Datos del contrato de Obra” y entre ellos en la cláusula Quinta referida a los ajustes. (folio 129) y vemos que desde ese momento pre-contractual ya estaba prevista la fórmula de reajuste de precios finalmente consignada en el contrato. (folios 832 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 2). Es más, el señor Sabbagh manifestó al Tribunal que antes de presentar la oferta, tuvo conciencia de que el índice de incremento de precios se relacionaba con el cemento, pese a que el componente que sustancialmente se utilizaría en la obra sería el concreto (ver interrogatorio de parte visto a folios 113 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1). Por lo tanto, son coincidentes las partes en el sentido

de que dicha cláusula de ajuste de precios se estableció, como fórmula de referencia genérica para ajustar los precios del contrato.

De igual manera expresamente aceptaron los contratistas que el cemento fuese una variable dentro de dicha fórmula, a pesar de que por su amplia experiencia en la ejecución de obras de esta naturaleza, tenían plena conciencia de que en realidad el producto que tendría gran incidencia en la ejecución del contrato sería el concreto y no el cemento.

El hecho de que la cláusula de ajuste tuvo en cuenta el cemento y no el concreto, se insiste, fue perfectamente claro para ambas partes, antes del contrato así como en el momento de su celebración, como durante su ejecución, lo cual no es discutido en este proceso. Así se consigna claramente en la demanda y se acepta en su contestación.

Ahora bien, la inconformidad de los demandantes con la fórmula acordada se presentó cuando el cemento tuvo una excesiva e imprevisible disminución de precios, la cual, al aplicarse como elemento de la fórmula contractual de ajuste, originó una reducción de la remuneración esperada por el contratista que, en su concepto, ameritaba la revisión del contrato. De igual manera se tiene que las partes dieron aplicación a la mencionada fórmula, pacífica y unánimemente, desde el inicio del contrato en agosto de 2003 hasta Diciembre de 2004.

Siendo así las cosas y bajo el principio general de que el contrato es ley para las partes (artículo 1602 del Código Civil), no puede el juez desconocer y dejar de aplicar una cláusula contractual que para ambas partes desde la etapa precontractual fue completamente clara y cuya aplicación se dio de común acuerdo durante la mayor parte de la ejecución contractual, para en su lugar, dar aplicación a otra cláusula no convenida. Por otra parte, no entiende éste Tribunal cómo la

cláusula con la variable del cemento estaba bien aplicada cuando arrojaba un incremento de precio a favor del contratista y, por el contrario, se debe dejar de aplicar cuando arrojó un precio negativo que afecta al demandante.

Reconocen también la doctrina y los especialistas en la materia que, en ocasiones, la fórmula se elabora con base en la variación de índices de materiales de poca utilización en el contrato o aún de algunos que nunca se utilizan, con lo cual puede llegarse a que el ajuste no corresponda al interés que se tuvo al pactarla. No obstante, la fórmula de ajuste tiene la virtud de operar "en favor de ambas partes, por lo cual si los precios aumentan, que es lo normal y es lo que se previene, se beneficia al contratista, pero puede ocurrir, aunque no es lo más corriente, que los precios caigan o disminuyan, caso en el cual la favorecida con el reajuste es la Administración, por resultar un índice de incremento negativo al momento de la aplicación de la fórmula".<sup>2</sup>

Con razón la jurisprudencia afirma que las cláusulas libremente convenidas se deben respetar, salvo que exista una causa legal para su inaplicación, lo que no ocurre en el caso presente. Así lo ha expresado nuestra Corte Suprema

*"...art. 1602 del Código Civil que consigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser inválidos sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" (CSJ Sala Civil, sent. de mayo 17/95)*

De lo anterior resulta que no le compete al juez dejar sin efecto una cláusula contractual que por su sentido claro y expreso no ha admitido discusión alguna entre los contratantes, al punto que de común acuerdo fue aplicada durante gran parte de

la ejecución contractual. Solo al final y cuando la cláusula se tornó adversa al contratista, éste empezó a objetar su aplicación. En todo caso, puesto que el contrato es ley para las partes, se insiste, no le corresponde el juzgador dejar sin aplicación una cláusula contractual que ha sido perfectamente clara y conocida por las partes y en su defecto, aplicar otra fórmula contractual establecida en otro contrato, el cual ni siquiera fue suscrito por los mismos contratantes, pues por tal vía, se violaría el principio cartular y sustancial que enseña que el contrato es ley para las partes (C.S.J. Sala Civil, sentencias de Octubre 10 de 19978, junio 3 de 1972 y marzo 7 del 2000)

En relación a las cláusulas contractuales, se advierte, solo le compete al juzgador interpretar aquellas que son oscuras, insuficientes o ambiguas, en los términos de los artículos 1618 y siguientes del Código Civil; pero aún bajo dichos supuestos, nunca puede llegarse al extremo de sustituir una cláusula contractual libremente convenida por las partes, por otra que ha sido consignada en otro contrato, éste último, suscrito por otros contratantes. Al respecto tiene dicho la jurisprudencia:

*“En punto a interpretación de los contratos la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia a que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad.*

*Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. OBRAR DE*

---

<sup>2</sup> Juan Angel Palacio Hincapié, op. cit., p. 386

*OTRO MODO, ES TRAICIONAR LA PERSONALIDAD DEL SUJETO COMPROMETIDO EN EL ACTO JURÍDICO, O EN OTROS TÉRMINOS, ADULTERAR O DESVIRTUAR LA VOLUNTAD PLASMADA EN ÉL. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos". (CSJ. Cas. Civil Sent. Ago. 27/71).*

En consonancia con la Jurisprudencia anterior, se debe tener en cuenta que la intención de las partes se evidencia de la ejecución práctica que las mismas hayan hecho respecto a la cláusula controvertida, lo cual aparece claramente probado en este proceso. (Corte Suprema de Justicia, sala Civil, sentencia de junio 28 de 1989)

De manera que los principios de interpretación de los contratos, constituyen instrumentos para que el juzgador desentrañe el verdadero sentido de los pactos contractuales, cuando estos son oscuros, ambiguos o contradictorios; pero en todo caso, se aplican en relación a las cláusulas convenidas por las mismas partes, sin que sea posible que el juez las cambie por otras no pactadas, tal como se pretende en la demanda.

Por virtud de todo lo anterior se habrán de negar en su integridad la pretensión primera principal de la demanda y por tal razón se negarán, igualmente, las pretensiones segunda, tercera y cuarta consecuenciales.

## **2.5.- De las pretensiones subsidiarias de la demanda:**

En relación a la pretensión primera subsidiaria y las consecuenciales, mediante las cuales por haberse producido un desequilibrio se solicita al Tribunal revisar el contrato para no tener en cuenta la variable del cemento establecida en la cláusula quinta del contrato y en su lugar aplicar la variable del concreto, se hacen las siguientes consideraciones:

En primer término, la demanda es lo suficientemente clara en el sentido de indicar que lo que se pretende es la aplicación de la teoría del mantenimiento del equilibrio contractual previsto en la Ley 80 del 1993 para los contratos estatales. En efecto la afirmación anterior no solamente fluye del contenido textual de la pretensión sino que igualmente en el hecho tercero de la demanda hace relación a la inclusión de las cláusulas exorbitantes previstas en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la ley 80 de 1993.

Como si la inclusión de cláusulas exorbitantes modificara el régimen legal de este tipo de contratos, en el acápite V de la demanda y como FUNDAMENTOS DE DERECHO, se invoca la aplicación de los artículos 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993. Cabalmente, los mencionados artículos 4, 5 y 27 son los preceptos que regulan lo relativo a la ecuación contractual o equilibrio contractual de los contratos administrativos. La conclusión de que lo pretendido es la aplicación de la ecuación contractual, en los términos de la Ley 80 de 1993, igualmente aparece de manifiesto en la comunicación de fecha en septiembre 6 de 2005 (folio 41 a 48 cuaderno de pruebas). Finalmente y para que no quede duda, así lo consigna el demandante en el mismo acápite V, bajo el título de “NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL PRESENTE CONTRATO”, en donde claramente se invoca dicha institución administrativa, la cual se soporta con jurisprudencia del Consejo de Estado.

Siendo así las cosas, habría que entender que la pretensión subsidiaria encaminada al ajuste contractual, también se demanda bajo la aplicación del principio de la ecuación contractual consagrado en los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, a lo cual no puede acceder el Tribunal, pues al respecto reitera que el contrato objeto de la litis se rige por el derecho privado y no por la ley 80 de 1993, razón suficiente para denegar la pretensión.

De igual forma, cabe reiterar que la pretensión subsidiaria persigue un alcance que excedería el poder decisorio del Tribunal, en el sentido de disponer un reajuste que aplicara la cláusula de ajuste de precios, pero cambiando la fórmula contractual y suprimiendo la variable del cemento para incluir en su lugar el concreto, como elemento de reajuste, cosa que tampoco puede hacer el juzgador, sin llegar a desconocer el artículo 1602 del Código Civil.

Ahora bien, no obsta lo anterior para afirmar que, tratándose de una relación contractual regida por el derecho privado, excepto en cuanto concierne a las cláusulas exorbitantes de rigor, bien podría el juez de manera excepcional, conforme al artículo 868 del Código de Comercio y previa petición de parte, ordenar los reajustes pertinentes o la terminación del contrato, siempre que ocurrieran circunstancias imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, que trajeran como consecuencia una excesiva onerosidad a cargo de uno de los contratantes.

No desconoce este Tribunal porque así está probado y además fue un hecho público, la disminución del precio del cemento; tampoco desconoce que el material más utilizado en el contrato que estamos estudiando no fue el cemento sino el concreto, el cual si tuvo incrementos de precios. Pero no es menos cierto que lo que se pide es que se deje de aplicar, parcialmente, la cláusula quinta del contrato

en la forma libre y voluntariamente convenida por ambas partes y que pacíficamente aplicaron durante la mayor parte del contrato; cambiando la variable del cemento, por el concreto, como mecanismo de corrección de los precios contractuales.

Es de anotar que para tal efecto, el convocante se dirigió a la convocada en comunicaciones de fecha Diciembre 17 de 2004, enero 31 de 2005 y 20 de abril del mismo año, mediante las cuales les manifestó que el material (cemento) tenía una muy baja incidencia en las obras civiles que estaban adelantando porque el material que más se utilizaba en la obra era el concreto. Luego, al aplicar la fórmula de reajuste se encontraban que esta era negativa porque los precios del cemento habían bajado y los del concreto se habían incrementado. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá dio respuesta a las anteriores comunicaciones según cartas de abril 01 de 2005 (folio 15, cuaderno de pruebas No. 1) negando la solicitud de cambio de fórmula, argumentando la existencia de un concepto emanado de la oficina jurídica.

Ante esta manifestación la Unión Temporal, mediante comunicación de fecha 6 de Septiembre de 2005, solicitó la reconsideración institucional del concepto jurídico. La Empresa de Acueducto le dio respuesta a esta nueva solicitud, el día 20 de octubre de 2005 (folios 37 a 39, cuaderno de pruebas No. 1) manifestando que el contrato de obra celebrado entre ellas constituía un contrato al cual se le aplicaban las normas de derecho privado, razón por la cual no era procedente cambiar el concepto, ni acceder a la solicitud de cambio de fórmula, por que ello no había quedado previsto dentro del contrato.

En lo que compete a este tribunal, si una de las variables de la fórmula (el cemento) sufrió alteraciones sustanciales que afectaron el cálculo de la misma, ello podría considerarse como un factor adverso a la remuneración legítimamente esperada

por el contratista, pero sucede que, como la fórmula es de referencia, ha de aplicarse en su integridad, sin que pueda el Tribunal validamente, sustituir una de las variables, la más importante, ni mucho menos, como se le está solicitando en el *petitum* de la demanda, dejar de aplicar la fórmula convenida, solamente en la etapa final del contrato y cuando resultó negativa para el contratista.

Se reitera, no puede este Tribunal cambiar una fórmula contractual de reajuste, así esta arroje índices negativos para una de las partes, por otra que al aplicarse convierta en positivo el resultado para la parte afectada, ya que de esta forma se estaría violando el principio legal de que el contrato es ley para las partes (*pacta sunt servanda*), máxime cuando estas vinieron dando aplicación pacífica a dicha cláusula durante el mayor término de ejecución del contrato, dejando de manifiesto que su verdadera intención fue precisamente la recta aplicación de la cláusula de reajuste, tal como claramente fue pactada.

Encuentra también el Tribunal que los convocantes habrían podido solicitar la revisión de la cláusula de reajuste, por considerar que con posterioridad a la celebración del contrato se dieron circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, con base en lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio, pero no lo hizo así y este Tribunal, ante la petición clara y expresa que hemos venido analizando, no puede cambiar el *petitum*. Esto por cuanto atemperándose al principio de la congruencia de fallo, los árbitros quedan atados al texto de lo consignado por el demandante en su demanda, en particular en sus pretensiones, sin que puedan conceder algo diferente de lo solicitado.

Una petición de tales características hubiese exigido que el tribunal se adentrara en su estudio, como que la aplicación de la teoría de la imprevisión debe también venir precedida de su respectiva petición, la cual no se dio en el presente caso, como queda claro, y que, de haber lugar a ello, en su recta aplicación se tradujera en que

el juez, una vez conocidos los antecedentes del caso, dispusiera los reajustes pecuniarios indicados por la equidad.

En relación con la pretensión primera subsidiaria, es de anotar que expresamente se requiere al Tribunal que acceda al ajuste económico, pero aplicando la fórmula de incremento del concreto, situación que tampoco permitiría el artículo 868 Código de Comercio, puesto que el criterio de ajuste de las cargas económicas, será el que la equidad indique al juez y no la fórmula establecida de modo específico por los demandantes, en sus pretensiones. En todo caso, los ajustes que aconseje la equidad no convertirían el pronunciamiento arbitral en un laudo en conciencia o en equidad, puesto que la revisión contractual por motivo de la imprevisión no sólo deriva de un texto de Derecho positivo sino que obedece a parámetros precisos y expuestos que no podría dejar de lado el fallador.

En este orden de ideas, por disposición de la ley, no es posible acceder a las pretensiones subsidiarias de la demanda, en primer término, debido a que el contrato no se rige por la Ley 80 de 1993 y por tanto no cabe acudir a aquellas normas relativas al restablecimiento del equilibrio contractual para enmendar los efectos que tuvo la disminución de precios del cemento en bolsa en la fórmula contractual de ajuste y por consiguiente en la remuneración del consorcio contratista.

En segundo lugar, tampoco procede examinar la aplicabilidad del criterio mercantil de la excesiva onerosidad contemplado en el Código de Comercio, pues tal pretensión no fue formulada en la litis. Aún en el evento de que se hubiera formulado tal petición, el Tribunal no podría dar aplicación a una fórmula de ajuste en términos de equidad, como lo contempla la ley, debido a que el demandante estableció una fórmula específica, única y determinada y bien se sabe que el

desconocimiento de la pretensión haría incurrir al fallador en incongruencia del laudo.

No desconoce el Tribunal que la circunstancia notoria y públicamente conocida y consistente en la inusual, imprevisible y extraordinaria caída del precio del cemento permitiría la aplicación de la teoría de la imprevisión de los contratos en los términos del mencionado artículo, pese a que en el contrato se consignó una cláusula de ajuste de precios; debido a que las circunstancias imprevisibles y extraordinarias también pueden ocurrir en relación con las cláusulas de ajustes contractuales, sin que pueda sostenerse que por haberse pactado la fórmula de variación de precios, las partes ya previeron todas las posibilidades y por lo tanto, ninguna circunstancia futura podrá considerarse como imprevisible. Sin embargo, se insiste, por una parte, el juez no puede dar aplicación oficiosa al artículo 868 del Código de Comercio, y por la otra, la aplicación de la teoría de la imprevisión trae como consecuencia el correctivo en equidad que libremente disponga el juez y no la aplicación de una fórmula precisa y exacta que establezca el demandante en su *petitum*. Como el juez no puede fallar algo diferente a lo solicitado; si en vez de la equidad se le solicita una fórmula única de reajuste, habrá de negar la petición respectiva, por desconocer los linderos legales.

### **3.- LAS EXCEPCIONES DENOMINADAS “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “NEGACIÓN PLENA DEL DERECHO ACUSADO”:**

Estos medios de defensa, propuestos desde la contestación de la demanda inicial, sin duda alguna guardan relación directa con el fondo del asunto debatido. Y dentro de esta perspectiva, enfrentados al escenario en el que ninguna de las pretensiones declarativas ni de condena incoadas contra la demandada está llamada a prosperar, concluye el Tribunal que no es necesario el análisis de las

excepciones aludidas, pues se ha entendido que el estudio de estos medios de defensa es pertinente siempre que se encuentren acreditados los requisitos positivos de la pretensión. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

*“El estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las peticiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión)”* (Gaceta judicial XLVII, 616).

Por lo anterior el Tribunal no hará un análisis especial de estos medios de defensa, advirtiendo sí que en lo general los demás argumentos esgrimidos por la demandada en su defensa fueron adecuados y en muchos casos compartidos por éste Tribunal para llegar a la decisión de negar las pretensiones de la demanda.

En relación con la excepción denominada “Negación plena del experticio rendido dentro del proceso”, se trata más de un argumento referido a un medio probatorio en particular y no al derecho alegado por los demandantes. La libre apreciación de los documentos y otras pruebas aportados por los demandantes corre por cuenta de los árbitros en el momento y oportunidad legal correspondiente y teniendo en cuenta el acervo probatorio en su conjunto y, especialmente, el derecho de contradicción que asiste a la parte contraria. Por tal razón no prosperará esta excepción.

#### **IV.- CAPITULO CUARTO: COSTAS**

Modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo dispone que *“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”*, lo cual, según pensamiento jurisprudencial,

*“...exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 18 de 1999, radicación 10775).

Si bien en este proceso no están llamadas a prosperar ninguna de las pretensiones de los demandantes, también es cierto que las partes han ejercido respectivamente sus acciones, excepciones y/u oposiciones dentro de la más rigurosa observancia de los principios de transparencia y lealtad procesal y dentro del marco estricto de sus derechos. El tribunal no encuentra que la actuación de los demandantes haya sido temeraria y por el contrario entienden que ejercieron la una acción en busca de un derecho que legítimamente creían tener.

En razón de lo anterior el Tribunal no efectuará condena en costas y así lo decidirá en la parte resolutive en este laudo.

**V.- CAPITULO QUINTO: PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar no probada las excepciones propuestas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P. denominadas: *“Error en la formación de la litis por Sujeto Pasivo”*. y *“Negación plena del experticio rendido dentro del proceso”*,

**SEGUNDO:** Negar todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

**TERCERO:** Declarar, conforme lo dicho en la parte motiva, que no resulta pertinente hacer pronunciamiento sobre las excepciones denominadas *“inexistencia de la obligación”* y *“negación plena del derecho acusado”*.

**CUARTO:** Abstenerse de efectuar condena en costas y agencias en derecho.

**QUINTO:** Una vez terminada la actuación, remítase el expediente para su custodia y cuidado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en los términos del artículo 18 de su reglamento.

**SEXTO:** Devuélvase a ambas partes, la suma consignada para atender los gastos de protocolización consignados a nombre del presidente del Tribunal.

Esta providencia quedó notificada en estrados y de ella se entregó, por secretaría, copia auténtica a los apoderados de las partes y al Ministerio Público.

Los Árbitros,

**JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY**

**HERNANDO CARDOZO LUNA**

**CAMILO GONZALEZ CHAPARRO**

La secretaria

**CLARA LUCIA URIBE BERNATE**