

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.

VS

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

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil quince (2015)

Cumplido el trámite procede el Tribunal, mediante el presente laudo, a resolver en derecho las controversias patrimoniales surgidas entre **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.**, de una parte, y **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB**, de la otra.

PRIMERA PARTE.- ANTECEDENTES

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE

1.1. LAS PARTES

Parte demandante principal y demandada en reconvención: Es **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.**, sociedad colombiana constituida mediante escritura pública número 1638 del 13 de abril de 2005, otorgada en la Notaría Trece del Círculo de Bogotá D.C., debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 985834 del Libro IX, a quien se asignó el número de matrícula mercantil 1469532, con domicilio en Bogotá D.C., a la cual corresponde el NIT 900.018.975-1, representada legalmente por Paola Fernanda Solarte Enríquez, sociedad quien ha comparecido al proceso por conducto de su representante legal y apoderado judicial. En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte por su razón social, o como CASS,

o el o la Contratista, demandante principal o la convocante, o demandada en reconvencción.

Litisconsorte Necesario de CASS y Parte demanda en reconvencción: Es **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, sucursal de sociedad extranjera debidamente incorporada al país mediante escritura pública número 631 de 21 de febrero de 1992, otorgada en la Notaría Veinticinco del Círculo de Bogotá D.C., debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 26.953 del Libro VI, a quien se asignó el número de matrícula mercantil 489542, con domicilio en Bogotá D.C., a la cual corresponde el NIT 800.155.291-4, representada legalmente por Yezid Augusto Arocha Alarcón, como apoderado general, sociedad quien ha comparecido al proceso por conducto de su representante legal y apoderado judicial. En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte por su razón social o como CNO.

A ambas personas jurídicas se referirá este laudo en conjunto como Consorcio Canoas.

Las anteriores sociedades conformaron el Consorcio Canoas, constituido mediante documento privado suscrito el día 12 de noviembre de 2009 y fue con dicha asociación con quien Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB suscribió el Contrato de Obra Bajo la Modalidad de Llave en Mano No. 1-01-25500-1115-2009.

Parte demandada principal y demandante en reconvencción: Es **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB**, Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, representada legalmente en el trámite por Carlos Guillermo Ordoñez Garrido, quien ha comparecido al proceso por conducto de dicho representantes legal y de apoderado judicial. En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte por su razón social, como EAAB, el Acueducto o la entidad, convocada principal o demandante en reconvencción.

1.2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral entre las partes obra en la cláusula vigésima tercera del Contrato de Obra Bajo la Modalidad de Llave en Mano No. 1-01-25500-1115-2009, cuyo texto es el siguiente:

“VIGÉSIMA TERCERA: COMPROMISORIA: Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias serán sometidos 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.”

1.3. EL TRIBUNAL ARBITRAL - CONFORMACIÓN Y TRÁMITE PRELIMINAR

El dieciocho (18) de septiembre de dos mil trece (2013), CASS, por conducto de su apoderado, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de este Tribunal y presentó demanda contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB.

La designación de los árbitros por acuerdo de las partes se realizó en la audiencia celebrada el primero (1º) de octubre de dos mil trece (2013)

La Audiencia de Instalación se llevó a cabo el veinticinco (25) de noviembre de dos mil trece (2013).

La demanda fue admitida mediante auto número 3, dictado en audiencia celebrada el nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013), el cual fue notificado personalmente a la parte demandada en dicha audiencia y a quien allí mismo se le corrió traslado de la demanda y sus anexos por el término de ley. En la misma oportunidad se notificó al Ministerio Público.

Posteriormente, se remitió oficio para notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del auto admisorio de la demanda, quien no compareció al trámite.

EAAB contestó la demanda oportunamente y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando, además, excepciones de mérito. En la oportunidad procesal, EAAB no objetó el juramento estimatorio incluido en la demanda principal. Formuló demanda de reconvenición en contra del Consorcio Canoas y llamamiento en garantía respecto de la aseguradora Mundial de Seguros S.A..

La demanda de reconvención fue admitida mediante auto número 5 de fecha diecisiete (17) de marzo de dos mil catorce (2014), providencia en la cual se señaló que se tenía por demandada a las dos sociedades miembros del Consorcio Canoas, es decir CASS y CNO.

CASS quedó notificada en audiencia del auto admisorio de la demanda de reconvención y a CNO se le notificó por aviso de la misma providencia. En oportunidad formuló recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda de reconvención y al resolverlo, previo el trámite de ley, el Tribunal no repuso la providencia. Ambas sociedades contestaron la demanda en término, propusieron excepciones de mérito y objetaron el juramento estimatorio.

De dichas excepciones así como de las formuladas inicialmente por EAAB se corrió traslado a todas las partes al igual que de las objeciones formuladas por CASS y CNO respecto del juramento estimatorio efectuado por EAAB.

Mediante auto número 9 de fecha siete (7) de julio de dos mil catorce (2014) se admitió el llamamiento en garantía respecto de Mundial de Seguros S.A.

Solamente CASS y EAAB recorrieron el traslado de las excepciones de mérito formuladas entre ellas. Para CNO el término venció en silencio.

La notificación a Mundial de Seguros S.A. del auto mediante el cual se admitió el llamamiento en garantía se surtió por aviso y en término dicha sociedad presentó un escrito mediante el cual manifestó que no adhería al pacto arbitral celebrado entre las partes de este proceso y también recurso de reposición en contra del auto número 9 del siete (7) de julio de dos mil catorce (2014) mediante el cual se admitió el llamamiento en garantía.

Aunque mediante auto número 10 del primero (1) de septiembre de dos mil catorce (2014) el Tribunal declaró como improcedente la manifestación de Compañía Mundial de Seguros S.A. sobre su decisión de no adherir al pacto al arbitral, mediante auto número 11 de la misma fecha repuso la providencia y, en su lugar, rechazó el llamamiento en garantía efectuado por Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB.

En audiencia celebrada el quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014) se adelantó la etapa de conciliación entre las partes, la cual se declaró fracasada, por lo cual se fijaron los gastos y honorarios del presente tribunal, que fueron consignados un cincuenta por ciento (50%) por CASS y un cincuenta por ciento (50%) por EAAB.

1.4. EL PROCESO ARBITRAL

1.4.1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Arbitraje, en audiencia celebrada el quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014), se declaró competente para conocer de las controversias surgidas entre Cass Constructores & Cía. S.C.A. y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB y entre Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB y el Consorcio Canoas, integrado por Cass Constructores & Cía. S.C.A. y Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia, que se encuentran cobijadas con la cláusula compromisoria contenida en Contrato de Obra Bajo la Modalidad de Llave en Mano No. 1-01-25500-1115-2009. Las pretensiones y oposición a las mismas sobre las cuales resolverá el Tribunal son las contenidas en la demanda principal, en la demanda de reconvención, y en sus correspondientes contestaciones.

Tal y como se pactó en la cláusula compromisoria del contrato antes citado, el laudo será en derecho.

Esta providencia fue impugnada por CNO pero al resolver el recurso, previo trámite de ley, la misma no se repuso.

En dicha audiencia, además, se ordenó la integración del contradictorio y, en consecuencia, se dispuso citar a Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia como litisconsorte necesario de Cass Constructores & Cía. S.C.A. en su calidad de demandante principal. Dicha sociedad fue notificada de la providencia en audiencia quien formuló recurso que no prosperó, por lo cual manifestó que se da por notificado del auto correspondiente y renunció al término que le fue concedido para solicitar pruebas.

La primera audiencia de trámite fue suspendida y se ordenó reanudarla el veintisiete (27) de octubre de catorce (2014), momento en el cual, por estar ejecutoriado el auto

que definió la competencia del Tribunal, se decretaron las pruebas del proceso, según la solicitud de las partes y se dio por finalizada la misma.

1.4.2. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Se decretaron y practicaron las siguientes pruebas, con base en la solicitud de las partes:

- Documentales
- Oficios a EAAB, a la Interventoría del Contrato de Obra Llave en Mano No. 1-01-25500-115-2009 y al Consejo de Estado.
- Testimonios de José Antonio Félix, Miguel A. Carranza, Jorge Barragán, Orlando Fajardo, Libardo Sandoval, Fernando Martínez Borelly, Sandra Margarita Rodríguez, Fabio Roberto Pérez Jaimes, Juan Martín Acosta López y Germán Galindo Hernández, Ivo Sánchez y Jorge Alberto Rodríguez.
- Peritaje Técnico Financiero que estuvo a cargo del profesor Julio Ernesto Villarreal, Peritaje Contable a cargo de Íntegra Auditores Consultores S.A. y Peritaje Ambiental a cargo de Andrés Mogollón Duffó. Todos los dictámenes fueron objeto de solicitudes de aclaración y/o complementación y por su parte las experticias contable y ambiental fueron controvertidas por CASS mediante la presentación de experticias.
- Inspección Judicial en el sitio de obra ubicada en el Kilometro 4 Vía Indumil, Hacienda La Muralla.

Los testimonios de Carmen Castañeda y Orlando Fajardo requeridos por CASS fueron desistidos lo cual así decretó el Tribunal, así como los interrogatorios de parte de los representantes legales de CASS, solicitado por EAAB, y de EAAB, solicitado por CNO.

En audiencia celebrada el veintisiete (27) de julio de dos mil quince (2015) se resolvió sobre solicitudes de EAAB respecto del decreto de pruebas de oficio, y, además, se declaró cerrado el periodo probatorio. En dicha audiencia se requirió a los apoderados de las partes para que manifestaran si existía alguna solicitud de prueba presentada en tiempo que no hubiera sido resuelta, o alguna decretada que no hubiera sido practicada en el presente trámite, respecto de lo cual manifestaron que no existe ninguna prueba solicitada y no decretada y decretada y no practicada.

1.4.3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El cuatro (4) de agosto de dos mil quince (2015) se llevó a cabo audiencia de alegatos de conclusión. A cada una de las partes se le concedió el término correspondiente para que hicieran sus respectivas alegaciones orales. Al finalizar dicha audiencia, cada una de las partes entregó un resumen escrito de sus alegatos orales, los cuales fueron debidamente incorporados al expediente.

En la misma fecha, la representante del Ministerio Público emitió su concepto sobre el proceso.

El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.

1.4.4. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Iniciado este proceso con la presentación de la demanda arbitral el dieciocho (18) de septiembre de dos mil trece (2013), se regula por La Ley 1563 de 2012, y en caso de vacíos o remisión, a partir del momento en que fueron decretadas las pruebas del proceso, por el Código General del Proceso, según precisó el Consejo de Estado y se desprende el artículo 625 sobre tránsito de legislación del citado Código.

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “al cual se adicionarán los días de suspensión”- e “interrupción por causas legales”- , sin exceder la solicitada de consuno por las partes de un “tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”.

La primera audiencia de trámite, culminó el veintisiete (27) de octubre de dos mil catorce (2014) -Acta No. 10, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó las suspensiones del proceso, así:

Acta	Fecha de suspensión	Días Hábles
Acta No. 13 – Auto No. 27	Entre el 21 de noviembre de 2014 y el 30 de enero de 2015 (ambas fechas incluidas)	47
Acta No. 15 – Auto No. 30	Entre el 19 de febrero de 2015 y 13 de abril de 2015 (ambas fechas incluidas)	35

Total de días de suspensión		82
-----------------------------	--	----

Terminada la primera audiencia de trámite en la fecha ya indicada, adicionado el término del proceso ochenta y dos (82)¹ días con ocasión de la suspensión decretada por la solicitud conjunta de las partes, el término legal vence el treinta (31) de agosto de dos mil quince (2015), y por lo tanto, el Tribunal, se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

En cada una de las audiencias, la Secretaría del Tribunal informó sobre el término transcurrido, de acuerdo con lo regulado en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, sin que hasta la fecha de esta providencia ninguna de las partes hubiese manifestado objeción o reparo respecto del cálculo efectuado e informado.

2. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

2.1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Las pretensiones principales formuladas por la parte convocante en su demanda se refieren a: (i) la declaración de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad pública convocada derivadas del contrato de obra bajo la modalidad llave en mano número 1-01-25500-1115-2009 en lo relacionado con la gestión predial para la adquisición de predios necesarios para el contrato; la entrega oportuna de predios para los pozos ITC8, ITC7, ITC6, ITC5, ITC4, ITC3, ITC2, ITC9, ITC11 e ITC12; el reconocimiento y pago de los sobrecostos incurridos por la inundación del Pozo ITC1, el pago del valor total del contrato, la no suscripción del acta de liquidación y la no devolución de la garantía; (ii) la condena a cargo de esta entidad del pago de la totalidad de sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrieron CASS y CNO con ocasión del bombeo del pozo ITC 1, por el incumplimiento en la entrega de predios, por actividades ejecutadas y no pagadas (diseño del Pozo Único), por el stand by de la maquinaria, por la mayor permanencia en obra, por el pago incompleto del contrato y por la negativa de EAAB a liquidar el contrato; (iii) la actualización de las sumas pretendidas; (iv) la orden a EAAB de pagar de dicha actualización; (v) la condena a EAAB a pagar intereses moratorios sobre las sumas de condena actualizadas; (vi) la liquidación del contrato; (vii) la condena a EAAB de devolver la suma retenida en

¹ Al respecto se corrige lo señalado en los informes secretariales de las actas número 16 y siguientes donde se indicó que el término fue adicionado en ochenta (80) y no en ochenta y dos (82) días.

garantía a CASS y CNO; (viii) el pago de los perjuicios económicos derivados del no pago oportuno de la suma retenida en garantía; (ix) la orden de dar cumplimiento al laudo arbitral y (x) la respectiva condena en costas.

Asimismo, CASS solicitó al Tribunal en subsidio de lo indicado en el numeral (i) anterior que se declare que en la ejecución del contrato de obra bajo la modalidad llave en mano número 1-01-25500-1115-2009 ocurrieron hechos imprevistos que rompieron la ecuación económica del contrato en contra del Consorcio Canoas, integrado por CASS y CNO y en subsidio de lo señalado en el numeral (ii) anterior que se condene a EAAB al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante el reconocimiento y pago de la totalidad de perjuicios y sobrecostos ocasionados por los mismos hechos. De igual forma, respecto de lo previsto en el numeral (v) anterior solicitó en forma subsidiaria condena a cargo de EAAB por intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa doblada del interés civil corriente sobre las sumas líquidas actualizadas que resulten a su cargo, o, en subsidio, condena a cargo de EAAB del pago actualizado o corregido monetariamente de las sumas que le corresponda pagar desde la época en que debió hacerse el pago hasta la fecha del laudo y, en adición, intereses legales doblados sobre el monto de perjuicios actualizado.

Por su parte, en la demanda de reconvención, EAAB también solicitó que se declare (i) el incumplimiento del Consorcio Canoas de las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de obra bajo la modalidad llave en mano número 1-01-25500-1115-2009 por la no ejecución de las siguientes obras: Pozo ITC9, Pozo ITC 11, Pozo ITC 12, Estructura de Descarga, Puente sobre el Río Bogotá, Puesta en Operación, Vano del Pozo ITC 10 que comunica el Túnel, Manija del Interceptor Canoas; Reparación de Patologías Túnel de Emergencia e Interceptor Tunjuelo Canoas, Vía de Acceso plataforma de pozos, vía de acceso pozo ITC 4, vía de acceso pozo ITC 11 y vía de acceso pozo ITC 12 (pretensiones primera y segunda); (ii) que era obligación del Consorcio retirar de los túneles una vez terminados las máquinas tuneladoras (TMB 3200 y 4200) (pretensión tercera); el incumplimiento del Consorcio Canoas de entregar la obra contratada lista para poner en operación (pretensión cuarta) y, como consecuencia de lo anterior, se condene al Consorcio a pagar, (i) por concepto de daño emergente y lucro cesante, los daños materiales causados a EAAB no solo en relación con los costos relativos a las obligaciones incumplidas sino en relación con el “Stand By” en que se encuentra EAAB con relación a las obras ejecutadas por el contratistas (pretensión quinta); (ii) por el mismo concepto de daño emergente y lucro cesante, los daños materiales causados a EAAB que se derivan de la imposibilidad de interconectar las obras de este contrato con

las que EAAB contrató mediante otros contratos relacionados en la demanda (pretensión sexta); los intereses pactados por las partes en caso de presentarse este incumplimiento (pretensión séptima); las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso (pretensión octava) y, finalmente, la sanción penal pecuniaria prevista en la cláusula décima cuarta.

2.2. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO Y OBJECIONES AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Dentro de la oportunidad legal, cada una de las partes se opuso a la demanda propuesta por la otra y formuló excepciones perentorias.

En el caso de EAAB respecto de las pretensiones de la demanda principal las denominó: “La naturaleza del contrato llave en mano”; “La excepción de contrato no cumplido”; “Excepción de Buena Fe”; “La Teoría de la Imprevisión”; “El equilibrio económico del contrato”; “El riesgo de la administración” y “Del stand by”. Como ya se señaló, en la oportunidad legal EAAB no objetó el juramento estimatorio formulado por la Contratista.

Por su parte, CASS respecto de la demanda de reconvención formuló como medios de defensa los siguientes: “Falta de Competencia del Tribunal para conocer de la demanda de reconvención”; “Mala Fe: la Reconviniendo invoca su propia culpa como fuente de perjuicios”; “Falta de Legitimación por Pasiva del Consorcio Canoas o “Inexistencia de la Parte Demandada” en este Proceso” o también referida en el mismo escrito como “Falta de Legitimación Por Pasiva”; “Ineptitud Sustantiva de la demanda”; “Falta de Pruebas que acrediten los hechos y pretensiones de EAAB”; “Cumplimiento del Consorcio Canoas”; “Excepción de Contrato no Cumplido”; “Ausencia de Acreditación de Daños y Perjuicios derivados del Incumplimiento del Contrato por el Consorcio Canoas y particularmente de la parte demandante única en este proceso CASS CONSTRUCTORES C.S.A”; “Desbordamiento del Objeto Contractual”. También presentó oposición expresa a la estimación de la cuantía de la demanda de reconvención. En los alegatos de conclusión que rindió en el trámite alego también la excepción de cosa juzgada, derivada de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 28 de marzo de 2014 , dentro del expediente 25000-23-27-000-2001-0479-01 Acumulados Nos. 2000–0428, 2001-0122, 2001-0343 Actor: GUSTAVO MOYA ÁNGEL Y OTROS Acción Popular, como hecho sobreviniente.

Finalmente, CNO al contestar la demanda de reconvención que propuso EAAB alegó los siguientes medios exceptivos: “Falta de Competencia del Tribunal de Arbitramento

para conocer de la demanda de reconvención formulada contra CNO, como consecuencia de su falta de legitimación pasiva, como quiera que esta sociedad no podía ser convocada a este tribunal de arbitramento mediante la demanda de reconvención, al no haber sido integrante de la parte demandante en la demanda que dio origen a este proceso”; “Inexistencia de incumplimiento de obligaciones imputable a CON o al Consorcio Canoas”; “Acaecimiento de circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, proveniente de hechos de terceros”; “Inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil”; “Aplicación de la doctrina de los actos propios, como consecuencia de la conducta observada por la EAAB durante la ejecución del Contrato en relación con el cambio del sitio del pozo ITC12, con la obtención de permisos de terceros, con la responsabilidad por la adquisición de predios”; “Incumplimiento contractual por parte de la EAAB en cuanto a la entrega de predios, la obtención de permisos a su cargo, y la adopción de decisiones que le correspondían”; “Ausencia de buena fe por parte de la EAAB y temeridad por la interposición de la demanda de reconvención” y “Excepción Genérica”. También presentó oposición expresa a la estimación de la cuantía de la demanda de reconvención.

2.3. LOS HECHOS

Los hechos de cada demanda obran en los correspondientes escritos a folios 14 a 82 (demanda principal) y 415 a 421 (demanda de reconvención) del Cuaderno Principal número 1 y a los más relevantes se referirá el Tribunal en sus consideraciones que aparecen más adelante.

SEGUNDA PARTE.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir de fondo la controversia planteada, se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo o de mérito. Estos presupuestos se refieren a la demanda en forma, la competencia del Tribunal, la capacidad para ser parte en el proceso, y la capacidad para comparecer al mismo.

Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por sus representantes legales, y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, habilidad dispositiva y en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral en los contratos estatales.

El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda arbitral reformada, su réplica y excepciones por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y stricto sensu de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009. La demanda inicial se presentó el 18 de septiembre de 2013, antes de cumplirse un año de su terminación y sin que se hubiera liquidado el mismo, por lo cual, la acción relativa a controversias contractuales se ejerció antes del término de caducidad consagrado en la Ley 1437 de 2011.

En este punto, se refiere el Tribunal a las excepciones planteadas por CASS y CNO en relación con la falta de competencia del Tribunal. CASS planteó las que denominó “Falta de Legitimación por Pasiva del Consorcio Canoas o “Inexistencia de la Parte Demandada” en este Proceso”, referida también en su escrito de contestación como “Falta de Legitimación Por Pasiva”, y CNO propuso como medio de defensa “Falta de Competencia del Tribunal de Arbitramento para conocer de la demanda de reconvenición formulada contra CNO, como consecuencia de su falta de legitimación

pasiva, como quiera que esta sociedad no podía ser convocada a este tribunal de arbitramento mediante la demanda de reconvención, al no haber sido integrante de la parte demandante en la demanda que dio origen a este proceso”.

En la primera audiencia de trámite de este litigio el Tribunal se declaró competente para conocer de las controversias surgidas entre Cass Constructores & Cía. S.C.A. y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB y entre Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB y el Consorcio Canoas, integrado por Cass Constructores & Cía. S.C.A. y Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia, que se encuentran cobijadas con la cláusula compromisoria contenida en Contrato de Obra Bajo la Modalidad de Llave en Mano No. 1-01-25500-1115-2009.

Dicha providencia fue recurrida por el apoderado de Constructora Norberto Odebrecht S.A. Sucursal Colombia por cuanto cuestionó su vinculación al trámite decidida por el Tribunal desde que fue admitida la demanda de reconvención, providencia que también fue objeto de recurso.

Como lo indicó en esa oportunidad el Tribunal y ahora lo reitera la mutua demanda, que en efecto fue dirigida en contra del Consorcio, debe entenderse como en contra de los miembros que lo conforman; pues con el alcance que se ha definido por el Consejo de Estado en su providencia de veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013), en los procesos judiciales en los que participa un consorcio o unión temporal, surgen múltiples opciones para demandar o ser demandado, en cuanto esa Corporación admitió que el Consorcio o la Unión Temporal pueden ser sujetos procesales con capacidad adjetiva para intervenir en el proceso, pero en manera alguna se pronunció, y menos restringió, sobre los alcances de la legitimación en la causa para resolver sobre el reconocimiento o no de los derechos en disputa.

También se ratifica que conforme con la norma vigente para el momento en que fue admitida la demanda de reconvención formulada por EAAB no encontró el Tribunal la limitación alegada por ambas partes en el sentido de que dicha clase de demanda solo puede ser dirigida contra el demandante original, en este caso, CASS, y no CNO. El artículo 400 del Código de Procedimiento Civil en manera alguna prohíbe, limita o exige que la demanda de reconvención sea propuesta únicamente en contra del demandante. No existe aparte alguno en la norma citada donde aparezca tal limitación o exigencia.

El Tribunal trae en este punto nuevamente los argumentos expresados al resolver el recurso de reposición en contra del auto número 5 de fecha diecisiete (17) de marzo de dos mil catorce (2014) mediante el cual fue admitida la demanda de reconvención formulada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB y el recurso formulado en contrato del auto número 15 del quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014) por lo cual desestima los argumentos de las excepciones propuestas en relación con su falta de competencia para decidir este asunto.

Asimismo, como ya se señaló entiende el Tribunal que también se ha cumplido el presupuesto procesal para dictar sentencia de fondo, como es el de la Legitimación en la Causa, entendiendo por tal, la circunstancia de que se encuentre acreditado el hecho de que quien demanda o a quien se demanda, de acuerdo con las normas sustanciales, sea la persona que es el titular del derecho reclamado o sea la persona frente a la cual procede la declaración solicitada.

3.1. RESPECTO DE CASS CONSTRUCTORES Y CÍA. S.C.A.

En el presente caso, CASS ha presentado la demanda invocando para ello su calidad de cesionaria de CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., de los *“derechos litigiosos y de contenido patrimonial que la sociedad CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. sucursal Colombia pudiere llegar a tener, en su condición de miembro integrante del CONSORCIO CANOAS en el contrato de obra bajo la modalidad llave en mano no. 1-01-25500-1115-2009, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1969 y siguientes del Código Civil”*, según consta en la cláusula primera documento de fecha 15 de Abril de 2013.

En la misma cláusula se estipuló que, como consecuencia de la cesión de “derechos litigiosos”, *“en atención a ello, con la suscripción del presente documento las Partes reconocen a la sociedad CASS CONSTRUCTORES Y CIA S.C.A. su calidad de CESIONARIA, subrogándose en los derechos económicos y patrimoniales de la sociedad CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. quien actúa en su calidad de CEDENTE, en las reclamaciones que aquella formule a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ- EAAB.” (subrayado fuera del texto)*

En el mismo contrato de cesión de derechos litigiosos, en el párrafo segundo de la cláusula primera, se estableció que *“Se excluyen de la presente cesión, los derechos económicos de la devolución de la retención en garantía, que en virtud del contrato de*

obra bajo la modalidad llave en mano No. 1-01-25500-1115-2009, deberá realizar la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ-EAAB, al CONSORCIO CANOAS, si la misma es reclamada por CASS CONSTRUCTORES Y CIA S.C.A., la cual, en la proporción establecida en el acuerdo consorcial y la liquidación del contrato le corresponde a la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., así como el saldo correspondiente a obras ejecutadas pendiente de pago.” (subrayado fuera del texto)

De conformidad con la demanda principal, CASS formuló sus pretensiones en nombre propio y como cesionaria de los “derechos litigiosos” que le fueron cedidos por **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, a pesar de lo cual, en las pretensiones de la demanda, respecto de las condenas que solicita a su favor, indica que estas corresponden a los perjuicios que debe pagar la demandada a favor del CONSORCIO CANOAS o de los dos miembros del citado consorcio.

En efecto; en las pretensiones segunda principal, la subsidiaria de esta y en la cuarta principal, se indica:

“PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL: Que se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB al pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrieron las sociedades CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA sociedades que conforman el “CONSORCIO CANOAS”, Consorcio Contratista en el Contrato de CONTRATO DE OBRA BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO No. 1 – 01 – 25500 – 1115 – 2009, según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente, pero sin limitarse a ellos, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:

1. Sobrecostos por bombeo del pozo ITC1.
2. Sobrecostos derivados del incumplimiento en la entrega de los predios – sobrecostos de arrendamientos.
3. Actividades ejecutadas y no pagadas. –Diseños del pozo único-.
4. Perjuicios derivados del stand by de maquinaria.
5. Sobrecostos derivados de la Mayor Permanencia en obra.
6. Perjuicios derivados del pago incompleto del contrato llave en mano a precio global.

7. *Sobrecostos y perjuicios derivados de la negativa del Acueducto en liquidar oportunamente el contrato.*

PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB, al restablecimiento del equilibrio económico del CONTRATO DE OBRA BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO No. 1 – 01 – 25500 – 1115 – 2009 mediante el reconocimiento y pago de la totalidad de los sobrecostos y perjuicios de todo orden en que incurrió el CONSORCIO CANOAS consorcio contratista integrado por CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA sociedades integrantes del CONSORCIO CANOAS, sin causa o hecho que le fuere imputable, por la ocurrencia de hechos imprevistos según se pruebe en el trámite de este proceso, particularmente pero sin limitarse a ello, los sobrecostos y perjuicios derivados de los siguientes conceptos:

1. *Sobrecostos por bombeo del pozo ITC1.*
2. *Sobrecostos derivados del incumplimiento en la entrega de los predios – sobrecostos de arrendamientos.*
3. *Actividades ejecutadas y no pagadas. –Diseños del pozo único-.*
4. *Perjuicios derivados del stand by de maquinaria.*
5. *Sobrecostos derivados de la Mayor Permanencia en obra.*
6. *Perjuicios derivados del pago incompleto del contrato llave en mano a precio global.*
7. *Sobrecostos y perjuicios derivados de la negativa del Acueducto en liquidar oportunamente el contrato.”*

(...)

“PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL: Que se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB al pago de la actualización de las sumas liquidas que resulten a su cargo, a favor de las sociedades CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA sociedades integrantes del CONSORCIO CANOAS, Consorcio Contratista en el CONTRATO DE OBRA BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO No. 1 – 01 – 25500 – 1115 – 2009.”

Así las cosas, resulta necesario determinar cuál es el alcance del documento de cesión de derechos litigiosos, de fecha 15 de Abril de 2013, dado que éste es de fecha anterior a la iniciación del trámite arbitral, para determinar si tal contrato es válido conforme a las normas sustanciales, las implicaciones de ello en caso negativo, o cuáles serían los alcances de dicha cesión de derechos para determinar si la demandante está legitimada para obtener una decisión de fondo.

El artículo 1969 de Código Civil, invocado por las partes en el documento de cesión, establece que :

“Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la Litis, del que no se hace responsable el cedente. Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda” (subrayado fuera del texto)

De la lectura del mencionado artículo, pareciera entenderse que el objeto de la cesión, para que se hable de derecho litigioso, no solo se requiere que se trate de un derecho cuya certeza o existencia depende del resultado de un proceso, sino además, de que exista un proceso judicial en el que ya exista la notificación judicial de la demanda, como se ha sostenido en muchas ocasiones por parte de los doctrinantes y algunas jurisprudencias.

A pesar de lo anterior, se entiende que la denominación que se le dé a un derecho de ser litigioso, no solo puede entenderse como aquel que se discute ya dentro de un proceso judicial en el que se haya notificado la demanda, sino que también comprende la cesión del cualquier derecho que, si bien aún no se encuentra discutido dentro de un proceso judicial, si se entienda que está siendo discutido entre las partes acreedora y deudora de tal derecho, pero que su efectividad dependerá de que se inicie un proceso judicial y de su reconocimiento por parte de una autoridad judicial.

Al respecto, la Jurisprudencia ha dicho que :

“No se puede sostener de manera absoluta que la venta de derechos hereditarios sea siempre de carácter aleatorio. Cuando al momento de efectuarse la cesión se conoce de manera cierta por los contratantes la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión, y el número y calidad de los herederos, el objeto vendido no es cosa que quede sometida totalmente al azar de una pérdida o ganancia. La prestación en este caso no

depende de un acontecimiento incierto que haga imposible su justiprecio al momento del contrato. Puede ocurrir, por ejemplo, que la cesión se efectúe después de practicados los inventarios y avalúos cuando ya se han fijado precisamente los elementos integrantes del patrimonio herencial y los valores de los bienes relictos. En este caso la venta de los derechos herenciales no tendrá carácter aleatorio” (Sents., 3 agosto 1954, LXXVIII, 233; 21 julio 1960, XCIII, 98, 29 abril 1964, CVII, 113; 19 abril 1971, CXXXVIII, 261).

Así las cosas, se concluye que la cesión de derechos a que se refiere el contrato de fecha 15 de Abril de 2013, que fue aportado por la parte demandante, a pesar de que se refiere a la cesión de “derechos litigiosos” y que para esa fecha no se había aún iniciado el presente proceso arbitral, es válido y legítima a la sociedad demandante para reclamar en nombre propio no solo los derechos que aquella le corresponden como miembro del CONSORCIO CANOAS, sino además, los derechos que también le correspondían a CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., como miembro del mismo consorcio, derivados de la ejecución del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009.

Complementariamente, si existiere alguna duda sobre el entendimiento que acaba de expresar el Tribunal, resulta importante precisar que, si bien para la fecha en que se realizó la cesión de derechos, aún no existía el proceso arbitral, por aplicación de los artículos 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, se debe entender que a pesar de la utilización de la expresión “derechos litigiosos” que usaron las partes en el documento de cesión, su entendimiento era que se cedió los derechos que le correspondían al cedente como miembro del CONSORCIO CANOAS, para que la Cesionaria pudiera iniciar la acción judicial y reclamar para sí los derechos de aquel.

Valga la pena mencionar, adicionalmente, que en ninguna parte del proceso aparece que la parte demandada haya hecho reparo alguno sobre dicha cesión, respecto del contenido de la misma o su validez, salvo por las manifestaciones que formuló frente a los recursos de reposición presentado por los dos consorciados respecto del auto No. 5 proferido por el Tribunal ordenando la vinculación de CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. como litisconsorte necesario, respecto a que no podía aceptarse la oposición a dicha vinculación como mecanismo para que se evadiera la responsabilidad solidaria de los consorciados frente al cumplimiento del contrato o de las responsabilidades derivadas de este, lo cual no se ocurre en el presente proceso.

Finalmente, vale la pena mencionar que conforme al párrafo segundo de la cláusula primera del contrato de cesión, antes transcrita, el Tribunal tendrá en cuenta su contenido frente a cualquier condena a que hubiere lugar como consecuencia de este proceso.

3.2. RESPECTO DE CONSTRUCTORA NORBERTO OBREDECHT S.A.

Esta sociedad fue vinculada por parte del Tribunal como consecuencia de la demanda de reconvención dado que la EAAB demandó al CONSORCIO CANOAS, del cual hace parte la sociedad mencionada. Así mismo, fue vinculada al proceso como litisconsorte necesario de la parte principal en la primera audiencia de trámite, conforme ya ha sido indicado.

Este tema ya fue decidido por el Tribunal, a pesar de la oposición de la demandante principal y de CNO, y a él se ha hecho referencia en este laudo al tratar el tema de la competencia como presupuesto procesal para el fallo por lo que basta indicar que, con base en esos señalamientos, dada la calidad de miembro del CONSORCIO CANOAS, es claro que Constructora Norberto Obredecht S.A. está legitimada, como parte pasiva de la demanda de reconvención, y frente a ella procede decidir sobre las pretensiones de dicha demanda y las excepciones propuestas.

3.3. De la Empresa De Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - EAAB

En relación con esta parte del proceso, tanto como pasiva de la demanda principal y como actora dentro de la demanda de reconvención, dado su calidad de contratante dentro del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009 respecto del cual se relacionan todas las pretensiones de ambas demandas, se encuentra legitimada no solo para haber actuado dentro de este proceso, sino además para poder decidir frente a esa entidad las pretensiones y excepciones de la demanda principal y de la de reconvención.

Por otra parte, tampoco se observa causa de nulidad del proceso.

Sin embargo, el Tribunal considera en este punto necesario referirse a las manifestaciones efectuadas por el apoderado de EAAB mediante escrito radicado el treinta y uno (31) de julio de dos mil quince (2015), por cuanto cuestionó la actuación del Tribunal y alegó la existencia de graves violaciones a la ley en la audiencia celebrada

el veintisiete (27) de julio de dos mil quince (2015). Señala la EAAB por conducto de su apoderado que al desestimar su recurso en contra del auto número 40 proferido por este Tribunal se incurrió en una grave violación a la ley y, a continuación, expresa sus diversos argumentos respecto de la imposibilidad de objetar un dictamen pericial y la extemporaneidad de los escritos presentados por CASS respecto de las experticias contable y ambiental.

Lo primero que debe advertir el Tribunal es que el auto número 40 contenía la decisión del Tribunal de negar la solicitud del apoderado de EAAB de decretar pruebas de oficio así como un careo entre los testigos Ivo Alfonso Sánchez Mosquera y Juan Martín Acosta López; es decir, no guarda relación alguna con la materia de su escrito presentado el treinta y uno (31) de julio de dos mil quince (2015); en dicha providencia ninguna decisión se adoptó respecto de las experticias que fueron controvertidas por CASS en la oportunidad correspondiente.

Por otra parte, carecen de todo fundamento las apreciaciones del apoderado de EAAB en cuanto a la improcedencia de objetar dictámenes periciales, de correr traslado de los escritos de aclaración y complementación de las experticias y de surtir tal traslado mediante fijación en lista.

Basta revisar el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 para concluir que, como toda prueba, la experticia es susceptible de contradicción, que la misma procede en el término de traslado de la experticia o de sus aclaraciones o complementaciones y que las aclaraciones y complementaciones de las experticias deben ponerse en conocimiento de las partes, es decir, surtirse traslado de las mismas, así:

“Artículo 31. Audiencias y pruebas.

(...)

*El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, **habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.***

*En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. **Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo.** Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.*

(...)” (el resaltado no es del texto original)

Aun cuando el apoderado de EAAB cita la misma norma omite en su análisis los apartes que se han resaltado. Y además se contradice pues primero indica que el traslado de las aclaraciones y complementaciones es “extralegal” para luego afirmar que “si para las aclaraciones y complementaciones autorizadas por el Tribunal, la ley ordena correr su traslado con mayor razón debió correrse traslado de dichas objeciones por error grave y sus anexos (...)”. Con este último aspecto ignora lo que él mismo ha alegado y es que ya no hay lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave, es decir, no hay oportunidad para correr traslado de la experticia contradictoria a las demás partes.

Ahora, en cuanto a que la legislación colombiana no existe la institución de la fijación en lista y que la misma, además es extraña al procedimiento arbitral, simplemente se remite el Tribunal a lo dispuesto en el artículo 110 del Código General del Proceso, norma supletiva del Estatuto Arbitral, según el mismo artículo 31 de la Ley 1563 (antes Código de Procedimiento Civil):

“Artículo 110. Traslados.

Cualquier traslado que deba surtirse en audiencia se cumplirá permitiéndole a la parte respectiva que haga uso de la palabra.

Salvo norma en contrario, todo traslado que deba surtirse por fuera de audiencia, se surtirá en secretaría por el término de tres (3) días y no requerirá auto ni constancia en el expediente. Estos traslados se incluirán en una lista que se mantendrá a disposición de las partes en la secretaría del juzgado por un (1) día y correrán desde el siguiente.”

Nada tiene que ver con el presente asunto la fijación en lista que fue eliminada con el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo - Ley 1437 de 2011 - y reemplazada por el traslado regulado en dicha norma, que se refería exclusivamente a la demanda formulada en esa jurisdicción.

Finalmente no resulta de menor relevancia indicar que es sorpresivo para el Tribunal que el apoderado señale que no recibió comunicación sobre esa fijación en lista, cuando en el expediente consta que se efectuó mediante correo electrónico desde el buzón de la secretaria del Tribunal y que de dicho mensaje acuso recibo el apoderado de EAAB, así como que desconoce por qué razón procedió así el Tribunal cuando en su mismo escrito cita el auto número 39 de fecha catorce (14) de julio de dos mil quince (2015) mediante el cual se dispuso que **“Segundo: Se concede plazo a los peritos técnico-financiero y contable para rendir sus aclaraciones y complementaciones hasta el diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015). De los escritos correspondientes se correrá traslado por Secretaría mediante fijación en lista por el término de tres (3) días.”** (el resaltado no es del texto original).

Resulta del todo reprochable que se cuestionen las actuaciones del Tribunal y se señale que carecen de decisiones que las fundamenten cuando en el mismo escrito se está citando la expresa resolución del Tribunal al respecto, es decir, el auto número 39.

Por ello todas las consideraciones de EAAB respecto de las supuestas violaciones del debido proceso por esta causa son desestimadas por este Tribunal, y, se reitera que no advierte el Tribunal ninguna causa de nulidad del presente trámite.

4. CONSIDERACIONES SUSTANCIALES

4.1. LA CONTRADICCIÓN DE LAS EXPERTICIAS CONTABLE Y AMBIENTAL FORMULADA POR CASS CONSTRUCTORES & Cía. S.C.A.

Antes de pronunciarse sobre los temas de fondo propuestos para decisión, este Tribunal resolverá lo relativo a la contradicción efectuada por la apoderada de Cass Constructores & Cía. S.C.A. respecto de las experticias en materia ambiental y contable rendidas por Andrés Mogollón Duffó y la sociedad Integra Auditores Consultores S.A.

Para el efecto, y como ya fue mencionado en el acápite de presupuestos procesales, conforme con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012 las experticias rendidas en el trámite son controvertibles y para ello las partes están habilitadas por la Ley para presentar sus propias experticias, como en efecto, lo hizo CASS.

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

4.1.1. SOBRE LA EXPERTICIA AMBIENTAL

La apoderada de Cass Constructores & Cía. S.C.A. formuló objeción por error grave respecto de la experticia rendida por el perito Andrés Mogollón Duffó y como prueba de sus afirmaciones allegó concepto técnico elaborado por Luis Mancilla Colorado sobre la misma materia. Fundamenta su objeción en que la experticia cuestionada parte de una premisa errada y es que el sistema de saneamiento del Río Bogotá depende exclusivamente de las obras derivadas de la ejecución del contrato entre las partes.

En efecto, en su dictamen señala el perito Mogollón Duffó lo siguiente:

“Dentro del programa de recuperación del río anteriormente mencionado se encuentran las obras del Interceptor Tunjuelo-Canoas parte vital del Sistema Integrado del Alcantarillado, sin el cual no se puede poner en funcionamiento el sistema de interceptores ya mencionado, y razón por la cual las aguas residuales del centro y sur de Bogotá y las aguas residuales de Soacha siguen siendo transportadas por los ríos Bogotá, Fucha y Tunjuelo, continuando el problema ambiental asociado a tales ríos. Específicamente, el proceso de construcción y puesta en marcha del Interceptor Tunjuelo-Canoas debió finalizar el 20 de Noviembre de 2012; sin embargo, tuvo retrasos en la construcción y posterior entrega, razón por la cual el sistema de interceptores no ha entrado en funcionamiento y la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTA E.A.B., presentó una DEMANDA DE RECONVENCIÓN, contra el CONSORCIO CANOAS responsable de la construcción del interceptor. Como parte del Proceso Arbitral se solicita la realización de un dictamen pericial, entre otros, con el fin de realizar la

cuantificación de manera definitiva de los daños ambientales ocasionados por la no entrada en funcionamiento de todo el sistema troncal sanitario, originado por el incumplimiento de las obras contratadas con el Consorcio Canoas, razón por la cual se presenta el presente informe que contiene los fundamentos técnicos, metodológicos y los resultados de la valoración económica ambiental propuesta para estimar dichos daños en la ciudad de Bogotá y el Municipio de Soacha.”

Dicha afirmación proviene, a juicio del Tribunal, de la forma en que fue planteado el cuestionario para el perito por el solicitante de la prueba, así:

“Decrétese por el H. Tribunal dictamen pericial, rendido por peritos con experticia en economía ambiental, para que cuantifiquen de manera definitiva los daños ambientales ocasionados por la no entrada en funcionamiento de todo el sistema troncal sanitario, originado por el incumplimiento de las obras contratadas con el Consorcio Canoas”

Comparte el Tribunal la apreciación de la apoderada, fundamentada en la decisión del Consejo de Estado de fecha 28 de marzo de 2014, en que son múltiples las causas y razones por las cuales el mencionado sistema no ha entrado en funcionamiento. Sin embargo, advierte el Tribunal lo siguiente: (i) el perito en modo alguno determinó que la ausencia de entrada en funcionamiento de tal sistema se debiera “exclusivamente” a la inejecución de las obras a cargo de la contratista por virtud del Contrato de Obra Bajo la Modalidad de Llave en Mano No. 1-01-25500-1115-2009, entre otras razones, por cuanto no corresponde al perito decidir a quien son imputables los perjuicios ocasionados por la falta de funcionamiento del sistema y (ii) porque tal premisa o supuesto ninguna incidencia tuvo en las conclusiones sobre el valor de los daños cuantificados, que es lo único que en realidad es competencia del perito. Es decir, a juicio del Tribunal, el valor o monto cuantificado por el perito sería el mismo aun cuando se considere que la única causa por la cual el sistema no se encuentra en uso es la no construcción del Interceptor Tunjuelo – Canoas o por que lo son las múltiples causas que fueron reconocidas por el Consejo de Estado en su reciente fallo.

En efecto, existe un desacierto del perito en concluir que *“Por lo tanto, el costo ambiental por la no entrega del Interceptor Tunjuelo – Canoas que se ha generado a la sociedad Bogotana y Soachuna a partir de la fecha en que se debió terminar el contrato de obra, ...”*, pero reitera el Tribunal que tal calificación no corresponde al perito y que tampoco el citado profesional en su análisis desestimó las demás causas del fenómeno analizado para de ello derivar la valoración de los perjuicios.

Por lo anterior, el Tribunal no considera que el perito haya errado de manera grave en la elaboración de su experticia.

Ahora bien, lo anterior no comporta, ni significa que el dictamen será acogido por el Tribunal como prueba de la cuantificación de los perjuicios pretendidos por EAAB.

4.1.1. SOBRE LA EXPERTICIA CONTABLE

Respecto de este dictamen se cuestiona por parte de CASS que el perito haya señalado que sólo se configura ocurrencia de costos por Stand By en el evento en que la máquina respecto de la cual se predica se encuentre en estado de espera o pausa que finaliza cuando el equipo entra nuevamente en operación y no se refiere a equipos que terminaron su labor y que pueden ser retirados.

En este punto basta para el Tribunal señalar lo dicho en precedencia y es que se debe encontrar probado el error grave del perito cuando el mismo se ha referido al objeto del dictamen y no a las conclusiones del perito.

Al respecto y bajo la vigencia de las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil sobre la materia, indicó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

Sobre el particular tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“(…), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con la intervención de otros peritos ... (G.J., Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y lo que permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven ..., de donde resulta a todas luces evidente que las tachas a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil ... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios, o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y

cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se esta interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibile para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ... (G. J., Tomo LXXXV, pág. 604).

Además, se ha dicho:

“... resulta disonante con el concepto normativo de la objeción por error grave el pretender, ante el trabajo realizado (peritazgo), descalificarlo porque en opinión del litigante interesado, aquellas bases señaladas por el juez para ser tenidas en cuenta, carecen por completo de legitimidad jurídica y por consiguiente le abren paso a la que dice que es ... una objeción de puro derecho”.

Entiende el Tribunal que la discrepancia de la objetante versa sobre conclusiones del perito o sus apreciaciones sobre la forma en que debía calcularse el valor del “Stand By”, no, como lo señala la Corte; sobre el objeto del mismo.

Y al respecto, como se ha dicho también en cuanto experticia anterior igualmente objetada, lo anterior no comporta, ni significa que el dictamen será acogido por el Tribunal, ni aceptadas las conclusiones del perito.

4.2. SOBRE LA SOLICITUD DE CASS CONSTRUCTORES & Cía. S.C.A. DE DECLARAR QUE EN LA ACTUACIÓN DEL APODERADO DE LA EAAB EXISTE TEMERIDAD Y MALA FE

Con el escrito radicado en el Tribunal el veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015) mediante el cual se refirió al alcance de la solicitud de aclaración y complementación presentada por EAAB respecto del dictamen técnico financiero así como en sus alegatos de conclusión la apoderada de CASS ha solicitado al Tribunal declarar que en la actuación del apoderado de la EAAB existe temeridad y mala fe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 numerales 1, 4 y 5 del CGP, así hacer efectivas las consecuencias derivadas según lo normado en los artículos 80 y 81 del mismo Estatuto.

Como fundamento de su petición, en resumen, señaló lo siguiente la apoderada de la solicitante:

“De modo evidente, fue clara la constante obstrucción de la convocada, no solamente al trámite, dentro del cual fue prolija su oposición constante a casi la totalidad de las decisiones del Tribunal, cualquiera que ellas fueran, y muy especialmente frente a las que referían o disponían el impulso probatorio del proceso, sino que, particularmente, hizo gala de una conducta contraria a la lealtad procesal, de cara al recaudo de la documentación del Contrato, como dan cuenta las constancias que en ese sentido sentara el perito técnico-financiero designado por el Tribunal, y su conducta engañosa y a todas luces de mala fe frente al término de este proceso, aspecto en el que nos detendremos con detalle más adelante.”

También se refirió a la conducta del apoderado del EAAB en cuanto al alcance del cuestionario de aclaraciones y complementaciones del dictamen técnico-financiero y la técnica utilizada por el apoderado para poner a consideración del Tribunal sus pedimentos respecto del citado dictamen.

Sobre la materia en nuestro estatuto procesal se ha dispuesto lo siguiente:

“ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados:

1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.

2. *Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.*

3. *Abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias. (...)*

“ARTÍCULO 79. TEMERIDAD O MALA FE. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. *Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*

(...)

4. *Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.*

5. *Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.”*

“ARTÍCULO 81. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE APODERADOS Y PODERDANTES. Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior, la de pagar las costas del proceso, incidente o recurso y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales. Dicha condena será solidaria si el poderdante también obró con temeridad o mala fe.

Copia de lo pertinente se remitirá a la autoridad que corresponda con el fin de que adelante la investigación disciplinaria al abogado por faltas a la ética profesional.”

Para el Tribunal, a pesar de la falta de técnica y de rigor que puede predicarse de varias de las actuaciones del apoderado de EAAB y de la falta de fundamentación apropiada de varias de ellas, que en efecto dio lugar a que en sendas oportunidades fueran desestimadas sus solicitudes o rechazados sus recursos, tampoco puede afirmar el Tribunal que se hubieren configurado las premisas legales para declarar su temeridad y mala fe por dicha causa en los términos exigidos en la norma.

En cuanto a la conducta del apoderado de EAAB en relación con la prórroga del término del proceso y la suspensión del mismo, si bien resultó sorpresivo y censurable para el Tribunal que hubiese faltado a su propio dicho en audiencia sobre la aceptación de

prórroga del término del Tribunal e inclusive hubiese acreditado sus facultades para ello, no puede desconocer el Tribunal que tales actuaciones son autónomas y privativas de las partes frente a las cuales no hay compromiso alguno con el Tribunal, quien por el contrario debe atenerse a lo dicho en el pacto arbitral, o en subsidio en la Ley sobre el término de duración del proceso para proferir su decisión final, aceptando simplemente las variaciones que las partes acuerden y presenten al respecto.

Por lo anterior, será desestimada la solicitud de la apoderada de CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A. sobre este punto.

4.3. DESCRIPCIÓN DEL CONTRATO, SU NATURALEZA, OBJETO Y CARACTERÍSTICAS – RÉGIMEN APLICABLE

El presente proceso tiene por objeto resolver las controversias que han tenido las partes surgidas en desarrollo del Contrato de Obra bajo la Modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009.

Con relación a la naturaleza del contrato, este es de aquellos contratos bilaterales, conmutativos, frente a los cuales, las partes determinaron la materia, responsabilidad y obligaciones en el objeto, y demás cláusulas contractuales que integran el contrato de obra modalidad llave en mano No. 1-01-25500-1115-2009, celebrado entre **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB** y el **CONSORCIO CANOAS** para el Diseño, Construcción y puesta en operación de un túnel, bajo la modalidad llave en mano, para el sistema de alcantarillado troncal Tunjuelo – Canoas – Río Bogotá.

Este tribunal considera que en virtud del mencionado contrato existían obligaciones, responsabilidades y riesgos a cargo de cada una de las partes, por lo tanto, se considera que por el hecho de tratarse de un contrato de obra bajo modalidad llave en mano, no significa que la totalidad de las obligaciones, responsabilidades y riesgos están a cargo de una sola de las partes.

Se evidencia que el alcance del contrato, entendido este como las obras o actividades que se enmarcan dentro del mismo y que obligan a ser ejecutadas por el contratista y remuneradas por el contratante, se encuentran identificadas entre otras en:

1) Numeral 1.1 – objeto (incluye anexo 1), de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 2.) Numeral 4.1 Descripción del proyecto, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 3) Numeral 4.3 Especificaciones generales para el diseño, No. ICSM – 0731 – 2009. 4) Numeral 4.4 Otras obligaciones durante la construcción de las obras, No. ICSM – 0731 – 2009. 5) Numeral 3. Especificaciones particulares de diseño y construcción, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 6) Cláusula Primera – Objeto del contrato No. 1-01-25500-1115-2009.

De acuerdo con las condiciones de la invitación y con el alcance determinado en el contrato, es claro que el contrato de obra llave en mano, tenía un marco definido y determinado, el cual identificaba la responsabilidad y los límites de ejecución de obra por parte del contratista frente al contratante, por lo tanto, no es cierto que, en tratándose de un contrato de obra modalidad llave en mano el contratista tenga la obligación de ejecutar todas las obras que resulten ser imaginadas durante la ejecución del mismo.

Así mismo, con relación a las obligaciones y riesgos asumidos por las partes del contrato, se evidencia que existían condiciones y estipulaciones que tenían por objeto determinar el alcance de las mismas a cargo de cada una de ellas, entre otras, podríamos mencionar las siguientes:

1) Numeral 3.1 Obligaciones del contratista, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 2) Numeral 3.2 Obligaciones de **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB**, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 3) Numeral 4.2.2.3 Con relación a equipo, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 4) Numeral 4.2.2.14 Consideraciones Prediales, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 5) Numeral 4.3.3. Alcance de los trabajos de ingeniería, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 6) Numeral 4.3.3.5 Diseños de la Infraestructura, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 7) Numeral 4.3.3.6 Plan de manejo ambiental, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 8) Numeral 4.4 Otras obligaciones durante la construcción de las obras, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 9) Numeral 4.4.5 Puesta en operación del sistema, de la Invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 10) Numeral 4.4.7 Áreas de Trabajo, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 11) Numeral 4.4.8 Accesos y vías provisionales, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 12) Numeral 4.4.8.1 vías provisionales, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 13) Numeral 4.4.8.2. Accesos y vías definitivas, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 14) Numeral 4.4.10 Métodos y equipos para construcción de túneles, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 15) Numeral 4.4.11

Topografía, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 16) Numeral 4.4.14 Obras extras y adicionales, de la No. ICSM – 0731 – 2009. 17) Numeral 4.4.8.3 Entrega y recibo de las obras, de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009. 18) Cláusula Tercera – Forma de Pago del contrato No. 1-01-25500-1115-2009. 19) Cláusula octava – Riesgos que asume el contratista del contrato No. 1-01-25500-1115-2009. 20) Cláusula Novena – Riesgos que asume la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB** contrato No. 1-01-25500-1115-2009. 21) Cláusula Decima – Fuerza Mayor o Caso Fortuito del contrato No. 1-01-25500-1115-2009.

Así las cosas, el contrato objeto de la controversia corresponde a un contrato de obra, según lo establecieron las partes en el propio acuerdo, alcance que se ajusta a la definición normativa establecida en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Adicionalmente, las partes pactaron dicho contrato de obra bajo la modalidad llave en mano, figura que se encontraba regulada en el Artículo 247 del Decreto 222 de 1983 como contratos especiales, en los siguientes términos: “(...) una obra que incluya el diseño, la financiación, la construcción, suministro, montaje e instalación de equipos y maquinarias, si fuere el caso, y la obligación del contratista de entregar la obra en funcionamiento (...)”.

En palabras del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Augusto Trejos, radicado 1013 del 16 de Diciembre de 1998, el contrato de obra modalidad llave en mano: “(...) Estos contratos se asimilan, generalmente, a contratos de obra a precio fijo o global y en ellos los contratistas adquieren la obligación de entregar al operador, en estado de utilización y bajo su responsabilidad, determinadas obras generalmente sobre inmuebles (...)”.

El contrato referido es un contrato estatal, en razón a que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB-, es una Entidad Estatal, por tratarse de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del Distrito Capital prestadora de servicios públicos domiciliarios con carácter oficial.

Con relación al régimen jurídico del contrato resulta claro para el Tribunal que la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, consagra que los contratos celebrados por Entidades Estatales prestadoras de servicios públicos, no se sujetan a las disposiciones el Estatuto General de la Contratación Pública.

Además de las consideraciones propias de la Ley 142 de 1994, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB– a través de la Resolución 618 de 2009, establece el Manual de Contratación el cual reitera que el régimen del contrato es de derecho privado.

4.4. SÍNTESIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA DEMANDA PRINCIPAL

El fundamento fáctico que soporta las pretensiones lo sustenta CASS en capítulo V numerales 5 de la Demanda, dentro de los cuales alega, entre otros que, EAAB incumplió el contrato con relación a la entrega de los predios, permisos necesarios para la ejecución de las obras, liquidación y pago del contrato, los cuales incidieron en la no ejecución de la totalidad de las obras, especialmente el pozo ITC 12, y generado sobrecostos al contratista por stand by tuneladora, arrendamientos y transacciones por predios, bombeo pozo 1, mayor permanencia y diseño pozo único.

Con su contestación de la demanda, el apoderado de la EAAB se opone a las pretensiones; señala que le corresponderá al demandante demostrar los incumplimientos alegados y su ausencia de culpa, los hechos imprevistos e imprevisibles alegados y ocurrencia, las consecuencias efectivas de los indicados sobre el equilibrio económico del contrato, a existencia y cuantía del daño. Adicionalmente rechazó la cesión de los derechos litigiosos en lo que tiene que ver con la liberación de CNO de su solidaridad como miembro del Consorcio.

Indica EAAB que frente al tema predial el contratista modificó el alineamiento inicial con los efectos señalados en el Numeral 4.2.2.14 de la Invitación No. ICSM – 0731 – 2009 y que se entregaron 6 versiones con relación a las fichas prediales. Frente al pozo 1, señala la demandada que la causa de la inundación fueron las lluvias, lo que según la cláusula décima del contrato esta no es una causal de fuerza mayor. Continúa la demandada en su contestación indicando que no puede haber lugar al cobro de obras no ejecutadas, hecho que se considera de mala fe.

Con relación a la liquidación del contrato, manifiesta EAAB que no hay incumplimiento y que la razón de la no suscripción ha sido generado por puntos en los que no hay acuerdo. De igual manera, indica la demandada, que el pago de la retención está condicionado a la firma de la liquidación, según los términos del contrato.

Para EAAB no existieron situaciones imprevistas o imprevisibles, y que estas deberán ser probadas por el demandante. Así mismo, señala el demandado que no existió mayor permanencia.

Continua la contestación de la demanda frente a las pretensiones que no se reconocen aspectos ejecutados de manera autónoma por el contratista, ni stand by.

Frente a la Demanda, el apoderado de EAAB presentó las excepciones ya relacionadas en otro aparte de este laudo.

CASS al descorrer el traslado de las excepciones propuestas por la EAAB señaló que no se desconoce la existencia de un contrato de obra llave en mano, lo que se endilga es el incumplimiento de la EAAB en los temas prediales. Con respecto a las fichas prediales manifestó que consistieron en correcciones formales, tendientes a facilitar la labor de la EAAB, que en ningún momento significaban una modificación del trazado o de la ingeniería básica. Reiteró que de manera subsidiaria la convocante en su demanda, en caso de no declararse el incumplimiento de la EAAB, solicitó que se declare que en la ejecución del contrato acontecieron hechos imprevistos que el Consorcio Canoas no tenía que soportar. También señala que las máquinas no han sido retiradas, no por un deseo del contratista, sino por una imposibilidad fáctica de hacerlo, al no contar con ningún predio para el efecto.

En concepto de la Delegada del Ministerio Público el Honorable Tribunal deberá proceder con la liquidación del contrato, en el cual se ordene la devolución a favor del CONSORCIO CANOAS de las sumas retenidas en garantía efectuando los descuentos y ajustes, por cuanto la demanda arbitral fue presentada en el término de los 2 años que otorga la Ley para solicitar la liquidación del contrato por vía judicial.

La procuradora indica que no encuentra prueba del acta 31, por cuanto deberá negarse el reconocimiento del saldo de la misma, punto que acoge el Tribunal.

Sobre la solicitud del pago del excedente del contrato, y la excepción de contrato no cumplido alegada por la EAAB se indicó:

- Sobre la gestión predial: De conformidad con indicado en el pliego de condiciones en efecto era obligación de la convocada adquirir los predios necesarios para la ejecución del proyecto, no obstante esta obligación se

encontraba condicionada a que el CONSORCIO CANOAS elaborara las fichas técnicas del proyecto, por tal razón no se puede endilgar responsabilidad a la entidad demandada, por cuanto quien no llevó a cabo en tiempo sus obligaciones fue la sociedad convocante.

- Sobre cada uno de los pozos hace una relación y un análisis sobre las obligaciones de las partes.

La Procuradora llama la atención en que el contratista incurrió un costo para solucionar la inundación del Pozo ITC1, por cuanto dicho pozo fue construido por un contratista diferente encargado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en desarrollo de un contrato diferente al que hoy se revisa, razón por la cual el daño de el mismo no tenía porque soportarlo el CONSORCIO CANOAS, por lo que se deberá reconocer dichos valores a favor de la demandante principal.

En concepto de la Procuradora debería negarse el “Stand By” alegado por la demandante principal por cuanto el mismo no se configura de conformidad con lo indicado en el pliego de condiciones.

En concepto de la Procuradora la construcción del Pozo Único no puede ser objeto de revisión por parte del Tribunal, por cuanto carece de competencia al ser este un tema de una responsabilidad civil extracontractual que no se encuentra configurado en la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso arbitral.

En concepto de la procuradora, y de conformidad con lo indicado en el pliego de condiciones y en el contrato, era obligación de la demandante realizar las obras adicionales que, por demás se llevaron a cabo para subsanar desperfectos propios de las obras realizadas, por tal razón no debe haber lugar a reconocer la mayor permanencia en obra.

4.5. DETERMINACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

De acuerdo con la demanda principal y la de reconvención pretende la demandante CASS que se declare que su demandada ha incumplido el Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009 por no haber atendido las obligaciones relacionadas con la gestión predial a cargo de esta, la no entrega oportuna de los predios requeridos para la realización de la obra, por el no pago de unos

sobrecostos derivados de la inundación de uno de los pozos construidos, por no haber suscrito el acta de liquidación definitiva del contrato y por no haber efectuado la devolución de la retención en garantía practicada. Como consecuencia de ello, solicita que la demandada sea condenada al pago de los perjuicios derivados de su incumplimiento, consistentes en unos sobrecostos por el bombeo del pozo ITC, los sobrecostos derivados por los arrendamientos que tuvo que pagar por la no entrega oportuna de los predios, el valor de los diseños del pozo único, el stand by de maquinaria, sobrecostos por mayor permanencia en obra, el no pago del saldo del precio del contrato y por los perjuicios derivados de la no firma del acta de liquidación.

Complementariamente, solicitó como pretensiones subsidiarias, que se declarara el desequilibrio económico del contrato por la ocurrencia de hechos imprevistos y el consecuente pago de sobrecostos y perjuicios.

Por su parte, la EAAB demando en reconvencción pidiendo que se declare que el consorcio contratista incumplió el contrato de obra mencionado por no haber ejecutado algunas de las obras contratadas, como los pozos ITC 9 Y 11, la estructura de descarga, el puente sobre el Río Bogotá, manija del interceptor canoas, la reparación del túnel de emergencia y las construcción de algunas vías de acceso a los pozos. Que como consecuencia de no entregar la obra completa para ser puesta en operación, se condene al consorcio demandado al pago del valor de “los costos acordados por las Partes Contratantes para cada una de las obligaciones incumplidas”, por los perjuicios de no haber podido interconectar la obra con el resto del sistema troncal sanitario, al pago del daño emergente y lucro cesante que resulten probados y al pago de la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato de obra.

4.5. INCUMPLIMIENTO POR LAS FICHAS PEDIALES

Procede el Tribunal a analizar el presente tema, dado que las partes centran principalmente los supuestos incumplimientos en hecho de haberse incumplido con esta obligación y de las asunción de riesgos que de ello se derivaba.

De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente, el siguiente puede ser un resumen de las principales actuaciones de las partes relacionadas con el punto de la responsabilidad predial y los riesgos que ello tenía para ellas:

- a. El día veintiséis (26) de febrero de 2010, se suscribió el Acta de Inicio del Contrato, entre la representante de la interventora Mercedes Lucia Garzón Gómez y el representante del Contratista Jorge Barragán Holguín.
- b. El día nueve (9) de marzo de 2010, el señor Jorge Barragán Holguín en calidad de Representante Legal del Consorcio Canoas mediante comunicación CC-ITC-015- 2010 adjunta la relación y estudio del alineamiento de los Túneles Interceptor Tunjuelo – Canoas y Túnel de Emergencia en donde se establece el reporte Geotécnico para efectos del ITC 12, ITC 8, ITC 10, ITC 1, dando cumplimiento a lo establecido para el primer mes en el numeral 4.2.2.14 de la Invitación Pública ICSM-0731-2009.
- c. El día veinticinco (25) de marzo de 2010, (Acta No. 19) – La EAAB comunica al interventor y el contratista que las fichas prediales no tienen las firmas correspondientes y deberían de estar suscritas en tanto es un requisito para presentarse ante la oficina de planeación del Municipio de Soacha. Así mismo, al verificar los puntos de georeferencia del plano 1 a 1 de marzo del 2010, con el que se aprobó por la Resolución de Declaratoria de Utilidad Pública del Proyecto (Resolución 836 del 24 de septiembre del 2009), ninguna de las coordenadas coinciden. Finalmente expresa la EAAB que no se puede dar trámite a la solicitud de modificación de la Resolución, sino que debería de tratarse de una resolución derogatoria de la actual e iniciar el trámite para una nueva la cual tomaría de 3 a 4 meses.
- d. El día veintiuno (21) de abril de 2010, el señor Jorge Barragán Holguín entrega las fichas prediales según comunicación CC-ITC-079-2010 establecidas de la siguiente forma:
 - i. Informe de poligonales, cual contiene. Carteras de campo, esquemas de poligonales, memorias de cálculo y listado de coordenadas ajustadas.
 - ii. Informe Técnico, en donde se tiene la relación de predios afectados, registro topográfico (plano predial y registro topográfico).
 - iii. Ficha predial original, relación de cuarenta (40) fichas.

- iv. Informe Jurídico: Relación de predios afectados, fotografías del predio, certificado de tradición y libertad, copia simple de escrituras públicas y boletín catastral.

- e. El día treinta de abril (30) de abril de 2010, (Comunicación CCA-IN-0083-10) – El interventor comunica y adjunta la NO Objeción de las fichas prediales, al haberse cumplido con los informes poligonales, informe técnico, ficha predial, informe jurídico, y las cuarenta y cinco fichas prediales.

- f. El día diecinueve (19) de mayo de 2010, (Comunicación CCA-IN-001-2010) – El interventor manifiesta su NO objeción con las fichas prediales radicadas por el contratista.

- g. El día veintiséis (26) de mayo de 2010, (Oficio 25200-2010-1375) – La EAAB informa a la Alcaldía Municipal de Soacha para la solicitud de modificación y adición en la Resolución 836 del 24 de septiembre de 2009, por la cual se anunció la declaratoria de utilidad pública del Proyecto”

- h. El día veintisiete (27) de mayo de 2010, (Acta No. 17) – El contratista y la interventoría manifiestan a la EAAB que tiene preocupación por el tema de la gestión predial en tanto no se ha podido hacer ninguna negociación con el propietario donde se construiría el ITC 12. Así mismo la EAAB se compromete a realizar las actividades pertinentes para que se agilice el tema de la Utilidad Pública con la Alcaldía Municipal de Soacha.

- i. El día tres (3) de junio de 2010, (Acta No. 18) – Manifiesta que la entrega de las fichas prediales contiene errores y solicitan que se tomen las mejores acciones al respecto. Así mismo solicita dar revisión a la ficha predial número 2. Finalmente la EAAB solicita que sea incluida dentro de las fichas prediales la madre vieja de la parte izquierda de la Finca Canoas y comunica que ya se han estado adelantando conversaciones con los propietarios de la finca.

- j. El día diez (10) de junio de 2010, (Acta No. 19) – La EAAB informa que solicitó a Soacha la colaboración para el trámite de la Declaratoria de Utilidad Pública. El contratista informa que está haciendo las gestiones ante el dueño para el ingreso a los predios de la finca Canoas (ITC12). La semana entrante la EAAB firmará un acta con el propietario para iniciar los trabajos de vías y

otros. La interventoría solicita modificar reprogramar el Programa de Trabajo (PDT) y el consocio Canoas menciona que no hay modificación hasta que no haya ingreso total a los predios, si se programa se corre el riesgo de tener que reprogramar. Así mismo menciona que la plataforma y vías de acceso no se pueden iniciar hasta que se firme el contrato con el propietario de la Hacienda Canoas (ITC12), y aún no se puede entrar al pozo ITC12 hasta que la EAAB no finiquite lo referente al predio. La EAAB establece que para la semana entrante es posible que se finiquite el acuerdo y se proceda a realizar el PDT. Finalmente se establece que la (Muralla y el ITC6) necesitan que la EAAB realice la reunión con los propietarios y oficialice el tema para la compra de los predios.

- k. El día veintitrés (23) de junio de 2010, (Comunicación CC-ITC-169-2010) – el contratista conforme a lo solicitado por la EAAB y el interventor adjunta la modificación al PDT, teniendo en cuenta los inconvenientes presentados en relación a los predios del proyecto (ITC12), (Muralla y el ITC6), dejando claridad que aún no se cuenta con la disponibilidad del predio de la hacienda Canoas para el ingreso al lugar donde estaría dispuesto el ITC12.
- l. El día cinco (5) de agosto de 2010, (Acta No. 24) – La EAAB comunica que aún se encuentran a la espera del trámite para la respuesta que entregue el Municipio de Soacha respecto de la Declaratoria de Utilidad Pública, así mismo se informa que, conforme al trazado inicial radicado el día veintiuno (21) de marzo de abril de 2010 (Entrega de Fichas Prediales), se presentan problemas con los propietarios de los predios del ITC9, ITC11 e ITC12, estando pendientes de que la EAAB busque una solución al tema. Los propietarios manifiestan que no negocian los accesos al predio hasta no tener clara una negociación con la EAAB.
- m. El día veintiséis (26) de agosto de 2010, (Acta No.26) – La EAAB manifiesta que debido al cambio de alineamiento del Interceptor Soacha, la firma de la Resolución Pública tuvo que ser aplazada y se queda a la espera de la entrega de toda la información modificada por parte del Contratista.
- n. El día treinta (30) de agosto de 2010, (Memorando Interno No. 2551001-2010-0973) – La EAAB recibe la versión 6 de las fichas prediales, las cuales son adjuntadas por la interventoría.

- o. El día dieciséis (16) de septiembre de 2010, (Acta No. 28) – La EAAB manifiesta que el día de ayer se dio entrega de los planos de afectaciones prediales, y solicita que no se presenten nuevas modificaciones en tanto no se aceptaran nuevos cambios en los alineamientos prediales. El contratista manifiesta que la variación se ha dado porque el propietario del Centro Recreativo Santa Ana no quería dar autorización de acceso, y se logró bajo el compromiso de modificar el trazado y no dividir el predio del señor propietario y afectar su actividad económica.
- p. El día trece (13) de octubre de 2010, (Comunicación CC-ITC-329-2010) – El consorcio manifiesta a la EAAB que no se ha podido dar inicio a los trabajos del Interceptor Soacha debido a los trámites de gestión predial a cargo del Acueducto, ni tampoco a dar inicio de obras en los ITC 09, ITC11, ITC12 por falta de entrega de los predios por parte del Acueducto, lo cual compromete la entrega de las obras en los plazos parciales establecidos en el contrato. Finalmente se menciona que los predios del ITC8 y ITC8A aún no han sido adquiridos por parte de la EAAB.
- q. El día catorce (14) de octubre de 2010, (Acta No. 31) – La EAAB manifiesta que aún se sigue a la espera de la Resolución de Utilidad Pública, y de respuesta a la comunicación CC-ITC-329-2010. Respecto de los predios de ITC9, ITC11, ITC12 se aplicará lo dispuesto cuando salga el Decreto de Utilidad Pública.
- r. El día veinte (20) de octubre de 2010, (Comunicación 2551001-2010-1185) la interventoría hace devolución de cuatro (4) paquetes de fichas prediales versión 6 debido a que estas no se encuentran actualizadas, y algunas aparecen con fecha de abril del 2010 y otras con fecha de junio del 2010, en donde se solicita arreglar la fecha según consta la entrega de la versión final en su totalidad.
- s. El día veintiocho (28) de octubre de 2010, (Acta No. 33) – La interventoría manifiesta que el tema de la Declaratoria de Utilidad Pública se deberá tratar de manera directa y en presencia de la EAAB, así mismo comunica el contratista que no se ha podido dar inicio a los trabajos de los pozos ITC 9,

11, 12 e Interceptor Soacha al no llegarse a acuerdo alguno entre la EAAB y los propietarios.

- t. El día dos (2) de noviembre de 2010, (CC-R-I-137-2010, respuesta a la comunicación CCA-IN-0319-10) – La interventoría del contrato establece que, la no gestión predial conforme a lo establecido en el contrato ha sido a causa de la no entrega satisfactoria en las fechas de las fichas prediales por parte del consorcio tal y como se comunicó por medio del oficio No. 2551001-2010-1185 del 20 de octubre de 2010.
- u. El día cuatro (4) de noviembre de 2010, (Acta No. 34) – La EAAB informa que aún siguen a la espera de la firma de la Declaratoria de Utilidad Pública. Así mismo se exponen los problemas con los propietarios del predio ITC9 en tanto los dueños no dan permiso hasta que la EAAB presente una propuesta económica. La EAAB solicita apuntar la tuneladora en dirección al ITC12 pero el contratista afirma en caso de no salir a tiempo la Declaratoria de Utilidad Pública y no llegar a un acuerdo con el propietario del ITC podrían presentarse problemas en el cumplimiento del cronograma y el PDT.
- v. El día doce (12) de noviembre de 2010, (Acta No. 35) – La interventoría solicita al contratista la entrega de la ficha 24 la cual no ha sido entregada en su versión final, indicando que no se hará entrega a la EAAB hasta tener el paquete completo.
- w. El día veinticuatro (24) de noviembre de 2010, (CCA-OB-I-277-2010, respuesta a la comunicación CC-R-I-137-2010) – El consorcio manifiesta que el riesgo predial en cabeza del contratista en cuanto a las áreas de trabajo, y se concreta sí se hacen modificaciones extemporáneas al trazado final del corredor del proyecto y la ubicación final de los pozos, pero que el contratista a la fecha no ha modificado el trazado inicial conforme a la radicación CC-ITC-079-2010 del 21 de abril de 2010 con la cual dio cumplimiento al numeral 4.2.2.14 de la ICSM-0731-2009. Así mismo agrega que, corrección en las fechas no constituye variación alguna en el fondo del trazado del corredor del proyecto sino que obedece a los requerimientos internos de la EAAB, así como establece que, en el numeral 4.2.2.14 se dispone que no sea objetado por el interventor, en ningún momento dice

objetado por la EAAB, siendo claro que la modificación en fecha no podría constituir en una objeción al contenido y trazado del proyecto.

Así mismo, se reconoce que se hicieron modificaciones del ITC y el Túnel de Emergencia por directa formulación y solicitud de la EAAB para el cambio de áreas de plataforma y formas de afectación de accesos, lo tendría implicaciones en el trazado inicial propuesto de los dos túneles, habiéndose dado tal solicitud por parte de la EAAB con posterioridad al mes de abril.

Finalmente, las modificaciones al trazado del Interceptor Soacha se efectuó a solicitud de los propietarios de algunos predios y para facilitar los acercamientos en la compra de los mismos por parte de la EAAB y fueron hechos de manera concertada y aprobada por la EAAB la cual manifestó que no quería intervenir en la motivación de la Declaratoria de Utilidad Pública y la expectativa que tenía el municipio de Soacha para que la EAAB construyera un parque en la zona.

- x. El día veintinueve (29) de noviembre de 2010, (CC-IN-0342-2010) – El interventor comunica a la EAAB que no es necesario ajustar las fichas prediales versión 6, 24, 24A, 24B, 24C, 24D ni tampoco la del ITC8, teniendo en cuenta que la misma implicaría una demora en la entrega final de los predios.
- y. El día nueve (9) de diciembre de 2010, (CC-R-I-145-2010) – El interventor entrega al contratista copia de la Resolución No. 1295 del diez (10) de noviembre de 2010, por la cual se hace la modificación a la Resolución 836 del veinticuatro (24) de septiembre de 2009 respecto a la Declaratoria de Utilidad Pública conforme a los trazados y fichas prediales entregadas por el contratista.
- z. El día veintiocho (28) de diciembre de 2010, (Acta No. 40) – La EAAB menciona que a la fecha ya se hicieron las ofertas a los propietarios de los predios y no se ha contado con respuesta alguna, y así mismo agrega que no se ha podido notificar a dos propietarios ITC9 y ITC 10 y que se procederá hacer la notificación por aviso lo cual acarrearía treinta (30) días más por parte de la EAAB y en cuanto al ITC 11 e ITC12 no se ha dado inicio a las negociaciones porque no ha habido orden directa de la gerencia de la EAAB.

- aa. El día seis (6) de enero de 2011, (Acta No. 41) – La EAAB mediante el Ingeniero Carlos Alberto Acero establece que aún no se ha logrado concretar las ofertas hechas a los propietarios, y el contratista menciona que es importante concretar el acuerdo con el propietario del ITC12 en tanto la salida de la maquina está proyectada para el once de junio del 2011.
- bb. El día seis (6) de enero de 2011, (Acta No. 42) – El Contratista manifiesta a la EAAB que es necesario contar con un resultado de la oferta u adquisición del predio ITC12 en tanto conforme a los rendimientos esperados para el túnel de emergencia la maquina debe ser sacada en el mes de Junio, dejando como salvedad que no se contaría con el tiempo suficiente para la construcción del pozo antes de que llegue la máquina.
- cc. El día veinte (20) de enero de 2011, (Acta No. 44) – La EAAB manifiesta que la Dirección de Bienes Raíces de la EAAB está estudiando el tema respecto del ITC12, dejando nuevamente la constancia de que la salida de la maquina está programada conforme a sus avances para el mes de junio y aún no se encuentra solucionada la situación con el propietario. La EAAB pregunta respecto de cuáles predios necesitan una priorización a lo cual el contratista responde que sería los ITC3, ITC 11 y los relacionados al interceptor Soacha. Igualmente la EAAB menciona que ya se han hecho las reuniones con los propietarios del Club Deportivo Santa Ana y se está a la espera de una respuesta para la compra y la autorización para el inicio de actividades en el ITC 11. Así mismo, la EAAB menciona que ya se encuentra el trámite de notificación a los propietarios y que aún faltan cinco predios y es problemática la situación con los propietarios del ITC3 e ITC9.
- dd. El día veintiocho (28) de enero de 2011, (Acta No. 45) – El contratista manifiesta que se encontraría en imposibilidad de cumplir el PDT V7 – PAC V6 si no hay certeza de la entrega del predio ITC12, ya que no hay forma de tener el pozo para cuando termine la excavación del túnel.
- ee. El día tres (3) de febrero de 2011, (Acta No. 46) – La EAAB establece que se está haciendo el avalúo por parte del Agustín Codazzi para la compra de la Hacienda Canos (ITC12). Respecto de los otros predios y en especial el

ITC11 en donde se han efectuado las ofertas al Club Deportivo Santa Ana para el inicio de actividades del Interceptor Soacha.

- ff. El día catorce (14) de febrero de 2011, (Comunicación CC-ITC-032-2011) – El contratista plantea a la interventoría y a la EAAB que ante la no entrega a tiempo de los predios no ha sido posible concretar el desarrollo completo de los ITC3, ITC9, ITC11, e ITC12. Así mismo manifiesta que en el estado actual del proyecto no sería posible hacer la extracción de la maquina en el ITC12 en cuanto aún no se logra el acceso a la Hacienda Canoas.

- gg. El día veinticuatro (24) de febrero de 2011, (Acta No. 49) – El contratista deja constancia que se encuentra en imposibilidad de realizar el PDT V7 y PAC V6 si no hay certeza de la entrega del predio ITC12, ya que no hay forma de tener el pozo para cuando termine la excavación del túnel. Igualmente ante la no entrega a tiempo del ITC12 y por las actividades de construcción relacionadas al mismo no será posible tenerlo construido para la salida de la máquina, razón por la cual ésta quedaría enterrada, y presenta a consideración la necesidad de construir un pozo de mayor diámetro, y debiendo ser nuevamente ubicado la localización del mismo en tanto los estudios que se han hecho de la geotecnia del suelo no permitiría construirlo conforme lo proyectado. La EAAB establece que bajo tales circunstancias será necesario evaluar la construcción de un pozo de criba, para informará a las directivas de la EAAB y la interventoría justificaría la razonabilidad de la solicitud.

- hh. El día seis (6) de marzo de 2011, (Comunicación CC-ITC-108-2011) – El contratista expresa a la EAAB que, conforme al Acta No. 49 y lo solicitado por la EAAB existe una posibilidad para la construcción de un túnel de mayor diámetro de 8 metros a 13 metros de la cabeza de corte del túnel hasta la máquina a fin de evitar el daño a la infraestructura y la maquinaria, así mismo se ha previsto una distancia de cinco metros en suelo desde la cabeza de corte al sitio de construcción de la pantalla opuesta al túnel, con la finalidad que sirva como tapón y se evite que la bentonita percole hasta la máquina. Siendo importante destacar que para tal procedimiento en necesario usar una maquina hidrofresadora en suelo rocoso.

- ii. El día seis (6) de marzo de 2011, (Comunicación CC-ITC-109-2011) – El contratista manifiesta que a la fecha la EAAB no ha hecho entrega de los predios y los contratos con algunos propietarios de los ITC's se encuentran a un pronto vencimiento, razón por la cual es necesario formalizar las ofertas hechas por la EAAB y proceda a la compra de tales predios. Así mismo manifiesta que hace más de cuatro (4) meses se expidió la resolución de utilidad pública y a la fecha la EAAB no ha entregado predio alguno al contratista.

- jj. El día primero (1) de abril de 2011, (Acta No. 52) – La EAAB establece que aún se sigue con el proceso de las ofertas a los propietarios y en especial a llegar a un acuerdo con el ITC12 ante el cual el IGAC no ha hecho el avalúo del mismo. Igualmente menciona que el IGAC y la EAAB están haciendo un estudio normativo respecto del uso del suelo en la Hacienda Canoas (ITC12). El contratista menciona que el propietario de la Hacienda Canoas vía mail comunicó que no dará continuidad al arrendamiento de su predio para las vías de acceso temporales. La EAAB manifiesta que ya se hizo la notificación por edicto al propietario del ITC12 de la Resolución de Utilidad Pública, y que estos días se procederá hacer ocupación del mismo vía policiva. La EAAB menciona que en los próximos días la Dirección de Bienes de la EAAB procederá a iniciar el proceso de entrega de los predios.

- kk. El día veintisiete (27) de mayo de 2011, (Acta No. 57) – La EAAB autoriza el cambio del VMT hacia la nueva posible dirección del ITC12, (Predio del Municipio de Soacha//INVIAS), y en consecuencia ordena alinear la misma para tales fines dada la necesidad de la obra.

- ll. El día tres (3) de junio de 2011, (Acta No. 58) – La EAAB reconoce que la propuesta del nuevo diseño y ubicación para el ITC12 se debe a que la EAAB no hizo entrega a tiempo del ITC12 en la Hacienda Canoas y que es un riesgo asumido por la EAAB, justificando la imposibilidad de entrega en tanto no se ha podido negociar con el propietario de la Hacienda y además no se ha podido ofertar ya que ésta oferta la está haciendo el IGAC y hay un problema con la Alcaldía de Soacha por el uso del suelo. Así mismo reconoce la EAAB que los estudios de la ingeniería básica inicialmente entregados al contratista no corresponden a la realidad del suelo en el ITC12 teniendo en cuenta que ahí se manifestó suelo rocoso y lo que existe es un

banco de arena y más abajo roca lo que hace demasiado peligroso hacer el pozo de bombas y cribado para la construcción. Por lo anterior, se ha decidió alinear la VMT y efectuar la construcción del ITC12 en el predio denominado el Tuzo el cual INVIAS compró a la Hacienda Canoas para hacer la Avenida Longitudinal de Occidente; destacando que bajo tal ubicación es posible alcanzar un gran ahorro en el proyecto de la Estación elevadora y la PTAR Canoas. La EAAB ya hizo una solicitud en tal sentido a la Alcaldía de Soacha para la obtención de este predio pero dado que el Alcalde fue posesionado nuevamente como resultado de una tutela, es necesario retomar los diálogos con él.

- mm. El día tres (3) de junio de 2011, (Acta No. 59) – El contratista presenta ante la EAAB y la interventoría las tres (3) posible opciones con la finalidad de construir el ITC12 en el predio de INVIAS conforme a los nuevas directrices entregadas por la entidad. La primera un pozo de criba y uno de bombeo de manera independiente, la segunda, sería solo un pozo de criba, y la tercera, la construcción de un pozo único para todo el sistema de cribado y bombeo. Todas la anteriores garantizando la operatividad del sistema conforme a los requerimientos hidráulicos y de funcionamiento de la ingeniería básica.

- nn. El día dieciséis (16) de junio de 2011, (Acta No. 60) – El contratista indaga nuevamente por los problemas prediales de los pozos ITC9, ITC11 e ITC12 y que a la fecha se sigue sin poder iniciar las actividades y es necesario tomar una decisión respecto la tuneladora, dado que ya se está llegando al predio de INVIAS y no se sabe si se debe parar antes, después o en el punto de la posible ubicación del pozo. La EAAB informa que el predio para el ITC12 se encuentra en trámite por parte de la división de bienes raíces de la empresa y se debe dar respuesta. El contratista pregunta cómo proceden con el ITC 9 ya que el ITC4 se encuentra en última fase de la construcción de la pantalla y la máquina de Geofundaciones era la que se iba a disponer para el pozo, y no es posible dejarla quieta en tanto acarrea mayo costo para el contratista. La EAAB responde que aún se encuentra la dirección de bienes raíces de la EAAB trabajando en ese tema. El contratista pregunta por la situación y estado en el permiso de vertimientos o de ocupación del cauce, teniendo en cuenta que el mismo se necesita para iniciar las actividades de la estructura de descara. La EAAB responde que aún se

encuentra en trámite, así mismo se compromete a revisar con la división ambiental de EAAB cómo va el trámite.

- oo. El día veintitrés (23) de junio de 2011, (Comunicación CC-ITC-176-2011) – El contratista solicita la ampliación de los hitos contractuales teniendo en cuenta las situaciones de la demora en la entrega predial, así como aquellos por variación de los estudios geológicos, licencias y entregas de los ITC.
- pp. El día doce (12) de agosto de 2011, (Comunicación CC-ITC-280-2011) – El contratista manifiesta que la maquina 3.200 del túnel de emergencia se encuentra parqueada en el sitio correspondiente a la nueva ubicación del ITC12, sin posibilidad operativa hasta la fecha. Así mismo deja constancia que no se puede construir el pozo ITC12 en tanto aún no se cuenta con la entrega del predio, así mismo menciona la que la posibilidad de construir el pozo de 12 metros estaba planteada antes de la llegada de la máquina al sitio, pero actualmente ya no sería posible, debiéndose hacer un pozo de 25 metros de diámetro que cambiaría considerablemente las condiciones ofertadas y aceptadas por el contratista.
- qq. El día nueve (9) de septiembre de 2011, (Arreglo Directo) – La EAAB y el contratista mediante arreglo directo ajustan los hitos contractuales con la finalidad de lograr dar cumplimiento contractual al proyecto. En el mismo la EAAB reconoce las dificultades que ha tenido a nivel predial, de licencias para construcción en los predios y el direccionamiento de las tuneladoras.
- rr. El día treinta (30) de noviembre de 2011, (Modificación de Contrato No. 1) – La EAAB y el contratista de mutuo acuerdo modifican el contrato en cuanto a su vigencia: 1. Interceptor Soacha (+) 90 días, 2. Estructura de descarga (+) 90 días, quedando del 25 de marzo de 2012, y quedaría para el 25 de agosto de 2012.
- ss. El día veintitrés (23) de diciembre de 2011, (Modificación de Contrato No. 2) – La EAAB y el contratista de mutuo acuerdo modifican el contrato en cuanto a su vigencia. El contratista deja constancia que la EAAB no permitió dejar constancia alguna y/o salvedad respecto de la frase: “la presente modificación no genera sobrecostos”.

- tt. El día cinco (5) de enero de 2012, (Comunicación No. 2510-2012-0051, en Respuesta a la Propuesta en el Acta No. 59) – La EAAB menciona que evaluarán las propuestas hechas por el contratista en los próximos treinta (30) días hábiles, y se direccionará la misma a la gestión contractual de la EAAB.
- uu. El día nueve (9) de marzo de 2012, (Acta No. 83) – El contratista manifiesta a la EAAB la necesidad de iniciar el lanzamiento de la máquina tuneladora hacía el pozo ITC12, lugar en el que se encuentra la máquina del túnel de emergencia. Igualmente agrega que a la fecha no se ha definido la ingeniería que se va a dar para la construcción del ITC12.
- vv. El día veintisiete (27) de abril de 2012, (Acta de Reunión Extraordinaria) – La EAAB en conjunto con la interventoría establecen que es necesario realizar el traslado de la maquina tuneladora 3200 ubicada en el sitio denominado ITC12 (actualización y cambio ubicado al predio de INVIAS) para lo cual deberá prolongar el túnel de emergencia (de diámetro 3.200) hasta el nuevo sitio del pozo de interconexión; lugar al cual también deberá llegar el túnel ITC (diámetro 4.200).
- ww. El día veintisiete (27) de abril de 2012, (Acta No. 89) – La interventoría manifiesta la urgencia a la EAAB teniendo en cuenta las nuevas dimensiones del pozo ITC12. Así mismo el contratista expone que es importante definir el diámetro del pozo ITC12 dado que a la fecha el alineamiento está para un pozo de diámetro de 65 metros y se cambiaría a uno de 12 metros, por lo cual se debería modificar el trazado para meter una maquina encima de la otra ya que se encuentran en la curva decisoria. Igualmente la EAAB manifiesta que a la fecha aún no se cuenta con los permisos de intervención del cauce.
- xx. El día veinte (20) de junio de 2012, (Comunicación CC-ITC-206-2012) – El contratista manifiesta a la EAAB que no comparte el trazado y la longitud final del ITC.
- yy. El día diecinueve (19) de julio de 2012, (Acta No. 91) – La EAAB establece que la construcción de un pozo ITC12 previa negociación del precio adicional; la construcción del pozo ITC12 tiene por objeto sacar las dos

máquinas tuneladoras. Solicita al interventor estudiar si se puede entregar la obra sin funcionamiento teniendo en cuenta que aún no se cuenta con los permisos y licencias ambientales.

- zz. El día veintiséis (26) de julio de 2012, (Auto Consejo de Estado No. 1) – Se ordena la suspensión inmediata de las actividades relacionadas al interceptor Tunjuelo Canoas. “Se repone el auto...”

De acuerdo con la anterior documentación, en concordancia con los testimonios rendidos dentro del proceso, se puede establecer que, aun cuando no existiera el ACTA DE ARREGLO DIRECTO de septiembre 9 de 2011, con la cual quedó solucionada todas las discrepancias que tenían las partes hasta ese momento, en cuanto al aspecto predial, no existió el incumplimiento de parte de la contratista a sus compromisos contractuales, si se tiene en cuenta que:

- a) Las pruebas aportadas demuestran que el contratista entregó la documentación predial requerida oportunamente, esto es el 26 de Marzo de 2010, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4.2.14 de la Invitación Pública que precedió del contrato.
- b) Que desde el comienzo y dentro del segundo mes inicial del contrato, el mismo contratista puso en conocimiento de la EAAB la necesidad del cambio del trazado, manteniéndose dentro de la franja establecida para la realización de la obra, en especial la necesidad de modificar la ubicación del pozo 12 debido a las condiciones geológicas y de nivel del terreno.
- c) Que a partir de ese momento, conforme las estipulaciones contractuales, el riesgo y la responsabilidad de conseguir los predios que se requerían para el desarrollo de la obra corría por cuenta de la EAAB, de manera que la demora en la entrega de los predios requeridos, tales como los requeridos para la construcción del pozo 9 y del 12, siendo responsabilidad de la EAAB, ocasionó las demoras y tropiezos en el desarrollo de la obra.
- d) Que como lo acredita la prueba documental, hasta septiembre de 2011, cuando se firmó el acta de Acuerdo Directo, la demandada nunca hizo una reclamación formal sobre un posible incumplimiento del contratista por la gestión predial que supuestamente pudiera estar a su cargo, al punto que en la mayoría de sus comunicaciones siempre hace referencia a que es su responsabilidad obtener la entrega de los predios requeridos para el desarrollo de la obra y que había tenido dificultades para negociarlos, en especial por el predio CANOAS.

- e) Que como se demostró dentro del proceso, contando con la determinación predial que se requería para el desarrollo de la obra, fue la EAAB la que se demoró en tramitar ante la alcaldía de Soacha la tramitación de la declaratoria de utilidad pública del proyecto, que permitiera adelantar oportunamente la obra.
- f) Que los requerimientos por parte de la EAAB para que se cambiaran las fechas de las fichas prediales, era mas un formalismo que realmente un requerimiento de orden sustancial que se pudiese requerir para la tramitación de la declaratoria de utilidad pública del proyecto.

Así las cosas, se puede concluir que no existió el supuesto incumplimiento por parte del contratista en la gestión predial a su cargo; Por el contrario, resulta probado que si hubo incumplimiento de parte de la EAAB en el cumplimiento de sus obligaciones para obtener y entregar oportunamente los predios requeridos para la obra como el terreno para la construcción del pozo ITC 9 o del predio “CANOAS”, así como la obtención y entrega del predio “INVIAS”, en donde finalmente y por acuerdo de las partes, era el lugar en donde se debería haber terminado construyendo el nuevo pozo ITC 12, lo que implica el incumplimiento contractual de la parte demandada, con las consecuencias que ello conlleva.

No obstante lo anterior, es claro que en virtud del Acta de Acuerdo Directo que suscribieron las partes con fecha 9 de Septiembre de 2011, lo cierto es que cualquier supuesto incumplimiento de las partes quedó saneado por voluntad de las mismas, y que a partir de dicho acuerdo, surgieron obligaciones nuevas para ellas, como era para la EAAB adquirir el predio INVIAS para poder realizar la construcción del nuevo pozo ITC 12, según quedó expresamente pactado en el mencionado acuerdo.

4.6. ACTA DE ARREGLO DIRECTO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE OBRA No. 1-01-25500-1115-2009, CUYO OBJETO ES “DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DE UN TÚNEL BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO, A PRECIO GLOBAL Y FIJO, PARA EL SISTEMA DE ALCANTARILLADO TRONCAL TUNJUELO – CANOAS – RÍO BOGOTÁ”

Dentro de la documentación aportada por las partes aparece copia del Acta mencionada suscrita por las partes del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009, esto es el CONSORCIO CANOAS, la EAAB y la Interventoría del Proyecto.

De conformidad con el contenido del mencionado documento, las partes acudiendo a la posibilidad contractual y legal de solucionar de manera directa sus diferencias, suscribieron esta acta, en la que de manera expresa incluyeron y solucionaron TODOS los aspectos relacionados con las reclamaciones que se tenían pendientes hasta esa fecha por parte del Contratista, dejando a salvo la correspondiente al retiro de la máquina tuneladora y “*la controversia relativa a la ampliación adicional de lo sitios contractuales a que se refieren las Comunicaciones E – 2011 – 053152 y E – 2011 – 061888 del 8 de junio y 1 de julio de 201, respectivamente...*”.

Dada la importancia del documento que nos ocupa, el Tribunal considera primordial reproducirlo en su integridad, pues del contenido del mismo, se derivan las consecuencias que el Tribunal tendrá en consideración para la determinación de la decisión que se adopta en este Laudo, cuyo texto es el siguiente:

“Acta de arreglo directo en el marco del Contrato de obra No.1-01-25500-1115-2009, cuyo objeto es “Diseño, construcción y puesta en operación de un Túnel Bajo la modalidad llave en mano, a precio global y fijo, para el sistema de alcantarillado Troncal Tunjuelo – Canoas –Rio Bogotá.”

*A continuación, las partes del contrato de obra de la referencia, esto es, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP, en su calidad de contratante, y el CONSORCIO CANOAS, en su calidad de contratista, a través de sus representantes legales, Ingenieros Julián Montoya Guzmán y Jorge Barragán Holguín, respectivamente, así como el representante legal de la interventoría del contrato, INTERVENTORIA CONSORCIO CANOAS, Doctora Mercedes Lucia Garzón Gómez, con el objetivo de solucionar de manera directa las controversias contractuales que se han generado hasta el presente, **hemos decidido acordar las siguientes modificaciones, precisiones y aclaraciones a los términos de referencia y al contrato de obra, bajo la modalidad “llave en mano”, a precio global y fijo,** previo los siguientes antecedentes jurídicamente relevantes de los asuntos que aquí se tratará y las consideraciones jurídicas que cada uno de ellos ameriten, así: (subrayado grueso fuera del texto)*

1.0 Antecedentes jurídicamente relevantes de la presente acta de arreglo directo del Contrato de Obra No. 1-01-25500-1115-2009:

Los siguientes son, en criterio de las partes del contrato, los antecedentes jurídicamente relevantes del presente acuerdo:

1.1. *En desarrollo de la Invitación Pública No. ICSM-0731-2009, cuyo objeto era el “Diseño, construcción y puesta en operación de un túnel, bajo la modalidad llave en mano, para el sistema de alcantarillado Troncal Tunjuelo-Canoas-Rio Bogotá”, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá-ESP, en audiencia pública celebrada el 29 y 30 de diciembre de 2.009, adjudico el contrato de obra a la propuesta presentada por el CONSORCIO CANOAS.*

1.2. *Como consecuencia de lo anterior, las partes suscribieron el Contrato de Obra No. 1-01-25500-1115-2009, con el objeto de realizar el “Diseño, construcción y puesta en operación de un Túnel Bajo la modalidad llave en mano, para el sistema de alcantarillado Trocal Tunjuelo-Canoas-Rio Bogotá.”, contrato que tiene, entre otras características jurídicamente relevantes para efectos de los temas que se tratan en la presente acta, las siguientes:*

- *Contrato de obra, bajo la modalidad “llave en mano”, a precio global y fijo, con la distribución de riesgos entre las partes del contrato previstos en las cláusulas octava, novena y décima de la minuta del mismo, de acuerdo con la información contenida en los términos de referencia correspondientes a la invitación pública.*
- *Se determinó que la forma de pago se realizaría en forma mensual y con base en el programa de avance físico y pagos vigentes, el cual desea guardar correspondencia con el avance real del proyecto: así mismo, se pactó que en ningún momento del desarrollo del proyecto el acumulado de los pagos podrá ser superior a la valoración del avance físico real de las actividades ejecutadas.*
- *Se acordó, por último, un plazo de treinta (30) meses para la ejecución del contrato y dieciséis (16) hitos contractuales, de obligatorio cumplimiento para el contratista, a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, en los términos establecidos en el ANEXO NO.3- DECIMA PRIMERA – CONTROL DE PLAZOS CONTRACTUALES.*

1.3. *La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP, y el CONSORCIO CANOAS, en efecto, suscribieron el Acta de Inicio del Contrato de Obra No. 1-01-25500-1115-2009, el día 26 del mes de febrero de 2.010.*

1.4. *Las partes, en ejecución del contrato, han suscrito hasta el momento la Modificación No.1, de fecha 21 de julio de 2.011, la cual modificó la Cláusula*

Décimo Segunda- CONTROL DE PLAZOS PARCIALES – en los términos allí previstos.

1.5. El contratista, CONSORCIO CANOAS, luego de una serie de solicitudes planteadas a lo largo de la ejecución de proyecto, las cuales a su vez han sido contestadas en desarrollo de sus obligaciones contractuales por la interventoría del contrato de obra **documentos éstos que en su totalidad hacen parte integral de la presente acta de arreglo directo**- ha radicado, directamente, al Gerente Corporativo del Sistema Maestro, Ingeniero Julián Montoya Guzmán, en su calidad de representante legal del contratante, las Comunicaciones No. CC-ITC-278-2011, CC-ITC-280-2011, CC-ITC-282-2011 y CC-ITC-283-2011, todas ellas del 12 de agosto de 2.011. (subrayado grueso fuera del texto)

Salvo la controversia relativa a la ampliación adicional de los hitos contractuales a que se refieren las Comunicaciones E-2011-053152 y E-2011-061888, de fechas 8 de junio y 1 de julio de 2011, respectivamente, la cual se encuentra pendiente de definición por parte de la Empresa. **En lo referidos documentos se encuentran, en esencia, las reclamaciones contractuales que el contratista, CONSORCIO CANOAS, ha venido consignando a lo largo de la ejecución del contrato de obra, bajo la modalidad “llave en mano”, a precio global y fijo, y que son objeto de acuerdo directo entre las partes del contrato en los términos y condiciones que aquí se pactan.** (subrayado grueso fuera del texto)

1.6. Para estos efectos, y una vez radicadas las anteriores comunicaciones, las partes del contrato ha celebrado distintas reuniones con el fin de lograr los acuerdos que aquí se plasman, reuniones de las que igualmente fue participe la interventoría del mismo, INTERVENTORIA CONSORCIO CANOAS.

2.0 Acuerdos celebrados entre las partes del contrato sobre cada una de las solicitudes planteadas por el contratista, CONSORCIO CANOAS:

A continuación, **en desarrollo de las facultades legales que le asignan a las partes del contrato la posibilidad de resolver, en primera instancia, las controversias de manera directa,** entre otras razones porque son ellas las que mejor conocen los alcances jurídicos, técnicos y económicos del proyecto, se

presentan los distintos acuerdos sobre cada una de las reclamaciones del contratista en los siguientes términos: (subrayado grueso fuera del texto)

2.1 Comunicaciones No. CC-ITC-282-2011 – Cumplimiento Hito Túnel de Emergencia:

Con relación a la solicitud del contratista, CONSORCIO CANOAS, en el sentido que se le reconozca el pago por concepto de construcción del 100% del túnel de emergencia en la medida que él mismo ya fue terminado desde el pasado 10 de julio de 2011, o en su defecto, que se le cancele el valor de la longitud del túnel efectivamente construido, las partes consideran y acuerdan lo siguiente:

2.1.1. Dada la naturaleza jurídica del contrato de obra, bajo la modalidad “llave en mano”, a precio global y fijo, tal como está expuesto a lo largo de los términos de referencia que rigieron en su momento el proceso de selección del contratista, entre ellos los consignados en los formularios de solicitudes de aclaración y modificación emitidos por la Empresa, así como la minuta del Contrato de Obra No. 1-01-255-1115-2009, se tiene que se trata de un proyecto integral, compuesto a su vez, en términos subglobales, por las siguientes actividades, ítems o parte de las obras:

- Los diseños para la construcción;
- El manejo ambiental e impacto urbano y gestión social;
- Construcción interceptor Tunjuelo – canoas del Pozo ITC 1 Pozo ITC 12;
- Construcción de los pozos de inspección, mantenimiento y conexión; diseño y construcción del Pozo ITC 12;
- Construcción del túnel de emergencia de ITC 12 a la estructura de entrega al Río Bogotá.
- Construcción del interceptor Soacha y obras y actividades complementarias.

En conclusión, las partes del contrato, al igual que la interventoría del mismo, consideran que, una vez revisada las reclamaciones contractuales a la luz de la naturaleza jurídica del contrato, bajo la modalidad “llave en mano”, a precio global y fijo, el cambio de longitud de los túneles se encuentra dentro de las posibilidades normales y previsibles de este tipo de proyecto, razón por la cual el valor total del contrato, según la propuesta del contratista, no se ha visto afectada por este hecho puntual. Por lo demás, y como quiera que el hito

contractual ha sido cumplido, se debe proceder al pago previsto en las condiciones iniciales del contrato de obra.

2.1.2. Ahora bien, en el contexto jurídico de la invitación pública que dio lugar al contrato de obra, bajo la modalidad “llave en mano”, a precio global y fijo, se tiene que aclarar, en primer término, que la discriminación global a que se refiere el Formulario No.1 de los términos de referencia (LISTA DE ACTIVIDADES Y PRECIOS GLOBALES), se realizó, entre otras razones, para efectos de que la entidad contratante, primero, y con base en la ingeniería básica contratada en su momento, así como el posterior análisis de riesgos que se valoró e incluyó en el precio global final, definiera el presupuesto oficial del proceso de selección, y luego, para que el mismo proponente, hoy en día contratista, al igual que los otros oferentes, pudieran elaborar la oferta económica de su propuesta.

2.1.3. Por lo anterior, si por circunstancias distintas al incumplimiento de contratista, como lo son la imposibilidad geotécnica de construir dicho pozo en el predio inicialmente seleccionado y la no disponibilidad predial para la construcción del Pozo ITC 12, conduzcan a una disminución de la longitud del túnel de emergencia, como en efecto ocurrió, pero el mismo se encuentra culminado a la luz de la nueva realidad del proyecto, la Empresa deberá proceder a cancelar el valor de dicho hito, pues el contratista ya finalizó, en su totalidad, el proceso constructivo y la ejecución de dicha actividad. (subrayado grueso fuera del texto)

Con relación a la imposibilidad geotécnica de construir el pozo ITC 12 en el predio inicialmente previsto, se anexa y hace parte integral de la presente acta el informe técnico que así lo demuestra.

2.1.4. El anterior reconocimiento de pago no significa que si al final del proyecto, bien sea por causas atribuibles a incumplimientos de cualquiera de las partes, o incluso, a factores ajenos a sus voluntades, anteriores y/o posteriores a la suscripción de la presente acta de arreglo directo, cualquiera de ellas pueda proceder a revisar el eventual desequilibrio del contrato a su favor. En consecuencia, el reconocimiento y pago de la totalidad del valor del túnel de emergencia no significa que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP, no tenga la opción de revisar, al finalizar la ejecución contractual,

la posibilidad de estructurar una reclamación contractual siempre y cuando se presenten los elementos jurídicos del desequilibrio económico del contrato.

Al margen de lo anterior, por lo pronto, la Empresa de Acueducto resalta que, así como se disminuyó el túnel de emergencia, en suelo rocoso, de 3,20 m de diámetro en 765.41 metros – con lo cual la construcción de la totalidad del túnel equivale realmente a 2.233 metros – la longitud del Interceptor Tunjuelo-Canoas, en suelo blando, de 4.20 m de diámetro, por el contrario, arroja una mayor longitud de 744 m, igualmente por causas no atribuibles a la responsabilidad del contratista, CONSORCIO CONOAS.

2.1.5. En desarrollo del anterior punto de acuerdo, el contratista, CONSORCIO CANOAS, renuncia de manera expresa al eventual perjuicio producto de que la maquina tuneladora, hoy en día, no puede ser extraída de manera natural por la imposibilidad del desmontaje de la misma en el Pozo ITC 12 en el lugar inicialmente programado por la Empresa, con lo cual el contratista, además de generársele una mayor permanencia de la misma en la obra, con todos los gastos que ello genera, no puede disponer de la tuneladora para efectos de su posterior venta. Esta renuncia es de carácter temporal y por consiguiente vigente hasta el mes 28 del plazo del contrato, momento en el cual, de no poderse extraer la tuneladora, la reclamación contractual quedará vigente. (subrayado grueso fuera del texto)

El contratista deja constancia que al margen de la fecha en que pueda ser extraída la maquina tuneladora del túnel de emergencia la propiedad de la misma esta en cabeza suya.

2.1.6. Las partes, por último, en consideración a las dificultades de la Empresa en la adquisición del nuevo predio para la construcción del Pozo ITC 12 – temas sobre el cual la Empresa adelantó de manera diligente todas las actividades necesarias para ello sin que haya sido posible su adquisición – y adicionalmente, por los inconvenientes técnicos relacionados con aspectos geotécnicos, que impiden, hoy en día a la luz de la ingeniería de detalle, la construcción del referido poso en el sitio original, las partes acuerdan eliminar la construcción del Pozo ITC 12 en el predio de Canoas.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que en el nuevo sitio escogido por la Empresa, para efectos de reemplazar el Pozo ITC 12, las condiciones geotécnicas y geométricas son diametralmente diferentes, se requiere la construcción de una estructura con mayor alcance para la extracción de las máquinas y la optimización del funcionamiento del túnel, lo que no es posible con el diámetro inicialmente previsto de 12 m. Por consiguiente, la Empresa de Acueducto, en el término máximo de 30 días hábiles contados a partir de la suscripción de la presente acta, definirá las condiciones técnicas, económicas y financieras de la nueva estructura y, con base en ello, procederá a definir la modalidad contractual para efectos de su construcción. (subrayado grueso fuera del texto)

2.1.7. La mayor longitud del túnel ITC, así mismo, implica la modificación de los plazos parciales para la construcción del mismo, proporcionalmente a la nueva longitud. En efecto, al incrementarse la longitud del túnel ITC en 744 m, con base en un rendimientos promedio de 24 m/día-trabajado (24 días efectivos por mes), obtenidos en este momento, se genera una incidencia en los plazos parciales de:

<i>Hito Contractual</i>	<i>Incidencia de plazo por mayor longitud (Mes)</i>	<i>Plazo parcial actual (Mes)</i>	<i>Plazo parcial ajustado (Mes)</i>
<i>Construcción del 25% del Túnel ITC</i>	<i>0,3</i>	<i>20</i>	<i>20,3</i>
<i>Construcción del 50% del Túnel ITC</i>	<i>0,75</i>	<i>22</i>	<i>22,75</i>
<i>Construcción del 80% del Túnel ITC</i>	<i>1</i>	<i>26</i>	<i>27</i>
<i>Construcción del 100% del Túnel ITC</i>	<i>1,25</i>	<i>28</i>	<i>29,25</i>

Con base en la ampliación de los plazos parciales arriba indicados, el contratista entregará el nuevo programa PDT, ajustando el PAC, conforme está previsto en

el numeral 4.2.1.4 de los términos de referencia – Procedimiento de Control de Avance Físico y Pagos –

La presente acta de arreglo directo se suscribe por los abajo firmantes, en su calidad de representantes legales de ambas partes, al igual que la interventoría del proyecto, el día 9 de septiembre de 2011.

Firma
JULIAN MONTOYA GUZMAN
Gerente Corporativo de Sistema Maestro

Firma
JORGE BARRAGAN HOLGUIN
Representante Legal contratista

Firma
MERCEDES LUCIA GARZON GOMEZ
Representante Legal Interventoría”

Antes de entrar a analizar el contenido del documento referido considera el Tribunal tener presentes las siguientes reflexiones sobre la buena fe contactual como premisas para el análisis referido:

El artículo 871 del Código de Comercio establece:

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

En relación con el principio de la Buena Fe la Corte Constitucional, en sentencia T-537/09, del 6 de Agosto de 2009, Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO señaló:

“(…)

4. El principio de buena fe en el ordenamiento colombiano

En el ordenamiento colombiano el principio de buena fe resulta un elemento connatural al sistema jurídico, consagrado expresamente por el artículo 83 de la Constitución de 1991. Dicho principio aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con las autoridades públicas. Adicionalmente debe resaltarse que el principio de buena fe fue concebido por el constituyente como un mecanismo para buscar la protección de los derechos, los que tendrán menos amenazas si en las actuaciones que se surtan ante las autoridades, o en la interpretación de las relaciones negociales entre particulares y administración, o en el entendimiento de las relaciones entre particulares se toma la buena fe como un elemento fundacional de las mismas y de ella se derivan contenidos de solidaridad, probidad, honestidad y lealtad.

Sin embargo, no fue a través de la Constitución de 1991 que el principio de buena fe hizo su entrada en nuestro ordenamiento jurídico, pues desde el inicio fue considerado como elemento esencial de las relaciones entre particulares, siendo parte del Código Civil de 1873, el cual consagró expresamente en su art. 1603 que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, derivando de esta disposición que la obligación surgida de un contrato no solamente incluye lo pactado por las partes, sino todo lo que surge de la naturaleza de la obligación, de la ley y de la costumbre.

La legislación comercial también recoge dicho principio en el art. 871 del código de comercio, en donde extiende su aplicación a las fases de celebración y ejecución, disponiendo que “en consecuencia los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Debido a su carácter de elemento fundamental del tráfico jurídico, el principio de buena fe es aplicado en un sinnúmero de situaciones entre las que se cuentan las relaciones contractuales, sean éstas entre particulares solamente o entre particulares y la administración. Lo que importa resaltar ahora es que, en el caso de relaciones de tipo contractual, el principio de buena fe se presenta en todas las etapas de la relación, razón por la cual cuando el juez evalúa el desarrollo de un contrato el principio de buena fe debe ser presupuesto integral de dicha evaluación; en este sentido manifestó la Corte Suprema de Justicia:

“(…) de igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido al escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, comoquiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual- en sentido amplio: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva, de consumación o post-contractual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico “proceso”, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección.

(…)

De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan solo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual- o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso.”[i][x]

(…)

De esta forma entiende esta Sala de Revisión que, aplicado a una relación negocial, el principio de buena fe involucra deberes de honestidad, claridad, equilibrio, reciprocidad y consideración de los intereses de la contraparte, entre otros.” (resaltado fuera del texto).

Y es que como señala la Corte, el actuar con probidad y pulcritud es adelantar conductas de lealtad con la contraparte, que no se encuentran estipuladas expresamente entre las partes, precisamente porque entre ellas se presupone que su actuar se ajustará al principio de buena fe.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de junio de 1958 estableció que:

“(…)

En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre.”

Del contenido del mencionado documento, se deduce que las partes mediante el mismo llegaron a un acuerdo de arreglo de las diferencias que existía entre ellas, por el desarrollo del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009, con las siguientes consecuencias jurídicas:

- Incluyeron en el acuerdo todas las reclamaciones que tenía hasta ese momento la Contratista, por concepto de sobre costos, mayor permanencia en obra, stand by, fichas prediales, etc., contenidas entre otras en las comunicaciones No. CC-ITC-278-2011, CC-ITC-280-2011, CC-ITC-282-2011 y CC-ITC-283-2011, todas ellas del 12 de agosto de 2011, como se expresa en el punto 1.5 del Acuerdo.
- Acuerdan las partes el cambio de la ubicación del ITC12 al predio INVIAS. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB se compromete, a definir las condiciones técnicas, económicas y financieras de la nueva estructura para el ITC12, dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción del arreglo directo.
- Acuerdan las partes que la nueva extracción de las máquinas tuneladoras se efectuará en el predio INVIAS.
- El Consorcio Canoas renuncia hasta el mes veintiocho (28) de la ejecución del contrato, a hacer cualquier tipo de reclamación por perjuicios con ocasión de la no extracción de las máquinas tuneladoras, aclarando que la propiedad de éstas es del Consorcio Canoas, pero en todo caso condicionando su renuncia a que para esa fecha se puedan sacar la máquinas.
- Se acuerda el pago de la totalidad del Túnel de Emergencia.
- Se amplía el plazo conforme a la mayor longitud que supone el cambio de predios para la construcción del ITC12.

Así las cosas, se tiene que con la celebración del Acta de Acuerdo Directo del 9 de Septiembre de 2011, las partes:

1.-) Dejaron zanjadas todas las reclamaciones que hasta esa fecha tenía el contratista, incluidas las ocasionadas por los riesgos de las fichas prediales, salvo la posible reclamación por la no extracción de las tuneladoras, si ello no se lograba para el mes 28 del contrato.

2.-) Modificaron las condiciones para la construcción del pozo ITC 12, reubicándolo en el predio INVIAS.

3.-) Para la realización del nuevo pozo, la EAAB se comprometió a que “en el término máximo de 30 días hábiles contados a partir de la suscripción de la presente acta, definirá las condiciones técnicas, económicas y financieras de la nueva estructura y, con base en ello, procederá a definir la modalidad contractual para efectos de su construcción”. (resaltado fuera del texto).

4.-) la EAAB no hizo ninguna salvedad o reserva sobre reclamaciones a su favor o por incumplimientos de parte del contratista, ni dejó constancia de su rechazo a la gestión predial a cargo de éste último.

Corolario de lo anterior, es que cualquier diferencia que hubieren tenido las partes por el desarrollo del contrato hasta ese momento, diferente a la renuncia condicionada por la no extracción de las tuneladoras, quedó conciliada o arreglada de manera directa por las partes, por lo que cualquier reclamación que ellas tengan o se hagan respecto de hechos anteriores al 9 de Septiembre de 2011, se entiende terminada.

De otra parte, dado el estado de la obra para ese momento y el Acuerdo a que llegaron las partes, para la terminación de la obra, con la modificación de la ubicación del pozo ITC 12, surgió desde ese momento la obligación de parte de la EAAB de conseguir el predio INVIAS para poder construirlo, así como precisar las condiciones técnicas, económicas y financieras para la construcción del nuevo pozo y la modalidad del contrato que se utilizaría para ello.

Es tan claro el entendimiento de las partes sobre la obligación de la EAAB para adquirir el predio INVIAS y la construcción del nuevo pozo ITC 12, que con posterioridad al Acta de Acuerdo de Septiembre 9 de 2011, la correspondencia cruzada entra las partes establece el desarrollo de las nuevas obligaciones adquiridas por ellas, así:

- Mediante comunicación No. 25510-2011-02078 del 13 de Octubre del mismo año, la EAAB establece las condiciones que debe tener la nueva oferta para la construcción del pozo, determinando entre otras:

“Debe garantizar el cumplimiento de las recomendaciones solicitadas por la Interventoría para su procedimiento constructivo, expresadas en la comunicación CCA-IN-0423-11 del 4 de Octubre de 2011, enviada a su Oficina. El presupuesto oficial elaborado por la EAAB y que servirá como referencia para la evaluación de su oferta económica considera un AIU del 25%, las exenciones del IVA para el concreto y el acero de refuerzo, los costos de la Ingeniería de detalle, la instrumentación requerida para ejercer el control durante y después de la construcción y el retiro de las máquinas tuneladoras sin sobre costo por esta actividad.

La oferta deberá estar por debajo del 90% del presupuesto oficial de la EAAB. En caso de considerarse viable una modificación y adición al contrato actual, el límite máximo a considerar será del 50% del valor actual del contrato, expresado en SMMLV del año en que se celebró el contrato (2009).

La naturaleza jurídica del contrato bajo la modalidad Llave en mano, continuará intacta, con la asunción del riesgo por cada una de las partes, tal como quedó estipulado en el contrato actual.

La oferta deberá contener el plazo requerido para este trabajo y el empalme con el cronograma actual del túnel en construcción”(2).

- En desarrollo de la solicitud de la EAAB, el 14 de octubre de 2011 el CONSORCIO CANOAS le solicitó precisar algunos puntos relacionados “(...) con los estudios entregados por la Interventoría con la comunicación CCA-IN-0423-11 respecto del diseño básico para la construcción bajo la modalidad llave en mano del pozo de cribado para el Interceptor Tunjuelo Canoas donde se instalará también el sistema de bombeo, para la opción 2 “pozo en roca” recomendada por sus asesores”, solicitándole adicionalmente “la revisión del presupuesto oficial a fin de lograr que el alcance que coticemos esté en el orden de magnitud y calidad de los trabajos que la EAAB está requiriendo para el proyecto” (3).
- El 25 de octubre de 2011 el CONSORCIO CANOAS presentó a la EAAB la oferta solicitada para el diseño y la construcción del interceptor. (4).

² Comunicación 25510-2011-02078, Cuaderno de Pruebas N° 3, folios 187 y 187 vuelto.

³ Comunicación CC-ITC-376-2011, Cuaderno de Pruebas N° 4, folios 237 a 238.

⁴ Comunicación CC-ITC-402-2011, Cuaderno de Pruebas N° 4, folios 352 a 356.

- Mediante comunicación 2510-2011-02194 del 27 de octubre de 2011, la EAAB requirió al CONSORCIO para que ajustara su propuesta antes del 31 del mismo mes, so pena de tenerla por desistida.
- El 31 de octubre de 2011, el Consorcio presentó la oferta ajustada “(...) para el diseño detallado y la construcción bajo la modalidad llave en mano del pozo de cribado para el Interceptor Tunjuelo Canoas donde se instalará también el sistema de bombeo (...)”^(5.) la cual fue respondida el 10 de noviembre de 2011 por la EAAB manifestándole que “la Empresa procederá, con fundamento en los criterios legales, a revisar la legalidad de la figura, teniendo en cuenta para ello, entre otros criterios, los principios previstos en el artículo 209 de la Constitución Nacional, el Manual de Contratación de la Empresa y, en particular, en el contexto de la naturaleza jurídica del contrato”. ^(6.)
- Finalmente, la EAAB manifiesta que no acepta la propuesta para la construcción del nuevo pozo, y es de advertir que dentro la prueba documental que obra en el expediente, no aparece que con posterioridad a ello la entidad demandada haya hecho gestión alguna para suscribir el nuevo contrato para la construcción del pozo ITC 12 o que hubiere presentado una contrapropuesta económica para dicha obra, con lo que quedó detenida la construcción de dicho pozo, por no existir un acuerdo al respecto.

De la anterior documentación se puede concluir, que en desarrollo del Acuerdo Directo que celebraron, las partes: **(i)** aceptaron la modificación de la ubicación del nuevo pozo ITC 12, para lo cual la EAAB solicitó la presentación de una oferta por parte del CONSORCIO; **(ii)** Que el Consorcio atendió la solicitud de la EAAB presentándole la oferta para la construcción del nuevo pozo, lo que hizo dentro de los parámetros establecidos por la EAAB; **(iii)** que luego de un tiempo, la demandada simplemente informó que no aceptaba la propuesta, pero sin contraproponer las condiciones que pudiera considerar aceptables y sobre las cuales pudiera el Consorcio manifestar alguna posición de aceptación y rechazo; **(iv)** que la falta de aceptación de la oferta por parte de la EAAB, a pesar de que la recibida estaba dentro de los parámetros establecidos por ella misma, o la falta de una contraoferta que pudiese ser estudiada por el consorcio, a pesar de que conforme al Acta de Acuerdo directo se entendía que para la realización de la obra solo faltaría precisar los términos del nuevo contrato,

⁵ Comunicación CC-ITC-416-2011, Cuaderno de Pruebas N° 4, folios 358 a 359 vuelto.

⁶ Comunicación 25510-2011-2305, Cuaderno de Pruebas N° 3, folios 188.

según las condiciones que estableciera la misma EAAB, llevó a una situación de inoperancia e incumplimiento del acuerdo y de la imposibilidad de terminar la obra acordada; **(v)** Que la EAAB incumplió con las obligaciones adquiridas en el Acta de Acuerdo directo de septiembre 9 de 2011, al no haber adquirido el predio INVIAS, dentro del cual se debería haber construido el nuevo pozo ITTC 12, ni le hizo entrega del mismo al contratista para que pudiera adelantar la construcción del mismo; **(vi)** Que por la misma actuación de parte de la EAAB de no haber aceptado la oferta que le presentaron o de no haber formulado una contraoferta para ser estudiada por parte del contratista, simplemente llevó la situación contractual a un limbo, en el que no era posible adelantar la terminación del contrato por falta de determinación de la EAAB sobre el tipo de contrato de obra que se realizaría y el valor del mismo, ocasionando con ello perjuicios al contratista y faltando al deber de buena fe y lealtad con que debería haber actuado, de conformidad con el artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Finalmente es importante mencionar que, las reclamaciones E-2011-053152 y E-2011-061888 están dirigidas a la ampliación del plazo contractual, sin hacer mención en ningún caso, requerimiento de compensación económica por el Consorcio Canoas (CC)."

"Por lo anterior este Tribunal encuentra que dichas reclamaciones, si bien no estuvieron contempladas en el arreglo directo, resolvieron las diferencias surgidas entre las Partes con ocasión de los aspectos señalados en las modificaciones No. 2 y No. 3 suscritos al Contrato celebrado entre el Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB y el Consorcio Canoas (CC). Por lo cual el Tribunal se ocupará en su parte resolutive de tasar los perjuicios producidos por el incumplimiento, de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) probado en este expediente."

Conclusión de lo expuesto, es que las diferencias contractuales que hubieren existido hasta antes del 9 de Septiembre de 2011, quedaron arregladas directamente por las partes. Que a partir de ese momento, surgieron nuevas obligaciones para las partes (artículo 1687 del Código Civil), en especial para la EAAB de adquirir el predio INVIAS y de "en el término máximo de 30 días hábiles contados a partir de la suscripción de la presente acta, definirá las condiciones técnicas, económicas y financieras de la nueva estructura y, con base en ello, procederá a definir la modalidad contractual para efectos de su construcción", lo cual incumplió la demandada. Como consecuencia de su incumplimiento, concluye este Tribunal que la EAAB está obligada a responder por los

perjuicios que hubiere causado al Contratista, como en efecto se declarará en este laudo.

4.6. SOBRE LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN EL TRÁMITE DE LA ACCION POPULAR INICIADA POR GUSTAVO MOYA ANGEL Y OTROS vs EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ Y OTROS – EXPEDIENTE 25000-23-27-000-20014-90479-01

En relación con el contrato materia de este proceso y del alcance de la obra objeto del mismo, surge como tema de análisis las diferentes decisiones adoptadas por el Consejo de Estado en el trámite de la Acción Popular iniciada por Gustavo Moya Ángel y Otros vs Empresa de Energía de Bogotá, de cuya ejecutoria existe prueba en el expediente, mediante la cual se solicitó la protección de los derechos colectivos al ambiente sano, la seguridad y salubridad pública, afectados por el desequilibrio y el grave daño ecológico ambiental al Río Bogotá y sus afluentes a causa de los vertimientos directos del sistema de bombeo de las aguas negras.

Teniendo en cuenta el contenido de las decisiones judiciales mencionadas y, en especial, las consideraciones que allí se hicieron, estima importante el Tribunal no solo tenerlas en cuenta sino hacer referencia expresa a ellas, pues reafirman las razones que en este Laudo se exponen sobre el incumplimiento por parte de la EAAB, así como las consecuencias que ello implica, entendiendo que ellas son diferentes para cada proceso dada la naturaleza y finalidad de cada uno.

Para una mayor claridad, el Tribunal se referirá al desarrollo de la decisión, distinguiendo las decisiones adoptadas por dicha Corporación y los plazos establecidos en las decisiones adoptadas.

4.6.1. DECISIONES ADOPTADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO

Mediante auto de fecha del veintiséis (26) de julio del 2012, el Consejo de Estado estableció la suspensión parcial y provisional de la ejecución del Contrato No. 1-01-25500-1115-2009, en tanto no existen elementos técnicos y financieros que sustenten las razones que dieron origen a la variación del trazado y la ubicación del predio donde desembocaría el interceptor, el túnel de emergencia y se construiría el pozo ITC 12. Estima el Consejo que el cambio de nivel y la longitud del ITC puede impactar de manera directa en la construcción de la estación elevadora y Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) Canoas, tal y como lo manifiesta el apoderado de EMGESA,

señalando que la nueva ubicación del pozo ITC12 en el predio INVIAS, implicaría obras adicionales para la conexión del pozo, la construcción de la estación elevadora y la planta de tratamiento.

Esta medida recae de manera exclusiva sobre las obras del –Interceptor Tunjuelo Canoas –Pozo ITC 12– y el Túnel de emergencia y no sobre la terminación de las demás actividades contractuales, tales como las relacionadas con los pozos 1 a 11 del tramo del Interceptor Tunjuelo-Canoas, como se deja plasmado en el Auto del 31 de agosto del 2012.

El apoderado de la EAAB recurrió la decisión del Consejo de Estado quien mediante Auto del treinta y uno (31) de agosto del 2012, resuelve no reponer su decisión en tanto la EAAB no logró establecer de manera sustentada y razonable las situaciones acontecidas con el ITC12, su cambio de especificaciones técnicas y ubicación, la construcción del Túnel de Emergencia, así como la existencia de aspectos dudosos en los diseños, ubicación, especificaciones financieras y ambientales de las obras y en general, al proceso mismo de contratación.

Con fecha del veintinueve (29) de octubre del 2012 se levantan las medidas cautelares decretadas mediante auto del 26 de julio de 2012, señalando en éste, que la suspensión decretada sobre el Túnel de Emergencia carece de sentido al haberse concluido el 4 de septiembre de 2011, antes del decreto de la suspensión.

En cuanto al Túnel de Emergencia construido con la tuneladora 3200, señala el Consejo de Estado que fue terminada el 10 de julio de 2011 con la instalación del anillo 1681, y frente al Túnel Interceptor Tunjuelo Canoas construido con la tuneladora 4200, se establece que se encuentra en suelo blando del Interceptor frente al predio Invias a la espera que la Empresa Acueducto y Alcantarillado de Bogotá establezca las condiciones para la construcción del ITC12, en el nuevo lugar de ubicación.

Queda claro para este Tribunal, que el objeto de estudio por parte del Consejo de Estado se centra en los hechos ocurridos con el ITC12, la extracción de las máquinas tuneladoras, los pozos de mantenimiento e inspección ITC 9 e ITC 11, el permiso de ocupación del cauce que debe ser aprobado por la CAR y las obras de la estructura de entrega en el sector denominado “El Charquito”.

En relación con el ITC12 concluyó el Consejo de Estado: **i.** Que mediante el Acta de arreglo directo del 9 de septiembre del 2012, se configuró la modificación final de la ubicación del ITC12; **ii.** Que la modificación de las longitudes de los túneles se debió al ajuste en la ubicación final del ITC12; **iii.** Que el cambio de la ubicación del predio Canoas por el de Invias se debe a la no disposición del predio Canoas; **iv.** Que existió falta de gestión por parte de la EAAB para adquirir el predio Canoas y que no existen razones de claridad del por qué no se efectuó dicha compra; **v.** Que el cambio en la ubicación del ITC 12 en un lugar distinto al inicial, se debe a inconvenientes geotécnicos que hacen más onerosa su construcción conforme a lo presupuestado; **vi.** Que las Partes acordaron que el predio Invias tiene condiciones más favorables para la construcción del ITC 12.

Sobre la extracción de las maquinas tuneladoras establece el Consejo de Estado: **i.** Que a la fecha del pronunciamiento, la EAAB no ha entregado el predio “Invias” que resulta indispensable para la extracción de las máquinas tuneladora; **ii.** Que para el proceso de extracción de las máquinas tuneladoras en el nuevo ITC12 **es necesario construir un pozo de mayor diámetro;** **iii.** Que las máquinas tuneladoras se encuentran en el predio “Invias”; **iv.** Que el día 3 de octubre del 2012 el Municipio de Soacha expidió la licencia de intervención del espacio público para la construcción ITC 12(7); **v.** Que mediante Resolución 6892 de 15 de diciembre de 2011 y Resolución 3473 de 3 de agosto de 2010, el Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías, transfirió el predio para la construcción de ITC 12.

En razón de lo anterior, concluye el Consejo de Estado: **i.** Que la EAAB tenía conocimiento que en caso de no disponerse del predio para la construcción del ITC 12 con antelación a la llegada de las tuneladoras, el diámetro establecido contractualmente sería insuficiente para su extracción; **ii.** Que tanto contratista como la interventoría hicieron conocer las circunstancias ya mencionadas respecto del ITC 12 a la EAAB y la necesidad de contar con el predio “Invias”; **iii.** Que la EAAB es la que debió definir las nuevas condiciones técnicas, jurídicas y financieras con el propósito que sean ejecutadas las obras del ITC 12 garantizando en todo caso que no se incurra en incrementos patrimoniales a la Administración Distrital.

⁷ _____. *Ibíd.* Se puede concluir, entonces, que a la fecha no se ha entregado el predio “Invias” al Consorcio Canoas, a pesar de que, desde el 3 de octubre de 2012, el Municipio de Soacha expidió licencia de intervención del espacio público para las obras necesarias para el desarrollo y construcción del pozo ITC - 12 del proyecto Interceptor Tunjuelo Canoas – Túnel de Emergencia; y que el propio Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías a través de la Resolución 6892 de 15 de diciembre de 2011, modificatoria de la Resolución 3473 de 3 de agosto de 2010, “por la cual se transfiere a título gratuito el derecho real de dominio de un bien fiscal conocido como lote de terreno rural, de forma irregular a favor del Municipio de Soacha”, autorizó la ejecución de obras requeridas por dicha Empresa.

Frente a la construcción de los pozos de mantenimiento e inspección ITC 9 e ITC 11, encuentra el Consejo de Estado: i. Que no haberlos construido responde a causa de la falta de entrega de los predios por parte de la EAAB; ii. Que la EAAB entregó de manera tardía el predio necesario para la construcción del ITC 9; iii. Que el túnel ya había cruzado, al momento de su entrega la ubicación de los pozos ITC 9 e ITC 11 por lo cual se requeriría modificación de los diseños básicos y en detalle para el proceso constructivo; iv. Que los ITC 9 e ITC 11 contribuían a la seguridad y estabilidad del funcionamiento del Interceptor; vi. Que las Partes deberán definir por razones técnicas si es viable el funcionamiento del Interceptor en condiciones óptimas, sin la construcción de éstos pozos, o si resulta necesaria su construcción.

Finalmente frente a la autorización de la intervención del cauce para la construcción de la estructura de entrega del Túnel de Emergencia en el sector denominado “El Charquito”, estableció el Consejo de Estado: i. Que desde el 11 de abril del 2011 se inició el trámite por parte de la EAAB ante la CAR para la obtención del permiso y han pasado 18 meses sin que se cuente con ésta; ii. Que la EAAB no allegó ante la CAR la totalidad de la documentación exigida conforme al artículo 186 del Decreto 1451 de 1978 sobre el estudio previo ecológico y ambiental; iii. Que la CAR dio respuesta el día 1 de septiembre del 2011 a la EAAB, en donde establece el no cumplimiento del requisito de los estudios previos y pasados 13 meses la EAAB no ha entregado los mismos para que se expida la autorización de intervención.

En lo relacionado con la sentencia del veintiocho (28) de marzo del 2014, en la que se resuelve la acción popular 2001-90479-01 frente al ITC 12, el proceso de extracción de las tuneladoras y la construcción del ITC 9 e ITC 11, señala el Consejo de Estado: **(1). Que el Acueducto debe definir el nuevo precio, los costos directos y los ajustes al AIU del Contrato para su construcción en el predio “Invias”;** **(2.) Que al 24 de enero del 2013, no se ha tomado decisión alguna por parte de la EAAB sobre las condiciones técnicas, jurídicas y financieras del ITC 12,** **(3). Que a la fecha no se ha hecho entrega al Contratista del predio “Invias”,** **(4). Que las tuneladoras se encuentran enterradas y el Sistema sin posibilidad de ponerse en operación;** **v. Que no ha sido posible llegar a un acuerdo para la solución técnica de la propuesta de la modificación del diámetro del ITC 12 con un pozo único de 65 mts al no ser ésta más económica.**

Conforme a las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado resuelve: i. Que la EAAB en un término máximo de 6 meses efectúe la adquisición de los predios

necesarios para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Canoas; ii. Que la EAAB en un término no superior de 10 días, defina si es o no necesario la construcción de los ITC 9 y 11; iii. Ordena dar cumplimiento a la providencia del 29 de octubre del 2012 en cuanto al deber de entregar al consorcio Canoas el predio “Invias” con la finalidad de que sean adelantadas las actividades contractuales pendientes; iv. Que sea establecido entre la EAAB y el Contratista, en un término no superior de (10) días, la solución que sea técnicamente viable de mínimo costo para la construcción del ITC 12 y especialmente para la extracción de las maquinas tuneladoras.

4.6.1. PLAZOS ESTABLECIDOS Y DECISIONES

Con ocasión del pronunciamiento del Consejo de Estado, el día veintiséis (26) de julio del 2012 se ordenó la suspensión provisional en la ejecución del Contrato 1-01-25500-1115-2009, decisión que fue recurrida por la EAAB, el Despacho confirma la medida cautelar mediante auto del treinta y uno (31) de agosto del 2012. El cuatro (4) de septiembre del 2012 procedió la EAAB, Consorcio Canoas y la Interventoría a suscribir el acta de suspensión provisional de la obra, decisión que se mantuvo hasta el auto del veintinueve (29) de octubre del 2012 en donde se levantó dicha medida.

Encuentra el Tribunal que conforme a los pronunciamientos del 29 de octubre del 2012 y del 28 de marzo del 2014, se reconoce que:

- Existe responsabilidad predial por parte de la EAAB en la entrega de los predios donde quedaban ubicados los pozos ITC 9 y 11.
- Que las Partes modificaron de mutuo acuerdo la ubicación final del pozo ITC 12 teniendo en cuenta la no disponibilidad del predio “Canoas” y las dificultades en materia de la geología, trasladando como nuevo ITC 12 al predio “Invias”
- Que la EAAB y el consorcio no cumplieron las condiciones para la construcción del nuevo ITC 12 dentro del término de los diez (10) días señalados por el Consejo de Estado. Entiende el Tribunal que esta situación se da por el incumplimiento de la EAAB en el término de los treinta (30) establecidos en el arreglo directo del 9 de septiembre del 2012.
- Que la EAAB no entregó el predio “Invias” al Contratista para facilitar la extracción de las maquinas tuneladoras, siendo destacable frente a lo

anterior que, conforme a la modificación No. 3 en los plazos del Contrato de obra el mismo tendría su finalización el día 20 de noviembre del 2012.

Finalmente a la fecha del presente laudo, así como de la Sentencia del 28 de marzo del 2014 del Consejo de Estado, no obra prueba alguna que la EAAB hubiere entregado el predio Invias al Consorcio Canoas, ni tampoco que hubiere adoptado una solución definitiva en materia de las condiciones técnicas, financieras y jurídicas para la construcción del ITC 12, así como dispuesto en tal definición, la forma de extracción de las máquinas tuneladoras.

No sobra señalar que en el arreglo directo del 9 de septiembre del 2011, la EAAB se comprometió en un plazo no superior a 30 días a definir las condiciones para el ITC12 en su nueva ubicación, así como a entregar dicho predio “Invias”, el cual fue entregado a la EAAB por el Instituto Nacional de Vías mediante Resolución 3473 de 3 de agosto de 2010.

4.7. SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PLANTEADAS POR EAAB RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

Le corresponde ahora al Tribunal pronunciarse de manera expresa sobre las excepciones que fueron alegadas por EAAB respecto de las pretensiones de la demanda principal, que serán desestimadas íntegramente, además de lo ya señalado en el análisis de las mismas pretensiones, por las siguientes razones:

4.7.1. LA NATURALEZA DEL CONTRATO LLAVE EN MANO

La convocada analiza la naturaleza jurídica del contrato con citas jurisprudenciales, análisis que el Tribunal ha hecho en este laudo respecto del mismo, análisis que concuerdan con el desarrollo que se ha hecho del mismo doctrinaria y jurisprudencialmente. Ello no indica entonces, que por ser este un contrato de obra llave en mano se pueda deducir del mismo que la parte convocante fue la que incumplió el contrato, cuando ya en el análisis que se ha hecho al respecto el Tribunal sentó su posición al respecto. Por ello se negará la excepción analizada.

4.7.2. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Refiere esta excepción la Convocada al hecho de que la convocante incumplió sus obligaciones relacionadas con las fichas prediales, tema este sobre el cual se refirió en extensión este Tribunal para llegar a conclusión diferente a la propuesta por la convocada, por lo cual y con este fundamento negará la excepción propuesta.

4.7.3. EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE

Sirve de argumento a la convocada para su planteamiento, el considerar que diversas pretensiones realizadas por la convocante, por ese hecho serían causal de un proceder de mala fe, lo cual llevaría entonces a aceptar que cuando se presenta una diferencia de interpretación jurídica, con fundamentos y tesis diferentes a quien a ello se opone, estaría procediendo contra el principio de la buena fe, lo cual no puede ser de recibo para este Tribunal y por ello negará la excepción propuesta.

4.7.4. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Esta excepción atacaba una pretensión subsidiaria que dada la prosperidad de la pretensiones principal a la que correspondía no fue analizada por este Tribunal, razón por la cual no conlleva entonces determinación alguna, por lo cual será rechazada.

4.7.5. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

El Tribunal considera que al haber reconocido la Pretensión Primera Subsidiaria de la Primera Principal y la Primera Subsidiaria de la Segunda Principal, con las argumentaciones que al respecto dejó consignados, no consideró el análisis del desequilibrio del contrato y, por ello, negará la excepción propuesta.

4.7.6. EL RIESGO DE LA ADMINISTRACIÓN

En relación con esta excepción, el Tribunal considera que dado que en este laudo se señaló que los riesgos estaban adjudicados y definidos en el contrato y a quien correspondía, como aparece en un aparte de este laudo, y no existiendo determinación que incida o tenga relación planteada, el Tribunal procede a rechazarla.

4.7.7. STAND BY

El Tribunal en el análisis y estudio que realizó respecto del Stand By para la determinación que tomó, dejó muy claramente señalada la razón por la cual se negó la pretensión propuesta sobre este tema, que no tuvo relación alguna con los argumentos de EAAB, razón por la cual se rechazará también este medio de defensa.

4.8. DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS EN LA DEMANDA PRINCIPAL

Establecido el incumplimiento del contrato por parte de la demanda, corresponde en consecuencia entrar a analizar los perjuicios que ha reclamado la actora y la correspondiente condena, si a ello hubiera lugar.

Para estos efectos, el Tribunal considere relevante hacer las siguientes precisiones en relación con el concepto y procedencia de los daños:

4.8.1. EL DAÑO

En relación con la definición del daño se han formulado diversas precisiones, entre las cuales encontramos:

“(…)

Para De Cupis “daño no significa más que conocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”. Para el tratadista Hinestrosa, “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja. Para Javier Tamayo, “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial.”⁸

De ahí que:

*“(…) la responsabilidad emerge de un **daño, o sea de la lesión de un interés jurídicamente protegido**, que de este modo adquiere una determinada relevancia, en cuanto su desmedro otorga al titular la pretensión indemnizatoria. (...) dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial (...) **DE AHÍ QUE NO SE DÉ RESPONSABILIDAD SIN DAÑO DEMOSTRADO**, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la **enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa, cualquiera acción indemnizatoria.**”⁹(Resaltado fuera del texto original)*

*“El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: **SI UNA PERSONA NO HA SIDO DAÑADA NO TIENE PORQUÉ SER FAVORECIDA CON UNA CONDENA QUE NO CORRESPONDERÍA SINO QUE IRÍA A ENRIQUECERLA SIN JUSTA CAUSA.** El daño es la causa de*

⁸ HENAO, Juan Carlos. “El Daño”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p.84.

⁹ PRECIADO AGUDELO, Dario. “Indemnización de perjuicios Tomo I”, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1988, p. 225-226.

la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.”¹⁰ (Resaltado fuera del texto original)

En cuanto a la definición del concepto de perjuicio, éste se halla compuesto por el daño emergente y el lucro cesante, los cuales se encuentran definidos legalmente por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, en los que se señala:

“Art. 1613: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Art. 1614: Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

En relación con el concepto de daño emergente o daño material, el Dr. Juan Carlos Henao ha expuesto lo siguiente:

“(…) los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero.”¹¹(Resaltado fuera del texto original)

Ahora bien, en relación con el **Lucro Cesante**, se entiende este como *la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación.*

Respecto de la prueba del lucro cesante es importante resaltar que:

¹⁰ HENAO, Juan Carlos. “El Daño”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 36.

¹¹ HENAO, Ob. Cit., págs. 196-197.

“(...) para el lucro cesante el demandante habrá de demostrar, por ejemplo, que el bien afectado era productivo, cuánto estaba produciendo, cuánto habría podido producir y, en fin, cuánto dejó de producir.”¹²

En concordancia con lo anterior la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia del 14 de marzo de 1996, expresó:

*“(...) en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (<< daño emergente>> y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. 2.1.- Pero, **EN MATERIA DE LUCRO CESANTE, HAY QUE PROBAR SU EXISTENCIA Y CUANTÍA DE MANERA SEPARADA AL DAÑO EMERGENTE, SALVO QUE SE PRESUMA TAL COMO LO HACE LA LEY CUANDO SE TRATA DE LUCRO CESANTE DE PRESTACIONES DINERARIAS. POR LO TANTO, CUANDO SE TRATA DE OTRA UTILIDAD O BENEFICIO QUE SE DEJA DE PERCIBIR, ES NECESARIO SU PRUEBA.** En este sentido ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, entre ellas en la sentencia del 27 de Junio de 1990, en cuyo aparte pertinente se dijo: “... el lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectiva y realmente dejadas de obtener por habersele impedido la especial explotación y rendimiento (incluso financiero) de la suma nominal del gasto o inversión, o por el excepcional rechazo de otras reales contrataciones ordinarias hechas con fundamento en la perspectiva de aquel contrato proyectado, que injustificadamente se frustrara (arts. 822 C. de Co. y 1614 C.C.), todo lo cual debe aparecer debidamente acreditado.”¹³ (Resaltado fuera del texto original)*

En jurisprudencia de 04 de marzo de 1998 indicó la misma Corte:

“(...)”

¹² SUESCUN MELO, Ob. Cit., p. 276.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 14 de marzo de 1996. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

*En este orden de ideas, dando por supuesto desde luego que **EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL LA INDEMNIZACIÓN NO DEBE EXCEDER LOS DETRIMENTOS CIERTOS EXPERIMENTADOS POR QUIEN LA RECLAMA Y QUE ADEMÁS RECONOZCAN SU CAUSA ADECUADA EN EL HECHO QUE AL RESPONSABLE LE ES IMPUTADO**, la jurisprudencia se orienta sin duda en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del “<< lucro cesante>>” y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que **PROCEDE LA REPARACIÓN DE ESTA CLASE DE DAÑOS EN LA MEDIDA EN QUE OBRE EN LOS AUTOS, A DISPOSICIÓN DEL PROCESO, PRUEBA CONCLUYENTE EN ORDEN A ACREDITAR LA VERDADERA ENTIDAD DE LOS MISMOS Y SU EXTENSIÓN CUANTITATIVA, LO QUE SIGNIFICA RECHAZAR POR PRINCIPIO CONCLUSIONES DUDOSAS O CONTINGENTES ACERCA DE LAS GANANCIAS QUE SE DEJARON DE OBTENER, APOYADAS TALES CONCLUSIONES EN SIMPLES ESPERANZAS, EXPRESADAS ESTAS EN ILUSORIOS CÁLCULOS QUE NO PASAN DE SER ESPECULACIÓN TEÓRICA, Y NO EN PROBABILIDADES OBJETIVAS DEMOSTRADAS CON EL RIGOR DEBIDO**. En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél con arreglo al Art. 177 del c de P.C, lo que sin embargo no obsta para que frente a situaciones de excepción, como a continuación pasa a verse, haciendo uso de los amplios poderes de verificación que el legislador les ha otorgado, los jueces agoten de oficio la investigación completa de los hechos relevantes en el debate, evitando así fallos con contenido decisorio injusto en tanto que conformándose apenas con registrar las susodichas deficiencias, no le devuelven al acreedor perjudicado el estado patrimonial legítimamente esperado y que, por eso mismo, para nada se compadecen con los altos fines de interés social que al proceso judicial le son inherentes.”¹⁴ (Resaltado fuera del texto original)*

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS Santafé de Bogotá, D.C., 4 de Marzo de 1998. Referencia: Expediente No. 4921

4.8.2. CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO

El Doctor Javier Tamayo Jaramillo define las características del daño para que éste tenga la calidad de indemnizable y resalta que:

“(…)

El daño, para que sea indemnizable, debe tener ciertas características. No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda demandar reparación. La acción está subordinada al lleno de unos requisitos. Esas limitaciones están determinadas no solo en consideración al perjuicio mismo sino a la calidad jurídica de las personas que lo sufren.

En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que este debe ser cierto; y la persona que reclama indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el bien lesionado no fuere de su propiedad, o no fuere su propia integridad personal la que se vio lesionada; finalmente el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar suprimido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener su reparación.¹⁵ (Resaltado fuera del texto)

En la misma línea, el Dr. DARIO PRECIADO AGUDELO indica que:

“(…) para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque **SÓLO CORRESPONDE INDEMNIZAR EL DAÑO QUE SE PRESENTE COMO CONSECUENCIA DE LA CULPA; y LO SEGUNDO, PORQUE SI NO APARECE COMO REAL Y EFECTIVAMENTE CAUSADO, SINO APENAS COMO UNA POSIBILIDAD DE PRODUCIRSE, NO ENTRA EN EL CONCEPTO JURÍDICO DE DAÑO INDEMNIZABLE (…)** Por cuanto el perjuicio, no se presume más que en los casos expresamente indicados, en la ley (...) a quien demanda judicialmente la indemnización del que ha sufrido le incumbe demostrar, por regla general y según los principios regulativos de la carga de la prueba, el daño cuya reparación solicita y

¹⁵ TAMAYO JARAMILLO JAVIER. Ob. Cit. Pág. 13.

su cuantía, puesto que la condenación por tal aspecto no puede extenderse a más allá del detrimento patrimonial padecido por la víctima. (Casación Civil, 10 marzo 1977, M.P.: Humberto Murcia Ballén.)”¹⁶(resaltado fuera del texto original)

Al respecto el Dr. Tamayo señala:

“(…)

El daño indemnizable debe ser cierto, y en principio, salvo contadas excepciones, CORRESPONDE AL DEMANDANTE PROBARLO. SI NO EXISTE ESA CERTIDUMBRE, NO HABRÁ LUGAR A CONDENAR AL AUTOR DE LA ACCIÓN LESIVA.

(…)

El daño cierto es cuando a los ojos del Juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. Solo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a la reparación (...)¹⁷. (Resaltado fuera del texto)

4.8.3. PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL PERJUICIO

La Corte Suprema de Justicia, mediante providencias de su Sala Civil ha establecido que:

“(…)

En relación con la necesidad de un perjuicio, requisito cuya importancia en la materia es incuestionable, hasta el punto de inferirse que sin daño no hay indemnización, parece oportuno destacar que no puede confundirse el perjuicio con la inejecución del contrato, por supuesto que el incumplimiento debe ser la causa del daño que se alega, pero no es el daño mismo porque puede acontecer que, no obstante la inejecución de la prestación debida, el

¹⁶ PRECIADO AGUDELO, Darío. “Indemnización de perjuicios Tomo I”, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1988, p. 229.

¹⁷ TAMAYO JARAMILLO JAVIER. Ob. Cit. Pág. 17.

acreedor no sufra menoscabo alguno que deba ser resarcido, motivo por el cual, salvo las excepciones legales, cual sucede con el pago de intereses de obligaciones dinerarias o la cláusula penal, éste debe demostrarse. Por consiguiente, “ **...QUIEN AFIRMA QUE SU DEMANDADO LE HA INFERIDO UN DAÑO POR SU DOLO O CULPA ESTÁ OBLIGADO, SI QUIERE QUE SE LE REPARE POR DECISIÓN JUDICIAL, A PRODUCIR LA PRUEBA DE LA REALIDAD DEL PERJUICIO DEMOSTRANDO LOS HECHOS QUE LO CONSTITUYEN Y SU CUANTÍA, O SEÑALANDO A ESTE RESPECTO, CUANDO MENOS, BASES PARA SU VALORACIÓN**’ (G.J. 2016, pág. 113). ... Que **debe comprobarse ante todo la existencia real de los perjuicios** se explica porque, **con las únicas excepciones del cobro de intereses o de obligaciones con cláusula penal, en los cuales se estima que existe un reconocimiento y avalúo anticipados de ellos, la regla general es la de que LOS PERJUICIOS NO SE PRESUMEN** y si la ley establece la obligación de indemnizarlos cada vez que se causen, no por ello se exonera del deber de comprobarlos a quien tal cosa solicita”. (G. J. LXXXII, Pág. 695).

En cuanto a la relevancia de la prueba de la existencia del daño para que se pueda predicar la responsabilidad civil, la Corte ha expresado que:

“(..)

En este orden de ideas, ha precisado recientemente la Corte que **el daño, mutatis mutandis, es “la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuerza de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual, habida cuenta de que ‘Si no hay perjuicio’, como lo puntualiza la doctrina especializada, ‘..no hay responsabilidad civil’ [2] (...)** En este sentido ha sido explícita la jurisprudencia de la Sala, señalando que, ‘dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. **DE AHÍ QUE NO SE DE RESPONSABILIDAD SIN DAÑO DEMOSTRADO**, y que el punto de partida de toda consideración en la

materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, **ANTE CUYA FALTA RESULTA INOFICIOSA CUALQUIER ACCIÓN INDEMNIZATORIA**” (CXXIV, pág. 62)” (cas. civ. de 4 de abril de 2001; exp: 5502).

(...)

De allí que SI NO SE COMPRUEBA O DETERMINA SU EXISTENCIA - COMO HECHO JURÍDICO QUE ES-, A LA VEZ QUE SU EXTENSIÓN Y MEDIDA, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, DEBIENDO, EN TAL VIRTUD, EXONERAR DE RESPONSABILIDAD AL DEMANDADO, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). Por ello es por lo que las afirmaciones del actor, ayunas de real y eficiente soporte, son sólo una prédica que, por respetable que sea, se inscribe en el vacío probatorio, con las secuelas que irremediamente ello supone: EL FRACASO DE SU PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA.”¹⁸
(Resaltado fuera de texto)

4.8.4. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DEL DAÑO PARA QUE SEA INDEMNIZABLE

El Doctor Javier Tamayo Jaramillo define las características del daño para que éste tenga la calidad de indemnizable, así:

“(…)

El daño, para que sea indemnizable, debe tener ciertas características. No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda demandar reparación. La acción está subordinada al lleno de unos requisitos. Esas limitaciones están determinadas no solo en consideración al perjuicio mismo sino a la calidad jurídica de las personas que lo sufren.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Civil. M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. 25 de febrero de 2002. Expediente No. 6623.

En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que este debe ser cierto; y la persona que reclama indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el bien lesionado no fuere de su propiedad, o no fuere su propia integridad personal la que se vio lesionada; finalmente el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener su reparación.¹⁹ (Resaltado fuera del texto)

En la misma línea, el Dr. DARIO PRECIADO AGUDELO indica que:

“(…) para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque SÓLO CORRESPONDE INDEMNIZAR EL DAÑO QUE SE PRESENTE COMO CONSECUENCIA DE LA CULPA; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable (…) Por cuanto el perjuicio, no se presume más que en los casos expresamente indicados, en la ley (...) a quien demanda judicialmente la indemnización del que ha sufrido le incumbe demostrar, por regla general y según los principios regulativos de la carga de la prueba, el daño cuya reparación solicita y su cuantía, puesto que la condenación por tal aspecto no puede extenderse a más allá del detrimento patrimonial padecido por la víctima. (Casación Civil, 10 maro 1977, M.P.: Humberto Murcia Ballén.)”²⁰(Resaltado fuera del texto original)

Frente a los requisitos para que el daño sea indemnizable, el Dr. EDUARDO ZANNONI enseña que:

“El daño lesiona, en primer término, un bien (personal, patrimonial, “moral”) sobre el cual quien se dice damnificado tenía un interés (...). He ahí el primer requisito del daño indemnizable: un interés sobre el bien que ha sufrido menoscabo o pérdida.

Pero el daño debe reunir, además, otros tres requisitos para ser indemnizable. En primer término la lesión o sufrimiento deben haber

¹⁹ TAMAYO JARAMILLO JAVIER. Ob. Cit. Pág. 13.

²⁰ PRECIADO AGUDELO, Dario. “Indemnización de perjuicios Tomo I”, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1988, p. 229.

afectado un interés propio. En segundo lugar, el perjuicio o daño debe ser cierto. Y por último, subsistir al tiempo del resarcimiento.

(...)

“la certidumbre del daño –dice Acuña Anzorena- se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto”. (...) **EL DAÑO DEBE SER REAL Y EFECTIVO, NO MERAMENTE CONJETURAL O HIPOTÉTICO.**

(...)

*El daño es, en efecto y primordialmente, un acaecer fáctico. Este acaecer puede ser inmediato o mediato en relación con el hecho generador o factum. (...) esta “certeza” tiene que ver con el hecho causal, pues es ese hecho el que, por producir la privación o desmedro de un bien jurídico cualquiera, permite atribuir certidumbre al perjuicio. (...) **La certidumbre, (...) surge de la constatación fáctica del daño, en relación con el hecho que lo causó.**”²¹ (Resaltado fuera del texto)*

De lo descrito por los tratadistas anteriormente enunciados tenemos que los elementos del perjuicio para que el mismo tenga la característica de indemnizable a saber:

- 1.- Que la persona que reclame el perjuicio sea la misma persona a la que se le generó el menoscabo, esto es, que el que requiera la indemnización tenga un interés propio en el resultado de dicha solicitud.
- 2.- Que el daño que se reclama sea cierto, real y no una mera expectativa.

En relación con la característica del daño relacionada con la certidumbre el Dr. JUAN CARLOS HENAO ha expresado:

*“(...) el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: **el que sufre una persona determinada en su patrimonio.** (...) dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios*

²¹ ZANNONI, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 22-25.

materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que **NO PUEDE SER EVENTUAL, HIPOTÉTICO, FUNDADO EN SUPOSICIONES O CONJETURAS**; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. **LO QUE SE EXIGE ES QUE NO EXISTA DUDA ALGUNA SOBRE SU OCURRENCIA.**²²(Resaltado fuera del texto original)

Al respecto el Dr. Tamayo señala:

“El daño indemnizable debe ser cierto, y en principio, salvo contadas excepciones, CORRESPONDE AL DEMANDANTE PROBARLO. SI NO EXISTE ESA CERTIDUMBRE, NO HABRÁ LUGAR A CONDENAR AL AUTOR DE LA ACCIÓN LESIVA.

(...)

*El daño cierto es cuando a los ojos del Juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. Solo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a la reparación*²³. (Resaltado fuera del texto)

3.- Que el perjuicio provenga del daño causado por la persona que incumplió sus obligaciones.

Además de lo anterior el daño debe ser directo para que pueda ser objeto de indemnización, así lo ha mostrado la doctrina, reflejado lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia, cuando indica:

“(...) para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero porque solo corresponde indemnizar el daño que se pretende como consecuencia de la culpa...” (Casación Civil del 10 de mayo de 1977.)

(...)

²² HENAO, Juan Carlos. “El Daño”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 130.

²³ TAMAYO JARAMILLO JAVIER. Ob. Cit. Pág. 17.

*Sólo se repara el daño directo, esto es, el que sea consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito, sin importar que ese daño sea mediato o inmediato, **lo importante es tener la certeza que sin ese hecho ilícito el daño no se hubiera producido.***

(...)

No se repara el daño indirecto por faltar un elemento esencial de la responsabilidad: el vínculo de causalidad.

(...)

El daño indirecto es el que no se deriva necesaria y forzosamente del hecho ilícito, lo que impide la existencia del vínculo de causalidad.

(...)

La jurisprudencia considera que la necesidad de un perjuicio directo no es más que la aplicación del principio que exige una relación de causalidad cierta entre la culpa y el daño.”²⁴

Una vez precisado lo anterior y con base en las consideraciones referidas, pasa el Tribunal a referirse a cada uno de los perjuicios reclamados por CASS en su demanda y particularmente en la pretensión segunda principal, así:

4.8.5. BOMBEO DEL POZO ITC 1

Pretende la demandante que se le pague como perjuicio el valor de los gastos en que incurrió para atender la inundación del pozo ITC 1, incurriendo en gastos de extracción y bombeo de las aguas, argumentando que tales inundaciones correspondieron a la aparición de aguas, que según expone, a dicho pozo “*ingresó súbitamente un flujo imprevisto de agua de una fuente desconocida.*” Haciendo referencia a que en comunicaciones enviadas por el contratista se dejó constancias de que se trataba de hecho imprevistos, que daban lugar a su reconocimiento, dado que la jurisprudencia y la doctrina “*reconoce la presencia de aguas subterráneas no previstas, como ejemplo*

²⁴ Trabajo No. 4. “El vínculo de causalidad en la responsabilidad civil”, pág. 158.

típico de la teoría de las condiciones materiales imprevistas” (subrayado fuera del texto).

De acuerdo con la cláusula décima del contrato:

“DÉCIMA: FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO: De conformidad con la Ley, EL CONTRATISTA quedará exento de toda responsabilidad por daños o dilación en la ejecución de las obras cuando tales hechos ocurran como resultados de sucesos anormales e imprevisibles u otras causa constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobado, caso en el cual tendrá derecho únicamente a la ampliación del plazo pero no a indemnización alguna.

Para efectos del contrato, solamente se consideraran como causas constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito las que se califiquen como tales de acuerdo con la legislación colombiana.

Por el contrario, las siguientes situaciones o sucesos no se considerarán, bajo ninguna circunstancia, como fuerza mayor o caso fortuito:

- 1. Las suspensiones por aguas lluvias;*
- 2. Demoras en la adquisición de los equipos o daños en los mismos;*
- 3. Demoras en el avance de la excavación debido a la menor o mayor resistencia, deformabilidad o permeabilidad de los materiales respecto de las características originalmente consideradas;*
- 4. A la composición y comportamiento geomecánico diferentes a los previstos inicialmente;*
- 5. A circunstancia técnicas de ocurrencia común en la ejecución de los trabajos de la misma naturaleza de las contempladas en este contrato;*
- 6. Huelgas del personal de trabajadores del CONTRATISTA resultantes de convenios laborales, a la falta de cooperación del CONTRATISTA para resolver peticiones justas de sus trabajadores;*
- 7. Cualquier suspensión que ordene la INTERVENTORIA por razones técnicas de seguridad.*

Los inconvenientes de fuerza mayor o caso fortuito deberán informarse a la INTERVENTORIA por el medio más rápido posible, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al momento en que hayan comenzado. Dentro de los cinco (5) días

siguientes EL CONTRATISTA suministrará a LA INTERVENTORIA todos los detalles del hecho constitutivo de fuerza mayor y la documentación certificada que EL ACUEDUCTO DE BOGOTÁ pueda requerir.”

En este orde de ideas, encuentra el Tribunal que de acuerdo con las estipulaciones contractuales, la presencia de inundaciones por aguas lluvias no puede ser considerada como imprevistos, y su aparición dará derecho al contratista solamente a solicitar la ampliación del plazo del contrato, sin que tenga derecho a reclamar suma alguna por este concepto. Complementariamente, fuera de la discrepancia de puntos de vista sobre el tipo de agua que apareció en el pozo, si lluvias o que brotaron del suelo, lo cierto es que dentro del expediente no aparece prueba alguna que haya aportado la demanda sobre el origen de las aguas que a parecieron en el pozo, salvo el hecho de que en algunos de los documentos aportados por las partes aparece la ocurrencia de una importante ola invernal que afectó los niveles de agua del rio Bogotá (folio 117 cuaderno No.15 y modificación No. 3 del contrato, folio 31 cuaderno 12).

Así las cosas, no habiéndose probado el origen de las aguas de la inundación del pozo y existiendo otros documentos en los que aparece referencia a que las inundaciones correspondían al producto de aguas lluvias y que se encuentran firmados por la contratista, el Tribunal desestima la reclamación por este primer concepto.

4.8.6. SOBRECOSTOS DE ARRENDAMIENTOS

Pretende la demandante se le reconozca como perjuicio el pago de los arrendamientos de predios que tuvo que pagar en desarrollo de la obra debido a las demoras presentada por la EAAB en la entrega de los predios que se requerían para el desarrollo de la obra.

Dentro del expediente obra copia de los distintos contratos de arrendamiento que fueron suscritos por el consorcio contratista y además, en el dictamen pericial rendido por Integra, a aparecer determinado el valor de las distintas sumas de dinero que fueron pagadas por el consorcio, para lo cual se tuvo en cuenta los documentos contables aportados por la actora.

Como se ha expresado en párrafos anteriores, con la suscripción del acta de Acuerdo Directo de septiembre 9 de 2011, las partes conciliaron todas las reclamaciones que tenían hasta ese momento; si se revisa los pagos efectuados y las fechas de iniciación de los respectivos contratos, se encuentra que salvo dos de ellos, el *Carretón y la*

Montaña 2 y La Muralla Vereda Canoas, tienen fecha iniciación posterior a la del acta de Arreglo directo del 9 de Septiembre de 2011. Así las cosas, la reclamación de arrendamientos causados con anterioridad a la fecha del acuerdo o que se hubieran causado con posterioridad, pero que se hubieran iniciado los contratos antes del Acuerdo, implica que ya eran conocidos por las partes, así estuviera en mora la EAAB de entregarlos, y si ello era así, entonces las partes no solo conocían de la situación sino que si había alguna posible causa de reclamación por ello, al no haberse excluido del arreglo directo, se entiende que quedaron conciliadas cualquier reclamación derivada de tales contratos.

En cuanto a los dos contratos excluidos anteriormente, encuentra el Tribunal que dentro del expediente la demandante se limitó a enunciar la existencia de los contratos y acreditar los valores pagados, pero en manera alguna acreditó que su uso fuera necesario o tenía relación con el desarrollo de las obras a partir de la fecha del acta de Acuerdo Directo, de manera que no es posible determinar la relación de causalidad de tales gastos con el incumplimiento reclamado.

Lo anterior, sin tener en cuenta adicionalmente que , como lo indica el perito en su dictamen, algunos de los contratos carecían de fecha de vencimiento ni duración de los mismos, como la afirmación que hace de que *“no puede establecer las causas de la suscripción de los contratos de arrendamiento, pues en ellos no se hace explícita la razón de estos...”* por lo que *“el perito infiere que una de las posibles causas de estos contratos de arrendamiento corresponde al presunto incumplimiento de la entidad contratante en la entrega de los predios”*.

Si se tiene en cuenta lo expresado por el perito, aunado que reconoce que ante la falta de certeza de parte de la documentación para hacer su cálculo se remitió a la tabla elaborada por la parte demandante y que aparece en la demanda, es claro que la valoración hecha, además, carece de respaldo serio probatoriamente, para poder ser apreciado por el Tribunal como prueba de un supuesto perjuicio, razón por lo cual, la condena reclamada será despachada desfavorablemente.

4.8.7. DISEÑO DE POZO ÚNICO

De la lectura de las actas que se citan a continuación, se encuentra probada la conformidad del EAAB con el proceso que venía adelantando el Contratista, en la realización de los estudios que permitirían definir los trabajos que se debían adelantar

en el Pozo ITC12, Predio “Invias”. Acta Comité de Obra No. 59 del 9 de junio 2011 – donde la EAAB solicita al Contratista que le presente unos estudios para la construcción del nuevo Pozo ITC12–; Acta Comité de Obra No. 83 del 9 de marzo de 2012 –mediante la cual el Contratista reitera su preocupación a la EAAB por la no definición de las características técnicas y financieras con que debe ser construido el Pozo ITC12 en el predio “Invias” y el Acta Comité de Obra No. 91 del 19 de Junio de 2012, –en donde la EAAB ordena la construcción del Pozo ITC 12, previa negociación adicional producto de los estudios entregados por el Consorcio a la EAAB–.

De las pruebas aportadas al proceso se establece que cuando se suscribió el acuerdo directo del 9 de Septiembre de 2011, las partes habían convenido realizar el nuevo pozo ITC 12 en el predio INVIAS, para lo cual se requería establecer las condiciones técnicas y financiera que deberían acordarse para la celebración de la nueva oferta para realizar la construcción del pozo. En desarrollo de tal entendimiento, la EAAB solicitó al contratista la presentación de una oferta dentro de unos parámetros establecidos por ella, lo que atendió oportunamente.

En los meses siguientes, la EAAB no aprobó la oferta presentada, siendo que al final resolvió modificar la concepción del pozo ITC 12 para que fuera diseñado y proyectado como un pozo de solo 12 mt de diámetro que permitiera la extracción de las máquinas.

No obstante, encuentra el Tribunal que dentro de las pruebas aportadas al expediente, no aparece acreditado la entrega de los diseños cuyo pago se reclama: solo aparece una referencia que hace el perito Julio Villareal, indicando que no tuvo a la vista los mencionados diseños y que de la correspondencia revisada entiende que lo entregado fueron unos diseños preliminares.

Así las cosas, no habrá lugar al reconcomiendo de dicho perjuicio, por no estar acreditada la existencia de tales diseños ni que la EAAB los haya recibido.

4.8.8. Stand By Maquinaria

Pretende la demandante se le reconozca por este concepto, el daño que se le ha ocasionado por el hecho de que las máquinas tuneladoras que uso para la construcción de los túneles se encuentran enterradas sin que hayan podido extraerse, conforme se explicó en la demanda en el punto 5.9.

En este capítulo, manifestó expresamente la actora que “...con los equipos detenidos sin funcionamiento alguno, sumado al hecho de que no ha sido posible iniciar el desmontaje de las máquinas tuneladoras 3200 y 4200, **que deberá serle compensado, en los términos solicitados en las pretensiones de la demanda**” (resaltado fuera del texto)

En las pretensiones de la demanda no se especifica en que consiste el stand by reclamado y en la discriminación de la estimación anticipada de los perjuicios tan solo se indica la suma respectiva.

Así las cosas, el tribunal encuentra que el stand by reclamado no puede corresponder al valor de supuestos arrendamientos que hubieren podido producir las máquinas, como aparentemente se pretende con la valoración que se le solicitó al perito en su dictamen, sino que, conforme lo indicó la propia demandante en su explicación del daño reclamado, éste corresponde al valor de los equipos que no ha podido extraer del túnel y los costos de extracción correspondientes, como pasa a determinarse:

- Como se explica en el dictamen del perito INTEGRAL, el concepto de stand by se entiende como *“aquel que por condiciones no previstas en los procedimientos de construcción, debe permanecer sin desarrollar trabajo alguno, en espera de algún acontecimiento para entrar en actividad.”*
- Si se tiene en cuenta que conforme la naturaleza propia de la obra y la misma información indicada por alguno de los testigos, la máquinas tuneladoras prácticamente se destinan exclusivamente para la realización de una obra determinada, por lo que se fabrican bajo especificaciones únicas propias de cada obra, es claro que no podría hablarse bajo este concepto de un posible arrendamiento que hubieran podido producir los equipos, pues su vida útil es prácticamente para la obra que se utilizan. Lo anterior sin desconocer que por excepción, algunas de estas máquinas pueden servir para una obra nueva, siempre que esta coincida en las especificaciones que se utilizaron en la primera, que no es bastante común.
- Bajo esta consideración, El Tribunal no encuentra razonable que la forma de valorar este perjuicio corresponda al valor de unos supuestos arrendamientos que hubiere podido producir los equipos, pues tal y como lo plantea el perito : *“Como se observa si se actualizan las cifras con la metodología del contratista,*

los valores por standby en el caso de la tuneladora 4.940 mm prácticamente equivalen al costo del equipo y en el caso de la tuneladora de 3200 mm el standby casi que duplica el valor [...]”

- De otra parte, si se tiene en cuenta que conforme aparece probado en el expediente, en septiembre de 2012 se terminó por parte del contratista la realización de obra, pues entregó el túnel de emergencia pero ya no había forma de realizar el pozo ITC 12, dado que no le fue entregado el predio correspondiente ni se le aprobó ningún tipo de contrato para ello, es claro que no se puede hablar de equipos en disponibilidad de trabajar y que se encuentren detenidos por hechos ajenos a la voluntad del propio contratista, de donde surge que tampoco se puede reconocer como stand by un posible arrendamiento del equipo.
- Conforme lo anterior, tampoco se puede aceptar la fórmula de calcular el perjuicio por este concepto, de la manera como lo hizo el perito, pues no se entiende la razonabilidad de la relación canon/valor equipo, que utilizó, pues simplemente la indica sin dar la razón para hacerlo, de modo que esta apreciación carece de respaldo técnico que se halla explicado como soporte del dictamen.
- Ahora bien; en las condiciones en que se desarrolló el contrato y la situación en que quedaron las máquinas, lo que correspondería por stand by sería el valor de realización que tendrían las máquinas en el evento en que hubieran cumplido con su cometido y se hubieran extraído del túnel, que corresponde con los fundamentos del daño reclamado en la demanda, pues es evidente que terminada la obra contratada, el contratista tenía derecho a retirarla.
- Destinación única para el contrato; su valor estaba amortizado dentro del precio del contrato y no ejerció la opción de recompra. La colocó voluntariamente en otro lugar. Cass no reclamó el valor de recompra como perjuicio.
- Para la determinación de dicho valor, se tendrá en cuenta el precio que el mismo contratista estableció en los contratos de compra que realizó con la firma Herrenknecht Aktiengesellschaft, conforme al cual, se estableció un valor residual de las máquinas, al cual se refiere el perito en su experticia.

- En el caso que nos ocupa, este valor está claramente establecido con el valor de recompra, en los términos y condiciones del “Contrato de Suministro” en su cláusula No. 10 frente a la tuneladora TBM 4.940 mm:

“El PROVEEDOR establece la opción de RECOMPRA del EQUIPO (sólo Item 1, de la cláusula 8.5 del presente contrato), tras completarse 8,2 km de excavación (aproximadamente), para el túnel principal del proyecto de la referencia, Anexo 1.4, con un PRECIO de RECOMPRA del quince por ciento (15) del PRECIO del EQUIPO, cuya cuantía es 829.237€. Esta opción es válida por un periodo de 26 meses a partir de la llegada del EQUIPO a la OBRA.

“De todas manera, la opción de RECOMPRA del EQUIPO caduca a más tardar al finalizarse el proyecto.”

- Frente a la Tuneladora EPB-3200 se establece:

“El PROVEEDOR establece la opción de RECOMPRA del EQUIPO (sólo Item 1, 2 y 4 de la oferta O/HKAG/KOR/10119/9709) con un precio de recompra del treinta por ciento (30%), que equivale a (1.631.335 US) tras completarse 11 meses desde la fecha en entrega en la obra. Posteriormente, el precio se reduce a una tasa del 2% por mes adicional posterior a la fecha estimada de terminación del túnel”

“De todas maneras, la opción de RECOMPRA del EQUIPO caduca a más tardar al finalizarse el proyecto (3.300 metros).”

- Hechas las anteriores precisiones, encuentra el Tribunal que conforme al pliego de condiciones y al texto del contrato, desde el inicio existía como condición, que los equipos que se adquirieran serían destinados con exclusividad para la construcción de la obra y que solo podrían ser retirados a la terminación de la misma. De otra parte, dado el objeto exclusivo del contrato (construcción de unos túneles y pozos como parte de un sistema), tal y como quedó referido por algunos de los testigos Juan Martín Acosta López, [Insertar] las máquinas tuneladoras prácticamente se fabrican con especificaciones muy precisas, que hacen que solo sean utilizables para la obra a la cual están destinadas.

- Esta circunstancia especial, lleva a entender que desde el comienzo del contrato no debería existir ninguna expectativa por parte del contratista sobre la recuperación de algún valor de rescate de las máquinas, pues era entendido que solo serían útiles para la obra a la cual estaban destinadas.
- No obstante lo anterior, es claro que una vez terminada la obra, a pesar de que usualmente la utilización de los equipos termina con la finalización de la obra, lo cierto es que ello no implica que se pueda afirmar que los equipos pierden cualquier valor de reposición, pues bien puede presentarse la eventualidad de que apareciere una nueva obra en la que puedan ser utilizados o en el peor de los casos, que pueda ser deshuesada la máquina y comercializar sus partes.
- Bajo ese entendimiento, se puede afirmar que el valor de recompra establecidos en los contratos de adquisición de los equipos, puede tomarse como el valor a que tendría derecho la demandante por concepto de stand by, con lo cual se le resarciría el perjuicio reclamado.
- No obstante lo anterior, encuentra el Tribunal que dentro del expediente no aparece ninguna prueba que acredite que la demandante hizo uso de la opción de recompra que tenía a su favor, de manera que tal opción no solo caducó, sino que implica que por su propio actuar CASS renunció a ella, de donde resulta que no puede pretender ahora que se le reconozca el valor que tendrían las máquinas.

Cosa distinta hubiera sido que CASS, a pesar de las circunstancias por las que atravesaba el desarrollo del contrato y las demoras presentadas en la ejecución del mismo, hubiera ejercido oportunamente la opción de recompra, en cuyo caso, si bien no hubiera estado en disponibilidad de entregar los equipos al fabricante, dado que se encontraban atrapados dentro de la obra, tal proceder hubiera implicado que se habrían trasladado los riesgos de pérdida del precio de recompra, a la EAAB, pues, como se ha expresado a lo largo del Laudo, los inconvenientes y demoras en la ejecución de la obra se debieron a incumplimientos por parte de la demandada.

- Conforme al razonamiento expuesto, es menester concluir que si bien hubiera existido la posibilidad de reclamar un stand by por los incumplimientos del contrato, representado en el valor de recompra de los equipos, este derecho no

puede ser reconocido dado que la propia demandante nunca ejerció la opción de recompra que tenía a su favor, de manera que la pérdida de dicha posibilidad desapareció por su propio proceder.

- Tampoco aparece en el expediente prueba de una nueva o diferente oferta de compra de las máquinas por parte de un tercero, de manera que no hay manera de probar el valor real de un precio que se hubiera podido fijar para el valor de salvaguarda de los equipos.
- No obstante lo anterior, es claro que como lo indica el perito en su experticia, el hecho de que el contratista hubiere perdido la oportunidad de ejercer la opción de recompra, no desaparece el hecho de que el tuvo que atender todos los gastos necesarios para el cuidado y mantenimiento de los equipos durante el tiempo en que han estado inactivos y que se requirieron para conservarlos adecuadamente. Por ello, el Tribunal reconocerá el valor de dichos gastos como perjuicio por stand by, los que de acuerdo con la valoración del perito ascienden a la suma de \$3.221.486.551, conforme con la siguiente discriminación:

EQUIPO	EPB TBM DIAMETRO 4.940 MM	EPB 3200AH	TOTAL
EQUIPO REZAGA	462.872.000		462.872.000
GENERADORES ELÉCTRICOS	61.335.788	90.444.297	151.780.085
SUBESTACIONES ELÉCTRICAS	138.994.167	105.088.750	244.082.917
AMORTIZACIÓN DE EQUIPOS PARA EL SERVICIO DE BOMBEO, VENTILACIÓN Y MANTENIMIENTO.	327.890.351	176.667.361	504.557.712
VIGILANCIA			623.994.202
ENERGÍA ELÉCTRICA			886.173.648
MANTENIMIENTO			348.075.987
TOTAL AFECTACIÓN ECONÓMICA			3.221.486.551

Respecto de esta suma será reconocida actualización, mas no intereses de mora por cuanto su exigibilidad surge con el presente laudo.

4.8.9. SOBRE COSTOS DE MAYOR PERMANENCIA

Reclama la demandante que se le reconozca por este concepto los gastos en que incurrió desde sept de 2012 a febrero de 2013 por concepto de los pagos que hizo por gastos de personal temporal, personal de obra, personal de oficina, insumos y administración, sobre el entendido que debió incurrir en ellos debido a las ampliaciones del plazo que tuvo el contrato, producto de los incumplimientos de parte de la EAAB.

Sobre el particular, encuentra el Tribunal que:

- Conforme a la modificación No. 3 del Contrato No. 1-01-25500-1115-2009 suscrita el día 2 de agosto del 2012, las Partes establecieron la ampliación del término del contrato hasta el día veinte (20) de noviembre del 2012.
- No ha expuesto la demandante cual la razón para reclamar los supuestos sobre costos, únicamente a partir del mes de Sept de 2012, siendo que invoca como hechos que soportan su pedimento, la distintas modificaciones de ampliación del plazo del contrato, en las que el Tribunal no encuentra que se halla dejado constancia alguna por parte de la reclamante sobre el reclamo por los sobrecostos que se le hubieran causado.
- Por el contrario, en las actas de modificación del plazo, aparece manifestación expresa de que el contratista “ ...renuncia a los sobrecostos que se puedan causar”.
- De otra parte, no se encuentra razonable el reconocimiento de estos supuestos perjuicios, si se tiene en cuenta que para la reclamación comprende gastos ocasionados desde la fecha en que la contratista terminó con la construcción del túnel de emergencia y hasta la fecha del acta de entrega del contrato, siendo que para septiembre de 2012, por todos los antecedentes se sabía que ya no había obra alguna que realizar, dado que la EAAB no había cumplido con la entrega del predio INVIAS ni había aprobado los términos del nuevo contrato para la construcción del pozo ITC 12.
- Frente a tales circunstancias, no se entiende como la contratista continuó contratando y pagando gastos de personal e insumos que no resultaban necesarios, dado que no habiendo obra que construir no necesitaba incurrir en tales gastos. Puede exceptuarse el valor del personal que se hubiera tenido que

contratar para vigilancia de los equipos mientras se terminaba el contrato, pero no se encuentra prueba de la determinación de tal valor.

- De otra parte, en cuanto al valor del mantenimiento y cuidado de los equipos, este rubro de perjuicios ya fue reconocido al resolver el stand by, de manera que no hay lugar a hacer una doble estimación de ellos en este punto.
- Por lo anterior, se niega el reconocimiento del perjuicio reclamado.

4.8.10. SALDO POR PAGAR DEL CONTRATO

Reclama la demandante el pago del saldo del contrato por valor del \$12.155.863.695, que según su dicho corresponde al saldo del valor del contrato que no se le pago, dado que no se pudo ejecutar por culpa de la EAAB.

Sea lo primero precisar que, conforme al juramento estimatorio de la demanda, el saldo por cancelar a la Convocante es de ONCE MIL MILLONES SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$11.061.835.963). De otra parte, conforme al documento de presupuesto oficial del Contrato No. 1-01-25500-1115-2009, el A.I.U. es del cuarenta y un por ciento (41%), en donde corresponde a la Administración treinta y dos por ciento (32%), Imprevistos, uno por ciento (1%) y Utilidad ocho por ciento (8%).

En cuanto al reconocimiento pretendido del valor del saldo del contrato, es necesario precisar que resulta improcedente si se tienen en cuenta que se trata de un contrato llave en mano, de manera que si no se terminó con la totalidad de la obra contratada, no resulta procedente pagar por una porción de obra no ejecuta.

Sin embargo, es claro que la no terminación de la obra con la construcción del pozo ITC 12, no fue culpa del contratista sino que obedece a incumplimientos de parte de la EAAB, como ya se ha dicho anteriormente, de manera que la demandante tendría derecho a reclamar la parte de la utilidad que hubiera obtenido si se hubiera realizado la porción de obra pendiente.

Se encuentra que dentro de las pruebas, fuera de las ofertas presentadas por el consorcio, no existe ningún otro elemento que permita determinar debidamente, cual hubiera sido el valor del contrato a realizar para la terminación del pozo ITC 12.

Lo cierto es que si no se hizo la nueva contratación para el pozo ITC 12, del saldo pendiente de obra del contrato original quedaría pendiente por ejecutar la suma de \$12.155.863.695; sobre este valor, si se hubiere ejecutado el pozo 12 original, la contratista hubiere tenido un A.I.U. del 41% en los términos originales del contrato, por lo que se aplicará este último porcentaje sobre el valor del saldo del contrato por ejecutar, de donde la utilidad que hubiera recibido el contratista si hubiera sido por un valor de \$972.469.095,60, la cual se ordenara reconocer el equivalente al ocho por ciento (8%) de la Utilidad del valor no ejecutado, y que corresponde a la cifra reconocida de la pretensión del demandante. Sobre esta suma se reconocerán intereses de mora conforme con lo solicitado por la demandante principal.

4.9. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Como fundamento de sus pretensiones de la demanda de reconvencción, encaminadas ellas a la declaración de incumplimiento del Consorcio Canoas de sus obligaciones derivadas del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009 y las consecuenciales pretensiones de condena en su contra, EAAB, sostuvo que, partiendo de la naturaleza del contrato de obra llave en mano, el contratista tenía dentro de su objeto la ejecución total de las obras y la puesta en operación de las mismas para el funcionamiento del sistema de saneamiento del Rio Bogotá, el cual, tratándose en este caso, que las obras contratadas al Consorcio Canoas correspondían al último contrato de todo el sistema, al no ser ejecutadas en su totalidad, impidieron poner en funcionamiento todo el sistema.

Insiste la EAAB, en el perjuicio denominado como lucro cesante correspondientes al de gasto más de \$700.000.000.000, en razón del contrato objeto de controversia, predios e interventoría y demás contratos, predios e interventorías gastados para todo el sistema.

Justifica el valor de las pretensiones, teniendo en cuenta los Artículos 1616 del Código Civil y 16 de la ley 446 de 1998, señalando que el reconocimiento del daño debe ser integral y debe corresponder a todas la obras del sistema que no se pusieron en funcionamiento con ocasión del incumplimiento del contratista y en las metodologías expuestas por el perito ambiental, circunstancia que por lo demás demuestra el juramento estimatorio y, por lo tanto, no hay temeridad.

CNO alega que la debida interpretación del Numeral 4.2.2.14 de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009, permitía al contratista modificar el alineamiento, como efectivamente se hizo, para ello, durante el primer mes debía presentarse informe y plano de localización para iniciar trámite de utilidad pública el cual debía realizar EAAB, en este sentido el Numeral 4.2.2.14 de la invitación No. ICSM – 0731 – 2009, indicaba que con el informe y los planos de localización se iniciaba la gestión de modificación del Resolución de Utilidad Pública a cargo de EAAB. En el segundo mes de ejecución, se entregaban las fichas prediales. Indica que, el contratista entregó en los tiempos señalados los productos correspondientes, el 26 de marzo de 2010 el informe y el plano y, el 26 de Abril de 2010 las fichas prediales, de esta situación, la EAAB, certificó, según el apoderado de la constructora el cumplimiento el 10 de junio de 2010, 21 de Junio de 2011 y 5 de julio de 2011.

Con posterioridad al segundo mes, indica el demandado en reconvenición, se modificó el alineamiento en varias oportunidades por solicitud de la EAAB y no del contratista, dan cuenta de ello los inconvenientes presentados con el Predio Santa Ana y el cambio en las áreas de las plataformas de 50 x 50 a 25 x 25, ninguno de estos cambios modificó la ubicación inicial del pozo ITC 12, por lo tanto la necesidad de este predio seguía siendo la misma.

Con respecto al predio ITC 12, señala el apoderado de CNO que el predio ITC 12, según el PDT se requería para el 3 de Mayo de 2010. Destaca el apoderado que la EAAB el 26 de Mayo de 2010 solicitó la modificación de declaratoria de utilidad pública del proyecto, la cual solo se obtuvo hasta el mes de Noviembre de 2010, sin entrega de predio alguna.

Indica la CNO que en el mes de Diciembre de 2010 aviso que ya no había tiempo para construir el pozo, en razón al avance del túnel, razón por la cual se presentan las tres (3) alternativas frente a dicho pozo, siendo finalmente acordada la eliminación de la ubicación del pozo ITC 12 del predio Canoas y trasladándola al predio Invias, que según el acta de arreglo directo suscrita el 9 de Septiembre de 2011, dejaba pendiente por definir las condiciones y modalidad de contratación de la nueva estructura requerida por parte de la EAAB. Luego de presentadas la propuesta por parte del CONSORCIO CANOAS, está finalmente no es aceptada por la contratante, así como tampoco fue entregado el predio Invias con el fin de sacar las maquinas en las condiciones señaladas por la contratante el 5 de Junio de 2012.

Continúa la constructora alegando que la estructura de descarga no se ejecutó por falta de los permisos ambientales que no fueron entregados por la EAAB, no obstante haber entregado el contratista la información necesaria, inclusive la contratante el 11 de Noviembre de 2011 suspendió la ejecución de las obras hasta tanto se obtenga el permiso de cauce. En el Puente Rio Bogotá no se entregaron los permisos de modificación de cauce del Rio por la contratante y la manija tampoco pudo entregarse por falta de entrega de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB, de los permisos de DEVISAB, correspondiente a vía Indumil, por lo tanto tampoco se ejecutó.

El ITC 9 no se construyó porque el predio según PDT debía entregarse el 22 de abril de 2010. Este se entregó el 13 de febrero de 2012, momento para el cual el contratista manifestó que no se podía construir, se requería un nuevo diseño porque el túnel ya había pasado. CNO señala que no era posible acabarlo en el plazo contractual restante. Señala el apoderado de la constructora que, el 17 de julio de 2012, el gerente de la EAAB manifestó ante el Consejo de Estado que ese predio no se entregó y que la obra no se requería.

Con relación a las Vías acceso ITC 4, 11 y 12 y al ITC 11, no se entregaron los predios por parte de EAAB, razón por la cual, no se pudieron construir.

Frente al Vano pozo 10, por razones de seguridad, indica el apoderado de CNO esa pared no se puede levantar, se entraría el agua llevándose maquinaria y personas.

Finaliza la intervención de CNO, frente a los perjuicios indicados por EAAB que la causa de no terminación del contrato no es imputable al contratista, el perjuicio indicado es imprevisible e indirecto, no demostró lucro cesante y daño ambiental no está en la demanda. Considera una estimación hipotética las metodologías planteadas por el perito ambiental.

Con relación a las tuneladoras, señala CNO, que estas no pudieron ser extraídas por culpa de EAAB.

En la misma etapa la apoderada de CASS, recordando las excepciones propuestas en la contestación de la Demanda de Reconvencción, indica que queda demostrada la ausencia de culpa del contratista y la responsabilidad total de la EAAB, llegando a considerar la Demanda de Reconvencción y su juramento estimatorio como temerarios.

Señala CASS que EAAB desconoce el alcance de un contrato de obra llave en mano, el cual tiene un alcance definido dentro del objeto de contrato, y que de ninguna manera corresponde a un contrato aleatorio.

Presenta dos excepciones adicionales, cosa juzgada, en razón al fallo expedido por el Consejo de Estado el 28 de Marzo de 2014 y excepción de contrato no cumplido, relacionado con la imposibilidad de cumplimiento del contratista en razón del incumplimiento de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB.

Por su parte, el Ministerio Público sobre esta demanda manifestó en su concepto que la misma debía ser desestimada por el Tribunal, entre otras razones, porque no se configuró el incumplimiento alegado, porque su fundamento se encuentra soportado en una errónea interpretación de las instituciones jurídicas y de vocablos que no tienen un alcance técnico, jurídico o, común, tal como sucede con el concepto de “Stand By”, el cual el demandante en reconvención usa para darle un particular sentido de acuerdo con su conveniencia pues su entendimiento del concepto no tiene relación alguna con los conceptos de diccionarios y jurisprudencia.

Esta equivocada interpretación también se evidencia en las reclamaciones realizadas por la demandante en reconvención por conceptos de lucro cesante y daño emergente, pues la demandante en reconvención confunde en varias ocasiones estos conceptos como en el caso de la solicitud del pago de la cláusula penal como un lucro cesante desconociendo la naturaleza misma de este tipo de acuerdos contractuales, además de buscar el reconocimiento de un daño incierto, en este caso, como el titulado Daño Ambiental y el pago de la totalidad de las inversiones realizadas en el proyecto por parte del Consorcio Canoas, desconociendo que los predios son suyos así como las obras realizados en el proyecto de integral.

Además de lo anterior, la agente del Ministerio Público indica que en el caso en concreto el daño que alega la demandante en reconvención más que un daño directo del contrato por incumplimiento del consorcio Canoas, lo que se configuraría es un daño indirecto que obedece a múltiples factores externos al contratista, ni tampoco demostró la existencia de un nexo causal entre el daño alegado, razón por la cual no hay lugar a una responsabilidad contractual por cuenta del Consorcio Canoas.

Una vez analizada la Demanda de Reconvención presentada por la EAAB, se colige que tanto sus pretensiones como fundamento fáctico y probatorio se sustentan sobre la base de imputación de incumplimiento parte del Consorcio Canoas en la ejecución del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009.

Entiende este Tribunal Arbitral que la totalidad de las obras objeto del contrato no fueron ejecutadas, las razones por las cuales no se realizaron las mismas, corresponden principalmente a temas relacionados con permisos y gestión predial, hechos que no han sido negados por las partes, la diferencia entre las partes se presenta frente a la identificación del responsable frente a los éxitos de estas gestiones como presupuestos necesarios para la ejecución de las obras que no fueron ejecutadas.

No obstante las observaciones y comentarios presentados entre las partes durante la ejecución del contrato y las asignaciones de responsabilidad frente al tema predial y de permisos, establecidas en la invitación y en el contrato, resulta claro que existieron varios cambios de alineamiento por diferentes factores que se presentan en la ejecución de obras, tanto por hechos directos, como ajenos de las partes, lo cierto es que la gestión por parte de EAAB, fue continua por parte de la contratante, quien como bien se puede evidenciar de los documentos probatorios, comunicaciones entre las partes y actas principalmente, estuvo durante la ejecución del contrato a cargo de las gestiones prediales y de permisos las cuales para este Tribunal no pueden ser desconocidas, según se desprende entre otras, de las siguientes documentación: Comunicación 25200 – 2010 – 844 del 25 de Marzo de 2010, Comunicación CC – ITC - 079- 2010 del 21 de Abril de 2010, Comunicación 2551001 – 2010 – 0488 del 4 de Mayo de 2010, Comunicación 25200 – 2010 – 1375 del 26 de Mayo de 2010, Acta de Comité 19 del 10 de junio de 2010, Comunicación CC – ITC - 169- 2010 del 23 de Junio de 2010, Acta de Comité 24 del 5 de Agosto de 2010, Comunicación del 1 de Septiembre de 2010 oficio 2551001 – 2010 – 0973, Comunicación CCA- IN – 0319 – 2010, Acta de Comité 31 del 14 de Octubre de 2010, Comunicación No. CCA – IN 0319 – 10 del 2 de Noviembre de 2010, Acta de Comité 34 del 4 de Noviembre de 2010, Comunicación CC- ITC- 368 – 2010 del 24 de Noviembre de 2010, Comunicación CCA – IN 0342 – 10 y E2010 – 099044 del 29 de Noviembre de 2010, Acta de Comité 40 del 28 de Diciembre de 2010, Acta de Comité 41 del 6 de Enero de 2011, Acta de Comité del 46 del 3 de Febrero de 2011, Comunicación CC- ITC – 032 – 2011 del 14 de Febrero de 2011, Acta de Comité 57 del 27 de Mayo de 2011, Acta de Comité 59 del 9 de Junio de 2011, Acta de Comité 58 del 3 de Junio de 2011, Acta de Comité 60 del 16 de Junio de 2011, Comunicación CC – ITC – 280 – 2011 del 12 de Agosto de 2011, Acta de arreglo directo

del 9 de Septiembre de 2011, Comunicación No. 25510 – 2011- 02078 del 13 de Octubre de 2011, Comunicación 25510 – 2011 – 2305 del 10 de Noviembre de 2011, Comunicación No. 25510 – 2012 – 00051 del 5 de Enero de 2012, Acta de reunión extraordinaria 27 de Abril de 2012, Acta de Comité 89 del 7 de Junio de 2012, Comité 91 del 19 de Junio de 2012.

Por su parte, se puede evidenciar el interés del contratista frente a la ejecución de las obras que pudieron ser ejecutadas y como puso de presente a lo largo del contrato las dificultades en los temas prediales y de permisos como obstáculos que al final de cuentas le resultaron insalvables para cumplir el objeto del contrato, según se evidencia entre otros en los siguientes documentos: Acta de Comité 17 del 27 de mayo de 2010, Acta de Comité 24 del 5 de Agosto de 2010, Comunicación CC – ITC – 329 - 2010 del 13 de Octubre de 2010, Acta de Comité 31 del 14 de Octubre de 2010, Acta comité 33 del 28 de Octubre de 2010, Comunicación CC- ITC- 368 – 2010 del 24 de Noviembre de 2010, Acta de Comité del 44 del 20 de Enero de 2011, Acta de Comité del 45 del 28 de Enero de 2011, Comité 49 del 24 de Febrero de 2011, Comunicación CC – ITC – 108 – 2011 del 6 de Marzo de 2011, Acta de reunión extraordinaria 27 de Abril de 2012, Acta de Comité 57 del 27 de Mayo de 2011, Comunicación CC- ITC – 202 – 2011 del 23 de Junio de 2011, Acta de Comité 59 del 9 de Junio de 2011, Comunicación CC - ITC- 221 – 2011 del 1 de Julio de 2011, Comunicación CC - ITC – 239 – 2011 del 15 de Julio de 2011 , Comité de Comité 83 del 9 de Marzo de 2012, Comunicación CC – ITC – 280 – 2011 del 12 de Agosto de 2011, Comunicación CC- ITC – 206 – 2012 – del 20 de Junio de 2012.

No obstante lo anterior, y como fue explicado en anteriores apartes del presente Laudo, para este Tribunal, ha sido relevante el acta de arreglo directo celebrada por las partes el 9 de Septiembre de 2011, documento a través del cual, resolvieron las diferencias con relación a los hechos y reclamos con anterioridad a dicha acta y sobre los cuales se considera no hay lugar a que este Tribunal vuelva sobre ellos, cuando han sido las mismas partes, en uso de facultades contractuales quienes resolvieron de mutuo acuerdo las diferencias.

Ahora bien, con posterioridad a la celebración de dicho documento se evidenció el incumplimiento de EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB, con relación a la entrega de permisos, predios y resolución oportuna con relación al pozo ITC 12 a partir de las condiciones señaladas en el acta de arreglo directo del 9 de Septiembre de 2011.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que en ejecución de este contrato y teniendo en cuenta la complejidad que el mismo conllevaba, este Tribunal considera que no hay lugar a imputar responsabilidad al contratista con relación a la no terminación de las obras contratadas y en razón a los hechos evidenciados, se considera que los temas prediales y de permisos, se constituyeron en causas directas que impidieron al contratista ejecutar la totalidad del contrato.

Por las razones anteriores, no habiéndose acreditado por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –EAAB, el incumplimiento del CONSORCIO CANOAS del contrato con relación a la no terminación y ejecución total del contrato, no se encuentran probadas las pretensiones definidas en la Demanda de Reconvención, razón por la cual, este Tribunal se abstiene de pronunciarse con respecto a las excepciones de mérito propuestas por CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA.

4.10. SOBRE LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Habiéndose resuelto sobre las pretensiones de las demandas y sus excepciones, le corresponde al Tribunal hacer una verificación sobre la cuantía de las condenas y el valor de los perjuicios reclamados por las partes, para atender con la exigencia que consagra el artículo 206 del Código General del Proceso, que dispone:

*“ART 206. **Juramento estimatorio.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a las estimación.*

.....

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia....”

4.10.1. DEL JURAMENTO DE LA DEMANDA PRINCIPAL:

Verificado el contenido de esta demanda y el escrito de fecha 27 de Noviembre de 2013, mediante el cual se subsanó la demanda inicial, en relación con la estimación razonada de la cuantía, CASS señaló en su demanda la siguiente cuantificación:

Montos en reclamación a 31 de agosto de 2013

1. SALDO DE RETENCIÓN DE GARANTÍA	\$12.149.054.486
2. SALDO ACTA 31 (0,45%)	\$1.094.027.733
3. SALDO POR EJECUTAR (4,55%)	\$11.061.835.963
4. INUNDACIÓN DEL POZO ITC 1	\$130.325.513
5. STAND – BY TBM EPB – SM 4200	\$9.827.129.258
6. STAND BY TBM EPB – 3200 AH	\$14.297.077.517
7. DISEÑO POZO ÚNICO	\$1.394.077.513
8. ARRIENDO DE PREDIOS	\$660.256.204
9. MAYOR PERMANENCIA	\$4.433.497.263
10. TOTAL	\$55.047.281.449

Con la subsanación de la demanda, presentada el 27 de Noviembre de 2013, la demandante indicó que:

“(..)

1. *En cuanto a los perjuicio y sobrecostos a que se refiere la pretensión segunda principal, se servirá determinar de manera clara y expresa cuanto es el valor de los sobrecostos y perjuicios a que se refiere cada uno de los ítems relacionados en dicha pretensión.*

Obra en el expediente el reclamo contractual presentado por la convocante a la convocada el 17 de septiembre de 2013, en los que consignó los conceptos de reclamación y su monto, que corresponden a los que son objeto de la demanda, A PRECIOS DE AGOSTO DE 2013, así:

RECONOCIMIENTO DE COSTOS

2. BOMBEO	\$130.325.513
3. COSTO ARRIENDO (PREDIOS)	\$660.256.204
4. DISEÑO POZO ÚNICO	\$1.394.077.513
5. STAND – BY	\$6.111.181.134 (TBM EPB – SM 4200) \$11.670.543.260 (TBM EPB – 3200 AH)
6. MAYOR PERMANENCIA	\$4.433.497.263
7. PENDIENTE POR FACTURAR (5% RETEGARANTÍA)	\$12.155.863.695
8. INTERESES	\$3.007.718.687
TOTAL	\$39.563.463.268

Teniendo en cuenta las condenas que ha reconocido el Tribunal y las razones por las cuales se han negado parte de las pretensiones y las excepciones propuestas, encuentra este Tribunal que, si bien el valor de las condenas es menor a lo solicitado en la demanda, y en algunos casos la cuantía reconocida es bastante inferior a la pretendida, hasta en mas de un 50%, no es procedente imponer ninguna sanción a la demandante por la diferencia de su estimación, si se tiene en cuenta que la sanción establecida en la norma aludida se fundamenta en varios presupuestos: (i) que haya sido reconocida la pretensión de condenar al pago de perjuicios por el incumplimiento alegado; (ii) que habiendo procedido el reconocimiento al pago del perjuicio, el valor estimado en la demanda resulte excesivo en mas de un 50% al valor que efectivamente se pruebe dentro del proceso; (iii) o que se nieguen las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los perjuicios.

En otras palabras, la sanción que consagra la norma busca castigar a quien formula pretensiones temerarias o altamente infundadas, bien por su carencia de fundamento jurídico o factico para que puedan ser reconocidas o porque carecen de demostración cierta en cuanto al valor de la cuantía reclamada, por resultar esta excesiva frente al verdadero valor del perjuicio reclamado, para evitar que se sigan presentando demandas abusivas.

En este orden de ideas, es claro que han prosperado las pretensiones principales de la demanda, y si bien la cuantía de algunas de las condenas impuestas no corresponde con la estimación hecha por la actora, ello no corresponde a que su valor haya sido infundado o temerario, sino al hecho de que, a pesar de haberse declarado el

incumplimiento de la parte demandada, algunos de los perjuicios pretendidos no han sido reconocidos debido a la falta de relación de causalidad del hecho con el daño reclamado, situación esta que no es sancionada por la ley.

Ahora bien; aun cuando en la parte resolutive de este laudo, como se verá más adelante, se negarán algunas condenas por los perjuicios reclamados, este Tribunal se abstendrá de imponer la sanción prevista en el art. 206 del C. G. del P., atendiendo al hecho de que conforme a la citada norma “La aplicación de la solución prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Revisado el contenido de la demanda y la actuación desplegada por la parte actora a lo largo del trascurso del proceso, y la realización probatoria a la que acudió para tratar de demostrar la valoración de los perjuicios, se establece sin ninguna duda que, a pesar de la actividad desarrollada, estos fueron desestimados, la mayoría de las veces por falta de relación de causalidad, pero en ningún caso ello obedeció a un actuar negligente o temerario de la parte.

Por esta razón no habrá lugar a imponer ninguna sanción.

4.10.2. DEL JURAMENTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

Bajo los mismos parámetros antes mencionados, es claro que tampoco procede imponer sanción alguna por este concepto, dado que la condena en perjuicios no fue negada por falta de demostración, a pesar de que los reclamados no guardaban ninguna relación de causalidad con el incumplimiento alegado, sino por cuanto no se demostró ni se reconoció que hubiera existido el incumplimiento contractual que supuestamente se imputaba a los demandados.

No obstante lo anterior, no puede este Tribunal dejar de llamar la atención sobre el hecho de haberse reclamado por parte de la EAAB, unos perjuicios totalmente desproporcionados y carentes de relación con la causa de incumplimiento invocada.

En efecto; se pretendía en la demanda de reconvencción que se declarara el incumplimiento del CONSORCIO CANOAS al Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009, por la falta de algunas de las obras previstas en el contrato, como lo era la construcción del pozo ITC 9, ITC 11 e ITC 12; el puente

sobre el río Bogotá, vías de acceso a algunos pozos, y otras obras, según lo indicado en la pretensión segunda de la demanda de reconvencción.

Como consecuencia de los supuestos incumplimientos, se pretendía que se condenara a los perjuicios derivados de ellos, representados en un stand by *“consistente en la imposibilidad de usar las obras que si ejecutó el contratista, por cuanto su carácter parcial no lo permite”*. Solicitó además el pago de los daños materiales que sufrió la EAAB *“que se derivan de la imposibilidad de interconectar las obras contratadas en el contrato No. 1-01-25500-1115-2009, con las obras ya construidas con los contratos Celebrados por el EAB (sic) con anterioridad, toda vez que el conjunto de las obras citadas constituyen el sistema troncal sanitario que hace parte del Programa de Saneamiento del río Bogotá”* (subrayado fuera del texto)

De la apreciación de las pruebas obrantes al proceso, sin desconocer el especial conocimiento que la EAAB debería tener perfectamente claro sobre el hecho de que el contrato que se encuentra en discusión en este proceso es simplemente una parte del total del Programa de Saneamiento del río Bogotá, salta a la vista que era pretensioso reclamar, como un supuesto perjuicio, el hecho de no haberse puesto en funcionamiento todo un sistema, siendo que:

- Parte de la construcción de la obra se detuvo como consecuencia de la orden de suspensión impartida por el Consejo de Estado, en desarrollo de una acción popular, a la que ya se ha referido este Tribunal en aparte anterior.
- Así se hubiera realizado la totalidad de la obra objeto del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009, lo cierto es que en manera alguna hubiera sido posible poner en funcionamiento la totalidad del sistema de saneamiento del río Bogotá, por la sencilla razón de que no se había realizado la totalidad de las obras que se requería para ello, como la PTAR que se requiere en la desembocadura del sistema al río, para el tratamiento de las aguas residuales, por ejemplo.
- Fue la propia incapacidad de parte de la EAAB la que llevó a la imposibilidad de conseguir el predio “INVIAS”, en el cual se debería haber realizado la construcción del pozo ITC 12, de acuerdo con las modificaciones que las partes hicieron al contrato original. No habiéndose conseguido el predio, no fue posible la terminación de la obra, y en consecuencia tampoco era posible poner en funcionamiento todo el sistema.

- Pretender que como no se pudo interconectar todo el sistema, que como ya se dijo, no se debió solamente a la falta de terminación del Contrato de Obra bajo la modalidad Llave en Mano número 1-01-25500-1115-2009, en consecuencia el perjuicio por el cual debería responder el contratista era el del daño ambiental ocasionado por la falta de la obra, es un despropósito y falta de objetividad en la causa de responsabilidad por incumplimiento que fue reclamada, si se tiene en cuenta que : (i) el daño al medio ambiente se viene causando desde hace muchos años por causas ajenas al contratista, debido a que se ha permitido la llegada de desperdicios al río, provenientes de la industria, por ejemplo; (ii) Precisamente la anterior circunstancia fue la que llevo al Consejo de Estado, en virtud de la acción popular que se adelantó, a ordenar que se realizara la obra de saneamiento del río, ordenando específicamente a la EAAB y otras autoridades, la realización de las mismas, sin que por ello se hubiere declarado responsable al CONSORCIO vinculado a este proceso; (iii) siendo evidente la existencia del daño ambiental que se ha ocasionado al río y su entorno, frente al posible perjuicio que se haya presentado, tal y como lo manifestó el apoderado de la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT en su alegato de conclusión, quienes estarían legitimados para reclamar el perjuicio por el daño ambiental que se les ha causado, no sería la EAAB sino todos los habitantes del sector que son las personas que directamente se encuentran afectadas, mas aún cuando, como lo indica el Consejo de Estado, es la propia EAAB una de las responsables por los daños que ha sufrido el Río.
- A pesar de lo evidente de los hechos antes mencionados, resulta que no es suficiente haber reclamado tal perjuicio y haber gastado una importante suma de dinero en honorarios y gastos para la realización del peritazgo ambiental, sino que resulta que en los propios alegatos de conclusión el apoderado de la EAAB insiste en la reclamación de tal perjuicio, llegando hasta calificar que la pretensión dineraria contendida en su demanda, resulta exigua frente al valor del perjuicio valorado por el perito ambiental, lo que de alguna manera demuestra su terquedad en reclamar lo que no corresponde, a pesar de los hechos probados en el proceso.
- Si bien la apoderada de CASS tanto en la contestación de la demanda de reconvencción como en sus alegatos finales, ha solicitado que se sancione al apoderado de la EAAB por temeridad y mala fe en su actuar, este Tribunal no puede acceder a ello, pues las actuaciones realizadas por dicho apoderado no demuestran claramente que se hayan hecho con temeridad o mala fe, en cuyo caso sería sancionable su proceder, sino que mas bien pone en evidencia una

falta de rigor, como lo demuestra varias de sus actuaciones a lo largo del proceso, tales como insistir en que el Tribunal estaba obligado a decretar de oficio un dictamen financiero para suplir el error en que había incurrido al aportar como tal uno elaborado por la propia parte; o sostener que el documento elaborado por un empleado de la EAAB, por ese solo hecho debe ser considerado como “documento público”.

- No obstante lo anterior, este Tribunal si quiere poner de presente la irresponsabilidad y ligereza con la que actuaron tanto la EAAB y su apoderado, con la formulación de la demanda de reconvención, pues independientemente de los incumplimientos pretendidos, es claro que los perjuicios reclamados carecían de RAZONABILIDAD, pero mas grave aún, si como lo indicó el apoderado en varias de sus intervenciones, lo que se pretendía defender era el bien común que consagra la Constitución Política, no se entiende como, desconociendo ese mismo bien superior, se despilfarra innecesariamente una cuantía importante de dinero, pagando honorarios de un dictamen pericial que a todas luces era inconducente para probar un perjuicio inexistente.

Conforme a lo anterior, resulta improcedente imponer alguna condena con ocasión a la estimación de perjuicios hecha en la demanda de reconvención, dado que la pretensión principal de declarar el incumplimiento por parte del CONSORCIO CANOAS, no fue aceptada y, en consecuencia, los perjuicios consecuenciales de ello, son negados no por el valor de la estimación del valor de los mismos sino por no haber lugar a los mismos dado que no existió el incumplimiento pretendido.

4.11. DE LA DEVOLUCIÓN DE LA RETENCIÓN EN GARANTÍA

CASS, en su demanda, en varias de sus pretensiones -PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL LITERAL F, PRETENSIÓN SÉPTIMA PRINCIPAL, PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL- solicita a éste Tribunal que se declare que la Convocada incumplió el Contrato de Obra Bajo la Modalidad de Llave en Mano No. 1-01-25500-1115-2009 por la negativa de efectuar la devolución de la retención en garantía en los términos pactados en la cláusula tercera del mencionado contrato.

En su alegato de conclusión la Convocante reitera su posición respecto de las pretensiones mencionadas.

La Convocada en su escrito de contestación de demanda como en su alegato de conclusión, señala que la devolución que se impetra por la Convocante no se ha hecho, por cuanto ésta depende de la liquidación del contrato, como se consignó en el mismo, liquidación ésta que se ha pedido realizar al Tribunal.

La señora Procuradora en su concepto estima que la retención en garantía se encuentra condicionada a la liquidación del contrato.

Para resolver el Tribunal considera:

A.- En el contrato de obra numero 1-01-25500-1115-2009 en la cláusula TERCERA- forma de pago- se señala en el párrafo segundo, que la Convocada retendrá por concepto de garantía el 5% del valor de las actas de obra y de ajuste, y, que estos valores, serán reintegrados una vez se suscriba el acta de liquidación del contrato.

B.- No encuentra el Tribunal que las partes hayan desconocido o tachado el contenido de ésta cláusula y por lo tanto entiende que la condición allí establecida para la devolución de la retención en garantía no sufrió ninguna modificación.

C.- Dado que como se analizará en el capítulo relacionado con la Liquidación del Contrato, esta liquidación no se ha realizado y, se ha pedido al Tribunal que la efectúe, solamente hasta que ello se produzca, como en efecto se realizará en éste Laudo, se cumplirá la condición establecida para la devolución del valor que se haya retenido, devolución que se ordenará sin adiciones de actualización, ni de intereses de mora por no existir los elementos para ello.

D.- Por la claridad de la situación planteada el Tribunal negará las pretensiones: PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL LITERAL F, PRETENSIÓN SÉPTIMA PRINCIPAL, PRETENSIÓN OCTAVA PRINCIPAL- que al respecto se han presentado por incumplimiento del contrato y procederá a ordenar la devolución de la suma de \$12.155.863.695.00 que se ha retenido como garantía, a favor de la Convocante, como se señalará en la parte resolutive de esta providencia

De otra parte se advierte que la Convocante deberá atender a lo estipulado en el “CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS” suscrito entre CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRETCHT S.A., SUCURSAL COLOMBIA y CASS CONSTRUCTORES, fechado el 15 de abril de 2013, en especial lo previsto en

el PARÁGRAFO SEGUNDO de la CLAUSULA PRIMERA donde se estableció que “Se excluyen de la presente cesión, los derechos económicos de la devolución de la retención en garantía, que en virtud del contrato de obra bajo la modalidad Llave en Mano N° 1-01-25500-1115-2009 deberá realizar la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB, al CONSORCIO CANOAS, si la misma es reclamada por CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A., la cual, en la proporción establecida en el acuerdo consorcial y la liquidación del contrato le corresponde a la Constructora (sic) NORBERTO ODEBRECHT S.A.”

Como en el presente proceso se ha demostrado el porcentaje de participación que tienen los consorciados en el contrato, el Tribunal en su decisión ordena que la devolución de la suma ordenada sea reintegrada así: sesenta por ciento (60%) de \$11.061.835.963,00, corresponde a \$6.637.101.577,80 a favor de CNO y el cuarenta por ciento (40%) de la misma suma que corresponde a \$ \$4.424.734.385,20 a favor de CASS.

4.12. DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO NÚMERO 1-01-25500-1115-2009

La Convocante en varias de sus pretensiones PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL LITERAL E, PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL NUMERAL 7, PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA NUMERAL 7, PRETENSIÓN SEXTA PRINCIPAL, solicita a éste Tribunal se declare que la Convocada ha incumplido el Contrato de Obra Bajo la Modalidad de Llave en Mano No. 1-01-25500-1115-2009 por la negativa de ésta al liquidar oportunamente el contrato, posición que reitera en su alegato de conclusión, relacionando las pruebas que en tal sentido según su criterio se aportaron al proceso y son demostrativas de su solicitud.

La Convocada desde la contestación de su demanda e igualmente en su alegato de conclusión solicita rechazar las pretensiones que hacen relación a éste tema, por cuanto considera que no se dieron los requisitos necesarios para realizarla, aceptando que el Tribunal determine lo que corresponda.

El Ministerio Público en su concepto relacionado con éstas pretensiones estima que dado que la liquidación del contrato según la ley citada por la Procuradora- literal d numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., no se hizo en ese término, y que no aparece en

el proceso acuerdo o interés de las partes para realizarla, por lo cual corresponde a éste Tribunal tal determinación.

Para resolver el Tribunal considera:

A.- En la invitación pública ICSM- 0731-2009 se estableció en el numeral 4.2.5 que el acta de liquidación final sería elaborada en conjunto entre el contratista y el interventor junto con sus anexos y que el contratista efectuaría la corrección de los defectos adecuando finalmente las zonas de las obras, adicionándole a la interventoría la obligación de verificar la existencia de las pólizas por parte del contratista y el trámite del paz y salvo que éste último debería tramitar ante las entidades distritales y municipales para la liquidación.

B.- En el contrato 1-01-25500-1115-2009 materia de éste Laudo, así como en los documentos que son parte integral del mismo se señaló en la cláusula vigésima séptima, que el contrato se liquidaría dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento de su plazo de ejecución, los cuales podrían prorrogarse por acuerdo entre las partes y teniendo en cuenta el artículo 38 del Manual de Contratación de la empresa Convocada.

C.- El 21 de febrero de 2.013 las partes Convocante y Convocada suscribieron el acta de entrega y recibo del contrato en el cual la interventoría deja constancia de que existen obras faltantes y no se comparten los argumentos del contratista quién también señala las diferencias que tiene con la interventoría.

Existe múltiples comunicaciones cruzadas entre las partes que contienen sus solicitudes-de la Convocante- para la firma del acta de liquidación y – de la Convocada- para abstenerse de ello, hasta tanto no se cumplan los requisitos de acuerdo y documentación exigidos para tal suscripción. De esas comunicaciones el Tribunal resalta:

D.- La Convocante en julio 10 de 2013 envió a la interventoría con comunicación CC-ITC-10-2013 el acta de liquidación del contrato, comunicación ésta respondida por la Convocada el 1 de agosto de 2013 mediante nota 25510-2013-01387 en la cual señala no conocer la suscripción del acta de liquidación ni su radicación en esa entidad.

E.- En julio 26 de 2013 la interventoría en comunicación CCA-IN-092-13 señaló al Convocante no compartir su versión del acta de liquidación y por ello la devuelven sin firmar, reiterando que firmarían el acta si ella reflejara un revisión conjunta que fuera salvaguardia de los derechos de las partes.

F.- El 3 de septiembre de 2013 la Convocada mediante oficio 25510-2013-01566 señala desconocer el documento de acta de liquidación suscrito por el consorcio y su radicación reconociendo que recibieron el oficio de la interventoría CCA-IN-09213 indicando que la razón de la devolución del acta de liquidación sin firmar está en que ni la interventoría ni la EAAB aceptan suscribir documento que reconozca la posición de la Convocante.

G.- El 18 de septiembre de 2013, el Acueducto mediante oficio 25510-201-01676 el Acueducto dirigido a la Convocante, acusa recibo de la solicitud de liquidación del contrato y señala que éste ha sido enviado a la interventoría para que proceda a verificar los componentes del acta. En ésta comunicación también la Convocada realiza diferentes comentarios sobre lo que falta por entregar y cumplir por la Convocante y,

H.- La misma Convocada el 25 de septiembre de 2013 mediante comunicación 25510-2013- 01731 enviada a la Convocante manifiesta que encontrándose en termino para liquidar el contrato los invita a una reunión a realizarse el 1 de octubre de ese año, con el propósito de tramitar de mutuo acuerdo la liquidación, reunión que no se llevó a cabo por cuanto la demanda que dio inicio a éste proceso se presentó el 18 de septiembre de 2.013 y en ella, como se ha repetido, se encuentran las pretensiones relacionadas con la liquidación.

Los documentos relacionados dejan claramente demostrado que las partes intentaron y fue su voluntad, que el contrato se liquidara de común acuerdo observándose los requisitos establecidos en el mismo, pero que tal acuerdo no concluyó en un resultado positivo, por cuanto se presentaron diferencias de forma y fondo respecto del cumplimiento de las obligaciones de las partes, que hicieron nugatoria tal finalidad.

Las diferentes posiciones asumidas por Convocante y Convocada respecto de sus argumentaciones para no liquidar el contrato firmando el acta correspondiente, no llevan al Tribunal a considerar que haya una conducta de mala fe por las mismas, sino de criterios diferenciados que llevaron precisamente a solicitar a la justicia arbitral que se procediera en tal sentido.

Encontrando entonces el Tribunal justificadas las explicaciones esgrimidas por la parte Convocada en la replica a los hechos, aun cuando no fueron materia de excepciones perentorias, para la no firma del acta de liquidación y, aceptada por ésta que tal diferencia se resolviera por el Tribunal, se negarán por las razones ya expuestas las pretensiones que buscan la declaratoria de incumplimiento imputables a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB – por esta causa y consignadas en las pretensiones -pretensión primera principal literal e, pretensión segunda principal numeral 7, pretensión primera subsidiaria de la pretensión segunda subsidiaria numeral 7, pretensión sexta principal,- como así se consignará en su parte Resolutiva, en este Laudo.

Teniendo en cuenta que la Convocante ha solicitado a éste Tribunal la liquidación del contrato, en su Pretensión SEXTA, solicitud aceptada por la parte Convocada, el Tribunal procederá a declarar liquidado el contrato 1-01-25511-111-2009, como así lo señalará en la parte resolutiva, sobre la base de la totalidad de las cifras que arroja éste proceso en contra y a favor de cada una de ellas.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN
 MANO NUMERO 1-01-25511-111-2009**

Liquidar el contrato de obra en los siguientes términos:

CONCEPTOS	VALOR
VALOR DEL CONTRATO	243.117.273.906,00
AJUSTES AL CONTRATO	18.209.618.730,54
VALOR DEL CONTRATO Y AJUSTES	261.326.892.636,54
VALOR EJECUTADO SIN AJUSTES	230.961.410.211,00
VALOR EJECUTADO CON AJUSTES	249.171.028.941,54
ANTICIPO	46.192.282.042,00
VALOR POR AMORTIZAR DEL ANTICIPO	2.431.172.739,00
VALOR EJECUTADO DEL ANTICIPO	43.761.109.303,00
RETE-GARANTÍA	11.061.835.963,00
SALDO POR EJECUTAR DEL CONTRATO (4,55%)	12.155.863.695,00
UTILIDAD DEL SALDO POR EJECUTAR A.I.U. SOLO U.	972.469.095,60

SALDOS A PAGAR A FAVOR DE LA CONVOCANTE	VALOR
RETE-GARANTÍA	11.061.835.963,00
UTILIDAD DEL SALDO POR EJECUTAR A.I.U. SOLO U.	972.469.095,60
SUB TOTAL	12.034.305.058,60
DEDUCCIÓN POR ANTICIPO	2.431.172.739,00
TOTAL	9.603.132.319,60

ACTUALIZACIÓN DE MONTOS	VALOR
RETE-GARANTÍA	11.061.835.963,00
UTILIDAD DEL SALDO POR EJECUTAR A.I.U. SOLO U.	1.055.875.374,49
SUB TOTAL	12.117.711.337,49
DEDUCCIÓN POR ANTICIPO	2.431.172.739,00
TOTAL	9.686.538.598,49

ACTUALIZACIÓN DE PAGOS	VALOR
RETE-GARANTÍA	11.061.835.963,00
UTILIDAD DEL SALDO POR EJECUTAR A.I.U. SOLO U.	1.146.586.471,02
INTERESES POR EL SALDO POR EJECUTAR A.I.U SOLO U	681.920.530,61
SUB TOTAL	12.890.342.964,63
DEDUCCIÓN POR ANTICIPO	2.431.172.739,00
TOTAL	10.459.170.225,63

Esta suma corresponde en un cuarenta por ciento (40%) a CASS por valor de \$4.424.734.385,20 y en un sesenta por ciento (60%) a favor de CNO por valor de \$6.637.101.577,80.

5. CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, encuentra el Tribunal probado el incumplimiento de la entidad pública demandada EAAB y parcialmente los perjuicios reclamados, así como la prosperidad de la petición de devolución de la garantía y de la liquidación del contrato,

aunque no de incumplimiento de EAAB en relación con estos dos puntos, por lo que se declararán no probadas todas las excepciones propuestas por la convocada inicial frente a las pretensiones de la demanda, y, en consecuencia, se accederá a las siguientes pretensiones de la demanda principal: primera principal, segunda principal (aunque parcialmente), tercera principal, cuarta principal, quinta principal (aunque parcialmente), sexta principal, séptima principal, novena principal y décima principal. Y se negará la octava principal.

Así mismo, el Tribunal declarará que no prospera ninguna de las pretensiones de la demanda de reconvención formuladas por EAAB, razón por la cual no se emitió ningún pronunciamiento respecto de las excepciones propuestas por CASS y CNO por no ser necesario.

6. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS COSTAS DEL PROCESO

Habiendo fracasado íntegramente las pretensiones de la demanda de reconvención como las excepciones que la misma parte formuló respecto de las pretensiones de la demanda principal de CASS, y teniendo en consideración que hubo prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda principal, el Tribunal dispone, con fundamento en lo previsto en los numerales 1 y 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, condenar en costas a EAAB en un cincuenta por ciento (50%) a favor de CASS y de CNO .

Con base en lo anterior, las costas son las que a continuación se liquidan:

6.1. HONORARIOS DE LOS ÁRBITROS, EL SECRETARIO, GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL TRIBUNAL Y OTROS GASTOS:

Gastos de presentación de la demanda	\$683.820
Honorarios de los Árbitros (incluido IVA)	\$1.071.840.000
Secretario (incluido IVA)	\$178.640.000
Gastos Administrativos (incluido IVA)	\$178.640.000
Protocolización y otros cargos	\$3.000.000
Total	\$1.432.803.820

6.2. AGENCIAS EN DERECHO:

El Tribunal fija como valor de las agencias en derecho, tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro, la suma de seiscientos dieciséis millones de pesos (\$616.000.000), obrando dentro los límites determinados por el Acuerdo Número 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo establece el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso.

Total costas y agencias en derecho: \$2.048.803.820

Teniendo en cuenta que EAAB ya pagó el cincuenta por ciento (50%) de los gastos iniciales señalados por el Tribunal, tal y como fue informado por el Presidente del Tribunal y consta en el Acta número 9 de fecha quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014), es decir, la suma de mil cuatrocientos treinta y dos millones ciento veinte mil pesos (\$1.432.120.000), este valor deberá descontarse de la suma total por costas del proceso.

Por lo tanto, la entidad publica deberá pagarle a la CASS, por concepto de costas y de su proporción de parte de agencias en derecho, la suma de trescientos ocho millones seiscientos ochenta y tres mil ochocientos veinte pesos (\$308.683.820) y a CNO por concepto de costas y agencias en derecho la suma de trescientos ocho millones de pesos (\$308.000.000), y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Otros gastos”, se ordenará su devolución si a ello hubiere lugar.

TERCERA PARTE.- DECISIONES DEL TRIBUNAL

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal de Arbitraje integrado para decidir en derecho las diferencias entre **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.**, parte convocante principal y convocada en reconvención, y **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, litisconsorte necesario de la convocante principal y convocada en reconvención, y **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB**, parte convocada principal y convocante en reconvención, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Declarar no probadas las objeciones formuladas por **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.** en contra de las experticias contable de Íntegra Consultores Asociados S.A.S. y ambiental de Andrés Mogollón Duffó, con base en las razones expuestas en la parte motiva de este laudo, y, por ende, ordenar la entrega de los honorarios decretados a su favor.

Segundo: Abstenerse de imponer la condena al apoderado de **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** por temeridad y mala fe solicitada por **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Declarar no probadas, y en consecuencia, denegar las excepciones perentorias interpuestas por **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** denominadas “La naturaleza del contrato llave en mano”; “La excepción de contrato no cumplido”; “Excepción de Buena Fe”; “La Teoría de la Imprevisión”; “El equilibrio económico del contrato”; “El riesgo de la administración” y “Del stand by”, respecto de las pretensiones de la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cuarto: Declarar que **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** incumplió el CONTRATO DE OBRA MODALIDAD LLAVE EN MANO No. 1 – 01 – 25500 – 2009 cuyo objeto es: “EL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN DE UN TUNEL, BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO, PARA EL SISTEMA DE ALCANTARILLADO TRONCAL TUNJUELO – CANOAS” y el cual fue suscrito por las partes el 30 de Diciembre de 2009, de conformidad con el contenido del contrato y documentos constitutivos del PROCESO DE SELECCIÓN INVITACIÓN PÚBLICA No. ICSM – 0731 – 2009, respecto obligaciones pendientes después de la celebración del arreglo directo entre las partes de fecha nueve (9) de septiembre de dos mil once (2011), en la forma, términos y por las razones expuestas en esta providencia, y no por las demás causas invocadas por la demandante en la pretensión primera de la demanda.

Quinto: Condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** a pagar a **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.**, de conformidad con lo solicitado y la cesión que le hizo **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, según consta en el documento de cesión de derechos litigiosos, la suma de cuatro mil seiscientos cuarenta y cuatro millones

cuatrocientos veintiséis mil doscientos setenta y seis pesos con cincuenta y tres centavos (\$4.644.426.276, 53) como perjuicios causados por el incumplimiento de dicha entidad relativos a la utilidad del saldo no ejecutado del contrato y parcialmente al stand by de las maquinarias, suma que incluye la correspondiente actualización y negar la condena por los demás conceptos solicitados en la pretensión segunda principal de la demanda, con lo cual se acoge parcialmente esa pretensión segunda principal e integralmente la pretensión tercera de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia. La condena impuesta será cumplida en los términos legales y sobre el capital se causarán intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria del laudo y hasta la fecha efectiva del pago.

Sexto: En cuanto a la pretensión cuarta principal de la demanda por cuanto se trata de la misma petición contenida en la pretensión tercera principal de la demanda se acoge en los términos del numeral anterior de este resuelve.

Séptimo: Condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** al pago de interés moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa sobre las sumas liquidadas actualizadas que resulten a su cargo, según lo probado en este proceso, a favor de la sociedad **CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A.**, de conformidad con lo solicitado y la cesión que le hizo **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA** por la suma de seiscientos ochenta y un millones novecientos veinte mil quinientos treinta pesos con sesenta y un centavos (\$681.920.530,61) respecto de los perjuicios concedidos en este laudo relativos a la utilidad del saldo no ejecutado del contrato, por las razones expuestas en esta providencia. La condena impuesta será cumplida en los términos legales y sobre el capital se causarán intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria del laudo y hasta la fecha efectiva del pago.

Octavo: Tener por liquidado el CONTRATO DE OBRA MODALIDAD LLAVE EN MANO No. 1 – 01 – 25500 – 2009 celebrado entre las partes en la forma, términos y por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Noveno: Condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** a pagar a **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.** la suma de cuatro mil cuatrocientos veinticuatro millones setecientos treinta y cuatro mil trescientos ochenta y cinco pesos con veinte centavos (\$4.424.734.385,20) y a **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, la suma

de seis mil seiscientos treinta y siete millones ciento un mil quinientos setenta y siete pesos con ochenta centavos (\$6.637.101.577,80) por concepto de devolución de la retención en garantía del CONTRATO DE OBRA MODALIDAD LLAVE EN MANO No. 1 – 01 – 25500 – 2009, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia. La condena impuesta será cumplida en los términos legales y sobre el capital se causarán intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria del laudo y hasta la fecha efectiva del pago.

Décimo: Negar la pretensión octava principal de la demanda principal por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Undécimo: Ordenar que **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** de cumplimiento al presente laudo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Duodécimo: Negar la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvención de **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB**, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Tercero: Abstenerse de pronunciarse sobre las excepciones formuladas por **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.** y **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA** respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Décimo Cuarto: Condenar en costas a **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB** por la suma de seiscientos dieciséis millones seiscientos ochenta y tres mil ochocientos veinte pesos (\$616.683.820), que deberá pagar así, a **CASS CONSTRUCTORES & CÍA. S.C.A.** la suma de trescientos ocho millones seiscientos ochenta y tres mil ochocientos veinte pesos (\$308.683.820) y a **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. SUCURSAL COLOMBIA** la suma de trescientos ocho millones de pesos (\$308.000.000), por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

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

Décimo Sexto: Disponer que la Presidente del Tribunal rinda cuentas a las partes de las sumas que estuvieron bajo su cuidado y haga los reembolsos que correspondan de la partida de Otros Gastos que sea no sea utilizada.

Décimo Séptimo: 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 para el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo Octavo: Disponer que en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese,

LUIS HERNANDO GALLO MEDINA
Presidente

SAÚL FLÓREZ ENCISO
Arbitro

HERMAN ARIAS GAVIRIA
Arbitro

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria