

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

VELNEC S.A.

contra

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 30 de enero de 2007

Agotado el trámite previsto en la ley y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, se pronuncia en derecho el laudo que pone fin al proceso convocado por VELNEC S.A., en adelante Velnec, contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. (ESP), en lo sucesivo EAAB, el cual se pronuncia en derecho y es acogido en forma unánime por los árbitros.

CAPÍTULO I - ANTECEDENTES

Convocatoria, integración de la relación jurídico – procesal, agotamiento de la etapa de conciliación y trámite previo a la primera audiencia de trámite

El 4 de noviembre de 2005 por conducto de apoderado especial constituido para tal fin, Velnec presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una convocatoria arbitral para que se dirimieran las diferencias que esta planteó contra EAAB relacionadas con el Contrato de Consultoría No. 2-02-7700-0542-2002, en lo sucesivo El Contrato o simplemente Contrato, cuyo objeto era la “Consultoría para el estudio social, económico y jurídico de 583 predios ubicados en el barrio Santa Librada de la Localidad de Usme y en otros sectores de la ciudad, así como la adquisición del predio o compra de mejoras en los casos a que haya lugar y el traslado de familias mediante la formulación, ejecución y seguimiento del Plan de Gestión Social”.

Radicada la convocatoria, por medio de comunicación dirigida a las partes el 8 de noviembre de 2005, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

de Bogotá citó a las partes al sorteo público de los árbitros que habrían de integrar el Tribunal de Arbitramento que dirimiría las controversias referidas en la convocatoria, citación que fue convocada para el día 17 de noviembre de 2005 a las 8:00 a.m.

En esa fecha y hora se realizó el sorteo correspondiente, siendo designados como principales los que integran este Tribunal, quienes oportunamente y por escrito aceptaron su designación.

La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia celebrada el 30 de noviembre de 2005 a las 10:30 a.m., oportunidad en la cual se recibió el expediente y fueron designados presidente y secretario.

Desde la iniciación del trámite del proceso se informó de su existencia a la Procuraduría General de la Nación, que desde la audiencia de instalación se hizo presente en el proceso interviniendo activamente por conducto del Procurador Judicial Administrativo designado a tal efecto.

Una vez que el Tribunal se declaró legalmente instalado y se designaron presidente y secretario – mediante Auto No. 1 – de igual manera se profirió el Auto No. 2, mediante el cual se admitió a trámite la convocatoria arbitral y se dispuso la notificación al Representante Legal o al apoderado judicial de la entidad convocada, disponiéndose igualmente que una vez contestada la demanda principal, por secretaría se diera impulso al proceso como en derecho corresponde.

La notificación del auto admisorio de la demanda se produjo por conducto de la Directora de Representación Judicial y Actuaciones Administrativas de la EAAB el día 6 de diciembre de 2005.

Dentro del término previsto en la ley para tal efecto y por medio de apoderado especial debidamente constituido con tal fin, la parte convocada dio oportuna contestación a la demanda promovida en su contra y propuso una demanda de reconvención contra Velnec.

Así las cosas, por medio de Auto No. 3 del 20 de enero de 2006 se tuvo por contestada oportunamente la demanda principal, se admitió la demanda de reconvención cuya notificación personal también se ordenó y de igual manera se dispuso que se notificara a la demandada en reconvención y se corriera

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

simultáneamente y por secretaría, cuando a ello hubiera lugar, el traslado del cual trata el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil.

Dentro del término de traslado de la demanda de reconvención, la EAAB presentó, el día 3 de febrero de 2006, escrito de reforma a la misma, que se contrajo a incluir un llamamiento en garantía a la Compañía Mundial de Seguros S.A., que había expedido la Póliza A 0038583 a favor de la EAAB con cubrimiento de los riesgos de “Cumplimiento de Contrato”, “Buen manejo y correcta inversión del anticipo”, “Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones” y “Calidad del servicio”.

La demanda de reconvención fue contestada oportunamente por la EAAB mediante escrito del 14 de febrero de 2006, como en efecto así se la tuvo mediante Auto No. 4 del 15 de febrero de 2006, providencia mediante la cual se concedió a la llamante en garantía un término de cinco días para que acreditara la existencia del contrato de seguros invocado como fuente del llamamiento en garantía mencionado en la reforma a la demanda de reconvención.

Esa orden del Tribunal fue atendida por el apoderado de la EAAB mediante escrito del 20 de febrero de 2006.

De esta forma, por medio de Auto No. 5 del 27 de febrero de 2006, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía hecho por la EAAB a la Compañía Mundial de Seguros y dispuso la suspensión del proceso, en los términos y por el lapso consagrados en el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil, a fin de buscar su comparecencia al proceso.

El Auto No. 5 fue notificado a la Representante Legal de la Compañía Mundial de Seguros S.A., el día 17 de marzo de 2006.

El día 27 de marzo, dentro del término legal correspondiente y por conducto de apoderada especial constituida con el lleno de los requisitos de ley, la Compañía Mundial de Seguros manifestó que no le asistía voluntad de adherir al pacto arbitral.

El 29 de marzo de 2006, se profirió el Auto No. 6, por medio del cual se tuvo en cuenta la manifestación de la Compañía Mundial de Seguros, que el Tribunal calificó como “... legítimo ejercicio de sus facultades...”, y se dispuso la continuación del

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

trámite procesal; en esa misma providencia se ordenó correr traslado a la EAAB de la reforma a la demanda de reconvencción.

Mediante Auto No. 7 se dispuso correr traslado de las recíprocas excepciones de mérito que las partes se propusieron contra las pretensiones de la demanda principal y la de reconvencción y se les citó para audiencia de conciliación el día 27 de abril en la sede del Tribunal.

En la fecha y hora programadas se declaró fracasada la etapa conciliatoria del proceso, habida cuenta de la imposibilidad de llegar a una fórmula capaz de ponerle fin total o parcialmente al litigio, tal como consta en el Auto No. 8.

En esa misma oportunidad y agotada la fase conciliatoria, se profirió el Auto No.9 por medio del cual se fijaron los gastos del proceso y los honorarios a cargo de los integrantes del Tribunal, por medio de providencia que no fue objeto de ningún recurso.

Los apoderados de las partes solicitaron la suspensión del trámite entre los días 28 de abril y 15 de mayo de 2006, solicitud a la cual accedió el Tribunal.

Ambas partes depositaron a órdenes del presidente del Tribunal las sumas a cargo de cada una de ellas, por lo cual, conforme a las disposiciones legales, las partes fueron convocadas a la primera audiencia de trámite, para el día 31 de mayo de 2006.

CAPÍTULO II – EL TRÁMITE ARBITRAL

Iniciación

Ésta se inició el 31 de mayo de 2006 con la primera audiencia de trámite, que se desarrolló en el orden previsto en la ley, así: se dio lectura a la cláusula compromisoria, así como a las pretensiones de las partes y a sus excepciones y medios de defensa; se profirió el Auto No. 12, por medio del cual el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver el proceso y a continuación se profirió el Auto No. 13 de decreto de pruebas, frente al cual los apoderados de las partes dejaron manifestación expresa que en el acta consta en el sentido de que sus recíprocas solicitudes habían sido atendidas en su integridad. El Tribunal decretó

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

pruebas de oficio y contra el auto en cuestión no se presentaron recursos ni manifestaciones de ninguna índole.

Restantes audiencias de trámite

Con posterioridad a la culminación de la primera audiencia de trámite se realizaron dieciocho audiencias en el curso de las cuales se practicaron las pruebas decretadas, recibiendo el interrogatorio del Representante Legal de la EAAB y los testimonios decretados.

Pruebas

Documental

Se practicaron todas las pruebas decretadas, excepción hecha de las que fueron desistidas por las partes con el beneplácito del Tribunal y se adelantaron las diligencias correspondientes para su cumplida práctica.

La prueba documental fue la aportada por los sujetos procesales en las oportunidades de ley (demanda principal y su contestación, demanda de reconvenición y su contestación, traslado del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil); de igual manera forma parte de ella la documentación aportada por los testigos y la exhibida por el Representante Legal de la EAAB.

No se produjo prueba documental mediante oficio a terceras personas dado que ninguno de los sujetos del proceso lo solicitó.

De oficio se ordenó a la EAAB que remitiera, con destino al proceso, sendos documentos que militan en el Cuaderno de Pruebas No. 22 y que fueron requeridos por el Tribunal mediante Auto No. 21 del 3 de agosto de 2006, por medio del cual se recordó a la parte obligada a aportar la prueba que esos documentos debieron ser aportados dentro de los cinco días siguientes al de la ejecutoria del Auto No. 13 del 31 de mayo de 2006.

Otra porción considerable de documentos fue la que se dispuso incorporar al expediente en el curso de la respectiva audiencia, que tuvo lugar en la sede del

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Tribunal, iniciándose el día 28 de julio de 2006 y culminando el día 3 de agosto del mismo año.

Esta prueba documental conforma el Cuaderno de Pruebas No. 20.

También merece especial mención el informe aportado al proceso por el Contador René Orlando Chacón, que en un principio fue aportado por la convocante como un dictamen pericial, al cual el Tribunal, según consta en el auto de decreto de pruebas, le reconoció el valor de una prueba documental. La decisión que así lo dispuso no fue objeto de ningún recurso.

Ulteriormente, las dos partes se refirieron al contenido, alcance y valor probatorio de ese documento, tal como consta en los memoriales de los dos apoderados, que obran entre folios 348 y 352 del Cuaderno Principal No. 2, sobre los cuales el Tribunal se pronunció, ratificándose en lo que determinó desde la primera audiencia de trámite en relación con dicho documento, tal como consta en el Auto No. 22 del 13 de septiembre de 2006 (folios 354 a 358 del Cuaderno Principal No. 2).

En su conjunto, el expediente está conformado por 22 cuadernos de pruebas y 2 principales.

Prueba testimonial

Como anteriormente se indicara, el Tribunal decretó y recibió todos los testimonios solicitados, excepción hecha de los que fueron desistidos por el peticionario de los mismos, peticiones a las cuales se accedió previo traslado, en todos los casos, a la parte no peticionaria de la prueba.

En total, entre el 27 de julio y el 16 de agosto de 2006, fueron recibidos ocho testimonios, de cuya transcripción se corrió traslado a ambas partes para que se pronunciaran sobre ellas en los términos y oportunidades del artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

Interrogatorios de parte

Únicamente la parte convocante solicitó y practicó el del Representante Legal de la EAAB, que fue absuelto entre los días 28 de julio y 3 de agosto de 2006.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Término del proceso

Por solicitud conjunta de las partes que el Tribunal aceptó, por reunir los requisitos de ley, la solicitud de suspensión del proceso en tres oportunidades a saber: una primera oportunidad, durante 34 días comunes transcurridos entre el 12 de junio y 15 de julio, ambas fechas inclusive; en una segunda oportunidad, entre los días 8 y 15 de agosto de 2006; en una tercera ocasión por espacio de 37 días comunes, que transcurrieron entre el 7 de noviembre y el 11 de diciembre de 2006.

Lo anterior implica que el presente laudo se profiere en tiempo, pues el término legal para hacerlo, teniendo en cuenta las suspensiones del proceso, se extiende hasta el día 17 de febrero de 2007.

CAPÍTULO III – POSICIONES DE LAS PARTES

Síntesis de los hechos de la demanda principal

Los hechos de la demanda principal se inician con un recuento del marco legal que llevó a la EAAB a celebrar contratos del tipo del que es materia del proceso y contiene una detallada relación de la etapa pre contractual, con especial énfasis en el rol que, en la misma etapa, jugó el geólogo Elías Romero Vega como consultor que fue de la EAAB en desarrollo de un objeto contractual que, a juicio de la convocante, tenía íntima relación con el objeto del contrato que fue materia del proceso.

El recuento fáctico propuesto por la convocante continúa con una descripción pormenorizada del *íter* contractual, volcando la parte demandante su análisis en las diversas actas que se suscribieron a lo largo de la ejecución del contrato, distinguiendo entre acta de iniciación, actas de desarrollo y de terminación por mutuo acuerdo del contrato.

En el hecho número 10 de la demanda la parte convocante resalta que el geólogo Romero Vega fue designado interventor del contrato Velnec – EAAB.

Los hechos de la demanda refieren en detalle las dificultades que el contratista – consultor dijo haber encontrado en relación con los que, a términos del contrato, se distinguían como los insumos topográficos y de avalúos, los cuales, al decir de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

convocante, se tradujeron en las deficiencias de las fichas prediales, atribuidas, principalmente a la demora en su entrega y a las inconsistencias de las mismas. El resumen de las inconsistencias predicadas de las fichas se encuentra en el hecho 16.3 de la convocatoria.

Velnec señala que ante las marcadas deficiencias de las fichas hubo de volcar sus recursos técnicos, humanos y económicos para rehacerlas como única alternativa para satisfacer el objeto del contrato.

Otro tanto se predica en la demanda de los levantamientos topográficos y de los avalúos de los predios materia del contrato, en relación con los cuales Velnec, de igual manera, formuló serios reparos en punto de su idoneidad, tal como se lee en los hechos 17 y 18 del escrito de convocatoria, *in extenso*.

Según se lee entre los hechos 20 y 22 de la demanda las que Velnec califica como irregularidades presentadas en la ejecución del contrato fueron objeto de investigaciones por parte de la Contraloría Distrital, que, a juicio de la convocante, formuló serios reparos a la actividad de la EAAB en materia de contratación para las adquisiciones de predios.

La deficiente definición del corredor de obra constituye otro de los fundamentos fácticos de la reclamación y la parte demandante lo hace consistir en que no existía coincidencia entre la definición de dicho corredor y la realidad encontrada en campo, hecho que en la opinión de la convocante va aparejado con la indefinición de los predios a adquirir, que era básica para el cabal desarrollo del objeto contratado.

Otra fuente de incumplimientos que Velnec imputa a la EAAB consiste en las que la convocante denomina deficiencias en la apropiación presupuestal y no funcionalidad del sistema SAP R/3, dificultad que le impedía al contratista elaborar y notificar las Cartas Ofertas que por obligación debía cursar a los propietarios de predios incluidos dentro de la zona de afectación prevista en el contrato. Este hecho, en la opinión de la parte convocante, también se debió al desconocimiento de los funcionarios de la EAAB sobre la forma de funcionamiento del citado sistema.

La problemática del interventor y la que, en el sentir de Velnec constituye una sorprendente decisión de la EAAB, consistente en designar como interventor a quien con anterioridad había sido su consultor con el encargo de producir unos insumos que

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

según la demanda eran poco menos que inservibles, integran otro grupo de hechos de la demanda arbitral.

Otro grupo de hechos incluidos en la convocatoria consiste en el denominado por Velnec “Desfase en la forma de pago”, que conceptualmente alude, como la misma denominación dada a ese grupo de hechos lo indica, a la imposibilidad de facturar lo previsto contractualmente habida cuenta de la improvidencia que Velnec le imputa a la EAAB, a consecuencia de la imposibilidad de acometer oportunamente las labores propias del contrato, entre otras por fenómenos tales como la existencia de gran número de lotes inhabitados que por razones no imputables a Velnec no se reflejaban en las actividades contractuales generadoras de ingreso para el contratista; en general, el convocante se refiere a que era tal el volumen de actividades que le correspondió asumir y que no estaban previstas en el objeto del contrato, que era imposible que ellas pudiesen generar ingresos y que, por el contrario, motivaron la suspensión del contrato y su ulterior terminación.

Consecuencia de las circunstancias anteriormente resumidas, es que se dedicaron ingentes recursos a la realización de tareas que permitieran al contratista suplir las deficiencias que le atribuye a la EAAB, ninguna de las cuales pudo cobrar en consideración a las razones bien conocidas que rodearon la terminación del contrato.

También Velnec sostuvo que la EAAB incumplió el contrato en el tema conocido como el “estudio jurídico” de los predios objeto del mismo, que al decir de Velnec era un documento basado en los estudios de títulos que le correspondió al geólogo Elías Romero Vega en desarrollo del contrato que éste suscribió con la EAAB. Juzga Velnec que la deficiencia de los estudios de títulos encomendados a Vega, en suma con la discrepancia conceptual que la EAAB sostuvo con Velnec sobre el alcance de uno y otro documento, que nunca fue definitivamente superada, constituye una de las principales causas de desavenencias entre las partes del contrato y de incumplimiento de sus obligaciones por la EAAB.

Consecuencia de lo que hasta ahora se ha sintetizado siguiendo el mismo orden de la demanda, es que el cronograma de actividades fue imposible de cumplir, como que el mismo lo había diseñado el contratista para desplegar labores en condiciones normales, de todo lo cual ofrece como pruebas los anexos Nos. 12, 14 y 34 de la convocatoria que contienen igual número de actas del contrato en las que constan diferencias entre las partes sobre el punto que se viene tratando.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Enseguida constan en la demanda otros motivos de inconformidad del contratista y convocante en puntos que considera como generadores de incumplimientos imputables a la EAAB, tales como el cálculo tardío de las compensaciones a que había lugar según la Resolución 1190 de 1997, la necesidad de desplegar actividades no previstas en el contrato pero indispensables para ejecutarlo (“los productos no reflejaban la realidad del trabajo ejecutado”), la demora en la toma de decisiones por parte de la EAAB y frente a peticiones tanto de la comunidad como del contratista o el cambio de funcionarios de la Dirección Administrativa de Bienes Raíces de la EAAB, pese a lo cual (hecho 35), el convocante indica haber alcanzado altos indicadores de gestión frente a la comunidad.

Se refiere también la parte convocante a que fueron múltiples, expresas y reiteradas las solicitudes que hubo de elevar a la EAAB para que el plazo del contrato se ampliara con fundamento en las incontrovertibles dificultades que hubo de afrontar esa parte para cumplir con lo pactado y que no le eran imputables.

A continuación (hecho 37) la convocante describió, en cuadros separados, cuáles fueron los productos terminados y pagados y cuáles las actividades ejecutadas y no compensadas.

En el hecho 38 y siguientes de la demanda, el convocante hace una detallada cronología de lo acontecido entre septiembre y diciembre de 2003, mediante puntuales referencias a comunicaciones, reuniones e intercambio de posiciones entre las partes del contrato y con la participación de la interventoría, que claramente reflejan su divergente posición en torno al alcance de las obligaciones de cada una de ellas y dan cuenta de las suspensiones en que convinieron, hasta la terminación por mutuo acuerdo del contrato, convenida el 6 de julio de 2004.

Luego se ocupó el convocante de describir en detalle el proceso de entrega del producto de su trabajo, materializada en informes finales y actas de recibo, destacando que el plazo previsto contractualmente para su liquidación se agotó sin resultados positivos.

Por último la convocante describe en detalle los proyectos e intentos de liquidación del contrato y resalta la manera como se intentó conciliar, sin éxito, las diferencias que ahora se resuelven y señala la forma como se procedió frente a la Compañía Mundial

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

de Seguros, que expidió las pólizas a favor de la EAAB para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de Velnec, calificándolo de sorpresivo y extemporáneo.

El pronunciamiento de EAAB sobre los hechos de la demanda

EAAB se pronunció oportunamente sobre los hechos de la demanda de Velnec, y por medio del escrito que obra al expediente aceptó algunos de ellos, negó otros y manifestó que estaría a lo probado en relación con varios más de ellos.

Hizo énfasis la empresa convocada en que a Velnec le resulta imposible para dar fundamento a lo afirmado en los hechos de la demanda principal, desconocer la claridad de los términos de referencia de la invitación que dio lugar al proceso de selección que, a su turno, desembocó en la celebración del contrato materia de este litigio.

Se pronunció sobre el contenido, alcance y proyecciones del trabajo contratado por la EAAB con el geólogo Elías Romero, mencionando que el mismo no podría tenerse como insumo fundamental, sino simplemente como auxilio o ayuda para el contratista.

La parte convocada controvertió, en la generalidad de los casos, la forma como la convocante se refirió a las actas entre ellas suscritas, poniendo de presente que los apartes transcritos en la demanda no corresponden con el sentido que debe observarse en su contexto en cada acta.

En punto de los insumos, la EAAB resaltó que los únicos que tienen el carácter de necesarios eran el plano que definía el corredor de obra, la individualización de los predios a adquirir (levantamiento topográfico) y los planos en medio magnético, destacando que todos y cada uno de ellos fueron entregados oportunamente (29 de enero de 2003) a Velnec por parte del geólogo Romero Vega.

Recabó en las manifestaciones hechas por Velnec al firmar el contrato sobre su conocimiento de los términos de referencia, indicó que la información a cargo de la EAAB fue completa y oportunamente entregada al contratista, defendió la idoneidad de las fechas prediales y fue enfática la contestación de la demanda en señalar que el consultor era y debía ser conciente "... de las situaciones prediales, catastrales, jurídicas, técnicas y sociales..." reinantes en las áreas adjudicadas mediante el

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

contrato materia del proceso, tal como el propio Representante Legal de Velnec lo suscribió al presentar la oferta de esa compañía el 25 de septiembre de 2002.

La EAAB rechazó y solicitó que fuera probado que Velnec desplegó actividades más allá, al margen o en exceso de sus obligaciones bajo el contrato para suplir posibles deficiencias de información provenientes de la EAAB y descartó, de plano, que se hubiesen presentado circunstancias nuevas, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles capaces de afectar a Velnec en el cumplimiento de sus obligaciones.

En repetidos apartes de su extensa respuesta a los hechos de la demanda, la convocada sigue la misma línea ya expuesta de enfatizar sobre la previsibilidad de hechos o situaciones que el contratista ha debido prever y que no pueden ser la base para predicar el incumplimiento del contrato por parte de la EAAB, ni mucho menos la aplicación al mismo de la teoría de la imprevisión.

La EAAB se opuso en forma concreta a todos y cada uno de los cargos que Velnec le formuló a lo largo de los hechos 16 a 37 de la convocatoria.

Sobre las afirmaciones contenidas en los subsiguientes hechos de la demanda, la EAAB indicó, en términos generales que no eran asuntos de su incumbencia o responsabilidad, en aspectos tales como el anunciado déficit económico que el contrato pudo suponer para Velnec; admitió como cierto que el interventor del contrato había sugerido la imposición de sanciones a Velnec por el pretendido incumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato; admitió que las partes buscaron caminos de entendimiento directo, incluida la terminación por esa vía del contrato, aceptando que la misma se produjo el 6 de julio de 2004; negó que el informe final sobre la ejecución del contrato, señalado en el hecho 48 de la demanda, tuviera el contenido que se le atribuye por parte de la convocante; admitió que fue imposible llegar a un acuerdo sobre la liquidación del contrato dentro del término en él previsto; destacó que la convocante se dolía por la pretendida aplicación al contrato de los mandatos de la Ley 80, resaltando que en todo caso los incluyó dentro del capítulo de fundamentos de derecho de su demanda y aceptó que la EAAB se dirigió en relación con el contrato materia del proceso a la Compañía Mundial de Seguros, negando, eso sí, que esas comunicaciones tuvieran el sentido y objetivos que Velnec les atribuye.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Las pretensiones de la demanda principal y la posición de la EAAB sobre las mismas

Las pretensiones de la demanda principal son las siguientes:

“Primera. *Declarar que la Demandada incumplió las obligaciones derivadas del Contrato 2-02-7700-542-2002, toda vez que no entregó los insumos necesarios para la ejecución del Contrato en la forma pactada.*

“Segunda. *Declarar que la Demandada debió pagar a VELNEC, el día 23 de septiembre de 2004, por concepto de liquidación del Contrato 2-02-7700-542-2002, la suma de \$846.002.004,70, o la suma superior que se demuestre dentro del proceso, o proceder a liquidar el Contrato.*

“Tercera. *Condenar a la Demandada a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, las siguientes cantidades de dinero:*

“3.1. *La suma de \$846.002.004,70, o la suma superior que se demuestre en el proceso, correspondiente a las sumas dejadas de percibir por VELNEC bajo el Contrato 2-02-7700-542-2002, en razón del incumplimiento de la Demandada mencionado en la pretensión Primera, o la que resulte de la liquidación del Contrato.*

“3.2. *El valor de los intereses causados por mora, liquidados al doble de la tasa pactada (2% mensual), causados desde el día 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectúe.*

“3.3. *La pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre el 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectúe.*

“Primera Subsidiaria: *En subsidio de la pretensión Primera anterior, solicito declarar que circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, alteraron las obligaciones contractuales de VELNEC.*

“Segunda Subsidiaria. *Declarar que la Demandada debió pagar a VELNEC, el día 23 de septiembre de 2004, por concepto de liquidación del Contrato 2-02-*

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

7700-542-2002, la suma de \$846.002.004,70, o la suma superior que se demuestre dentro del proceso, o proceder a liquidar el contrato.

“Tercera Subsidiaria. *Condenar a la Demandada a pagar a VELNEC, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga las siguientes cantidades de dinero:*

“3.1. La suma de \$846.002.004,70, o la suma superior que se demuestre en el proceso, correspondiente a las sumas dejadas de percibir por VELNEC bajo el Contrato 2-02-7700-542-2002 en razón de las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, o las que resulten de la liquidación del contrato.

“3.2. El valor de los intereses causados por mora, liquidados al doble de la tasa pactada (2% mensual), causados desde el día 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectúe.

“3.3. La pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre e día 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectúe.

“Cuarta. *En todos los casos, condenar a la convocada al pago de las costas y agencias en derecho.”*

La EAAB se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda por estimar que las mismas carecen de todo fundamento legal.

Las excepciones planteadas por EAAB contra las pretensiones de la demanda principal

Como excepciones de mérito y presentadas bajo el rubro que denominó “Argumentos de Defensa”, la EAAB formuló las siguientes, aparejada con la solicitud para que el Tribunal, de oficio, declarara las demás que encontrare probadas:

1. Contrato por productos entregados y pagados

En sustento de la misma, indicó que este contrato tenía una particular forma de remuneración, atada al pago de lo efectivamente ejecutado, de donde la EAAB colige que a Velnec se le pagó por todo lo que realmente ejecutó, señalando que si tuvo

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

lugar a mayores costos, éstos se deben a causas en un todo imputables al contratista, entre las cuales menciona: "... errores de oferta, falta de preparación y conocimiento del contrato por alegar como anormal y extraordinario lo que es ordinario y habitual en procesos de adquisición de predios en zona subnormales, etc."

2. Las fichas prediales no son elementos esenciales para la adquisición de predios

Esta excepción la hace consistir la EAAB en que la importancia que Velnec da a esos elementos del contrato no tiene la magnitud que en la demanda pretende atribuírsele, señalando la demandada que no se trata, en ningún caso, de formalidades o condiciones *ad substantiam actus*.

3. Ejecución exigua y escasa

En apoyo de esta excepción, la parte convocada señala que la mínima ejecución de sus obligaciones por parte de Velnec no da pie ni puede ser base suficiente para imputar a la EAAB incumplimiento de sus obligaciones contractuales, máxime cuando los retrasos o incorrecciones de la convocada no tuvieron virtualidad alguna para impedir el cumplimiento de las suyas por parte de Velnec.

4. Lo ocurrido y encontrado en los predios a adquirir es lo habitual en procesos propios de zonas subnormales

Para dar forma a esta excepción, la EAAB sostiene que justamente acudió al concurso de profesionales expertos para que fueran ellos los que, basados en su conocimiento y experiencia, hicieran frente a las anormales condiciones de los predios ubicados en la zona en la cual habría de desarrollarse el contrato.

Enfatiza la convocada y demandante en reconvención, que en el proceso de selección identificó varias de esas dificultades y particularidades.

5. Por las actividades contratadas, la ejecución del contrato y obligación del convocante era de resultado y no de medio

6. La mala fe del convocante en sus actuaciones en querer inducir a errores no solamente a la EAAB sino a la comunidad afectada

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

7. Excepción de contrato no cumplido

La misma se sustenta en que, a juicio de la EAAB es imposible para Velnec reclamar perjuicios al haber sido ella la que, sin motivo ni justificación, incumplió sus propias obligaciones.

Síntesis de los hechos de la demanda de reconvención y su reforma

Los hechos de la demanda de reconvención se encuentran divididos temáticamente de manera que los primeros nueve de ellos contienen un recuento de los antecedentes que dieron lugar al contrato, su celebración e iniciación.

Los hechos 10 a 17 de la demanda se ocupan, a espacio, en poner de presente el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la EAAB especialmente en cuanto a entrega de insumos e información suficiente y necesaria para la ejecución del contrato por parte de Velnec.

Hizo especial énfasis la EAAB sobre la idoneidad de la información y sobre la previsibilidad de dificultades en la ejecución contractual a cargo de Velnec.

A partir del hecho 20 y hasta el 23, la EAAB se ocupó de poner en claro los motivos que en el sentir de esa parte del proceso suponían el incumplimiento de sus obligaciones por parte de Velnec, especialmente por demoras, insuficiencias y bajo rendimiento imputado al consultor en la entrega y calidad de los productos a su cargo.

Los hechos 24 y siguientes se refieren a pretendidos incumplimientos de Velnec frente a otras de sus obligaciones, en aspectos tales como los estudios de títulos, la presentación de las cartas de oferta, la disposición del mínimo de personal contemplado en la oferta, etc.

Desde el hecho 30 está contenida la cronología de la pretendida modificación del contrato, deteniéndose en los aspectos que motivaban esa solicitud desde el punto de vista del contratista y aquellos sobre los cuales, en la opinión de la Interventoría, era justificada esa solicitud, concluyendo, según lo afirmado en el hecho 32, en la ampliación del plazo del mismo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

El hecho 33 se refiere a la suspensión del contrato y los subsiguientes, 33 y 34, aluden a la terminación del contrato por mutuo acuerdo y a la presentación del informe final a cargo del contratista.

Menciona el hecho 36 que las partes no lograron llegar a un acuerdo sobre la liquidación del contrato y en los hechos finales (37 y 38) la EAAB le imputó, cuantificándolo y ofreciendo un cuadro comparativo sobre las actividades contratadas, las ejecutadas por el contratista y su valor final

Como es sabido, la reforma a la demanda de reconvencción, se contrajo a incluir el llamamiento en garantía sobre el cual esta providencia ya incluyó un sucinto recuento en punto a su presentación y suceso.

Respuesta a los hechos de la demanda de reconvencción

Frente a los primeros nueve hechos de la demanda de reconvencción, es del caso anotar que Velnec los acepta con excepción de los contenidos en los numerales 4 y 9, el primero de los cuales se refiere a la forma de pago del valor del contrato, que las dos partes aprecian y valoran de forma distinta.

Velnec también se opone a la veracidad del hecho noveno de la reconvencción, afirmando que el acta a que en él se alude no señala la iniciación de la ejecución del contrato.

Los hechos 10 a 17, atinentes todos ellos a los principales motivos de incumplimiento en que la EAAB basa sus pretensiones, fueron negados por Velnec, excepción hecha de los numerales 13 y 16, frente al primero de los cuales la demandada en reconvencción hace notar que la contratación de la firma Proambiente ha debido hacerse con suficiente antelación y no durante el desarrollo del contrato. En relación con el hecho 16 de la demanda de reconvencción, solo fue aceptado como parcialmente veraz por parte de Velnec.

Los hechos relativos al incumplimiento de sus obligaciones por parte de Velnec (20 a 29 de la reconvencción) fueron enfáticamente negados por Velnec en la respuesta a la misma, volviendo sobre argumentos ya expuestos en la demanda principal en apoyo de sus pretensiones.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Sobre los hechos 30 a 32, alusivos a la modificación del contrato y sus fundamentos, Velnec indicó que ellos eran ciertos, tan solo parcialmente, por no obedecer a los supuestos de hecho esbozados en la demanda de reconvención.

Los hechos 33 y 34, referentes éstos a la terminación del contrato por mutuo acuerdo y a la presentación del informe final fueron aceptados como ciertos.

Los hechos 35 a 38 fueron aceptados como ciertos, excepción hecha del hecho 37, cuya veracidad Velnec aceptó tan solo parcialmente, señalando que la cifra allí mencionada debía ser cruzada con el valor resultante de la liquidación del contrato.

Las pretensiones de la demanda de reconvención

Son las siguientes:

“PRIMERA.- *Que se declare la existencia del contrato de consultoría No. 2-02-7700-542-2002, suscrito el día 3 de diciembre de 2002, entre la sociedad VELNEC S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarilladote Bogotá, E.A.A.B. E.S.P.*

“SEGUNDA.- *Que se declare que la sociedad contratista VELNEC S.A. incumplió el contrato de consultoría No. 2-02-7700-542-2002.*

“TERCERA.- *Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad VELNEC S.A. a pagar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.A.A.B. E.S.P. los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, estimados de manera anticipada en una cuantía equivalente a TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CINCUENTA Y SISEITE MIL SEISCIENTOS TRES PESOS MONEDA CORREINTE (\$353.057.603.00), según cláusula penal pecuniaria convenida en el referido contrato.*

“CUARTA.- *Que se condene a la sociedad VELNEC S.A. a restituir el anticipo entregado y no amortizado, con su correspondiente actualización, intereses y rendimientos.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“QUINTA.- *Que se condene a pagar la actualización del monto de las condenas y los intereses moratorios correspondientes desde la fecha de terminación del contrato señalado de acuerdo con la tasa máxima permitida por el estatuto mercantil.*

“SEXTA.- *Que se condene en costas.*

“SUBSIDIARIAS:

“Como subsidiaria de la pretensión principal TERCERA, que como consecuencia de lo anterior se condene a la sociedad VELNEC S.A. a pagar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.A.A.B. E.S.P., lo perjudicioso que durante este proceso se llegaren a probar por cuenta de los incumplimientos del contrato de consultoría número 2-02-7700-542-2002.

“Como subsidiaria de la pretensión principal QUINTA, que se condene a pagar la actualización del monto de las condenas por cuenta de los perjuicios y los intereses moratorios correspondientes, de acuerdo con la tasa máxima permitida por el estatuto mercantil.”

Excepciones de Velnec contra las pretensiones de la demanda de reconvención

Contra las pretensiones de la demanda de reconvención que le formuló EAAB, Velnec propuso las siguientes, además de solicitar la declaratoria oficiosa de todas aquellas que el Tribunal encontrara probadas:

- 1. Incumplimiento del contrato por parte de la EAAB, entre otros por la falta de entrega de los insumos necesarios para el desarrollo del mismo**
- 2. Obligación de la Convocada de indemnizar todos los daños y perjuicios ocasionados a la Convocante con ocasión del Desarrollo del Contrato, debido a su incumplimiento y a su negligencia**
- 3. Ocurrencia de circunstancias imprevistas e imprevisibles**
- 4. El cumplimiento de las obligaciones contractuales realizado de buena fe por parte del Consultor**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

5. Excepción de contrato no cumplido

Pronunciamiento de las partes sobre las excepciones de mérito que recíprocamente se propusieron

Sólo Velnec se pronunció oportunamente sobre las excepciones de mérito que la EAAB propuso contra las pretensiones de la demanda principal, tal como consta el memorial obrante entre folios 265 a 270 del Cuaderno Principal No. 1.

Los alegatos de conclusión de las partes

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el día 3 de noviembre de 2006 (Acta No. 17) y luego de sus respectivas intervenciones entregaron para el expediente los escritos que las contienen.

El poderdante de la convocante reiteró sus pretensiones iniciales y la convocada solicitó por el contrario, desestimar tales pretensiones y acoger las solicitudes de la demanda de reconvención. A dichos alegatos se referirá el Tribunal en el análisis de la cuestión al decidir que avoca enseguida.

Conocidas las opuestas pretensiones de la demanda y su contestación, como de los hechos de la demanda de reconvención y su respuesta es pertinente resumir sus alegatos de conclusión.

Alegato de conclusión del señor apoderado de la parte convocante

El señor abogado sustenta las pretensiones de su defendido en el siguiente orden: los hechos del incumplimiento, el derecho sustancial que le asiste a la convocante y los perjuicios y su prueba.

En la primera parte relaciona los hechos del incumplimiento, argumentando que para la EAAB era primordial la adquisición de predios por intermedio de Velnec, que en cuanto a los registros topográficos eran fundamentales para el proceso de avalúos y que las ofertas a los particulares no presentarían inconvenientes.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

En la investigación técnica se debía determinar una corresponsabilidad entre el levantamiento topográfico y el titular del inmueble, de estudiarse la titularidad de cada predio objeto del levantamiento topográfico y emitir un concepto técnico sobre las inconsistencias encontradas que coincidiera, con los títulos y los planos, el levantamiento topográfico de cada predio fue para determinar las áreas afectadas, las características y el estado de construcción de los predios afectados por el proyecto y cuya información debía estar registrada para proceder a elaborar el estudio jurídico de cada predio; insumos que requería Velnec para desarrollar el objeto del contrato.

En concreto se tenía que definir cuales eran los insumos del contrato y que no fueron entregados en forma absoluta y/o entregados en forma deficiente para ejecutar el contrato y enumera una serie de componentes propios del contrato e insiste, en el incumplimiento por las serias deficiencias de calidad y oportunidad con que se entregó la información al consultor; entre las cuales, podemos encontrar un sinnúmero de inconsistencias en las fichas prediales a nivel catastral, sobre los levantamientos topográficos, de la información del levantamiento, los documentos recibidos sin identificación clara, visitas a terreno con construcciones sin concordar, atrasos en levantamientos de una gran cantidad de predios e inconsistencias en el plano topográfico de los predios de la quebrada.

En cuanto a los avalúos sostiene que la Sociedad Colombiana de Avaluadores no cumplió con la normatividad existente y nunca consignó las inconsistencias y por lo tanto, le impedían la realización de un buen avalúo y como corolario de su incumplimiento, los problemas en la identificación física no cumplían con las exigencias de la Resolución 762 de 1998 y en forma obvia afectaba al consultor en su contrato.

Por una parte, afirma el memorialista que otra prueba contundente a su favor fue el informe y las decisiones administrativas de la Contraloría Distrital sobre el incumplimiento del geólogo Elías Romero, relacionada con la orden de consultoría No.152-2002, cuyo objeto fue entregar unos insumos que eran fundamentales y previos al contrato y destaca a renglón seguido, la transcripción de los hechos más relevantes para su buen entendimiento. Continúa su memorial demostrando los incumplimientos por parte del contratante por la falta de definición del corredor de la obra y por consiguiente de los predios involucrados para adquirir. Decisión que se cristalizó a los 75 días calendario de haberse iniciado el contrato y la decisión del

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

número de predios a adquirir era 595 y No. 583. Decisión que se tomó 10 meses después de iniciado el contrato.

Por otra parte, comenta que hubo deficiencias en las apropiaciones presupuestales para la adquisición de predios, negligencia en la toma de decisiones y directrices por parte de la interventoría, desfases en la forma de pago, problemas en las plataformas tecnológicas, demoras en los trámites por la rotación de funcionarios en la dirección administrativa de bienes raíces de la EAAB y concluye que estas imprevisiones de recibir una buena información los llevaron a elaborar hasta cuatro veces los mismos documentos, aumentando el tiempo y el personal del recurso humano contratado, incrementándose los gastos notariales y de registro, como de los incrementos de las tarifas calculadas en dichos derechos. Además de los transportes y fotocopias, entre otros.

En cuanto a los derechos sustanciales que la asisten a su defendido desarrolla el principio de la buena fe en los actos jurídicos con entera lealtad, con una intención recta para su realización y satisfaciendo la finalidad social y privada que obedece su celebración. A renglón seguido cita y transcribe el artículo 1603 del Código Civil con sus normas concordantes y acompañado de conceptos de tratadistas que desarrollan el tema a profundidad.

Asevera que la información suministrada por el geólogo contratista Romero Vega es contraria a una conducta clara, veraz e inequívoca. El principio obliga a las partes a comportarse y a respetarse, no solo en lo acordado, sino también, en todos aquellos comportamientos que por la naturaleza del contrato se impone a las partes unas obligaciones accesorias que orientan el comportamiento en la formación, ejecución y cumplimiento del mismo. Afirma que el mundo jurídico actual hay un principio, según el cual, cada una de las partes debe informar a la otra, para que esta su turno pueda informar a la primera.

En cuanto a la teoría de los actos propios cita un famoso tratadista que inicia su análisis por averiguar sobre la misma naturaleza del acto y por la metodología del descarte la excluye, como regla del derecho para culminar su sustento en el mismo principio de la buena fe.

En materia mercantil recuerda que la doctrina difiere en cuanto a su análisis y juzgamiento; ya que de deberá desarrollar bajo los parámetros aplicables al contrato y

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

concluye que la buena fe en la ejecución del contrato se impone a las partes por el contenido del mismo y los actos propios se pueden aplicar como acción y como excepción.

Después de esta síntesis, comenta que el contrato de consultoría suscrito entre las partes cumple con todos los requisitos para la aplicación de la teoría de los actos propios y se demuestra por el comportamiento inequívoco de la EAAB durante la ejecución del mismo al modificar los términos, prorrogarlos, no entrega de insumos con la calidad indispensable, exigir labores no contractuales y que no eran compensadas económicamente. Surge la obligación de indemnizar a Velnec por los elementos constitutivos del incumplimiento como las áreas de los predios no corresponden a las reales, los propietarios no coincidían con los encontrados en terreno, deficiencia en la descripción de la ubicación del predio, linderos mal levantados, entre otros.

En la parte final de sus alegatos el apoderado de refiere a los perjuicios y su prueba y expone que se ejecutaron las labores que estaban dentro del objeto del contrato, adicionalmente innumerables actividades ejecutadas no fueron reconocidas por la convocada y quedaron como gestiones propias de la consultoría, se representan como gastos adicionales, como la inscripción y/o cancelación de las cartas de oferta ante las oficinas de instrumentos públicos, notificaciones mediante correo certificado, contestación de derechos de petición, elaboración de documentos legales en forma reiterativa sobre el mismo inmueble y elaboración de actas de aclaración de avalúos hasta en tres oportunidades, entre otros. Gastos adicionales que se reflejaban en la contabilidad de la empresa aportada como prueba pericial, pero que el Tribunal la consideró como documental según el Acta No. 9 (folio 290 del Cuaderno Principal No. 1) y que dicho documento no fue controvertido por la parte convocada por que acepta y le da el valor probatorio que merece a la certificación y el estudio del contador público del señor René Orlando Chacón.

El consultor dentro del desarrollo del contrato en varias ocasiones llamó la atención sobre las incoherencias que se presentaban como la forma de pago prevista, la cual, nunca tuvo respuesta, como tampoco se cancelaron labores por los trabajos adicionales realizados. Tampoco se logro obtener la utilidad esperada por la ejecución integral y total del contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Para terminar su interesante alegato el apoderado de Velnec invoca una sentencia de responsabilidad civil proferida por el Magistrado César Julio Valencia Copete de la H. Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de julio de 2004 (expediente 7273). Por medio de la cual aduce que cuando el juez considere que no haya prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin y en concordancia con el artículo 307 del C.P.C.

En cuanto a las pretensiones principales el abogado de la parte convocante considera que el Tribunal deberá declarar el incumplimiento del contrato por parte de la convocada, a pagar una suma de dinero determinada, sus intereses por mora y a indexar la pérdida del valor adquisitivo; como las subsidiarias por las circunstancias extraordinarias imprevistas e imprevisibles, el no pago a la liquidación del contrato con sus intereses y ajustes, como a sufragar las costas del trámite arbitral.

El alegato de conclusión del señor apoderado de la parte convocada

En su ordenado alegato de conclusión el apoderado de la parte convocada, expone y resume los aspectos normativos del proceso de adquisición de bienes por parte del Estado por razones de conveniencia pública legítima; dicha adquisición a particulares, ya sea propietario o poseedor, la cual se encuentra regulada por leyes y decretos distritales. Dichos inmuebles necesarios e indispensables, se podrá decretar la utilidad pública e interés social para la ejecución de las obras para la prestación de los servicios públicos.

En cuanto a los términos de la invitación y su posterior contrato cuyo objeto fue el estudio social, económico y jurídico de cerca de 583 predios del barrio Santa Librada de la localidad de Usme, la adquisición de los predios y sus mejoras, como el traslado de sus ocupantes con un plan de gestión social; cuyo proyecto era financiado con presupuesto oficial a precios unitarios. Zona que requería de una visita previa con el fin de conocer la situación real de los inmuebles y las particularidades para entender los posibles desfases, necesaria la revisión de los insumos con miras a reportar las inconsistencias, no por mala elaboración de ellos, sino como consecuencia del transcurrir.

En cada una de las tres fases del contrato resalta el memorialista la importancia en cada uno de ellos y acepta, que es muy factible que esos insumos tuvieran complejidades. Lo define según el DRAE y precisa que en la invitación en sus

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

términos, era perfectamente posible encontrar una desactualización llamada en otros términos una inconsistencia.

A renglón seguido trata el tema de las fichas prediales y registros topográficos, señala la falta de no haber tenido el contratista una comisión de topografía para hacer las verificaciones, como lo exigía el contrato, de las llamadas inconsistencias y acepta con fecha 10 de enero de 2003 de contar con el 60 % de la documentación completa, como consta en el acta uno. Posteriormente transcribe algunos apartes de las declaraciones de José Fernando Leyva Díaz, Dalila Astrid Hernández y del geólogo Elías Romero.

Sobre los avalúos es uno de los insumos que debía de entregar la EAAB de acuerdo con los términos de invitación, acompañado de las fichas y los levantamientos topográficos; hace la precisión que en dicho documento no se señalaba el momento preciso para el suministro de los avalúos y en la recta interpretación que se pregona la entrega debe de examinarse en consonancia con las fases vinculadas al contrato y en un todo ordenado. La posible desactualización bien podría afectar esas fichas, pero era menester del consultor su identificación y verificación de la calidad del avalúo y por los mismos motivos de las llamadas inconsistencias descritas anteriormente.

En cuanto al manejo presupuestal del proyecto hubo una disponibilidad global que cobijaba exclusivamente al proyecto objeto del contrato y una disponibilidad particular que debía sufragar la empresa a cada propietario y/o poseedor. En cuanto al sistema SAP es un proceso de modernización tecnológico que implementa e integra varios módulos como el financiero, el contable, el comercial y otros; uno de ellos, es el referente a la parte presupuestal de la empresa y demuestra que dicho sistema se implementó con anterioridad a la suscripción del contrato y que no afectaba la ejecución del mismo.

El señor apoderado concluye solicitando que se declare la existencia del contrato, el incumplimiento por parte del convocante, se condene a pagar la cláusula penal por los perjuicios causados por su incumplimiento, a restituir el anticipo no amortizado, a la actualización de las sumas a deber y al pago de los intereses moratorios y se le condene en las costas.

Continúa su escrito y entra al tema de la definición del corredor de obra y contradice al convocante al afirmar que dicha labor de la zona de Santa Librada está definida en los

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

artículos 198 y 420 del Decreto 619 de 2000 que versa sobre el plan de ordenamiento territorial del Distrito Capital y expone que la variación en el número de predios no altera el corredor y que es previsible y normal que de un predio se transforme en más de uno.

En cuanto a las resoluciones sobre utilidad pública señala que no eran necesarias para la iniciación del contrato y bastaba que los predios estuvieran claramente definidos.

Sobre el conflicto de intereses y causa de la ejecución del contrato afirma que la contraparte ha presentado como irregular que el señor Elías Romero fungiera como la persona que produjo las fichas prediales y posteriormente fuera el interventor del contrato, hechos que no se configura ninguna violación a las incompatibilidades o inhabilidades legales y que de plano de se deberá rechazar cualquier anomalía jurídica que se haya presentado. Esta actitud es recomendable, ya que por su experiencia y conocimiento es beneficiosa. Sobre la teoría de la imprevisión, no le es aplicable el artículo 868 del Código de Comercio y señala una jurisprudencia y unos apartes de los testimonios recibidos de Humberto Zapata, Fernando Leyva y de Elías Romero.

Continúa su memorial al afirmar de la inexistencia de los perjuicios reclamados, pero acepta que dentro de la ejecución del contrato se hayan podido generar unos gastos por encima de lo estimado y que existe una diferencia radical entre perjuicio y gasto. Concluye que dentro del proceso no se dieron elementos que tipificarán la responsabilidad contractual con el fin de demostrar el perjuicio para la indemnización, como lo exige la ley.

Recuerda los artículos 1546,1602,1610,1612,1613,1645 y 1918 del Código Civil que se refieren a que los contratos son ley para las partes, las obligaciones de hacer y no hacer, las clases de incumplimiento, los perjuicios, la preexistencia de una obligación, el incumplimiento culposo del deudor, el daño, la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, el cual deberá tener una causa y efecto para la conducta del deudor del daño que se le imputa, que no es válida la reclamación de indemnización por daños indirectos, como la doctrina y jurisprudencia lo anotan con suficiente claridad meridiana que los perjuicios se deberán de demostrar a través de un dictamen pericial, prueba que no se pidió ni se decreto dentro del proceso.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Trata la certificación del contador de Velnec, René Orlando Chacón, donde se destacan unos valores que corresponden a unos costos, otra firmada por el citado profesional y el representante legal, relacionado con el balance financiero del contrato, destaca un valor ejecutado por cuenta del contrato, lo efectivamente recibido por parte de la EAAB, el anticipo y sus amortizaciones, quedando un saldo deficitario de gastos de \$846.002.679.00. Como de unas hojas donde se detallan los gastos que supuestamente incurrió el consultor.

El apoderado de la EAAB no duda de su autenticidad por estar refrendado por el representante legal y el contador del contratista que se relacionan con gastos y costos en la ejecución del contrato y no como perjuicios. Le otorga un valor final a las actividades desarrolladas por el consultor, el valor pagado y el saldo a deber por concepto del anticipo y demuestra que lo documentado no se refiere a perjuicios, sino de contenido exclusivo de gastos del contrato.

Entra a determinar el incumplimiento de Velnec, ya que el objetivo contractual era la adquisición de 583 predios, hecho que no prosperó y cita el cuaderno de pruebas No. 2 donde se solicita aplicar la garantía y el pago de la indemnización correspondiente; trata la ejecución financiera del contrato; sintetiza con el valor del contrato, el valor facturado, el valor ejecutado, el anticipo entregado y amortizado, el pendiente de amortizar en cuantía de \$137.026.679.00 y termina solicitando la aplicación de la cláusula penal pecuniaria del 30 % y agrega que el H. Tribunal de Arbitramento deniegue todas las pretensiones principales y subsidiarias.

La posición fijada por el Ministerio Público al término del recaudo probatorio

Más adelante el Tribunal se referirá al memorial presentado por el señor Agente del Ministerio Público en la etapa de alegatos.

CAPÍTULO IV – PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal los encuentra reunidos a cabalidad y, además, observa que en el presente caso no concurre causal de nulidad alguna, capaz de invalidar total o parcialmente lo actuado.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

CAPÍTULO V – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

**1. SOBRE LA TACHA POR SOSPECHA PROMOVIDA POR LA EAAB EN
RELACIÓN CON LA TESTIGO PIEDAD RUBÍ NIETO PABÓN**

En el curso de la audiencia que tuvo lugar el día 27 de julio de 2006, antes de iniciar el interrogatorio que en su oportunidad le correspondía, el señor apoderado de la EAAB formuló tacha por sospecha en relación con la testigo Piedad Rubí Nieto Pabón, invocando al efecto el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil y basando esa manifestación y la solicitud que es inherente a la misma, en que la testigo fungió como representante de la parte convocante en el contrato materia del proceso.

Siendo esta la oportunidad para desatar ese punto, el Tribunal formula las siguientes y muy breves consideraciones.

Bien es cierto que la oportunidad observada por el apoderado que formuló la tacha sobre la cual ahora se resuelve es la prevista en la disposición contenida en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

No es menos cierto que el apoderado no presentó prueba de los hechos alegados ni solicitó la práctica de las que considerara pertinentes para probar la manifestación, que desde lleva implícita una crítica, sobre la imparcialidad del testigo tachado.

Adicionalmente y pese a que sobre la tacha existió un intercambio de posiciones entre los apoderados de las partes (ver folios 99 y 100 del Cuaderno No. 20 de Pruebas), no está acreditado en el expediente que la testigo hubiera aceptado o negado las afirmaciones en las cuales el apoderado de la EAAB hizo consistir los reparos formulados sobre las consecuencias de la responsabilidad que ostentó en desarrollo del contrato sobre el cual estaba declaró ante el Tribunal.

Sin embargo y en procura de analizar todas las circunstancias que han de tenerse en cuenta para resolver, lo dicho por la testigo ya se había podido establecer, antes de la formulación de la tacha, que en efecto había tenido el papel que en el sentir del apoderado de la EAAB, ponía en juego su imparcialidad.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Así las cosas, el Tribunal no se detendrá en los aspectos meramente formales a que se ha venido refiriendo a lo largo de estas líneas, y se concentrará en determinar si, a su juicio, es procedente la tacha por sospecha que amerita estas consideraciones.

El testigo ha de ser imparcial y veraz, por manera que si falta a lo primero su credibilidad está en tela de juicio desde un principio; y si lo segundo, el testigo habrá transgredido los linderos que legalmente enmarcan su actividad, e inclusive es susceptible de ser sancionado penalmente, posibilidad que le debe ser previamente advertida por el juez, como en este caso en efecto sucedió por conducto del presidente del Tribunal.

Sin embargo y como con sabiduría lo señala el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, es potestad del juez apreciar los testimonios sospechosos "... de acuerdo con las circunstancias de cada caso"

Por razón de lo hasta aquí dicho, y trascendiendo el terreno de las formalidades que ya fue objeto de anteriores consideraciones, se tiene que el carácter o no de sospechoso del testigo es una valoración propia, si se permite íntima del juez en cada caso, pues sólo a él le corresponde valorar, en conjunto con el restante acervo probatorio, si el dicho del testigo fue decisivo, importante o poco importante frente al tema a resolver; si su comportamiento, aún cuando ajustado a la legalidad, deja qué desear en cuanto a credibilidad o coherencia.

La persona del testigo resulta objeto principalísimo de juicio para el fallador, porque en verdad cada testigo tiene y se mueve dentro de su propio universo, y no es lo mismo el dicho de un individuo carente de formación básica que el de uno con altos estudios universitarios, para poner tan sólo uno y quizá el más elemental de los ejemplos.

Medida la calidad de cada testigo con ese o similar rasero, es posible entonces determinar si su dicho, pudiendo o no serlo, es útil para el proceso y, sobre todo, si proviene del buen obrar del testigo o si es fruto de su malicia o de su renuencia.

En el caso concreto el Tribunal encuentra que la testigo tachada de sospechosa es una persona de formación profesional, que demostró conocimiento de lo general del tema que es materia del proceso y de lo particular debatido en el mismo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Que la testigo transmita al Tribunal su conocimiento sobre los hechos que conoció – como en efecto lo hizo – y que lo haga dando fe de su preocupación o dando muestras de la sensación que le hayan causado los hechos materia del testimonio, cualquiera que ella sea, ofreciendo una versión especialmente vívida o comprometida de los hechos, no la hace sospechosa ni pone en tela de juicio, *per sé*, su credibilidad como tal.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se declarará infundada la tacha por sospecha propuesta por la EAAB en relación con la testigo Piedad Rubí Nieto Pabón.

2. EL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL CONTRATO EN ESTUDIO

Si bien resulta claro que el régimen de contratación al que, por regla general, se encuentra sometida la EAAB, es el que contiene el Estatuto de Contratación Estatal, compendiado en la Ley 80 de 1993, no es menos cierto que, de una parte, la determinación acerca de la aplicación de esa normatividad exige el mayor cuidado dada la multiplicidad de excepciones o de regímenes especiales, algunos provenientes de la propia Ley 80 de 1993 y otros consagrados en normas especiales posteriores y de igual o superior jerarquía, en razón de lo cual se ha dispuesto la no aplicación, total o parcial, del referido Estatuto de Contratación Estatal a los casos por ellas contemplados aunque se trate de contratos celebrados por entidades estatales.

Particular implicación tendrá pues el hecho de que en el presente caso, el contrato en litigio identificado como el N° 2-02-1100-542-2002, se inició dentro del régimen jurídico propio de las actividades de servicios públicos domiciliarios, por lo que corresponde indagar cuál es el marco legal llamado a regular la relación contractual celebrada entre las partes que ahora concurren a éste proceso arbitral.

Al respecto se tiene que el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispone que:

“Salvo cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo dispuesto por esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”.

En torno al régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional ¹ ha expresado lo siguiente:

“En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al párrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas”.

Indubitablemente entonces, el régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, es el correspondiente al derecho privado, en vista de que la norma que los organiza lo determina expresa y privativamente. Luego, el legislador, *“en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios, sin transgredir con ello la normatividad Superior”* ².

A ello habría que agregar que las normas que integran la Ley 142 de 1994 no sólo son posteriores a la Ley 80 de 1993 sino que, además de tener el carácter de especiales y, por tanto, prevalentes, en todo lo que corresponda a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, a la organización, al funcionamiento y al régimen jurídico de las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, también se ocuparon de

¹ Sentencia C - 066 de 1997 de la Corte Constitucional.

² Ídem.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

regular íntegramente la materia, derogando todas las normas que le fueran contrarias e incluso, por orden expresa del propio artículo 186 de la misma ley, deben aplicarse de preferencia frente a otros regímenes legales, así estos sean posteriores.

Así lo ordena el mencionado artículo 186 de la Ley 142 de 1994:

"Artículo 186.- Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulte contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando estas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria".

De contera, para el presente Tribunal es evidente que el régimen legal aplicable al contrato celebrado entre las partes, es la Ley 142 de 1994, de carácter especial y posterior en el tiempo a la Ley 80 de 1993, y misma que se encargó de consagrar como regla general tanto la no aplicación del Estatuto de Contratación Estatal como la observancia del régimen de derecho privado para los contratos que celebren tanto las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, como para los que celebren las denominadas ESP.

Ahora bien, tampoco resulta aplicable al presente caso la excepción, que a la mencionada regla general, contempla la Ley 142, cuando reenvía al Estatuto de Contratación Estatal todos los contratos que celebren los entes territoriales con empresas de servicios públicos cuando a través del objeto de los mismos se persiga que dichas empresas asuman la prestación de uno o varios de tales servicios públicos domiciliarios.

En efecto, así reza el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001:

"Párrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.

Es evidente que la hipótesis fáctica contemplada en la preceptiva legal que acaba de transcribirse no se configura en el actual y concreto caso, puesto que si bien es cierto la entidad contratante es una entidad territorial –en este caso la EAAB-, el contrato no se celebró con una empresa de servicios públicos domiciliarios sino con una persona jurídica de orden privado, y tampoco la relación contractual tuvo por objeto la prestación de un servicio público. Por tanto, no resulta aplicable la citada regla y la consecuencia prevista, consistente en que el contrato objeto del presente examen arbitral deba regirse “*para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”.

Baste sobre este último aspecto, traer a colación el objeto del contrato de consultoría celebrado entre las partes:

“Consultoría para el estudio social, económico y jurídico de 583 predios ubicados en el Barrio Santa Librada de la Localidad de Usme y en otros sectores de la ciudad, así como la adquisición del predio o compra de las mejoras en los casos a que haya lugar y el traslado de las familias mediante la formulación, ejecución y seguimiento del Plan de Gestión Social.”.

Así las cosas, tanto por razón de la naturaleza propia de la convocante –sociedad Velnec-, como por razón de la disposición especial y posterior que contiene el régimen jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios, forzoso resulta sostener que el contrato celebrado entre las partes debe sujetarse a las reglas y disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

En los términos de referencia de la invitación que dio origen al contrato objeto de la disputa, se indica en forma clara y expresa que las normas jurídicas aplicables a la relación contractual entre las partes son aquellas que disponga el Manual de Contratación de la EAAB (folio 33 Cuaderno de Pruebas No.19).

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Ahora bien, por medio de la Resolución No.315 del fecha 21 de febrero de 2003 la EAAB por medio de la cual se dicta el Manual de Contratación dice en forma categórica que la ley aplicable es la 142 de 1994, por cuanto las actividades que prestan las empresas de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias se regirán bajo dicho estatuto especial que las ampara (folio 381 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No.19).

Lo anterior, redundante en los planteamientos introductorios del presente acápite en cuanto a la indubitable e incuestionable aplicación de la Ley 142 de 1994 como marco jurídico del contrato objeto de esta controversia.

3. LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

La terminación de los contratos puede sobrevenir por diversas causas, a propósito de las cuales resulta ilustrativo el pronunciamiento que realizó el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias que se suscitaron entre la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMACOL – COMFAMILIAR CAMACOL y la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL E.P.S.³:

“En relación con la terminación de los contratos, la doctrina distingue entre los modos normales y los modos anormales de terminación de los contratos. En la primera categoría, esto es entre los modos normales, suelen y pueden incluirse las siguientes causales de terminación o de extinción de los contratos: a).- Cumplimiento del objeto; b).- Vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; c).- Acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes en el contrato.

“Entre los modos anormales de terminación de los contratos se suelen y se pueden incluir las siguientes causales: a).- Desaparición del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- Terminación unilateral propiamente dicha, es decir la contemplada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993; c).- Declaratoria de terminación unilateral por configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (artículo 45 ibídem). d).- Declaratoria de caducidad administrativa del contrato; e).- Renuncia del contratista por la

³ Laudo dictado en mayo 29 de 2003.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

configuración de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes; f).- Renuncia del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte en más del 20% el valor original del mismo; g).- Declaratoria judicial de terminación del contrato; h).- Declaratoria judicial de nulidad del contrato.

“Además aparece, como causal de terminación de los contratos estatales, el mutuo consentimiento de las partes, la cual se encuentra en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato –en la medida en que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa manera de finalización anticipada-, como tampoco se ubica totalmente dentro de los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del discurrir normal de todo contrato”.

Como evidencia el laudo traído a colación, son múltiples las causales de terminación de los contratos, modos o formas normales y modos o formas anormales para su finalización, dentro de los cuales profundizaremos en las formas de terminación en los que media la voluntad de las partes, al tanto de la observancia de que el contrato de consultoría celebrado entre Velnec y la EAAB, feneció precisamente en razón de un acta de mutua terminación de su relación convencional.

3.1. FORMAS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LOS QUE MEDIA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Como todo acto que entraña obligaciones, los contratos pueden suponer la extinción de las mismas, lo que generaría la terminación del contrato y sus efectos. El artículo 1495 del Código Civil señala que:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. El contrato es, por consiguiente un “acto jurídico voluntario, una declaración de voluntad, que tiene por objeto establecer una relación jurídica entre dos personas, obligando a la una para con la otra a una específica prestación”⁴.

⁴ MONROY C., Marco Gerardo. “Introducción al derecho”. Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 295.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)

Es de suponer que una vez ejecutada la obligación o siendo ella imposible, por cualquier circunstancia, el contrato fenece para la vida jurídica, lo cual da lugar a su finalización. Pero también puede acontecer que sea la voluntad de los contratantes que se desate el negocio jurídico, caso en el cual los modos de terminación variarían tratándose de un contrato unilateral o bilateral.

En el caso de la convención unilateral –denominada a veces *desahucio*, *révocation* en derecho francés y de ahí revocación, entre nosotros, o *recesso* en derecho italiano–, la posibilidad de poner término a un contrato, encarna un derecho potestativo de una de las partes, cuya motivación está inspirada en el propósito de liberarse de ser parte de un contrato. Por el contrario, con relación a los contratos bilaterales, acontece que debe mediar la comunidad de asentimientos de las partes, la mutua renuncia a seguir vinculados contractualmente.

3.2.- NATURALEZA, EFECTOS Y PROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN BILATERAL Y ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS

El mutuo disenso puede bien definirse como la convención extintiva, acuerdo de voluntades, por medio de la cual se privan de eficacia los todos los efectos del contrato que lo genera. En términos de la doctrina, el mutuo disenso constituye un modo indirecto de extinción de las obligaciones, “*por cuanto afecta todo el contrato y, consecuentemente, todas las obligaciones emanadas de este*”⁵. Entonces, el mutuo disenso (*ressiliation* en Francia), al decir de Messineo⁶, es un caso de retractación bilateral del contrato que se realiza mediante un nuevo contrato, solutorio y liberatorio, de contenido igual y contrario al del contrato originario y celebrado entre las mismas partes del contrato que ha de disolverse.

En efecto, así como el contrato privado celebrado libremente entre dos partes encarna la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, derivando en la libertad de contratar, el mutuo disenso constituye precisamente el acuerdo de los mismos contratantes para dejar sin efecto el contrato que los liga. Así las cosas, sólo las propias partes que por medio del contrato crearon una relación jurídica

⁵ OSPINA F., Guillermo. “Régimen General de las obligaciones”. Editorial Temis, Bogotá, 1987.

⁶ MESSINEO, Francesco. “Doctrina General del Contrato”. Traducción de R. O. Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952. Tomos I y II.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

obligacional, pueden ponerle fin. Por ello, el mutuo disenso es un auténtico contrato, cuyo contenido es la resolución convencional de la relación jurídica surgida también por contrato.

En los términos del artículo 1602 del Código Civil: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*", y agrega: "*y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales*", destacando la fuerza obligatoria del contrato, el cual sólo puede ser alterado por las mismas partes suscribientes de éste. De contera, la obligatoriedad de las convenciones y contratos, sólo puede ser desatada por un nuevo acuerdo entre los agentes, es decir, su mutuo disenso.

Sobre este mismo aspecto resultan coincidentes e igualmente ilustrativas las precisiones que en su obra presenta el autor Emilio Betti, quien al respecto sostiene:

"En cuanto el vínculo creado por el negocio bilateral está limitado a la relación entre las partes, es lógico que estas mismas partes, y ellas exclusivamente, estén legitimadas tanto para fijar su contenido y confirmar su alcance como para sustituirlo por otro o revocarlo pura y simplemente".

Como lo ha manifestado el Consejo de Estado ⁷:

"El mutuo disenso del contrato conocido como resiliación está fundado en lo dispuesto en los artículos 1.602 y 1.625 del Código Civil; consiste en la prerrogativa de la que son titulares las partes de un contrato para dejarlo sin efectos, mediante una manifestación expresa de voluntad o mediante conductas o comportamientos que traducen en el desistimiento del negocio celebrado".

El mutuo disenso, entonces, indica el otorgamiento de un acuerdo prestado de manera opuesta al previo celebrado originalmente entre las partes y a la constitución del vínculo obligatorio, cuyo principal efecto es extinguirlo.

⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Referencia: Expediente 14.394.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Ahora bien, los efectos de la terminación del contrato de ejecución continuada por mutuo disenso entre los respectivos contratantes se producen “*ex nunc*”, hacia el futuro, lo que hace concluir que esta forma de terminación no puede ir en desmedro de lo que las partes hubieren ejecutado con anterioridad a la celebración de ese nuevo negocio jurídico extintivo de obligaciones, pero sí las libera del compromiso de continuar ejecutándolo, cuestión que a su turno pone de presente la importancia y la validez que, con posterioridad a la terminación del contrato, mantienen entre las mismas partes aquellas cláusulas o estipulaciones convenidas para que produzcan efectos una vez el contrato haya dejado de existir, como es el caso, por ejemplo, de cláusulas como la de reversión, la del plazo para la realización de la liquidación, la de responder por el saneamiento, la de garantizar la calidad de los bienes entregados o la estabilidad de las obras ejecutadas, etc.

El profesor Fernando Hinestroza, abordando la institución jurídica en estudio, manifestó lo siguiente:

“719.- DEL MUTUO DISENTIMIENTO Y LA REVOCACION. “Las expresiones “el contrato es una ley para las partes” (Art. 1602 c. c.) o “tiene fuerza de ley para quienes lo celebraron” (arts. 1134 [I] code civil fr. Y 1372 [I] codice civile) se convirtieron en un apotegma: corresponden a la naturaleza o, diríase mejor, a la esencia compromisoria o vinculante del ejercicio de la autonomía privada, y reflejan el sentimiento y la aspiración de las comunidades en el desenvolvimiento de sus relaciones fincado en su iniciativa individual. Esto permite a los particulares disponer de sus intereses, sólo que su ejercicio los ata. Más todavía, lo cierto es que la autonomía encuentra su razón de ser en esa vinculación y su empleo tiene por función obtener dicho resultado. De ahí el corolario de que la relación generada por medio del negocio jurídico, vinculante para su autor o sus autores, es firme y no puede ser cancelada caprichosamente, sin miramiento por los demás, y en el caso del contrato, unilateralmente por ninguna de las partes. Al propio tiempo que se consagra el principio del arbitrio de ellas juntas para deshacer lo hecho con la cortapisa de los intereses de terceros surgidos medio tempore: las figuras de la contraria voluntas o del contrarius consensus.

“Los distintos preceptos que sientan el “dogma” de la autonomía privada en los términos transcritos, a renglón seguido añaden: “[las conversaciones] no pueden ser revocadas [code civil] o [el contrato] disuelto [codice civile] o

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

invalidado [c. c. chileno y colombiano] sino por su consentimiento mutuo...”. Lo que ha de resaltarse acá es la proyección del poder dispositivo reconocido por el ordenamiento y la sociedad a los particulares, que llega a aceptar la destrucción de su obra; los autores del contrato pueden “revocar”, “disolver”, “invalidar” su disposición de intereses, que, de contragolpe, no puede perder su ser y su eficacia, “sino por el mutuo consentimiento de ellos o por las causas legales [legalmente autorizadas o admitidas]”, para transcribir los varios textos, todos ellos ciertamente indicativos de la fuerza vinculante del acto dispositivo, a la vez que del poder supresor de sus autores cuando obran juntamente.

“Reiterando y complementando la anterior postura, el Art. 1625 pr. c. c. preceptúa: “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan por darla por nula”. Pasando de largo sobre la impropiedad del término “nulidad” aquí empleado, que corresponde al vocablo “invalidado” del Art. 1602, se aprecia que al alcance de los sujetos de la relación jurídica está el desdecirse, el volverse atrás o retractarse, obrando de manera similar a como actuaron para crearla: por acuerdo mutuo. Es, sin más, la figura del contrarius consensus. En rigor no se trata de una simple retractación o de un destrato, tampoco de un contrato modificatorio del celebrado y en curso, que sería un acto complementario o negocio de integración, sino de un verdadero contrato disolutorio, con los mismos requisitos formales de existencia.

“Lo anterior quiere decir, en términos de extinción de las obligaciones, que las partes, al suprimir las fuentes de aquellas, las extinguen. Esa actuación de las partes, se suele denominar resolución, atendiendo a sus efectos, y también resiliación, término este polisémico, que la doctrina y la jurisprudencia francesas emplean a menudo para indicar la terminación de los efectos de los contratos de ejecución sucesiva”.

Ahora bien, el Tribunal desea resaltar que las precisiones, las distinciones y los desarrollos que se dejan señalados, construidos a partir de las disposiciones consagradas en el Código Civil (artículos 1546, 1602 y 1625), resultan de pleno recibo en el terreno de la contratación privada –régimen propio del presente contrato de consultoría celebrado entre Velnec y la EAAB- y también de la contratación estatal, como quiera que la Ley 80 de 1993 no se ocupó, en modo alguno, de regular o consagrar la figura de la terminación de los contratos por mutuo acuerdo –a diferencia

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

de la disposición, hoy derogada expresamente, que al respecto contenía el numeral 2 del artículo 287 del Decreto-ley 222 de 1983-, razón por la cual en la contratación de las entidades estatales se impone la aplicación de las mencionadas normas legales de derecho civil, en virtud del mandato consagrado en el inciso primero del artículo 13 del Estatuto de Contratación Pública, a cuyo tenor:

“Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

De igual forma es de manifestar, que complementariamente a lo anterior, la Ley 80 de 1993 no rechazó la figura de la terminación anticipada de los contratos estatales, y por el contrario dicha preceptiva legal previó expresamente la posibilidad de su aplicación, como quiera que la parte final del inciso 1º del artículo 60, al indicar el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo supletivo de cuatro (4) meses para la liquidación de los contratos estatales, incluyó la hipótesis de la terminación del contrato por mutuo acuerdo entre las partes al establecer que la liquidación bilateral debe realizarse *“a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga [se refiere al acuerdo de las partes que disponga, precisamente, la terminación del respectivo contrato]”.*

Amén de lo visto, huelga como conclusión forzosa, el anotar, que la figura de mutuo disenso posee plena aplicación, tanto en la contratación administrativa como en la privada.

Establecido lo anterior, conveniente es observar con extrema claridad las diferencias de fondo que existen entre dos figuras que si bien producen el efecto último y común de extinguir o dar por terminado el correspondiente vínculo contractual, en realidad resultan sustancialmente diferentes entre sí, esto es, de un lado la figura de la resolución del contrato –a la cual se procede por razón del incumplimiento de una de las partes y, como resulta natural, genera para la parte cumplida el derecho a obtener la respectiva indemnización de perjuicios, cuya consagración positiva se encuentra en el artículo 1546 del Código Civil-, y, de otro lado, la institución de la resiliación del contrato –la cual se apoya en el mutuo disenso de las partes, *“sin que –en palabras del Consejo de Estado-, por obvias razones, haya lugar a pago alguno por concepto de indemnización de perjuicios”*, cuyo fundamento normativo se encuentra en los

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

artículos 1602 y 1625 del Código Civil-. Al respecto se ha expresado por el Consejo de Estado lo siguiente⁸:

“La Sala encuentra que esas pruebas representan claramente la suspensión indefinida del contrato, que fue acordada por las partes, y respecto de la cual mediaron solicitudes del contratista.

“Sea lo primero advertir que la sola circunstancia de que el contratista hubiese acordado la suspensión del contrato no hace improcedente la formulación de reclamaciones fundadas en la suspensión, puesto que en desarrollo del contrato se pueden presentar vicisitudes que las partes deben salvar mediante la adopción de medidas como la suspensión que, si son concertadas, resultan muy acertadas para el logro de las finalidades del contrato. En este sentido se pronunció la Sala con anterioridad, en fallo dictado el 30 de septiembre de 1994, y dijo que “el hecho de que el contratista hubiese suscrito el acta de suspensión de mutuo acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó...”(15). De esta manera cabe considerar que la suspensión del contrato, per se, no excluye el análisis de sus efectos para cada uno de los cocontratantes, a la luz de la responsabilidad contractual.

“c) Consideración final.

“Es importante destacar que aunque las partes dejaron suspendido indefinidamente el contrato de obra pública 123 de 1994 y no ha sido posible un acuerdo para continuar su ejecución, no procede la resiliación del mismo con fundamento en el mutuo disenso tácito de las partes, porque ello no fue pedido y como la resiliación y la resolución son figuras jurídicas sustancialmente diferentes, una decisión en tal sentido resultaría abiertamente incongruente. En efecto:

“El mutuo disenso del contrato conocido como resiliación está fundado en lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil; consiste en la prerrogativa de la que son titulares las partes de un contrato para dejarlo sin

⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Referencia: Expediente 14.394.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

efectos, mediante una manifestación expresa de voluntad o mediante conductas o comportamientos que traducen en el desistimiento del negocio celebrado. Es por tanto una figura sustancialmente diferente a la resolución del contrato contemplada en el artículo 1546 del Código Civil, si se tiene en cuenta que esta última figura se fundamenta en el incumplimiento de uno de los contratantes, en tanto que el mutuo disenso o resiliación tiene fundamento en la voluntad expresa o tácita de los contratantes.

“En tal sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el día 4 de mayo de 2000; al definirse el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra un laudo arbitral, se concluyó que el laudo era extra petita porque declaró la resiliación del contrato, cuando lo pedido fue la resolución del mismo:

“En realidad, lo anterior surge claramente de las diferencias que existen entre una pretensión de declaración de incumplimiento del contrato e indemnización de perjuicios, fundada en los artículos 1546 del Código Civil y 87 del Código Contencioso Administrativo, que debe ser formulada por el contratante cumplido, en contra del que ha incurrido en incumplimiento, y una pretensión de resiliación del contrato por mutuo disenso tácito, en la que lo que pretende demostrar el actor es su propio incumplimiento, que sumado al del otro contratante y a la actitud pasiva de ambos frente a la ejecución del contrato, permite concluir que existe entre ellos un verdadero pacto, dirigido a terminar el negocio celebrado, sin que, por obvias razones, haya lugar a pago alguno por concepto de indemnización de perjuicios”.

En conclusión la eficacia del disenso mutuo, pues, está afirmada en el Código justinianeo: “*Quae consensu contrahuntur, consensu disolvuntur*” (Lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve). Llevando el mismo concepto a la materialidad, otro aforismo expresa: *‘Res oedem modo dissolvi possunt, quo fuerunt colligatae*’ (Las cosas pueden separarse de igual modo que se juntaron). Lógicamente, siendo el contrato el resultado de dos voluntades concordantes, se requiere para su disolución el consenso de las partes que lo celebraron, es decir tiene efectos liberatorios, siguiendo así la regla general que enseña que *‘en derecho las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen’*.

**3.3. LA TERMINACIÓN BILATERAL Y POR MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO
N° 2-02-1100-542-2002**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Señaladas, como han quedado, entre otras cuestiones generales, la existencia de diferentes formas para llegar a la terminación de los contratos, y los efectos jurídicos que se desprenden de la terminación bilateral o consensuada, el Tribunal estima importante poner de presente que en el caso sometido a su conocimiento y estudio, las Partes respectivas, actuando de manera libre, voluntaria y espontánea, acordaron y decidieron la terminación bilateral del Contrato en litigio, con lo cual, determinaron liberarse mutuamente del cumplimiento futuro de las obligaciones asumidas recíprocamente entre ellas.

Bien entonces, en orden a la argumentación que antecede, manifestarse, sin dubitación alguna, que en concepto del presente panel arbitral, el acta suscrita entre las partes, en la cual de común acuerdo manifestaron su expresa y conjunta decisión de dar por terminado el contrato origen de la controversia, posee el carácter de mutuo disenso, con las consecuencias legales que de este acontecimiento se derivan, lo cual es procedente de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil que permite que los contratos sean terminados por consentimiento mutuo de las contratantes. Precisamente la legislación civil a la cual se liga el contrato, en orden a lo visto con antelación, registra que el mismo puede ser invalidado por el mutuo consentimiento de las partes suscribientes.

Como se anotó, el mutuo disenso es el acuerdo de los mismos contratantes para dejar sin efecto el contrato que los liga. Evidentemente, sólo las propias partes que por medio del contrato crearon una relación jurídica obligacional, pueden ponerle fin. Como lo expresará el tratadista Ulpiano *Nihil tam naturale est, ad Sabinum, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*; en últimas, que por consentimiento se desate, lo que por consentimiento se hizo.

Por su parte, la Real Academia de la Lengua Española considera a la expresión “disenso” como sinónimo de “disentimiento” o “mutuo disenso” y señala que en el ámbito del Derecho es la “Conformidad de las partes en disolver o dejar sin efecto el contrato u obligación entre ellas existente.” Asimismo, el vocablo “disentimiento” es definido como la “Acción y efecto de disentir”; en tanto que disentir es “No ajustarse al sentir o parecer de otro; opinar de modo distinto.” Igualmente, la citada institución, al referirse a la expresión “mutuo”, señala “Aplicase a lo que recíprocamente se hace a dos o tres personas, animales o cosas.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Visto así el asunto, como ya se expresara, el mutuo disenso se puede definir como el acuerdo de las partes para dejar sin efecto el acto jurídico que han celebrado anteriormente. Por consiguiente, el mutuo disenso más que un modo genérico de extinguir obligaciones, tiene por finalidad extinguir obligaciones derivadas de los contratos.

Por ello se ha dicho que el mutuo disenso es un contrato por el que se resuelve el contrato existente, cuya causal es sobreviniente a su celebración; en últimas un caso de retractación bilateral del contrato realizado mediante un nuevo contrato distinto del persistente y celebrado entre las mismas partes del contrato que ha de disolverse.

En el caso en examen, las partes han coincidido de manera cierta en dejar sin efectos el contrato suscrito, mediante una manifestación expresa de voluntad que traducen en el desistimiento del negocio celebrado. De contera, para el Tribunal no cabe duda de que a partir del momento mismo en que las partes contratantes adoptaron la ulterior estipulación, decidieron liberarse mutuamente de las obligaciones hasta entonces incluidas en el contrato. De lo que se desprende una categoría especial de mayor envergadura y es que por virtud de su convenio, las partes renunciaron al derecho que hasta ese momento tenía cada una de ellas para efectos de exigirle a su respectivo co-contratante el cumplimiento de las contraprestaciones correspondientes. Esto es lo que también se conoce en doctrina como consenso contrario o *contrarius consensus*, y no es más que un contrato para disolver un contrato anterior. Se podría decir que se trata de un contrato liberatorio, ya que no crea sino que extingue.

Es evidente que en el litigio en estudio esa estipulación –Acta de mutua terminación del contrato-, generó efectos jurídicos vinculantes y liberatorios para dichas partes, los cuales, obviamente, no pueden ser desconocidos ahora por el Tribunal, ni menos por ellas mismas, como al parecer lo estarían persiguiendo algunas de las pretensiones que aquellas han formulado tanto en la demanda principal como en la correspondiente demanda en reconvencción.

En este punto, el Tribunal estima importante destacar que los efectos jurídicos consistentes en la liberación mutua respecto de las obligaciones del contrato y la correlativa renuncia al derecho a exigir el cumplimiento de las mismas, son efectos que se generaron en el momento mismo en que se perfeccionó el negocio jurídico extintivo del contrato pre-existente, es decir, cuando las partes concluyeron o

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

formaron, de manera adecuada y correcta, el consentimiento en cuya virtud acordaron libremente terminar, en forma anticipada e incondicional, el Contrato de Consultoría N° 2-02-1100-542-2002, sin que hubiesen formulado, reservas, salvedades ni exclusiones acerca de esa liberación mutua de obligaciones y su correlativa renuncia al derecho a exigir su cumplimiento.

Ciertamente el mutuo disenso se celebra por voluntad de las partes y -como regla- no requiere de pronunciamiento judicial para que produzca efectos jurídicos, es decir, para que se perfeccione. Ya que desde el mismo momento en que obra el consentimiento en aquél sentido, se deja sin efecto lo que hizo el propio consentimiento; esta extinción, *per sé*, tiene fuerza obligatoria independiente y autónoma.

En complemento de lo anterior también habrá que señalar que, el mutuo disenso, como también lo han sostenido los Mazeaud, no produce efecto retroactivo, ya que la voluntad de las partes sería impotente para crearla⁹. Mismo parecer manifestado por Messineo, quien señala que "*La eficacia del mutuo disenso comienza a correr ex nunc, por consiguiente, si se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, el mutuo disenso no perjudica lo que ya ha sido materia de ejecución*"; asunto este último que tendrá particulares implicaciones en cuanto a la verificación de algunas de las prestaciones ejecutadas por las partes con ocasión del desarrollo del contrato de consultoría celebrado entre la entidad convocada y la sociedad Velnec S.A. y criterio al cual se pliega el tribunal bajo la consideración lógica de que el mutuo disenso es una causa posterior a la celebración del acto jurídico (el acuerdo de partes).

En orden a lo señalado, el Tribunal aplicará para la definición de las pretensiones de la sociedad Velnec S.A. y de la EAAB de Bogotá (E.A.A.B. E.S.P), lo previsto en los Arts. 1602 y 1625 Código Civil, más no el Art. 1546 Código Civil que presupone resolver el contrato bilateral o exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca o simultánea de obligaciones, confiriéndole por tanto, el alcance legal que el ordenamiento positivo le atribuye al mutuo disenso, y que por definición radica exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes interesadas, expresada ella en el abandono recíproco de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo en el presente caso.

⁹ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Volumen III, cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones, Páginas 10 y 11.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Este hecho tendrá especial significación en la valoración de las mutuas reclamaciones de perjuicios y compensaciones efectuadas por Velnec y la E.A.A.B., atribuyéndose recíprocos incumplimientos y argumentando a su favor la excepción de contrato no cumplido, como pasara a verse en su momento en los siguientes acápite de este laudo.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN TORNO A LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR LAS PARTES Y SUS EXCEPCIONES

4.1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN TORNO A LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

4.1.1. PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA DE CONVOCATORIA

Recabados los anteriores elementos de juicio, se procede aquí nuevamente a transcribir textualmente estas pretensiones, con el objeto de hacer en derecho las consideraciones del Tribunal sobre las mismas:

“Primera. Declarar que la demandada incumplió las obligaciones derivadas del contrato 2-02-7700-542-2002, toda vez que no entregó los insumos necesarios para la ejecución del Contrato en la forma pactada.

“Segunda. Declarar que la Demandada debió pagar a VELNEC, el día 23 de septiembre de 2004, por concepto de liquidación de contrato 2-02-7700-542-2002, la suma de \$846.002.004,70, o la suma superior que se demuestre dentro del proceso, o proceder a liquidar el Contrato.

“Tercera. Condenar a la Demandada a pagar a VELNEC, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, las siguientes cantidades de dinero:

“3.1. La suma de \$ 864.002.004.70, o la suma superior que se demuestre en el proceso, correspondiente a las sumas dejadas de percibir por VELNEC bajo el Contrato 2-02-7700-542-2002, en razón del incumplimiento de la demandada mencionado en la pretensión Primera, o la que resulte de la liquidación del Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“3.2. El valor de los intereses causados por mora, liquidados al doble de la tasa pactada (2% mensual), causados desde el día 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectúe.

“3.3. La pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre el 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectúe”.

Como puede apreciarse, la pretensión primera principal de la demanda se endereza a que el Tribunal declare que la demandada incumplió las obligaciones derivadas del contrato en tratativas, toda vez que no entregó los insumos necesarios para la ejecución del contrato en la forma pactada. Al respecto se tiene que en el punto 4.7. del capítulo IV de la INVITACIÓN A COTIZAR No. I T - 346- 2002, contentivo de los términos de referencia que forman parte integral del contrato, se encuentra el listado de documentos que la entidad contratante debía entregarle al Consultor.

Dicha relación de documentos se condensa de la siguiente manera en la demanda principal:

- . Copia de la resolución de utilidad pública.
- . El plano con la definición del corredor de obra.
- . Individualización de los predios a adquirir, las fichas técnicas prediales y el levantamiento topográfico.
- . Documentos del predio: cédula del propietario, copia de Escrituras públicas, folios de matrícula inmobiliaria.
- . Fotografías.
- . Planos en medio magnético.
- . Avalúos comerciales.

Con relación a estos insumos, se queja VELNEC de lo siguiente:

- a) Que como consecuencia del estudio y de la revisión de la información que se le entregó inicialmente, las fichas técnicas y/o levantamientos topográficos no cumplían con las formalidades ni con el contenido ofrecido y esperado.
- b) Que como resultado de la revisión, las fichas presentaban serias y graves inconsistencias.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

- c) Que para poder cumplir con el objeto de su contrato, VELNEC debió no solamente revisar sino rehacer o volver a hacer casi todas las fichas técnicas con la información que se recogió de las visitas a terreno.
- d) Que durante los primeros siete meses del contrato se dedicaron los recursos técnicos, humanos y económicos de VELNEC a volver a hacer las fichas, con el fin de lograr la identificación física de cada uno de los predios.
- e) Que teniendo en cuenta que los avalúos comerciales tienen como insumo los levantamientos topográficos y las fichas técnicas prediales, y que éstos no cumplieron con la calidad requerida, se hizo necesario realizar una verificación detallada para remitir información confiable al EAAB.
- f) Que la información reportada en la totalidad de los avalúos comerciales entregados presentaba inconsistencias en aspectos legales y técnicos, lo cual generó la necesidad de volverlos a hacer casi en su totalidad.

Sustentada la pretensión primera principal en los inconvenientes que relata la convocante con relación a los insumos entregados, pasa señalar que debido a tal incumplimiento contractual, ello, al decir del punto 16.8. del capítulo de los hechos de su demanda, *“generó sobre – costos representativos no reconocidos aún por la EAAB – ESP., los cuales constan en la contabilidad de VELNEC y se adjuntan como dictamen pericial suscrito por Contador Público como Anexo N° 20”*. Aserto que sirve precisamente de sustento a la segunda y tercera pretensiones principales.

Ahora bien, vistas como quedaron sentadas en los anteriores términos las pretensiones de la demanda principal, se pasará a continuación al examen de su concesión.

Por las razones que quedaron ampliamente expuestas al tratar, en general, de la terminación de los contratos por mutuo disenso de las partes y, en particular, cuando se escribió sobre la terminación bilateral por mutuo acuerdo del Contrato de Consultoría N° 2- 002 - 7700 –542 –2002 y sus efectos jurídicos, este Tribunal de Arbitramento habrá de denegar las pretensiones segunda y tercera principales de libelo de convocatoria en su totalidad; y esto por cuanto se reitera aquí que al haberse convenido la terminación bilateral y por mutuo acuerdo, de manera libre, voluntaria,

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

espontánea e incondicional del contrato en estudio, por acta de terminación del 6 de julio del año 2.004, la materia a que se refieren las aludidas pretensiones quedó saldada y superada por las partes que acordaron poner fin a la vigencia del vínculo que las ataba; y comportó también, según se explicó detenidamente, la renuncia recíproca de cada una de ellas a reclamar el supuesto o real incumplimiento, total o parcial, de su respectivo co-contratante a la ejecución del contrato, puesto que al acudir a la figura de la terminación por mutuo acuerdo, con base en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, las mismas partes cerraron la puerta a la opción de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento con la consiguiente indemnización de perjuicios, figura que se apoya en lo normado en el artículo 1546 del mismo estatuto civil.

Como ya previamente se había advertido, en presencia del mutuo disenso, tal y como acontece con el Acta de terminación del 6 de julio del año 2.004 celebrado entre las partes, se descarta la posibilidad de que las partes puedan formular reclamaciones o elevar solicitudes de condena con base en eventuales o supuestos incumplimientos contractuales.

En suma: como fundamento de esta decisión del Tribunal de Arbitramento, en el sentido de que son nugatorias las pretensiones segunda y tercera principales del libelo de convocatoria, se tienen las mismas consideraciones, tantas veces expuestas, esto es que las partes decidieron superar bilateralmente cualquier diferencia en relación con la ejecución del contrato mediante el acuerdo de terminación conjunta, libre y voluntaria del mismo, razón por la cual no están llamadas a prosperar las peticiones que conlleven a declaraciones de incumplimiento del contrato y a su consecuencial pago de perjuicios.

Por consiguiente, fuerza es colegir que en el presente caso resulta imposible que prosperen las pretensiones que se han formulado de manera mutua o recíproca las partes, en cuanto tales pretensiones se han enderezado a obtener la declaratoria de incumplimiento, total o parcial, de las correspondientes obligaciones contractuales y que, consecuencialmente, se dispongan condenas relativas a las indemnizaciones y reparaciones que se derivarían de tales declaratorias de incumplimiento total o parcial del contrato en tratativas, imposibilidad que se ha configurado por razón, con ocasión y como consecuencia directa del acuerdo que celebraron, de manera libre y voluntaria, las partes de ese contrato para ponerle fin de manera anticipada. Igualmente, estas profundas disquisiciones jurídicas también se erigen en las razones

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

que determinan la imposibilidad e improcedencia incluso, en razón a la elemental sustracción de materia acordada por las partes, de que se realicen pronunciamientos definitorios al respecto.

Aún así el Tribunal continuará en el minucioso análisis de las pretensiones recíprocas.

4.1.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA DEMANDA DE CONVOCATORIA

Aquí ellas:

“Primera Subsidiaria: En subsidio de la pretensión primera anterior, solicito declarar que circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, alteraron las obligaciones contractuales de VELNEC.

“Segunda Subsidiaria: Declarar que la demandada debió pagar VELNEC, el día 23 de septiembre de 2004, por concepto de Liquidación del Contrato 2- 02 - 7700- 542- 2002, la suma de \$846.002.004,70 o la suma superior que se demuestre dentro del proceso, o proceder a liquidar el Contrato.

“Tercera Subsidiaria: Condenar a la Demandada a pagar a VELNEC, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga , las siguientes cantidades de dinero:

“3.1. La suma de \$846.002.004,70 o la suma superior que se demuestre en el proceso, correspondiente a las sumas dejadas de percibir por VELNEC bajo el Contrato 2- 02- 7700- 542- 2002 , en razón de las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles , o las que resulten de la liquidación del Contrato.

“3.4. (sic) El valor de los intereses causados por mora, liquidados al doble de la tasa pactada (2% mensual), causados desde el día 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectuó.

“3.5. (sic) La pérdida del valor adquisitivo de la moneda entre el 23 de septiembre de 2004 y hasta cuando su pago total se efectuó”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

De la misma manera como se hizo en relación con las pretensiones principales de la demanda de convocatoria, confrontando éstas pretensiones subsidiarias con los hechos que en aquélla se contienen como fundamento del *petitum*, se llega a las siguientes conclusiones:

- a) Volvemos a repetir que se condeole la convocante con relación a los insumos de marras que, como consecuencia del estudio y de la revisión de la información que se le entregó inicialmente las fichas técnicas y / o levantamientos topográficos no cumplían con las formalidades ni con el contenido ofrecido y esperado.
- b) Que como resultado de la revisión las fichas presentaban serias y graves inconsistencias.
- c) Que para poder cumplir con el objeto de su contrato, VELNEC debió no solamente revisar sino rehacer o volver a hacer casi todas las fichas técnicas con la información que se recogió de las visitas a terreno.
- d) Que durante los primeros siete meses del contrato se dedicaron los recursos técnicos, humanos y económicos de VELNEC a volver a hacer las fichas, con el fin de lograr la identificación física de cada uno de los predios. que teniendo en cuenta que los avalúos comerciales tienen como insumo los levantamientos topográficos y las fichas técnicas prediales, y que estos no cumplieron con la calidad requerida, se hizo necesario realizar una verificación detallada para remitir información confiable a la EAAB.
- e) Que la información reportada en la totalidad de los avalúos comerciales entregados presentaba inconsistencias en aspectos legales y técnicos lo cual generó la necesidad de volverlos a hacer casi en su totalidad;

Circunstancias las anteriores que derivaron, al decir de la actora, en multiplicidad de inconvenientes que debió afrontar, según ella, por las serias y graves inconsistencias que se presentaron en los insumos que le fueron entregados, constitutivas circunstancias imprevisibles y que hicieron inviable el contrato. En este orden de ideas, deduce una primera pretensión subsidiaria tendiente a que el Tribunal declare que las relatadas circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles alteraron las obligaciones contractuales a su cargo. Y a renglón seguido deprecia las

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

pretensiones segunda y tercera subsidiarias, volviendo otra vez sobre el balance financiero contenido en el anexo # 20, con la finalidad de que se condene a la empresa convocada, a título de restablecimiento de la economía contractual, al pago de \$ 846.002.004,70, junto con sus intereses moratorios y el reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Según se ha apreciado, las precitadas pretensiones subsidiarias contenidas en el libelo de convocatoria, nos conducen en este momento a dilucidar la forma en que se encuentra regulada la teoría de la imprevisión en el derecho privado colombiano, habida cuenta de que este es el régimen legal aplicable al contrato de consultoría número 2- 02- 7700 – 542 – 2002.

Con otras palabras y frente a la alegación de la parte convocante de que con posterioridad a la celebración del prementado contrato de consultoría se presentaron circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que alteraron sus obligaciones contractuales, la reglamentación legal que rige en el caso particular una situación como la invocada, es la contenida en el artículo 868 del Código de Comercio; y no la teoría de la ecuación financiera y económica del contrato, elaborada por la jurisprudencia y la doctrina administrativas, con base en las normas contenidas en los artículos 4º , 5º, 14º, 25 y 27 de la Ley 80 de 1.993, que forman parte del Estatuto General de Contratación Estatal, el cual no resulta de recibo en contiendas como la actual, amen de lo previsto por la Ley 142 de 1.994.

Así pues, preceptúa el artículo 868 del Código de Comercio Colombiano:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El Juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el Juez decretará la terminación del contrato.

“Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Ahora bien, para los efectos de este fallo, el Tribunal, más que detenerse al estudio acerca de cuáles son los elementos o requisitos que hacen viable la operancia de la teoría de la imprevisión, estima importante detenerse en los efectos de la misma.

Sobre este particular, es de una extrema claridad la exposición del Doctor Álvaro Gáfar Barrera, que a continuación se transcriben:

“2.3. Efectos.

“La teoría de la Imprevisión se ubica en el plano de la inejecución de las obligaciones, puesto que está encaminada a permitir que la obligación nacida de un acto jurídico celebrado lícita y legalmente no sea cumplida en los términos en que fue concebida al tiempo de manifestarse la voluntad. Paralela a esta función, la institución cumple con otra importante misión cual es la de salvaguardar la eficacia del acto en aras de conservar, la finalidad que éste cumple en la vida jurídica. Es por ello que los mecanismos puestos al alcance de juzgador para solucionar la injusticia ocasionada con la prestación que se ha convertido en excesivamente onerosa, presuponen un orden lógico que pretende en principio salvar la vida del negocio jurídico. Ese orden es el siguiente: revisión de las prestaciones; suspensión de la ejecución; terminación o resolución del acto, según sea de tracto sucesivo o de ejecución instantánea respectivamente.

(...)

“Damos paso, pues, a explicar cada uno de sus efectos.

“Revisión de las prestaciones.

“En principio, con la imprevisión el vínculo jurídico entre las partes no desaparece. La voluntad conservará su fuerza obligatoria pero, en aras de la equidad, las prestaciones deberán ser revisadas por no corresponder ya a la intención de los contratantes.

“Este es el efecto de mayor aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia y es natural, pues con ello se evitan los nuevos trastornos que en la economía de

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

un país ocasionaría la ineficacia inconsulta de los actos jurídicos como consecuencia de fenómenos que constituyan imprevisión. Si de lo que se trata es de solucionar los desequilibrios sobrevivientes, se adecúa más a la finalidad económica y social del contrato y a las necesidades del tráfico jurídico, la revisión de las prestaciones que la extinción de los actos.

“Los aspectos que pueda comprender esta revisión deberán determinarse en cada caso de acuerdo con el tipo de negocio jurídico y la clase de prestación que se haya vuelto exorbitante, a fin de que ésta recobre la finalidad perdida. Así el Juez puede aumentar o disminuir la cuantía de las prestaciones, regular de forma diferente el cumplimiento de éstas, etc.

“La actividad que el juzgador ejercita en materia de revisión se desprende claramente del artículo 1618 C.C. según el cual, “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, norma que es extensible a cualquier negocio jurídico. Como ya dijimos la injusticia que pretende evitarse con la imprevisión se funda en el hecho de que la intención de la parte afectada al emitir la declaración de voluntad se ve radicalmente transformada en su finalidad al momento de cumplirse la prestación, y por lo tanto, pudiendo el Juez conocer dicha intención deberá preferirla al texto del acto.

“Suspensión del plazo o de los cumplimientos periódicos.

“Este mecanismo ha sido diseñado, también, con la finalidad de preservar la vida del negocio. Sin embargo, su aplicación es más restringida que la revisión pues solo operaría en aquellas situaciones generadoras de anormalidad económica que tengan un carácter transitorio.

“Será el Juez que decida si la índole temporal de estos fenómenos admite que la suspensión de la exigibilidad de la prestación sea suficiente para evitar que se altere el equilibrio contractual. De ser así, podrá ampliar los plazos pactados cuando el contrato es de ejecución instantánea o interrumpir los cumplimientos periódicos en los contratos de tracto sucesivo.

“Resolución o terminación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“Como hemos venido sosteniendo la imprevisión se aplica a las obligaciones nacidas de actos jurídicos cuyo cumplimiento, por voluntad de las partes, se encuentre diferido en el tiempo o , por estructura del contrato, se lleve a cabo en tratos sucesivos . La doctrina ha distinguido , para efectos de la desaparición de la vida jurídica, entre los actos productores de obligaciones de ejecución inmediata y los actos de tracto sucesivo , llamando resolución a la extinción del primer tipo de actos y terminación o resiliación a la del segundo tipo. La diferencia estriba en que en los contratos de cumplimiento sucesivo no puede pretenderse devolver las prestaciones ya cumplidas para tornar a la situación precontractual y, por esto se dice que los efectos de la resiliación o terminación rigen hacia el futuro o ex - nunc; por el contrario con la resolución se pretende que las partes vuelvan al estado anterior a la manifestación del consentimiento, en la medida de lo posible, o sea que sus efectos se retrotraen a situaciones anteriores el acto o negocio.

“Hecha esta aclaración y teniendo en cuenta que la imprevisión es igualmente aplicable a las obligaciones surgidas de actos de tracto sucesivo o a las originadas en actos de ejecución instantánea cuyo cumplimiento se ha diferido en el tiempo, afirmamos que los efectos subsidiarios de la imprevisión pueden consistir tanto en terminación como en resolución según el tipo de negocio jurídico que se trate.

“Por esta solución optará el Juez cuando considere que la revisión y la suspensión no constituyen respuestas adecuadas a la necesidad de justicia que fundamenta la institución y que por lo tanto la única solución equitativa al conflicto sería la de la extinción del negocio jurídico” (LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO. REVISTA DE DERECHO CIVIL. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. FACULTAD DE DERECHO. Volumen I, agosto 1.984, págs. 113 a 116).¹⁰

¹⁰ La teoría de la imprevisión en el derecho colombiano. Revista de derecho civil. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Volumen I, agosto 1.984, pags. 113 a 116.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

De las anteriores consideraciones, fluye con toda contundencia que las pretensiones subsidiarias deducidas por la firma consultora demandante no pueden prosperar y habrán de ser denegadas.

La terminación bilateral, por mutuo acuerdo, del Contrato de Consultoría N° 2 – 02 - 7700 - 542 – 2002, acordada de manera libre, voluntaria, espontánea y, lo que es más, sin reservas, salvedades o exclusiones, por medio de acta de terminación suscrita el día 6 de julio del año 2.004, se constituye en obstáculo insalvable para que, en este momento procesal, el Tribunal pueda darle aplicación a la teoría de la imprevisión y a sus reseñados efectos jurídicos. Simple, lisa y llanamente, porque el contrato materia de este litigio había ya concluido con mucha anterioridad a la iniciación del mismo, cortando así de tajo la función por la cual debe velar el juzgador, en trance de aplicar la institución de la imprevisión, cual es la de salvaguardar la finalidad que el negocio jurídico cumple en la vida jurídica, intentando, por los medios que le concede esta figura, la revisión de las prestaciones del contrato, de su economía, para reconducirlo a la equidad, y de ser posible esto, declarando su terminación, lo cual insistimos, ya se produjo desde el 6 de julio del año 2004 por obra de la autonomía de las partes contratantes.

Es que como claramente lo tiene sentado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, es en el campo de la ejecución del contrato, donde tiene operancia la teoría de la imprevisión, que es una aplicación del principio de la conservación de los negocios jurídicos. Leemos en efecto en la sentencia proferida por la sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia, lo que a continuación se transcribe:

“Ante el principio de la autonomía de la voluntad y el postulado de que los contratos son una ley para las partes, se ha suscitado la cuestión de si los tribunales pueden corregir o modificar cómo se ha de ejecutar un contrato cuando han surgido posteriormente , ciertos hechos que vienen a constituir un desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, hechos extracontractuales y que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró , (-) Sobre el aforismorebus sic stantibus , se ha fundado la Teoría de la Imprevisión que se encamina a darle al Juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado sin que sufra lesión en sus intereses . (-) Aún cuando en este fallo no se trata de aplicabilidad, todos los expositores están de acuerdo en que ella

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

no tiene cabida, ni puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos..... ” (Sentencia de casación del 29 de octubre de 1.936, tomada de la misma REVISTA DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES).

Ahora bien, independientemente de la alegación que sustenta las pretensiones subsidiarias deducidas por la firma consultora demandante, el Tribunal en plena observancia de lo ya anotado pasa a señalar que la terminación bilateral por mutuo acuerdo del Contrato de Consultoría N° 2 – 02 - 7700 - 542 – 2002, se constituye en obstáculo insalvable para que se pueda dar aplicación a la teoría de la imprevisión.

4.1.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA Y LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR LA CONVOCADA EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Dice el apoderado de la convocada proponer, sin perjuicio de las excepciones que el Tribunal encuentre y haya de declarar, los siguientes argumentos como medio de defensa:

- a) Contrato por productos entregados y pagados. Este argumento lo sustenta la convocada en la mención de que el contrato en estudio se caracterizó por tener una forma de pago que compensaba los productos efectivamente ejecutados, en desarrollo de lo cual VELNEC S.A. recibió la totalidad de los dineros correspondientes a los productos que ejecutó. Por consiguiente, a su decir, si durante la ejecución del contrato se presentó un nivel de gastos adicionales e incluso superiores a lo que recibió, ello *“es una situación en todo a él imputable que proviene de varios factores: errores de oferta, falta de preparación y conocimiento del contrato por alegar como anormal y extraordinario lo que es ordinario y habitual en procesos de adquisición de predios en zonas subnormales, etc. ”*.
- b) Las fichas prediales no son elementos esenciales para la adquisición de predios. Aquí arguye el procurador de la convocada fundamentalmente que ni en la legislación colombiana, ni en ninguna otra norma de autoridad o contractual, se establece que tales fichas son condiciones *ab substantiam actus*.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

- c) Ejecución exigua y escasa. Se sostiene por la convocada que teniendo en cuenta lo contratado, el consultor ejecutó en parte mínima sus obligaciones, siendo que lo incumplido no tiene por causa ningún comportamiento o incumplimiento de la EAAB.
- d) Lo ocurrido y encontrado en los predios a adquirir es lo habitual en procesos propios de zonas subnormales. En este punto y en sustancia escribe el apoderado que, contrario a lo sostenido por el demandante, lo ordinario, habitual y previsible en zonas subnormales es encontrar en la práctica una diferencia entre la realidad del predio y lo indicado en la ficha, por lo que se imponía al consultor la necesidad de estudiar las fichas, visitar las zonas, contar con una comisión de topógrafos, consultar entidades, etc.; y que en este caso el consultor nada de eso, o muy poco cumplió, y alegó como extraordinario, imprevisible y anormal lo que cualquiera con un mínimo de conocimiento sabía que era ordinario, previsible y normal.
- e) Por las actividades contratadas, la ejecución del contrato y obligación del convocante era de resultado y no de medio.
- f) La mala fe del convocante en sus actuaciones en querer inducir a errores no solamente a la Empresa sino a la comunidad afectada.
- g) Excepción de contrato no cumplido. VELNEC no puede reclamar perjuicios ni compensaciones cuando ha incumplido, sin motivo ni justificación, sus propias obligaciones, tratando de justificar este hecho incuestionable, esto es el incumplimiento y el cual expresamente reconoce, con argumentos sin respaldo y no siempre congruentes pues a veces explica lo sucedido bajo el amparo de la teoría de la imprevisión que supone la existencia de circunstancias ajenas a las partes y otras veces se excusa en incumplimientos de la E.A.A.B.

A términos del inciso 2º del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, *“la parte resolutive (de la sentencia)... deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados ”*; y agrega el artículo siguiente que *“la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que*

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

A los efectos de las decisiones que tiene que tomar el Tribunal respecto de los argumentos de defensa esgrimidos por la convocada en su contestación a la demanda introductoria y frente a lo perentoriamente dispuesto por los textos legales que se acaban de mencionar, es oportuno hacer las siguientes precisiones, que trae la obra COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL del doctor Hernando Devis Echandía

“En materia civil, laboral y contencioso- administrativa, cuando el proceso es contencioso, la demanda que lo inicia contiene necesariamente una pretensión del demandante, en su sentido estricto. El demandado ha resistido esa pretensión, bien sea discutiendo su existencia o negándose a satisfacerla no obstante reconocerla, y de ahí el litigio.....

“ ... Esa pretensión puede estar efectivamente respaldada por un derecho, pero a menudo ocurre lo contrario, pues ya sabemos que la ejercita también a cabalidad quien alega ser el titular del derecho pretendido, aunque sin tenerlo y que el proceso , sin embargo, se adelanta hasta su culminación con la sentencia definitiva (si se cumplen los presupuestos procesales) .

“Frente a la pretensión del demandante existe la oposición del demandado cuando se enfrenta a ella, para perseguir su paralización, su modificación o su destrucción. De ahí que sea necesario estudiar ahora la noción de oposición del demandado en sus diversas formas (defensas y excepciones).

“

“Se entiende por oposición del demandado el acto de voluntad de éste que manifiesta de alguna manera su resistencia a la pretensión del demandante proponiendo defensas de cualquier naturaleza, en busca de una sentencia que le sea favorable, o de que no haya proceso (lo último cuando propone reposición del auto que admitió la demanda, o se plantean excepciones previas). Oposición y defensa, en sentido general, son sinónimos, e incluyen desde la simple negación del derecho y de los hechos hasta las excepciones previas y las de fondo o mérito.....

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“

“En un sentido estricto, por oposición se entiende el ataque o la resistencia del demandado a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida (en lo civil, laboral y contencioso - administrativo).....; pero en un sentido más amplio comprende también las defensas, dirigidas al procedimiento para suspenderlo, mejorarlo o anularlo, o sea a la relación jurídico – procesal (excepciones previas de nuestro C. de P.C. Art. 97)”.

Y habida cuenta de que entre los argumentos y excepciones propuestas por la empresa de servicios públicos domiciliarios demandada, no se encuentra ninguno dirigido al procedimiento, o sea a la relación jurídico – procesal, en adelante el Tribunal seguirá extractando de los valiosos conceptos del doctor Devis Echandía, los que según él se refieren a la oposición, en sentido estricto , entendida como el ataque o la resistencia del demandado a la pretensión del demandante o a la relación material pretendida. Y así continuando, nos dice el doctor Devis Echandía:

“139. – DE LAS DEFENSAS EN GENERAL Y SUS DISTINTAS CLASES.

“Vimos en el número anterior que la defensa en general se identifica con la oposición a la pretensión en sus diversas formas.

“Cuando el demandado ... formula oposición y discute la pretensión, niega la existencia de la razón sobre la cual se trata de fundarla. Ahora bien, como tal razón se desdobra en la alegación de la norma legal y de los hechos por los cuales debe aplicarse el caso concreto, también la discusión debe estar dotada de su propia razón y puede consistir en negar que existan la norma o los hechos afirmados en la demanda, o en oponerle otros que los desvirtúen o que paralicen sus efectos. Por tanto, la primera forma de defensa del demandado..... puede tener dos aspectos: a) negación de los hechos en los cuales se funda la pretensión; b) negación de los fundamentos de derecho de dicha pretensión. En este sentido puede hablarse de defensa de hecho o de derecho, y también de defensa material o sustancial (afirmación de la inexistencia de la norma) y defensa procesal (afirmación de la inexistencia de los hechos en que se basa la pretensión).

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“Cuando el demandado ... se contenta con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión , pero no existe excepción, sino una simple defensa. Sin embargo, en los procesos civiles y laborales como también en algunos contencioso – administrativos, el demandado no se limita por lo general a esa discusión, sino que afirma, por su parte, la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones.

“Esos hechos nuevos o distintos de los que fundamentan la demanda, o que representan diferentes modalidades de éstos, y que constituyen las excepciones, pueden ser extintivos, impeditivos, modificativos o dilatorios. Los primeros hacen cesar la aplicación de la ley al caso concreto, eliminando los efectos que se produjeron inicialmente, lo mismo que los que originan el nacimiento del derecho pretendido o que sean posteriores a él; así, la condición resolutoria o el término extintivo, el pago, la remisión de la deuda, la fuerza mayor, son posteriores, pero igualmente producen la extinción del derecho y de la obligación correlativa. Los impeditivos son aquellos que impiden que un acto jurídico produzca los efectos que normalmente le corresponden, y pueden consistir en la ausencia de ciertos requisitos o en la presencia de determinadas circunstancias; así la falta de acuerdo de voluntades para realizar la transferencia efectiva del dominio hace que no se produzcan sus efectos legales y constituye el hecho impeditivo de la simulación; la causa ilícita impide la validez del contrato; la falta de autorización judicial para la venta de un inmueble de un incapaz impide también la validez del contrato etc.

“Para que un derecho nazca, se requiere tanto la presencia de hechos constitutivos, como la ausencia de hechos impeditivos, y para que luego subsista, se necesita que no concurran hechos extintivos. De ahí que al afirmar el demandado la existencia de los segundos o de los últimos, busca la desestimación de la pretensión del demandante y cambia el debate, sacándolo del terreno en que éste lo plantea para llevarlo a otro distinto, que le es favorable, y por eso estará proponiendo excepciones.

“

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“También puede ocurrir que el demandado alegue solamente que la pretensión presenta cierta modalidad menos perjudicial para él, como una distinta calidad del contrato o de la obligación que se le imputa, es decir, que persiga modificarla pero no desconocerla ni extinguirla.

“Otras veces el demandado afirma la existencia de hechos que no se oponen al nacimiento del derecho ni producen su extinción, sino que se limitan a paralizar su ejercicio por el momento, es decir, a quitarle su exigibilidad o dilatar su eficacia. También se trata en este caso de proponer una excepción; así el plazo pendiente o la condición no cumplida. Son excepciones dilatorias de mérito” (Tomo I, 13ª edición, 1994, BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE, pags. 233 a 238).

La resolución a estas meras razones de defensa de hecho y de derecho, ya quedó implícita en el juzgamiento denegatorio que el Tribunal hizo en las partes pertinentes de este fallo acerca de las aludidas pretensiones principales y subsidiarias; y especialmente cuando determinó que al haberse convenido la terminación bilateral y por mutuo acuerdo, de manera libre, voluntaria y espontánea del contrato en estudio, por Acta de terminación del 6 de julio del año 2.004, la materia a que se refieren las pretensiones quedaba saldada y superada por decisión de las mismas partes, en cuanto acordaron poner fin a la vigencia del vínculo que las ataba; y ello comportaba también la renuncia recíproca de cada una de ellas a reclamar el supuesto o real incumplimiento, total o parcial, de su respectivo co-contratante a la ejecución del contrato.

De otro lado y por tener que forzosamente hacer tránsito a la parte resolutive de este laudo arbitral, mención expresa merecen los argumentos de defensa de los puntos 3 y 7 de la parte tercera del escrito de contestación de la demanda introductoria. Aquí ellos:

“3º Ejecución exigua y escasa. Teniendo en cuenta lo contratado, el consultor ejecutó en parte mínima sus obligaciones, siendo que lo incumplido no tiene por causa ningún comportamiento o incumplimiento de la E.A.A.B. Incluso en los casos en que la empresa pudo haberse demorado en relación con cierta información o documentación, ello no afectó al contratista porque se refería a actividades a ejecutar en una etapa posterior para lo cual tenía

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

éste que cumplir actividades previas que nunca lo hizo , por lo cual , de encontrarse probados esos comportamientos de la convocada, son insustanciales para efectos de lo pretendido por el convocante.

“7º Excepción de contrato no cumplido. VELNEC no puede reclamar perjuicios ni compensaciones cuando ha incumplido, sin motivo ni justificación, sus propias obligaciones, tratando de justificar este hecho incuestionable, esto es el incumplimiento y el cual expresamente reconoce, con argumentos sin respaldo y no siempre congruentes pues a veces explica lo sucedido bajo el amparo de la teoría de la imprevisión que supone la existencia de circunstancias, ajenas a las partes y otras veces se excusa en incumplimientos de la E.A.A.B.

“Y es que aún existiendo tales incumplimientos a cargo de la E.A.A.B., los que no se están reconociendo en este escrito y que, en consecuencia, deberán ser probados por el actor, lo cierto es que los reclamados y planteados (incumplimientos) por el convocante no tienen incidencia ni son determinantes respecto de las obligaciones desatendidas del consultor”.

Los transcritos acápites de la contestación a la demanda, sí conforman en su conjunto una verdadera excepción, cuya resolución que aquí se hace se repite que debe hacer tránsito a la parte resolutive de este laudo arbitral.

Se trata aquí de la manida y muy estudiada excepción de contrato no cumplido, sobre la cual nos enseñan en su obra los doctores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, lo que enseguida se extracta, a saber:

“CONCEPTO. Lo ofrece el artículo 1609 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempos debidos”. Por tanto, si una de las partes en un contrato bilateral es demandada por la otra parte para que cumpla las obligaciones a su cargo, por ejemplo, el comprador demandado para que pague el precio convenido, puede oponer, a manera de medio de defensa procesal, la excepción de contrato no cumplido por el actor; en nuestro ejemplo, que éste no ha cumplido, como vendedor, la obligación que le compete de hacer tradición de la cosa vendida.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“De suerte que esta institución, emparentada con la de la resolución judicial de los contratos por el incumplimiento de una de las partes y con la moderna teoría de los riesgos, se funda, como éstas, en la interdependencia de las obligaciones que generan los contratos bilaterales, determinada por la intención real, aunque sea tácita, de que dichas obligaciones sean cumplidas simultáneamente (dando y dando), desde cuando se hagan exigibles. Es manifiestamente contrario a la equidad y a la buena fe que debe presidir la ejecución de todo acto jurídico (Art.1603), el que en tales contratos una de las partes use, o mejor abuse de las acciones que la ley le otorga , para pretender que la otra parte cumpla, sin que ella, a su vez , haya cumplido ni manifieste su disposición de cumplir las obligaciones de su cargo”¹¹

Empero no es del caso en este lugar entrar en más de los juiciosos razonamientos que acopian los antes citados tratadistas en torno a la *exceptio non adimpleti contractus*, por la potísima razón, previamente anotada y que tiene que ver con todos los argumentos que se contienen en este fallo y por virtud de los cuales habrán de denegarse las pretensiones principales de la demanda de convocatoria. Por lo que, en este caso, la excepción en comento no está llamada a prosperar, en tanto y en cuanto como ya se ha destacado y se encuentra suficiente y regularmente probado en el expediente, el contrato de consultoría materia de este litigio no terminó por incumplimiento de alguna de las partes o por su defectuosa, incorrecta o incompleta ejecución, sino que terminó, como lo consigna la pluricitada Acta de Terminación suscrita el día 6 de julio del año 2.004, por decisión conjunta, libre y voluntaria de los contratantes, quienes con el propósito reflexivo de que su manifestación produjera efectos en el mundo del derecho, manifestaron reunirse: “*Con el objeto de terminar de común acuerdo el Contrato de Consultoría N° 2- 02 – 7700 - 542 – 2002*” .

4.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN TORNO A LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.2.1. PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

¹¹ Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7º edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2005, pág. 576.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Son las siguientes:

“PRIMERA.- Que se declare la existencia del contrato de consultoría N° 2- 02 - 7700 - 542 - 2002, suscrito el día 3 de diciembre de 2002, entre la Sociedad VELNEC S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.A.A.B. E.S.P.

“SEGUNDA.- Que se declare que la sociedad contratista VELNEC S.A. incumplió el contrato de consultoría N° 2 - 02 - 7700 - 542 – 2002.

“TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad VELNEC S.A. a pagar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.A.A.B. E.S.P. , los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, estimados de manera anticipada en una cuantía equivalente a TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 353.057.603.00) ,según cláusula penal pecuniaria convenida en el referido contrato .

“CUARTA.- Que se condene a la sociedad VELNEC S.A. a restituir el anticipo entregado y no amortizado, con su correspondiente actualización, intereses y rendimientos.

“QUINTA.- Que se condene a pagar la actualización del monto de las condenas y los intereses moratorios correspondientes desde la fecha de terminación del contrato señalado, de acuerdo con la tasa máxima permitida por el estatuto mercantil”.

En primera instancia, en cuanto a la pretensión primera, como quiera que está plenamente probada dentro de los autos la existencia del contrato materia de este proceso, así como su terminación bilateral, por mutuo acuerdo de las partes, este Tribunal en la parte resolutive del presente laudo arbitral declarará que, entre la sociedad VELNEC S.A. y la EAAB de Bogotá, E.A.A.B. E.S.P. se celebró el día 3 de diciembre de 2.002 el contrato de consultoría N° 2 - 02 – 7700 - 542 – 2002.

De otro lado, exactamente por iguales motivaciones que sirvieron al Tribunal para denegar las pretensiones principales de la demanda de convocatoria, habrán también

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

de denegarse en la parte resolutive de este fallo en derecho las pretensiones segunda, tercera y quinta principales de la demanda de reconvencción.

Se repite que por las razones que quedaron ampliamente expuestas al tratar, en general, de la terminación de los contratos por mutuo disentiimiento de las partes y, en particular, cuando se escribió sobre la terminación bilateral, por mutuo acuerdo del Contrato de Consultoría N° 2 – 002 - 7700 - 542 - 2002 y dé sus efectos jurídicos, este Tribunal de Arbitramento habrá de denegar las pretensiones segunda, tercera y quinta principales del libelo de la demanda de mutua petición; y esto por cuanto se reitera aquí que al haberse convenido la terminación bilateral y por mutuo acuerdo, de manera libre, voluntaria, espontánea e incondicional del contrato en estudio, por acta de terminación del 6 de julio del año 2.004, la materia a que se refieren las aludidas pretensiones quedó saldada y superada.

Recuérdese que para el Tribunal, el acta suscrita entre la EAAB y la sociedad VELNEC S.A., el día 6 de julio del año 2.004, en la cual ambas partes contratantes manifestaron su expresa y conjunta decisión de dar por terminado el Contrato de Consultoría, no es más que el mutuo disentiimiento que acordaron los propios contratantes para efectos de retractarse del precitado contrato, por razones de conveniencia recíproca y para no dar curso ulterior al contrato, por las razones expuestas también de consuno por ellos mismos en el texto del referido documento de terminación bilateral del contrato.

De otro lado, el Tribunal estima importante destacar que los efectos jurídicos consistentes en la liberación mutua respecto de las obligaciones del Contrato de Consultoría y la correlativa renuncia al derecho a exigir el cumplimiento de las mismas, son efectos que se generaron en el momento mismo en que se perfeccionó el negocio jurídico extintivo del contrato preexistente, es decir, cuando las partes concluyeron o formaron de manera adecuada y correcta, el consentimiento, en cuya virtud acordaron libremente terminar en forma anticipada e incondicional el contrato en cita, sin que se hubiesen formulado- como efectivamente no formularon -, reservas, salvedades ni exclusiones acerca de esa liberación mutua de obligaciones y su correlativa renuncia al derecho de exigir su cumplimiento.

4.2.2. RESOLUCIÓN SOBRE LA PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Depreca del Tribunal la empresa contrademandante “que se condene a la sociedad VELNEC S.A. a restituir el anticipo entregado y no amortizado, con su correspondiente actualización, intereses y rendimientos”

Especiales consideraciones le merecen a este cuerpo colegiado juzgador esta particular súplica del libelo de mutua petición, habida cuenta de que, cuanto lo primero, está probado en el informativo que la petente efectivamente le hizo a la firma consultora demandante el aludido anticipo; cuanto lo segundo, toda vez que también efectivamente dentro del expediente está probado fehacientemente que el susodicho anticipo, técnicamente hablando, no fue amortizado en su totalidad durante el tiempo en que tuvo lugar la ejecución del contrato de consultoría que ha dado origen al presente proceso; y cuanto lo tercero, por la manera que en tono serio y grave se apalanca en el libelo de reconvenición esta súplica cuarta principal, así: *“no obstante, los contratos celebrados por las entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios se regulan por el derecho privado, resulta un imposible ontológico dejar de lado las disposiciones constitucionales y legales instituidas para cuando hace parte de un contrato el Estado y para cuando se manejan recursos públicos”*.

Empero, todo lo anteriormente puntualizado contrasta con la siguiente multitud de contra- argumentos, a través de los cuales este Tribunal de Arbitramento deja sentado el transfondo, ético, que no jurídico, de este proceso:

La pretensión primera principal de la demanda se endereza a que el Tribunal declare que la demandada incumplió las obligaciones derivadas del contrato 542, toda vez que no entregó los insumos necesarios para la ejecución del contrato en la forma pactada.

En el capítulo IV de la INVITACIÓN A COTIZAR # I T - 346 – 2002, que contiene los términos de referencia que forman parte integral del contrato 542 y producen sus mismos efectos jurídicos, en el punto 4.7., se encuentra en efecto una larga lista de documentos que la EAAB debía entregarle al Consultor.

De esta larga lista condensa de la siguiente manera la demanda los insumos necesarios para lograr el alcance del objeto contractual:

- . Copia de la resolución de utilidad pública.
- . El plano con la definición del corredor de obra.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

- . Individualización de los predios a adquirir, las fichas técnicas prediales y el levantamiento topográfico.
- . Documentos del predio: cédula del propietario, copia de escrituras públicas, folios de matrícula inmobiliaria.
- . Fotografías.
- . Planos en medio magnético.
- . Avalúos comerciales.

Con relación a estos insumos, se queja VELNEC que como consecuencia del estudio y de la revisión de la información que se le entregó inicialmente las fichas técnicas y/o levantamientos topográficos no cumplían con las formalidades ni con el contenido ofrecido y esperado. Que como resultado de la revisión las fichas presentaban serias y graves inconsistencias. Que para poder cumplir con el objeto de su contrato, VELNEC debió no solamente revisar sino rehacer o volver a hacer casi todas las fichas técnicas con la información que se recogió de las visitas a terreno. Que durante los primeros siete meses del contrato se dedicaron los recursos técnicos, humanos y económicos de VELNEC a volver a hacer las fichas, con el fin de lograr la identificación física de cada uno de los predios. Que teniendo en cuenta que los avalúos comerciales tienen como insumo los levantamientos topográficos y las fichas técnicas prediales, y que éstos no cumplieron con la calidad requerida, se hizo necesario realizar una verificación detallada para remitir información confiable a la EAAB. Que la información reportada en la totalidad de los avalúos comerciales entregados presentaba inconsistencias en aspectos legales y técnicos, lo cual generó la necesidad de volverlos a hacer casi en su totalidad.

Estas quejas de VELNEC, tocantes con los insumos FICHAS PREDIALES, LEVANTAMIENTOS TOPOGRÁFICOS PREDIO A PREDIO Y AVALUOS COMERCIALES, están acreditadas dentro del expediente.

La misma EAAB era consciente desde un primer momento de la importancia que estos insumos tendrían para la cabal ejecución del contrato 542; y es por ello que se le advirtió al Geólogo ELIAS ROMERO VEGA en los términos de referencia de su contrato para la elaboración de estos insumos que:

“El trabajo de Registros Topográficos es la primera parte del proceso de adquisición, de Predios. De ahí la importancia que tiene realizar un buen

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

trabajo para que en los procesos de avalúos y oferta no se tengan inconvenientes. Igualmente, se requiere un muy buen trabajo en los levantamientos y replanteos de los predios a recibir por parte de la Empresa teniendo en cuenta que estos conformarán el inventario físico, base para el control y administración de los inmuebles. Así mismo de la calidad del trabajo depende que en los trámites ante Planeación y Catastro no se tengan inconvenientes”.

Además, la importancia del trabajo que adelantaría el Geólogo ELIAS ROMERO VEGA era manifiesta en la realización de los avalúos que también debían entregarse como insumo, pues el artículo 13 del Decreto 1420 de 1998 señala que “ La solicitud de realización de los avalúos de que trata el presente decreto deberá presentarse por la entidad interesada en forma escrita, firmada por el representante legal o su delegado legalmente autorizado, señalando el motivo del avalúo y entregado a la entidad encargada los siguientes documentos:

- “1. Identificación del inmueble o inmuebles, por su dirección y descripción de linderos.*
- “2. Copia de la cédula catastral, siempre que exista.*
- “3. Copia del certificado de libertad y tradición del inmueble objeto del avalúo, cuya fecha de expedición no sea anterior en más de tres (3) meses a la fecha de la solicitud.*
- “4. Copia del plano del predio o predios con indicación de la áreas del terreno, de las construcciones o mejoras del inmueble motivo del avalúo, según el caso.*
- “5. Copia de la escritura del régimen de propiedad horizontal, condominio o parcelación cuando fuere el caso..... ”.*

Pues bien en documento que obra en el expediente, emanado de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE AVALUADORES, se lee:

- “4. Los informes de avalúo reflejan el contenido de la información suministrada en las fichas topográficas, las cuales por su características no cumplen con lo dispuesto en el artículo 13 del decreto 1420 / 98.*
- “5. Los cambios efectuados a los avalúos se deben a los cambios realizados a las fichas y motivaron la elaboración de un nuevo avalúo, responsabilidad que no era, ni es de nuestra Entidad, como tampoco obedeció a que los avalúos*

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

que estuvieran “mal hechos” como insinúa el oficio de la referencia, son el reflejo de la mala información consignada en las fichas respectivas.

“6. La Sociedad de Avaluadores con el ánimo de contribuir al normal desarrollo del proyecto procedió a efectuar los cambios, proceso que se volvió endémico al presentarse varios cambios de fichas y llegar hasta abril 30 a la no despreciable situación de 558 cambios y en casos hasta de cuatro veces, por errores en información suministrada”.

Y concluye:

“2. El oficio de la referencia evidencia que nuestra entidad tuvo que repetir los avalúos por “mal hechos” (aclaración realizada según oficio S C D A – 538 – 697 – 2004) , cuando sólo procedimos a efectuar cambio motivados por errores de ficha para avanzar en los procesos de negociación sin ser nuestra responsabilidad ”.

Lo anterior está también corroborado por el informe de la Contraloría Distrital que obra en el expediente, en los siguientes términos:

“Ello, se pudo evidenciar en las fichas prediales, entregadas por el contratista, al supervisor de la empresa, en donde ésta se limitó a registrar mediante sello “Recibido no revisado”; con lo que se infiere que recibieron estos insumos sin aprobación, control y supervisión necesarios, posteriormente, fueron entregados directamente del interventor externo al consultor contratista de adquisición de predios, omisión que conllevó a que no se garantizara la calidad de estos productos, necesarios para el proceso de adquisición predial, el que se vio afectado por las inconsistencias que presentaron las fichas prediales detectadas posteriormente por los consultores, requiriendo los ajustes pertinentes y generando atrasos en la ejecución de los contratos”.

Y por último está la declaración del Arquitecto HUMBERTO ZAPATA GOMEZ, quien fue quien suscribió el mencionado documento de la SOCIEDAD COLOMBIANA DE AVALUADORES.

Reafirmando su concepto escrito que hemos mencionado, el deponente respondió cuando se le puso de presente dicho escrito que sí era cierto que los cambios en los

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

avalúos o los nuevos avalúos fueron el reflejo de la mala información consignada en las fichas respectivas; que como lo dice la comunicación no es cierto que los avalúos estaban mal hechos, sino que los cambios efectuados a los avalúos se deben a los cambios realizados a las fichas y motivaron la elaboración de un nuevo avalúo, responsabilidad que no era de su entidad , como tampoco obedeció a que los avalúos estuvieran mal hechos, sino que son el reflejo de la mala información consignada en la fichas respectivas; que eso implicaba a su vez entonces que primero los avalúos no estaban mal hechos y segundo que los cambios que se estaban efectuando, eran los cambios que estaba solicitando la entidad para hacer los cambios en los avalúos que motivaron esas correcciones.

Las anteriores argumentaciones y pruebas no fueron desvirtuadas por la EAAB.

Así por ejemplo en su alegato de conclusión la EAAB al hacer un recuento de la regulación normativa del proceso de adquisición de bienes, como el que nos ocupa , cita el artículo 492 del Decreto Distrital 619 de 2.000 regulatorio del Plan de Ordenamiento Territorial, que preceptúa que habiéndose identificado plenamente el objeto específico de la adquisición , se ordenará adelantar todos los estudios de tipo social, técnico, jurídico y económico que habrán de fundamentar los procedimientos de adquisición. Y que estos estudios que se dirigen a obtener la determinación cabal y completa de los predios a adquirir pueden ser contratados con terceros, total o parcialmente. Agrega el alegato que esta norma distrital se enmarca dentro de la preceptiva contenida en el artículo 13 de la Ley 9 de 1.989 que también exige “ la identificación precisa del inmueble”, para lo cual se deben adelantar una serie de labores de orden técnico , jurídico y financiero (para saber el precio de oferta). Y, en general, actividades para establecer las condiciones del negocio, que son las que se tienen que plasmar en la oferta de compra.

Sigue el alegato que así revisada y analizada la normatividad aplicable, debe concluirse que en ella no existe mención alguna a las fichas prediales. Que las fichas prediales no son determinantes ni necesarias para ese proceso. Que la ficha predial constituye elemento facilitador de la labor de identificación del predio. Que tan pronto se tomó la determinación de entregar el proceso de adquisición a terceros, pudo incluir como obligación de dichos terceros la elaboración de tales insumos.

Por todo el expediente encontramos regadas opiniones contradictorias acerca de si las mencionadas fichas prediales, y los levantamientos topográficos inmueble a

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

inmueble anexos, eran o no indispensables para el cabal cumplimiento del objeto del contrato que es materia del presente Tribunal de Arbitramento.

Y lo cierto es que estas aparentemente contradictorias versiones solamente se pueden resolver en el entendido de que cuando la EAAB decidió tercerizar los procesos de adquisición predial a su cargo, lo hizo en cada caso mediante la celebración de tres contratos con objetivos muy diferentes, pero complementarios entre sí, como lo fueron , en primer lugar , el que le adjudicó al Geólogo ELIAS ROMERO VEGA, cuya finalidad preminentemente técnica era la cabal y completa determinación física de los predios a adquirir, pero que también contemplaba otro objetivo que nunca se cumplió por el Contratista y este de orden jurídico, según el cual y copiamos los términos de referencia del contrato con el Geólogo ELIAS ROMERO VEGA,

“En el proceso de elaboración de los Registros Topográficos se debe desarrollar un trabajo de Investigación Técnica que permita determinar la Correspondencia entre el levantamiento topográfico (físico) y la totalidad de los predios . Lo anterior implica que deben estudiarse los títulos de cada predio para que el objeto levantado topográficamente sea correspondiente o, en caso distinto, emitir un concepto técnico sobre las inconsistencias encontradas. Lo mismo para lograr que inmueble levantado topográficamente y englobado coincida en títulos y planos”.

A este primer contrato, le seguía un segundo enderezado a obtener los avalúos comerciales predio a predio y que como vimos, según el artículo 13 del Decreto 1420 de 1998, tenía como insumo fundamental los resultados del anterior contrato.

Y todo ello desembocaba en el Contrato de Consultoría que aquí se discute, con sus tres fases, a saber: Fase 1: diagnóstico socio- económico y jurídico. Fase 2: formulación del Plan de Gestión Social. Fase 3: Asesoría, coordinación, control y supervisión de los procesos de adquisición del predio y/o de las mejoras en los casos a que haya lugar, así como ejecución y seguimiento del plan de gestión social.

Que esta debía ser la concatenación y cabal encadenamiento del proceso de tercerización de adquisición predial, lo entendió desde un principio la EAAB, cuando en los términos de referencia del contrato con el Geólogo ELIAS ROMERO VEGA escribió que “el trabajo de Registros Topográficos es la primera parte del proceso de

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

adquisición de predios . De ahí la importancia que tiene realizar un buen trabajo para que en los procesos de avalúos y oferta no se tengan inconvenientes”.

De haberse cumplido por el Geólogo ELIAS ROMERO VEGA en forma diligente esta primera etapa y primer contrato que conformaba el proceso de tercerización, se hubiera pasado sin ningún tropiezo a la etapa de los avalúos comerciales, y , por último , con todos los insumos necesarios y ahora sí al contrato de consultoría que ha dado lugar al presente litigio, que por lo mismo que contemplaba un buen suceso en las dos primeras etapas de las tres en que se dividió todo el procedimiento , estipulaba apenas el corto plazo de un año para la realización de las tres fases de la consultoría : El diagnóstico socio – económico y jurídico; la formulación de un plan de gestión social, y en fin la asesoría propiamente dicha para la coordinación, control y supervisión de la adquisición de los predios y/o mejoras, lo mismo que para la ejecución y seguimiento del plan de gestión social.

Pero como el Geólogo ELIAS ROMERO VEGA incumplió en forma grave sus obligaciones relativas a las fichas prediales y a los levantamientos topográficos predio a predio, lo que también conllevó que la SOCIEDAD COLOMBIANA DE AVALUADORES no pudiera cumplir a cabalidad con su contrato para la realización de los avalúos comerciales, la EAAB valiéndose de un argumento del cual echa mano a todo lo largo de sus alegatos, en el sentido de que la particularidad de las zonas en donde se localizaba el proyecto, es la que explica los posibles desfases y la necesaria revisión de insumos adopta en este litigio una estrategia consistente en negar el invaluable aporte que significaban los dos contratos previos a la consultoría que se discute y que junto con ésta conformaban un todo inseparable.

La EAAB extractando de los términos de referencia del contrato de consultoría, algunas labores preliminares que debía cumplir el Contratista, adelanta la siguiente afirmación:

“De todo lo anterior, se observa que gran parte de las actividades se refieren a la recolección, revisión y estudio de la información por parte del Consultor, quien debía confrontarla con la aportada por la E.A.A.B. No se trataba simplemente de una actividad que se caracterizaba por la utilización de los “insumos” dados por la convocada, sin ninguna conducta del contratista. La actividad del Consultor abarcaba muchos más, pues tales insumos eran solo un punto de partida que le proporcionaba la E.A.A.B., como apoyo para la gestión

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

del contrato; por ello, existía la obligación para el Consultor de revisar esa información a través de los estudios que el mismo debía realizar”.

Estos conceptos de la EAAB no los puede compartir el Tribunal y sobretodo por el término que se pactó para la realización de la Consultoría. Las labores de acopio y revisión de los insumos entregados por el EAAB eran simplemente preliminares, para después entrar de lleno a ésta sí la gran parte del objeto de la Consultoría.

Los insumos, fichas prediales, levantamientos topográficos y avalúos comerciales no eran sólo un punto de partida que le proporcionaba el EAAB al Consultor como apoyo para la gestión del contrato. Esta sola afirmación, por ejemplo, limitada a los avalúos comerciales no tiene ningún sentido, habida cuenta de que tienen fecha de vencimiento.

Para el Tribunal la razón es otra y consiste en que habida cuenta de que los tres contratos (levantamientos topográficos , avalúos comerciales y consultoría) que en su conjunto constituyen en globo el proceso de tercerización para la adquisición de predios en orden a la adecuación de la ronda hidráulica de la quebrada Santa Librada, se sucedieron inmediatamente, la filosofía era la de que VELNEC comenzara a revisar rápidamente y poner a punto los mencionados insumos , para entrar de lleno a su cumplimiento contractual; y no que tocara volver a hacer o rehacer en su casi totalidad fichas prediales y levantamientos topográficos y enviar para su revisión también la casi totalidad de los avalúos comerciales.

Solamente en este entendido, es que puede tener cabida la alegación del EAAB de que por referirse el proyecto a un sector subnormal, podrían presentarse algunas variaciones, que son las que justificaron la inclusión de la obligación preliminar de VELNEC en punto a la revisión de los insumos entregados por la Empresa contratante.

Las escritas observaciones del Tribunal son muy pertinentes en orden a responder la pregunta capital que se formula el EAAB mismo, así:

“De una vez por todas se debe afirmar que ES MUY FACTIBLE QUE ESOS INSUMOS TUVIERAN INCONSISTENCIAS, así sea en un número equivalente a un predio (en este proceso no se ha probado cuantas inconsistencias se presentaron ni sobre qué aspectos ni mucho menos el número exacto de

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

predios con inconsistencias). La E.A.A.B. nunca lo ha negado, entre otros motivos porque desde la misma invitación ya advertía acerca de la ocurrencia de tal situación. Eso mismo explica el deber que tenía el consultor de tener al servicio del contrato y más específicamente para cumplir con la obligación de revisión de fichas y levantamientos, la comisión de topógrafos. Tendría sentido una exigencia tal, si dichos insumos estuvieran en total armonía con la situación real de los predios al momento de iniciarse el correspondiente proceso de revisión y adquisición? Qué sentido tendría, entonces, la obligación de revisión?”.

Repite el Tribunal que dado el encadenamiento de los tres contratos celebrados para cumplir con la tercerización del proceso de adquisición de predios y la sucesión de los mismos en el tiempo, el manido argumento del EAAB de que por tratarse de sectores subnormales eran previsibles cambios en la áreas de los predios y de sus construcciones , no puede de ninguna manera justificar el hecho que está probado de que el Geólogo ELIAS ROMERO VEGA incumplió con su contrato para la elaboración de las fichas prediales y la realización de los levantamientos topográficos , porque así lo afirmó la SOCIEDAD COLOMBIANA DE AVALUADORES , que en todo el proceso de cambio o modificación de un número abundantísimo de los avalúos comerciales hizo mención expresa y general para todas las fichas prediales de que estas habían sido mal hechas.

Así las cosas, y de ser cierto el argumento del EAAB, de que por tratarse de sectores o asentamientos subnormales eran previsibles cambios tan fundamentales de un contrato a otro, esto sí que habría cambiado por completo el panorama del proceso de tercerización, como que al contrato del Geólogo ELIAS ROMERO VEGA habría tenido que seguir necesariamente la consultoría con un término de duración y objeto más amplio en cuanto a la reelaboración de todas las fichas prediales y levantamientos topográficos predio a predio, para pasar después al trámite de los avalúos comerciales con bases ciertas y , en fin , por último a la asesoría , coordinación, control y supervisión de los procesos de adquisición de predios o mejoras.

Eso sí a la verdad y por ser el presente arbitramento en derecho, y no en equidad y conciencia, es evidente y cierto que todo lo anteriormente escrito y por extenso que sea, no bastaría ni resultaría suficiente para denegar como en efecto se denegará la cuarta de las pretensiones principales del libelo de mutua petición.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Por ello recurrimos otra vez aquí a la doctrina de los citados tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta; y esta vez a la parte de su obra pertinente a la revocación bilateral y voluntaria de los negocios jurídicos:

“580. CONCEPTO.- Como su denominación lo indica, la revocación voluntaria es un modo de disolver y dejar sin efecto un acto jurídico mediante otro acto posterior otorgado por quien o quienes participaron en la celebración del primero. Así se da esta figura cuando las partes en un contrato de compraventa acuerdan desistir de ella; o cuando una de las partes en un contrato de arrendamiento, estando facultada para hacerlo, le pone fin o lo hace cesar; o cuando el otorgante de un testamento varía sus disposiciones, etc.

“De los ejemplos propuestos se puede inferir que la revocación voluntaria de los actos jurídicos opera, tanto en el campo de las convenciones y los contratos, como en el de los actos unipersonales.

“La revocación de los actos jurídicos, entendida como queda dicho, encuentra su fundamento lógico en el postulado de la autonomía de la voluntad privada. Así como este postulado faculta a los particulares para crear relaciones jurídicas, igualmente los autoriza para modificarlas o para extinguirlas posteriormente. De ahí que el acto jurídico, que es la expresión normal del aludido postulado, se defina como la manifestación de voluntad de una o más personas directa y reflexivamente enderezada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

“Además, según ya lo sabemos, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada implica, de ordinario, el vigor normativo que a las manifestaciones de esta les atribuye la ley, como si las decisiones adoptadas por los agentes hubieran sido dictadas por el propio legislador. El acto jurídico viene así a erigirse en una norma o ley (lex particularis) para quienes participan en su celebración.

“Por consiguiente, del mismo modo como la ley puede derogar sus propios mandatos y así disolver los vínculos jurídicos que ella haya establecido entre sus súbditos, la voluntad privada también puede dejar sin efecto las prescripciones libremente consentidas por quienes participaron anteriormente en un acto jurídico. Este paralelismo entre la derogación de las leyes y la

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

revocación de los actos jurídicos fue prontamente reconocido por el derecho romano y consagrado en numerosas máximas, a manera de aplicación del principio general, según el cual “todo lo que se contrae conforme a derecho, perece por el derecho contrario...”

(...)

“584. LOS EFECTOS DE LA REVOCACIÓN ENTRE LAS PARTES. Ya en el derecho romano se planteó la cuestión de si la revocación voluntaria hace tabla rasa del acto revocado, hasta el punto de destruir totalmente su eficacia o si, por el contrario, los efectos ya producidos por este, antes de la revocación, subsisten intocados por dicha revocación. La doctrina predominante de los jurisconsultos romanos, acogida por sus intérpretes y por la opinión moderna generalizada, es la de que la voluntad privada puede obrar sobre el futuro, pero es inepta para borrar los hechos cumplidos anteriormente.

“Con este criterio, la doctrina romana y la posterior han distinguido entre dos situaciones, a saber: el acto revocado aún no ha producido sus efectos, o si los ha producido, en todo o en parte. Si lo primero, la revocación, al destruir la causa, impide que esta pueda generar ya efecto alguno. Si lo segundo, como la revocación es un nuevo acto, llamado a obrar desde su celebración, naturalmente es inepto para hacer que lo que fue no haya sido.

“En los textos romanos y en las exposiciones de los doctrinantes posteriores se trae como ejemplo para demostrar la tesis expuesta la revocación de la compraventa: si el vendedor ha hecho tradición del inmueble al comprador, mediante la inscripción del contrato en el registro competente, “ la adquisición del dominio del inmueble por este no podría desaparecer por el mutuo consentimiento de comprador y vendedor y dejar sin efecto el contrato de compraventa que había producido este efecto; y por consiguiente, será necesario que el comprador le transfiera al vendedor el dominio del inmueble por una nueva compraventa y la competente inscripción Pero si el contrato de compraventa hubiera principiado a ser ejecutado por el comprador, pagando el precio o parte de él, sin que el vendedor hubiera entregado el inmueble, no habiendo inscrito aún el contrato, la convención para dejar a este sin efecto no tendría inconveniente, devolviendo el vendedor al comprador lo que este le hubiera entregado en pago del precio ” (subraya el Tribunal).

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

“En nuestro sentir, la precitada tesis, expuesta con el rigor de su inspiración romana, no se compadece con la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada, según la cual esta es apta para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sin otro límite que el respeto a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, límite que comprende el respeto al derecho ajeno. De esta suerte no hay inconveniente alguno en que las partes, al revocar un acto anteriormente celebrado entre ellas, v. gr., una compraventa, decidan privar a esta de sus efectos futuros a aún no cumplidos, o que decidan también retrotraer los efectos ya consumados, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban al tiempo de la celebración del acto revocado, desde luego en cuanto esto sea posible, porque si, por ejemplo, la cosa vendida es un caballo que ha perecido en poder del comprador, su restitución es imposible (ad impossibilia nemo tenetur). De ahí que aún los sostenedores de la tesis que se critica no hayan podido menos que atenuarla, admitiendo que las partes en la compraventa revocada puedan pactar que el comprador restituya el precio pagado (cosa de género).

“Dentro de este mismo orden del ideas, peca contra el principio moderno de la autonomía de la voluntad privada el aserto de que para revocar retroactivamente la tradición de la cosa vendida, sea indispensable que el comprador le haga una nueva venta de dicha cosa al vendedor.

“Un acto jurídico atípico cualquiera, o sea, no reglamentado por la ley, como ocurre con la revocación, puede producir efectos de variada índole, sin necesidad de encasillarlo dentro de otro contrato típico, como lo es la compraventa. Así, bien pueden pactar los revocantes de la compraventa de un bien mueble o inmueble que el comprador le haga tradición al vendedor para restituirle el dominio transferido por la tradición anterior. En tal caso la revocación que, se repite, es un acto atípico, asume, a la vez, el carácter de convención extintiva y de contrato traslativo de dominio (Art. 745), sujeto a inscripción registrar si se trata de un inmueble, sin que por ello la revocación cambie de naturaleza y pase a convertirse en una compraventa.

“Por las razones expuestas, de la tesis que se comenta solo es aceptable lo siguiente: que si las partes en el acto por revocar guardan silencio acerca de los efectos ya producidos por dicho acto, la revocación solamente obra

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

respecto de los efectos aún pendiente; pero si dichas partes convienen en retrotraer, en cuanto esto sea posible, los efectos ya surtidos, debe estarse a las estipulaciones respectiva ” (Obra citada , págs. 497 a 501).”

Se reitera aquí que al haberse convenido la terminación bilateral y por mutuo acuerdo, de manera libre, voluntaria, espontánea e incondicional del contrato en estudio por acta de terminación del 6 de julio de 2.004, las materias a que se refieren tanto las pretensiones de la demanda de convocatoria, como las de la demanda de reconvencción quedaron saldadas y superadas por las partes, que acordaron poner fin a la vigencia que las ataba; y comportó también según se explicó detenidamente, la renuncia recíproca de cada una de ellas a hacerse futuras reclamaciones por los hechos que se sucedieron y ocurrieron durante la etapa de ejecución del contrato materia de este litigio, particularmente , de parte de VELNEC S.A. , por los supuestos sobrecostos en que tuvo que incurrir según las quejas que le endilga a los insumos recibidos de la convocada para la cabal ejecución de sus obligaciones; y de parte de la Empresa de EAAB por la no devolución del anticipo entregado y no amortizado.

4.2.3. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Formula la EAAB, las siguientes pretensiones subsidiarias en su demanda de reconvencción:

“Como subsidiaria de la pretensión principal TERCERA, que como consecuencia de lo anterior se condene a la sociedad VELNEC S.A. a pagar a la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.A.A.B. E.S.P, los perjuicios que durante este proceso se llegaren a probar por cuenta de los incumplimientos del contrato de consultoría número 2-02-7700-542-2002.

“Como subsidiaria de la pretensión principal QUINTA, que se condene a pagar la actualización del monto de las condenas por cuenta de los perjuicios y los intereses moratorios correspondientes, de acuerdo con la tasa máxima permitida por el estatuto mercantil”.

Estas pretensiones subsidiarias también las negará este Tribunal de Arbitramento, y llegada a esta altura de su laudo arbitral bástele repetir una vez más que ante la existencia del tantas veces mencionado acuerdo de terminación bilateral del 6 de julio

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

de 2.004. De nuevo, pues, en concepto del Tribunal estas pretensiones son nugatorias por sustracción de materia.

4.2.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA Y LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR LA CONVOCANTE EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Dice el apoderado de la convocante proponer, sin perjuicio de que el Tribunal declare de oficio acreditadas las excepciones que encuentre probadas, las siguientes, que se numeran y transcriben a continuación:

“1) Incumplimiento del Contrato por parte de la falta de entrega de los insumos necesarios para el desarrollo del mismo.

2) Obligación de la Convocada de indemnizar todos los daños y perjuicios ocasionados a la Convocante con ocasión del Desarrollo del Contrato, debido a su incumplimiento y a su negligencia.

3) Ocurrencia de circunstancias imprevistas e imprevisibles.

4) El cumplimiento de las obligaciones contractuales realizado de buena fe por parte del Consultor”.

Como ya lo señaló el Tribunal, por todos los argumentos que se contienen en este fallo y por virtud de los cuales habrán de denegarse todas las pretensiones, tanto principales como subsidiarias, de la demanda de reconvencción, de que en este caso las excepción en estudio no están llamadas a prosperar, en tanto y en cuanto como ya se ha destacado y se encuentra suficiente y regularmente probado en el expediente, el contrato de consultoría terminó, como lo consigna la pluricitada Acta de terminación suscrita el día 6 de julio del año 2004 y que obra a folios 65 y 66 del Cuaderno Principal N° 1, por decisión conjunta, libre y voluntaria de los contratantes.

Ahora bien, por lo que respecta a la excepción sub 3), el Tribunal al pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda de convocatoria anotó que la terminación bilateral, por mutuo acuerdo, del Contrato de Consultoría N° 2-02-7700-542-2002, acordada de manera libre, voluntaria, espontánea y, lo que es más, sin reservas, salvedades o exclusiones, por medio de acta de terminación suscrita el día 6

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

de julio del año 2.004, se constituye en obstáculo insalvable para que, en este momento procesal el Tribunal pueda darle aplicación a la teoría de la imprevisión y a sus reseñados efectos jurídicos . Simple, lisa y llanamente, porque el contrato materia de este litigio había ya concluido con mucha anterioridad a la iniciación del mismo, cortando así de tajo la función por la cual debe velar el juzgador, en trance de aplicar la institución de la imprevisión, cual es de salvaguardar la finalidad que el negocio jurídico cumple en la vida jurídica, intentando, por los medios que le concede esta figura, la revisión de las prestaciones del contrato, de su economía , para reconducirlo a la equidad, y de ser posible esto, declarando su terminación, lo cual insistimos, ya se produjo desde el 6 de julio del año 2.004 por obra de la autonomía de las partes contratantes.

Sin embargo esta excepción que se fundamenta en la teoría de la imprevisión , viene ahora enrostrada contra las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvencción ,que reclama una declaración de incumplimiento contractual y de sus condenas consecuenciales contra la convocante ; pretensiones y condenas estas que el Tribunal encontró enervadas por el hecho del mutuo disentimiento a que finalmente llegaron las partes y que fue recogido en el acta de terminación del 6 de julio de 2.004. Es por lo tanto que no prospera la excepción sub 3).

En cuanto a la excepción que en su escrito de contestación a la demanda de reconvencción, hace consistir la convocante en “El cumplimiento de las obligaciones contractuales realizado de buena fe por parte del Consultor ”, como contra – argumento a la afirmación de la EAAB, en el sentido de que hubo “ mala fe” del convocante en sus actuaciones en querer inducir a errores no solamente a la Empresa sino a la comunidad afectada; pues como lo vimos al deslindar nítidamente entre lo que son las defensas en general y sus distintas clases, siguiendo las enseñanzas del profesor colombiano Hernando Devis Echandía, aquí ya no estamos ante una excepción en sentido estricto, sino a una mera oposición a hechos expuestos por la contra- parte, que todos estos hechos como culpas recíprocas, buena o mala fe de las partes y ocurrencia de circunstancias extraordinarias quedaron saldadas y superadas por las mismas partes por el acta de terminación del 6 de julio de 2.004.

**4.2.5. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EXCEPCIÓN DE
CONTRATO NO CUMPLIDO PROPUESTA POR VELNEC CONTRA LAS
PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

El Tribunal considera, basado en el análisis de los hechos y de las pruebas que obran al expediente, que este medio exceptivo no está llamado a prosperar justamente porque, como a espacio ya se indicó, toda pretensión de incumplimiento esgrimida en el juicio fue declinada por las partes al suscribir, sin salvedades, el acta de terminación del contrato, por común acuerdo, el día 6 de julio de 2004.

4.3. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXCEPCIÓN GENÉRICA QUE LAS DOS PARTES SE PROPUSIERON FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Tanto en la contestación a la demanda principal como en la contestación a la demanda de reconvencción, ambas partes encabezaron el capítulo de excepciones contra las pretensiones de cada demanda, invocando en su favor cualquier hecho que aun cuando no se hubiera propuesto resultara probado en el proceso y tuviera la virtualidad de enervar una o varias pretensiones de la demanda.

El Tribunal entiende que esa formulación que, se reitera, es común a las dos partes, equivale a la proposición de la denominada excepción genérica, que suele plantearse por los litigantes en sede de la jurisdicción permanente, al amparo del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

La idoneidad de la excepción genérica, en el campo concreto del proceso arbitral, ha sido objeto de diversas valoraciones, esencialmente centradas en determinar si es deber del juez arbitral atender, sin más, el mandato del artículo 306 del estatuto procedimental civil o si, por el contrario, habida cuenta de la naturaleza eminentemente restrictiva del proceso arbitral en lo que a la competencia de los árbitros dice relación, el juez arbitral está eximido o acaso le está vedado aplicar dicha norma en su labor de juzgamiento.

Este Tribunal, haciendo eco de varios pronunciamientos cuyo fundamento se comparte en un todo, ¹² considera que en el proceso arbitral la genérica no es excepción de recibo por las razones que sucintamente pasan a explicarse, tomados

¹² Entre ellos Comercializadora Internacional Pesquera Vikingos de Colombia S.A. contra Aseguradora Colseguros S.A., Ecopetrol Vs Stewart & Stevenson Operations Inc., Grupo Portuario S.A. Vs Equipos Portuarios S.A. y Antonio Hartmann Visbal contra Coninsa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

del laudo arbitral que puso fin a las diferencias entre Antonio Hartmann Visbal y Coninsa S.A.”:

“Para el Tribunal no es de recibo que en el proceso arbitral se plantee la que se conoce como “excepción innominada o genérica”, porque siendo el proceso arbitral de naturaleza especial y dispositiva, que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, la derogatoria de jurisdicción que ellas efectuaron recíprocamente en el contrato, al convenir la cláusula compromisoria les impone, igualmente, unas reglas especiales de conducta que les obliga a expresar de manera clara y precisa en su demanda y contestación, todas y cada una de las diferencias que someterán a arbitraje, para que las mismas sean resueltas por los árbitros de manera expresa.

“Precisamente debido a la naturaleza contractual de la cláusula compromisoria, que obliga a las partes a someter todas sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, es que a los árbitros no les es dado asumir el papel de las partes para que sean ellos quienes determinen las cuestiones objeto de arbitraje.

“Tan rigurosa es esa obligación de las partes como la que la ley le impone a los árbitros la de resolverlas en su totalidad pues, si ellos dejaren de hacerlo o resolvieren sobre puntos no sometidos a su decisión o concedieren más de lo pedido, el laudo resultaría anulable por extra petita o mínima petita.¹³

“Precisamente por sustentarse la excepción genérica en imprecisiones y vaguedades y no en hechos o razones determinados, es que el Tribunal no puede suplantar a la parte convocada para deducir en el laudo excepciones que no fueron concretamente planteadas por su apoderado al contestar la demanda pues, de hacerlo, estaría resolviendo sobre puntos no sujetos a su decisión o concediendo más de lo pedido, lo cual le esta vedado por expresa disposición legal.”

Estas consideraciones articulan justamente con las formuladas por el Tribunal de Arbitramento que se integró para dirimir las diferencias entre Comercializadora

¹³ Artículo 163 del Decreto 1818 de 1.998

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Internacional Pesquera Vikingos de Colombia S.A. y Aseguradora Colseguros S.A., en los términos siguientes:

“Por la naturaleza del proceso arbitral y por la expresa voluntad de las partes en este caso, las diferencias sometidas a juicio del Tribunal quedaron circunscritas a las pretensiones de la demanda y las excepciones de la aseguradora demandada que quedaron formuladas, respectivamente, en los escritos de demanda y su contestación. A las mismas quedaron referidas, también, las pruebas pedidas por las partes. Resulta además una cuestión de mera lealtad procesal.

“Es claro que una vez sometido el asunto a decisión de un Tribunal de Arbitramento, son las excepciones opuestas contra las pretensiones planteadas por el demandante, las que delimitan estrictamente el ámbito de competencia y la decisión del Tribunal.

“Aún más importante es que, dado el carácter excepcional de su competencia, a los árbitros no les está permitido ni siquiera encontrar demostrada la excepción genérica, esto es, la que no habiendo sido planteada por el demandado pudiera aún llegar a encontrarse probada dentro del proceso, porque de esa manera se incurriría en una de las causales de anulación del Laudo, la contenida en el numeral 8 del Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: *“Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.”*

Y, a su turno, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir, en derecho, las diferencias entre las sociedades Grupo Portuario S.A. y Equipos Portuarios S.A., se pronunció en los siguientes términos:

“Dentro del término del traslado de las excepciones, la convocante contesta la Excepción Genérica con fundamento en unos hechos que califica como “Nuevos” y que según afirma, “se desprenden de la contestación de la demanda”. Como la Excepción propuesta por la demandada no se contrae a ningún hecho en particular precisamente por tratarse de la Genérica, referida en forma amplia a todo hecho que resulte probado dentro del proceso, conforme al Art. 306 del Código de Procedimiento Civil y no a hechos nuevos, como lo afirma el apoderado de la convocante, el Tribunal se abstiene de

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

considerar dichos hechos en que se hace consistir la excepción, en razón a que limitan el concepto y alcance de la misma y, además, porque de haberse efectuado alguna precisión sobre el particular, ello correspondería hacerlo a quien propuso la excepción.”

No son necesarias adicionales consideraciones para fijar la posición de este Tribunal en torno a ese extremo de la litis, cumpliéndose así además con el deber legal de desatarla en toda su extensión.

5. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público tomó parte activa en el proceso concurriendo activamente al proceso y presenciando el debate probatorio.

Con anterioridad a la audiencia de alegatos de conclusión, concretamente el día 1 de noviembre de 2006, el señor Agente del Ministerio Público hizo un pronunciamiento que milita entre folios 374 y 384 del Cuaderno Principal No. 2.

El Ministerio Público hizo un pormenorizado recuento sobre los puntos que en su opinión resultaron probados en el proceso, algunos de los cuales corresponden con los antecedentes que ambas partes mencionan al exponer los fundamentos de hecho de sus respectivas demandas.

A juicio de la Procuraduría el asunto de los insumos, en relación con el cual las partes exponen “... posiciones extremas...”, no era lo bastante crítico que el convocante expone, como que no todos debían ser entregados en el mismo momento ni al inicio del contrato.

Entre los que debían entregarse al principio, el Ministerio Público se refiere a las fichas prediales, los corredores de obra y los levantamientos topográficos; no así, sostiene la vista fiscal, los avalúos ni las Resoluciones de Utilidad Pública.

Por cuanto tiene que ver con la calidad de las fichas prediales, que el convocante imputa al convocado, a juicio del Ministerio Público no es lo mismo las inconsistencias que de ellas pudiera predicarse que su incorrecta elaboración, fenómeno el primero de los aludidos debía haberlo previsto el contratista porque así lo indicaban los términos de referencia de la invitación a proponer.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

Según el Delegado de la Procuraduría la mala calidad de los insumos que el convocante le imputa a la convocada no fue probada como a la primera de ellas le correspondía. Lo propio señala sobre el pretendido cambio del número de predios a adquirir y sobre los problemas de las fichas, a cuyo efecto indica el Ministerio Público que la ausencia de prueba ha podido suplirse mediante un dictamen pericial que sirviera para precisar la etiología y entidad de los yerros a ellas atribuidos por la convocante, nada de lo cual, según se lee a folio 8 del escrito que contiene el pronunciamiento del Tribunal, "... se probó por quien tenía el deber..."

Sintetiza su posición el Ministerio Público al sostener que la incompreensión del contrato por parte de Velnec, que es el hecho más relevante que esa entidad encuentra probado, constituye la mayor causa de inejecución y de la no realización del objeto del contrato.

Se le endilga a Velnec la inexperiencia de alguna parte de su personal, así como la falta de prueba de la magnitud y consecuencias de las dificultades originadas en los traumatismos experimentados por el sistema SAP.

Afirma por último el Ministerio Público que se encuentra probado que la EAAB pagó al contratista todas las actividades que ejecutó y, de igual modo, indica el Ministerio Público que no es posible acceder al pago de los gastos que se reclaman porque además no está probado ni el cumplimiento de sus obligaciones ni su disposición por parte de Velnec para hacerlo.

Todo lo anterior, para concluir el Ministerio Público que se deben denegar las pretensiones de la convocatoria – principales y subsidiarias – y condenarse a Velnec en el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en el proceso más la restitución del anticipo no amortizado, en ambos casos con las actualizaciones e intereses que sea del caso.

Sobre los argumentos que han quedado resumidos, el Tribunal considera que las precedentes consideraciones han abordado con suficiencia las manifestaciones, peticiones y solicitudes formuladas por el Ministerio Público, y, sin que este juez transitorio y especial comulgue con todas las tesis expuestas en el enjundioso memorial que es objeto de análisis ni las acoja en toda su extensión, se juzga innecesario descender en el análisis puntual de aquello que se comparte y aquello

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

que no, por simple sustracción de materia, pues, como está bien advertido, ninguna pretensión de incumplimiento, tema en el cual se vuelca mayoritariamente el análisis de la Procuraduría, será declarada en la parte resolutive de esta providencia.

El Ministerio Público no se pronunció sobre las consecuencias de la suscripción del acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato, de modo que, siendo dicho análisis el fundamento principal de las decisiones que habrán de adoptarse en la parte resolutive de este laudo, resulta innecesario abundar en materias que a juicio de este Tribunal no alteran lo fundamental de esta decisión.

CAPÍTULO VI – COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda principal y la de reconvencción tan solo se abrirán paso en lo que tiene que ver con la declaratoria de existencia del contrato que fue materia de este proceso, con fundamento en lo dispuesto en el ordinal 6 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

CAPÍTULO VII – PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las controversias patrimoniales entre la sociedad VELNEC S.A., por una parte y, por la otra la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.A.A.B. E.S.P (CASO 1403) administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que entre la sociedad VELNEC S.A. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.A.A.B. E.S. P, se celebró el día 3 de diciembre del año 2.002 el Contrato de Consultoría número 2-02-7700-542-2002.

SEGUNDO. Declarar que el contrato de consultoría mencionado en el número anterior, terminó de forma bilateral y por mutuo acuerdo de las partes, mediante Acta de Terminación suscrita entre ellas el 6 de julio del año 2.004, sin reservas ni salvedades de ninguna clase.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

TERCERO. Con excepción de la pretensión resuelta en el numeral primero de la parte resolutive de esta providencia, negar todas y cada una de las pretensiones principales de la demanda de convocatoria.

CUARTO. Negar todas y cada una de las pretensiones subsidiarias de la demanda de convocatoria.

QUINTO. Declarar no probados los argumentos de defensa y las excepciones de mérito formuladas por la entidad Convocada, EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.A.A.B. E.S.P, distinguidas con los numerales 1,2,3,4,5,6, y 7 del escrito de contestación a la demanda de convocatoria , denominadas: “ 1º Contrato por productos entregados y pagados; 2º Las fichas prediales no son elementos esenciales para la adquisición de predios ; 3º Ejecución Exigua y escasa ; 4º Lo ocurrido y encontrado en los predios a adquirir es lo habitual en procesos propios de zonas subnormales ; 5º Por las actividades contratadas, la ejecución del contrato y obligación del convocante era de resultado y no de medio ; 6º La mala fe del convocante en sus actuaciones en querer inducir a errores no solamente a la Empresa sino a la comunidad afectada, y 7º Excepción de contrato no cumplido.

SEXTO. Con excepción de la pretensión resuelta en el numeral primero de la parte resolutive de esta providencia, negar todas y cada una de las pretensiones principales de la demanda de reconvencción.

SÉPTIMO. Negar las pretensiones subsidiarias de la demanda de reconvencción.

OCTAVO. Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por la entidad Convocante, VELNEC S.A., del punto 3º del escrito de contestación a la demanda de reconvencción, denominadas: “Incumplimiento del Contrato por parte de la E.A.A.B. E.S.P. entre otros por la falta de entrega de los insumos necesarios para el desarrollo del mismo; Obligación de la Convocada de indemnizar todos los daños y perjuicios ocasionados a la Convocante con ocasión del Desarrollo del Contrato, debido a su incumplimiento y a su negligencia; Ocurrencia de circunstancias imprevistas e imprevisibles, y el cumplimiento de las obligaciones contractuales realizado de buena fe por parte del Consultor”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO INTEGRADO PARA DIRIMIR LAS
DIFERENCIAS ENTRE VELNEC S.A. y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. (ESP)**

NOVENO. Declarar infundada la tacha por sospecha propuesta por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.A.A.B. E.S.P en relación con la testigo Piedad Rubí Nieto Pabón

DÉCIMO. Sin costas, de conformidad con lo expresado en el Capítulo VI de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO. Expídanse copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes y al representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley (artículo 115-2 del C. de P.C.).

DÉCIMO SEGUNDO. Protocolícese, por el Presidente del Tribunal, el expediente contentivo de este Laudo, ante una de las notarías del Círculo de Bogotá, D.C., con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las Partes sobre a obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

CÚMPLASE

HERNANDO HERRERA MERCADO
Presidente

FERNANDO SCARPETTA CARRERA
Árbitro

ANTONIO JOSÉ PINILLOS ABOZAGLO
Árbitro

JUAN PABLO RIVEROS LARA
Secretario