

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**

LAUDO ARBITRAL

TECNOAGUAS S.A.S.

VS.

PISERRA S.A.S.

CASO No. 125367

28 DE OCTUBRE DE 2021

Tabla de contenido

I. ANTECEDENTES	2
1. EL CONTRATO	2
2. EL PACTO ARBITRAL.....	2
3. PARTES.....	2
3.1. PARTE CONVOCANTE	2
3.2. PARTE CONVOCADA	2
4. ETAPA INICIAL	2
II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE	3
1. LAS PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE	3
2. FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES, OPOSICIONES U OBJECIONES	3
3. ETAPA PROBATORIA.....	4
4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
I. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	4
II. PRESUPUESTOS PROCESALES	4
5.1. Demandas en forma.....	4
5.2. Capacidad.....	5
III. ASUNTOS PREVIOS	5
6.1. El cuestionamiento a la competencia.....	5
IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	6
V. Costas	13
VI. PARTE RESOLUTIVA.	13

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiocho (28) días de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **TECNOAGUAS S.A.S.**, de una parte, (en adelante la “Convocante”), y **PISERRA S.A.S.**, de la otra, (en adelante la “Convocada”), previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

Obra en el expediente copia del contrato de obra civil numero D – 013 -15 suscrito el 26 de octubre del 2015 por los señores Ana María Yepes Serrano, en representación de PISERRA S.A.S. y Juan Fernando Arias Cardona, en representación de TECNOAGUAS S.A.S.

2. EL PACTO ARBITRAL

En la cláusula compromisoria del Contrato, las partes acordaron:

DECIMA: DIFERENCIAS: Si surgen diferencias entre EL CONTRATISTA Y EL CONTRATANTE por la interpretación de este contrato, su ejecución, incumplimiento, terminación o consecuencias futuras que no puedan arreglar amigablemente, estas serán sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral, de acuerdo a lo dispuesto en el decreto 2279 de 1989 y la ley 446 de 1998. Los Árbitros serán designados por la Cámara de Comercio de Santa Marta, quienes deberán estar domiciliados en la ciudad, ser ciudadanos Colombianos en ejecución de sus derechos civiles. El valor de los costos y de cualquier condena, serán pagados por la parte vencida.

3. PARTES

3.1. PARTE CONVOCANTE

Es la sociedad TECNOAGUAS S.A.S, sociedad comercial, identificada tributariamente con el NIT 800.073.480-7.

3.2. PARTE CONVOCADA

Es la sociedad PISERRA S.A.S., sociedad comercial, identificada tributariamente con el NIT 860.525.353-9.

4. ETAPA INICIAL

4.1 El 7 de octubre de 2020, la sociedad **TECNOAGUAS S.A.S.**, por intermedio de apoderado judicial especial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la sociedad **PISERRA S.A.S.**

4.2 En aplicación de lo dispuesto en la cláusula compromisoria transcrita, la Cámara de Comercio de Santa Marta designó como árbitra única a la doctora Bibiana Orlando.

4.3 El Tribunal Arbitral se instaló el 18 de noviembre de 2020, en sesión realizada a través de medios electrónicos dispuestos por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; en la audiencia fue designada como secretaria la abogada María Isabel Paz Nates, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

- 4.4 Adicionalmente, en la audiencia de instalación el Tribunal, entre otros, reconoció personería a los apoderados de ambas partes y fijó su sede. Además, por no reunir los requisitos formales previstos en el estatuto procesal, mediante Auto No. 2 inadmitió la demanda.
- 4.5 Mediante escrito presentado el 24 de noviembre de 2020, el apoderado de la parte Convocante subsanó debidamente la demanda, lo que dio lugar a que, mediante Auto No 3 de 2 de diciembre de 2020 se admitiera la misma.
- 4.6 El 18 de enero de 2021, encontrándose dentro del término concedido por el Tribunal, la Convocada, por conducto de su apoderado judicial, presentó escrito de contestación a la demanda. Y posteriormente el 25 de enero de 2021, la parte Convocante radicó un memorial con el cual recorrió oportunamente dicho traslado.
- 4.7 El 9, 15 y 23 de febrero de 2021, el Tribunal abrió espacio para que las partes llegaran a una solución concertada. Después de varios intentos, las partes no lograron concretar un acuerdo conciliatorio razón por la cual, el Tribunal procedió a fijar los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral.
- 4.8 Dentro de la oportunidad legal, la parte Convocante pagó los honorarios fijados a su cargo y, en vista de la negativa de pago por parte de la Convocada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, procedió a pagar la suma de los honorarios fijados a cargo de esta.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LAS PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE

Con su demanda arbitral, la Convocante formuló las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la empresa PISERRA S.A.S. incumplió el contrato civil de obra suscrito con la sociedad TECNOAGUAS S.A.S., de 26 de octubre de 2015, al abstenerse de cancelar oportunamente a la demandante el pago de la retregarantía consignada en la cláusula segunda del contrato:

SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior, es decir, del incumplimiento de la sociedad PISERRA S.A.S., se declare resuelto el contrato.

TERCERA: Que se declare que la sociedad PISERRA S.A.S. le adeuda a la sociedad TECNOAGUAS S.A.S. una suma de dinero por valor de \$23.103.742.05. m.cte., por concepto de retregarantía de los pagos efectuados, o la que se determine dentro del proceso por tal concepto, conforme a las pruebas.

CUARTA: Que se condene al pago de los intereses de plazo hasta la fecha en que se debió efectuar el pago, y a los intereses de mora que se ocasionen desde la fecha en que se debió verificar el pago de la retregarantía a mi mandante, hasta la fecha en que se produzca el pago total de la obligación.

QUINTA: Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a la sociedad PISERRA S.A.S.

2. FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES, OPOSICIONES U OBJECIONES

La convocada, a través del escrito con el cual dio contestación a la demanda inicial, se opuso a todas las pretensiones en ella contenidas, y presentó las siguientes excepciones:

1. *Improcedencia de la acción resolutoria.*
2. *Contrato cumplido.*
3. *Inexistencia de obligación y/o cobro de lo no debido.*
4. *Falta de legitimación en la causa por activa y pasiva.*
5. *Genérica, de ley o innominada.*

3. ETAPA PROBATORIA

La etapa probatoria se desarrolló así:

a. Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos enunciados y aportados con la demanda arbitral y con el escrito de contestación a la demanda.

b. Testimonios, interrogatorios y declaraciones de parte

En la audiencia celebrada el 24 de mayo de 2021, se recibieron los testimonios, interrogatorios y declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación:

1. La declaración de Mario Eduardo Yepes Serrano, representante legal de Piserra S.A.S.
2. La declaración de Juan Fernando Arias Cardona, representante legal de Tecnoaguas S.A.S.
3. Testimonio del señor Faiber Diaz
4. Testimonio del señor Mauricio Ortiz Ruiz

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Habiéndose practicado todas las pruebas decretadas en forma oportuna, en audiencia que tuvo lugar el 28 de julio de 2021, las partes presentaron, de manera oral y por escrito, sus alegatos de conclusión.

I. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como quiera que las partes no pactaron nada distinto, al tenor de lo indicado en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, modificado por lo previsto por el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo 2020, el término de duración del presente proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que debe proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 22 de abril de 2021, en principio el término de duración del proceso se extendía hasta el 22 de diciembre de 2021, razón por la cual el presente laudo se expide en término.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue advertido por el Tribunal en la audiencia de 28 de julio de 2021, al momento de hacer el control de legalidad de este trámite, en los términos ordenados por el artículo 132 del C. G. del P., una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los apoderados de las partes no hicieron manifestación sobre vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

Por lo expuesto, es procedente dictar laudo de mérito, que según lo acordado en la cláusula compromisoria debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

5.1. Demandas en forma

En su oportunidad se verificó por el Tribunal que la demanda cumplía las exigencias procesales y, por ello, la sometió oportunamente a trámite.

5.2. Capacidad

Del estudio de los documentos aportados por las partes al expediente se observa que tanto la sociedad Convocante, así como la sociedad Convocada son sujetos plenamente capaces para ser parte así como comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos y cuya personería se reconoció previamente.

III. ASUNTOS PREVIOS

6.1. El cuestionamiento a la competencia

El Tribunal de arbitramento, debidamente instalado, asumió su competencia mediante Auto No. 11 del 22 de abril del 2021, por encontrar probada la existencia de un pacto arbitral dentro del contrato de obra civil numero D – 013 -15 suscrito el 26 de octubre del 2015, ajustado a las normas del artículo 116 de la Constitución Política, así como por su desarrollo normativo estatutario (Leyes 270/1996 y 1285/2009) y normativo general (Ley 1563/2012), de arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos donde las partes de un contrato de manera voluntaria optan por acceder a su derecho constitucional y legal en esta forma de administración de justicia, teniendo la capacidad de las partes y la idoneidad del objeto litigioso.

Fue con base en ello como asumió competencia para conocer y decidir las controversias existentes y sometidas a su conocimiento por Tecnoaguas S.A.S. en relación con Piserra S.A.S.. Frente a esta asunción de competencia, se interpuso recurso de reposición por la parte convocada considerando que: (i) la sede del Tribunal es Santa Marta y (ii) como quiera que las pretensiones están relacionadas con la retención de garantías, y este es un tema que corresponde a la liquidación del contrato, asunto, que según el apoderado, excede el alcance de la cláusula arbitral.

El Tribunal una vez analizados los argumentos de la parte Convocada, confirmó en todas sus partes el Auto No. 11, con las siguientes consideraciones:

“En cuanto a la sede del Tribunal Arbitral se precisa que, según el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012:

*“El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida **al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada**, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere.”*

Revisado el pacto arbitral, este Tribunal encuentra que las partes convinieron que la designación y no la sede del Tribunal, estaría a cargo de la Cámara de Comercio de Santa Marta, dejando así la definición de la sede del Tribunal bajo la regulación general y supletiva del artículo recién transcrito. Teniendo en cuenta entonces que el domicilio de Piserra S.A.S., parte convocada en este proceso, es el municipio de Chía y que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá es el Centro de Arbitraje más cercano, el presente trámite puede – y debió adelantarse- ante la Cámara de Comercio de Bogotá. Adicionalmente, en cuanto al objeto del litigio, encontró este Tribunal que el pacto arbitral lo habilitó para resolver cualquier diferencia relacionada con “*la interpretación de este contrato, su ejecución, incumplimiento, terminación o **consecuencias futuras***”. Según lo acordado por las partes, quienes convinieron someter sus diferencias relacionadas con cualquier consecuencia futura al contrato a un tribunal arbitramento, sin que se advirtiera ninguna limitante o asunto excluido a dicha disposición, razón por la cual la liquidación del contrato y de suyo el tema correspondiente a las retenciones de garantías se encuentra incluido dentro del alcance del pacto arbitral. Asimismo, debe advertirse, que la retención de garantías no es un asunto referente de forma exclusiva a la liquidación de contrato, toda

vez que las mismas se practicaron durante los pagos del contrato, esto es, durante su ejecución, y su devolución, bien podía darse durante la ejecución en caso de corresponder al contratante o en la liquidación final en caso de corresponder al contratista.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1 Problema jurídico a resolver

Le corresponde a este Tribunal Arbitral resolver (i) si la empresa Piserra S.A.S., Convocada, como contratante del contrato de obra civil N° D-013-15 del 26 de octubre de 2015 (el "Contrato") debía o no entregar a la convocante, como contratista del Contrato, las sumas de dinero de la retención de garantías; valga señalar que se encuentra acreditado en el presente proceso, que la suma que las partes acordaron como retención de garantía, sigue en manos de la convocada, como contratante del Contrato; y (ii) de conformidad con lo anterior, si la empresa Piserra S.A.S., efectivamente incurrió o no en incumplimiento del Contrato al no devolver las sumas de dinero pactadas por concepto de retención de garantía

Para lo cual sea lo primero analizar la cláusula que contiene la retención de garantía:

"RETENCION DE GARANTIA: De todos los pagos que el CONTRATANTE haga al CONTRATISTA retendrá un DIEZ por ciento (10%), como garantía del pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derechos los trabajadores contratados por el CONTRATISTA, cuando este no cumpla con dichas obligaciones, igualmente esta retención servirá de garantía de pago de las reparaciones, sobrecostos o indemnizaciones que se generen a cargo del CONTRATANTE por el incumplimiento en la ejecución del presente contrato o mala calidad de las obras ejecutadas por el CONTRATISTA. Las sumas que resulten por la aplicación de dicha retención serán entregadas al CONTRATISTA al momento de la liquidación final del contrato, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Recibo a satisfacción de todas las obras objeto del presente contrato por parte del CONTRATANTE b) Entrega de los paz y salvos por concepto de pago de salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social (ARP, SALUD, PENSION, FIC Y SENA) de todos los trabajadores contratados por el CONTRATISTA, los cuales deberán ser aprobados por el CONTRATANTE. c) Paz y salvo del almacén de obra firmado por el CONTRATISTA y el representante de EL CONTRATANTE en la obra d) Paz y salvo de casino de obra formado (sic) por el CONTRATISTA y el representante del CONTRATANTE".

7.-POSICION DE LAS PARTES

7.1.- POSICION DE TECNOAGUAS S.A.S.

Tal como se reseñó, la Convocante persigue la declaratoria del incumplimiento del Contrato y su consecuente resolución, por la no entrega de las sumas de la retención de garantía por la Convocada a la Convocante. Asimismo, con ocasión de lo anterior, persigue que se declare deudora a la Convocada por la suma de veinte tres millones ciento tres mil setecientos cuarenta y dos (23.103.742.05) por concepto de la retención en garantía y se condene a la Convocada al pago de los intereses de plazo hasta la fecha en que debió efectuarse el pago, así como de intereses de mora causados desde la fecha que debió verificarse hasta la fecha de pago oportuno. Finalmente, persigue la condena en costas de la Convocada.

7.2. POSICION DE PISERRA S.A.S.

Por otro lado, como se reseñó, la Convocada se opuso a todas pretensiones y formuló excepciones de mérito, por lo que corresponde al Tribunal el análisis de cada una de estas excepciones para determinar la procedencia o no de las pretensiones.

7.2.1. Improcedencia de la acción resolutoria.:

Alega la Convocada, que la Convocante no cumplió con sus compromisos contractuales, al no aportar a la Litis prueba siquiera sumaria (acta de entrega Final) que pueda dar crédito a su mera afirmación de considerarse como la parte cumplida sin serlo, y que es requisito para hacer uso de la acción resolutoria haberse cumplido el contrato por el accionante.

Analizando el Contrato, tenemos, que se trata que es un contrato bilateral donde ambas partes se obligan a hacer, por un lado, la una a suministrar e instalar bajo la modalidad de precios únicos fijos equipos de piscinas, de seguridad de aseo y obras adicionales, y la otra al pago correspondiente.

Los contratos son un acuerdo jurídico de voluntades por el que se exige el cumplimiento de una cosa determinada. El artículo 1495 del Código Civil establece:

“contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa “(...)

En relación con el cuestionamiento que una parte incumplida no puede pedir la resolución de un contrato, debe señalarse que, si bien, por muchos años se consideró jurisprudencialmente y doctrinariamente como condición *sine qua non* para la prosperidad de la acción resolutoria¹ que el demandante fuese un contratante cumplido o haya desplegado todas las acciones para hacerlo y que en el evento de incumplimiento por ambos contratantes no era procedente la acción resolutoria, este Tribunal considera que, igualmente, en el caso de incumplimiento de ambos contratantes procede la acción resolutoria. Lo anterior, porque (a) la interpretación literal, histórica y sistemática de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, permite concluir que no se excluye al contratante incumplido, parte contractual, para solicitar la resolución, (b) no es plausible en nuestro ordenamiento la existencia de un crédito sin acción; (c) no es tampoco plausible que ante la situación de incumplimiento recíproco de las partes de un vínculo negocial, la misma se convierta en la práctica en una situación de indefinición para los operadores jurídicos, así como, entre otras, la imposibilidad para los mismos de acceder a la administración justicia para que definan su situación, circunstancias que contrarían los principios y bases de nuestro ordenamiento jurídico; y (d) si bien jurisprudencialmente se construyó la figura del mutuo disenso tácito,² que para su aplicación exige ciertos requisitos, dicha situación no se acompañaba con el derecho de acción del titular de todo crédito, ni que el incumplimiento de una parte contractual deviene para dicha la carencia de toda acción, así como con la interpretación adecuada de las normas citadas como de la regulación de los contratos en nuestro ordenamiento.

Valga señalar que, la Corte Suprema de Justicia³ modificó su posición sobre la acción resolutoria en cabeza del contratante incumplido, estableciendo que lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil debe igualmente aplicarse en el caso de incumplimiento recíproco de los contratos bilaterales, por aplicación analógica de dicho artículo, así como

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 junio de 2018, rad. n.º 2003-00690-01

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 23 septiembre de 1974, G.J. CXLVIII, n.º 2378 a 2389, p. 246; y del 20 de septiembre de 1978, G.J. CLVIII n.º 2399

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de diciembre de 1982. G.J. t. CLXV, págs. 345 a 347 y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de junio de 2019

por la de las demás disposiciones que regulan los contratos en nuestro ordenamiento, con ocasión del vacío legal ante las circunstancias de incumplimientos contractuales recíprocos.

Así, bien sea por esta interpretación o la indicada previamente, se tienen dos formas de resolución o ejecución de los contratos bilaterales: a) Cuando una sola parte incumple y el otra sí cumple. En tal evento hay lugar a la resolución o ejecución con indemnización de perjuicios, y b) cuando ambos contratantes incumplen, caso en el cual también hay lugar a la resolución o ejecución, pero sin indemnización de perjuicios y sin que haya lugar a condena en perjuicios o cláusula penal, dado que en este supuesto, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, de conformidad con el artículo 1615 del Código Civil.

En todo caso, debe señalarse que, una vez analizado este incumplimiento que se alega de la Convocante, debe destacarse que no se acreditó ni probó en este proceso dicho incumplimiento alegado, y por el contrario, la Convocante demostró que cumplió lo pactado en el Contrato, inclusive cumplió con la modificación que sufrió el Contrato por el cambio de los diseños de las obras dentro de la ejecución contractual, sin obtener la devolución de la retención de dinero por garantía, por lo que esta excepción no está llamada a prosperar, por no será acogida esta excepción.

7.2.2.- Contrato no Cumplido

Esta excepción se funda en sostener el incumplimiento de la Convocante, por no existir un acta de entrega final de obra firmada por el representante legal de la Convocada, sosteniendo que este documento era fundamental y necesario para exigir el cumplimiento del mismo o en su defecto para poder declarar el incumplimiento y resolución del contrato pretendido, apoyándose en el **“ARTICULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES. 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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”**

Por lo anterior, se hace necesario determinar en este punto del análisis jurídico, el hecho que del documento de acta final de obra no hubiese sido suscrito por los representantes legales de las partes, pueda dar lugar al pronunciamiento de incumplimiento de Contrato.

Una vez adelantado el análisis, para el Tribunal, claramente no podría declararse ni configurar un incumplimiento del Contrato por la Convocante, frente a hechos ciertos de entrega de lo contratado (suministro e instalación de equipos) para la puesta en marcha de las piscinas del Edificio QB de la ciudad de Santa Marta que actualmente es usufructuada por sus propietarios, y de esta manera, se ha desarrollado a cabalidad el objeto contractual previsto en la cláusula primera del Contrato, como objeto principal.

Valga señalar, que no cualquier inejecución configura un incumplimiento contractual, dado que es necesario que el mismo sea significativo, es decir, que tenga entidad frente al vínculo negocial y lo perseguido por las partes del mismo.

Por lo anterior, esta excepción tampoco está llamada a prosperar y no se acogerá.

7.2.3 Inexistencia de Obligación y Cobro de lo no Debido

Se fundamenta esta defensa por el hecho de no haberse entregado formalmente la obra y por no haber sido desarrollada en los tiempos pactados. Apoyándose en el artículo 1602 de C.C. “el contrato es ley para las partes” Excepción que tampoco es objeto de decisión favorable toda vez que el acervo probatorio evidencia cumplimiento del contrato y su otrosí por la modificación del diseño inicial de piscina.

7.2.4. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y PASIVA.

Argumentó la Convocada que al no acreditarse el cumplimiento de las obligaciones contractuales por la parte Convocante, esta no se encuentra legitimada para presentar la presente acción por la falta de acreditación del acta de entrega correspondiente al contrato de obra suscrita por ambas partes. Será despachada desfavorablemente por los mismos argumentos anteriores fundados en las pruebas recaudadas.

8. HECHOS PROBADOS Y ADMITIDOS.

El tribunal encontró demostrado los siguientes supuestos facticos relevantes para la decisión que se adoptara en el laudo:

8.1. PRUEBAS DOCUMENTALES.-

8.1.1. Se encuentra demostrado que entre las empresas Tecnoaguas S.A.S. y Piserra S.A.S. medió un contrato de obra civil para el suministro de equipos e instalación de piscinas de adultos y de niños, plata (sip), jacuzzi, equipo de seguridad aseo, dosificación del proyecto y obras adicionales del proyecto edificio QB por valor inicial de \$153.325.965.90 mlc. Y que dentro del mismo se encuentra contenida una cláusula compromisoria y un pacto de retención de garantía.

8.1.2. Se encuentra aportado con la demanda un documento que describe un otrosí del Contrato modificando el valor inicial por la suma de \$234.170.131 mlc e IVA incluido, con base en la cláusula décimo primera, acordaron la realización de actividades adicionales correspondientes al suministro e instalación de red eléctrica, red hidráulica para las boquillas de chorros y tratamiento de piscina de adultos, niños, playa y jacuzzi. Hecho que incremento su valor hasta la suma anteriormente descrita y aumento del tiempo de entrega final.

8.1.3. Se demostró la presentación de una cuenta de cobro de Tecnoaguas S.A.S. del 1 de diciembre del 2016 por concepto de la devolución de rete garantía del contrato número D-013-15 por la suma de \$23.103.742.00, sin constancia de recibo.

8.1.4. Se encuentra un documento del proyecto QB con membrete de la empresa Piserra S.A.S. que contiene un acta de liquidación del contrato inicial y del otrosí, especificándose la actividad desarrollada y los valores finales del contrato.

8.1.5. Se encuentra un documento donde se describe los elementos que fueron suministrados por Tecnoaguas S.A.S., accesorios de mampostería dosificación, accesorios equipos de jacuzzi, accesorios de limpieza, equipos de seguridad, iluminación, mano de obra, red hidráulica, valvulería y accesorios, red eléctrica para iluminación y equipos, boquillas chorros, suministro y aplicación químicos primer tratamiento de piscinas con las firmas del representante de Tecnoaguas S.A.S. en la obra y el director de obra del edificio QB arquitecto Mauricio Ortiz, empleado de Piserra SAS.

8.1.6. Se encuentra aportada un acta de Excel denominada corte 001 en dos folios suscrita por el representante del contratista en la obra señor Faber Díaz y el director de obra arquitecto Mauricio Ortiz.

8.1.7- Acta de cobro No.605 del 31 de agosto del 2016 la que contiene tres folios, por la suma de \$91.694.043 con visto bueno de Faber Díaz y Mauricio Ortiz, presentada por Tecnoaguas S.A.S., mostrándose que existía una actividad desarrollando el Contrato y la otra actividad de recibo.

8.1.8. Se encuentran aportadas constancias de correos enviados de Tecnoaguas S.A.S., a la: gerencia °piserraarquitectos.com de fecha 7 de diciembre del 2016 enviado a las 12:01 p.m. y leído por catalina.galeano°piserraarquitectos.com leído el 7 de diciembre del 2016 a las 14:26 p.m; constancia de envío de correo electrónico de Tecnoaguas S.A.S. el 22 de marzo del 2018 a las 14:58 p.m. y leído por la gerencia°piserraarquitectos.com leído el 24 de marzo del 2018 a las 15:33 p.m. solicitando la devolución de rete garantía a la empresa Piserra S.A.S. , mostrando la trazabilidad de la comunicación que existía entre las partes

8.1.9. Se encuentra demostrado que la empresa Tecnoaguas S.A.S. cumplía con las obligaciones relacionadas con el pago de la seguridad social y aportes parafiscales según

certificado suscrito por la revisoría fiscal de la mencionada sociedad, mostrando que se efectuaron los pagos de las nóminas de los últimos seis meses, de fecha 5 de diciembre de 2016 suscrito por Amanda Cárdenas Parra.

8.1.10. Se encontró demostrado la existencia de una certificación de la directora territorial del Ministerio de Trabajo del Magdalena que da fe del no registro de sanciones ni investigaciones administrativas laborales, ni reclamaciones laborales.

Las pruebas documentales anteriormente descritas, fueron aportadas legalmente al proceso y decretadas en la oportunidad correspondiente, y debidamente controvertidas sin que ninguna de ellas halla sido tachadas de falsas.

8.2. INTERROGATORIOS DE LAS PARTES

Dentro del proceso fueron citados los representantes legales de cada una de las partes para ser interrogados.

8.2.1. REPRESENTANTE LEGAL DE PISERRA S.A.S., señor Mario Eduardo Yepes Serrano, manifestó que las obras realizadas por Tecnoaguas S.A.S., no fueron recibidas por el representante legal de su empresa y que no se realizó acta de mayores y menores cantidades de obra como tampoco acta final de obra, pero si admitió que las obras desarrolladas por Tecnoaguas S.A.S., *“están terminadas y en funcionamiento sin lugar a dudas”* que no ha tenido conocimiento de que hayan presentado fallas; que la obra fue pagada en un 100% del contrato inicial más unas obras adicionales que se presentaron en el desarrollo del proyecto; reconoció que el proyecto tenía un director de obra, gerente de proyecto y gerente financiero con potestad de autorizar algunos trabajos adicionales y que la competencia del representante legal de Piserra S.A.S. como gerente general era netamente administrativa; admitió que los dineros eran autorizados por el señor Mauricio Ortíz y el señor José Ricardo María (jefe financiero) como gerente del proyecto todo esto porque era una obra grande y existían términos de confianza; manifestó que los contratos podrían ser adicionados hasta el 10% y si, se llegaran a sobrepasar, debía firmarse otrosí con extensión de pólizas de garantía de cumplimiento y acta de terminación de contrato. Mostrando así que no se hizo.

Analiza el Tribunal que el representante de legal de Piserra S.A.S., aceptó la realización de la obra contratada, debidamente terminada, pagada y a satisfacción de los propietarios que en la actualidad usufrutuan de ella.

8.1.2. REPRESENTANTE LEGAL DE TECNOAGUAS, señor Juan Fernando Arias Cardona, reconoció que le fue pagada por Piserra S.A.S., suma de \$234.170.131 menos la retención en garantía, este pago incluía todo los elementos del primer contrato incluyendo los contemplados en el otrosí y el Iva correspondiente; manifestó que nunca ha sido requerido por la empresa Piserra S.A.S. por defectos o fallas de los materiales suministrados e instalados; manifestó que nunca ha sido llamado por el Ministerio del Trabajo por parte de sus trabajadores, se encuentra al día; aclaró la razón que generó el otrosí, manifestando que en el avance de la obra Piserra S.A.S. hizo una adición de cantidades de las cuales también participaron otros oferentes para el otrosí, presentado nuestra oferta que fue avalada y pagada por Piserra S.A.S., *“por consiguiente la adición no fue un ocasional del contrato como tal por falta de cosas, no, fue un requerimiento adicional por parte del constructor; aceptó sin lugar a dudas que el otrosí, superó el 10%, recalcando que el otrosí, fue una obra solicitada por ellos con cantidades específicas, no es una adición del Contrato, la hicieron como tal; confirma que se generaron dos facturas de las obras del otrosí, sin haber sido devueltas; tiene claridad que la retención en garantía es un amparo, una retención de un valor del Contrato en caso de un incumplimiento por parte del contratista, bien sea por salarios, materiales por cualquier condición, y que en este caso no ha sucedido, pese a la terminación y/o conclusión, pagó a todos sus trabajadores; aceptó que dentro de los valores que se facturaron se encontraba incluida la retención en garantía; aceptó que Psierra S.A.S., pagó la totalidad*

de las obras contratadas menos la retención en garantía; dejó claro que Tecnoaguas S.A.S., no cumplió con esos requisitos en la cláusula 4 porque no utilizaron el casino ni el almacén porque no se generaron por la naturaleza misma del Contrato, y que los paz y salvo no fueron expedidos por Piserra S.A.S.; manifestó el señor Arias, que nunca ha tenido reclamación por mala calidad de las obras y que al día de hoy le prestan sus servicios al edificio QB; afirmó que el acta de entrega esta aportada y firmada por el señor Faber Díaz Gámez, quien representa a Tecnoaguas S.A.S., en el proyecto y por el señor arquitecto Mauricio Díaz, como director de proyecto de la empresa Piserra S.A.S., y que las obras fueron entregadas en 30 de agosto de 2016.

8.1.3. FABER LUIS DIAZ GAMEZ, contratista de Tecnoaguas S.A.S., manifestó que era el ejecutor del proyecto de piscina de Piserra S.A.S., del edificio QB; informó que las obras ejecutadas por Tecnoaguas S.A.S consistieron en suministro, instalación de los equipos de la piscina, jacuzzi, suministro de instalación de la red hidráulica, red eléctrica, y equipo de seguridad de las piscinas, obras que fueron realizadas por el contrato y el otrosí, y recibidas a satisfacción por la constructora a través del señor Mauricio Ortiz; manifiesta que las obras fueron entregadas en agosto del 2016 y aclaró que la empresa Tecnoaguas S.A.S., no utilizó casino ni almacén, ya que nuestros materiales eran sacados de nuestra bodega e instalados inmediatamente, igualmente no usamos el casino ya que el personal técnico llevaba su propia comida; manifestó que todos los trabajos contratados por Tecnoaguas S.A.S., se entregaron en su totalidad y a satisfacción; manifestó que era quien ejecutaba el proyecto, llevaba los materiales, hacia los cortes de obra y todo lo relacionado con la parte operativa; reveló que el Contrato se extendió por el suministro de red hidráulica, red eléctrica de la piscina y de los chorros de piscina; explicó que para cobrar por la ejecución de obra se iban haciendo los avances de la obra ejecutada y se hacían los cortes de acuerdo a los avances y de acuerdo a las instalaciones recibidas por el director del proyecto Mauricio Díaz, y declaró que la obra fue concluida en su totalidad; reveló que no han tenido requerimiento por mal funcionamiento de las obras instaladas.

8.1.4.- MAURICIO ORTIZ RUIZ.- Arquitecto de profesión de Piserra S.A.S., era el director de obras, encargado de garantizar que todos los procesos se ejecutaran según lo programado, le correspondía controlar la ejecución presupuestal; y ante las modificaciones digitaba las ofertas, los contratos iniciales, los otrosíes, pero la decisión final la tomaban sus superiores que eran el gerente de obra, su jefe directo Felipe Salazar, y el gerente general. Afirmó que en el desarrollo de las obras de piscinas hubo ciertas modificaciones del diseño inicial, aumentando el tamaño generando unas modificaciones a nivel estructural y de la misma manera generó que algunos contratos cambiarían tanto en mayores como en menores cantidades, siendo normal la existencia de adendas durante los procesos de ejecución. Igualmente manifiesta que en todo el proceso de la obra primó la buena fe y la confianza que existía entre el gerente de proyecto y los contratistas, todo esto en aras de que la obra no se suspendiera. Destacó que el edificio QB existe, es medible, se puede verificar su existencia, manifestando que en la actualidad *“la obra fue totalmente terminada y finalizada, en cuanto a la entrega oficial como tal recibí parte de los trabajos solicitados”*. Afirmó que las razones del otrosí, fueron la iluminación de las piscinas, e incluir los equipos del jacuzzi que iban a estar embebidos dentro de la misma película de agua del edificio, en el tercer piso, es decir el otrosí nace por que se modificó el diseño a las piscinas, solicitándole a Tecnoaguas S.A.S., que ejecutara la parte eléctrica *“iluminación de las piscinas”*, que no tenían contratada al inicio y todos esos elementos adicionales hicieron parte del tema. Manifiesta igualmente que el documento y/o formato manejado en Excel llamado *“estado del contrato”* que plasma su firma recibiendo las obras realizadas por Tecnoaguas S.A.S., cuyo tramite era necesario para el trámite de pago por las obras que parcialmente se iban haciendo. Manifestó que no se pudo expedir paz y salvo de casino, ya que en la época en que se inició a ejecutar la piscina ya no había casino de obra, porque era el sitio donde se estaba desarrollando la obra; en relación con el paz y salvo de almacén, no se aplicaba al contrato de Tecnoaguas S.A.S., por ser contrato de suministro e instalación, por consiguiente,

no se necesitaba el bodegaje, ellos traían el suministro contratado e instalaban inmediatamente. Además, manifestó que no tuvo conocimiento de alguna reclamación de carácter laboral dentro de la ejecución del contrato. Dejó claro que a Tecnoaguas S.A.S., no se le devolvió el valor de la retención en garantía, pese a que la obra fue terminada. Afirmó que no se exigieron las pólizas por que no estaba firmado el otrosí del Contrato y la aseguradora no podía emitir las pólizas y no se suspendió la ejecución por la exigencia de la gerencia, que tenía que entregar el edificio. Dejó claro que él controlaba la ejecución en la obra y que los pagos los hacían desde Bogotá; y finalizó diciendo, que la obligación de generar el acta de liquidación del contrato la debía ser el contratante y ante la omisión la podría suministrar el contratista, que es lo que se observa en las pruebas documentales.

.- El director de obra Mauricio Ortiz Ruiz, empleado de Piserra S.A.S., tenía toda la confianza de sus superiores, por esa razón manifiesto que él recibió las obras, no obstante no ser firmadas por su representante legal, (en el documento que fue aportado por Tecnoaguas S.A.S., que no tiene nombre, pero que se ve con meridiana claridad que es un documento contentivo de recibo de obra). Entendiéndose entonces que, si fueron recibidas por quien tenía la capacidad profesional de recibirlas y/o hacer los cambios necesarios en la obra en donde era él, el director de obra.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Analizando el objeto del contrato inicial: el suministro e instalación por parte de Tecnoaguas S.A.S. (a precios unitarios fijos) de los equipos de piscina de adultos, niños, plata (sip), jacuzzi, equipo de seguridad, aseo dosificación de proyecto y obras adicionales del Proyecto EDIFICIO QB, construido en la ciudad de Santa Marta por la empresa Piserra S.A.S.; modificado por el cambio de diseño inicial para la ampliación de piscinas y disposición de jacuzzi, generándose mayores cantidades de obra en cuanto a cálculos en estructuras, redes eléctricas e hidráulicas de las piscinas como quedaron demostrado en los testimonios; que las obras fueron ejecutadas, existen, pueden ser calculadas, están en buen funcionamiento y no han sido reparadas. Se ha demostrado que se pagó el contrato inicial mas las obras adicionales y que no habido devolución de la suma de la retención en garantía. Que los requisitos exigidos para que se pueda devolver los dineros retenidos por garantía no aplican a la naturaleza del contrato como ha quedado demostrado, convirtiéndose dicha cláusula como abusiva, entendida esta como aquella que produce un desequilibrio injustificado. Linda con el abuso del derecho por que tiene la potencialidad de dañar a uno de los contratantes, al cargarle un exceso dentro del contrato.

En cuanto a la orfandad legislativa respecto de las cláusulas abusivas encontramos que no hay reglamentación y que dicho vacío es satisfecho con los principios generales del derecho, *“la buena fe, enriquecimiento sin causa; abuso del derecho, imprevisión, fraude a la ley”*. Siendo la buena fe y el abuso del derecho su soporte normativo y que sirven de valiosas herramientas jurídicas para definir los casos o situaciones de pactos abusivos.

La Corte Suprema de Justicia, parte del principio general del abuso del derecho, buscando con ello brindar protección a la parte contratante afectada por un acuerdo que finalmente se tiene como abusivo. Teniendo su fundamentación legal prescrita en la *Teoría del Abuso del Derecho* consagrada desde antaño por el Código Civil en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, aún vigente.

Por todas estas razones el Tribunal le quedo claramente demostrado que el contratista cumplió con las obligaciones pactadas en el Contrato y con las modificaciones que generaron mayores cantidades de obras por el cambio del diseño inicial de las piscinas por lo que se hace acreedor a la devolución de los dineros por concepto de garantías, retenidas por la Convocada como contratante, como se declarará en la parte resolutive del Laudo

V. Costas

La regla primera del artículo 355 del Código General del Proceso, reza que se condenará en costas a la parte vencida por lo que será a cargo de la parte Convocada las costas del presente proceso por haber prosperado las pretensiones de la demanda.

Para efectos de lo anterior el Tribunal tiene en cuenta lo siguiente:

Expensas y gastos del proceso.-

En el expediente se encuentra comprobado que la parte convocante pago la suma de \$ \$877.800, a título de gastos iniciales para la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje. Adicionalmente consignó la suma de \$587.580 con los que se cubrió la totalidad de los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal y del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, toda vez que la parte convocada se abstuvo de pagar la parte que a ellos les correspondía.

Así, las cosas este Tribunal condenará en favor de la parte convocante la suma de \$1.465.380 equivalente a la porción de expensas y gastos pagados que le correspondían a la parte convocada y que fueron pagados por el convocado.

Agencias en Derecho.-.

Por las mismas razones expuestas, el Tribunal condenará a la parte convocada en favor de la parte convocante las agencias en derecho, calculadas teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 366 numeral 4 del Código General del Proceso según el cual, para la fijación de las mismas, se aplicarán las tarifas aprobadas por el Consejo Superior de la Judicatura, siendo las vigentes, las consignadas en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 que reza: *“a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido”* por lo que el Tribunal, teniendo en cuenta criterios objetivos como la duración del proceso, la práctica de pruebas y demás, tomara en cuenta el porcentaje del 5% y condenará en agencias en derecho a la Convocada en la suma de \$2.025.700

VI. PARTE RESOLUTIVA.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **Tecnoaguas S.A.S.** y **Piserra S.A.S** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes

Resuelve:

1. Negar las excepciones propuestas en la contestación de la demanda
2. Declarase el incumplimiento del contrato obra civil N° D-013-15 del 26 de octubre de 2015, por parte de la empresa Piserra S.A.S., ante la no entrega oportuna de las sumas de la retención en garantía.
3. Declárese resuelto el contrato obra civil N° D-013-15 del 26 de octubre de 2015.
4. Condénese a la sociedad Piserra S.A.S., a cancelar a la empresa Tecnoaguas S.A.S., la suma de dinero por valor de \$23.103.742.05 mlc, por concepto de retención de garantía.
5. Condenar a la sociedad Piserra S.A.S. al pago de intereses de plazo hasta la fecha en que se debió efectuar el pago y a los intereses de mora que se ocasionen desde la fecha en que se debió verificar el pago de la rete garantía a la empresa Tecnoaguas S.A.S.

TECNOAGUAS S.A.S.

VS.

PISERRA S.A.S.

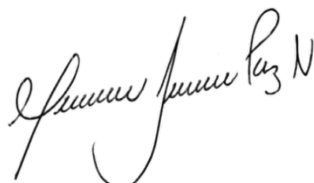
CASO No. 125367

6. Condenar en costas a la sociedad Piserra S.A.S a pagar a Tecnoaguas S.A.S. la suma de \$3.491.080 por concepto de costas, como se detallo en la parte motiva.
7. Ordenar que, por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, en la oportunidad correspondiente, con las constancias de ley.
8. Disponer que, en firme esta providencia, se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.



BIBIANA ORLANDO GOMEZ.
Arbitro.



MARÍA ISABEL PAZ NATES
Secretaria