

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P.

CONTRA

CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

El Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P.**, como parte Convocante y **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013**, como parte Convocada, profiere el presente Laudo Arbitral después de haber—surtido debidamente todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé para el desarrollo del proceso arbitral.

Dichas etapas se adelantaron con apego a la ley y con pleno respeto de los derechos y garantías de las partes, por lo cual en este laudo se decide de fondo el conflicto jurídico que ellas sometieron al conocimiento de este Tribunal de Arbitraje, a lo cual se agrega que, como se tratará más adelante, no hay irregularidad alguna que impida desatar el litigio.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

Los extremos de este proceso arbitral son los siguientes:

1.1.- LA PARTE CONVOCANTE:

La parte Convocante en este proceso es la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P.**, persona jurídica, legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. e identificada con NIT. 899.999.094-1, todo lo cual consta en los documentos que obran en el expediente del proceso.

En esta providencia la Convocante se identificará como la **EAAB** o la

“Convocante”.

1.2.- LA PARTE CONVOCADA

La parte Convocada en este proceso es el **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013**, integrado por:

1.2.1.- AGAMA S.A.S., persona jurídica, legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. e identificada con NIT. 830.030.509-6.

1.2.2.- CONSTRUCPIEDRA CIA. LTDA., persona jurídica, legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. e identificada con NIT. 900.303.418-0.

1.2.3.- TECNIACUEDUCTO S.A.S., persona jurídica, legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Cali e identificada con NIT. 805.016.237-9.

Las personas jurídicas integrantes del **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013** están debidamente representadas, tal y como consta en los Certificados de Existencia y Representación Legal que obran en el expediente del proceso.

La parte Convocada se identificará en este Laudo Arbitral como **EL CONSORCIO** o la “**Convocada**”.

1.3.- LA LLAMADA EN GARANTÍA:

La llamada en garantía en este proceso es **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, persona jurídica, legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. e identificada con NIT. 860.009.578-6, todo lo cual consta en los documentos que obran en el expediente del proceso.

En esta providencia la llamada en garantía se identificará como **SEGUROS DEL ESTADO** o la “**Llamada en Garantía**”.

Desde ya se deja sentado que en punto de la capacidad para ser parte (artículo 53 del Código General del Proceso) y la capacidad para comparecer al proceso (artículo 54 ibídem) no existe discusión alguna.

En este proceso la parte Convocante y la Llamada en Garantía actúan a través de apoderados judiciales, a quienes en forma oportuna se les reconoció personería adjetiva para actuar con fundamento en los poderes que militan en el expediente. Por otro lado, como consta en el expediente, el **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013** a pesar de ser notificado del auto admisorio de la demanda, no contestó la demanda, ni su reforma y no designó apoderado para su representación judicial en este proceso.

2.- EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el contenido en la CLÁUSULA VIGÉSIMA del Contrato de Obra No.1-01-35300-1357.

La cláusula compromisoria incorporada en dicho negocio jurídico es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA.

Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato, que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, serán sometidas a tres árbitros, en cumplimiento de la Ley 1563 de 2012, artículos 7° y 8°, que serán designados así: dos designados por cada una de las partes y un tercero designado de común acuerdo por las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien decidirá en derecho. Para efectos de su funcionamiento se aplicará en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

La validez del Pacto Arbitral no fue discutida por ninguna de las partes en este proceso y la competencia del Tribunal quedó definida en la providencia mediante la cual se dispuso que el Tribunal contaba con plenas atribuciones para resolver las controversias, de acuerdo con las precisas consideraciones que allí quedaron plasmadas.

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

Las actuaciones adelantadas en la etapa inicial del presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- Por conducto de apoderado judicial, la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P** presentó demanda arbitral el día 6 de enero de 2017, con la que se dio inicio al proceso.

3.2.- En la misma fecha, la Convocante formuló llamamiento en garantía en contra de la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

3.3.- Agotado el trámite de la designación de árbitros, los nombramientos se produjeron mediante designación hecha por el Juez 11° Civil del Circuito de Bogotá. Luego de que los árbitros aceptaran su designación y cumplieran con lo preceptuado por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 14 de enero de 2020. En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente designó Presidente y Secretario, este último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

3.4.- Mediante Auto No. 2 del 14 de enero de 2020, el Tribunal inadmitió la demanda y el llamamiento en garantía y, en su lugar, ordenó subsanar los defectos formales dentro del término de ley.

3.5.- El 21 de enero de 2020, la Convocante subsanó la demanda arbitral y el llamamiento en garantía en los términos ordenados por el Tribunal.

3.6.- Mediante Auto No. 3 del 9 de marzo de 2020, el Tribunal decidió admitir la demanda y el llamamiento en garantía por reunir los requisitos de ley exigidos. En consecuencia, ordenó correr traslado de ella por el término que la ley prevé para estos efectos al extremo Convocado, a la Llamada en Garantía y al Ministerio Público.

3.7.- El 30 de abril de 2020, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** presentó recurso de reposición contra el Auto No. 3, admisorio de la demanda arbitral y del llamamiento en garantía.

3.8.- El 27 de mayo de 2020, **FIDUCIARIA POPULAR S.A.** contestó la demanda arbitral, escrito mediante el cual formuló excepciones de mérito y solicitó el decreto y practica de pruebas.

3.9.- Mediante Auto No. 4 del 16 de septiembre de 2020, el Tribunal resolvió no reponer la providencia recurrida.

3.10.- En la misma providencia, el Tribunal en sus consideraciones puso de presente que **EL CONSORCIO** no compareció al proceso arbitral y, en efecto, no contestó la demanda arbitral.

3.11.- El 16 de octubre de 2020, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** contestó la demanda arbitral y el llamamiento en garantía, escritos mediante los cuales se opuso a las pretensiones, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y practica de pruebas.

3.12.- Mediante Auto No. 5 del 4 de diciembre de 2020, el Tribunal resolvió tener por contestada en tiempo la demanda arbitral por parte de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** y **FIDUCIARIA POPULAR S.A.**

3.13.- El 11 de diciembre de 2020, la parte Convocante reformó la demanda arbitral, escrito mediante el cual formuló nuevas pretensiones y hechos que las sustentan, acompañó pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras.

3.14.- Mediante Auto No. 6 del 19 de enero de 2021, el Tribunal admitió la demanda arbitral reformada y corrió traslado de ella por el término que la ley prevé para estos efectos al extremo Convocado y a la Llamada en Garantía.

3.15.- El 4 de febrero de 2021, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** contestó la demanda arbitral, escrito mediante el cual formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y práctica de pruebas.

3.16.- El 5 de febrero de 2021, **FIDUCIARIA POPULAR S.A.** contestó la demanda arbitral, escrito mediante el cual formuló excepciones de mérito y acompañó pruebas.

3.17.- Mediante Auto No. 7 del 24 de febrero de 2021, el Tribunal tuvo por contestada en tiempo la demanda reformada por parte de **FIDUCIARIA POPULAR**

S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

3.18.- En la misma providencia, el Tribunal fijó el 11 de marzo de 2021 como fecha para celebrar las audiencias de conciliación y de fijación de gastos y honorarios del Tribunal, de las que tratan los artículos 24 y 25 de la Ley 1563 de 2012.

3.19.- Por solicitud de los apoderados de las Partes, mediante Auto No. 8 del 16 de marzo de 2021 el Tribunal fijó el 6 de abril de la misma anualidad como nueva fecha y hora para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.

3.20.- Fallida la etapa conciliatoria, el Tribunal mediante Auto No. 9 del 6 de abril de 2021, apoyado en lo previsto en los artículos 25, 26 y 37 de la Ley 1563 de 2012, fijó los gastos y honorarios a cargo de las partes.

3.21.- Como quiera que la parte Convocante pagó oportunamente las sumas que le correspondían a ambas partes y a la Llamada en Garantía, mediante Auto No. 10 del 7 de mayo de 2021 el Tribunal fijó como fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite el 19 de mayo de 2021.

3.22.- El día 19 de mayo de 2021, se celebró la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal, después de analizar el alcance del pacto arbitral y los asuntos sometidos a arbitraje, mediante Auto No. 11 se declaró competente para conocer de las controversias surgidas entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ** y el **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013**, pero no de las pretensiones formuladas en contra de **FIDUCIARIA POPULAR S.A.**, por lo que ordenó desvincularla del proceso por no estar sometida al pacto arbitral.

3.23.- En esta primera audiencia de trámite, el Tribunal volvió a dejar de presente que, pese a que se notificaron todas las actuaciones surtidas durante el trámite arbitral al **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013**, este nunca contestó la demanda arbitral, ni designó apoderado para su representación judicial en el proceso.

3.24.- La etapa de instrucción del proceso se adelantó debidamente y las pruebas fueron practicadas en audiencias celebradas mediante el sistema de telepresencia, las cuales fueron grabadas en audio por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y los respectivos CD o DVD fueron incorporados al expediente virtual.

En audiencia de fecha 8 de junio de 2021 (Acta No. 11), se practicó el testimonio de la señora ALBA MERCEDES MILLÁN DURÁN, solicitado conjuntamente por la parte Convocante y la llamada en garantía. Para la misma fecha se fijó la práctica del interrogatorio de parte del representante legal del **CONSORCIO DE DETECCIÓN DE FUGAS 2013**, quien vencido el término de tres (3) días de que trata el artículo 204 del Código General del Proceso, no se excusó por su inasistencia a la audiencia de interrogatorio de parte celebrada el 8 de junio de 2021, prueba que decretó el Tribunal mediante Auto No. 12 del 19 de mayo de ese año, el Tribunal aplicará las consecuencias contempladas en el artículo 205 del mismo estatuto respecto de las preguntas incorporadas en el pliego escrito presentado por el apoderado de la Convocante, susceptible de confesión, en

consonancia con lo previsto en el artículo 197 del Código General del Proceso tal como se expondrá en las consideraciones que se harán posteriormente.

De igual forma en desarrollo de la exhibición de documentos decretada de oficio por el Tribunal, la Convocante aportó copia de la totalidad de la carpeta contractual referente al contrato objeto del presente Tribunal, la cual fue puesta en conocimiento de la llamada en garantía y agregada al expediente.

3.25.- Agotada la instrucción del proceso y luego de surtir el control de legalidad, el Tribunal mediante Auto No. 14 del 22 de junio de 2021 señaló fecha para celebrar la audiencia de alegaciones finales de la que trata artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, siendo esta el 27 de julio de 2021. En el desarrollo de la audiencia de alegaciones la parte Convocante y la Llamada en Garantía expusieron oralmente sus alegaciones y entregaron la versión escrita de sus intervenciones.

3.26.- A solicitud de la parte Convocante, fue expedida la certificación prevista en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, correspondiente a los honorarios y gastos del Tribunal pagados a nombre de la Convocada y de la llamada en garantía.

4.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

a.- La primera audiencia de trámite se celebró el 19 de mayo de 2021.

b.- El término de duración del presente proceso es de ocho (8) meses, contabilizados a partir de la primera audiencia de trámite, según lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, en concordancia con el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 de 2020.

c.- El proceso no se ha suspendido en ninguna ocasión.

En consecuencia, el plazo para proferir el laudo **vence el día 19 de enero de 2022**, motivo por el cual la expedición del presente Laudo arbitral se produce en tiempo.

CAPÍTULO SEGUNDO **SÍNTESIS DE LAS CONTROVERSIAS**

En este capítulo del Laudo Arbitral, conforme a lo exigido por el artículo 280 del Código General del Proceso, se hará un compendio de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral reformada.

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

Las pretensiones formuladas por la parte Convocante en la demanda arbitral en su versión reformada son las siguientes:

“PRIMERA: *Se declare el incumplimiento del contrato No. 1-01-35300-1357-2013 por parte del CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013.*

SEGUNDA: *Se condene al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 al pago de la totalidad de la cláusula penal pecuniaria*

establecida en la cláusula décima segunda del contrato No 1-01-35300-1357-2013 por un valor de DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SIETE PESOS (\$262.991.407)

TERCERA: *Que se ordene al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 la devolución a la EAAB ESP de los dineros que se entregaron por concepto de anticipo, equivalentes a la suma de CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$197 243.555)*

CUARTA: *Que se oficie a la FIDUCIARIA POPULAR S.A. – FIDUPOPULAR, en su calidad de vocera del patrimonio autónomo para la Administración del Anticipo entregado al contratista en desarrollo del contrato de obra No. 1-01-35300-1357-2013, comunicando la orden solicitada en la pretensión tercera.*

QUINTA: *Que se declare que SEGUROS DEL ESTADO S.A., como garante del contratista por el incumplimiento del contrato debe responder por la cláusula penal de la pretensión segunda hasta el límite del monto asegurado.*

SEXTA: *Se declare la resolución del contrato por incumplimiento del contratista convocado.*

SÉPTIMA: *Se condene al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 al pago de las costas del proceso.”*

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

Los hechos de la demanda arbitral en su versión reformada, en síntesis, son los siguientes:

2.1.- El 26 de diciembre de 2013, la **EAAB** y **EL CONSORCIO** celebraron el Contrato de Obra No.1-01-35300-1357-2013 (en adelante el “**Contrato**”), con el objeto de ejecutar la investigación, localización y reparación de daños no visibles en las redes de acueducto, identificados por métodos de detección de fugas en el sector hidráulico de la Zona 5 del Acueducto de Bogotá D.C.

2.2.- En la descripción del proyecto se informó que el mismo consistía en ejecutar las actividades de búsqueda sistemática de fugas de acuerdo con el programa general de recorridos elaborado por la **EAAB**.

2.3.- De igual forma, se señaló que **EL CONSORCIO** debía garantizar que contaba con el equipo suficiente y adecuado para atender el desarrollo normal de la obra en el plazo del Contrato, sin importar que los equipos fueran propios o alquilados, asegurando incluso el alquiler de equipos adicionales requeridos para cumplir con los plazos y especificaciones técnicas de la obra.

2.4.- El plazo de ejecución estipulado para cada uno de los grupos era de 16 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual no se ha suscrito por

culpa de la Convocada.

2.5.- EL CONSORCIO no cumplió con las obligaciones y compromisos previos que se requerían para dar inicio al contrato.

Tales incumplimientos se dieron sobre los siguientes aspectos:

- “1. *Licencias de excavación.*
2. *Maquinaria y equipo.*
3. *Plan de Calidad.*
 - a. *Metodología y Programación de Obra.*
 - b. *Planificación del Producto.*
 - c. *Cronograma de trabajo.*
 - d. *Ruta crítica.*
 - e. *Matriz de Riesgos.*
 - f. *Equipos de Medición”*

2.6.- Los incumplimientos citados eran componentes fundamentales para garantizar el adecuado y exitoso desarrollo del Contrato.

2.7.- En las “*Condiciones Técnicas Generales*” contenidas en las condiciones y términos de la invitación a contratar se dispuso que:

“La ejecución de las obras objeto del presente proceso debe ser efectuadas de acuerdo con los estudios, diseños y planos del proyecto de acuerdo con las Especificaciones Técnicas generales y particulares que se anexan a las condiciones y términos de la invitación y teniendo en cuenta las condiciones técnicas generales contenidas en el presente capítulo. (...) Las especificaciones técnicas y los planos del proyecto se anexan a las condiciones y términos de la invitación (...).”

2.8.- Así mismo, en el Anexo 7 “*Condiciones Técnicas Particulares*” se estableció en “*Programación General de Actividades*” lo siguiente:

“El interventor entregará la programación general de las entidades hidráulicas que requieren BSF para la ejecución del contrato, con lo cual el contratista deberá efectuar el programa específico del trabajo de investigación, la entrega de un cronograma general con el orden en el cual se trabajarán los sectores, subsectores o distritos y eventualmente subdistritos, que serán objeto de la actividad de BSF en las Zonas 1, 4 y 5 del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ. Esta programación general es el producto de metodologías de choque y tradicionales de búsquedas de fugas cuya base son las estadísticas, la medición y análisis de datos de los subsectores y distritos de cada sector hidráulico. El contratista podrá solicitar modificación de la programación, siempre que esté soportado con análisis de mediciones en campo u otros análisis asociados al nivel de pérdidas técnicas y comerciales de los sectores hidráulicos considerados.”

2.9.- EL CONSORCIO para poder elaborar y presentar su oferta tuvo acceso a los

planos que le permitieron determinar las áreas de la Zona 5 sobre las cuales debía desarrollar la búsqueda Sistemática de Fugas. Así mismo, de conformidad con los compromisos a cargo de la **EAAB**, se le hizo entrega de la relación de unidades hidráulicas que componen la Zona 5 y sobre las que debían desarrollarse las actividades, priorizando donde hubiere una mayor ocurrencia de daños, los caudales mínimos nocturnos elevados y la obsolescencia de la infraestructura en redes, entre otros.

2.10.- Toda la información que fue brindada al **CONSORCIO**, tenía como fin que este elaborara y entregara la programación general de actividades a desarrollar.

2.11.- En la información que se le dio a conocer al **CONSORCIO** se detallaba la longitud en kilómetros por cada área del servicio a intervenir y el sector en donde se encontraba dicha área.

2.12.- Frente a tal información el **CONSORCIO** no presentó ninguna objeción.

2.13.- El día 13 de mayo de 2014, mediante comunicación, **EL CONSORCIO** le solicitó a la **EAAB** información técnica adicional con el fin de dar continuidad al Contrato.

2.14.- El 13 de junio de 2014, la **EAAB** tras hacer una depuración y verificación de la información técnica solicitada, entregó un CD al **CONSORCIO** que contenía los documentos requeridos.

2.15.- Mediante comunicación del 26 de junio de 2014, la interventoría le notificó al **CONSORCIO** lo siguiente:

“Equipos De Medición: NO CUMPLE Con relación a lo manifestado por el Consorcio, es necesario aclarar que si bien es cierto en el ANEXO 4 CONDICIONES ESPECIALES numeral 2.4.1 literal a) Experiencia Específica del Oferente no se referencia experiencia específica en gas helio.”

2.16.- Lo anterior debido a que, sobre tal aspecto los documentos precontractuales y contractuales señalaban que el método que debía ser utilizado para la detección de fugas era el de búsqueda con gas helio y ello no se estaba cumpliendo.

2.17.- En vista de la situación, la **EAAB** le notificó al **CONSORCIO** que era su obligación entregar la relación de los equipos con los que se podría evaluar y/o hacer seguimiento a la calidad en la precisión del trabajo a ejecutar y/o precisión de los equipos a utilizar en la implementación de la búsqueda sistemática de fugas con gas helio.

2.18.- Tal comunicación tuvo sustento en las condiciones y términos de la invitación “Capítulo 4 Condiciones Técnicas Generales” en su numeral 4.2. “Responsabilidades Técnicas Generales del Contratista”, mediante la cual se estableció:

“4.2.1 PREVIAS A LA INICIACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

4.2.1.1 Generales(...)El CONTRATISTA deberá disponer del equipo necesario para iniciar los trabajos y del personal contratado para las labores, el cual deberá cumplir con los requisitos exigidos por el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ. (El subrayado y la negrilla es nuestro). Además teniendo en cuenta el plan de calidad establecido para este tipo de contratos (obra).”

2.19.- Con ello se dejó en evidencia que el **CONSORCIO** no dio cumplimiento a los requisitos previos que eran garantía para el desarrollo del Contrato de acuerdo con lo allí establecido y la reglamentación vigente de la **EAAB** que integraba el Contrato, entre lo que se destaca la Resolución 0789 de noviembre 22 de 2013 y la Resolución 0730 de noviembre 16 de 2012.

2.20.- Así las cosas, el acta de inicio del Contrato no se ha suscrito por los incumplimientos del **CONSORCIO**.

2.21.- La Supervisión del Contrato ha requerido al **CONSORCIO** de manera oportuna.

2.22.- El **CONSORCIO** no cumplió con los compromisos previos necesarios para suscribir el acta de inicio del Contrato.

2.23.- Los siguientes incumplimientos son graves y se han generado por causa del **CONSORCIO**, así:

a.- LICENCIAS DE EXCAVACIÓN: EL CONSORCIO no cumplió con la entrega de las licencias de excavación que lo autorizaran para intervenir en los sectores de Bosa, Kennedy y Soacha.

Al **CONSORCIO** se le informó que las licencias N° 7797 y N°7796 del 14 de marzo de 2014 debían ser modificadas en el IDU, ya que reflejaban que el objeto del Contrato era para la Zona 5, pero diferían del área en el que se desarrollarían las actividades y como no se relacionó la identificación de calles o carreras en las que se iba a trabajar se podían presentar inconvenientes en la ejecución del Contrato.

En el mismo sentido, se le notificó al **CONSORCIO** que no se había presentado la licencia de excavación que los autorizaba a realizar intervenciones en el Municipio de Soacha.

b.- PLAN DE CALIDAD:

i).- Maquinaria y equipo a utilizar: **EL CONSORCIO** no cumplió sobre este requerimiento ya que nunca hizo claridad sobre el tipo de maquinaria y equipos a utilizar para el desarrollo del Contrato.

Así las cosas, era indispensable que se entregara de forma discriminada y detallada la relación de la maquinaria y equipos a utilizar en los frentes de trabajo, cada elemento con una ficha técnica que permitiera verificar el plan de calidad.

ii).- Equipos de medición: **EL CONSORCIO** no relacionó los equipos de medición que permitieran evaluar y/o hacer seguimiento a la calidad en la precisión del

trabajo a ejecutar y/o precisión de los equipos a utilizar.

iii).- Metodología y programación de obra: **EL CONSORCIO** simplemente entregó una descripción de las posibles causales de fugas y posibles métodos a utilizar, pero el objetivo era obtener una descripción detallada de la forma en la que se desarrollaría el Contrato en la Zona 5.

Adicionalmente, para la implementación de la tecnología a utilizar, la Convocada nunca fue clara en informarle a la Supervisión cada cuánto se requerían las perforaciones sistemáticas, la cantidad de gas helio a utilizar o qué acciones debían adelantarse para la identificación de daños y, en general, no especificó ninguna de las condiciones que permitían evidenciar conocimiento sobre tal tecnología.

iv.- Cronograma de trabajo: **EL CONSORCIO** no presentó el cronograma de trabajo a desarrollar, el cual era fundamental para que la **EAAB** pudiera aprobarlo y gestionar frente a diferentes organismos a efectos de poder intervenir en el espacio público.

v.- Planificación del producto: **EL CONSORCIO** dejó de lado dentro de la planificación de entrega gran parte de las actividades previstas y solamente hizo referencia a las reparaciones, haciendo énfasis en la necesidad de contemplar dentro de la planificación del producto lo referente a las actividades propias de investigación y localización de las fugas.

vi.- Ruta crítica: **EL CONSORCIO** debía identificar la ruta crítica que podía llegar a incidir en el desarrollo del Contrato y en el cumplimiento de las metas establecidas, pero tal cronograma no se presentó por su parte.

vii.- Matriz de riesgos: **EL CONSORCIO** incumplió al desconocer que la matriz de riesgos debía contener las actividades a ejecutar del Contrato, tener en cuenta la tecnología a implementar, pero en ningún caso debía contener la búsqueda sistemática de fugas con geófono, debido a que la tecnología a implementar, según el Contrato, era la identificación de fugas con gas helio.

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

La parte Convocada fue notificada de todas las actuaciones surtidas durante el presente trámite arbitral, incluyendo la demanda arbitral inicial y su versión reformada, frente a lo cual no hubo pronunciamiento alguno.

Tal como se indicó anteriormente, la parte Convocada no contestó la demanda, a pesar de haberse notificado en legal forma, ni tampoco se excusó dentro del término de ley por la inasistencia de su representante legal a la diligencia de interrogatorio de parte fijada.

Si bien el artículo 97 del Código General del Proceso establece que “*La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.*”, el Tribunal considera necesario precisar que al aplicar las consecuencias contempladas en el artículo 205 del

mismo estatuto respecto de las preguntas incorporadas en el pliego escrito presentado por el apoderado de la Convocante que eran susceptibles de confesión, pone de presente igualmente que, la confesión sólo es uno de los medios de prueba admitidos por la ley y que corresponde al Juez valorar conjuntamente todos los medios de pruebas que obran el expediente, tal como lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso.

De conformidad con lo anterior, no puede entenderse que la falta de contestación de la demanda conlleve automáticamente la prosperidad de las pretensiones, sino que los árbitros analizarán la prueba de confesión junto con las demás que obren en el proceso, es decir aquellas aportadas al proceso tanto por la Convocante como por la llamada en garantía. En ese sentido, considera el Tribunal que no debe desconocerse que el artículo 197 del Código General del Proceso dispone que *“toda confesión admite prueba en contrario”* y por ello, constituye deber del Juez valorar la totalidad de los medios de prueba allegados en este caso por la parte Convocante y por la llamada en garantía para fundamentar su decisión.

En este contexto cabe también lo mencionar lo que ha expresado al respecto el Consejo de Estado:

«La falta de contestación de la demanda o de oposición a las pretensiones, puede ser apreciada por el juez, sólo como indicio grave, no como allanamiento a las pretensiones, circunstancia que tampoco limita las facultades legales del juez para pronunciarse de oficio sobre los asuntos sometidos a su conocimiento»¹

Dentro de este marco, se procederá entonces al análisis de todas y cada una de las pretensiones de la demanda reformada y del llamamiento en garantía presentado, y si es del caso, se aplicarán los efectos de la confesión, en aquellos puntos en los cuales el Tribunal lo considere necesario.

4.-LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR LA LLAMADA EN GARANTÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.

En la contestación de la reforma de la demanda y del llamamiento en garantía, la aseguradora llamada en garantía propuso las siguientes excepciones:

- “1.- PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO*
- 2.- AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DEL LLAMANTE EN GARANTÍA PREMIUM ATLÁNTICO SAS (sic)*
- 3.- AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA, DE CARÁCTER MATERIAL DE PREMIUM ATLÁNTICO SAS, PARA FORMULAR LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN CONTRA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A. (sic)*
- 4.- AUSENCIA DE SOLIDARIDAD RESPECTO DEL CONTRATO DE SEGURO*
- 5.- PERJUICIO NO PROBADO - ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE*

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00642-02(20718)

COMERCIO

6.- TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO

ARTÍCULO 1088 CÓDIGO DE COMERCIO.

7.- LIMITE AL VALOR ASEGURADO

8.- GENÉRICA”

CAPÍTULO TERCERO **CONSIDERACIONES PARA RESOLVER**

I.- PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Encuentra el Tribunal que los presupuestos procesales, esto es, las condiciones formales que le permiten al juez adoptar una decisión de fondo, se han cumplido de manera estricta en este proceso, por cuanto las partes, al tratarse de personas con capacidad procesal debidamente constituidas, han tenido la oportunidad de concurrir a este trámite arbitral por intermedio de sus representantes legales (capacidad para comparecer al proceso). Así mismo, la demanda reformada, reúne los requisitos previstos en la Ley (demanda en forma) y este Tribunal es competente para resolver las controversias sometidas a su conocimiento (competencia del juez), en cumplimiento del parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, por lo que en el presente caso no existe duda alguna sobre la acreditación plena de los presupuestos procesales en este proceso.
2. En relación con la caducidad, entiende el Tribunal que por la naturaleza de las partes y del régimen que rige el Contrato objeto de análisis, resulta aplicable el artículo 164 del CPACA, coincidiendo con lo expuesto en el concepto del Ministerio Público.

Al haberse pactado un plazo de ejecución contractual que comenzaba a correr a partir de la suscripción del acta de inicio, sin haber precisado su plazo, la falta de suscripción de dicha acta hizo nacer las diferencias que constituyen el objeto de este trámite arbitral. Considera entonces el Tribunal que no ha caducado dicha acción y que se encuentra habilitado para dictar laudo de fondo.

3. De igual forma para el Tribunal todas las etapas de este arbitraje se han adelantado en debida forma y no existen nulidades insaneables que deban ser decretadas de oficio, ni que deban ser puestas en conocimiento de la parte afectada al tenor de lo previsto por el artículo 137 del Código General del Proceso.
4. Por lo anteriormente expresado, al acreditarse los presupuestos procesales y al ser válida la actuación formal, no existe fundamento que impida proferir una decisión de fondo sobre los asuntos litigiosos sometidos a decisión de este Tribunal de Arbitraje.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ

ESP es una Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital, de carácter oficial, prestadora de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el área de jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá. La Ley 142 de 1994, que establece el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, indica en el artículo 31 que las entidades estatales que prestan este tipo de servicios públicos no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que, en consecuencia, sus contratos se rigen por las normas del derecho privado.

El Contrato de Obra No.1-01-35300-1357-2013 celebrado entre la EAAB ESP y el CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 se perfeccionó en la fecha de su firma, es decir el 26 de diciembre de 2013.

La CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA establece que el contrato se rige en general por las normas civiles y comerciales vigentes salvo en los aspectos particularmente regulados por el Manual de Contratación del Acueducto de Bogotá.

El Manual de contratación vigente al momento de suscripción del Contrato es la Resolución 0730 de 2012 que prevé en su artículo 33 que:

“Para dar inicio a la ejecución de los contratos se requiere:

- 1. La aprobación de las garantías exigidas.*
- 2. El pago de impuestos y gastos de publicación, si a ella hubiere lugar.*
- 3. El cumplimiento de los requisitos de ejecución establecido en los términos y condiciones de la invitación, entre otros, licencias, autorizaciones y permisos exigidos por las autoridades competentes.*
- 4. Acta de iniciación, si así quedó previsto en el contrato.”*

La CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA del Contrato establece que este se perfecciona con la firma de las partes, pero la CLÁUSULA SÉPTIMA, complementada por la CLÁUSULA del mismo número contenida en el documento denominado “*datos del contrato de obra No. 1-01-35300-13572013*” precisa que el plazo de ejecución del contrato es de 16 meses contados a partir del acta de iniciación del contrato, y agrega en el párrafo que el contrato estará vigente desde la fecha de su perfeccionamiento hasta su liquidación. Sobre esta última, se establece en la cláusula vigésima sexta que el contrato se liquidará dentro de los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento de su plazo de ejecución, los cuales podrán prorrogarse por acuerdo de las partes.

La CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA expresa en su párrafo segundo que el Acueducto de Bogotá aplicará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1174 del 2011 para la declaratoria de incumplimiento. Cabe destacar que este artículo es aplicable a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que las empresas de servicios públicos domiciliarios y en particular la EAAB se rigen por las normas de derecho privado en las condiciones explicadas anteriormente.

Mediante la Resolución No.1112 del 25 de noviembre de 2014 expedida por la oficina de Asesoría Legal de la EAAB se declaró que el CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 incurrió en incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el

contrato de obra No.1-01-35300-1357-2013, y, por ende, la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de seguros No. 11-44-101-050083 expedida por Seguros del Estado S.A. La Resolución ordenó, en consecuencia, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 y en forma solidaria a su garante Seguros del Estado.

Tanto el contratista como la Compañía de Seguros interpusieron un recurso de reposición contra la decisión de la Resolución No 1112 de 25 de noviembre de 2014, resuelto por la Resolución No. 1118 del 27 de noviembre de 2014 que confirmó integralmente la Resolución recurrida.

El apoderado de la Convocada presentó una solicitud de Revocatoria Directa fundado en la ilegalidad de las Resoluciones No.1112 del 25 y 1114 del 27 de noviembre de 2014. Dicha acción fue declarada improcedente puesto que el recurrente ya había agotado la vía gubernativa. Sin embargo, el Director de la oficina de Asesoría legal con fundamento en el numeral 11 del artículo 3 y del artículo 93 del CPACA y el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 revisó de oficio la parte resolutive de las Resoluciones en cuestión y ordenó su revocación.

La motivación se fundó en la sentencia del Consejo de Estado No. 45310 del 20 de febrero de 2017 que establece que *“... si el Estatuto General de la contratación Estatal- Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007 no contempló la posibilidad de que las entidades públicas sometidas a sus disposiciones pudieran cobrar unilateralmente las multas, mal haría en considerar que los particulares o las entidades públicas sometidas a las normas del derecho común en su actividad contractual si se encuentren facultadas para hacerlo, pues de igual manera carecerían de sustento legal para ello”*.

Bajo el amparo de dicha interpretación jurisprudencial el Gerente de la EAAB expidió la Resolución 0740 del 1 de septiembre de 2014 modificando el Manual de Contratación de la Empresa y reglamentó el procedimiento frente a incumplimiento, exigibilidad de multas y cobro de la cláusula penal pecuniaria en los contratos suscritos por dicha entidad *“sin que en el mismo le otorgara potestad alguna para que dicho trámite concluyera con la expedición de un acto administrativo a través del cual se declarara el incumplimiento o se hicieran efectivas las multas y la cláusula penal pactadas. Precisamente, por ser la EAB-ESP consciente de que no le asiste tal facultad, en la parte final de la norma transcrita se ordena que lo realizado en el procedimiento, así como toda la documentación deberá ser remitido a la Dirección de Representación Judicial con el fin del ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, precisamente para que el juez competente se pronuncie sobre la existencia del incumplimiento y la procedencia de medidas sancionatorias como la multa y la cláusula penal”*.

Los contratos en los que se convino someterse al procedimiento previsto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 debían seguir el procedimiento indicado por el numeral 7 del artículo 2 de la Resolución 0740 del 1 de septiembre de 2014, *“esto es, el envío de la documentación y de las diligencias realizadas a la Dirección de Representación Judicial sobre el incumplimiento detectado por la entidad y sobre la procedencia de multas y demás sanciones contractuales.”*

La Resolución 0044 del 27 de enero de 2015 revoca entonces de oficio las

resoluciones que habían declarado el incumplimiento del contrato y ordena dar traslado a la Oficina Asesora de Representación Judicial y Actuación Administrativa para que proceda a instaurar las acciones contenciosas a que haya lugar ante el juez del contrato.²

Mediante oficio No. S-2015-076045 del 30 de marzo de 2015 la supervisora del Contrato informa al representante legal del CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS que *“la Gerencia Zona 5 ratifica el incumplimiento del contratista ya que no se acataron las observaciones hechas por el Acueducto al Plan de Calidad y demás componentes técnicos requeridos por parte de la EAB-ESP, para su revisión y aprobación, como requisitos previos para garantizar el inicio del contrato. Además, que mediante comunicación interna, la Dirección de Asesoría Legal ordenó traslado de todos los antecedentes a la oficina de Representación Judicial y Actuación Administrativa del Acueducto, con el fin de que se diera inicio a las acciones contenciosas respectivas, ante el juez del contrato, quien es el competente para declarar el incumplimiento del mismo y demás consecuencias.”*

En virtud de la cláusula compromisoria contenida en la CLÁUSULA VIGÉSIMA del contrato la EAAB presentó demanda arbitral el 6 de enero de 2017 en contra del CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, juez competente para declarar el incumplimiento del contrato.

En consecuencia, procede el Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones relacionadas con el Contrato de Obra No.1-01-35300-1357.

III.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

En la pretensión primera de la demanda reformada se solicita que *“Se declare el incumplimiento del contrato No. 1-01-35300-1357-2013 por parte del CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013”*,

A.- Posición de la parte Convocante.

El Tribunal considera que los hechos relativos al litigio derivado del Contrato objeto de análisis deben ser abordados así:

1.- El incumplimiento del objeto del contrato.

En los hechos de la demanda se indica que el objeto del contrato consistía en *“la Investigación, localización y reparación de daños no visibles en redes de acueducto, identificados por métodos de detección de fugas en el sector hidráulico de la Zona 5 del Acueducto de Bogotá Zona 5.”*

Corresponde entonces analizar, los eventos que configuran el incumplimiento reclamado por el Convocante:

² Mediante comunicación No. 15000-205-0385 del 2 de febrero de 2015 el Gerente de la zona 5 reitera a la gerencia corporativa la necesidad de iniciar las acciones contenciosas necesarias para declarar el incumplimiento del contrato.

1.1.- Falta de acreditación de los equipos necesarios para la ejecución del Contrato.

La CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA del contrato señala que *“Así mismo el contratista proveerá el personal y los equipos requeridos para la debida y oportuna ejecución del contrato, de acuerdo con el programa de obra aprobado”*. La convocante menciona que el contratista no suministró los equipos idóneos para la utilización del gas Helio.

El Convocante manifiesta en la demanda reformada que: *“La Empresa notificó al Contratista que era su obligación entregar la relación de los equipos de medición que permitan evaluar y/o hacer seguimiento a la calidad en la precisión del trabajo a ejecutar y/o precisión en los equipos a utilizar en la implementación de la búsqueda sistemática con gas helio”*.³ De igual manera se señala que *“Lo anterior con base en las condiciones y términos de la invitación, condiciones generales, responsabilidades técnicas generales del contratista, donde se establece: 4.2.1 previas a la iniciación del contrato de obra., el contratista deberá disponer del equipo necesario para iniciar los trabajos”*. *“Se solicitó al contratista la entrega de una relación detallada de modelos y/o certificados de importación para maquinaria y equipos, vehículos de carga, vehículos de transporte de personal, etc., basados en lo establecido en el contrato”*. Sobre este punto concluye: *“El CONTRATISTA está obligado a entregar al ACUEDUCTO DE BOGOTA la información y los documentos o soportes a que haya lugar relacionados con la compra de todos los elementos, maquinaria o equipo nacionales o importados, que se requieran para la ejecución del contrato y para el trámite de las exenciones que estén acordes con las definiciones adoptadas en los artículos 424-5 numeral 4, y 428 literales f) e i) del Estatuto Tributario, así como sus normas reglamentarias o las que los sustituyan o modifiquen”*⁴. Información que el Convocante afirma nunca haber recibido. En lo que se refiere a la implementación de la BSF con gas Helio, se señala que en los anexos del contrato referentes a los datos de la invitación se establece que la identificación y reparación de los daños se hará por ese método.

1.2.- A la fecha no se ha suscrito el acta de inicio como consecuencia directa del incumplimiento del contratista.

Sobre este punto, menciona las obligaciones que debían cumplirse previamente a la suscripción del Acta de Inicio detallándolas en la demanda reformada⁵ de la siguiente manera:

i.- Sobre la licencia de excavación manifiesta que no se cumplió, dado que se le notificó en su momento al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013, que no se había presentado la licencia de excavación que los autorizaba para hacer intervenciones sobre el Espacio Público en el Municipio de Soacha.

ii.- En lo que tiene que ver con el Plan de calidad, Maquinaria y equipos para utilizar igualmente se puntualiza que no se cumplió, dado que el contratista nunca hizo claridad sobre el tipo de maquinaria y equipos a utilizar, para el desarrollo del contrato.

³ Página 6 de la reforma de la demanda.

⁴ Página 6 de la reforma de la demanda.

⁵ Página 6 de la reforma de la demanda.

iii.- Sobre el equipo de medición se señala que no se cumplió, puesto que en ningún momento se relacionaron *“los equipos de medición que permitieran evaluar y/o hacer seguimiento a la calidad en la precisión del trabajo a ejecutar y/o precisión de los equipos a utilizar en la implementación de la búsqueda sistemática de fugas con gas helio.”*

iv.- El convocante afirma que el contratista no cumplió la metodología y el control de obra, ya que, aunque entregó una descripción de las posibles causales de fugas y los posibles métodos a utilizar para la detección de las mismas sobre los tipos de daño y tecnologías con las cuales se puede desarrollar la Búsqueda Sistemática de Fugas, no se cumplió el objetivo que busca este capítulo dentro del plan de calidad que es hacer la descripción detallada de la forma en que el contratista va a desarrollar el contrato aplicando la tecnología establecida para zona 5. *“gas helio”*.

v.- Sobre la Cronología de trabajo, igualmente se afirma por la convocante que no se cumplió por parte del contratista. El cronograma de trabajo, *“de acuerdo a los lineamientos dados por la supervisión, debía ser presentado por unidades hidráulicas (áreas de servicio a trabajar), teniendo en cuenta los kilómetros de red existentes para cada una de ellas de acuerdo con la información extraída del catastro de redes y existente en la DITG (Dirección de Información Técnica y Geográfica de la EAAB-ESP).”*

vi.- Sobre la Planificación del producto, se afirma por parte de la demandante que no se cumplió por el contratista. Se requería planear las condiciones y requisitos en que se entregaría el producto durante el desarrollo de contrato, de conformidad con las especificaciones técnicas contractualmente establecidas por la Empresa. Dicha planificación debía tener una proyección mensual y obedecer a las actividades principales que están inmersas dentro del objeto del contrato: investigación, localización, reparación de daños no visibles y recuperación del área o espacio público afectado.

vii.- En lo que tiene que ver con la Ruta Crítica, tampoco se cumplió conforme las afirmaciones de la demandante dado que, *“dentro del cronograma a presentar, el consorcio debía identificar la ruta crítica que podía llegar a incidir en el desarrollo del contrato y a su vez en el cumplimiento de las metas establecidas”*.

viii.- Por último, sobre la Matriz de riesgos, la demandante afirma que tampoco se cumplió por parte del contratista. En sus propias palabras, *“La matriz de riesgos debía contemplar las actividades propias del objeto contractual, tener en cuenta la tecnología a implementar en el área de influencia de la Zona 5; en ninguna circunstancia debía contener búsqueda sistemática de fugas con geófono, dado que el contrato es claro -la tecnología a implementar en Zona 5 es “gas helio”*.

B.- Posición de la llamada en garantía

El CONSORCIO DETECCION DE FUGAS 2013 no contestó la demanda. Por su parte, la llamada en garantía, SEGUROS DEL ESTADO S.A. con relación a la PRETENSION PRIMERA de la demanda se pronunció de la siguiente manera:

1.- En relación con el hecho 5 de la reforma de la demanda relacionado con el alegado incumplimiento de los compromisos previos al Acta de Inicio manifiesta:

“Los incumplimientos fueron mutuos... La demandada siempre atendió los requerimientos remitiendo oficios explicando las razones por las cuales no podía cumplir todos los requerimientos... La Empresa de Acueducto incumplió el suministro de información requerida para firmar el acta de inicio... La Empresa de acueducto incumplió con los deberes del tomador para evitar la propagación del siniestro. Prefirió seguir requiriendo en vez de terminar el contrato... (hecho propio). (...) Resulta relevante en este punto mencionar que dentro del contrato suscrito entre la EAB ESP y CONSORCIO DE FUGAS 2013 se pactó que en el evento de que existieran incumplimientos contractuales, estos podrían ser objeto de multas de apremio tal como lo dispone la cláusula decimoprimeras del contrato.”

2.- En respuesta al hecho 13 de la demanda, que se refiere a la notificación que hizo la demandante al contratista sobre su obligación de entregar la relación de los equipos de medición que permitan evaluar y/o hacer seguimiento a la calidad en la precisión del trabajo a ejecutar y/o precisión de los equipos a utilizar en la implementación de la búsqueda sistemática de fugas con “gas helio” (...) manifiesta que:

*“En este punto vale la pena resaltar que de acuerdo con el oficio del 26 de junio de 2014 al cual alude el demandante, ya era evidente el incumplimiento por parte del contratista, y la EAB ESP debió iniciar las acciones de tipo legal con el fin de dar por terminado el contrato y presentar demanda en contra del contratista, lo cual derivó en que en este caso opere el fenómeno que en materia del contrato de seguros se denomina **PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO** contemplada en el Artículo 1081 del Código de Comercio ya que la EAB ESP evidenció los incumplimientos, tal como se expondrá en las excepciones de la presente contestación. Lo anterior teniendo en cuenta que desde el 26 de junio del año 2014 para la EAB ESP era evidente que el contratista no estaba dando cumplimiento a sus requerimientos y solo hasta el mes de enero de 2017 es decir años y 7 meses después inicia las acciones legales pretendiendo el pago de una eventual indemnización por el incumplimiento del contratista”.*

En relación con el hecho 15 de la reforma de la demanda, que se refiere a la afirmación de la Convocante sobre la no suscripción del acta de inicio por causa de los incumplimientos del contratista, se pronunció de la siguiente manera: *“se enviaron oficios de requerimiento al contratista, pero la EAB ESP si encontró probado el incumplimiento del contratista debió imponer multas de apremio o dar por terminado el contrato, pero esperó a que operara el fenómeno de la prescripción del contrato de seguro para dar inicio a las acciones legales para pretender la afectación de la póliza de Cumplimiento 11-44-101050083, la cual no será posible afectar teniendo en cuenta que no ha sido demostrado el perjuicio, que la EAB ESP dio origen a su propio perjuicio y que ha operado la prescripción extintiva de las acciones del contrato de seguro, tal como se expondrá en las excepciones”.*

3.- En respuesta al hecho 18 de la reforma de la demanda en donde se afirma que los incumplimientos del contratista que tienen que ver con las licencias de excavación, el plan de calidad, la metodología y programación de la obra, el cronograma de trabajo, la planificación del producto, la ruta crítica y la matriz de

riesgos son graves, expresó la llamada en garantía que: *“Se trata de afirmaciones y hechos de los cuales tuvo conocimiento la aseguradora por la remisión de oficios por parte de la EAB ESP pretendiendo la afectación de la póliza 11-44-101050083 que ampara los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato 1-01-35300-1357-2013 (los cuales no demostró), razón por la cual solo se trató de un aviso de siniestro ya que no formalizó la reclamación de acuerdo con los presupuestos del Artículo 1077 del Código de Comercio y en el presente caso ha operado la prescripción de la acciones derivadas del contrato de seguro, razón por la cual no podrá afectarse de manera alguna la póliza antes mencionada”*.

C.- Posición del Ministerio Público

En relación con el alegado incumplimiento del contrato, el concepto del Ministerio Público señala que, conforme los términos del contrato, el contratista debía cumplir con unos requisitos previos a la suscripción del acta de inicio. Igualmente indica que los requerimientos hechos por la Convocante se ajustaron a la naturaleza del contrato y que, al no haberse cumplido esos requerimientos, se generó un incumplimiento por parte del contratista. Por último, afirma que la situación planteada se debió a la falta de experiencia del contratista y que por su parte la entidad contratante suministró toda la información requerida por el contratista.

Por lo anterior concluye que hubo incumplimiento contractual por parte de la demandada.

D.- Consideraciones del Tribunal

La controversia sometida a decisión del Tribunal tiene su origen en Contrato de Obra No. 1-01-35300-1357-2013 suscrito entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA ESP y el CONSORCIO DETECCION DE FUGAS 2013. El Convocante alega el incumplimiento del contratista ante la no ejecución de los compromisos previos a la iniciación del contrato y la subsiguiente suscripción del acta de inicio.

En el presente caso nos encontramos frente a un contrato de obra civil el cual, conforme su CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA *“se rige en general por las normas civiles y comerciales vigentes, salvo en los aspectos particularmente regulados por el Manual de Contratación del ACUEDUCTO DE BOGOTA.”*

Corresponde al Tribunal pronunciarse sobre los hechos y pretensiones planteados por la demandante y oportunamente contestados únicamente por la llamada en garantía, SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Se estudiará en primer lugar la pretensión PRIMERA de la demanda, antes transcrita, respecto de la cual, la llamada en garantía se opuso alegando que la Convocante tampoco ha cumplido las obligaciones contractuales correlativas adquiridas con la parte demandada.

Nos encontramos entonces dentro de la órbita de los artículos 1609 del Código Civil y 870 del Código de Comercio en los que se señala:

Artículo 1609 del Código Civil:

“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”.

Artículo 870 del Código de Comercio:

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

En lo que tiene que ver con la pretensión objeto de análisis, encuentra el Tribunal al examinar el contrato objeto de esta demanda arbitral que la CLÁUSULA TERCERA del Contrato establece que el pago del valor del contrato deberá efectuarse *“contra el avance mensual de obra, previa presentación de las actas de pago parcial aprobadas por el interventor y el contratista y corresponderán al valor que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios relacionados en el formulario No. 1 dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la radicación, previa presentación del informe y soportes de cuenta respectivos debidamente documentados y aprobados por el interventor”.* En lo que se refiere al anticipo se señala: *“Perfeccionado el contrato se entregará al CONTRATISTA dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la constitución de la fiducia o patrimonio autónomo, una suma equivalente al quince por ciento (15%) del valor de las obras financiadas por el ACUEDUCTO DE BOGOTA”.*

Conforme a la prueba documental que obra en el expediente, el contratista suscribió con la FIDUCIARIA POPULAR un contrato de fiducia mercantil de administración de pagos, el 27 de febrero de 2014, cuyo objeto fue administrar e invertir los recursos provenientes del anticipo del contrato en estudio, dineros transferidos por la Convocante al encargo fiduciario. Los pagos de dicho anticipo debían hacerse al contratista previa aprobación de estos por parte del interventor del contrato y serán destinados exclusivamente a la ejecución de éste.

El valor del anticipo fue de CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$197.243. 555) y los dineros ingresaron al patrimonio autónomo en julio de 2014.

También era una obligación del contratante entregar al contratista toda la información requerida para la debida ejecución del contrato. Tal como se estableció en las condiciones y términos de la invitación, el interventor debería entregar al contratista la programación general de las entidades que requieren BSF para la ejecución del contrato con lo cual se deberá efectuar el programa específico de investigación, la entrega del cronograma general con el orden en el cual se trabajarán los sectores, subsectores y distritos que serán objeto de BSF en las zonas contratadas.

En relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratante, encuentra el Tribunal en lo que se refiere al pago del valor del contrato que los dineros correspondientes al anticipo fueron oportunamente consignados en la FIDUCIARIA POPULAR por cuenta del encargo fiduciario denominado

PATRIMONIO AUTONOMO CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013, en fecha 16 de mayo de 2014, tal como se reitera en varias de las comunicaciones exhibidas en virtud de la prueba de oficio solicitada por el Tribunal (S 2014-258774, S 2015-034333, entre otras), las cuales se encuentran contenidas en la carpeta denominada (DE LA EAAB A LA FIDUCIARIA).

En lo concerniente a la entrega oportuna por parte del contratante de la información requerida por el contratista para la debida ejecución del contrato, encuentra el Tribunal que la convocante cumplió con su obligación de entregar oportunamente la información a la Convocada sobre el desarrollo y ejecución del contrato. Al respecto se evidencia en la documental aportada que el Contratante hizo diversos requerimientos en este sentido, como es el caso del radicado CE-1-01-35300-1357-2013-17 de fecha 13 de mayo de 2014 en donde se solicita información sobre registros históricos y datos sobre puntos del proyecto. Igualmente, se requirió mediante comunicación CE-1-01-31300-2013-23 de fecha septiembre 22 de 2014 en donde se pedía explicación de las razones por las cuales no se había suscrito el acta de inicio, también en comunicación radicada 35320-2014-0129-S-2014-023081 de 3 de febrero de 2014, mediante la cual se le envía a la convocada por medio magnético los formatos del sistema de gestión de calidad que deberán ser utilizados en el desarrollo del contrato y para interactuar con la contraloría. Obrando también en el expediente copia de la comunicación No. 35320-2014-0177-S-2014-032406 de fecha marzo 4 de 2014 dirigida remitida por la Convocante al contratista en donde se le envía la relación general de las unidades hidráulicas en las cuales se requiere desarrollar la búsqueda sistemática de fugas, tomando como referencia la ocurrencia de daños, los caudales mínimos nocturnos, la obsolescencia de la infraestructura de redes, etc.

Además de la documental aportada y referida, se debe tener en cuenta la declaración rendida por la testigo ALBA MERCEDES MILLÁN, la cual expresó sobre este punto:

“Lo que fue todo metodología, bueno primero que todo quiero dejar claro es que al comienzo cuando se empezó digamos el tema de la planificación del trabajo etcétera ellos nunca requirieron ninguna información adicional o complementaria para presentar sus propuestas como tampoco lo hicieron en sus escritos, ya digamos sobre el mes de mayo requirieron información adicional que porque no podían digamos tener acceso a la plataforma o se les hacía más fácil si nosotros le suministramos información digital como sobre el mes de mayo, pero desde el mes de febrero se les entregó información previa a toda la que se tenía en la zona lo que pasa es que ellos después fue que manifestaron como en el mes de junio que si podíamos digamos ya como una colaboración de la zona para facilitarle sus actividades les entregamos a información digital también porque pues tenían acceso como le digo en la página catastro de redes.”

“(…)Sin embargo, digamos a través de la supervisión se le facilitó la información relacionada con el catastro de redes que forma parte digamos de la información empresarial suscribiendo unas actas de confidencial entonces ellos tenían digamos toda la herramientita y podían consultar a través de la plataforma(…)”

Concluye entonces el Tribunal, que si bien es cierto no obran todas las pruebas que acrediten que la Convocante si respondió a todos los requerimientos del contratista para la debida ejecución del contrato, tampoco existe prueba de inconformidad de éste por no haberse atendido sus solicitudes. Igualmente, tal como lo expresa la testigo, dichos requerimientos fueron atendidos oportunamente.

Conforme con lo anterior, encuentra el Tribunal que está debidamente acreditado el cumplimiento por parte de la Convocante de sus obligaciones contractuales anteriores a la suscripción del acta de inicio, en especial en lo que tiene que ver con el depósito del anticipo al patrimonio autónomo abierto por el contratista en la FIDUCIARIA POPULAR, en el suministro de la información requerida y las instrucciones dadas para el debido cumplimiento del contrato.

Corresponde entonces examinar ahora las obligaciones contractuales del contratista y el debido cumplimiento de estas.

De acuerdo con lo establecido en la CLÁUSULA PRIMERA del Contrato, el contratista se obliga a ejecutar las obras objeto del contrato, a saber: *“INVESTIGACION, LOCALIZACION Y REPARACION DE DAÑOS NO VISIBLES EN REDES DE ACUEDUCTO, IDENTIFICADOS POR METODOS DE DETECCIÓN DE FUGAS EN EL SECTOR HIDRÁULICO DE LA ZONA 5 DEL ACUEDUCTO DE BOGOTA D.C.”*

La CLÁUSULA CUARTA establece que el contratista debe constituir una fiducia para el manejo del anticipo. A este respecto, debe presentar al interventor y/o supervisor del contrato el programa de flujo de inversiones del anticipo.

La CLÁUSULA OCTAVA dispone además que debe constituir a favor del contratante las pólizas de respalden el cumplimiento del contrato. La CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA indica que este se obliga a proveer el personal y los equipos requeridos para la debida y oportuna ejecución del contrato, de acuerdo con el programa de obra aprobado.

Existen igualmente obligaciones adicionales contenidas en los documentos anexos al contrato. La CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA señala como *“DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Entre otros, los documentos que a continuación se relacionan, se consideran para todos los efectos parte integrante del contrato y en consecuencia producen sus mismos efectos y obligaciones jurídicas y contractuales: 1) Condiciones y términos de la invitación, modificaciones, aclaraciones, formularios de preguntas y respuestas y demás documentos de la invitación. 2) Oferta del contratista en aquellas partes aceptadas por el ACUEDUCTO DE BOGOTA.3) Programas de inversión del anticipo y de la ejecución de obra. 4) Ordenes escritas al CONTRATISTA para la ejecución de los trabajos. 5) Acta de iniciación. 6) Especificaciones de construcción y planos que serán suministrados al CONTRATISTA por el ACUEDUCTO DE BOGOTA para la ejecución de las obras. 7) Anexos, bitácora o libro de obra, demás actas y documentos que suscriban las partes contratantes”*.

De acuerdo con lo manifestado por el demandante y a las pruebas que obran en el proceso, se constata que al no haberse suscrito el acta de inicio el Contrato no

alcanzó su etapa de ejecución porque el contratista no cumplió con sus obligaciones previas para que pudiera suscribirse el acta de inicio.

Verificados los hechos en el orden presentados en la demanda, encontramos en primer lugar el alegado incumplimiento sobre el suministro de los equipos necesarios para la debida ejecución del contrato y si la obligación de efectuar la búsqueda de fugas mediante la utilización de gas Helio formaba o no parte de contrato.

Examinado el acervo probatorio encuentra el Tribunal en primer lugar que, en las respuestas a las solicitudes de aclaración hechas por los interesados en el proceso de selección de la invitación, de fecha 22 de noviembre de 2013 se formuló la pregunta No. 15:

”El pliego menciona que para Zona 5 se emplee una metodología de detección de fugas con gas helio. ¿Si las condiciones especiales que se requieren para su correcta ejecución no están reunidas podrán ser sustituidas por una tecnología tradicional? La respuesta de la contratante fue: No, la tecnología de gas helio es una tecnología aplicable a las condiciones del grupo de la zona 5”.

De otra parte, en la documental aportada como Formato Ayuda de Memoria en donde se da cuenta de la reunión celebrada con fecha 4 de mayo de 2014 en la dirección de Servicio Acueducto Zona 5 se indica que CARLOS ROBAYO asistió en nombre de Acueducto Zona 5 y HÉCTOR ROBLES en su calidad de contratista y representante legal del CONSORCIO. En dicha reunión el representante de la Convocante manifestó expresamente que:

“Se requiere conocer específicamente cuales son los equipos a utilizar y sus características”

Igualmente se anotó:

“El contratista manifiesta su voluntad de abonar esfuerzos para que el contrato se desarrolle de la mejor manera posible aun cuando manifiesta que también va a hacer escuela el desarrollo de la BSF con gas Helio dado que no se requirió experiencia en dicha tecnología en los términos (...)”

Adicionalmente, en las pruebas documentales aportadas, encontramos la comunicación con radicado CE-1-01-35300-1357-2013-25 de 18 de julio de 2014, dirigida por el Consorciado Raúl Castillo Duarte al Gerente encargado de la Zona 5 en donde este se disculpa por los retrasos en la iniciación de la obra y expresa lo siguiente en relación con la tecnología del gas Helio:

“A pesar de que contamos con muy buena experiencia en la detección de fugas no visibles de acueducto en empresas de servicios públicos domiciliarios, no hemos desarrollado ningún proyecto de detección de fugas con gas helio, pero debido a que el principio general es el mismo aceptamos el reto y nos pusimos en la tarea de investigar por todo el mundo para la implementación del mismo.” (Subrayado del Tribunal).

En otro aparte dice:

“Para darle sustento cierto a lo propuesto y en aras de sacar tan importante proyecto adelante, el cual traerá excelentes ventajas en la recuperación de pérdidas del acueducto, hemos proyectado montar un piloto, que nos confirmará lo expuesto y nos permitirá ultimar los últimos detalles de tipo técnico... En este momento nuestro consorciado Héctor Robles se encuentra en Estados Unidos comprando el equipo con el cual implementaremos el piloto.” (Subrayado del Tribunal).

Constata el Tribunal en los diversos requerimientos, cuyo sustento probatorio se aportaron al expediente, la reiterada afirmación de la Convocante del incumplimiento en la acreditación y suministro de los equipos necesarios para implementar la tecnología de BSF con la utilización de gas Helio. En comunicación con radicado 35100-2014-0322-S 2014-065-666 de fecha 21 de abril de 2014, la EEAB le aclara al Contratista, a través del Gerente de la Zona 5, los puntos faltantes a la documentación aportada previo al inicio del contrato, se le pone de presente:

“Es importante que el contratista, defina la fecha, hora y lugar en donde se llevará a cabo la presentación de la tecnología y metodología a utilizar para el desarrollo de la búsqueda sistemática de Fugas con Gas Helio. De acuerdo a lo definido contractualmente para la Zona 5 en el Anexo 1 de las condiciones y términos de la invitación que hacen parte vinculante del contrato del asunto.”

Igualmente se aportó la comunicación con radicado 35320-2014-0447-S-2014-102936 de fecha 6 de junio de 2014 dirigida por la Supervisora del Contrato de la Zona 5 al CONSORCIO en la cual le pone de presente el incumplimiento del contratista, a lo señalado *“en el numeral 4.2 RESPONSABILIDADES TECNICAS GENERALES DEL CONTRATISTA, NUMERAL 4.2.1. PREVIAS A LA INICIACION DE LA OBRA. (...) El contratista deberá disponer del equipo necesario para iniciar los trabajos y del personal contratado para las labores el cual deberá cumplir con los requisitos exigidos por el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ”*. Al respecto también manifiesta: *“Maquinaria y equipo a utilizar: NO CUMPLE. No hay ninguna claridad sobre el tipo de maquinaria y equipos a utilizar, por parte del consorcio, para el desarrollo del contrato. Es fundamental que para esta actividad se entregue de manera discriminada y detallada la relación de la maquinaria, equipos, vehículos, y si es el caso maquinaria pesada a utilizar para el desarrollo del objeto contractual, teniendo en cuenta la metodología a aplicar en Zona 5. **gas helio**”*.

Conforme con todo lo expuesto, para el Tribunal es claro que para la ejecución del contrato el Contratista sí estaba obligado a suministrar los equipos necesarios para la ejecución del contrato y que estos debían disponer de la tecnología necesaria para realizar la BSF mediante la implementación de gas helio. No obstante, el contratista no acreditó tener los equipos necesarios para tal fin ni tampoco el conocimiento requerido para poderla aplicar. De esta manera es claro el incumplimiento contractual en este punto tal como se expresa en los hechos de la demanda.

Conforme lo indicado anteriormente, los otros aspectos que se reclaman en los hechos de la demanda como incumplimiento contractual por parte del contratista, tienen que ver con la imposibilidad de la suscripción del acta de inicio por no cumplir con la licencia de excavación, el plan de calidad maquinaria y equipos, equipo de medición, metodología y control de obra, cronología de trabajo, planificación del producto, ruta crítica y matriz de riesgos.

En lo que tiene que ver con la licencia de excavación, obran en el expediente comunicaciones varias sobre requerimientos y observaciones de la demandante y respuestas del contratista sobre el trámite de las licencias de excavación requeridas para iniciar la ejecución del Contrato. Entre ellas encontramos la identificada con el radicado 35320-2014-0487-S-2014-120024 de fecha 26 de junio de 2014 dirigida por la demandante al CONSORCIO en donde acusa recibido de las licencias de excavación que garantizan la intervención de los sectores hidráulicos denominados Bosa y Kennedy. No obstante, ***“sigue pendiente la licencia de excavación que autoriza la intervención por parte del contratista en el Municipio de Soacha identificado con el sector hidráulico S30”***. En respuesta a este requerimiento el contratista, mediante radicado CE-1-01-35300-1357-2013-48 de 20 de abril de 2015 le expresa a la demandante: *“A la fecha del presente oficio se cuenta con la licencia de excavación de Soacha (Licencia de intervención de espacio público No. 003-11 DE MARZO DE 2.015 la cual se anexa)”*.

En el anexo anunciado encontramos la Resolución de licencia de intervención de espacio público No. 0013 de 11 de marzo de 2015 emanada de la Secretaría de Planeación Municipal de Soacha mediante la cual se resuelve *“otorgar licencia global de intervención de espacio público para realizar la investigación, localización y reparación de daños no visibles en redes de acueductos, identificación por método de detección de fugas en el sector hidráulico de la zona 5 del Acueducto de Bogotá D.C. a ejecutar dentro del perímetro urbano y rural del Municipio de Soacha -Acta de compromiso No. 13-14”*. No obstante, el Acueducto con fecha 24 de noviembre de 2014 mediante radicado S-2014 había solicitado a la Alcaldía de Soacha que le señalara cuál es la documentación que debe radicar un contratista para intervenir en el Municipio de Soacha y el tiempo de demora del trámite. Lo anterior dado que mediante certificación que igualmente obra en el expediente, dicha Entidad, con fecha 7 de noviembre de 2014 había certificado que por parte del CONSORCIO no se había radicado ningún trámite para obtener la licencia de excavación para ejecutar el contrato de obra objeto de la demanda.

Igualmente, el Tribunal tiene en consideración lo expresado por la testigo ALBA MERCEDES MILLÁN que sobre el particular expresó:

“Sin embargo, sobre la marcha en el desarrollo de esa etapa de planificación que ... el contratista a ... a comienzos de marzo pues no me acuerdo la fecha creo que fue el 3 o 6 de marzo que ... comentó la zona 5 está constituida por los sectores de Bosa, Kennedy y Soacha que era el área de influencia que ellos tenían que trabajar, resulta que la licencia de excavación solamente se presentó para los sectores de Bosa y Kennedy, pero con un error garrafal y era que el área de influencia digamos comprendía era las localidades de Suba y Usaquén si entonces eso a la vista del IDU y las auditorías que hace la Secretaria de Movilidad y las inspecciones que hace para las multas y sanciones

pues no favorecía mucho a la empresa lo cual requirió solicitarle al contratista que por favor hiciera los ajustes de esa licencia de excavación porque el área de influencia sobre la que iban a trabajar estaba errada.

Entonces con la cosas así que dilataron mucho el proceso y no mostró digamos la voluntad de desarrollarlo oportunidad requerida es más tramitaron una licencia en diciembre ya ha transcurrido un año cuando el contrato tenía 16 meses si se hubiera empezado entonces no sé cómo cuál era la metodología y además que no era que se estableciera vamos a empezar aquí en Bosa primero hagamos que hay sectores hidráulicos en donde se tenía que priorizar digamos porque como les explique cómo funciona hidráulicamente un sector hidráulico dependiendo del caudal y lo que se factura determina donde hay mayores pérdidas entonces también se actúa sobre cuáles son los sectores en los que se tiene que trabajar con priorización o sea que podía ser en Soacha también al comienzo.

Entonces por eso le digo que como no se dio esa actividad pues digamos que no se podía intervenir en Soacha o sea la licencia de excavación nunca se gestionó para Soacha realmente ya se estaba trabajando proceso de incumplimiento desafortunadamente como ellos referían que sí que estamos en la gestión que estamos tramitándolo pues nosotros como empresa de manera directa le escribimos al municipio de Soacha para ver qué era lo que pasaba con la licencia y ellos nos notificaron en una comunicación el señor solamente hasta el 26 de diciembre había generado acta de compromiso con la secretaria y que la licencia había salido fue el 11 de marzo del 2015”.

De lo antes expuesto encuentra el Tribunal que, pese a los requerimientos hechos por la demandante, el contratista no realizó oportunamente las gestiones para obtener las licencias de excavación que permitieran la suscripción del acta de inicio y de esta manera iniciar la ejecución del contrato.

En relación con los demás ítems anotados en la demanda como incumplidos por el contratista y que eran presupuestos previos a la suscripción del acta de inicio, en lo que tiene que ver con el plan de calidad encuentra el Tribunal que mediante comunicación con radicado 35320-2014-0051 de fecha 28 de enero de 2014 la demandante notifica a la demandada sobre la documentación que debía entregar como requisito previo para la firma del acta de inicio entre la cual se encuentra, además del trámite de las licencias y permisos previos, la entrega del plan de calidad, la metodología y programación de la obra, el cronograma de ejecución de la obra, el panorama de factores de riesgo. Allí se anota:

“Si dicha entrega es renuente a presentarse o no cumplen con los requisitos de las condiciones y términos de la invitación, el ACUEDUCTO DE BOGOTA entenderá que el CONTRATISTA ha decidido con dicha actitud no ejecutar el contrato y por lo tanto procederá a hacer efectivas las pólizas contractuales si estas ya han sido aprobadas, e iniciar las acciones administrativas y judiciales a que hubiere lugar.”

Igualmente se arrimó al expediente copia de la comunicación con radicado 35320-2014-0410--090406 de fecha 21 de mayo de 2014 mediante la cual el Convocante pone de presente al CONSORCIO los compromisos adquiridos en reunión de fecha 9 de mayo de 2014 y reclama la necesidad de ampliar la información suministrada sobre los ítems ya anotados, dado que ello impide aprobar el plan de calidad lo que a su vez impide firmar el acta de inicio. Nuevamente debemos referirnos a la comunicación con radicado 35320-2014-0447-S-2014-102936 de fecha junio 6 de 2014 dirigida por la Supervisora del Contrato de la Zona 5 al CONSORCIO en la cual le pone de presente el incumplimiento del contratista, a lo señalado *“en el numeral 4.2 RESPONSABILIDADES TECNICAS GENERALES DEL CONTRATISTA, NUMERAL 4.2.1. PREVIAS A LA INICIACION DE LA OBRA. 4.2.1.2. SISTEMA DE GESTION DE LA CALIDAD Y PLAN DE CALIDAD.* Se le pone de presente la obligación de entregar el interventor del Acueducto el plan de calidad el cual será implementado en el desarrollo del contrato. Se puntualiza el incumplimiento dado que debió ser entregado dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se produjo la notificación de la adjudicación. Hace referencia a la metodología y programación de la obra, al control de equipos, a la planificación del producto, al cronograma de trabajo, a la ruta crítica y a la matriz de riesgos, entre otros. Le pone de presente que han transcurrido 5 meses y 10 días desde la celebración del contrato y le da un plazo de 5 días para cumplir so pena de aplicar la cláusula penal pecuniaria contenida en el contrato.

Por último, mediante comunicación con radicado S-2015-076-045 35320-2015-0179 de marzo 30 de 2015 la Supervisora del Contrato le puso de presente al contratista que la Gerencia de la Zona 5 ratificó el incumplimiento del contrato dado que:

“no se han acatado las observaciones hechas por el Acueducto al plan de calidad y demás componentes técnicos requeridos por parte de la EAB.ESP, para su revisión y aprobación, como requisitos previos para garantizar el inicio del contrato. Además, que, mediante comunicación interna, la Dirección de Asesoría Legal ordenó traslado de todos los antecedentes a la oficina de Representación Judicial y Actuación Administrativa del Acueducto, con el fin de que se diera inicio a las acciones contenciosas respectivas, ante el juez del contrato, quien es el competente para declarar el incumplimiento del mismo y demás consecuencias”.

Por su parte el Contratista manifiesta en sus diversas comunicaciones, que ha cumplido con todos los requerimientos hechos por la contratante. Se detiene el Tribunal en especial en la comunicación con el radicado CE-1-01-35 300-1357-2013-20 de fecha 24 de junio de 2014 en respuesta a la comunicación con radicado 35320-2014-0447-S-2014-102936 de fecha junio 6 de 2014, dirigida al jefe de División Servicio Acueducto Zona 5 en donde hace una lista de las respuestas dadas a los diversos requerimientos hechos por la interventoría. Igualmente, la comunicación con radicado CE-1-01-35 300-1357-2013-19 de fecha 13 de junio de 2014 en el cual se pronuncia sobre los puntos acotados por el interventor así:

“Frente al plan de calidad.

Se adjunta organigrama y las funciones de cada una de las personas que van a intervenir teniendo en cuenta las observaciones realizadas por la interventoría en la reunión de 19 de mayo en curso.

Planificación del producto.

La planificación solicitada por la interventoría se realizó teniendo en cuenta las condiciones generales del contrato y de acuerdo con los pliegos de condiciones del contrato de la referencia.

Maquinaria y equipo.

El consorcio ha entregado una relación para desarrollar las labores del contrato como lo estipula en la INVITACION PUBLICA No. ICSC-1028-2013.

Cronograma de trabajo.

Se adjunta cronograma de trabajo y ruta crítica general para el desarrollo del contrato de la referencia.

Matriz de riesgos.

Este documento se entregará con el plan de calidad anexo... con las observaciones realizadas llevándolas al objeto contractual, teniendo en cuenta la tecnología que se desarrollará en el terreno...”

Metodología.

Adjunto se envía la metodología en el plan de calidad.”

Conforme a lo antes expuesto y en lo referente al plan de calidad que debía presentar el contratista, concluye el Tribunal que hay evidencia suficiente que permite concluir que hubo incumplimiento por parte de la demandada respecto de los requisitos previos para poder suscribir el acta de inicio. Si bien es cierto que se puede constatar que lo requerido por la contratante estaba dentro de lo consignado en el contrato y sus anexos, y que efectivamente se hicieron oportunas y reiteradas solicitudes a la Convocada para que las cumpliera sin que fueran atendidas en la forma debida, esta situación llevó al traste con el cumplimiento del objeto contractual.

De esta manera se evidencia el incumplimiento del contrato por parte de la convocada y, por lo mismo, procede el Tribunal a pronunciarse favorablemente respecto de la pretensión primera de la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, LA DEVOLUCIÓN DEL ANTICIPO, EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL Y LA SITUACIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA

Procede el Tribunal a pronunciarse inicialmente sobre la pretensión sexta mediante la cual el convocante solicita que “*Se declare la resolución del contrato por incumplimiento del contratista convocado*” con el fin de determinar sus efectos frente a las pretensiones de devolución del anticipo y del pago de la cláusula penal que constan en las pretensiones segunda tercera y cuarta de la demanda. Se aclara que las pretensiones no serán tratadas en el orden presentado por el convocante puesto que de los efectos de la resolución se derivan las consecuencias de las otras pretensiones presentadas.

La CLÁUSULA SÉPTIMA del contrato regula el plazo de ejecución del contrato y determina en el párrafo la vigencia del mismo al precisar que “*Este contrato estará vigente desde la fecha de su perfeccionamiento hasta su liquidación*”. Esta

cláusula reenvía al documento intitulado “datos del contrato de obra No. 1-01-35300-13572013” que establece que *“el plazo total para la ejecución de cada uno de los Grupos es de DIECISEIS MESES (16), contados a partir de la fecha del acta de iniciación.”*

Cabe reiterar sin embargo que, si el contrato establece el plazo de ejecución de la obra contado a partir de la fecha del acta de iniciación, ninguna disposición contractual fijó plazo alguno para el cumplimiento de los requisitos necesarios para la suscripción del acta de inicio. De esta manera, al no haberse suscrito acta de inicio, el contrato no tuvo ejecución y por lo mismo no pudo ser objeto de liquidación.

Procede entonces el Tribunal a pronunciarse acerca de las consecuencias del incumplimiento del contrato en el periodo previo a la ejecución contractual teniendo en cuenta que según el parágrafo de la CLÁUSULA SÉPTIMA *“el contrato está vigente a partir de la fecha de su perfeccionamiento hasta su liquidación.”*

Al tenor de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio previamente transcritos, la mora debitoria en el cumplimiento de los requisitos necesarios para la firma del acta de inicio por parte del contratista, que generó la imposibilidad de ejecutar el contrato, fue probada en el curso del proceso en los términos presentados en el acápite referido a las consideraciones del Tribunal sobre el incumplimiento del contrato y conlleva al Tribunal a declarar la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, de manera consecencial a lo analizado previamente en este laudo.

El Tribunal declara entonces la extinción del contrato y, por ende, la terminación de las relaciones jurídicas que se derivan del Contrato No.1-01-35300-1357-2013 suscrito entre la EAAB y el CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013.

Conviene a continuación pronunciarse los efectos principales de la resolución judicial del contrato de obra No.1-01-35300-1357-2013 celebrado entre la EAAB ESP y el CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013, en primer lugar, respecto del alcance de los efectos retroactivos de la resolución, y enseguida, sobre las condiciones de la indemnización de perjuicios valorada a la luz de la cláusula penal pecuniaria estipulada en la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA del Contrato.

Dichos efectos corresponden a las pretensiones de orden de devolución de los dineros entregados a título de anticipo, pretensiones tercera y cuarta, y de condena al pago de la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, pretensión segunda.

1.- Las restituciones mutuas

La resolución del contrato opera retroactivamente⁶, es decir, que pretende *“dejar los patrimonios de las partes en el estado en que se encontrarían si no hubiese habido convención”*⁷.

Conviene entonces señalar las restituciones mutuas a las que hay lugar en el marco del contrato concluido entre la EAAB y el CONSORCIO DE DETECCIÓN DE

⁶ C.S.J. Cas. Civ. 18 de agosto de 1987 M.P. Alberto Ospina Botero. G.J., t. CLXXXVIII, N° 2.423, pp. 107 a 116.

⁷ Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios, la Resolución del Contrato en el Derecho Colombiano. Revista Chilena de Derecho Privado, 5 de diciembre de 2005, pp. 43-71.

FUGAS 2013 de acuerdo con lo solicitado por la Convocante en las pretensiones tercera y cuarta.

La CLÁUSULA CUARTA del contrato de obra No.1-01-35300-1357-2013 celebrado entre la EAAB ESP y el CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS establece que una vez perfeccionado el contrato el contratista debe constituir una fiducia y que la Convocante entregaría dentro de los 10 días calendario siguientes la suma equivalente al porcentaje del valor total del contrato señalado en los datos del contrato.

En ejecución de dicha obligación, el CONSORCIO el 27 de febrero de 2014 celebró con la FIDUCIARIA POPULAR un contrato de Fiducia Mercantil irrevocable de administración y pagos por medio del cual se creó un patrimonio autónomo para el manejo de los recursos del Contrato.

En el mes de julio de 2014 (precisar el documento y la fecha) la suma de CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$197.243.555,00) equivalente al 15% de las obras financiadas ingresó al patrimonio autónomo, sin haber sido objeto de ejecución alguna por falta de instrucciones impartidas por parte del Fideicomitente CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS.

Conviene entonces analizar el Contrato de Fiducia celebrado entre el CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 y FIDUCIARIA POPULAR a la luz de tres disposiciones contractuales, a fin de determinar el alcance de la pretensión tercera mediante la cual se solicita ordenar al contratista la devolución del anticipo.

En el numeral 7 literal (ii) de la CLÁUSULA PRIMERA se establece que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P tendrá la calidad de *beneficiario condicionado* en el evento de terminación del contrato de fiducia o de obra, en cuyo caso, los recursos dinerarios disponibles en el Fideicomiso serán girados por la Fiduciaria a la EAAB, así como el total de rendimientos que genere el anticipo administrado por la Fiduciaria.

El numeral 6 de la CLÁUSULA SEXTA del mismo contrato establece dentro de las obligaciones de la Fiduciaria entregar a la EAAB los recursos no utilizados que correspondan al anticipo y que se encuentren en el Fideicomiso a la terminación del contrato de Fiducia mercantil de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA del Contrato.

Finalmente, la CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA indica las causales de terminación del contrato dentro de las cuales se señala en el numeral 5 la terminación del contrato.

En este contexto, teniendo en cuenta que la resolución judicial del contrato por medio del presente laudo produce como efecto principal la terminación del mismo, y cumplidas las condiciones previstas en el numeral 7, literal (ii) de la CLÁUSULA PRIMERA del Contrato de Fiducia, el Tribunal ordenará al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 la devolución del valor del anticipo y oficiará a la FIDUCIARIA POPULAR comunicando la orden proferida por el Laudo en ese sentido, razón por la cual se accede a las pretensiones tercera y cuarta de la

demanda.

2.- La indemnización de perjuicios

En virtud de la declaración de cláusula resolutoria tácita enunciada por el artículo 1546 de Código Civil y complementada por el artículo 870 del Código de Comercio la parte afectada por el incumplimiento puede reclamar la indemnización de perjuicios en favor de la parte que cumplió con los compromisos derivados del Contrato.

En los contratos bilaterales que requieren de resolución judicial, es el juez del contrato quien declara el incumplimiento y analiza las consecuencias de la tasación anticipada de perjuicios realizada por las partes.

La CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA del Contrato establece que *“en caso de incumplimiento grave y definitivo del contrato, se causará a cargo del CONTRATISTA una pena pecuniaria equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor del contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que cause al ACUEDUCTO DE BOGOTA. El pago de la pena no extingue para el CONTRATISTA el cumplimiento de la obligación principal. EL ACUEDUCTO DE BOGOTA se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto pactado, siempre que los mismos se acrediten.”*

Conviene resaltar que la formulación contractual de la cláusula penal atribuye una doble calificación al incumplimiento del contratista al establecer que este sea *“grave y definitivo”*.

Debemos definir entonces a continuación las consecuencias de esta calificación en el orden jurídico colombiano puesto que los artículos que regulan la condición resolutoria tácita (artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio) no gradúan el carácter del incumplimiento.

Ciertas normas que regulan el desarrollo de contratos específicos, como el artículo 973 inc. 1 del Código de Comercio, que se refiere a la resolución del contrato de suministro indica que *“el incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos”*. Este artículo se concentra particularmente en la gravedad de los perjuicios causados y no en el carácter grave del incumplimiento.

En el campo del derecho comparado, la terminología jurídica mayoritariamente utilizada para referirse al incumplimiento grave es el *“incumplimiento esencial”*. Este tipo de incumplimiento es tratado por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Colombia por medio de la Ley 518 de 1999, que prevé en su artículo 25 que *“el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”*. Esta

norma trata entonces por su parte tanto la gravedad del perjuicio, en términos similares al artículo 973 del Código de Comercio, como su consecuencia que es privar sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

En el caso en comento, la inobservancia de los requisitos necesarios para la adopción del acta de inicio del contrato probada mediante los documentos allegados junto con la demanda, la exhibición de documentos, el interrogatorio de parte y el testimonio practicado en el curso del proceso permitieron al Tribunal declarar el incumplimiento del contrato en el acápite precedente.

Considera entonces el Tribunal en virtud de las normas citadas anteriormente que dicho incumplimiento del CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 puede calificarse como grave y definitivo teniendo en cuenta que el contratista privó sustancialmente al contratante de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato en la medida en que impidió la ejecución de su objeto a saber, la investigación, localización y reparación de daños no visibles en redes de acueducto, identificados por métodos de detección de fugas en el sector hidráulico de la zona 5 del Acueducto de Bogotá D.C.

Se cumple entonces en el caso objeto del litigio sometido al Tribunal la doble calificación prevista por el contrato que resulta necesaria para determinar si el convocado debe o no pagar la totalidad de la suma estimada en la cláusula penal.

Recordemos que el artículo 1592 del Código Civil define la cláusula penal como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

A la fecha de celebración del contrato las partes no saben si el contrato va a ser cumplido o no por la otra parte y en esa medida establecen a través de la cláusula penal un monto o porcentaje por medio del cual se considerarán indemnizados si la condición del incumplimiento acaece.

La pena en el caso que nos ocupa fue fijada en el 20% del valor del contrato y tiene como función, en los términos pactados, estimar de manera anticipada y parcial los perjuicios causados al Acueducto de Bogotá.

El artículo 1599 del Código Civil establece que *“Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”*

En estos términos, si el deudor se constituye en mora de la obligación, como lo es en el caso que nos ocupa y que nos lleva a declarar la resolución del contrato por incumplimiento grave y definitivo de las obligaciones contractuales, la previsión de incumplimiento del contrato está cubierta por la cláusula penal estipulada y el acreedor, la EAAB, está exento de la carga procesal de la prueba de la existencia del perjuicio.

En consecuencia, accede el Tribunal a la pretensión segunda y declara que el

CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 debe pagar el monto previsto en la CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA del Contrato.

V.- CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBER DEL LLAMADO EN GARANTÍA DE RESPONDER POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

Procede el Tribunal a continuación pronunciarse sobre la quinta pretensión de la demanda por la cual pretende que se declare que SEGUROS DEL ESTADO S.A., como garante del contratista por el incumplimiento del contrato debe responder por la cláusula penal de la pretensión segunda hasta el límite del monto asegurado.

Al respecto encuentra el Tribunal que fueron otorgadas las siguientes Pólizas en relación con el Contrato objeto de análisis, estas se identificaron así: 1) Póliza de Cumplimiento 11 40 101050083; y, 2) Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual 11 40 101012471, ambas expedidas el 2 de enero de 2014 y debidamente aprobadas por la EEAB, mediante memorando de 10 de enero de 2014 de la Dirección de Contratación y Compras que se aportó con la exhibición de documentos decretada de oficio por el Tribunal.

Para el objeto de análisis de la pretensión, es del caso entender que en el presente caso el Tribunal se referirá a la Póliza de Garantía de Cumplimiento, la cual expresamente en su caratula establece que se encuentra regida por el Decreto 1510 de 2013.

La póliza de garantía de cumplimiento de conformidad con el artículo 116 del Decreto 1510 de 2013, debe cubrir:

“Artículo 116. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

(a) el incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

(b) el cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

(c) los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

(d) el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. (subrayado del Tribunal).

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato”.

La póliza de cumplimiento analizada en sus condiciones generales establece como el amparo de cumplimiento:

“1.4. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO CUBRE A LA **ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA**, POR LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DE:
(A) EL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA;
(B) EL CUMPLIMIENTO TARDÍO O DEFECTUOSO DEL CONTRATO CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA;
(C) LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES; Y (D) EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA SIEMPRE QUE SE HUBIEREN PACTADO PREVIAMENTE EN EL CONTRATO GARANTIZADO

EN VIRTUD DE LO SEÑALADO POR EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 610 DE 2000, LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO CUBRIRÁ LOS PERJUICIOS CAUSADOS A LA ENTIDAD ESTATAL COMO CONSECUENCIA DE LA CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA GARANTIZADO DERIVADOS DE UN

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCA, SIEMPRE Y CUANDO ESOS PERJUICIOS DERIVEN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DEL CONTRATO AMPARADO POR LA GARANTÍA”.

De igual manera, el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, establece sobre la efectividad de la garantía que:

“Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. “ (Subrayado del Tribunal)

En el texto de las Condiciones Generales de la póliza objeto de análisis se dispone que:

*“EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA.
PARA HACER EFECTIVOS CUALQUIERA DE LOS AMPAROS OTORGADOS POR SEGURESTADO, LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA DEBERÁ GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO DE SEGURESTADO Y EL CONTRATISTA MEDIANTE EL AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO en el artículo 88 DE LA LEY 1474 DE 2011 O LAS NORMAS QUE LO SUSTITUYAN O MODIFIQUEN.*

LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, LE CORRESPONDERÁ DEMOSTRAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y ACREDITAR LA CUANTÍA DE LA PERDIDA SI FUERE DEL CASO.

EL PROCEDIMIENTO QUE DEBERÁ SEGUIR LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS AMPAROS OTORGADOS POR ESTA PÓLIZA SERÁ:

(...)

5.4. EN LOS DEMÁS EVENTOS DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA GARANTIZADO. LA ENTIDAD ASEGURADA PROFERIRÁ EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE EN

EL CUAL. ADEMÁS DE DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO PROCEDERÁ A CUANTIFICAR EL MONTO DE LA PERDIDA O HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL ORDENANDO SU PAGO. EL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE ES LA RECLAMACIÓN PARA LA COMPAÑIA DE SEGURO.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE QUE SEAN CONSTITUTIVOS O DECLARATIVOS DEL SINIESTRO DEBERÁN ESTAR EJECUTORIADOS Y DEBIDAMENTE NOTIFICADOS DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 87 DE LA LEY 1437 DE 2011. “

Si bien las disposiciones legales y contractuales antes transcritas prevén la declaración del siniestro por medio de acto administrativo, el Tribunal no puede desconocer, tal como se expresó en las consideraciones previas de la parte considerativa del laudo, que el régimen de contratación de la EAAB es de derecho privado y que las Resoluciones No.1112 del 25 de noviembre de 2014 y 1118 de 27 de noviembre de 2014 fueron revocadas directamente por Resolución 0044 del 27 de enero de 2015.

Corresponde al Tribunal analizar la intervención de la garante SEGUROS DEL ESTADO S.A. en la notificación de la Resolución No. 1112 de 25 de noviembre de 2014, mediante la cual se declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de seguros No. 11-44-101-050083 expedida por la llamada en garantía, con ocasión del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato de obra No.1-01-35300-1357-2013 por parte del CONSORCIO DE DETECCIÓN DE FUGAS 2013, y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal a dicho consorcio y a su garante SEGUROS DEL ESTADO.

En la Resolución No. 1112 de 25 de noviembre de 2014, se expresa:

“Que de acuerdo con el Informe Consolidado de Interventoría - Situación Incumplimiento Contrato de Obra 1-0135300-1357-2013, fechado el 10 de noviembre de 2014 el contratista incurrió en los siguientes incumplimientos, los cuales impidieron la suscripción del acta de inicio (...) “

En la Resolución 1118 de 27 de noviembre de 2014, se establecieron como consideraciones:

“Que previo procedimiento en el que se evidenció un incumplimiento contractual por parte del CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo segundo de la cláusula DECIMA PRIMERA -MULTAS DE APREMIO, del Contrato de Obra No. 1-01-35300-1357-2013, que señala “EL ACUEDUCTO DE BOGOTA aplicará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento”, se expidió la Resolución 1112 de 25 de noviembre de 2014, por medio de la cual se declaró que dicho contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con lo señalado en el Informe Consolidado de Interventoría.

Que como consecuencia de dicha declaratoria, se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 y en forma solidaria a su garante SEGUROS DEL ESTADO S. A por la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MILLNES NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SIETE PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$ 262.991.407.20) M/cte.

Que en desarrollo de la audiencia de debate de incumplimiento llevada a cabo los días 25 y 26 de noviembre de 2014, en la Sala de Juntas de la Gerencia Jurídica de la EAB ESP de conformidad con el procedimiento fijado en la precitada cláusula, decisiones que se notificaron por estrados al contratista y a su garante a través de sus representantes legales, quienes presentaron y sustentaron recursos de reposición así: el primero del 25 de noviembre y el segundo el 26 de noviembre.”

(...)

“La sociedad Seguros del Estado S.A. argumentó lo siguiente:

(...)

Con fundamento en lo anterior, solicita como pretensión principal se revoque la Resolución 1112 del 25 noviembre de 2014, por la cual se decide un incumplimiento y la aplicación de la cláusula penal pecuniaria al Consorcio Detección de Fugas, por falta de competencia para expedir dicho acto sancionatorio.

-Observa que no es coherente declarar un incumplimiento grave y definitivo de un contrato, aplicar una pena penal (sic) pecuniaria y a su vez pretender la ejecución del objeto del mismo como lo señala el contrato; pues en este último evento lo que se debió aplicar entonces es una multa de apremio, ya que la cláusula penal pecuniaria está prevista como una tasación anticipada de perjuicios.

Alega por otra parte que en el contrato y en los términos de la invitación quedo previsto que en el evento que el contratista no cumpla con sus obligaciones, se aplicará un cuadro de descuentos. Sin embargo, durante el periodo de once (11) meses en ningún momento se le impuso alguna multa o se efectuó algún descuento, lo que es una situación que puede llevar a que Seguros del Estado alegue ante la autoridad pertinente la terminación del contrato de seguros por incumplimiento de uno de los deberes del asegurado como lo es el de evitar la propagación del riesgo.

Advierte que si bien es cierto, el contratista no demostró ninguna causal eximente de responsabilidad, estima que la no conminación del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones agravó el estado del riesgo.

Finalmente, afirma que si la entidad considera tener competencia para continuar con el presente sancionatorio, deberá presentar la correspondiente reclamación a SEGUROS DEL ESTADO S.A., en los términos establecidos en el Código de Comercio, y solicita que se modifique la resolución en el sentido de aclarar que no es procedente el pago de la cláusula penal y a la vez el cumplimiento de la obligación principal.

Si bien pudiera existir la discusión sobre la necesidad de acreditar el acto administrativo ejecutoriado que declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento del contrato y la correspondiente causación de la cláusula penal, en el presente caso no se pueden desconocer las actuaciones antes mencionadas con ocasión de dicho incumplimiento en relación con el aviso de siniestro por parte de la entidad Convocante y la puesta en conocimiento del mismo a SEGUROS DEL ESTADO, mediante el trámite correspondiente de dichas resoluciones y las manifestaciones contenidas en dichos documentos, independiente de su posterior derogatoria.

El Tribunal considera necesario analizar entonces, la excepción de prescripción propuesta por SEGUROS DEL ESTADO, quien manifiesta en su alegato de conclusión que la entidad Convocante no inicio las acciones propias dirigidas a afectar el amparo de la póliza de cumplimiento dentro del término previsto en la ley, debido a que, desde el 21 de abril de 2014, mediante oficio S-2014-065666 enviado a la aseguradora, se afirmó que desde esa fecha tenía la Convocante el conocimiento correspondiente. No obstante lo anterior, también hace referencia la llamada en garantía al oficio del 21 de mayo de 2014, en oficio dirigido al contratista y enviado a la aseguradora, en el que menciona los múltiples incumplimientos del Contratista.

También la llamada en garantía cita la comunicación 35320-2014-0447 de fecha 6 de junio de 2014, aportada por la Convocante en el curso de la exhibición de documentos decretada de oficio por parte del Tribunal, en la que se afirma que desde hace más de 5 meses y 10 días de suscripción del contrato no se ha podido dar inicio, se otorga un plazo si no se dará aplicación a la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA, en especial a la cláusula penal pecuniaria.

De igual forma indica que mediante Oficio No. 35320-2014-0488 de fecha 26 de junio de 2014 remitido por parte de la Gerencia Zona 5 de la EAAB a la Gerente Corporativa de Servicio al cliente de la EAAB, se informó que ya había sido enviado el informe consolidado de incumplimiento del contratista y la recomendación de aplicar la cláusula penal. Adicional a lo anterior mediante comunicación del Director de Servicio Acueducto y Alcantarillado Zona 5 mediante Oficio No. S-2014-188618 dirigido a SEGUROS DEL ESTADO S.A. se informa que, con ocasión del reiterado incumplimiento del contratista, y al haber transcurrido más de 6 meses de suscrito el contrato, se entregó un informe del contrato a la ordenadora del gasto (Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente) a fin de que se determinaran las acciones a seguir en el ámbito jurídico.

Sobre este aspecto en el alegato de conclusión, la parte Convocante indica frente la excepción de prescripción que ésta no procede en el presente caso, en la medida que no se le permite a la EAAB declarar el incumplimiento, la aplicación de multas,

la terminación del contrato y la declaración del siniestro, y por lo tanto dicha interrupción de las prescripción y caducidad se podría realizar en los términos del artículo 94 del Código General del Proceso, en la medida que su representada *“tiene la carga por lo menos, al momento de la liquidación del contrato”*. Tal como manifiesta lo indica la jurisprudencia.

En el concepto rendido por la representante del Ministerio Público se expresó que:

“Ahora bien, en lo tocante con la fecha en la que se tiene certeza de la ocurrencia del daño a reclamar a la aseguradora, tal y como se observa de las comunicaciones intercambiadas entre las partes, siempre existió la voluntad de ambos extremos contractuales para lograr el cometido del objeto contractual, sin embargo para esta Agente del Ministerio Público, la posibilidad de recomponer el curso del contrato a efectos de suscribir el acta de inicio y ejecutar las obras contratadas, culminó el 14 de julio de 2015, cuando la entidad de forma escrita solicita al consorcio que realice el reintegro de manera inmediata de los recursos girados por anticipo, así como los rendimientos financieros, en virtud del numeral 7.1 de la Resolución 793 de 2013, que establece dicha obligación, cuando no se presente ejecución contractual. Así las cosas, al presentarse la demanda el 6 de enero de 2017, la Empresa de acueducto actuó dentro del plazo para hacer efectiva la póliza en la que es beneficiario”.

El artículo 1081 del Código de Comercio, establece que:

“Artículo 1081. *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

La Corte Suprema de Justicia, en relación con la prescripción del Contrato de Seguro ha reiterado que:

“Lo que el artículo 1081 del Código de Comercio establece son dos criterios distintos para el conteo de la prescripción, uno subjetivo contabilizado en el inciso segundo, y el otro, objetivo, regulado en el inciso siguiente, ambos aplicables, reitérese al interesado en el contrato de seguro.

De acuerdo al criterio subjetivo, la prescripción empieza a correr cuando el interesado ha tenido o debido tener conocimiento del hecho

que da base a la acción, momento a partir del que empieza a correr el término extintivo de dos años.

Según el criterio objetivo, el término de prescripción es de cinco años – empieza a correr desde (sic) “desde que nace el respectivo derecho” sin importar que el interesado conozca o haya debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Fija un tiempo objetivo, un límite máximo para ejercer la acción, con independencia de cualquier otro factor”.

(...)

Así también lo ha entendido la doctrina nacional, al sostener que una de las similitudes de las prescripciones aludidas, entre otras, consiste en que “una y otra están llamadas a correr contra los mismos sujetos vinculados al contrato, contra las partes y contra el asegurado y el beneficiario. Contra cada uno de ellos como titular de un derecho derivado del seguro o de alguna de las normas que lo rigen.”⁸

Entonces al respecto no se advierte ninguna falla en la interpretación que el Tribunal le dio al artículo 1081 del Código de Comercio, pues hizo el conteo del término de la prescripción ordinaria desde el momento en que, en su criterio, la demandante y directa interesada tuvo conocimiento del siniestro (...)⁹

En el presente caso, independiente de las revocatoria directa y vigencia de las resoluciones antes mencionadas, o de la discusión respecto de la fecha en la cual la Convocante estuvo enterada de manera clara de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al incumplimiento del Contrato, es el día 25 de noviembre de 2014, con la notificación de la Resolución 1112, tal como consta en dicho documento que contiene y sirve de prueba del conocimiento de los mismos y respecto de los cuales tal como se transcribió anteriormente. Cabe resaltar al respecto que consta en el texto de la Resolución 1218 que unos días después de la notificación SEGUROS DEL ESTADO, invitó a la Convocante para que presentara la reclamación en los términos previstos en el Código de Comercio¹⁰.

El 1075 del Código de Comercio establece que:

“Artículo 1075. *El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.*

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro”.

⁸ Teoría General del Seguro. El Contrato. Ossa G. J. Efrén. Temis 1991. Página 527.

⁹ Sentencia de 17 de noviembre de 2020 SC 4312-2020

¹⁰ “Finalmente afirma que, si la entidad considera tener competencia para continuar con el presente procedimiento sancionatorio, deberá presentar la correspondiente reclamación a SEGUROS DEL ESTADO S.A., en los términos establecidos en el Código de Comercio (...)

Por lo anterior, y al haber sido presentada la demanda el día 6 de enero de 2017, es decir, dentro de un término de más de dos años al conocimiento del siniestro, que tal como se dispuso anteriormente correría a partir del 25 de noviembre del 2014, es decir, hasta el día 25 de noviembre de 2016, el Tribunal procede a declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la llamada en garantía, lo cual excusa al Tribunal de analizar las demás pretensiones de mérito.

VI.- DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

El artículo 280 del Código General del Proceso ordena que el Juez en la sentencia califique la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. De igual forma, el artículo 241 del estatuto procesal prescribe que el Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Llama la atención del Tribunal en el presente caso la ausencia de la parte Convocada, a pesar de habersele notificado en debida forma, de contar con los correspondientes recibos de los correos electrónicos certificados, tal como se indicó en otro aparte del laudo, y que no haya aparecido ni presentado excusa por no haber asistido a la diligencia de interrogatorio de parte fijada por el Tribunal.

Si bien lo anterior configuraría un indicio en contra, se tendrá en cuenta que obran suficientes pruebas en el Tribunal para acceder a la mayoría de las pretensiones formuladas por la parte Convocante, tal como se expuso a lo largo de la presente decisión.

VII.- JURAMENTO ESTIMATORIO

En lo atinente al juramento estimatorio, estima el Tribunal que no hay lugar a imponer las sanciones contempladas en el artículo 206 del Código General del Proceso, por dos razones a saber:

- 1.- La primera, por cuanto las pretensiones alcanzan prosperidad en un porcentaje que no es inferior al 50% de la estimación incorporada en la demanda; y,
- 2.- La segunda, por cuanto la denegación de las súplicas del llamamiento en garantía tuvo su origen en la prosperidad de la excepción de prescripción, circunstancia no prevista dentro de las hipótesis del artículo 206 del Código General del Proceso.

A lo anterior se agrega que las sanciones establecidas en la norma en cita solamente tienen cabida cuando existe un actuar negligente, descuidado y temerario de la parte Convocante, conducta que en modo alguno se evidenció en este proceso, motivo por el cual ninguna sanción se aplicará.

VIII.- COSTAS

Como se sabe, conforme a la legislación procesal vigente (art. 365 núm. 1º del Código General del Proceso) la parte que es derrotada en un juicio debe ser condenada en costas, condena que puede ser total o parcial dependiendo de que las súplicas, a su vez, prosperen total o parcialmente; incluso, la ley permite que el juzgador se abstenga de imponer condena en costas en aquellos casos de prosperidad parcial de las pretensiones, decisión que debe estar motivada en forma

adecuada (núm. 5º).

Las costas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 361 del estatuto procesal, están compuestas por dos conceptos: En primer lugar, por las expensas, esto es, por los gastos en los que se ha incurrido con ocasión de la tramitación del proceso; y, en segundo lugar, por las agencias en derecho, esto es, por la remuneración que se le reconoce a la parte vencedora por concepto de los gastos de defensa en los que tuvo que incurrir con ocasión del juicio.

En el presente caso, encuentra el Tribunal que prosperan la totalidad de las pretensiones de la demanda en su versión reformada en contra del CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013 por lo que debe ser condenado al pago de las costas a favor de EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P.

Está probado en el proceso que la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P. pagó los honorarios y gastos fijados por este Tribunal, tanto en la proporción que le correspondía a ella, como la que le correspondía al CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013.

Al igual según lo probado en el proceso esta suma ascendió a **CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$41.246.650)**, cantidad que deberá incluirse en la liquidación de costas, específicamente en el rubro correspondiente a las expensas en que incurrió la parte vencedora y cuyo pago está acreditado.

En lo que toca con las agencias en derecho, estima el Tribunal, con apoyo en lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con lo señalado por el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que en el presente asunto el valor de ellas asciende a **OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000)**.

Por lo anterior, la condena en costas a favor de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P. y en contra de CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013, asciende a la suma de **CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$49.246.650)**, y así se dispondrá en la parte resolutive de este Laudo.

Ahora bien, como las pretensiones del llamamiento en garantía fueron denegadas por haber prosperado la excepción de prescripción, con apoyo en las normas antes citadas, el Tribunal impondrá condena en costas a la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P., como llamante en garantía, y a favor de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Como quiera que en el proceso está probado que las sumas fijadas por el Tribunal a cargo de la llamada en garantía, por concepto de honorarios y gastos del proceso, fueron pagadas por la parte Convocante (llamante en garantía) y no hay constancia de que hayan sido restituidas, no se impondrá condena alguna por dicho rubro, sino que únicamente en las costas se incluirá el valor de las agencias en derecho, que por las mismas razones antes expresadas, asciende a **OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000)**, y así se ordenará en la parte resolutive.

CAPÍTULO CUARTO
PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias contractuales entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P.**, como parte Convocante, y el **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013**, como parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y por habilitación expresa de las partes vertida en el pacto arbitral, con el voto unánime de todos sus integrantes,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato No. 1-01-35300-1357-2013 por parte del **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013**.

SEGUNDO: Condenar al **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013** al pago de la totalidad de la cláusula penal pecuniaria establecida en la **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA** del contrato No 1-01-35300-1357-2013 por un valor de **DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SIETE PESOS (\$262.991.407)**.

TERCERO: Ordenar al **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013** la devolución a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P.** de los dineros que se entregaron por concepto de anticipo, equivalentes a la suma de **CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$197 243.555)**.

CUARTO: Comunicar a la **FIDUCIARIA POPULAR S.A. – FIDUPOPULAR** el presente Laudo Arbitral, en su calidad de vocera del patrimonio autónomo para la Administración del Anticipo entregado al contratista en desarrollo del contrato de obra No. 1-01-35300-1357-2013

QUINTO: Declarar probada la excepción de mérito formulada por la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** titulada “*Prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro.*”

SEXTO: Como consecuencia de lo anterior, denegar la pretensión quinta de la demanda reformada.

SÉPTIMO: Condenar al **CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013**, por concepto de costas y agencias en derecho, a pagar la suma de **CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$49.246.650)**, a favor de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P.**

OCTAVO.- Condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P.**, por concepto de agencias en derecho, a pagar la suma de **OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000)**, a favor de **SEGUROS**

DEL ESTADO S.A.

NOVENO: Proceder por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos y la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a la parte Convocante.

DÉCIMO: Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de esta providencia con destino a cada una de las partes, a los árbitros y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Por Secretaría igualmente deberá darse aviso al Centro de Arbitraje sobre la terminación del presente proceso arbitral para los efectos a que haya lugar.

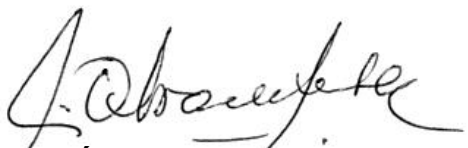
DÉCIMO PRIMERO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARLOS HUMBERTO MAYORCA ESCOBAR

Presidente



LUIS ÁLVARO NIÉTO BOLIVAR

Árbitro



MYRIAM SALCEDO CASTRO

Árbitro



HENRY SANABRIA SANTOS

Secretario

Tabla de contenido

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO	1
1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO	1
1.1.- LA PARTE CONVOCANTE:	1
1.2.- LA PARTE CONVOCADA	2
1.3.- LA LLAMADA EN GARANTÍA:	2
2.- EL PACTO ARBITRAL	2
3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO	3
4.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	6
SÍNTESIS DE LAS CONTROVERSIAS	6
1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA	6
2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA	7
3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA	11
4.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR LA LLAMADA EN GARANTÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.	12
CAPÍTULO TERCERO	13
CONSIDERACIONES PARA RESOLVER	13
I.- PRESUPUESTOS PROCESALES	13
II.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES	13
III.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	16
A.- Posición de la parte Convocante	16
1.- El incumplimiento del objeto del contrato.	16
1.1.- Falta de acreditación de los equipos necesarios para la ejecución del Contrato.	17
1.2.- A la fecha no se ha suscrito el acta de inicio como consecuencia directa del incumplimiento del contratista.	17
B.- Posición de la llamada en garantía	18
C.- Posición del Ministerio Público	20
D.- Consideraciones del Tribunal	20
IV.- CONSIDERACIONES SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, LA DEVOLUCIÓN DEL ANTICIPO, EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL Y LA SITUACIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA	29
1.- Las restituciones mutuas	30
2.- La indemnización de perjuicios	32
V.- CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBER DEL LLAMADO EN GARANTÍA DE RESPONDER POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.	34
VI.- DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES	42
VII.- JURAMENTO ESTIMATORIO	42
VIII.- COSTAS	42
CAPÍTULO CUARTO	44

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE
BOGOTÁ – EAAB E.S.P. CONTRA CONSORCIO DETECCIÓN DE FUGAS 2013
EXPEDIENTE 5047

PARTE RESOLUTIVA	44
RESUELVE	44