

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL DE

UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA

CONTRA

**SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA
S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P.**

RADICADO No. 130707

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal arbitral integrado por los árbitros **FABRICIO MANTILLA ESPINOSA**, presidente, **JEANNETTE PATRICIA NAMÉN BAQUERO** y **RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA**, con la secretaria de **ADRIANA MARÍA ZAPATA VARGAS**, a dictar el Laudo que pone fin al proceso y resuelve las diferencias surgidas entre la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA** como parte convocante y la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** como parte convocada.

El presente Laudo se profiere en derecho, por unanimidad y dentro del término establecido para el efecto por la ley.

I. ANTECEDENTES

1. LAS PARTES Y SUS APODERADOS

LA CONVOCANTE: UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, con NIT. 830.059.605-1, en adelante la UNIÓN TEMPORAL o la CONVOCANTE, debidamente representada por su Representante Legal para asuntos judiciales y extrajudiciales¹, a quien se le reconoció personería para representar judicialmente a su poderdante.

LA CONVOCADA: SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P., sociedad colombiana legalmente constituida, con NIT 890.399.032-8, en adelante, ACUAVALLE o la CONVOCADA.

¹ Cuaderno Principal 1. Archivo "01_1 Acta Judicial y Extrajudicial - Monica Rivera.pdf"

En el presente trámite arbitral, la CONVOCADA estuvo debidamente representada judicialmente por apoderada reconocida en el proceso de acuerdo con el poder especial² que obra en el expediente.

2. CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Oferta de Obra de 26 de noviembre de 2007, cuya copia se encuentra en el documento denominado "18_3 Oferta de Obra 26-11-2007.pdf" que se halla en el cuaderno de pruebas No. 1 del expediente, oferta aceptada por la sociedad convocada mediante comunicación de 19 de diciembre de 2007, que se encuentra en el cuaderno de pruebas No. 1 del expediente, documento denominado "20_5 Aceptación oferta.pdf"

3. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria pactada por las partes en la oferta antes mencionada y su aceptación, es:

"DÉCIMO TERCERO.- TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. Cualquier diferencia o litigio derivado de la interpretación, ejecución y terminación de la presente oferta y/o de la relación que con base en ella se consolide, se resolverá definitivamente mediante un Tribunal de Arbitramento que estará integrado por tres (3) árbitros, a menos que la cuantía del litigio sea igual o inferior a cien millones de pesos (\$100.000.000), caso en el cual la decisión corresponderá a un (1) árbitro. La designación de los árbitros será efectuada por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. y el Arbitramento se desarrollará de conformidad con las normas vigentes y con el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Las decisiones correspondientes deberán adoptarse en derecho"

4. EL TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

El presente trámite arbitral se desarrolló con apego a las normas procesales establecidas en la Ley 1563 de 2012, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales.

² Cuaderno Principal 2. Archivo "11_Contestacion_Acuavalle_20210823.pdf" página 12.

4.1. Demanda arbitral

El día 13 de mayo de 2021, la UNIÓN TEMPORAL presentó, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral para que se resolvieran en derecho las diferencias surgidas con ACUAVALLE.

4.2. Designación de los árbitros

Por sorteo público fueron designados los árbitros FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA y JEANNETTE PATRICIA NAMÉN BAQUERO. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá comunicó a los árbitros su designación y estos aceptaron de manera oportuna y cumplieron con el deber de información establecido en la ley.

4.3. Instalación

El 7 de julio de 2021 se llevó a cabo la audiencia de instalación, por medios electrónicos. En ella se designó como presidente del Tribunal al doctor FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, se nombró secretario ad-hoc al doctor GABRIEL MEJÍA GARCÍA, se declaró legalmente instalado el Tribunal, se designó como secretaria a la doctora ADRIANA MARÍA ZAPATA VARGAS, se fijó sede del proceso y de la secretaría y se reconoció personería a la representante legal y apoderada de la parte CONVOCANTE. La secretaria aceptó su designación y cumplió con el deber de información sin que se presentara reparo alguno por las partes, con lo cual, fue posesionada en su cargo el 19 de julio de 2021.

4.4. Trámite de la demanda

Mediante auto No. 2 de 7 de julio de 2021, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral. La CONVOCANTE, presentó escrito de subsanación el 14 de julio de 2021, por lo cual, mediante auto No. 3 de 19 de julio de 2021, el Tribunal admitió la demanda subsanada.

El auto admisorio fue notificado por la secretaria el 21 de julio de 2021, tanto a las partes como al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a quienes también se les compartió el expediente digital del proceso. Además, se corrió traslado de la demanda y sus anexos a la CONVOCADA por el término de veinte (20) días hábiles.

El 23 de agosto de 2021, la CONVOCADA presentó escrito de contestación de la demanda en el que formuló excepciones de mérito y no objetó el juramento estimatorio. Al no haberse incluido en copia ni a la parte convocante ni al Ministerio Público, por secretaría se corrió el respectivo traslado de las excepciones de mérito formuladas el 24 de agosto de 2021. El 31 de agosto de 2021, la CONVOCANTE recorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas por ACUAVALLE. El Ministerio Público guardó silencio.

Mediante auto No. 4 de 1 de septiembre de 2021, el Tribunal le reconoció personería a la apoderada de la CONVOCADA y fijó el 24 de septiembre de 2021 como fecha y hora para la realización de la audiencia de conciliación del proceso.

4.5. Audiencia de conciliación y fijación de gastos y honorarios

El 20 de octubre de 2021, se realizó la audiencia de conciliación, luego de un aplazamiento solicitado por la CONVOCADA, sin que pudiera llegarse a un arreglo en dicha oportunidad. En consecuencia, el Tribunal fijó los gastos y honorarios del proceso.

Los honorarios fueron consignados en su totalidad por la parte CONVOCANTE, dentro de la oportunidad establecida en la ley.

4.6. Primera audiencia de trámite

El 29 de noviembre de 2021, se inició la primera audiencia de trámite del proceso arbitral. En ella, mediante Auto No. 10, el Tribunal realizó control de legalidad de la actuación procesal y, por auto No. 11, se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias puestas a su conocimiento. Posteriormente, mediante auto No. 14 del 17 de enero de 2022, el Tribunal resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes.

4.7. Etapa probatoria

La instrucción del proceso se adelantó desde el 17 de enero de 2022 hasta el 21 de febrero de 2022, fecha en la cual se profirió el auto No. 24 que declaró cerrada la etapa probatoria y realizó el control de legalidad de la actuación procesal.

4.8. Alegatos de las partes

El 14 de marzo de 2022, el Tribunal escuchó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión, recibió el concepto del Agente del Ministerio Público y realizó control de legalidad de la actuación procesal sin que las partes presentaran reparo alguno.

5. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL

5.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En su demanda subsanada, la UNIÓN TEMPORAL formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se DECLARE la existencia de la relación contractual entre la UNIÓN TEMPORAL y ACUAVALLE S.A. E.S.P., con ocasión de la Oferta de Obra de fecha 26 de noviembre de 2007, presentada por la UNIÓN TEMPORAL, y que fue aceptada por ACUAVALLE S.A. E.S.P. mediante oficio No SUBTEC-478-07 del 19 de diciembre de 2007.

SEGUNDA. Que se DECLARE que la UNIÓN TEMPORAL ejecutó las actividades descritas en las Actas de pago parcial de Acueducto No. 1 del 28 de octubre de 2008, 2 del 28 de noviembre de 2008, 3 del 6 de julio de 2008 (por error de digitación se contempló 2008, pero es 2009) y 4 del 24 septiembre de 2009 y, en las Actas de pago parcial de Alcantarillado No. 1 del 28 de septiembre de 2008, 2 del 28 de octubre de 2008, 3 del 28 de noviembre de 2008 y 4 del 06 de julio de 2009, en cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con ACUAVALLE S.A. E.S.P.

TERCERA. Que se DECLARE que las Actas de pago parcial de Acueducto No. 1 del 28 de octubre de 2008, 2 del 28 de noviembre de 2008, 3 del 6 de julio de 2008 (por error de digitación se contempló 2008, pero es 2009) y 4 del 24 septiembre de 2009 y, en las Actas de pago parcial de Alcantarillado No. 1 del 28 de septiembre de 2008, 2 del 28 de octubre de 2008, 3 del 28 de noviembre de 2008 y 4 del 06 de julio de 2009, no han sido pagadas por ACUAVALLE S.A. E.S.P.

CUARTA. *Que se **DECLARE** que **ACUAVALLE S.A. E.S.P.**, representada por el señor Gerente o quien haga sus veces, es administrativamente responsable del **INCUMPLIMIENTO** de las obligaciones adquiridas con ocasión del contrato surgido por la aceptación de la Oferta de obra de fecha 26 de noviembre de 2007 con la **UNIÓN TEMPORAL**.*

QUINTA. *Que se **LIQUIDE** judicialmente el contrato de obra surgido con ocasión de la aceptación de la Oferta de obra de fecha 26 de noviembre de 2007, celebrado entre **ACUAVALLE S.A. E.S.P.** y la **UNIÓN TEMPORAL**.*

SEXTA. *Que como consecuencia de la anterior pretensión se condene a **ACUAVALLE S.A. E.S.P.** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL** todas las sumas que resulten a su favor como consecuencia de la liquidación del Contrato.*

SÉPTIMA. *Que se **ORDENE** que las sumas a que hace referencia la pretensión sexta, se paguen con el IPC acumulado a marzo 31 de 2008 para el primer pago y con el IPC acumulado a marzo 31 de 2009 para el segundo pago, de acuerdo con lo pactado entre las partes y con interés moratorio desde el 15 de marzo de 2010 hasta el 30 de abril de 2021 o desde el momento que determine el Tribunal Arbitral y la fecha en que se profiera el laudo arbitral.*

OCTAVA. *Que se **ORDENE** a **ACUAVALLE S.A. E.S.P.** el pago de la cláusula penal contenida en la Oferta de Obra de fecha 26 de noviembre de 2007, a título de pena por el incumplimiento, la cual corresponde al 20% del valor de la Oferta referida.*

NOVENA. *Que se **ORDENE** a **ACUAVALLE S.A. E.S.P.** el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo sobre las sumas objeto de la condena que se imponga, en los términos de ley.*

DÉCIMA. *Que se **ORDENE** a **ACUAVALLE S.A. E.S.P.** el pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine el Tribunal de Arbitraje.”³.*

Para soportar sus pretensiones, la UNIÓN TEMPORAL relató los hechos que obran en el escrito de subsanación de la demanda⁴.

³ Cuaderno Principal 2. Archivo “02_Subsanacion_demanda_20210714.pdf”, páginas 10 y 11.

⁴ Cuaderno principal 2. Archivo “02_Subsanacion_demanda_20210714.pdf”, páginas 10 a 52.

5.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, ACUAVALLE, se opuso totalmente a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito que se encuentran en su escrito de contestación de la demanda⁵:

1. Culpa exclusiva del demandante y convocante, 2. En cuanto a la falta de los requisitos legales que conforman el título ejecutivo complejo, 3. Prescripción de la acción contractual – acción cambiaria.

En su escrito de contestación, la CONVOCADA no formuló objeciones contra el juramento estimatorio.

6. LAS PRUEBAS

Con base en las pruebas oportunamente solicitadas por las partes, el Tribunal, mediante auto No. 14 de 17 de enero de 2022, decretó las siguientes:

6.1. Pruebas solicitadas por la UNIÓN TEMPORAL:

A. Documentales:

Las relacionadas en el escrito de demanda subsanada de 14 de julio de 2021, aportadas tanto con la demanda inicial como con la subsanación de la demanda, que se encuentran: (i) en el cuaderno de pruebas No. 1 del expediente y (ii) en el cuaderno de pruebas No. 2 del expediente en la carpeta de medios magnéticos a la que le corresponde el folio No. 1.

B. Testimonios:

Se decretó y ordenó la práctica de los testimonios de los señores: Robinson Saavedra Torres, Juan de Dios Moreno, Carlos Alberto Ortega, José Ricardo Monroy Agudelo y Hernán Alonso Rosero Bernal.

C. Exhibición de documentos a cargo de ACUAVALLE:

⁵ Cuaderno principal 2. Archivo “11_Contestacion_Acuavalle_20210823.pdf”, páginas 5 a 8â.

Se ordenó a ACUAVALLE exhibir *“la totalidad de documentos que obren en ACUAVALLE S.A. E.S.P. relacionados con el expediente contractual de la oferta de obra del 26 de noviembre de 2007, aceptada mediante comunicación SUBTEC-478-07 de diciembre 19 de 2007; incluyendo informes de la interventoría, correspondencia cruzada (física y digital), memorandos jurídicos y técnicos, actas de reuniones, seguimiento, documentos contractuales, actos administrativos, informes, pruebas y demás antecedentes de la actuación administrativa. (sic) así como del Acuerdo No. 4 del 29 de septiembre de 2006 `Manual de Contratación vigente` (...)”*

6.2. Pruebas solicitadas por ACUAVALLE:

A. Documentales:

Los documentos relacionados en el escrito de contestación de la demanda de 23 de agosto de 2021, que se encuentra en el cuaderno de pruebas No. 2 del expediente en la carpeta de medios magnéticos a la que le corresponde el folio No. 2.

B. Testimonios:

Se decretó y ordenó la práctica de los testimonios de los señores: Alexander Sánchez y Robinson Saavedra.

6.3. Pruebas decretadas de oficio:

El Tribunal decretó, de oficio, las siguientes pruebas:

- A. Como prueba trasladada decretó el expediente No. 2012-380 enviado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual fue remitido por dicho Centro con destino al expediente el 4 de enero de 2022 y se encuentra en el cuaderno de pruebas No. 2 en el archivo al que le corresponde el folio No. 3.
- B. Copia de la notificación realizada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del auto de sustanciación No. 116 del 23 de febrero de 2021, en el cual se resolvió el incidente de nulidad formulado por ACUAVALLE.

7. DESARROLLO DE LA FASE PROBATORIA

7.1. Documentos

Las pruebas documentales aportadas por las partes fueron oportunamente incorporadas al expediente del proceso arbitral.

7.2. Exhibición de documentos a cargo de ACUAVALLE

Dando cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal, la apoderada de ACUAVALLE remitió a la secretaría y a su contraparte, el 31 de enero de 2022, tres mensajes de datos que serían objeto de exhibición en la audiencia programada para el 8 de febrero de 2022.

En dicha audiencia, se inició la diligencia de exhibición de documentos que fue atendida por la apoderada de la CONVOCADA. La apoderada de la UNIÓN TEMPORAL solicitó la incorporación al expediente del Acuerdo No. 4 del 29 de septiembre de 2006, Estatuto de Contratación de Acuavalle y del Memorando 539 del 31 de enero de 2002 suscrito por el subgerente técnico de Acuavalle, el ingeniero Carlos Andrés Hincapié, donde se hace mención a que revisado del archivo en su totalidad, no se encuentra información relacionada con el contrato objeto de controversia. Agregó que el resto de la información remitida correspondía a las pruebas aportadas con la demanda y solicitó al Tribunal deducir indicios de la conducta de su contraparte conforme a lo establecido en el artículo 280 del Código General del Proceso.

La apoderada de ACUAVALLE, por su parte, señaló que hizo la solicitud a la subgerencia técnica quien, a su vez, solicitó a gestión documental la información requerida y que no se encontró información adicional sobre la oferta de 26 de noviembre de 2007. Agregó que no es intención de ACUAVALLE obstruir la práctica de la prueba ni ocultar información.

El Agente del Ministerio Público preguntó a la apoderada de ACUAVALLE si, al señalar que no existe información adicional en el archivo, se refiere al archivo de la subdirección técnica o al archivo de la entidad. Adicionalmente, solicitó la incorporación de la documentación solicitada por la parte CONVOCANTE.

Mediante auto No. 16, el Tribunal ordenó incorporar al expediente el Acuerdo No. 004 del 29 de septiembre de 2006, estatuto de contratación de Acuavalle, y el Memorando

539 del 31 de enero de 2022 y le concedió a ACUAVALLE hasta el 11 de febrero de 2022 como término perentorio para realizar una nueva búsqueda en los archivos de la entidad de la documentación requerida en el marco de la exhibición de documentos y para remitirla al tribunal con copia a la apoderada de la CONVOCANTE y al Ministerio Público. Ordenó, también, que en caso de no existir documentación adicional, así debía certificarlo en el mismo término la persona a quien corresponda legalmente certificarlo en ACUAVALLE. La diligencia fue suspendida y, mediante auto No. 20, el Tribunal ordenó reiniciarla el 14 de febrero de 2022 a las 12:30 p.m.

En la oportunidad programada, se reinició la diligencia de exhibición de documentos a cargo de ACUAVALLE quien, el 11 de febrero de 2022 remitió información adicional para ser exhibida.

La apoderada de la UNIÓN TEMPORAL solicitó la incorporación de toda la documentación remitida mediante mensaje de datos de 11 de febrero de 2022 salvo los folios 1 a 4, una página sin foliar posterior al folio 110 y los folios 111 y 112 del archivo denominado “140.pdf” entregado por ACUAVALLE, por referirse a temas no relacionados con el presente trámite.

La apoderada de ACUAVALLE manifestó que la documentación entregada era la totalidad de la información que estaba en poder de la entidad relativa a la exhibición de documentos.

El Tribunal, mediante auto No. 21 dispuso incorporar al expediente la información remitida por ACUAVALLE el 11 de febrero de 2022 y, toda vez que la información cuya exclusión fue solicitada se encontraba en el archivo denominado “140.pdf”, por cuestiones prácticas dispuso que se incorporara el archivo en su totalidad, pero, no tuvo por incorporados los folios 1 a 4, página sin folio posterior al folio 110 y los folios 111 y 112. En dicho auto, que quedó en firme sin recursos, se declaró concluida la práctica de la prueba.

7.3. Pruebas decretadas de oficio

Copia del expediente No. 2012-380 enviado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que fue incorporada al expediente, dando cumplimiento a lo ordenado por este Tribunal.

Respecto de la notificación del auto de sustanciación No. 116 del 23 de febrero de 2021, proferido en el proceso contencioso antes mencionado, en el cual se resolvió el

incidente de nulidad formulado por ACUAVALLE, las apoderadas de ambas partes la remitieron oportunamente el 19 de enero de 2022 y ésta fue incorporada al expediente en cumplimiento de lo dispuesto mediante auto No. 15.

7.4. Testimonios

El 9 de febrero de 2022 el Tribunal recibió los testimonios de los señores JUAN DE DIOS MORENO ROJAS y ROBINSON SAAVEDRA TORRES y aceptó el desistimiento del testimonio del señor JOSÉ RICARDO MONROY AGUDELO, el cual fue presentado por la CONVOCANTE en audiencia.

Posteriormente, en audiencia del 14 de febrero de 2022, se escuchó la declaración de los testigos CARLOS ALBERTO ORTEGA, HERNÁN ALONSO ROSERO BERNAL y ALEXANDER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ.

8. TERMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

Según lo establecido por el artículo 10 del decreto legislativo 491 de 2020, el término de duración del proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite que concluyó el 17 de enero de 2022.

Conforme con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, a dicho termino deben adicionarse los días hábiles durante los cuales el presente proceso ha estado suspendido. El término del proceso estuvo suspendido por 63 días hábiles por solicitud conjunta de las partes así:

Número de suspensión	Auto	Fechas	Días suspendidos
Primera Suspensión	AUTO No. 15 de 17 de enero de 2022	Entre el 21 y el 30 de enero de 2026.	6 hábiles
Segunda Suspensión	AUTO No. 23 de 14 de febrero de 2022	Entre el 15 y el 20 de febrero de 2022	4 días hábiles
Tercera Suspensión	AUTO No. 25 de 21 de febrero de 2022	Entre el 22 de febrero y el 13 de marzo de 2022	14 días hábiles
Cuarta Suspensión	AUTO No. 27 de 14 de marzo de 2022	Entre el 15 de marzo y el 11 de mayo de 2022	39 días hábiles
TOTAL			63 días hábiles

En consecuencia, el término del proceso vence el 20 de diciembre de 2022, por lo que el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

En el proceso, las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por medio de sus representantes legales y apoderados judiciales cuyos poderes y facultades han sido debidamente reconocidos. De igual forma, de manera oportuna fue vinculado el Ministerio Público quien, por intermedio del señor Procurador 135 Judicial Para la Conciliación Administrativa de Bogotá, se hizo presente durante el trámite. Adicionalmente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada en debida forma del auto admisorio de la demanda, aunque optó por no intervenir en el proceso.

El pacto arbitral no adolece de ningún vicio que afecte su validez y, en cuanto a su objeto, versa sobre asuntos de libre disposición. La acción de controversias contractuales fue interpuesta ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro de los términos de ley (arts. 164, L. 1437/2011, 21, L. 640/2001) y, luego, ante el Tribunal Arbitral en los plazos fijados en el auto de sustanciación N° 116 de 23 de febrero de 2021 (art. 205, L. 1437/2011), como analizará con detalle el Tribunal más adelante.

Las pretensiones y excepciones puestas en conocimiento del Tribunal por las partes se encuentran enmarcadas dentro del alcance de la cláusula compromisoria.

El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas decretadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas tanto en la demanda principal subsanada como en su respectiva réplica.

En audiencia realizada el 21 de febrero de 2022, en la que se decretó el cierre de la etapa probatoria, el Tribunal hizo el correspondiente control de legalidad, en los términos de los artículos 42, numeral 12 y 132 del Código General del Proceso. Las apoderadas de las partes y el Agente del Ministerio Público señalaron que no encontraban que se hubiera incurrido en ninguna irregularidad dentro del trámite del proceso.

De esta forma, se cumplieron debidamente todos los trámites del proceso arbitral y, en consecuencia, el Tribunal se encuentra habilitado para resolver sobre el fondo de la controversia.

2. CONSIDERACIONES

Para resolver respecto de los pedimentos y defensas elevados al Tribunal por las partes, se analizarán sucesivamente la naturaleza jurídica de la relación contractual y su validez (**A**), el cumplimiento de las obligaciones contractuales (**B**), la solicitud de liquidación del Contrato (**C**), los efectos del incumplimiento (**D**), y, finalmente, las excepciones de mérito propuestas por la Convocada (**E**).

A. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL, SU REGULACIÓN NORMATIVA Y SU VALIDEZ

El Tribunal analizará la naturaleza jurídica de la relación contractual celebrada entre las partes para decidir la situación fáctica controvertida de conformidad con aquella, los argumentos de las partes en sus correspondientes escritos y los elementos probatorios, y de esa forma determinar si se dan los supuestos legales expresados en las pretensiones de la demanda y en las excepciones de mérito planteadas por la parte Convocada en su contestación.

En la pretensión PRIMERA de la demanda, se solicita declarar la existencia de la relación contractual entre la Convocante y la Convocada, en virtud de la oferta de obra de fecha 26 de noviembre de 2007 (la Oferta).

Al respecto, las partes y el Ministerio Público, en sus diferentes escritos, hicieron varias precisiones que el Tribunal entra a analizar:

- **Posición de la Convocante:**

Expresa la Convocante en su demanda que, el 4 de diciembre de 2007, la UNIÓN TEMPORAL presentó a ACUAVALLE Oferta de obra de fecha 26 de noviembre de 2007, cuyo objeto descrito en la cláusula primera consistía en realizar obras necesarias para la reposición de la red de alcantarillado y acueducto, en el sector de la intersección de Santa Helena y Guacarí, en un plazo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la aceptación u orden de trabajo y del acta de inicio que debía ser

suscrita una vez se constituyeran las pólizas indicadas en la oferta y se realizara liberación de los predios requeridos para la construcción del proyecto “Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca” por parte del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO.

Agrega que el valor del Contrato se estableció en la suma de \$754.173.938,00 incluido IVA sobre una utilidad estimada del 5%, y su forma de pago quedó igualmente establecida en el numeral cuarto de la Oferta.

Resalta que, en el numeral décimo sexto de la Oferta, se dispuso que las obligaciones allí establecidas producían efectos en el momento en que ACUAVALLE emitiera la correspondiente aceptación u orden de trabajos, suscribiendo el acta de inicio de la obra.

Manifiesta que el 19 de diciembre de 2007, mediante comunicación No SUBTEC-478-07, suscrita por el señor Juan Manuel Pulido Mosquera, representante legal de **ACUAVALLE**, informa a la **UNIÓN TEMPORAL** la aceptación de la oferta de fecha 26 de noviembre de 2007. Como consecuencia de lo anterior, se le solicitó la constitución de las garantías mencionadas en la misma.

Además, se remitió copia del Acuerdo de Junta No. 005 de 2007 “*Por medio del cual se autoriza comprometer vigencias futuras, para las vigencias fiscales 2008, 2009, 2010 y 2011 de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P.*”.

Agrega que el 4 de agosto de 2008, ACUAVALLE y la UNIÓN TEMPORAL suscribieron Acta de inicio de la obra, en la que se plasmaron varios acuerdos.

Posteriormente, la demanda, en el acápite de los fundamentos jurídicos, hace un análisis sobre la naturaleza jurídica de la entidad contratante, expresando que ésta es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, constituida como sociedad por acciones, sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 142 de 1994, por lo anterior, cuenta con un régimen de contratación excepcional respecto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que conlleva a que la presente relación contractual haya nacido y se haya ejecutado de conformidad con los postulados del Estatuto de Contratación de dicha empresa.

Reitera que la Oferta contenía los elementos esenciales del negocio, describía su objeto, el precio, forma de pago y plazo, y que se comunicó al destinatario el 4 de diciembre de 2007, conforme a lo exigido por el artículo 845 del Código de Comercio.

Resalta que ACUAVALLE, el 19 de diciembre de 2007, mediante comunicación No SUBTEC-478-07 aceptó la Oferta, y perfeccionó así el Contrato celebrado entre las partes.

Por lo anterior, expresa la demanda que se perfeccionó un contrato válido, cuya ejecución se inició a partir de la suscripción del Acta de inicio, es decir, el 4 de agosto de 2008, tal como se pactó entre las partes y que, en los términos del artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes y no existe ninguna causal que lo invalide.

Por su parte, en el escrito de alegatos, reitera lo manifestado en la demanda con respecto a la formación del Contrato de obra, expresando que la Oferta contenía los elementos esenciales del negocio jurídico.

Agrega que ACUAVALLE era el único responsable de garantizar la disponibilidad de las reservas presupuestales para el pago de las obras que debía ejecutar la UNIÓN TEMPORAL en cumplimiento del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico de Presupuesto de la Nación.

- Posición de la Convocada:

Por su parte, la Convocada, al contestar su demanda, acepta los hechos sobre la Oferta presentada y su respectiva aceptación.

En su escrito de alegatos, reitera lo plasmado en la contestación y precisa que no se probó la existencia de un contrato solemne en los términos del Manual de Contratación vigente para la época, manifestando que legalmente carece de fuente de obligación, lo cual constituye propiamente un hecho cumplido sin causa jurídica.

Agrega que la Oferta no se materializó, y no se cumplió con los requisitos del Acuerdo 004 de 2006, Manual de Contratación vigente para la fecha de los hechos y, por tanto, no hubo un verdadero contrato, sino un mero contrato verbal que no existe para empresas de derecho público.

- **Posición del Ministerio Público:**

El señor Procurador en su concepto hace un análisis del contrato celebrado entre las partes, precisando que la oferta presentada el 26 de noviembre de 2007 fue aceptada por ACUAVALLE mediante oficio No SUBTEC-478-07, del 19 de diciembre de 2007, cuyo objeto era la ejecución de unas obras para cambio de redes de acueducto y alcantarillado de propiedad de ACUAVALLE que se requerían para adelantar el proyecto vial denominado Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca.

Agrega que la Oferta contenía todos los elementos del negocio jurídico, como su objeto, plazo, valor; adicionalmente, expresa que tanto la Oferta como su aceptación, se encuentran acreditadas en el expediente.

Sobre la existencia del Contrato, precisa su régimen aplicable, resaltando que, de conformidad con la Ley 142 de 1994, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, sino que deben someterse a la reglamentación legal civil y mercantil, ordinaria y a la regulación interna de dicha empresa.

Posteriormente, analiza los artículos que regulan la oferta en el Código de Comercio, resalta que la oferente aportó las pólizas de garantía, por lo que el 4 de agosto de 2008 se suscribió el Acta de autorización de inicio de las obras, lo cual confirma que entre las partes se celebró y perfeccionó un Contrato de Obra.

Concluye manifestando que está probado que entre las partes existió una relación contractual o negocio jurídico con ocasión de la Oferta de 26 de noviembre de 2007, presentada por la Convocante, que fue aceptada por ACUAVALLE, razón por la cual, la pretensión PRIMERA de la demanda estaría llamada a prosperar.

- **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

El problema jurídico que el Tribunal debe resolver es establecer si entre las partes se formó un contrato válido, cuál es la clase o tipo de contrato y cuál régimen jurídico le es aplicable, para así determinar si la primera pretensión está llamada o no a prosperar.

1. La calificación del contrato y su validez

1.1. Aspectos generales de la Oferta

Se encuentra acreditado en el expediente que la Convocante presentó una Oferta de obra de fecha 26 de noviembre de 2007⁶, que ACUAVALLE aceptó mediante comunicación N° SUBTEC-478-07 de 19 de diciembre de 2007⁷, suscrita por el señor Juan Manuel Pulido Mosquera, representante legal de ACUAVALLE.

En la cláusula primera de la Oferta, se pactó que su objeto, consistía en:

“PRIMERO. OBJETO: El OFERENTE se obliga para con ACUAVALLE S.A. E.S.P, a ejecutar con el suministro de materiales y equipos de obra civil, correspondiente a la ejecución de obra necesarias para: 1.) La reposición de la red de alcantarillado del sector intersección Santa Helena entre las abscisas K15+120 CD MI al K15+510 CD, en el K 15+422 CD, M.D. cruza a la calzada izquierda. En el K15+510 CD, MD cruza hacia la izquierda, por debajo del puente.

El diseño proyectado establece pasar las redes entre los mismos abscisados por la zona de vía de la calzada derecha.

La reposición de la red de acueducto de este mismo sector que inicia en el K15+226 CD, M.D., Finaliza en el K 15+950 CD, M.D. El diseño proyectado establece pasar las redes entre los mismos abscisados por la zona de vía de la calzada derecha.

2.) La reposición de red de alcantarillado del Sector Intersección Guacarí entre las abscisas K0+310 Ramal 5E al K0+490 Ramal 5E. En esta abscisa final se cruza las calzadas hacia la vía férrea.

Las obras en este mismo sector de reposición de la red de acueducto inicia en el ramal 6F K0+000, pasa por el Box coulvert existente y continua hacia Guabitas (Diseño proyectado).

Del ramal 6F hacia el norte, continúa paralelo a la vía férrea y cruza por debajo del puente nuevo en el K25+520 CD hasta el borde derecho del ramal 3C, continúa por la zona de la vía del ramal 3C y 5E MD (Diseño proyectado).

Las redes existentes de alcantarillado y acueducto que se encuentran por debajo de los terraplenes no serán intervenidas por la UTDVVCC.

⁶ Cuaderno de Pruebas 1. Archivo “18_3 Oferta de Obra 26-11-2007.pdf”

⁷ Cuaderno de pruebas No. 1. Archivo “20_5 Aceptación oferta.pdf”.

El alcance de las obras es el definido por los diseños y especificaciones técnicas proporcionados por ACUAVALLE S.A. E.S.P, los cuales deben observar las especificaciones técnicas de construcción de las obras del proyecto MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA; con sujeción al plazo, precios y condiciones que se estipulan como sigue a continuación. PARAGRAFO: El objeto de la presente oferta se desarrollará de acuerdo con las cantidades y precios unitarios que fueron presupuestados por la empresa ACUAVALLE S.A. E.S.P. en documento con fecha de elaboración mayo de 2007, el cual se anexa a la presente oferta. Estas cantidades de obra pueden aumentar o disminuir de acuerdo con las reales necesidades de ejecución de obras de ampliación requeridas por la empresa ACUAVALLE S.A. E.S.P. Los ítems adicionales que resultaren en el desarrollo de las obras o los imprevistos, no imputables al OFERENTE que se presenten durante la ejecución de las mismas, deben ser autorizados previamente por ACUAVALLE S.A. E.S.P y cancelados a la UTDVVCC.”

En la cláusula segunda se previó que el plazo de ejecución era de dieciocho (18) meses, “*contados a partir de la aceptación u orden de trabajo y del acta de inicio que las Partes debían suscribir una vez se constituyeran las pólizas del contrato y a la liberación de los predios requeridos para la construcción del proyecto “Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca”.*

En la cláusula tercera, se dispuso que el valor del Contrato era de \$754.173.938,00 pesos constantes de mayo de 2007, incluido IVA, sobre una utilidad estimada del 5%, cuya forma de pago fue establecida en la cláusula cuarta de la Oferta.

En las cláusulas siguientes se estableció su forma de pago (cuarta), recursos (quinta), permisos (sexta) interventoría y supervisión (séptima), garantías (octava), impuestos (novena), entre otras.

En la cláusula decimosexta, relativa al perfeccionamiento y ejecución, se dispuso que “*las condiciones, términos y obligaciones establecidos en el presente documento producirán efectos jurídicos desde el momento en que ACUAVALLE S.A. E.S.P. emita la correspondiente aceptación u orden de trabajos u obra, con la correspondiente suscripción del acta de inicio, la cual se deberá suscribir tan pronto el OFERENTE presente la constitución de las respectivas pólizas.”*

En la parte inicial del escrito de la Oferta se plasmó que tenía una validez de 15 días desde el momento de su presentación, término durante el cual el oferente se obligaba a respetar su firmeza. Se estableció que *“a partir de la aceptación expresa y emisión de la orden de compra o servicios de esta oferta, adquirirán plena vigencia y validez jurídica los derechos y obligaciones que para la U.T DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA “UTDVVCC” y ACUAVALLE S.A. E.S.P se consignan en este documento”*.

El Tribunal, con el propósito de fijar el marco jurídico conceptual, para resolver este conflicto, analizará en primer lugar el régimen normativo de la oferta y su aceptación (a), con el fin de calificar el contrato que se formó (b), y con posterioridad analizará su régimen jurídico (c).

Para tal efecto, es menester precisar, de manera preliminar, la naturaleza jurídica de ACUAVALLE, para luego analizar la naturaleza de los contratos que celebra y el régimen que los regula.

- **Naturaleza Jurídica de ACUAVALLE**

Según el artículo primero de sus estatutos⁸, ***“LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, constituida como sociedad anónima, por acciones, entre entidades públicas, con domicilio en la ciudad de Santiago de Calí, Departamento del Valle del Cauca, República de Colombia. Dada su naturaleza, en el ámbito de su servicio y la intención de sus socios, su régimen es el señalado por la Ley 142 de 1994 y, de manera subsidiaria por la Ley 489 de 1998 y las normas que la complementen, sustituyan o adicione”***.

- **Régimen jurídico del Contrato**

Los contratos que celebra la entidad prestadora de servicios públicos no se sujetan a la normativa especial prevista en el Estatuto General de Contratación Pública, sino a las disposiciones del derecho privado.

De conformidad con el Manual de Contratación de la entidad, los contratos que celebra no están sometidos a la Ley 80 de 1993 y, en consecuencia, se rigen por las

⁸ Cuaderno de pruebas No. 02. Pruebas_contestación_20210823 Archivo “V Escritura 15456 de 15-11-2011, REFORMA ESTATUTOS ACUAVALLE S.A. E.S.P”.

disposiciones legales y reglamentarias que les son aplicables y por las normas previstas en los regímenes civil y mercantil. Todo esto sin perjuicio de que, por su naturaleza de contratos estatales, les sean aplicables los principios generales de la actividad contractual, según lo establece el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007⁹, como son los de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe analizar si en el *sub judice* existió un contrato, al tenor de las disposiciones contenidas en el derecho privado, así como en su Manual de Contratación.

a. La oferta y su aceptación:

Al tenor del artículo 845 del Código de Comercio, “*La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario*”.

La oferta es una manifestación de la voluntad contractual, abierta a la adhesión de su destinatario. Para que exista oferta es preciso que tal declaración contenga todos los elementos esenciales del contrato proyectado (art. 1501 C.C.), y que estén destinados a integrarse en el contrato de tal manera que, una vez que haya una la aceptación, no habrá necesidad de que el oferente lleve a cabo ninguna nueva manifestación.

Nuestro Código Civil no tiene una reglamentación de la oferta, por el contrario, el Código de Comercio, en sus artículos 845 a 863, regula el valor de la oferta y de la aceptación.

Toda oferta, como quiera que sea formulada, consta de dos expresiones fundamentales:

⁹ Ley 1150 de 2007. Artículo 13. *PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

1. La expresión de una solicitud, dirigida a otra persona (o a un conjunto de otras personas) sustancialmente una petición.
2. Una manifestación de voluntad que expresa la propia adhesión a aquel determinado reglamento de intereses que podrá crearse en el contrato (y a cuya determinación viene a proveer).

Puesto que la primera declaración está inexorablemente conectada a la segunda, si la contraparte responde negativamente a la pregunta, la primera manifestación de voluntad pierde toda relevancia. Tomando en cuenta la pregunta dirigida a obtener la aceptación, en realidad ella se encuentra en conexión necesaria con la manifestación de voluntad relativa a la estipulación de ese determinado contrato¹⁰.

Sobre el particular, el doctor Fernando Hinestrosa¹¹, expresa que la oferta es:

“Acto unilateral por excelencia, vincula de suyo a su autor en cuanto le impone, no obligación alguna, que de la oferta simple no surgirá la celebración del contrato sino con el advenimiento de la aceptación, pero si deberes ciertos de sinceridad, corrección y lealtad, cuya transgresión genera responsabilidad, ciertamente no contractual.”

(...)

“En principio la oferta como tal no vincula al oferente, quien es libre de echar pie atrás, a menos que se haya comprometido a mantener su palabra, durante cierto tiempo. En aquella hipótesis sería, conforme a la posición tradicional, un mero acto jurídico cuya revocación, en la medida en que se hubiera generado confianza: una esperanza legítima de contrato y si se realizó culposamente, es casusa de responsabilidad, determinante de indemnización de daños.”

(...)

“La oferta debe contener todos los elementos esenciales de la figura legis o iuris correspondiente, de modo de poder recorrer a plenitud la definición. En principio, basta con el señalamiento de los essentialia del respectivo negocio. El resto vendrá por añadidura, mediante la integración jurisdiccional y aún administrativa del contenido, cuestión

¹⁰ Así, oferta designa (i) un *acto comunicativo* unilateral, (ii) que, salvo para los contratos solemnes, puede servirse de cualquier *canal de comunicación* (iii) cuyo *mensaje* son “los elementos esenciales del negocio”, (iv) de suerte tal que la mera aceptación por parte del destinatario forme el contrato; esto se suele denominar en la práctica como “carácter obligatorio”.

¹¹ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones, el Negocio Jurídico*, Volumen I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 759-763.

esta muy difícil de precisar en oportunidades y delante de determinados contratos, por el juego de las normas imperativas o de protección (...)”.

En este orden de ideas, la oferta contractual es una declaración negocial, o sea declaración que la parte emite con la intención de vincularse plenamente, pero que tendrá valor sólo cuando la contraparte lo acepte. Declaración que por sí sola no es un negocio jurídico sino en el supuesto de hecho especial señalado, sólo una parte de un único negocio contractual y esto aun reuniendo en potencia todos los requisitos de un posible negocio jurídico autónomo¹².

¿Pero cuándo, entonces, se entiende celebrado el contrato? cuando la oferta es aceptada¹³, y este caso, obra prueba fehaciente de que la oferta fue aceptada por escrito, mediante la comunicación suscrita por su Representante legal dirigida a la UNIÓN TEMPORAL, el día 19 de diciembre de 2007, en la que expresamente manifestó: *“Con la presente me permito manifestarle que hemos aceptado la oferta de obra, de acuerdo a su oficio de Noviembre 26 de 2007, por lo que le solicito constituir las garantías respectivas, para proceder a realizar al acta de iniciación pertinente.”*¹⁴

Ahora bien, para el Tribunal, se encuentra acreditado que la Oferta contenía los elementos esenciales del negocio jurídico, en este caso, del contrato de obra, y que fue aceptada por la Convocada.

En palabras de Renato Scognamiglio:

“De su lado, la aceptación, constituye el caso con el cual concluye el ciclo formativo del contrato. En efecto, es el medio a través del cual el destinatario manifiesta su adhesión a la propuesta, tal como le ha sido formulada por la otra parte. Y en ese momento, el del encuentro y de la congruencia de los actos dispositivos de las partes interesadas, se celebra el acuerdo”.

De este modo, la fase de perfeccionamiento de la aceptación viene a coincidir con la de la celebración del contrato, y así se explica que el

¹² C.S.J. Cas. Civ. 26/2/2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 1100131030392001-00418-01., C.S.J. Cas. Civ. 26/1/2015. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Exp. 11001-31-03-044-2010-00399-01.

¹³ Aceptar es comunicar su voluntad de celebrar el contrato en los términos de la oferta, y la ley (art. 864 C.Co.) precisa que hay un acuerdo y, por consiguiente, el contrato *“se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851”.*

¹⁴ Cuaderno de pruebas No. 1. Archivo “20_5 Aceptación oferta.pdf”.

*estudio de la aceptación no puede dissociarse del relativo al momento de la celebración del Contrato, si se quiere dar a la exposición un rumbo realista”.*¹⁵

Adicionalmente, no se puede perder de vista que, en el caso en estudio, el Contrato fue ejecutado en su totalidad por la parte Convocante, y con la aquiescencia de la Convocada, razón por la cual, con su ejecución, se reafirma su nacimiento y validez (art. 1622 inc. 3 C.C.).

En conclusión, en el caso concreto, se encontró acreditado en el expediente:

- Que el 26 de noviembre de 2007 con sello de recibido de 4 de diciembre de 2007, la Convocante presentó a la convocada la Oferta de contrato de obra.
- Que el 19 de diciembre de 2007¹⁶ el representante legal de la Convocada, de acuerdo con las facultades incluidas en los Estatutos de la sociedad y en el Manual de contratación, aceptó la Oferta presentada.
- Que el 4 de agosto de 2008¹⁷ se suscribió el Acta de inicio de las obras.
- Que el día 19 de noviembre de 2008 se otorgaron las pólizas respectivas que corregían las inicialmente otorgadas el 28 de enero de 2008¹⁸.
- Que se formó un Contrato de Obra entre las partes.

b. Concepto y características del contrato de obra.

A continuación, procederá el Tribunal a calificar el Contrato celebrado entre las partes como resultado de la aceptación de la Oferta. La calificación supone una operación que se desarrolla en dos tiempos: en primer lugar, se determinan de manera abstracta las obligaciones esenciales de las distintas categorías de contratos –*regímenes*

¹⁵ Scognamiglio Renato, Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia. Traducción de Fernando Hinestrosa, 1961. Página 130.

¹⁶ Cuaderno de pruebas No. 1. Archivo “20_5 Aceptación oferta.pdf”.

¹⁷ Cuaderno de pruebas No. 2. Pruebas subsanación de la demanda. Archivo 6, Acta de autorización de inicio de obras.

¹⁸ Cuaderno de pruebas No. 2. Archivo “07 continua exhibición Acuavalle, archivo “140”.

especiales– y, en segundo lugar, se busca de forma concreta, en el contrato objeto del análisis, si sus obligaciones corresponden a una o más categorías¹⁹.

Si el contrato objeto de calificación corresponde a las obligaciones esenciales (art. 1501 C.C.) de un régimen especial se considera *típico*, y si no corresponde a un régimen especial -ora porque sus obligaciones se enmarcan en más de uno ora porque no corresponden a ninguno- el contrato es *atípico*.

El Contrato que surgió entre las partes, según lo analizado en precedencia, se enmarcó dentro de los parámetros y postulados del contrato de obra material, en el entendido de que su objeto tenía como principal actividad el desarrollo de una serie de obras civiles para reponer las redes de alcantarillado y acueducto en los sectores de Santa Helena y Guacarí, según las especificaciones contenidas en el objeto de la Oferta.

El contrato de obra civil es aquel en el que una parte denominada contratista (artífice), se obliga para con la otra, denominada contratante (el que encarga la obra), a ejecutar unas labores relacionadas con construcción o reforma en un lugar específico, a cambio de una contraprestación económica. Según lo indicado en la doctrina²⁰, es un negocio jurídico mediante el cual una persona se obliga con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación.²¹

Se destaca que es un contrato típico, por lo que le serán aplicables, sin perjuicio de las cláusulas contractuales pertinentes, los artículos 2053 del Código Civil y siguientes, los cuales regulan de forma específica este tipo de contratos.

Su regulación es extensa y se encuentra consagrada en los artículos 2053 al 2062 del Código Civil:

¹⁹ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 31/05/1938. M.P. Juan Francisco Mújica. G.J. TXLVI, pp. 566-574., C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984. M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. CLXXXVI, pp. 249-257., C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 5817., C.S.J. Cas. Civ. 15/05/1992. M.P. Alberto Ospina Botero G. J., número 2455 pp. 397-414., y C.S.J. Cas. Civ. 19/12/2011. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 11001-3103-005-2000-01474-01.
²⁰ Véase: Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Contratos. Notas de clase*. Legis, Bogotá, 2021, pp. 657-749.

²¹ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, edición 2008, página 431.

Según Ricardo Luis Lorenzetti, en su libro *Contratos, Partes Especial*, Tomo II, ediciones Rubinzal- Ciulzoni Editores, Argentina, 2004, página, 62: el contrato de obra, según Spota dice que es “un contrato por el cual una de las partes, denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso profesional liberal, autor, artista), se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica y la otra parte, denominada locatario de obra (dueño, propietario, comitente, patrocinador, cliente), se obliga a pagar un precio determinado en dinero”.

De conformidad con el artículo 2053 del Código Civil:

“Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen”.

Los artículos subsiguientes regulan aspectos propios del contrato de obra como la determinación del precio (2045, 2055), el incumplimiento de las obligaciones, la indemnización y la facultad de terminación unilateral (2056), el riesgo por pérdida de la materia (2057), el reconocimiento de la obra (2058), la ejecución indebida de la obra (2059), la construcción de edificios por precio único (2060), la extensión de la normativa a la construcción por arquitecto (2061), la terminación de los contratos de construcción por muerte del artífice (2062).

Como características del contrato, encontramos que se trata de un contrato consensual, sinalagmático, de carácter oneroso, conmutativo y la ejecución, usualmente, de tracto sucesivo.

El carácter sinalagmático del contrato impone a las partes unas obligaciones recíprocas, para el artífice -contratista- que lo ejecute y cumpla con las estipulaciones del contrato y entregue la obra en el término pactado; y para el contratante, o comitente, pagar el precio acordado, suministrar la información pertinente para su celebración y proveer al artífice de lo necesario para la ejecución de la obra.

c. Regulación normativa del Contrato celebrado entre las partes

En el caso *sub judice*, no se pactó dentro de su clausulado la regulación normativa del Contrato, sin embargo, al ser la parte Convocada una entidad que presta servicios públicos, se regula por las disposiciones contenidas en la ley 142 de 1994 y en especial

por las normas comerciales y civiles, además de la aplicación del Acuerdo No. 004 de 2006 Manual de Contratación de la entidad vigente a la época de la celebración del Contrato.

La ley 142 de 1994 dispuso en los artículos 31 y 32 que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, como ACUAVALLE, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a un régimen de derecho privado.

De igual forma, el Acuerdo No. 004 del 29 de septiembre de 2006 “*Por el cual se expiden normas y políticas generales de contratación de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P., ACUAVALLE S.A. E.S.P.*”, era el Estatuto bajo el cual debía regirse esta relación contractual²².

Sin embargo, no se debe perder de vista que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...).”

Así, pues, con independencia de su régimen jurídico y de estar exceptuados del régimen de la contratación pública, los contratos celebrados por ACUAVALLE son contratos estatales. En efecto, “contratos estatales” es una categoría determinada por los sujetos y no por el objeto: *son estatales los contratos celebrados por las entidades estatales* (arts. 1, 2, 75, L. 80/1993), independientemente del objeto de la regulación y del régimen jurídico que les corresponda²³.

²² En el derecho colombiano se entiende que un contrato se forma cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de las normas jurídicas que van a regular su relación, en principio, económica (art. 864 C.Co.). Y para que haya acuerdo, las partes tienen que haber conocido o tenido la posibilidad de conocer dichas normas. En materia de contratos que incorporan condiciones generales de contratación, la solución es la misma: la otra parte tiene que haberlas conocido o, por lo menos, haber tenido la posibilidad de conocerlas, lo cual exige que las *condiciones generales* hayan sido objeto de una publicidad idónea.

²³ Véase: C.E. S.Cont. Adm. Secc. Terc. Auto 20/8/1998. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Exp: 14202. Véase también: C.E. S.Cont. Adm. Secc. Terc. Sent. 20/04/2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp: 14519., C.E. S.Cont. Adm. Secc. Terc. Auto 07/10/2004. Exp: 2675., C.E. S.Cont. Adm. Secc. Terc. Sent. 17/03/2010. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 36838. C.E. S. Cont. Adm. Secc. Terc. Sent. 30/01/2008. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 32867.

- **Manual de contratación de la entidad.**

El Acuerdo N° 004 de 29 de septiembre de 2006²⁴ *“por el cual se expiden las normas y políticas generales de contratación de la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A.A E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P”* desde sus considerandos, precisó:

“Que la ley 142 de 1994 se aplica, entre otros, a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, a las actividades que realicen las empresas que presten tales servicios públicos y a las actividades complementarias a que se refiere el numeral 2 del artículo 14.

“Que el artículo 3 de la ley 689 de 2011, que modificó el artículo 31 de la ley 142 de 1994, dispone que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, En consecuencia, los contratos que celebren estas entidades se rigen por las normas del derecho privado.

Que la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A., E.S.P. ACUAVALLE S.A. E.S.P es una empresa prestadora de los servicios públicos domiciliarios, oficial, constituida como sociedad anónima.”

Según el artículo primero, el objeto del Acuerdo es *“la expedición de las normas y políticas generales que rigen el sistema de contratación en la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. “ACUAVALLE S.A. E.S.P”.*

Además, en su artículo segundo, se estableció el marco legal, en el que se precisó que *“Los contratos que celebre ACUAVALLE S.A. E.S.P. se regirán por las disposiciones de este Manual, la legislación Civil y de Comercio, así como por las disposiciones especiales que les sean aplicables por la naturaleza de la actividad de ACUAVALLE S.A. E.S.P.”*

Ahora bien, con respecto a lo dispuesto en artículo décimo sexto relativo a las formalidades de los contratos que expresa: *“Constarán por escrito en documento firmado por las partes, los contratos de cuantía superior a cien (100) salarios mininos*

²⁴ Cuaderno de pruebas No. 2. Archivo “06_Exhibición_documentos _ Acuavalle_20220208”.

legales mensuales vigentes; en los demás casos bastará la comunicación de la aceptación de la oferta por parte del funcionario competente para contratar. No obstante lo anterior, los contratos de obra civil, interventoría y consultoría, constarán siempre por escrito, sea cual fuere su valor, igualmente, cuando se pacte el pago de anticipo. En todo caso, la Empresa requerirá al contratista el otorgamiento de las pólizas a que exista lugar”.

Para el Tribunal Arbitral, lo indicado en precedencia hace alusión a una formalidad de tipo contractual y no al cumplimiento de una solemnidad legal y, por consiguiente, las partes pueden renunciar a ella, de forma expresa o tácita, como en el presente caso sucedió. En el *sub judice*, se probó que se presentó por escrito la Oferta y que por el mismo medio se aceptó, adicionalmente, considera el Tribunal, que participar en todo el periodo de ejecución de la obra implica renunciar a las formalidades contractuales y celebrar válidamente el contrato.

Al respecto Renato Scognamiglio²⁵ expresa que:

“Los contratantes se obligan a adoptar para la estipulación una forma preestablecida. La Determinación de las consecuencias jurídicas de un acuerdo de esta índole, despierta algunas inquietudes: al tenor de la norma citada se debería pensar que las partes pueden disponer de la validez del contrato; pero, en nuestro sentir no puede acogerse esta opinión, teniendo presente que el único llamado a determinar la invalidez del negocio es el ordenamiento jurídico. Lo que pasa es que la expresión “validez” no está empleada allí con un significado técnico, y que según una concepción más acorde con la realidad jurídica, la celebración del contrato y, por ende, su existencia, vienen a depender del uso de la forma acordada”.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 12 de agosto de 2002²⁶, al referirse al punto, posición que comparte el Tribunal, manifestó:

“La práctica comercial demuestra que en no pocas ocasiones los contratos no surgen a la vida jurídica de un momento a otro, sino que suelen estar precedidos de ciertas etapas en que las partes discuten y consideran distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración,

²⁵ Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*. Universidad Externado de Colombia., pp. 158 y 160.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, doce (12) de agosto de dos mil dos (2002), Expediente No. 6151.

itinerario que bien puede culminar con el advenimiento de un proyecto de negocio jurídico que alguien somete a otra persona o a personas indeterminadas (oferta), para su aceptación o rechazo. Mas, si el destinatario o destinatarios deciden aceptar la propuesta negocial, en forma pura y simple, desde entonces el contrato surgiría a la vida jurídica, si es de aquellos que para su perfeccionamiento no requiere cumplir ninguna solemnidad. Esto no acaecería, como lo tiene dicho la Corte, “si se trata de un contrato solemne, pues en este caso, la existencia de éste sólo se inicia ‘desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección’, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia desde antiguo (Sent. Cas. Civil, 11 de octubre de 1929, G. J. Tomo XXXVII, pág. 283), la que conserva todo su vigor. De manera pues que, si lo ofrecido y aceptado es la celebración futura de un contrato solemne, a la aceptación habrá de seguir la promesa de contrato con el lleno de los requisitos legales, si así lo quieren las partes, o, si lo prefieren, la celebración directa del contrato a que se refiere la oferta”²⁷, directriz que, por supuesto, sólo tendría aplicación en los eventos de haberse establecido la formalidad como requisito ad-sustantiam actus, mas no como presupuesto ad-probationem.

3. Ahora, si la voluntad adicional en ese sentido debe ser precisa (la exigencia de la solemnidad para perfeccionar el contrato debe aparecer inequívocamente exteriorizada en el itinerario prenegocial y aún concomitantemente con el proyecto del negocio jurídico que alguien sometió a otro u otros para su aceptación o rechazo), es obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no sólo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuales fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito.

Así ocurre, por ejemplo, en los contratos que se gestan por el sistema del concurso, donde además de contener el aviso o la invitación las pautas del concurso, generalmente se señalan las características del

²⁷ G. J. Tomo CCXXXIV, págs. 361-362, sentencia de 8 de marzo de 1995.

negocio jurídico proyectado, así como las reglas fundamentales a las cuales quedaría vinculado quien lo convoca, si es que el anuncio o la invitación no constituye una auténtica oferta en los términos indicados en los artículos 845, 846 y 860 del Código de Comercio, pues si lo es, el proponente, anunciante, quedaría vinculado contractualmente si se produce la aceptación por alguno de los llamados a participar en su realización. Con todo, sea que el anuncio o la invitación contenga una verdadera propuesta o simplemente sea una convocatoria a formularla, no queda duda que en caso de participación, ese sólo hecho entrañaría la emisión de una declaración de voluntad, en cuanto conllevaría la aceptación por parte de los concurrentes de las reglas de juego contenidas en el anuncio o invitación a las que igualmente quedarían vinculados.

5. Lo dicho a partir del número 4.2., también pone de presente que las comunicaciones cruzadas desde el envío de la minuta, respecto de las cuales se imputa también la comisión de yerros de hecho, no hacen sino ratificar lo que la carta de invitación y sus anexos, la propuesta presentada, así como la aprobación de la oferta, habían previsto sobre el requisito de verter en escrito privado el contrato de construcción para que así el acuerdo de voluntades quedara perfeccionado y surtiera todos sus efectos jurídicos.

6. En consecuencia, la conclusión probatoria a la que arribó el Tribunal respecto de que el contrato no había nacido a la vida jurídica, objetivamente se refleja en la prueba documental apreciada, lo cual de por sí desvirtúa los errores manifiestos de hecho denunciados. Al contrario, cuando la sociedad Salcedo Limitada formuló su propuesta, estaba exteriorizando su voluntad de plegarse a las condiciones que el Banco de la República había planteado en su carta de invitación, entre ellas, dada la importancia de la negociación, la de solemnizar el contrato como requisito esencial para su existencia y validez, de donde no puede sostenerse que en tal sentido no convergió de manera inequívoca y precisa, la voluntad de las partes. Sostener lo contrario implicaría ahí si tergiversar el contenido objetivo de la prueba documental apreciada por el Tribunal.

(...)

“Como con claridad lo expone la doctrina nacional, en el proceso de formación del consentimiento y por consiguiente de perfeccionamiento

del contrato, es posible identificar dos estadios jurídicos o dos situaciones en las que las voluntades no se manifiestan simultáneamente, cada una de ellas con un tratamiento particular. Se trata de un lado, de la oferta, que en los términos del artículo 846 del Código de Comercio resulta obligatoria en cuanto se considera irrevocable y por consiguiente, como lo declara expresamente el texto legal citado, “una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”. De manera que el oferente se estima obligado frente al destinatario que haya tenido conocimiento de la policitud, aunque no haya sido aceptada, porque lo que se quiere significar es que la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y que en el evento del retracto injusto se está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad.”

Así, el intercambio de los documentos de Oferta y aceptación, sumado a todos los actos de ejecución de las obligaciones allí contenidas nos permite concluir, sin duda alguna, que las partes renunciaron a las formalidades que ellas mismas habían establecido previamente, y decidieron celebrar y ejecutar el contrato de tal manera (arts. 824 C.Co., 1500, 1858, 1979 C.C.)²⁸.

Por los anteriores argumentos, el Tribunal encuentra que sí existió una relación jurídica entre las partes, que dio lugar a un contrato de obra válidamente celebrado, cumpliendo así con los requisitos necesarios para su nacimiento y posterior ejecución; por lo que, en la parte resolutive, despachará favorablemente la primera pretensión de la demanda.

B. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Puesto que ha quedado demostrada la existencia del contrato celebrado entre la UT DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA- UTDVVCC y la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. ESP, es

²⁸ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 16/10/1980. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G.J. CLXVI, N° 2407, pp. 183-184. En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia indicó que puede entenderse que hay un “mutuo disenso de la necesidad de otorgar escritura”, en caso en que esta forma hubiere sido pactada por las partes como requisito para que un contrato se perfeccione. En las consideraciones del fallo se agregó: “*Esto en razón de la autonomía que tienen las partes para gobernar sus relaciones, de modo que el acuerdo de ellas que se infiere de su conducta concluyente les permite deshacer, alterar o complementar sus estipulaciones precedentes, en este caso la necesidad de otorgar instrumento*”. (Cursiva en el texto original).

procedente verificar el carácter de las obligaciones adquiridas por las partes y su grado de cumplimiento, con el fin de resolver las peticiones formuladas por la parte Convocante en tal sentido y las respuestas que a ellas expuso la Convocada.

Para tal efecto, este Tribunal Arbitral considera sin dubitación alguna que el Contrato celebrado entre las partes es de carácter conmutativo, en cuanto a la correspondencia de las obligaciones emanadas del objeto convenido a cargo de la Convocante y las relativas a la contraprestación asumida por la Convocada, a voces de lo dispuesto por el aparte pertinente del artículo 1498 del C.C., según el cual: *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”*, regla que igualmente fundamenta el concepto de “Equilibrio Económico del Contrato”, entendido este como una garantía para las partes mediante la cual se protege lo pactado contractualmente, especialmente en materia económica.

Lo anterior encuentra soporte complementario en el postulado según el cual los contratos son ley para las partes (art. 1602 del C.C.), y deben ejecutarse de buena fe, motivo por el cual *“...obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley, pertenecen a ella”* (arts. 1603 del C.C. 871 C.Co.).

Para estudiar el cumplimiento de las obligaciones de las partes, el Tribunal se centrará en el estudio de las pretensiones SEGUNDA, TERCERA y CUARTA de la demanda arbitral subsanada.

a. La pretensión SEGUNDA de la demanda subsanada

De acuerdo con la pretensión SEGUNDA de la demanda, la UNIÓN TEMPORAL invoca que, con base en lo pactado, se declare la ejecución de las actividades descritas en las Actas de pago parcial de Acueducto No. 1 de 28 de octubre de 2008, No. 2 de 28 de noviembre de 2008, No.3 de 6 de julio de 2008 (se dice que por error de digitación se colocó 2008, pero que realmente es de 2009) y No. 4 de 24 de septiembre de 2009 (en adelante, las Actas de Pago Parcial de Acueducto), y en las Actas de pago parcial de Alcantarillado No. 1 de 28 de septiembre de 2008, No. 2 de 28 de octubre de 2008, No. 3 de 28 de noviembre de 2008 y No. 4 de 6 de julio de 2009, (en adelante, las Actas de Pago Parcial de Alcantarillado)

- **Posición de la Convocante:**

En los hechos de su demanda arbitral y en los alegatos de conclusión presentados, la Convocante manifiesta que las obras realizadas en ejecución del objeto del Contrato conformado por la aceptación de la Oferta se realizaron durante el plazo contractual. De esta forma, argumenta, fue probado mediante las Actas de Pago Parcial de Acueducto y en las Actas de Pago Parcial de Alcantarillado y mediante los testimonios presentados en el transcurso de la etapa probatoria.

“Dentro del expediente arbitral obran cuatro actas de pago parcial de acueducto y cuatro actas de pago parcial de alcantarillado, que contemplan fecha de suscripción, número de contrato, objeto, valor del contrato, fecha de inicio, fecha de terminación, plazo, descripción de las actividades ejecutadas a corte de la suscripción de las actas, cantidades, valores unitarios, valores del acta, valores acumulados y costo total de la obra, entre otros conceptos. Actas que fueron firmadas no solo por el Subgerente Técnico de la UNIÓN TEMPORAL, sino por los Interventores que fueron designados para el contrato (Señores ROBINSON SAAVEDRA TORRES y JUAN DE DIOS MORENO ROJAS), que vale la pena recordar son funcionarios de ACUAVALLE S.A. ESP y, contaba además, con el visto bueno del Ingeniero CARLOS ALBERTO ORTEGA, quien para la época se desempeñaba como Subgerente Técnico de la Convocada.

(...)

Bajo la claridad de que las obras fueron ejecutadas por la UNIÓN TEMPORAL, tal como se desprende de las actas de obra en mención, se ha de afirmar también que las mismas fueron ejecutadas dentro del plazo estipulado en el contrato. Esto teniendo en cuenta que a pesar de que el contrato nace a la vida jurídica el 19 de diciembre de 2007²², solo hasta el 4 de agosto de 2008 se suscribe Acta de Inicio²³, fecha a partir de la cual empieza a correr el término de 18 meses²⁴ pactado para ejecutar las obras contratadas.

Así las cosas, solo hasta el 4 de febrero de 2010 vencía el plazo de ejecución del contrato y, tal como se puede percibir de las actas parciales de obra que se enuncian en las tablas que preceden, la última acta se suscribió el 24 de septiembre de 2009, es decir, un poco más de cuatro meses antes del vencimiento del plazo pactado.

*Por otra parte, tampoco se encuentra de las pruebas recogidas en el proceso que se hubieran presentado fallas en la obra ejecutada, ni requerimientos en el periodo contractual ni postcontractual. Por el contrario, tal como se mencionará más adelante, las obras ejecutadas por la UNIÓN TEMPORAL, en la actualidad se encuentran funcionando a cabalidad y ACUAVALLE S.A. E.S.P. se ha beneficiado de las mismas. (...)*²⁹

- Posición de la Convocada:

La parte Convocada, durante el curso del proceso, no negó que la UNIÓN TEMPORAL hubiere ejecutado las obras objeto del contrato. Su defensa estuvo enfocada, como se verá más adelante en el estudio detallado de las excepciones presentadas, en la inexistencia de un título ejecutivo complejo, en la culpa exclusiva de la convocante por la fecha en la que presentó la factura y en la prescripción de la acción contractual.

En sus alegatos de conclusión, ACUAVALLE alegó que la UNIÓN TEMPORAL “*nunca entrego la obra a ACUAVALLE S.A E.S.P.*”³⁰ y que la obra “*no HACE PARTE de los Activos de ACUAVALLE, la cual nunca ha sido administrada ni hecho mantenimiento por parte de la entidad que represento en ese proceso*”³¹

- Posición del Ministerio Público:

En su concepto, el Agente del Ministerio Público hizo un análisis detallado de esta pretensión y concluyó que las obras en efecto se habrían ejecutado:

“Como se anotó en el análisis de los hechos y sustento normativo, sobre este aspecto no solo obran las respectivas actas de pago parcial antes referidas, en las que se describen los obras realizadas, la cantidad y valor contratado, así como la cantidad y valor efectivamente ejecutado sino que los mismos servidores de ACUAVALLE que la suscribieron, como son el señor ROBINSON SAAVEDRA TORRES, quien fue el Interventor designado para la obra por ACUAVALLE y el señor JUAN DE DIOS MORENO ROJAS, quien lo reemplazó temporalmente, así como del señor CARLOS ALBERTO ORTEGA MARTINEZ, quien se desempeñó como Subgerente Técnico de ACUAVALLE, para la época de los hechos en las declaraciones rendidas al Tribunal bajo la gravedad del

²⁹ Cuaderno Principal 2. Archivo “53_Alegatos_UTVCYC_20220314.pdf”

³⁰ Cuaderno Principal 2. Archivo “54_Alegatos_Acuavalle_20220314.pdf”

³¹ Ídem.

juramento reconocieron que suscribieron tales actas y que su contenido coincide con la realidad de lo allí plasmado.

Lo anterior quiere decir entonces que debe darse por establecido que la UNION TEMPORAL si ejecutó las actividades descritas en las ocho (8) actas de pago parcial referenciadas y, por ende, esta pretensión también debería prosperar”³²

- **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Las Actas de pago parcial de Acueducto No. 1 de 28 de octubre de 2008, No. 2 de 28 de noviembre de 2008, No.3 de 6 de julio de 2008 (2009 conforme con la aclaración realizada por la convocante en su demanda) y No. 4 de 24 de septiembre de 2009, por un lado y, por otro, las Actas de pago parcial de Alcantarillado No. 1 de 28 de septiembre de 2008, No. 2 de 28 de octubre de 2008, No. 3 de 28 de noviembre de 2008 y No. 4 de 6 de julio de 2009, forman parte del expediente de este proceso³³, especificándose en ellas las actividades realizadas, el valor de las mismas (\$773.524.713, valor constante al mes de mayo de 2007, en el que se incluye el IVA sobre una utilidad estimada del 5%) y la suscripción por parte del Subgerente Técnico de la Unión Temporal, el Subgerente Técnico de la Convocada y el Interventor del contrato.

Así mismo, forma parte de este expediente la Factura de Venta No. 5194 de 12 de febrero de 2010, por valor de \$837.614.835 M/CTE, presentada por la Convocante a la Convocada y remitida el 3 de marzo de 2010 a la Fiduciaria de Occidente S.A, encargada de administrar el proyecto “Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca”³⁴.

Resulta de la mayor importancia resaltar que la Convocada, al contestar la demanda y referirse a los Hechos 29 a 38 de la misma, en el Literal C. HECHOS- EJECUCIÓN DE LA OBRA CONTRATADA, en parte alguna niega expresamente la ejecución de las obras y actividades a que se refieren las Actas precedentemente descritas y, por el contrario, en el numeral 3. A LAS PETICIONES DEL DEMANDANTE O CONVOCANTE de la citada contestación, al oponerse a ellas por otras razones, admite expresamente la ejecución de las obras en los siguientes términos:

³² Cuaderno Principal 1. Archivo “51_Concepto_Ministerio_Publico_20220311.pdf”

³³ Cuaderno de Pruebas 1. Archivos “03_11 Acta de Pago Parcial No 1 Alcantarillado.pdf”, “04_12 Acta de Pago Parcial No 2 Alcantarillado.pdf”, “05_13 Acta de Pago Parcial No 3 Alcantarillado.pdf”, “06_14 Acta de Pago Parcial No 4 Alcantarillado.pdf”, “06_14 Acta de Pago Parcial No 4 Alcantarillado.pdf”, “22_7 Acta de Pago Parcial No 1 Acueducto.pdf”, “23_8 Acta de Pago Parcial No 2 Acueducto.pdf”, “24_9 Acta de Pago Parcial No 3 Acueducto .pdf” y “02_10 Acta de Pago Parcial No 4 Acueducto.pdf”

³⁴ Cuaderno de Pruebas 1. Archivos “08_16 UTDVVCC-296-2010 Causacion facturas Fiduoccidente.pdf” y “07_15 UTDVVCC-1051-2010.pdf”

*“En relación con las pretensiones, me opongo a las solicitadas por la parte actora, pues como se observa dentro de los documentos y demás pruebas aportadas y que hacen parte integral del presente expediente, toda vez que no se encuentra debidamente acreditado en el proceso de que se trate de una obligación clara, expresa y exigible, **porque si bien la UNIÓN TEMPORAL ejecuto (sic) las obras en mención de la oferta presentada Unilateralmente por la Unión Temporal, y aceptada por el señor gerente mediante oficio UBTEC-478-07....”***”.

Correlativamente, coincide este Tribunal Arbitral con el análisis probatorio adelantado por el señor agente del Ministerio Público en cuanto a los testimonios rendidos en este proceso por los señores ROBINSON SAAVEDRA TORRES, interventor de la Obra, JUAN DE DIOS MORENO ROJAS, quien lo reemplazó en dicho cargo, y CARLOS ALBERTO ORTEGA MARTÍNEZ, Subgerente Técnico de ACUAVALLE para la época de los hechos, declaraciones que permiten reafirmar la ejecución de las obras y actividades realizadas por la Convocante de acuerdo con las Actas a que se ha hecho mención en anteriores apartes.

Siguiendo el orden del análisis aportado por el señor agente del Ministerio Público, se destacan esquemáticamente los referentes que se describen así:

El Testigo JUAN DE DIOS MORENO ROJAS, Ingeniero de ACUAVALLE, manifestó que a pesar de no ser designado formalmente como Interventor, afirmó que siguiendo instrucciones de sus superiores verificó las obras realizadas y firmó las Actas de pago parcial 3 y 4 de acueducto de julio 6 de 2008 y 24 de septiembre de 2009, y la número 4 de alcantarillado, de 6 de julio de 2009, con las que se avalan unas cantidades de obra y afirmó que: *“Todo lo que yo firmo certificó (sic) de que efectivamente esas actividades se realizaron”*³⁵.

En cuanto a ROBINSON SAAVEDRA TORRES, Ingeniero de ACUAVALLE, Supervisor del contrato, manifestó que: *“Yo inicié la supervisión desde que se firmó el acta de inicio. Allí comencé a interactuar con los de la UT, o sea, cuando se iniciaron las obras como tal”, y sobre sus funciones expuso: “Prácticamente la parte técnica que se cumplieran las partes del diseño, que se instalara la tubería que estaba*

³⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2. Carpeta 09_transcripcion_audiencia_20220209. Archivo “130707 JUAN DE DIOS MORENO ROJAS 2022 02 09.docx”.

*presupuestada, los rellenos, los pavimentos, prácticamente toda la función técnica como ingeniero*³⁶.

Reconoció haber firmado las Actas de pago parcial Nos. 1 y 2 de acueducto, de 28 de octubre y de 28 de noviembre de 2008, y las número 1, 2 y 3 de alcantarillado de 28 de septiembre, 28 de octubre y 28 de noviembre de 2008, manifestando que *“las cantidades que están allí son las que realmente se estaban ejecutando en el momento”*, ratificando la verificación presencial de lo ejecutado. Agregó que, si bien no le constaba la entrega formal de las obras, estas sí estaban funcionando debido a que *“Me doy cuenta, porque yo vivo allá, sé que está funcionando”*³⁷.

El Testigo CARLOS ALBERTO ORTEGA MARTÍNEZ, Subgerente Técnico de ACUAVALLE entre mayo de 2005 y enero de 2012, luego de hacer una descripción de las obras que se le encomendaron a la UT, al ser interrogado por la Convocante sobre si esas obras fueron ejecutadas en su totalidad, respondió que *“Sí, hasta donde tengo conocimiento las obras se terminaron”*³⁸, agregando que en cuanto a la ejecución *“...ese presupuesto se ajustó con unos cambios que tuvieron los diseños de la malla vial y si mal no recuerdo, en agosto de 2008, casi como 7 meses después, se dio la orden de iniciar las obras con los cambios que se presentaron...”*³⁹, reconociendo igualmente el haber firmado las 8 Actas de pago parcial por las obras ejecutadas.

De otro lado, de la declaración rendida por el señor ALEXANDER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Subgerente Operativo de ACUAVALLE desde el año 2000, fue explícito en afirmar que quien debía recibir las obras era la Subgerencia Técnica para luego entregárselas a su Dependencia con el fin de operarlas, por lo cual desconocía si las obras se hicieron o por qué no se entregaron, observando que *“No me entregaron para operación unas obras que se dice se hicieron...”*⁴⁰.

Además, después de presentadas las Actas y la factura que sustentan la pretensión que aquí se analiza, en el expediente de este proceso no aparece elemento probatorio alguno que permita inferir inequívocamente un rechazo u objeción, total o parcial, a las obras y actividades planteadas por el Convocante como ejecutadas, con lo cual la Convocada hubiese podido expresamente abstenerse de efectuar el pago, exigiendo

³⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2. Carpeta 09_transcripcion_audiencia_20220209. Archivo “130707 ROBINSON SAAVEDRA TORRES 2022 02 09.docx”.

³⁷ Ídem.

³⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2. Carpeta 10_transcripcion_audiencia_20220214. Archivo “130707 CARLOS ALBERTO ORTEGA 2022 02 14.docx”.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2. Carpeta 10_transcripcion_audiencia_20220214. Archivo “130707 ALEXANDER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ 2022 02 14.docx”

la superación de las deficiencias encontradas, a veces de lo dispuesto optativamente por el inciso segundo del artículo 2059 del Código Civil, según el cual “*Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios*”, opción de la cual tampoco aparece indicio alguno.

Por tanto, tampoco es de recibo el argumento presentado por ACUAVALLE relativo a que la entidad nunca recibió la obra a satisfacción y que, en consecuencia, dicha obra no hace parte de los activos de ACUAVALLE. Al respecto, el Tribunal encuentra que dichas conductas corresponden al quehacer de la entidad y, antes que probar un incumplimiento de la UNIÓN TEMPORAL, resultan siendo prueba de la negligencia de la entidad durante la ejecución del Contrato.

No obra prueba alguna en el expediente que dé cuenta de la razón por la cual no se firmó el acta de recibo final de la obra; ACUAVALLE realiza las manifestaciones antedichas sin señalar justificación alguna que impidiera la firma del acta de recibo final relativa, por ejemplo, a las deficiencias de la obra o a la negativa de su contratante para firmarla. Tampoco consta en el expediente que ACUAVALLE hubiera llamado la atención de la UNIÓN TEMPORAL durante la ejecución contractual, sobre la ausencia de este documento contractual y, en cambio, no tuvo reparo alguno cuando la UNIÓN TEMPORAL radicó la factura de Venta No. 5194 de 12 de febrero de 2010, por valor de \$837.614.835.

De lo anterior, debe concluirse que suscritas las Actas de Pago Parcial de Acueducto y Alcantarillado y radicada la factura por medio de la cual se cobraba el valor correspondiente a tales obras, la entidad guardó silencio. Por otro lado, el argumento relativo a que la obra “*no hace parte de los activos de ACUAVALLE*”, no tiene sustento alguno en la conducta de la UNIÓN TEMPORAL. Al respecto, el testigo ALEXANDER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ señaló:

*“SR. SÁNCHEZ: [00:11:01] Pues doctora, aquí, para que algo haga parte de los activos de la institución debe mediar o debe existir un acta de recibo final de la inversión, sí, esa acta de recibo final de la inversión acá tiene un procedimiento, ese procedimiento es que contablemente, **a través de un mecanismo que tiene Acuavalle se incorpora una obra o un bien** de un, no soy muy técnico en el tema, pero tanto tiempo haciendo el tema es de construcciones en curso pasa allá a ser un activo de la institución y ya en ese momento como activo de la institución, entonces nosotros como subgerencia operativa, ya velamos por la operación y cuando se requiere mantenimiento de ese activo, pues hacemos*

*el respectivo mantenimiento futuro, en el caso específico de esta obra, si la obra no fue recibida por nosotros, seguramente no debe estar en los activos de la entidad*⁴¹. (Subraya el Tribunal)

Quedó probado, entonces, que el procedimiento de incorporación de un bien a los activos de la entidad es de su exclusivo resorte y, en consecuencia, no es posible endilgar tal falencia a un incumplimiento del contratista.

Todo lo anteriormente expuesto conduce a que, coincidiendo igualmente con el concepto emitido por el señor Agente del Ministerio Público, para el Tribunal Arbitral la UNIÓN TEMPORAL ejecutó las obras y actividades contenidas en las Actas presentadas en su momento a la Entidad Contratante, quien tenía el deber legal y contractual de pronunciarse sobre el contenido de las mismas, recibiendo lo ejecutado o rechazándolo, y no lo hizo, con base en lo cual adicionalmente se entiende probado que las obras fueron entregadas y recibidas para su utilización, fundamentos suficientes para que prospere la pretensión formulada (arts. 2056 inc. 1, 2058, 2059 C.C.).

b. La pretensión TERCERA de la demanda subsanada

El objeto de esta solicitud se centra en que el Tribunal declare que las obras de que dan cuenta las Actas de Pago Parcial de Acueducto y las Actas de Pago Parcial de Alcantarillado suscritas por las partes no han sido pagadas por ACUAVALLE.

- **Posición de la Convocante:**

En sus alegatos de conclusión, la convocante argumentó que ACUAVALLE no realizó el pago de las actas antedichas. Explicó que la factura respectiva fue radicada y que, ante la falta de pago, la UNIÓN TEMPORAL remitió comunicación UTDVVCC-1051-2010 anunciando el cobro prejurídico. Posteriormente, manifestó que:

“...se encuentra dentro del Expediente remitido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, incorporado al proceso arbitral, que mediante Acta No. 009 del 22 de julio de 201132, el Comité de Conciliación de ACUAVALLE S.A. ESP sesionó con la finalidad de definir la posición que se tendría en la conciliación

⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 2. Carpeta 10_transcripcion_audiencia_20220214. Archivo “130707 ALEXANDER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ 2022 02 14.docx”

prejudicial que se desarrollaría en la Procuraduría 18 Judicial II Administrativo. En el acta del Comité, en el numeral 2) Deliberaciones, se expuso lo siguiente:

“Interviene el Ing. Carlos Alberto Ortega, Subgerente Técnico de ACUAVALLE S.A. ESP manifestando que **las obras fueron terminadas en el 2010 y facturadas el 12 de febrero de 2010, según la factura No. 5194**, un año después del vencimiento de la última de las vigencias futuras comprometidas para el pago de la Oferta de Obra del 26 de Noviembre de 2007, ya que estas habían sido aprobadas y comprometidas para los años 2008 y 2009, tal como consta en el Acuerdo No. 005 de Diciembre 06 de 2007, razón por la cual, habiendo fenecido la autorización para el pago a través de vigencias futuras, no era legalmente posible apropiar recursos para el pago de la obligación contraída.

Luego de estudiar los documentos existentes del presente caso y hacer el respectivo análisis, los miembros del comité deciden por unanimidad proponer la siguiente fórmula de arreglo:

Se propone el pago del CAPITAL, es decir, la suma de \$837.614.835,00 en dos vigencias, así:

Para el año 2012, la suma de \$418.807.417,5
Para el año 2013, la suma de \$418.807.417,5”

*Acta de la cual se desprende, que las obras fueron ejecutadas por la UNIÓN TEMPORAL y se facturaron en febrero de 2010. Así como, que el Comité de Conciliación luego de la valoración realizada, estuvo de acuerdo en que el capital adeudado por ACUAVALLE S.A. ESP era \$837.614.835, tal como se cobró por esta parte en Factura de Venta No. 5194 del 12 de febrero de 2010.
(...)*

De este testimonio rendido ante la Jurisdicción contencioso administrativa, se colige una vez más que las obras se ejecutaron, terminaron a finales de 2009 y se cobraron en 2010. Cosa diferente es que manifieste que ACUAVALLE S.A. ESP no contaba con recursos para hacer el pago de las obras ejecutadas por la UNIÓN TEMPORAL, en virtud de la simple omisión de hacer la reserva en los presupuestos de las vigencias 2009 y 2010 con las vigencias futuras autorizadas para las vigencias 2008 y 2009, dirigidas a ejecutar este CONTRATO.

Por otra parte, de las pruebas testimoniales recogidas en el marco de este proceso arbitral, tal como se verá a continuación, se demuestra que la obra fue cobrada a ACUAVALLE S.A. – E.S.P. mediante factura de venta No. 5194, pero que la misma nunca se pagó...”⁴²

- Posición de la Convocada:

La Convocada, por su parte, no alega el pago como excepción en su escrito de contestación. Por el contrario, reconoce que el pago no se ha realizado al contestar el hecho 38 de la demanda subsanada⁴³.

- Posición del Ministerio Público:

Frente a esta pretensión, el Procurador rindió su concepto en los siguientes términos:

“Con respecto a la tercera pretensión no hay ninguna prueba en el plenario que indique que ACUAVALLE S.A. E.S.P. hubiese pagado a la UNION TEMPORAL el valor descrito en cada una de estas actas de recibo parcial, antes por el contrario, en la contestación de la demanda la apoderada de la sociedad accionada expuso que nunca la parte demandante o convocante, presentó las cuentas de cobro junto con las facturas y respectivas actas parciales o totales de las referidas obras, para el pago de la mismas adjuntando los debidos soportes e indicó que según certificación expedida por el departamento de Gestión Contable de la Sociedad “no existe cuenta por pagar ni comprobante de egreso generado a nombre de la Unión Temporal UTDVVCC y que tenga relación con la factura de venta 5194 del 12 de febrero de 2010.”

Lo anterior nos lleva a concluir que indudablemente los valores referenciados en las ocho (8) actas de pago parcial, ni la Factura No. 5194, del 12 de febrero de 2010, por la suma de OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS

⁴² Cuaderno Principal 2. Archivo “53_Alegatos_UTVCYC_20220314.pdf”

⁴³ El hecho 38 de la demanda subsanada es el siguiente: “38. A la fecha, ACUAVALLE S.A. – E.S.P. no ha pagado las obras ejecutadas por la UNIÓN TEMPORAL, ni ha liquidado bilateral o unilateralmente el contrato, razón por la que procede la liquidación judicial del mismo”.

ACUAVALLE, en su escrito de contestación, manifestó: “Al hecho 38.-: Es cierto por los hechos narrados hasta el momento, en el sentido que ACUAVALLE S.A E.S.P., cuando se presentó la audiencia de conciliación ante la procuraduría Judicial 19 ante el Tribunal contencioso Administrativo del valle en el acta de conciliación 323 mediante solicitud de conciliación No. 145-199683, presente acuerdo de pago a la Unión temporal y este no fue aceptado por la parte demandante”.

M/CTE (\$837.614.835,00), que recoge las sumatorias de las anteriores y que tiene como concepto la construcción de obras necesarias para la reposición de la red de acueducto y alcantarillado en el Valle del Cauca, no han sido pagadas hasta el momento a la UNIÓN TEMPORAL demandante, por lo que también esta pretensión tiene vocación de prosperidad”⁴⁴.

- **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

De acuerdo con el acervo probatorio existente en este proceso se encuentra plenamente demostrado que las denominadas Actas parciales de pago de Acueducto y Alcantarillado, así como la factura de venta N° 5194 de 12 de febrero de 2010, fueron presentadas ante la Convocada y recibidas por esta, lo cual es admitido expresamente en la contestación de la demanda, sin que se hubiese manifestado, como ya se dijo, objeción o rechazo alguno sobre las mismas, razón por la cual carece de fundamento lo planteado en el sentido de que nunca se presentó el cobro en debida forma, además de que tampoco se señalan las previsiones legales o contractuales que sirven de fundamento para ello, como tampoco existe prueba idónea alguna sobre un eventual rechazo del pago.

Ahora bien, la remisión a la certificación expedida por el Departamento de Gestión Contable de la demandada sobre la inexistencia de cuenta por pagar, ni de comprobante de egreso a favor de la UNIÓN TEMPORAL, lo que denota claramente es que a las Actas y Factura presentadas por la Convocante no se le dio el trámite interno requerido, generándose un evidente desconocimiento del fundamental deber de gestión propio de cualquier Institución Estatal, especialmente de una Entidad Prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios, como la aquí demandada.

Lo dicho precedentemente denota que la Convocada no actuó con la buena fe debida y lealtad requerida en estos casos, por cuanto al tener conocimiento de lo actuado por el Convocante no hizo pronunciamiento alguno sobre el particular.

Sobre la buena fe en estos casos se ha dicho:

*“También la **buena fe objetiva**, que es una norma de conducta o comportamiento que la ley ordena a todo contratante (artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del Mercantil), para que se celebre y cumpla el negocio con*

⁴⁴ Cuaderno Principal 1. Archivo “51_Concepto_Ministerio_Publico_20220311.pdf”

*lealtad, proporcionándole al otro la mayor satisfacción y beneficio que natural y convencionalmente debe corresponderle”.*⁴⁵

En consecuencia y de acuerdo con lo probado, deberá declararse la prosperidad de la pretensión TERCERA, en el sentido de que la Convocada no ha efectuado pago alguno en relación con las Actas y Factura que le fueron presentadas por la Convocante.

c. La pretensión CUARTA de la demanda subsanada

La Convocante pretende, mediante esta solicitud que se declare que ACUVALLE es administrativamente responsable del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato celebrado entre las partes.

Frente a esta pretensión, ni las partes ni el Ministerio Público presentan argumentos adicionales a los que ya han sido expuestos en líneas anteriores.

- **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Dada la naturaleza de los derechos y las obligaciones emanados del contrato surgido por la aceptación de la Oferta de Obra de fecha 26 de noviembre de 2007, estamos en presencia de un negocio jurídico contractual celebrado para beneficio recíproco de las partes (art. 1497 C.C.). En virtud del Contrato, ACUAVALLE asumió distintas obligaciones: algunas de medios y otras de resultado.

Es importante recordar que el incumplimiento de una obligación de medios da lugar a un régimen subjetivo de responsabilidad que puede ser con culpa probada –la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante- o con culpa presunta –es al demandado a quien le compete probar en contrario-. Mientras que el incumplimiento de una obligación de resultado conlleva un régimen objetivo de responsabilidad, puesto que el acreedor insatisfecho no está obligado a probar la culpa del deudor incumplido y éste tampoco puede exonerarse demostrando la ausencia de culpa.

⁴⁵ Escobar Sanín, Gabriel. Negocios Civiles y Comerciales. T II, Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá, 1994, pág. 249.

Ahora bien, la jurisprudencia⁴⁶ ha considerado, tradicionalmente, de resultado las obligaciones de entregar una cosa, pagar un precio y abstenerse de hacer algo⁴⁷, como sería el caso de la obligación de ACUAVALLE de pagar los honorarios de la Convocada, habida cuenta de que ésta realizó las obras objeto del Contrato y la entidad contratante no podía abstenerse de pagar en los términos del artículo 1609 del Código Civil.

La Convocada, además, debía proveer a la UNIÓN TEMPORAL de lo necesario para la ejecución de su misión y realizar las gestiones necesarias para la recepción formal de las obras entregadas. Obligaciones de medios cuyo régimen exige la prueba de una “culpa leve” (art. 63 C.C.), a veces de lo dispuesto por los artículos 2056 inciso primero y 1604 del C.C., sin perjuicio de las causales de exoneración reguladas por la misma codificación.

Sobre la culpa contractual se han expuesto diversas posiciones doctrinarias, entre las cuales es procedente la que sigue:

“...podemos entonces afirmar que la culpa contractual consiste en el dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia o la violación de reglamentos que le impiden al deudor cumplir correctamente su obligación, o, como dicen PLANIOL y RIPERT, “Hay que entender por culpa un acto sujeto a reproche, en el sentido de que el deudor incurre en una reprobación por un hecho preciso de acción o de comisión”⁴⁸.

A su vez, el artículo 63 del Código Civil dispone que:

“Artículo 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

(...)

⁴⁶ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 7/06/1951. M.P. Alberto Holguín Lloreda. G.J. números 2100 y 2101, p. 688 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 26/01/1982. M.P. José María Esguerra Samper. G.J. t. CLXV, número 2406, p. 21 ss.

⁴⁷ Sin embargo, en los últimos años, tanto el legislador como los jueces han aumentado considerablemente el número de obligaciones de resultado de hacer, distintas de las entregas no traslativas de dominio. Así, pues, se consideran obligaciones de resultado las del transportador (arts. 992, 1003 y 1030 C.Co.), el depositario comerciante (art. 1171 C.Co.), las entidades financieras que prestan el servicio de cajillas de seguridad (art. 1417 C.Co.), etc. Adicionalmente, la jurisprudencia, con base en el artículo 1603 del Código Civil, ha venido consagrando ciertas obligaciones de información y consejo o de seguridad en cabeza de algunos profesionales como médicos, contadores públicos y entidades financieras, obligaciones que, generalmente, son consideradas de resultado.

⁴⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. Culpa contractual, TEMIS, Bogotá, 1990, pág. 16.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa”.

Teniendo en cuenta los referentes normativos y doctrinarios descritos, así como los supuestos considerados para resolver las pretensiones SEGUNDA y TERCERA, es evidente que de todo ello se identifica con las pruebas existentes y valoradas, la configuración en cabeza de la Convocada de un incumplimiento de las obligaciones de pago que adquirió al aceptar la Oferta que la Convocante le había presentado en 26 de noviembre de 2007, aceptación que se produjo mediante documento suscrito por el Representante Legal de la Convocada en oficio No. SUBTEC-478-07.

Para este Tribunal, el citado incumplimiento se reafirma en las siguientes consideraciones:

En la Oferta se estipuló expresamente como plazo de ejecución del objeto contractual el de 18 meses, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio; como valor del contrato, la suma de \$754.173.938, incluido IVA sobre una utilidad esperada del 5%, incluyéndose las condiciones para definir el monto final de acuerdo con lo ejecutado; y la forma de pago, según la cual este se haría en dos cuotas, la primera de las cuales se realizaría el 31 de marzo de 2007 y la segunda el 31 de marzo de 2009, con base en las cantidades de obra ejecutadas y los valores por ítem acordados, así como el pago de intereses moratorios. Además, se dispuso que los valores acordados se pagarían con los recursos provenientes del compromiso de vigencias futuras que debía asumir la Convocada conforme a la decisión que en tal sentido debía adoptar su Junta Directiva.

Tal que como ha quedado expuesto, ninguno de estos componentes fueron desvirtuados por la Convocada, luego al presentarse las Actas parciales de pago de Acueducto y Alcantarillado, además de la factura correspondiente, por parte de la Convocante, sin objeción alguna de la Convocada con respecto a lo ejecutado y su valor, aquélla debía proceder a su pago dentro de las condiciones pactadas y hasta la fecha no lo ha hecho, con lo cual es claro que se tipificó el incumplimiento de las mencionadas obligaciones contractuales por culpa de la demandada y,

consecuencialmente, se incurrió en la mora del pago, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 1608 del C.C., cuyo texto dispone que *“El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”*.

Al respecto, son pertinentes las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el incumplimiento de las obligaciones y la mora, cuando sostiene que:

“Por consiguiente, “el acreedor se encuentra autorizado para exigir al deudor su cumplimiento, aun acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación debida”, reconvenición judicial que opera desde luego en los casos en que no proceda la mora automática (Artículo 1608 incs. 1º y 2º del C.C)”.⁴⁹

Debe agregarse que la alusión que se hace al compromiso de vigencias futuras para el pago de las obligaciones pecuniarias aceptadas y acordadas por la Convocada denota claramente que esta no contaba con los recursos suficientes para asumir las cargas económicas del Contrato, razón por la cual su trámite, aprobación y ejecución, correspondían a su legal y administrativa responsabilidad, luego su no utilización se debió igualmente a la conducta omisiva de la demandada en cuanto a la no definición de las solicitudes de pago que se le habían presentado.

Así, el Tribunal encuentra que la Convocante no incurrió en culpa alguna en la ejecución de sus obligaciones, mientras que la Convocada pretende excusarse en sus propias falencias para contratar una obra, recibirla y, luego, no pagarla.

*“Un viejo apotegma del derecho romano, NEMO AUDITUR SUAM TURPITUDINEM ALLEGANS, sirve de fundamento remoto a la regla vigente en derecho privado, y que a fortiori aplica en la contratación pública, [...], según la cual nadie puede pretender enriquecimiento alguno derivado del desconocimiento adrede del orden jurídico”*⁵⁰.

⁴⁹ Sentencia de 18 de marzo de 2003. Exp. No. 6892. M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

⁵⁰ C.E. Secc. Terc. 25/11/2004. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Rad. 110010326000200300055-01(25560).

Se concluye, entonces, que la entidad convocada no fue diligente en la gestión que le correspondía, ni tuvo el cuidado debido que se predica para proteger los recursos públicos, consideraciones que conducen a declararla responsable por incumplimiento de las obligaciones pactadas, lo que impone la prosperidad de la cuarta pretensión, con los efectos jurídico-económicos que ello comporta.

C. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

La Convocante, en la pretensión QUINTA de la demanda, solicita al Tribunal que liquide judicialmente el Contrato.

La Convocada, por su parte, solicitó al Tribunal, de forma genérica, que negara todas las pretensiones de la demanda, pero sus defensas y excepciones no estaban dirigidas a controvertir la liquidación del Contrato, sino otros aspectos de la demanda que el Tribunal analiza en los apartes correspondientes del laudo.

Al respecto, el Ministerio Público en su concepto, señaló que en la oferta de obra no se incluyó estipulación alguna sobre la liquidación del contrato y que, a pesar de haberse solicitado en la demanda con fundamento en el Estatuto de Contratación de ACUAVALLE, al verificar su contenido se encontró que *“ninguna de sus cláusulas se refiere en específico la liquidación de los contratos”*. Concluyó el Procurador, entonces, que el Tribunal de Arbitramento debe proceder a la liquidación con fundamento en la cláusula arbitral y que, por tanto, debe prosperar la pretensión QUINTA⁵¹.

Ahora bien, como ya lo precisó el Tribunal cuando analizó la naturaleza jurídica y la calificación del Contrato, éste se halla regido por los pactado por las partes (arts. 4 C.Co., 16 C.C.), las normas especiales aplicables a los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos y las reglas concernientes del derecho privado. Por consiguiente, no nos encontramos en la hipótesis del artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁵².

Las partes tampoco estipularon un régimen particular para la liquidación del contrato, ni en la Oferta, ni en el Manual de Contratación (Acuerdo N° 004 de 29 de septiembre

⁵¹ Cuaderno Principal 1. Archivo “51_Concepto_Ministerio_Publico_20220311.pdf”

⁵² “Debe tener claro que la oportunidad en la presentación de la demanda – y por ende la no ocurrencia de la acción – hace parte de los presupuestos procesales de la acción o medio de control de controversias contractuales, con independencia de que el contrato se rija por el derecho privado. Cosa distinta es que en los contratos que se rigen por el derecho privado no aplica el imperativo legal de la liquidación del contrato ni el plazo supletivo de cuatro meses establecido para la etapa de liquidación de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 2016. Rad: (55319) C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

de 2006). No hay entonces una normativa especial aplicable a la liquidación del contrato objeto de este Tribunal Arbitral.

Aclarado lo anterior, es importante precisar que el vocablo “liquidación” parece designar un acto jurídico que permite cumplir con distintas finalidades: (i) “[...] determinar con claridad cuál es el estado general de ejecución de las obligaciones a cargo de las partes y su resultado definitivo” y (ii) “De la misma forma, con esta operación jurídica, las partes hacen los reconocimientos a que haya lugar y se declaran a paz y salvo”⁵³.

Así, en este caso, la liquidación del contrato correspondería al pronunciamiento respecto del cumplimiento o incumplimiento de las distintas obligaciones contractuales, siempre y cuando corresponda a las pretensiones y excepciones formuladas (art. 281 C.G.P.).

En orden a lo expuesto y en consideración a la primera de las finalidades aludidas sobre la liquidación, el Tribunal observa que si bien no existe el deber legal de realizarla, ni las partes la pactaron expresamente, ello no impedía que se hubiese formulado como pretensión en busca del objetivo que le es propio, tal como sucede en el presente caso, en tanto como ha quedado demostrado en apartes anteriores la UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA cumplió con todas las obligaciones a su cargo en virtud del Contrato, mientras que la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P.- ACUAVALLE S.A. E.S.P, incumplió sus obligaciones en los términos establecidos en este laudo y, respecto al monto de los pagos que quedarían a cargo de la Convocada, el Tribunal se pronunciará en el acápite siguiente en el que se determinarán las condiciones bajo las cuales debe proceder al cumplimiento de la deuda que finalmente se determine.

En estos términos se entiende liquidado el Contrato.

D. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Como ya lo analizó el Tribunal, las pretensiones SEGUNDA, TERCERA y CUARTA de la demanda están llamadas a prosperar, la UNIÓN TEMPORAL ejecutó sus obligaciones contractuales, ACUAVALLE incumplió con los pagos y es responsable por su incumplimiento. Por consiguiente, la demandada no puede excusarse en

⁵³ Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. *Los contratos estatales en Colombia*. Ed. Librería jurídica Sánchez, Bogotá, 2015, p. 459.

supuestos incumplimientos de la demandante para justificar su comportamiento (art. 1609 C.C.), y la demandante puede servirse de las acciones propias del acreedor contractual insatisfecho (870 C.Co., 2056 inc. 1, 1546, C.C.). Así mismo, prospera la pretensión QUINTA respecto de la liquidación del contrato.

Corresponde, ahora, determinar las consecuencias económicas de la prosperidad de las pretensiones SEGUNDA a QUINTA de la demanda subsanada, lo cual resultará en la determinación de los valores finales que debe pagar ACUAVALLE a la UNIÓN TEMPORAL por cuenta de su incumplimiento y de la liquidación final del Contrato.

La pretensión SEXTA busca que se condene ACUAVALLE a pagar las sumas que resulten de la liquidación del Contrato; la pretensión SÉPTIMA busca que estas sumas se actualicen con base en el IPC, por los periodos y en los términos estipulados en el contrato, y que se condene a intereses de mora; y la pretensión OCTAVA solicita el pago de la cláusula penal que se encuentra en la oferta aceptada.

- Posición de la Convocante:

La UNIÓN TEMPORAL solicita al Tribunal que se condene a ACUAVALLE al pago del precio total de las obras contratadas y ejecutadas, en los términos establecidos en la Oferta aceptada, a saber:

“CUARTO.- FORMA DE PAGO: ACUAVALLE S.A. E.S.P. se compromete a cancelar el precio de la presente oferta de la siguiente forma: **1.) Una cuota anual de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE (\$377.086.969,00) pesos constantes de mayo de 2007, a pagar el 31 de marzo de 2008, cifra ésta que será actualizada con el IPC acumulado desde mayo 2007 hasta la fecha en la cual se haga efectivo el pago; y 2.) Una segunda cuota de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE (\$377.086.969,00) pesos constantes de mayo de 2007, a pagar el 31 de marzo de 2009 cifra ésta que será actualizada con el IPC acumulado desde mayo 2007 hasta la fecha en la cual se haga efectivo el pago.**

PARÁGRAFO I: Los valores de cada cuota se causarán de manera proporcional de acuerdo al valor final de la oferta, el cual dependerá de las cantidades de obra ejecutadas y los valores acordados por ítem con **ACUAVALLE S.A. ESP. PARÁGRAFO II:** Las obras objeto de la presente oferta se deberán ejecutar hasta agotar los recursos disponibles. **PARÁGRAFO III- IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL:** El pago de la suma estipulada en esta

*oferta se sujetará al acta de la Junta por la cual se establezca la solicitud de disponibilidad presupuestal para vigencias futuras. **PARÁGRAFO IV.-** La mora en el pago por parte de **ACUAVALLE S.A. E.S.P** causará a favor de la UTDVVCC el pago de intereses bancarios moratorios a la máxima tasa mensual permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia del valor adeudado, los cuales se causarán desde el día del pago acordado sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial, al cual desde la aceptación de la presente oferta **ACUAVALLE S.A. -E.S.P.**, renuncia expresamente.”*

Como sustento de las sumas demandadas, la CONVOCANTE, en la demanda, presentó un juramento estimatorio, donde discriminó y fundamentó los distintos montos⁵⁴. Además, aportó un informe financiero rendido por la ingeniera Patricia Cortés Rivera, decretado por el Tribunal como prueba documental⁵⁵.

- Posición de la Convocada:

ACUAVALLE, en la contestación de la demanda, sostuvo que “no existe en la entidad de acuerdo al *Certificado del Departamento de Contabilidad de ACUAVALLE S.A.E.S.P.*, el cual expidió mediante memorando 1385 del 25 de mayo de 2021, emitido por la Doctora MARIA EUGENIA BERNAL GRISALES – Profesional IV del Departamento de Gestión contable, donde certifica que revisada la información existente en la base de datos se constató que no existe cuenta por pagar ni comprobante de egreso generado a nombre de la Unión Temporal UTDVVCC y que tenga relación con la factura de venta 5194 del 12 de febrero de 2010”.

Además, a título de excepciones de fondo, argumentó que (i) se presentó una culpa exclusiva de la UNIÓN TEMPORAL porque nunca “...presento las cuentas de cobro junto con las facturas y respetivas actas parciales o totales de las referidas obras, en los años 2008 y 2009 debió presentar las cuentas de cobro con los requisitos legales establecidos para el pago de la misma adjuntando los debidos soportes de las actas de ejecución parciales o totales de las referidas obras, y no al título de casi usura que esta presentado la Unión temporal...”, (ii) que la demandante nunca aportó los documentos necesarios para conformar un título ejecutivo complejo y (iii) que las acciones de la UNIÓN TEMPORAL ya se encontraban prescritas⁵⁶.

⁵⁴ Principal_02. 02_Subsanacion_demanda-202101714.

⁵⁵ Pruebas_01_CAC. 15_22 Informe financiero Patricia Cortes Rivera.

⁵⁶ Principal_02. 11_Contestacion_Acuavalle_20210823.

Sin embargo, ACUAVALLE no objetó el juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del Código General, ni presentó reparo alguno frente a los documentos aportados por la UNIÓN TEMPORAL para fundamentar los montos reclamados.

- **Posición del Ministerio Público:**

El señor procurador, en su concepto rendido el 11 de marzo de 2022⁵⁷, sostuvo que “no hay ninguna prueba en el plenario que indique que ACUAVALLE S.A. E.S.P. hubiese pagado a la UNION TEMPORAL el valor descrito en cada una de estas actas de recibo parcial [...]. Lo anterior nos lleva a concluir que indudablemente los valores referenciados en las ocho (8) actas de pago parcial, ni la Factura No. 5194, del 12 de febrero de 2010, por la suma de OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$837.614.835,00), que recoge las sumatorias de las anteriores y que tiene como concepto la construcción de obras necesarias para la reposición de la red de acueducto y alcantarillado en el Valle del Cauca, no han sido pagadas hasta el momento a la UNIÓN TEMPORAL demandante [...]”.

Y respecto de los montos reclamados precisó:

“Así mismo, se estima que tampoco puede considerarse que no se efectuó oportunamente el pago de las sumas determinadas en las ocho (8) actas de pago parciales, pues como se indicó con anterioridad no obra prueba alguna que indique que las mismas fueron presentadas en debida forma para su pago a la entidad contratante.

*No obstante lo anterior, es evidente que el Tribunal debería reconocer el valor de las obras válidamente ejecutadas y que fueran aceptadas por la sociedad contratante en las referidas actas de pago parcial, sumas que deberán ser actualizadas con el IPC desde la fecha que fueron reconocidas hasta la fecha en que se profiera el Laudo y/o se efectúe el pago de las misma, como se solicita parcialmente en la **pretensión sexta**.*

[...]

[c]omo se dijo la UNIÓN TEMPORAL no cumplió con su obligación de hacer entrega formal y a satisfacción de la obra contratada, por lo que se no se le debería condenar a pagar las sumas que resulten a su favor como consecuencia de la liquidación del Contrato, con el IPC acumulado a marzo 31 de 2008 para

⁵⁷ Principal_02. 51_Concepto_Ministerio_publico_20220311.

el primer pago y con el IPC acumulado a marzo 31 de 2009 para el segundo pago, de acuerdo con lo pactado entre las partes ni con interés moratorio, ni al pago de la cláusula penal”.

- **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Precisado lo anterior, el Tribunal puede abordar el análisis de las sumas reclamadas por la UNIÓN TEMPORAL en las pretensiones SEXTA, SÉPTIMA y OCTAVA de la demanda.

Ahora bien, el régimen jurídico general aplicable a los contratos de derecho privado establece que, ante el incumplimiento de un contratante, el acreedor insatisfecho, con ciertas condiciones, puede (i) abstenerse de cumplir sus obligaciones -*excepción de inejecución*- (art. 1609 C.C.); (ii) *resolver el contrato* -en principio, a través de sentencia judicial-; (iii) solicitar la *ejecución forzosa* (arts. 1546 C.C., 870 C.Co.) y (iv) reclamar la *indemnización de perjuicios*⁵⁸, la cual se puede demandar como pretensión accesoria o de manera independiente⁵⁹.

Ahora bien, de la *excepción de inejecución* (art. 1609 C.C.) sólo podría servirse el acreedor contractual que aún no ha cumplido con sus obligaciones; la *resolución* necesita que el incumplimiento pueda calificarse como grave⁶⁰; la *ejecución forzosa*, que el cumplimiento no se haya tornado imposible⁶¹ y la *indemnización de perjuicios*, que se prueben los daños causados y que estos fueron consecuencia del incumplimiento de una obligación o del ejercicio abusivo de una prerrogativa contractual.

La ley colombiana regula también las cláusulas penales estipuladas por las partes para sancionar el incumplimiento de obligaciones contractuales: artículos 867 y 949 del Código de Comercio y 1592 a 1601 del Código Civil.

⁵⁸ Art. 1613 del Código Civil: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

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

⁵⁹ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01., C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2003. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo., C.S.J. Cas. Civ. 16/10/1980. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G.J. CLXVI, N° 2407, pp. 173 y 174., C.S.J. Cas. Civ. 3/10/1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G.J. Tomo CLV, No. 2396, pp. 320 a 335.

⁶⁰ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01.

⁶¹ La *imposibilidad* puede ser *materal* (ej. el bien ha perecido o el cumplimiento sólo podía llevarse a cabo en cierto momento), *jurídica* (ej. la prestación debida afectaría el derecho de un tercero de buena fe) y *moral* (ej. la prestación tiene un carácter eminentemente personal para el deudor).

El acreedor tiene entonces la opción de escoger entre las distintas acciones que le ofrece el sistema⁶², y en este caso, como podemos ver, la UNIÓN TEMPORAL optó por reclamar al Tribunal que declare que ACUAVALLE le adeuda sus honorarios y la condene a su pago, junto con la indemnización de perjuicios y la pena establecida contractualmente.

Desde esta perspectiva, el Tribunal analizará la naturaleza de los pedimentos de la demanda (1), el objeto de la obligación contractual incumplida (2) y la cláusula penal (3).

1. Las pretensiones elevadas por la parte demandante para que el Tribunal arbitral resuelva, en el marco de un proceso⁶³, buscan que, previo conocimiento de unos hechos presentados a través de unas pruebas, se declare la existencia de un derecho y se condene a la demandada al cumplimiento de la obligación correlativa de dar⁶⁴. Es lo que la ley colombiana denomina “proceso declarativo”.

Los pedimentos de la UNIÓN TEMPORAL no están encaminados al cumplimiento de un derecho cierto e indiscutible, pero insatisfecho, que conste en un título ejecutivo⁶⁵, y que concluya con el pago efectivo, en los términos de los artículos 422 a 445 del Código General del Proceso.

Por consiguiente, el contencioso de las partes versa sobre la existencia de un contrato y el derecho que tendría la demandante de reclamar el cumplimiento de una obligación dineraria contractual, que debe reconocer el Tribunal Arbitral en este Laudo. No proceden entonces las excepciones interpuestas por la CONVOCADA y encaminadas a controvertir la existencia de un título ejecutivo ni a alegar la prescripción de una inexistente acción cambiaria.

2. El Contrato establece la obligación de la UNIÓN TEMPORAL de ejecutar la obra

⁶² C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2003. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2003 p. 2327.

⁶³ “[P]ara que un proceso sea tal y no otra cosa diferente -cualquiera, por supuesto- debe estar constituido siempre e inexorablemente por la totalidad de los elementos antes enunciados y colocados en el orden lógico ya señalado: afirmación – negación – confirmación – alegación”. Alvarado Velloso, Adolfo. *El proceso judicial. Tomo I (texto adaptado a la legislación colombiana por Gabriel Hernández Villarreal)*. Ed. Ibáñez, Bogotá, 2020, pp. 77-78.

⁶⁴ Véase: Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Ed. Temis, Bogotá, 2016, p. 2.

⁶⁵ Art. 422 C.G.P.: “Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184”.

dentro de un plazo (PRIMERO. OBJETO, SEGUNDO. PLAZO) y la correlativa obligación de ACUAVALLE de pagar un precio en dinero, de forma escalonada, con unos plazos claramente establecidos (TERCERO. VALOR, CUARTO. FORMA DE PAGO). Como ya lo precisó el Tribunal, la UNIÓN TEMPORAL cumplió con su obligación, mientras que ACUAVALLE no ha honrado la suya.

Ahora bien, la obligación incumplida a cargo de ACUAVALLE es dineraria (art. 874 C.Co.), nacida como contraprestación de una obra material. Al respecto, hay que tener en cuenta diversas normas que regulan su régimen jurídico:

Art. 2056 C.C. “Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución. [...]”.

Art. 1617 C.C. “Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3. Los intereses atrasados no producen interés.

4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Art. 884 C.Co. “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”.

Las pretensiones SEXTA y SÉPTIMA de la demanda buscan que se condene a ACUAVALLE a pagar las sumas adeudadas “...con el IPC acumulado a marzo 31 de 2008 para el primer pago y con el IPC acumulado a marzo 31 de 2009 para el segundo

pago”, y con intereses moratorios sobre la suma total indexada desde el 15 de marzo de 2010.

Ahora bien, en la ya citada cláusula cuarta -forma de pago- del Contrato, las partes reglamentaron lo referente a la corrección monetaria y los intereses moratorios de las sumas debidas: “*La mora en el pago por parte de **ACUAVALLE S.A. E.S.P** causará a favor de la UTDVVCC el pago de intereses bancarios moratorios a la máxima tasa mensual permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia del valor adeudado, los cuales se causarán desde el día del pago acordado [...]*”.

Para decidir al respecto, el Tribunal debe, previamente, analizar los conceptos de corrección monetaria, constitución en mora e intereses moratorios.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda no corresponde a indemnización de perjuicios y, por consiguiente, su régimen jurídico se diferencia claramente del que rige los intereses de mora, tal como lo ha precisado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“[E]l fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístese, a principios más elevados como el de la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De ninguna manera, en fin, es dable inferir que en asuntos como el de esta especie, el reajuste de la condena en proporción a la depreciación del signo monetario constituya un perjuicio más que deba ser reparado, puesto que, reiterase aun a riesgo de fatigar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal”⁶⁶.

Las partes pueden además estipular cláusulas contractuales de escala móvil, para que, con referencia a un índice del mercado, se actualice el monto de la obligación dineraria, para hacer frente a la inflación⁶⁷. En este caso, la mencionada disposición del Contrato determinó el IPC -Índice de Precios al Consumidor- como referente para

⁶⁶ C.S.J. Cas. Civ. 9/9/1999. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 5005.

Véase también: C.S.J. Cas. Civ. 18/3/2003. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6892.

⁶⁷ Véase: Gámez Rodríguez, Andrés. *Obligaciones de dinero, intereses y operaciones en criptomonedas*. Ed. Temis, Bogotá, 2020, pp. 66-67., y Díaz Ramírez, Enrique. *Las tasas de interés en Colombia*. Ed. Temis, Bogotá, 2014, pp. 14-16.

actualizar la obligación desde mayo de 2007 hasta las fechas convenidas para los pagos escalonados: “[...] 1.) Una cuota anual de **TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE (\$377.086.969,00)** pesos constantes de mayo de 2007, a pagar el 31 de marzo de 2008, cifra ésta que será actualizada con el IPC acumulado desde mayo 2007 hasta la fecha en la cual se haga efectivo el pago; y 2.) Una segunda cuota de **TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE (\$377.086.969,00)** pesos constantes de mayo de 2007, a pagar el 31 de marzo de 2009 cifra ésta que será actualizada con el IPC acumulado desde mayo 2007 hasta la fecha en la cual se haga efectivo el pago”.

En segundo lugar, el artículo 1617 del Código Civil dispone que, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios se sujeta a reglas especiales. Según su numeral segundo, “*El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*”. En palabras de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“La mora genera la obligación de pagar intereses moratorios, y “el deudor moroso ‘está obligado al resarcimiento de los daños que pueden tener expresión, ya sea en los intereses moratorios..., o bien en la ulterior reparación de perjuicios de mayor entidad si el acreedor reclamante demuestra haberlos experimentado, siendo entendido desde luego que al ser objeto de reconocimiento los primeros..., ello impide que al mismo tiempo, a título de indemnización suplementaria, se imponga condena alguna (...)’ (se subraya; cas. civ. de agosto 12 de 1998; CCLV, pág 355. Vid: Sent. de 18 de septiembre de 1995; CCXXXVII, pág. 910)” (sent. cas. civ. de 19 de nov. de 2001, exp. 6094)”⁶⁸.

En materia contractual, en principio, “*se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora...*” (art. 1615 C.C.) y, en la hipótesis de obligaciones dinerarias, para “*...la indemnización de perjuicios por la mora*”, al acreedor le basta con probar el “*hecho del retardo*” para cobrar intereses moratorios (arts. 1617 C.C., 884 C.Co.), es decir, los réditos del capital que se debe, establecidos de forma predeterminada mediante reenvío a una tasa de referencia: “*el equivalente a una y media veces del [interés] bancario corriente*” (art. 884 C.Co.); y para establecer los “*réditos de un capital*” es un presupuesto que ese capital sea “*líquido*”.

⁶⁸ C.S.J. Cas. Civil. 29/2/2012. M.P. William Namén Vargas. Exp. 73001-3103-001-2000-00103-01.

Véase también: C.S.J. Cas. Civil. 27/8/2008. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-022-1997-14171-01.

Ahora bien, para establecer la mora, el artículo 1608 del Código Civil dispone:

“El deudor está en mora:

- 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*
- 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*
- 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.*

Los numerales 1 y 2 establecen una disposición especial: el mero vencimiento del plazo, expreso (num. 1) o tácito (num. 2)⁶⁹, basta como constitución en mora, salvo excepciones expresas⁷⁰; y el numeral 3 establece una regla residual -para todos los demás casos-: la reconvenición judicial del deudor.

En palabras de la Corte Constitucional:

“La mora, como título jurídico para hacer efectivo el cobro de perjuicios en obligaciones dinerarias, se constituye desde el momento en que la persona que tiene a su cargo tal tipo de obligación incumple con el pago de la misma de acuerdo con el plazo estipulado. Se trata de un retardo sin reconvenición. El perjuicio que se cobra es aquél que el legislador ha presumido; se trata de un perjuicio que al no poder ser dividido claramente entre lucro cesante y daño emergente se ha tasado acorde con la propiedad del dinero, la cual es producir más dinero. En esa medida, el sólo retardo en ese cumplimiento es indicio claro de perjuicio, que por producirse en una obligación dineraria, genera intereses de mora”⁷¹.

Regla esta que las partes reiteraron contractualmente (CUARTO. FORMA DE PAGO) cuando dispusieron que los intereses moratorios “...se causarán desde el día del pago

⁶⁹ Art. 1551 del Código Civil: “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.

No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”.

⁷⁰ Art. 2007 del Código Civil: “Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él compete como injusto detentador”.

⁷¹ C.Const. Sent. T-901/2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*acordado sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial, al cual desde la aceptación de la presente oferta **ACUAVALLE S.A. -E.S.P.**, renuncia expresamente.”*

En cuanto a “capital líquido” debemos entender que es el expresado “...*en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas*” (art. 424 C.G.P.). Por consiguiente, para que la fórmula de la tasa de referencia nos pueda arrojar un monto preciso, a título de intereses moratorios, debe aplicarse a una “*suma precisa que no esté sujeta a deducciones indeterminadas*”.

Si la prestación adeudada no es líquida, porque incertidumbres fácticas o normativas impiden razonablemente su cuantificación, no puede dar lugar a intereses moratorios⁷², como bien lo ha precisado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“El fundamento de esta inteligencia se remite al carácter punitivo e indemnizatorio de los intereses moratorios del perjuicio causado por el incumplimiento sancionado la mora del deudor con una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño se establece en consideración a su existencia, a diferencia de los remuneratorios meramente retributivos del capital durante el tiempo en el cual el acreedor no lo tiene a su disposición y, en cuyas fórmula de cálculo se incluye a más del rendimiento, el riesgo de incumplimiento o insolvencia, la pérdida del poder adquisitivo.

[...]

En consecuencia, el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in illiquidis mora non fit), razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria”⁷³.

Los intereses moratorios, como medio de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de obligaciones dinerarias, deben ser *determinados* y esto solo es posible a partir del momento en que el capital sobre el cual se deben calcular deviene líquido: “... *de donde no es factible exigir réditos moratorios desde la inobservancia de una obligación controvertida y constituida con la condena impuesta”⁷⁴.*

⁷² Véase: Bonivento Jiménez, José Armando. *Obligaciones*. Ed. Legis, Bogotá, 2017, pp. 307-312.

⁷³ C.S.J. Cas. Civ. 27/8/2008. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-022-1997-14171-01.

Véase también: C.S.J. Cas. Civil. 23/10/2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Exp. 05001-31-03-017-2004-00141-01., y CAC.CCB. Trib. Arb. 2/7/2020. Medios Directos de Comunicación S.A.S. vs. Comcel S.A. Árb. Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Suescún Melo y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

⁷⁴ C.S.J. Cas. Civ. 29/2/2012. M.P. William Namén Vargas. Exp. 73001-3103-001-2000-00103-01.

Ahora bien, para determinar la suma adeudada por ACUAVALLE a la UNIÓN TEMPORAL, es necesario precisar a qué conceptos corresponden los distintos montos:

De acuerdo con el Contrato, con la pretensión SÉPTIMA y con los cálculos realizados tanto en el Informe Financiero presentado por la UNIÓN TEMPORAL⁷⁵ como en el juramento estimatorio presentado en la demanda y no objetado por ACUAVALLE, los pagos escalonados se deben establecer de la siguiente forma:

- TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE (\$377.086.969), actualizados con el IPC desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 31 de marzo de 2008: **TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$395.871.486).**

- TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$396.437.744), actualizados con el IPC desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 31 de marzo de 2009: **CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$441.743.349).**

El total indexado, en los términos establecidos en el Contrato conforme a lo solicitado en la demanda (arts. 281 C.G.P., 15 C.C.), es de **OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$837.614.835)**, valor que constan en la factura presentada el 12 de febrero de 2010 con sello de radicación en ACUAVALLE de fecha 17 de febrero de 2010; la factura precisa además que los intereses moratorios se causarán 30 días después de la fecha de su emisión⁷⁶.

Ahora bien, la mencionada factura que indexa la suma adeudada, la vuelve líquida y establece que los intereses de mora se causarán 30 días después (art. 15 C.C.) es un acto comunicativo⁷⁷ y, por consiguiente, solo puede producir estos efectos desde su radicación, y no desde su emisión.

⁷⁵ Pruebas_01_CAC. 15_22 Informe financiero Patricia Cortes Rivera.

⁷⁶ Pruebas_02_Pruebas_Subsanacion_Demanda_20210714. 15. UTDVVCC-1051-2010.

⁷⁷ Un acto comunicativo consiste en “[u]n proceso mediante el cual un emisor, en unas circunstancias concretas, transmite a un receptor, a través de un canal, una información cifrada en un mensaje, de acuerdo con las unidades y reglas de un código que les es común, complementado con el proceso inverso por el cual el receptor descifra el mensaje, también en unas circunstancias concretas, aplicando el código en cuestión a los estímulos que el mensaje

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA VS. SOCIEDAD DE
ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P.
130707**

Así, los intereses moratorios se calcularán desde el 17 de marzo de 2010 hasta el 6 de junio de 2022, fecha de este Laudo:

DESDE	HASTA	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE INTERÉS MORATORIO	VALOR DE INTERESES
1-Mar-10	31-Mar-10	16,14%	24,210%	\$ 7.465.141,14
1-Apr-10	30-Apr-10	15,31%	22,970%	\$ 14.239.141,15
1-May-10	31-May-10	15,31%	22,970%	\$ 14.239.141,15
1-Jun-10	30-Jun-10	15,31%	22,970%	\$ 14.239.141,15
1-Jul-10	31-Jul-10	14,94%	22,410%	\$ 13.924.731,64
1-Aug-10	31-Aug-10	14,94%	22,410%	\$ 13.924.731,64
1-Sep-10	30-Sep-10	14,94%	22,410%	\$ 13.924.731,64
1-Oct-10	31-Oct-10	14,21%	21,320%	\$ 13.308.621,40
1-Nov-10	30-Nov-10	14,21%	21,320%	\$ 13.308.621,40
1-Dec-10	31-Dec-10	14,21%	21,320%	\$ 13.308.621,40
1-Jan-11	31-Jan-11	15,61%	23,415%	\$ 14.487.967,94
1-Feb-11	28-Feb-11	15,61%	23,415%	\$ 14.487.967,94
1-Mar-11	31-Mar-11	15,61%	23,415%	\$ 14.487.967,94
1-Apr-11	30-Apr-11	17,69%	26,535%	\$ 16.207.823,34
1-May-11	31-May-11	17,69%	26,535%	\$ 16.207.823,34
1-Jun-11	30-Jun-11	17,69%	26,535%	\$ 16.207.823,34
1-Jul-11	31-Jul-11	18,63%	27,945%	\$ 16.971.235,84
1-Aug-11	31-Aug-11	18,63%	27,945%	\$ 16.971.235,84
1-Sep-11	30-Sep-11	18,63%	27,945%	\$ 16.971.235,84
1-Oct-11	31-Oct-11	19,39%	29,085%	\$ 17.582.353,91
1-Nov-11	30-Nov-11	19,39%	29,085%	\$ 17.582.353,91
1-Dec-11	31-Dec-11	19,39%	29,085%	\$ 17.582.353,91
1-Jan-12	31-Jan-12	19,92%	29,880%	\$ 18.005.351,20
1-Feb-12	29-Feb-12	19,92%	29,880%	\$ 18.005.351,20
1-Mar-12	31-Mar-12	19,92%	29,880%	\$ 18.005.351,20
1-Apr-12	30-Apr-12	20,52%	30,780%	\$ 18.481.111,03
1-May-12	31-May-12	20,52%	30,780%	\$ 18.481.111,03
1-Jun-12	30-Jun-12	20,52%	30,780%	\$ 18.481.111,03
1-Jul-12	31-Jul-12	20,86%	31,290%	\$ 18.749.261,01
1-Aug-12	31-Aug-12	20,86%	31,290%	\$ 18.749.261,01
1-Sep-12	30-Sep-12	20,86%	31,290%	\$ 18.749.261,01
1-Oct-12	31-Oct-12	20,89%	31,335%	\$ 18.772.871,41
1-Nov-12	30-Nov-12	20,89%	31,335%	\$ 18.772.871,41
1-Dec-12	31-Dec-12	20,89%	31,335%	\$ 18.772.871,41

provoca en sus órganos de percepción". Mendonca, Daniel. *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 45.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA VS. SOCIEDAD DE
ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P.
130707**

DESDE	HASTA	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE INTERÉS MORATORIO	VALOR DE INTERESES
1-Jan-13	31-Jan-13	20,75%	31,125%	\$ 18.662.620,45
1-Feb-13	28-Feb-13	20,75%	31,125%	\$ 18.662.620,45
1-Mar-13	31-Mar-13	20,75%	31,125%	\$ 18.662.620,45
1-Apr-13	30-Apr-13	20,83%	31,245%	\$ 18.725.642,54
1-May-13	31-May-13	20,83%	31,245%	\$ 18.725.642,54
1-Jun-13	30-Jun-13	20,83%	31,245%	\$ 18.725.642,54
1-Jul-13	31-Jul-13	20,34%	30,510%	\$ 18.338.726,79
1-Aug-13	31-Aug-13	20,34%	30,510%	\$ 18.338.726,79
1-Sep-13	30-Sep-13	20,34%	30,510%	\$ 18.338.726,79
1-Oct-13	31-Oct-13	19,85%	29,775%	\$ 17.949.631,86
1-Nov-13	30-Nov-13	19,85%	29,775%	\$ 17.949.631,86
1-Dec-13	31-Dec-13	19,85%	29,775%	\$ 17.949.631,86
1-Jan-14	31-Jan-14	19,65%	29,475%	\$ 17.790.185,66
1-Feb-14	28-Feb-14	19,65%	29,475%	\$ 17.790.185,66
1-Mar-14	31-Mar-14	19,65%	29,475%	\$ 17.790.185,66
1-Apr-14	30-Apr-14	19,63%	29,445%	\$ 17.774.220,78
1-May-14	31-May-14	19,63%	29,445%	\$ 17.774.220,78
1-Jun-14	30-Jun-14	19,63%	29,445%	\$ 17.774.220,78
1-Jul-14	30-Jul-14	19,33%	28,995%	\$ 17.534.303,81
1-Aug-14	31-Aug-14	19,33%	28,995%	\$ 17.534.303,81
1-Sep-14	30-Sep-14	19,33%	28,995%	\$ 17.534.303,81
1-Oct-14	30-Oct-14	19,17%	28,755%	\$ 17.406.006,58
1-Nov-14	30-Nov-14	19,17%	28,755%	\$ 17.406.006,58
1-Dec-14	31-Dec-14	19,17%	28,755%	\$ 17.406.006,58
1-Jan-15	31-Jan-15	19,21%	28,815%	\$ 17.438.103,23
1-Feb-15	28-Feb-15	19,21%	28,815%	\$ 17.438.103,23
1-Mar-15	31-Mar-15	19,21%	28,815%	\$ 17.438.103,23
1-Apr-15	30-Apr-15	19,37%	29,055%	\$ 17.566.340,92
1-May-15	31-May-15	19,37%	29,055%	\$ 17.566.340,92
1-Jun-15	30-Jun-15	19,37%	29,055%	\$ 17.566.340,92
1-Jul-15	31-Jul-15	19,26%	28,890%	\$ 17.478.203,09
1-Aug-15	31-Aug-15	19,26%	28,890%	\$ 17.478.203,09
1-Sep-15	30-Sep-15	19,26%	28,890%	\$ 17.478.203,09
1-Oct-15	31-Oct-15	19,33%	28,995%	\$ 17.534.303,81
1-Nov-15	30-Nov-15	19,33%	28,995%	\$ 17.534.303,81
1-Dec-15	31-Dec-15	19,33%	28,995%	\$ 17.534.303,81
1-Jan-16	31-Jan-16	19,68%	29,520%	\$ 17.814.126,06
1-Feb-16	28-Feb-16	19,68%	29,520%	\$ 17.814.126,06
1-Mar-16	31-Mar-16	19,68%	29,520%	\$ 17.814.126,06
1-Apr-16	30-Apr-16	20,54%	30,810%	\$ 18.496.913,41
1-May-16	31-May-16	20,54%	30,810%	\$ 18.496.913,41

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA VS. SOCIEDAD DE
ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P.
130707**

DESDE	HASTA	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE INTERÉS MORATORIO	VALOR DE INTERESES
1-Jun-16	30-Jun-16	20,54%	30,810%	\$ 18.496.913,41
1-Jul-16	31-Jul-16	21,34%	32,010%	\$ 19.126.062,53
1-Aug-16	31-Aug-16	21,34%	32,010%	\$ 19.126.062,53
1-Sep-16	30-Sep-16	21,34%	32,010%	\$ 19.126.062,53
1-Oct-16	31-Oct-16	21,99%	32,980%	\$ 19.630.470,25
1-Nov-16	30-Nov-16	21,99%	32,980%	\$ 19.630.470,25
1-Dec-16	31-Dec-16	21,99%	32,980%	\$ 19.630.470,25
1-Jan-17	31-Jan-17	22,34%	33,510%	\$ 19.904.526,54
1-Feb-17	28-Feb-17	22,34%	33,510%	\$ 19.904.526,54
1-Mar-17	31-Mar-17	22,34%	33,510%	\$ 19.904.526,54
1-Apr-17	30-Apr-17	22,33%	33,495%	\$ 19.896.785,16
1-May-17	31-May-17	22,33%	33,495%	\$ 19.896.785,16
1-Jun-17	30-Jun-17	22,33%	33,495%	\$ 19.896.785,16
1-Jul-17	31-Jul-17	21,98%	32,970%	\$ 19.625.288,91
1-Aug-17	31-Aug-17	21,98%	32,970%	\$ 19.625.288,91
1-Sep-17	30-Sep-17	21,48%	32,220%	\$ 19.235.576,97
1-Oct-17	31-Oct-17	21,15%	31,720%	\$ 18.974.542,34
1-Nov-17	30-Nov-17	20,96%	31,440%	\$ 18.827.930,99
1-Dec-17	31-Dec-17	20,77%	31,150%	\$ 18.675.754,80
1-Jan-18	31-Jan-18	20,69%	31,030%	\$ 18.612.687,16
1-Feb-18	28-Feb-18	21,01%	31,510%	\$ 18.864.613,00
1-Mar-18	31-Mar-18	20,68%	31,020%	\$ 18.607.428,92
1-Apr-18	30-Apr-18	20,48%	30,720%	\$ 18.449.495,44
1-May-18	31-May-18	20,44%	30,660%	\$ 18.417.865,37
1-Jun-18	30-Jun-18	20,28%	30,420%	\$ 18.291.200,09
1-Jul-18	31-Jul-18	20,03%	30,045%	\$ 18.092.819,47
1-Aug-18	31-Aug-18	19,94%	29,910%	\$ 18.021.262,76
1-Sep-18	30-Sep-18	19,81%	29,715%	\$ 17.917.772,05
1-Oct-18	31-Oct-18	19,63%	29,445%	\$ 17.774.220,78
1-Nov-18	30-Nov-18	19,49%	29,235%	\$ 17.662.363,21
1-Dec-18	31-Dec-18	19,40%	29,100%	\$ 17.590.359,01
1-Jan-19	31-Jan-19	19,16%	28,740%	\$ 17.397.980,09
1-Feb-19	28-Feb-19	19,70%	29,550%	\$ 17.830.081,73
1-Mar-19	31-Mar-19	19,37%	29,055%	\$ 17.566.340,92
1-Apr-19	30-Apr-19	19,32%	28,980%	\$ 17.526.292,21
1-May-19	31-May-19	19,34%	29,010%	\$ 17.542.314,48
1-Jun-19	30-Jun-19	19,30%	28,950%	\$ 17.510.266,22
1-Jul-19	31-Jul-19	19,28%	28,920%	\$ 17.494.236,51
1-Aug-19	31-Aug-19	19,32%	28,980%	\$ 17.526.292,21
1-Sep-19	30-Sep-19	19,32%	28,980%	\$ 17.526.292,21
1-Oct-19	31-Oct-19	19,10%	28,650%	\$ 17.349.801,53

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA VS. SOCIEDAD DE
ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P.
130707**

DESDE	HASTA	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE INTERÉS MORATORIO	VALOR DE INTERESES
1-Nov-19	30-Nov-19	19,03%	28,545%	\$ 17.293.550,72
1-Dec-19	31-Dec-19	18,91%	28,365%	\$ 17.197.014,06
1-Jan-20	31-Jan-20	18,77%	28,155%	\$ 17.084.217,19
1-Feb-20	29-Feb-20	19,06%	28,590%	\$ 17.317.663,82
1-Mar-20	31-Mar-20	18,95%	28,425%	\$ 17.229.207,94
1-Apr-20	30-Apr-20	18,69%	28,035%	\$ 17.019.679,05
1-May-20	31-May-20	18,19%	27,285%	\$ 16.614.943,84
1-Jun-20	30-Jun-20	18,12%	27,180%	\$ 16.558.091,21
1-Jul-20	31-Jul-20	18,12%	27,180%	\$ 16.558.091,21
1-Aug-20	31-Aug-20	18,29%	27,435%	\$ 16.696.080,81
1-Sep-20	30-Sep-20	18,35%	27,530%	\$ 16.747.418,31
1-Oct-20	31-Oct-20	18,09%	27,140%	\$ 16.536.420,75
1-Nov-20	30-Nov-20	17,84%	26,760%	\$ 16.330.211,62
1-Dec-20	31-Dec-20	17,46%	26,190%	\$ 16.019.739,14
1-Jan-21	31-Jan-21	17,32%	25,980%	\$ 15.905.001,87
1-Feb-21	28-Feb-21	17,54%	26,310%	\$ 16.085.217,83
1-Mar-21	31-Mar-21	17,41%	26,115%	\$ 15.978.783,42
1-Apr-21	30-Apr-21	17,31%	25,965%	\$ 15.896.799,05
1-May-21	31-May-21	17,22%	25,830%	\$ 15.822.929,84
1-Jun-21	30-Jun-21	17,21%	25,815%	\$ 15.814.717,27
1-Jul-21	31-Jul-21	17,18%	25,770%	\$ 15.790.073,70
1-Aug-21	31-Aug-21	17,24%	25,860%	\$ 15.839.352,05
1-Sep-21	30-Sep-21	17,19%	25,785%	\$ 15.798.289,20
1-Oct-21	31-Oct-21	17,08%	25,620%	\$ 15.707.864,93
1-Nov-21	30-Nov-21	17,27%	25,905%	\$ 15.863.978,04
1-Dec-21	31-Dec-21	17,46%	26,190%	\$ 16.019.739,14
1-Jan-22	31-Jan-22	17,66%	26,490%	\$ 16.183.319,64
1-Feb-22	28-Feb-22	18,30%	27,450%	\$ 16.704.189,27
1-Mar-22	31-Mar-22	18,47%	27,705%	\$ 16.841.887,63
1-Apr-22	30-Apr-22	19,05%	28,575%	\$ 17.309.627,05
1-May-22	31-May-22	19,71%	29,565%	\$ 10.702.834,90
1-Jun-22	6-Jun-22	20,40%	30,600%	\$ 3.677.244,16
TOTAL				\$ 2.559.673.841,41

TOTAL: DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (\$ 2.559.673.841,41).

3. El Contrato (DÉCIMO CUARTO – CLÁUSULA PENAL) establece:

“Una vez aceptada la presente oferta la parte que incumpla las condiciones y obligaciones aquí establecidas, pagará a favor de la parte cumplida, a título de pena, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de la presente oferta.

La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que la parte incumplida cause a la parte cumplida. El valor pagado como cláusula penal no es óbice para cobrar ante el juez de la relación contractual que surja en virtud de la aceptación de la presente oferta, la indemnización integral de perjuicios causados si éstos superan el valor de la cláusula penal”.

La expresión “cláusula penal” sirve para denominar dos suertes de disposiciones convencionales (arts. 867, 949 C.Co. 1592-1601 C.C.): (i) una tasación anticipada de perjuicios –*cláusula penal indemnizatoria*- y (ii) una pena por el incumplimiento –*cláusula penal sancionatoria*-. En palabras de la jurisprudencia colombiana:

“Entendida pues la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato”⁷⁸.

⁷⁸ C.S.J. Cas Civ. 23/6/2000. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 4823., C.S.J. Cas Civ. 23/5/1996. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Exp. 4607.

La disposición pactada por las partes corresponde claramente a una *cláusula penal indemnizatoria*, y la obligación que establece de pagar el “*veinte por ciento (20%) del valor de la presente oferta*” solo es exigible si no se condena a “*la indemnización integral de perjuicios causados si éstos superan el valor de la cláusula penal*”. Puesto que la condena que se impondrá a ACUAVALLE a indemnizar perjuicios -intereses moratorios- supera ampliamente el mencionado 20%, el Tribunal no condenará al pago de la cláusula penal.

Por las razones antes expuestas, en la parte resolutive del Laudo, el Tribunal resolverá que prosperan las pretensiones SEXTA y SÉPTIMA y negará la pretensión OCTAVA.

En lo que respecta a la pretensión NOVENA de la demanda arbitral subsanada, el Tribunal concederá a la Convocada un plazo para el pago de los valores a los que ha sido condenada conforme a lo expuesto en líneas precedentes, luego de lo cual, deberá pagar intereses moratorios sobre las sumas que aun adeude a la UNIÓN TEMPORAL. Prospera, entonces, la pretensión NOVENA de la demanda subsanada.

E. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

En la parte motiva de esta providencia, el Tribunal analizó ampliamente y de manera conjunta las pretensiones de la Convocante y las excepciones y defensas de la Convocada. Así y todo, a continuación, resolverá de manera expresa y concisa una a una las excepciones presentadas por ACUAVALLE en su escrito de contestación a la demanda.

1. Culpa exclusiva del demandante y convocante

Como el Tribunal ya lo precisó, en el proceso quedó plenamente demostrado que la UNIÓN TEMPORAL cumplió con sus obligaciones contractuales, ejecutó la obra objeto del Contrato, la instaló y dejó funcionando. La Convocada, por su parte, no logró probar ningún comportamiento culposo de la Convocante que le impidiera el cobro de los honorarios pactados y facturados por las obras efectivamente realizadas.

ACUAVALLE tampoco acreditó que el no pago a la Convocante cumpliera con los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido (art. 1609 C.C.).

2. Falta de los requisitos legales que conforman el título ejecutivo complejo

Las pretensiones puestas en conocimiento del Tribunal arbitral son declarativas y de condena respecto de obligaciones y derechos contractuales discutibles, que no fueron objeto de un proceso ejecutivo y, por consiguiente, no están sometidas a lo dispuesto en los artículos 422 a 445 del Código General del Proceso.

3. Prescripción de la acción contractual – acción cambiaria

El proceso adelantado por el Tribunal estaba encaminado a resolver unas controversias de carácter contractual sobre derechos discutidos y objeto de excepciones y defensas por parte de la Convocada. No se adelantó un proceso ejecutivo, con base en una acción cambiaria, en los términos de los artículos 772 a 774 y 780 a 793 del Código de Comercio. Por ende, el Tribunal no puede pronunciarse respecto de una supuesta prescripción de una acción cambiaria que no fue interpuesta ni sometida al procedimiento que por ley le correspondería (art. 793 C.Co.).

En lo atinente a la acción contractual presentada ante el Tribunal, es importante precisar que se trata de la acción regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, hoy artículo 141 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y cuyo término de caducidad se establece en el artículo 164 de este último Código:⁷⁹:

“OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: [...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...]

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día

⁷⁹ “[S]i la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquella son las que rigen en esta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional, toda vez que la justicia arbitral funge de juez de la administración, con la misma pretensión correctora y protectora del ordenamiento jurídico y del comportamiento de las partes del contrato. Por esta razón, la acción que se ejerce ante los árbitros es la contractual, regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, y por eso mismo el término de caducidad de la acción es la prevista en dicho estatuto, es decir, la regulada en el artículo 136 num. 10”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 2010, Rad.: 11001032600020090005800 (37004).

siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: [...]

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa; [...]" (énfasis añadido).

El motivo de hecho que sirve como fundamento a la demanda es el incumplimiento por parte de ACUAVALLE respecto del pago de la obligación dineraria correspondiente a sus honorarios en virtud del Contrato, liquidados y cobrados mediante factura presentada el 12 de febrero de 2010 y con sello de radicación en ACUAVALLE de fecha 17 de febrero de 2010⁸⁰.

El 8 de julio de 2011, la Convocada presentó solicitud de conciliación⁸¹, tal y como consta en las actas de la audiencia de conciliación prejudicial de 26 de julio de 2011 (N° 286) y 24 de agosto de 2011 (N° 323) suscritas por el Procurador 18 Judicial II para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle (art. 21, L. 640/2001). Por consiguiente, el término de caducidad se suspendió entre el 8 de julio de 2011 y el 24 de agosto de 2011, fecha del acta que declaró fallida la mencionada conciliación⁸².

El 26 de marzo de 2012, la UNIÓN TEMPORAL interpuso ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Acción Contencioso Administrativa - Medio de Control de Controversias Contractuales en contra de ACUAVALLE para que éste resolviera las pretensiones ahora en conocimiento del Tribunal Arbitral.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante auto de sustanciación N° 116 de 23 de febrero de 2021 y notificado mediante mensaje de datos

⁸⁰ Pruebas_02_Pruebas_Subsanacion_Demanda_20210714. 15. UTDVVCC-1051-2010.

⁸¹ Art. 21, L. 640/2001: *Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.*

⁸² La suspensión del plazo entre la solicitud de la conciliación y la mencionada constancia implica un "periodo muerto". Al respecto, el Consejo de Estado ha sido completamente claro: "Ahora bien, la parte actora tenía plazo para presentar la demanda hasta el 3 de marzo de 2009, toda vez que está demostrado que la sentencia penal que resolvió la situación jurídica del demandante quedó ejecutoriada el 2 de marzo de 2007. No obstante lo anterior, como quiera que la constancia expedida por la Procuraduría 30 Judicial tiene fecha del 29 de mayo de 2009, y quedó claro que esta circunstancia suspende el término de caducidad, se concluye fácilmente que la parte actora tenía plazo para presentar la demanda, a más tardar, el 30 de ese mes y año, como quiera que la solicitud de conciliación se presentó un día antes de que venciera el término de caducidad de la acción, esto es, el 2 de marzo de 2009". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de noviembre de 2009, Rad.: 05000-12-31-000-2009-00858-01(37555). C.P. Enrique Gil Botero.

el 4 de marzo de 2021⁸³, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso y señaló un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de la providencia, para que las partes iniciaran el trámite arbitral correspondiente⁸⁴. En virtud de lo dispuesto por el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011, la notificación se surtió entonces el 8 de marzo de 2021.

Como la demanda arbitral se radicó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el día 13 de mayo de 2021⁸⁵, se presentó en tiempo y, por consiguiente, no operó la caducidad de la acción.

El Tribunal tampoco encontró probada en el proceso ninguna otra excepción, en los términos del artículo 282 del Código General del Proceso.

Por todas las consideraciones expuestas, el Tribunal no encuentra razones para que las excepciones propuestas por la CONVOCADA prosperen, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

3. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES

Durante el proceso, las partes y sus apoderadas cumplieron con sus deberes procesales con responsabilidad, puntualidad y rigor. Presentaron sus memoriales oportunamente, los sustentaron debidamente, y su comportamiento fue leal y profesional. No encuentra, entonces, el Tribunal, que deban deducirse indicios de su conducta en los términos del artículo 280 del Código General del Proceso.

4. COSTAS

Procede el Tribunal a proferir condena en costas procesales, las cuales, según lo establecido en el artículo 361 del Código General del Proceso, se componen por los gastos, expensas y las agencias en derecho.

El artículo 365 del Código General del Proceso regula su imposición en los siguientes términos:

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 2. Carpeta 04_Pruebas_respuesta_Acuavalle_20220119. Archivo "NOTIFICACION AUTO 116 26-FEB-2022_0001.pdf"

⁸⁴ Pruebas_02. 03_Expediente_Tribunal_Administrativo_ValleDelCauca_2012.

⁸⁵ 01_PRINCIPAL. No 1 DOCUMENTOS VIRTUALES RADICACION DEMANDA. 13_13707 Radicacion de documentos.

“Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción”.

El acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho. En su artículo 3 parágrafo 5, dispone:

“PARÁGRAFO 5o. De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, en caso de que la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, lo cual, por ende, también cobija a las agencias en derecho”.

Del análisis realizado por el Tribunal en líneas anteriores, se concluye que han prosperado todas las pretensiones de la demanda salvo por la relativa a la condena a ACUAVALLE en el valor pactado como cláusula penal que resulta siendo, aproximadamente, un 5% de la totalidad de las pretensiones de la demanda⁸⁶.

En consecuencia, el Tribunal condenará a ACUAVALLE a pagar el 95% de los gastos y expensas del proceso y de las agencias en derecho establecidas conforme a lo dispuesto en el acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

i. Gastos

La suma total de honorarios y gastos decretada por el Tribunal ascendió a la suma de \$210.000.000⁸⁷ más IVA, esto es \$249.241.316⁸⁸. En línea con lo dispuesto por el Tribunal a ACUAVALLE le corresponde asumir el 95% de dicho valor, es decir, la suma de doscientos treinta y seis millones setecientos setenta y nueve mil doscientos cincuenta pesos \$236.779.250.

Para determinar la forma en que debe realizarse el pago de los gastos del proceso, ha de tenerse en cuenta la forma en que se realizaron los pagos de honorarios y gastos decretados por el Tribunal. Al respecto, se advierte que el valor total decretado fue pagado íntegramente por la UNIÓN TEMPORAL, así:

⁸⁶ Cuaderno Principal No. 2. Archivo denominado “02_Subsanacion_demanda_20210714.pdf”. El valor de la cláusula penal pedido fue de \$167.522.967, mientras que el total de las pretensiones de la demanda asciende a la suma de \$3.442.220.654.

⁸⁷ Cuaderno Principal No. 2. Archivo “19_Acta_5_20211020.pdf”

⁸⁸ Toda vez que sobre la suma decretada como “otros gastos” no se debe adicionar IVA.

1. Un primer pago que se realizó el 3 de noviembre de 2021 por \$110.761.041⁸⁹ correspondiente a los honorarios y gastos a cargo de la UNIÓN TEMPORAL, y
2. Un segundo pago efectuado el 10 de noviembre de 2021 por valor de \$112.923.390⁹⁰, que correspondió a los honorarios y gastos a cargo de ACUAVALLE quien, en la oportunidad procesal correspondiente, no realizó el pago decretado y, en consecuencia, la parte convocante pagó por ésta en los términos dispuestos en la ley 1563 de 2012.

Posteriormente, según fue informado por la UNIÓN TEMPORAL mediante memorial de 24 de enero de 2022, el 27 de diciembre de 2021 ACUAVALLE le reembolsó la suma de CIENTO DOCE MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS (\$112.923.390).

En su memorial informativo, la Convocante aclara que la suma que debió reembolsar el FONDO DE ADAPTACIÓN era de \$124.620.658 pues los descuentos realizados correspondían a retenciones en la fuente por renta, IVA e ICA más los intereses moratorios que se causaron “desde la fecha en la que debió cumplir con su obligación y la fecha en la cual hizo el abono parcial de la suma establecida”.

Agrega que a la fecha del pago, 27 de diciembre de 2021, los intereses ascendían a la suma de \$3.718.580 y que, como en su concepto ACUAVALLE había realizado un reembolso parcial que debía imputarse primero a intereses de mora y el valor restante debía imputarse a capital, para el 27 de diciembre de 2021 se adeudaba la suma de \$15.415.848, valor que incluía los intereses causados más el pago parcial realizado.

Finalmente, la UNIÓN TEMPORAL señaló que, a 24 de enero de 2022, al no haberse pagado la totalidad de lo adeudado, se causaron intereses por \$277.587 adicionales, sumas que se continuarían causando hasta tanto ACUAVALLE realizara el pago total.

La Ley 1563 de 2012 en su artículo 27 dispone:

“Artículo 27. Oportunidad para la consignación. En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta

⁸⁹ Cuaderno Principal No. 2. Archivo “20_Pago_UT_liquidacion_20211104.pdf”. En la liquidación de este pago se deja constancia del descuento de los gastos de convocatoria del tribunal arbitral pagados por la convocante.

⁹⁰ Cuaderno Principal No. 2. Archivo “22_Segundo_Pago_UT_liquidacion_20211110.pdf”.

deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de este.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso. (...) (Subraya el Tribunal)

Considera el Tribunal que, en efecto, como lo advierte la UNIÓN TEMPORAL en su memorial de 24 de mayo de 2022, ACUAVALLE debía reembolsar el valor decretado, más IVA sin descontar las retenciones practicadas por la Convocante, pues éstas, a su vez, deben ser pagadas a las entidades respectivas en el momento de presentar las declaraciones de retenciones practicadas. Por tanto, ACUAVALLE debió reembolsar la suma de \$124.620.658, no la suma de \$112.923.390 consignada a la UNIÓN TEMPORAL, con lo cual, resultó un valor pendiente de pago de \$11.697.268.

Además, según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la parte incumplida debe pagar intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar (11 de noviembre de 2021⁹¹) y hasta el momento en que realizara el pago completo.

⁹¹ Advierte el Tribunal que los 10 días para que cada parte realizara los pagos que le correspondían venció el 4 de noviembre de 2021 y que, los 5 días adicionales concedidos en la ley para que la parte cumplida pagara la porción de honorarios no pagada por su contraparte, vencieron el 11 de noviembre de 2021. El Tribunal tomará esta última fecha como aquella señalada en la ley como “vencimiento del plazo para consignar” y, por tanto, a partir de la cual se causan intereses de mora, por cuanto el pago realizado por la UNIÓN TEMPORAL se hizo durante este segundo plazo. No podría interpretarse que la fecha que debe tenerse en cuenta para el pago de intereses moratorios es previa a aquella en la cual la parte cumplida efectivamente pagó por su contraparte.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA VS. SOCIEDAD DE
ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P.
130707**

Conforme a lo anterior, el Tribunal encuentra que entre el 11 de noviembre de 2021 y el 27 de diciembre de 2021 se causaron intereses moratorios sobre la suma total que debió reembolsar ACUAVALLE a la UNIÓN TEMPORAL (\$124.620.658), así:

DESDE	HASTA	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE INTERÉS MORATORIO	VALOR DE INTERESES
11-Nov-21	30-Nov-21	17,27%	25,905%	\$ 1.573.499
1-Dec-21	27-Dec-21	17,46%	26,190%	\$ 2.145.081
TOTAL				\$ 3.718.580

Tales intereses moratorios se descontaron, entonces, de la suma pagada el 27 de diciembre de 2021 de \$112.923.390, para un total de \$109.204.810 (arts. 1649, 1653 C.C.). En consecuencia, a partir del 28 de diciembre de 2021 y hasta la fecha del presente laudo, se causaron intereses moratorios sobre la suma remanente, esto es, \$15.415.848. Los intereses adeudados se calculan a continuación:

DESDE	HASTA	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE INTERÉS MORATORIO	VALOR DE INTERESES
28-Dic-21	31-Dic-21	17,46%	26,190%	\$ 39.311
1-Jan-22	31-Jan-22	17,66%	26,490%	\$ 297.840
1-Feb-22	28-Feb-22	18,30%	27,450%	\$ 307.426
1-Mar-22	31-Mar-22	18,47%	27,705%	\$ 309.960
1-Apr-22	30-Apr-22	19,05%	28,575%	\$ 318.569
1-May-22	31-May-22	19,71%	29,565%	\$ 196.976
1-Jun-22	6-Jun-22	20,40%	30,600%	\$ 67.677
TOTAL				\$ 1.669.077

Para llegar al valor final que le corresponde a ACUAVALLE pagar por gastos del proceso, el Tribunal tomará la suma de gastos que debe pagar (95%) de las expensas correspondientes a los honorarios y gastos decretados, a saber: la suma de doscientos treinta y seis millones setecientos setenta y nueve mil doscientos cincuenta pesos \$236.779.250 y a dicho monto le descontará el valor reembolsado por ACUAVALLE a la UNIÓN TEMPORAL y le adicionará (i) la suma pendiente de pago por ACUAVALLE y (ii) los intereses causados según las dos tablas anteriores.

Realizados los cálculos anteriores, por cuenta de gastos y expensas procesales, ACUAVALLE debe pagar a la UNIÓN TEMPORAL la suma de **CIENTO CUARENTA**

Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$144.659.365)

ii. Agencias en derecho

En lo que respecta a las agencias en derecho, el Tribunal tomará el 5% de las pretensiones de la demanda que equivalen a \$172.111.033⁹², conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 del acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura y condenará a ACUAVALLE a pagar, por agencias en derecho, el 95% de tal valor, teniendo en cuenta lo explicado anteriormente en el la parte inicial de este acápite sobre condena parcial en costas.

En consecuencia, ACUAVALLE deberá pagar a la UNIÓN TEMPORAL por agencias en derecho la suma de **CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$163.505.481)**

Por lo anteriormente expuesto, se condenará a ACUAVALLE a pagar a título de costas procesales a la UNIÓN TEMPORAL la suma de **TRESCIENTOS OCHO MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$308.164.846).**

5. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, establece la obligatoriedad de imponer sanciones, en caso de que (i) la cantidad estimada por la demandante en el juramento estimatorio exceda en un 50% a aquella que resulte probada o (ii) se hayan negado las pretensiones de la demanda por falta de demostración de perjuicios. Toda vez que en el presente caso no se configura ninguna de las hipótesis de la norma antes mencionada, no corresponde aplicar sanción alguna a cargo de la UNIÓN TEMPORAL.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas en este Laudo, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias surgidas entre la **UNIÓN TEMPORAL**

⁹² Las pretensiones de la demanda ascendieron a la suma de \$3.442.220.654. Cuaderno principal no. 2. Archivo "02_Subsanacion_demanda_20210714.pdf"

DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA como parte convocante, y la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** como parte convocada, en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones de “Culpa exclusiva del demandante y convocante”, “falta de los requisitos legales que conforman el título ejecutivo complejo” y “prescripción de la acción contractual – acción cambiaria” alegadas por la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar que entre la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA** y la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** existió una relación contractual con ocasión de la Oferta de Obra de fecha 26 de noviembre de 2007, presentada por la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA**, y que fue aceptada por la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE S.A. E.S.P.**- mediante oficio No SUBTEC-478-07 del 19 de diciembre de 2007. En consecuencia, prospera la pretensión PRIMERA de la demanda.

TERCERO.- Declarar que la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA**, ejecutó las actividades descritas en las actas de pago parcial de acueducto No. 1 del 28 de octubre de 2008, 2 del 28 de noviembre de 2008, 3 del 6 de julio de 2008⁹³ y 4 del 24 septiembre de 2009 y, en las actas de pago parcial de alcantarillado No. 1 del 28 de septiembre de 2008, 2 del 28 de octubre de 2008, 3 del 28 de noviembre de 2008 y 4 del 6 de julio de 2009, en cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** En consecuencia, prospera la pretensión SEGUNDA de la demanda.

⁹³ La fecha de suscripción del acta 3 de pago parcial de acueducto fue el 6 de julio de 2009, conforme a lo señalado en la demanda arbitral y aceptada por la parte convocada. Por error de digitación se consagró en el acta el año 2008 y, en consecuencia, por claridad, el tribunal la identifica de esta forma en la parte resolutive de este laudo arbitral.

CUARTO.- Declarar que las sumas consagradas en las actas de pago parcial de acueducto No. 1 del 28 de octubre de 2008, 2 del 28 de noviembre de 2008, 3 del 6 de julio de 2008⁹⁴ y 4 del 24 septiembre de 2009 y, en las Actas de pago parcial de alcantarillado No. 1 del 28 de septiembre de 2008, 2 del 28 de octubre de 2008, 3 del 28 de noviembre de 2008 y 4 del 6 de julio de 2009, no han sido pagadas por **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** En consecuencia, prospera la pretensión TERCERA de la demanda.

QUINTO.- Declarar que **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.**, es administrativamente responsable del incumplimiento de las obligaciones adquiridas con ocasión del contrato surgido por la aceptación de la Oferta de obra de fecha 26 de noviembre de 2007 con la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA**. En consecuencia, prospera la pretensión CUARTA de la demanda.

SEXTO.- Declarar liquidado el contrato de obra surgido con ocasión de la aceptación de la Oferta de obra de 26 de noviembre de 2007 entre la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA** y la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, prospera la pretensión QUINTA de la demanda.

SÉPTIMO.- En virtud de las pretensiones SEXTA y SÉPTIMA, **condenar** a la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA** la suma de **TRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$3.397.288.676)** que corresponden a: (i) la suma de **OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$837.614.835)** que se adeuda a la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA** por la liquidación del contrato de obra y (ii) la suma de **DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL**

⁹⁴ La fecha de suscripción del acta 3 de pago parcial de acueducto fue el 6 de julio de 2009, conforme a lo señalado en la demanda arbitral y aceptada por la parte convocada. Por error de digitación se consagró en el acta el año 2008 y, en consecuencia, por claridad, el tribunal la identifica de esta forma en la parte resolutive de este laudo arbitral.

OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (\$2.559.673.841,41) que corresponden a la actualización monetaria más los intereses moratorios adeudados a la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, prosperan las pretensiones SEXTA y SÉPTIMA de la demanda.

OCTAVO.- En virtud de la pretensión NOVENA, **ordenar** que la suma establecida en el numeral anterior causará intereses moratorios a partir de la ejecutoria del presente laudo arbitral, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

NOVENO.- Declarar que no prospera la pretensión OCTAVA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO.- No imponer la sanción prevista en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

UNDÉCIMO.- Conforme a las consideraciones de esta providencia, **condenar** por concepto de costas, a la **SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. – ACUAVALLE S.A. E.S.P.** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA** la suma de **TRESCIENTOS OCHO MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$308.164.846)**, que se discriminan en: (i) CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$144.659.365) por cuenta de gastos y expensas procesales, y (ii) CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$163.505.481) por cuenta de agencias en derecho. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión DÉCIMA de la demanda.

DUODÉCIMO.- Ordenar el pago de la Contribución Especial Arbitral a cargo de los árbitros y la secretaria, para lo cual el presidente hará las deducciones y pago, y librára las comunicaciones respectivas.

DECIMOTERCERO.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y de la secretaria más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias

vigentes en el momento de su causación, por lo que se ordena realizar el pago de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

DECIMOCUARTO.- Ordenar que se rinda por el presidente del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y que se proceda a la devolución a la parte CONVOCANTE, de las sumas no utilizadas de esta partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

DECIMOQUINTO.- Ordenar que, en la oportunidad de ley, se archive este expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DECIMOSEXTO.- Ordenar que, por secretaría, se expidan copias auténticas de este Laudo Arbitral con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

DECIMOSÉPTIMO.- Ordenar que, en los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, se haga entrega por Secretaría del expediente completo del trámite arbitral, incluyendo el original del Laudo Arbitral, para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El anterior Laudo se notifica en audiencia y se suscribe con firmas escaneadas de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del decreto 491 de 2020.


FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Presidente


**JEANNETTE PATRICIA NAMÉN
BAQUERO**
Árbitro


**RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE
LAFONT PIANETA**
Árbitro


ADRIANA MARÍA ZAPATA VARGAS
Secretaria