

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

LAUDO ARBITRAL

EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB ESP

Vs

IT SYNERGY S.A.S Y LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

Radicación: 15900

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C. 13 de diciembre de 2019

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB ESP como convocante e IT SYNERGY S.A.S Y LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA como parte convocada, relacionadas con el “*Contrato de Consultoría No. 2-02-24300-0984-2014*”.

I. ANTECEDENTES

1. LAS PARTES

1.1. La Convocante

La Convocante dentro del presente trámite arbitral es la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB ESP (en adelante “El Acueducto” o “EAAB”)

1.2. Las Convocadas

La parte Convocada en el presente trámite arbitral esta integrada por las siguientes sociedades:

a. IT SYNERGY S.A.S, una sociedad colombiana, de naturaleza comercial, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., con Número de Identificación Tributaria - N.I.T: 900065399-7 (en adelante “IT Synergy”)

b. LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, una sociedad colombiana, de naturaleza comercial, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, y con Número de Identificación Tributaria - N.I.T: 860.524.654-6. (en adelante “Solidaria” o “la Aseguradora” de manera conjunta “las convocadas”).

Para efectos de este Laudo la Convocante y Convocada se denominarán conjuntamente como las “Partes”.

2. EL CONTRATO

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del “*Contrato de Consultoría No. 2-02-24300-0984-2014*” (en adelante el Contrato).

3. EL PACTO ARBITRAL

Este tribunal y el trámite que se viene surtiendo tienen como fundamento el pacto arbitral contenido en la cláusula Decima Octava del Contrato de Consultoría No. 2-02-24300-0984-2014.

La cláusula Decima Octava dispuso expresamente lo siguiente.

DECIMA OCTAVA. - CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, será sometida a un árbitro en cumplimiento de la Ley 1563 de 2013, artículos 7 y 8° que será designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien decidirá en derecho. Para efectos de su funcionamiento se aplicará en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

4. TRÁMITE DEL PROCESO

4.1. La demanda arbitral

El 23 de noviembre de 2018, EAAB, a través de apoderado judicial, formuló demanda arbitral en contra de IT Synergy y Aseguradora Solidaria., ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (en adelante, la "Demanda").

4.2. Nombramiento de los árbitros

De conformidad con el pacto arbitral invocado, el árbitro único fue designado, según sorteo público de árbitros adelantado el 29 de octubre de 2018 por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por conducto del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el árbitro único fue notificado de la designación y, encontrándose dentro del término de ley, manifestó la aceptación a la designación efectuada.

4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda.

El 14 de febrero de 2019 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal, oportunidad en la que se designó a María Isabel Paz Nates como secretaria, quien posteriormente aceptó tal designación y tomó posesión del cargo. Adicionalmente el Tribunal admitió la demanda

arbitral y ordenó correr el traslado correspondiente a las convocadas.

De la admisión fueron notificadas personalmente la Aseguradora e It Synergy el 18 y 19 de marzo de 2019 respectivamente

4.4. Contestación de la demanda.

La Aseguradora, a través de su apoderado judicial, contestó oportunamente la demanda el 11 de abril de 2019; por su parte, It Synergy S.A.S., a través de su apoderado judicial, contestó oportunamente la demanda el 17 de abril de 2019.

Mediante Auto N° 3 de 29 de abril de 2019 se corrió traslado de las contestaciones.

4.5. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios.

El 10 de mayo de 2019 fue efectuada la audiencia de conciliación que prevé el artículo 24 de la ley 1563 de 2012, sin que las partes llegaran a un acuerdo.

Encontrándose dentro del término de ley, la Convocante pagó los honorarios fijados a su cargo y, en vista de la ausencia de pago por parte de la Convocada, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la Convocante, dentro del plazo señalado, pagó los honorarios fijados a cargo de las Convocadas.

4.6. Primera audiencia de trámite.

El 12 de julio de 2019 tuvo lugar la Primera Audiencia de Trámite (Acta No. 6), en la que, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento. En esta misma audiencia, siguiendo lo previsto en la Ley, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda arbitral y en las contestaciones a la demanda.

5. PRUEBAS DEL TRÁMITE

Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente forma:

5.1. Documentales

- i) Los documentos aportados por EAAB junto con la demanda arbitral.
- ii) Los documentos aportados por IT Synergy junto con la contestación de la demanda.
- iii) Los documentos aportados por Aseguradora Solidaria junto con la contestación de la demanda.
- iv) De oficio se ordenó a la Convocante, allegar al expediente toda la documentación relacionada por IT Synergy en su escrito de contestación a la demanda.

5.2. Testimonios

El 16 de agosto de 2019 se recibieron, los testimonios de Jeimy Tatiana Morales Torres, Ana María Orozco Zuluaga y Marco Antonio Hernández Prado.

El 2 de septiembre de 2019 se recibieron los testimonios de Sandra Esther Gaitán Hidalgo, Yenny Lizeth Oliveros Rodríguez, Andrés Ernesto Rodríguez González,

El 4 de septiembre de 2019 se recibieron los testimonios de Astrid Fabiola León Ariza y Rito Alfonso Pérez Preciado.

De oficio, el Tribunal decretó los testimonios de Beatriz Hernández Castillo y Jorge Alejandro Caro Caro. El testimonio del señor Caro fue recepcionado el 18 de septiembre de 2019 y el de la señora Beatriz Hernández el 1 de octubre de 2019.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de fecha 1 de octubre de 2019, el Tribunal señaló fecha y hora para la audiencia de alegatos de conclusión (Acta No. 12).

El 13 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, en la que cada uno de los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos los cuales forman parte del expediente. Por su parte, el Ministerio Público también presentó su postura frente al caso e hizo entrega de un documento que contiene su intervención. En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó fecha y hora para la audiencia de lectura de laudo arbitral.

7. TERMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como quiera que las partes no pactaron nada distinto, el término de duración del presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, es de seis meses, y su computo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite el 12 de julio de 2019, por lo que, inicialmente el término de duración del proceso se extendería hasta el 12 de enero de 2020.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

II. SINTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En su Demanda, EAAB formuló ante el Tribunal las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Se declare que el contrato suscrito con la firma IT SYNERGY S.A.S. N° 2-02-24300-0984-2014 fue un negocio jurídico lícito y exento de vicios.

SEGUNDA: Que se declare que la firma contratista IT SYNERGY S.A.S. incumplió el contrato N° 2-02-24300-0984-2014 dentro del término del contrato.

TERCERA: Que se liquide por parte del juez, el contrato suscrito con la firma IT SYNERGY S.A.S. N° 2-02-24300-0984-2014.

CUARTA: Que se condene a la firma IT SYNERGY S.A.S. a pagar los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato equivalente a la porción de ese incumplimiento, porcentaje que equivale a un 70% del contrato aplicado proporcionalmente a la cláusula penal pecuniaria es decir la suma de SETENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$72.729.274,38) M/CTE

QUINTA: Que se condene a la demanda al reconocimiento u pago de los intereses mora liquidados desde la constitución en mora hasta la fecha de proferirse el Laudo arbitral y posterior al laudo hasta el pago efectivo y total de la condena a la tasa máxima de interés moratorio certificada por la Superintendencia Financiera en atención a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio sin exceder 1.5 veces el interés Bancario Corriente.

SEXTA: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones

contractuales por parte del contratista tomador del seguro se condene a la compañía aseguradora en su calidad de garante de cumplimiento a resarcir los daños ocasionados al beneficiario EAAB ESP por el valor de los perjuicios garantizados sin exceder la concurrencia de la suma asegurada descritos en la pretensión correspondiente.

SEPTIMA: Que se condene a la firma IT SYNERGY S.A.S. y a su garante de cumplimiento al pago de todas las agencias y costas del proceso derivadas del incumplimiento de sus obligaciones

2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos que sustentan las pretensiones transcritas son los especificados en la demanda.

3. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

En las Contestaciones a la demanda, los Demandados se opusieron a algunos de los hechos, aceparon unos y manifestaron que otros no le constan. En cuanto a las pretensiones formuladas por la Demandante se opusieron de manera expresa a todas, formulando las siguientes excepciones de mérito:

EXCEPCIONES FORMULADAS POR IT SYNERGY

1. Imposibilidad de promover la pretensión de incumplimiento cuando la entidad contratante no acredita haber cumplido su carga obligacional.

EXCEPCIONES FORMULADAS POR ASEGURADORA SOLIDARIA

1. Prescripción

2. Inexistencia de la obligación a cargo de Aseguradora Solidaria proveniente de la póliza de seguro de cumplimiento número 310-45-9940000001474. Si bien la eventual obligación del asegurador deriva de la póliza prescribió mucho antes de haberse presentado la demanda que origina este proceso, no aparece probado un siniestro que de nacimiento a la obligación del asegurador derivada de la misma.

3. Ausencia de prueba del perjuicio. Petición de modo indebido.

III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

1 PRESUPUESTOS PROCESALES.

Del recuento efectuado en los apartes precedentes, se concluye que la relación procesal existente en el caso presente se constituyó regularmente, que se encuentran reunidos los presupuestos procesales y que, en el desenvolvimiento de la misma no se configura defecto alguno que imponga darle aplicación los artículos 145 y 137 del Código General del Proceso, razón por la cual hay lugar a decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y para tal fin se efectúan las siguientes consideraciones

2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Tal y como lo ordena el artículo 280 del Código General del Proceso, la motivación de la sentencia, en este caso el laudo arbitral, debe limitarse al examen crítico de las pruebas con la explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. De igual forma se anota que conforme la norma citada, el juez siempre debe calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

El laudo debe contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en la ley.

Teniendo en cuenta la normatividad señalada, procede este Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, en el orden que este Despacho considera pertinente, sobre las excepciones propuestas por los demandados y las que de oficio considera decretar y finalmente las condenas que se considera procedente dictar en consonancia con lo decidido en la presente providencia, teniendo en cuenta que conforme lo ordena el artículo 282 del Código General del Proceso, *“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda ... Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes”*.

PRETENSIÓN PRIMERA

Que se declare que el contrato suscrito con la firma IT SYNERGY S.A.S. No. 2-02-24300-0984-2014 fue un negocio jurídico lícito y exento de vicios.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Ninguna excepción presentaron los demandados relacionadas con la validez del contrato cuyo incumplimiento se reclama en este proceso por parte de la demandante, a pesar de lo cual, al momento de exteriorizar los correspondientes alegatos de conclusión, tanto el demandado ASEGURADORA SOLIDARIA ENTIDAD COOPERATIVA LIMITADA como el Señor Agente del Ministerio Público, hicieron referencia a un eventual incumplimiento del principio de planeación en la celebración del contrato, sin precisar cuáles serían los efectos de la vulneración de tal principio, en el supuesto de aparecer demostrados en el proceso los hechos que hubieran dado lugar a tal vulneración.

Hemos hecho referencia en este punto al asunto de la presunta vulneración al principio de la planeación contractual antes de la celebración del contrato, invocado por los demandados anotados al momento de la presentación de sus alegatos de conclusión y por el Señor Agente del Ministerio Público, con el objeto de hacer las necesarias precisiones acerca de la validez del negocio cuyo incumplimiento se reclama en este litigio.

Se presenta en este acápite del laudo, referente a la pretensión de declaración de validez del contrato, en razón a que la supuesta vulneración de este principio, antes de la celebración del acuerdo negocial, conduciría eventualmente a su nulidad absoluta, en los términos de lo decidido por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en diversas providencias que ha dictado sobre la materia.

Sea lo primero anotar que, a juicio de este fallador, como se reiterará a lo largo del presente laudo, la norma cardinal inspiradora de cualquier decisión judicial es la contenida en el artículo 164 del Código General del Proceso, a cuyo tenor *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"*. Así las cosas, analizado el acervo probatorio obrante en el plenario, encuentra el Despacho que existe prueba suficiente que demuestra que, en el caso del contrato de marras, se vulneró ostensiblemente el principio de planeación contractual, antes de su celebración.

Se insiste en que la transgresión al referido principio debe presentarse antes de la celebración del contrato, pues, a juicio de este árbitro, la conducta de las partes durante la ejecución de las obligaciones contractuales debe analizarse bajo directrices diferentes a las propias de la aplicación del principio de planeación, sin perjuicio de considerar que la vulneración de este principio incide evidentemente en la ejecución de las obligaciones contractuales después de la celebración del contrato.

Revisada la integridad del expediente, se echa de menos la existencia de los estudios previos que debieron elaborarse antes de la celebración del contrato, a pesar de las oportunidades probatorias que tuvieron las partes para aportarlos al plenario, motivo por el cual aparece ostensible el incumplimiento del principio de planeación.

FUNDAMENTO LEGAL DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 209 de la Constitución Nacional, *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...) Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”*.

En materia específica de contratación estatal, siguiendo los derroteros fijados por la norma constitucional transcrita, la ley 80 de 1993 y las disposiciones que la han modificado, adicionado, reglamentado y aclarado, establecen una serie de principios que deben ser atendidos con rigurosidad, no solo por las entidades estatales, sino por aquellas personas que pretenden celebrar contratos con el Estado.

Así las cosas, el artículo 23 de la ley 80 de 1993 presenta expresamente los principios que se enuncian así: *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”*. (el resaltado es ajeno al texto original). Nótese como aspecto importante, para los efectos del presente laudo, que los destinatarios de la norma son todos quienes intervengan en la contratación estatal y no solamente las entidades públicas en sentido amplio.

Como puede notarse, el artículo 23 de la ley 80 de 1993, solamente establece tres principios básicos que deben tenerse en cuenta en la contratación pública, lo que no obsta para considerar que, además, existen otros principios orientadores de la actividad contractual con el Estado, como lo es el denominado principio de planeación, que no se encuentra descrito específicamente en una norma constitucional o legal, sino que se deriva de la aplicación de los señalados tres principios legales.

En particular, la jurisprudencia vernácula ha venido señalando que el principio de planeación es una derivación del de economía, en los siguientes términos:

“El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden”.¹

En especial, el principio de planeación se debe aplicar durante la etapa precontractual, según lo enseñan las siguientes disposiciones:

1. El artículo 25 de la ley 80 de 1993, al hacer referencia al principio de economía, establece en su numeral 6, el deber de las entidades públicas de contar, previa apertura de procesos contractuales, con la respectiva disponibilidad presupuestal; en su numeral 7 el deber de contar con los estudios de conveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para el efecto; y en su numeral 12, la obligación de contar con los estudios, diseños y proyectos requeridos con la debida antelación a la apertura del procedimiento.

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012). Radicación número: 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489)

A su turno, el numeral 3 del artículo 26, hace responsables a las entidades y servidores públicos por abrir procesos, sin haber elaborado previamente los estudios previos de forma clara, completa y precisa.

2. La Ley 1150 de 2007, por su parte, fortaleció el principio de planeación en la etapa precontractual, estableciendo la obligatoriedad de la publicación del proyecto de pliego de condiciones y estudios previos, que garantizaran y permitieran de manera veraz, suficiente y oportuna, suministrar al público la información de los procesos de selección.

3. La Ley 1474 de 2011, fortaleció el principio de planeación en la etapa precontractual, mediante la modificación del numeral 12, artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como ya se señaló, en lo que tiene que ver con el deber de contar previamente con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del objeto, de tal manera que se logren evitar dilaciones o incumplimientos contractuales por falta de previsión y correcta elaboración de estudios.

4. El hoy derogado decreto 734 de 2012, vigente para la época de perfeccionamiento del contrato cuyo incumplimiento se demandó ante este Tribunal, denominó a la etapa precontractual de elaboración de estudios previos como etapa de planeación contractual, introduciendo el tema de la planeación en la etapa precontractual y, concretamente, no sólo para los procesos de licitación pública sino también para los procesos de selección abreviada y concurso de méritos.

5. Finalmente, para el caso que nos ocupa, el Manual de Contratación de la Empresa y Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, vigente al momento de la contratación, disponía en su artículo 20 la obligación de realizar un estudio previo con todos los requisitos enlistados en la disposición en cita.

Es este entonces un concepto aplicable solo para actividades anteriores a la celebración del contrato. Para el presente proceso aparece demostrado que se presentaron hechos constitutivos de vulneración al principio de planeación contractual, como adelante se verá.

Se trae a colación el tema al resolver esta pretensión, pues conforme lo sostiene la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la vulneración del principio de planeación contractual tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato, que por ende debería en principio ser declarada de oficio por este operador judicial.

LOS ESTUDIOS PREVIOS COMO INTEGRANTES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Los estudios previos, como insumos obligatorios dentro del período anterior a la celebración del contrato, constituyen la aplicación precisa del principio de planeación en la contratación estatal.

La jurisprudencia contencioso administrativa ha precisado que resulta imperiosa la obligación, por parte de los entes públicos, de atender el cumplimiento del principio de planeación durante la etapa precontractual, que se compone no solo de la elaboración de unos estudios previos, sino que indica que ellos deben confeccionarse de manera seria y completa, con antelación a la apertura de los procesos, de forma tal que se determinen unos parámetros claros para la ejecución efectiva de las obligaciones del contrato que pretende celebrarse, así:

“De conformidad con la disposición referida, antes de ordenar la apertura de la licitación o el concurso, en desarrollo del principio de planeación, la entidad pública deberá verificar que cuenta con la respectiva partida presupuestal para adelantar el proyecto, así mismo deberá elaborar los estudios técnicos y de conveniencia requeridos que justifiquen la contratación y señalen sus principales características junto con las condiciones que al respecto existan en el mercado; igualmente, está facultada para elaborar los respectivos pliegos de condiciones en los cuales se determine claramente el objeto de la contratación, los términos en que ésta se llevará a cabo, los derechos y obligaciones de las partes, la forma en que se hará la selección del contratista con indicación de los respectivos criterios o factores de evaluación; dichos pliegos o términos de referencia deberán acoger las orientaciones contenidas en el numeral 5º del artículo 24 del Estatuto Contractual”.²

Ahora bien, resulta también pertinente aclarar que el cumplimiento de la obligación de elaborar los estudios previos es aplicable a toda clase de procedimientos de contratación, como lo señaló la jurisprudencia en los siguientes términos:

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Proceso número: 850012331000030901. Radicación número: 15324

“Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa. Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios no prioritarios ni necesarios”.³

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE ELABORACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS, VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN. NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO.

Como se anotó, en el presente proceso no aparece acreditado dentro del plenario que se hubiesen elaborado los estudios previos con anterioridad a la celebración del contrato, situación que además, como se deriva de las pruebas que se señalarán, condujo a una absoluta falta de claridad en la ejecución de las obligaciones derivadas de este, con nefastas consecuencias no solo para las partes sino para la comunidad en general.

En efecto, lo que concluye este fallador después de analizar las pruebas obrantes en el proceso, es que debido a la falta de planeación antes de la celebración del contrato, ninguna de las partes tenía claro cómo iba a cumplir con sus obligaciones contractuales, dando por sentado que el cumplimiento de ciertas cargas le correspondía a la otra, todo ello debido, se repite, a la falta de planeación antes de la celebración del contrato.

Tales pruebas son las siguientes:

DECLARACIÓN DE JEIMY TATIANA MORALES TORRES (Vinculada al demandado IT SINERGY).

“Como obstáculos que ellos pusieron para la ejecución del proyecto, inicialmente nuestro contrato es con el Acueducto, pero ellos nos manifestaron que había otras partes intervinientes que estaban involucradas y que era necesario involucrarlas dentro del

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C.: 25.02.2009. Expediente: 15797.

proyecto para que se ejecutara en su totalidad ... Entre esas estaba la CAR, la Secretaría de Ambiente perdón el Ideam, la Gobernación de Cundinamarca y pues ante esto ellos nos solicitaron que nosotros debíamos estar entrevistándonos con cada una de estas entidades para recolectar la información y que sin esto no se podría llevar a cabo la ejecución del contrato. Sin embargo, nosotros accedimos a asistir a todas estas reuniones de hecho yo era una de las personas que iba a hacer las visitas en cada una de estas entidades para recolectar la información, saber qué información se requería para el cálculo de los indicadores acompañamos a todas las visitas que nos solicitaba la supervisora del contrato que en ese momento era la señora Beatriz ...

DR. HERRERA: Usted nos habló aquí al comienzo o le entendí así que hubo necesidad de acudir a otras entidades para efectos del desarrollo del objeto contractual eso es así?

SRA. MORALES: Sí nosotros asistimos a diferentes entidades para la recolección de la información.

DR. HERRERA: Había alguna previsión si lo sabe claro en el contrato de la necesidad de acudir a este tipo de entidades para efectos de cumplir con el objeto pactado?

SRA. MORALES: No, que recuerde no, simplemente la señora Beatriz que era la supervisora en ese momento encargada, ella nos decía vea para el cálculo de los indicadores están tales entidades que tienen información y presupuesto nacional aprobado para la ejecución de este contrato requiere que ellos estén involucrados dentro de la ejecución de este, para las fórmulas de los cálculos de los indicadores y demás.

Por eso nosotros accedimos a recolectar la información, cuando ya se tenía el documento que nosotros le dijimos a la señora Beatriz vea nos reunimos con la CAR y que ellos ya tienen tales indicadores calculados entonces que no requieren de la información de acá, que la secretaria de ambiente no tiene la información digitalizada, que todos la tienen en unos Excel, en unos archivos físicos y hasta que alguien las escanee y las digite no nos la puede entregar.

Incluso dentro del Acueducto había diferentes áreas que tenían la información y ellos tampoco se habían puesto de acuerdo de cómo se iba a entregar la información, solo como unas dos o tres áreas se enviaron unos acercamientos de información, pero puntualmente no la entregaron completa, la gobernación dijeron mucho por participar, pero nosotros no tenemos información para entregarles, el IDEAM sí estuvieron muy dispuestos a entregar

información nos entregaron algunos mapas, algunas tablas para empezar a realizar el tema del diseño que es el producto que estaba planteado dentro del contrato.

Ya al final cuando le dijimos a la señora Beatriz mire tenemos todos estos puntos de vista, dijo, no pues entonces vámonos con lo que tengamos del Acueducto porque si las otras entidades no entregan no podemos hacer nada, ya hemos perdido 6, 7 meses de trabajo”.

DR. ...: La segunda es, desde su formación técnica considera usted que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá debe tener la información que usted manifestó hace un momento de las entidades externas para poder culminar el producto, para lograr el normal desarrollo de la ejecución del contrato?

SRA. MORALES: Sí, el proceso o el curso normal de este tipo de contratos es que nosotros vamos directamente a la persona que nos contrata a hacer el levantamiento de la información, ellos nos dicen la primera instancia es que nosotros empecemos a conocer el negocio, qué es, cómo funciona la entidad, porque pues nuestro rol es el desarrollo de tecnología, base de datos etc.

Nosotros no conocemos cómo se calculan los indicadores cómo procede la entidad, entonces el primer paso de nosotros es empezar a conocer la entidad, nosotros vamos y hacemos unas sesiones de levantamiento de la información directamente con el cliente con el que contratamos, debería ser requisito que la entidad cuente como la entidad en ese caso no contaba con esos datos por eso fue que aludieron a que teníamos que tener información de la CAR, de las entidades que ya relacioné.

Por qué, porque algunos de los indicadores que estaban planteados durante la ejecución del contrato dentro de la actividad no se tenían datos, algunos otros si ya los tenía porque ellos estaban haciendo unos estudios previos, pero como les digo cuando íbamos a reunirnos con las diferentes áreas, dentro de la misma entidad ellos tampoco tenían la información organizada para entregarla de acuerdo a cómo se requerían para hacer el desarrollo.

Por eso yo si considero que las entidades que lo hacen un tipo de contratación lo hacen porque cuentan con los datos, o por lo menos tiene conocimiento de qué se va a desarrollar lo que tienen que tener listo la capacidad técnica de persona que conozca el contrato que se debe ejecutar para que se hagan criterios con respecto al desarrollo que se va a plantear”.

DECLARACIÓN DE ANA MARÍA OROZCO ZULUAGA (Vinculada a IT SYNERGY).

“DR. HERRERA: El objeto final era el cálculo de los indicadores?”

SRA. OROZCO: Era el cálculo de los indicadores a partir de una estrategia de inteligencia de negocios.

DR. HERRERA: Ok, por qué no se llegó a ese objeto final o a ese producto final?

SRA. OROZCO: Tenemos la metodología, la metodología consta de 4 pasos, el primer paso es análisis y diseño, arquitectura posterior a la arquitectura se empieza la implementación y en la implementación van las pruebas y posteriormente se pasa a provisión.

Empezamos a la etapa de análisis y diseño, la etapa de análisis de diseño digamos que el Acueducto era el encargado de la definición de esos indicadores porque ellos son los que conocen el negocio nosotros somos los expertos en la tecnología y con eso de manera conjunta aquí tenemos el lado de la tecnología, aquí tenemos la definición del negocio y con eso entonces nos articulamos para poder llevar a cabo ese sistema.

Dentro de esa definición pues digamos que había unas entidades como adscritas que son las encargadas también del cálculo de los indicadores, quien era el responsable de entregarnos a nosotros la definición de los indicadores es la entidad, el Acueducto, sin embargo, ellos durante la ejecución nos solicitaron que debíamos ir a las otras entidades adscritas como por ejemplo el Ideam a recoger esa información a definirla y a ponerla en el documento.

Entonces pues con el fin de dar continuidad al proyecto dentro de los tiempos establecidos por términos de costos y de todo lo que esto implicaba nosotros fuimos a cada una de las entidades recogimos esa información y la compilamos para presentarla en el documento, ese documento se presenta se tenía unos tiempos establecidos tanto a nivel de proyectos como a nivel de lo presente ustedes cierto tiempo para revisar los ajustes o los comentarios que se tengan nosotros tenemos cierto tiempo para revisarlos y así poder cumplir con los cronogramas establecidos”.

“DR. ...: Usted cómo llegó al conocimiento según el cual no era responsabilidad IT la reunión o la consecución de la información de ... distintas al Acueducto?”

SRA. OROZCO: En el contrato es la relación contractual es IT Sinergy Acueducto y es Acueducto quién debe proveer la información como tal del cálculo de los indicadores, ellos son digamos si ellos tienen fuentes externas nuestra fuente primordial y de acuerdo a la relación contractual es el Acueducto define todos los indicadores que estén dentro del alcance del proyecto, si el Acueducto digamos debía apalancarse en las otras entidades realmente nuestra fuente era el Acueducto precisamente para mitigar un riesgo dentro del desarrollo del software y es que alguien defina en este caso un tercero defina cómo se calcula un indicador.

Esto se apruebe se implemente y cuando se vea el resultado se diga el cálculo del indicador no era así, quién lo dijo, no lo dijo el tercero, pero es que yo soy quien le estoy definiendo, por eso realmente la definición debía venir directamente del Acueducto para mitigar ese riesgo de que un tercero estuviera digamos interviniendo y eventualmente definiendo algo que no era lo que el Acueducto estaba esperando”.

TESTIMONIO DE MARCO ANTONIO HERNÁNDEZ PRASDO (Representante legal de IT SINERGY).

“SR. HERNÁNDEZ: Estamos rindiendo acá la declaración debido a que Acueducto nos demandó por el proyecto que iniciamos en el 2015 nosotros teníamos que entregar 4 productos de los 4 productos entregamos dos productos, realmente ha sido para nosotros muy extenso el tiempo de entrega de producto no estuve de acuerdo a los tiempos que hemos planeado inicialmente, también ha sido muy desgastante porque lo que debimos entregar en un mes, dos meses aproximadamente el producto nos demoramos un año, después de haber el Acueducto aprobado y pagado.

Realmente ha sido para nosotros muy doloroso todo este camino porque contractualmente y el objeto del contrato decía que teníamos que hacer un sistema... de inteligencia de negocios y era un sistema en donde ya se había presentado y el Acueducto tenía claramente qué era lo que íbamos a hacer nos enfrentamos a trabajar con el equipo de gestión ambiental los cuales no eran idóneos para revisar los documentos que nosotros teníamos.

También nos pusieron hablar con la firma Epam a trabajar con ellos la cual tampoco era idónea y pues no era parte contractual y no eran idóneos para trabajar en los proyectos en los que nosotros trabajamos de tecnología, claramente en el objeto del contrato decía qué íbamos a hacer nosotros habíamos hecho una propuesta anteriormente y era un proyecto

tecnológico.

Entonces el desgaste y como les digo algo que era de dos meses duramos dos años haciendo fue tratando como de enfocar el proyecto en igual de la misma forma que hacíamos todos los proyectos nosotros y no pudimos cerrarlo, pero si tenemos todas las evidencias del trabajo que hicimos para poder llegar a este punto de poder entregar los 4 productos desafortunadamente estos productos tiene alguna secuencia y no podemos entregar productos como en paralelo, tenemos que esperar que un producto se finalizara y se aprobara para entregar los otros productos”.

“DR. HERRERA: Aquí se ha cuestionado o se ha manifestado que hubo algunas dificultades con el levantamiento de la información inicial en tanto que la empresa debió ir a otras entidades diferentes del Acueducto a efectos de recopilar información, la pregunta es eso no era posible preverlo antes de la celebración del contrato?

SR. HERNÁNDEZ: No, nosotros cuando iniciamos Acueducto nos dijo hay que ir a unas entidades porque hay que recoger unos indicadores que nosotros no tenemos y esto es un tema global, a nivel de alcaldía queríamos tenerlo globalmente.

DR. HERRERA: Perdón lo interrumpo cuando iniciaron?

SR. HERNÁNDEZ: Sí cuando iniciamos es que nos dijeron que para hacer el levantamiento teníamos que ir a ciertas entidades 6 entidades.

DR. HERRERA: Perdón lo interrumpo nuevamente, esa circunstancia no era previsible antes cuando usted miró los estudios previos, cuando usted miró los términos y condiciones de la invitación no era posible prever que esa función le iba a tocar hacerla si le adjudicaban el contrato?

SR. HERNÁNDEZ: Sí, lo que pasa es que en el estudio a nosotros nos dijeron que teníamos que recibir o trabajar con unos indicadores y esos indicadores teníamos que ir a recogerlos de parte de Acueducto, pero no sabían si los indicadores los tenía Acueducto todos o tenía que ir a alguna, para preverlo tenía que haberlo sentido y haber dicho oiga este indicador detallémoslo si esta acá el Acueducto nos toca ir a alguna entidad a la CAR bueno o me acuerdo el nombre de todas o no está, entonces todo ese trabajo sí se podía haber hecho, pero no podría haber hecho el levantamiento anteriormente.

Para nosotros después ya en el contrato haber dicho mire nosotros realmente no podemos hacer 30 indicadores, sino podemos hacer 5 porque esos 5 están en el Acueducto y son más fácil manejarlo eso es.

DR. HERRERA: Ustedes para efectos de presentar la propuesta partieron de la base de que esos indicadores ya estaban?

SR. HERNÁNDEZ: Partimos de la base que los indicadores estaban en el Acueducto el Acueducto qué nos entregó a nosotros, dijo mire hay unos indicadores que hacer son una cierta cantidad de indicadores después de que ustedes analicen el tamaño de todos vamos a escoger 5 realmente... no los escogía puede que digan el indicador que necesito estratégico de esos 30 son 5 están acá, allá lo tienen que ir a buscar ustedes".

TESTIMONIO DE SANDRA ESTHER GAITÁN HIDALGO (Funcionaria de la EAAB).

"DR. ...: IT Sinergy, usted recuerda si existió y cuál fue el problema con la seguridad de... del contratista debería conseguir información?

SRA. GAITÁN: Nosotros antes del inicio del contrato y durante todo el contrato tenía muchas reuniones con... con IT Sinergy para mostrarles qué información tenía que conseguir, cómo la tenían que procesar para hacer los cálculos de los indicativos y nos pusimos en contacto con todas las entidades, hicimos reuniones con todas las entidades y de ahí en adelante ellos tenían ya hecho el contacto conseguir la información que requiriera, pero sí tuvieron... con algunas entidades.

DR. ...: Qué...?

SRA. GAITÁN: Yo recuerdo un problema con la CAR específicamente porque en teoría los que tienen que generar esos sistemas de información y hacer la evaluación regional de aguas son las autoridades ambientales y no la empresa de Acueducto basándose en eso, ustedes aquí no se metan, no les entregamos ninguna información ni lo dejamos trabajar en este territorio ni nada por el estilo, con la CAR si hubo no fue para este contrato, sino para otros que teníamos de evaluación regional del agua.

DR. ...: Intervinieron ustedes a raíz de ese problema con la CAR?

SRA. GAITÁN: Tuvimos que hacer modificación a algunos contratos para trabajar solamente

en cuentas de interés de La Empresa de Acueducto y no meternos en ningún territorio CAR”.

“DR. ...: Por qué afirma eso que no lograron, puede explicar eso?

SRA. GAITÁN: Porque no llegaban con los productos cada reunión que llegaban es muy complejo, manejaba el sistema de información regional del agua es una cosa muy compleja de ingeniería, no solo tienes que tener los conocimientos de cómo elaborar un programa un aplicativo que tienen los ingenieros de sistemas, sino también tenía que tener el apoyo de un ingeniero especialista en hidrología de ... para manejar información espacial.

Pero ellos pensaban siempre que yo les iba a dar, o sea si yo tenía que calcular un indicador que era indicador X igual a A+B que La Empresa de Acueducto les iba a dar A y les iba a dar B, por más de que les explicábamos que para hallar A tenía que conseguir información en una entidad, en otra entidad procesarla, geo referenciarla y ahí si calcular, la conclusión en casi todas las reuniones era nosotros no vamos a hacer esos cálculos nuestro proceso de información se basa solamente en cambiar unidades y usted me da una unidad en metros yo se la cambio a centímetros, pero yo no voy a hacer ese proceso complicado no se puede hacer.

Era la conclusión de que no lo podían hacer, nosotros siempre decíamos nos están entendiendo porque nosotros le vamos a entregar los cálculos, el sistema debería hacerlos”.

DECLARACIÓN DE JORGE ALEJANDRO CARO CARO (Vinculado a la EAAB).

“DR. HERRERA: Discúlpeme, lo voy a ir interrumpiendo punto a punto para ir haciendo precisiones. ¿Por qué dice usted que involucraban varias entidades?

SR. CARO: Porque es que tenían que entregar información que debía cargarse en el proyecto para mostrar los indicadores. El... era la evaluación regional del agua, que eran 14 indicadores y esos 14 indicadores se componían de varias entidades, varia información de entidades y esos indicadores mostraban un resultado.

DR. HERRERA: Según su criterio ¿quién debía involucrar a esas entidades de la que usted nos acaba de mencionar dentro de la ejecución del contrato?

SR. CARO: Dentro de la ejecución del contrato lo que se hizo fue que el Acueducto facilitó y ayudó al contratista, y los llevó y lo presentó en las entidades, inclusive lo acompañamos,

yo lo acompañé, yo estuve presente, yo lo acompañé como en 2 o 3 reuniones con la CAR y el IGAG para explicarle de qué se trataba el proyecto y entregaran la información”.

PRUEBAS DOCUMENTALES.

Como consta en las documentales que obran en el expediente, el contrato se suscribió en el mes de diciembre de 2014, pero su ejecución se inició el 16 de marzo de 2015, por un plazo de 9 meses.

Se puede corroborar de los documentos anexos que entre la firma del contrato y la fecha de inicio se llevaron a cabo una serie de reuniones entre el contratante y el contratista, tendientes a contextualizar las labores que se debían llevar a cabo y a elaborar un plan de calidad, que finalmente se aprueba el día 13 de marzo de 2015, dos días antes de la fecha en la que se suscribe el acta de inicio de las labores.

De ahí en adelante, se comienzan a llevar a cabo una serie de reuniones entre las partes, de cuyas “ayudas de memoria” se puede verificar que el cumplimiento avanza muy lentamente. Es más, llama la atención que el día 7 de abril de 2015 se deja evidencia de la presencia de una serie de inconvenientes y “falta de interés de las partes”. De igual forma, en la ayuda de memoria de la reunión del 14 de abril de 2015, se señala que ella es dirigida por el consultor IT “para dar a conocer el término (IB) inteligencia de negocios”. Ese mismo día se deja constancia de que “las primeras reuniones fueron de contextualización con las entidades”. El día 23 de abril de 2015, “se trabaja sobre el proceso de obtención de datos de las estaciones y así obtener los caudales”. El día 24 de abril la CAR “hizo una intervención en la reunión donde expresa que no hay una unión de las entidades y compromiso real y que la información está siendo generada de forma independiente”. El día 25 de mayo de 2015 se especifica que la CAR ha notificado al IDEAM para que con el liderazgo de ellos se convoque a una reunión interinstitucional urgente para evaluar su participación en el proyecto y el 26 del mismo mes se programa una “mesa de trabajo” a la que no asiste la CAR.

Así, se llevan a cabo una serie de reuniones que culminan, en esta fase, el día 27 de julio de 2015, en la que se manifiesta que “el consultor IT SINERGY S.A.S. no han entendido los alcances del proyecto”, lo que da lugar a la primera suspensión del contrato.

Con posterioridad, se realizan una serie de reuniones y suspensiones del contrato, derivadas de la falta de consolidación de la información necesaria para dar cumplimiento al objeto contractual, de todas las cuales hay evidencia en el expediente, hasta que finalmente expira

el plazo contractual, dentro del cual el contratista solo cumplió una parte de las obligaciones del contrato, por la cual recibió el pago que se acredita en el expediente.

De las pruebas reseñadas, amén de la inexistencia del documento de estudios previos, a juicio de este fallador, surge de bulto la vulneración del principio de planeación contractual, que conduce indefectiblemente a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, conforme reiterada jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso administrativo, cuyo contenido comparte este despacho.

En efecto, conforme lo ha indicado la jurisprudencia, después de trasegar por varios criterios a los cuales no nos referiremos en este laudo por no ser de interés en la decisión, finalmente se ha adoptado el siguiente discernimiento que, se repite, es compartido por este fallador:

“Ha sido la posición de esta Sala de Subsección decretar la nulidad absoluta del contrato cuando encuentra que este adolece de objeto ilícito por infringir el principio de planeación, en desconocimiento de los artículos 209, 331 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la ley 80 de 1993; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

...

Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Pero, por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las

falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual.

...

En este sentido, la Sala reitera que en determinados y concretos eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias que producen esta mácula sean:

1. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.
2. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.
3. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

En tales eventos el juez debe oficiosamente declarar la nulidad advertida, aunque se aclara que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto".⁴

Según lo expuesto, en este caso es evidente que se presentaron los supuestos indicados en los numerales 2. y 3. señalados en la jurisprudencia transcrita, pues de las declaraciones de

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01(51489)

los testigos y de la documental arrojada al proceso, desde el comienzo del contrato era evidente que el plazo contractual no se iba a cumplir, como lo expresa con claridad el representante legal del contratista en su declaración, amén de las enfrentadas declaraciones de los funcionarios de cada uno de los contratantes, pues para cada uno de ellos la responsabilidad del levantamiento de la información era del otro, sin que se halle solución en el contrato que nos permita clarificar a qué parte le correspondía cumplir con la señalada obligación, precisamente debido a la falta de planeación, además de que, se insiste, no obra en el plenario el documento de estudios previos, si es que en verdad existió.

De las declaraciones rendidas, además, se evidencia que cada una de las partes reprocha a la otra el no contar con especialistas en las materias respectivas, es decir, el demandante censura que el contratista no dispusiera de personas conocedoras en el tema de recursos hídricos, en tanto que éste se duele de que aquel no hubiera puesto al servicio del contrato especialistas en sistemas con conocimientos de BI. La señalada situación lo que denota, a juicio del sentenciador, es que existió la más absoluta falta de planeación y claridad antes de la celebración del contrato, lo que significó que, verbigracia, cuatro meses después del inicio de la ejecución de las obligaciones, el contrato se suspendiera simultáneamente con la manifestación del contratante de que el contratista no había entendido los alcances del proyecto, cuando en ese momento ya se estaba llegando casi a la mitad del plazo de ejecución del contrato.

Por lo demás, conforme se desprende de la documental analizada, es también claro que el cumplimiento de las obligaciones contractuales dependía de las decisiones de terceros, que además, según la misma cartular, no era fácil de obtener debido a que algunos de ellos, como la CAR, resultaron ser bastante celosos en el suministro de la información que se requería para el cumplimiento del objeto contractual, con lo cual queda también demostrado que la ejecución del contrato dependía de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.

Con base en lo anotado, en criterio de este árbitro el contrato es absolutamente nulo debido a la ilicitud de su objeto por la vulneración del principio de planeación.

DE LAS RESTITUCIONES MUTUAS.

Como efecto de la declaración de nulidad absoluta del contrato, debe darse aplicación a lo preceptuado por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor,

“La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrà lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

La señalada disposición resulta aplicable a la situación materia de este litigio, comoquiera que se trata de un contrato de ejecución sucesiva, en el que el contratista cumplió con una parte de sus obligaciones, como lo acepta el contratante al señalarlo así en las pretensiones de la demanda, por lo cual el contratista recibió la remuneración correspondiente. Lo expuesto indica que el contratista cumplió parcialmente con el objeto contractual y recibió la remuneración atinente a tal cumplimiento.

Por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos contratos de ejecución instantánea, en los que, en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad, este tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes.

Así las cosas, como la parte cumplida del contrato ya fue remunerada por el contratante al contratista, no habrá lugar a decretar restitución alguna a favor de ninguna de las partes.

Debido a que se declara la nulidad del contrato cuyo incumplimiento se solicitó en este proceso, no hay lugar a condena en costas a favor de ninguna de las partes.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver en derecho las diferencias contractuales surgidas entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ e IT SYNERGY S.A.S y LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE

TRIBUNAL ARBITRAL DE EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB ESP
CONTRA

IT SYNERGY S.A.S Y LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, administrando justicia en cumplimiento de la misión encomendada por las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Por las razones expuestas en la parte considerativa de este laudo, declarar la nulidad absoluta del Contrato No. 2-02-24300-0984-2014.

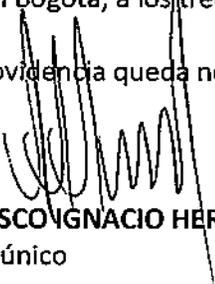
SEGUNDO: Como consecuencia de la decisión primera, negar la totalidad de las pretensiones formuladas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

TERCERO: Como consecuencia de la decisión Primera y por haberse remunerado al Contratista, no se decreta restitución alguna a favor de ninguna de las partes.

CUARTO: No condenar en costas.

Dado en Bogotá, a los trece (13) días del mes de diciembre de 2019.

Esta providencia queda notificada en estrados.


FRANCISCO IGNACIO HERRERA G.
Árbitro único


MARÍA ISABEL PAZ NATES
Secretaría

1. TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES.....	2
1. LAS PARTES.....	2
1.1. La Convocante.....	2
1.2. Las Convocadas.....	2
2. EL CONTRATO	2
3. EL PACTO ARBITRAL.....	3
4. Trámite del Proceso	3
4.1. La demanda arbitral.....	3
4.2. Nombramiento de los árbitros.....	3
4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda.....	3
4.4. Contestación de la demanda.....	4
4.5. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios.	4
4.6. Primera audiencia de trámite.....	4
5. Pruebas del trámite	4
5.1. Documentales	4
5.2. Testimonios.....	5
6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	5
7. TERMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	6
II. SINTESIS DE LA CONTROVERSIA	6
1. Las pretensiones de LA DEMANDA	6
2. los hechos de la demanda	7
3. La Contestación a la Demanda	7
III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO	8
1 Presupuestos Procesales.....	8
2 Consideraciones del Tribunal.....	8
IV. PARTE RESOLUTIVA	26
Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá	28

TRIBUNAL ARBITRAL DE EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAAB ESP
CONTRA

IT SYNERGY S.A.S Y LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

1. Tabla de contenido 28