

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

## **TRIBUNAL DE ARBITRAJE**

**EMPRESA DE ACUEDUCTO,  
ALCANTARILLADO Y ASEO DE  
BOGOTÁ E.S.P.**

**CONTRA**

**CONSORCIO LOS CEDROS**

**(INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES  
CONSTRUCTORES CONSULTORES  
S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO  
ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.)**

**LAUDO ARBITRAL**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.

CONTRA

CONSORCIO LOS CEDROS (INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES  
CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO  
ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S.)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** como parte Convocante, y **CONSORCIO LOS CEDROS** (integrado por **CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA S.A.S.**) como parte Convocada, profiere el presente Laudo Arbitral una vez agotadas las etapas procesales que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y normas complementarias) prevé para el desarrollo del proceso arbitral, con la observancia plena de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y estando dentro de la oportunidad para hacerlo.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

**1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO.**

Los extremos de este proceso arbitral son los siguientes:

**1.1.- La Parte Convocante.**

La parte Convocante en este proceso es la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. - EAAB**, Empresa de Servicios Públicos debidamente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por su Gerente, tal y como consta en los documentos que obran en el proceso.

**1.2.- La Parte Convocada.**

La parte Convocada en este proceso está conformada por el **CONSORCIO LOS CEDROS**, integrado a su vez por las siguientes personas jurídicas:

i.- **POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S.**, persona jurídica de derecho privado debidamente constituida y representada, domiciliada en Bogotá, e identificada con NIT 830025215-6, lo cual consta en el certificado de existencia y representación obrante en el expediente.

ii. - **AGAMA S.A.S.**, persona jurídica de derecho privado debidamente constituida y representada, domiciliada en Bogotá, e identificada con NIT 830030509-6, lo cual consta en el certificado de existencia y representación obrante en el expediente.

iii. - **CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S.**, persona jurídica persona jurídica de derecho privado debidamente constituida y representada, domiciliada en Bogotá, e identificada con NIT 900246624-7, lo cual consta en el certificado de existencia y representación obrante en el expediente.

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

## 2.- EL PACTO ARBITRAL.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es la contenida en el Contrato 10-01-3100-1470-2013, que del siguiente tenor:

*“VIGÉSIMA.- 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, serán sometidas a tres árbitros en cumplimiento de la Ley 1563 de 2012, artículos 7 y 8, que serán designados así: dos designados por cada una de las partes y un tercero designado de común acuerdo por las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien decidirá en derecho. Para efectos de su funcionamiento se aplicará el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”.*

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

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

3.1.- Por intermedio de apoderado judicial, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. presentó demanda arbitral el 29 de junio de 2017, con la que se dio inicio a este proceso.

3.2.- Agotado el trámite de la designación de árbitros, aspecto sobre el cual se ahondará más adelante, luego de que ellos aceptaron su designación y se cumplió con lo preceptuado por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 8 de noviembre de 2017.

En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado, fijó como su sede y la de su Secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente designó Presidente y Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó su designación y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

3.3.- Mediante Auto No. 2 del 8 de noviembre de 2017, se admitió la demanda inicial y se ordenó correr traslado de ella por el término que la ley prevé para estos efectos al extremo Convocado y se tuvo como litisconsorte cuasinecesario a la Fiduciaria Popular S.A, a quien además se le corrió traslado por el término de Ley.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE**  
**EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL**  
**CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES**  
**CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE**  
**INGENIERÍA S.A.S.**

---

**3.4.-** Efectuada la notificación en la forma prevista en la Ley, el 17 de enero de 2018, por conducto de apoderado judicial, POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. contestó la demanda arbitral y formuló demanda de reconvención.

**3.5.-** Surtida la notificación personal de Fiduciaria Popular S.A., dicho sujeto procesal interpuso recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda, del cual se le corrió traslado a las partes y, mediante Auto No. 3 del 6 de marzo de 2018, el Tribunal revocó los numerales 3º y 4º del Auto del 8 de noviembre de 2017.

**3.6.-** El 30 de abril de 2018, el CONSORCIOS LOS CEDROS, por medio de apoderado judicial, dio contestación a la demanda y formuló demanda de reconvención.

**3.7.-** Mediante Auto No. 4 del 23 de mayo de 2018, el Tribunal resolvió tener por contestada en tiempo la demanda arbitral por parte del CONSORCIO LOS CEDROS, por POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y por CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., así como también resolvió inadmitir las demandas de reconvención formuladas por el CONSORCIO LOS CEDROS y por POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA.

**3.8.-** El 1º de junio de 2018, el apoderado judicial de POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S. presentó escrito de subsanación de la demanda de reconvención, lo cual, a su turno, hizo el apoderado judicial del CONSORCIO LOS CEDROS, en la misma fecha.

**3.9.-** Mediante Auto No. 5 del 25 de junio de 2018, el Tribunal admitió las demandas de reconvención formuladas por el extremo Convocado en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., así como se ordenó notificar al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE.

**3.10.-** El 5 de septiembre de 2018, la parte Convocante contestó en tiempo las demandas de reconvención formuladas por POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S., CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S. y el CONSORCIO LOS CEDROS.

**3.11.-** Mediante Auto No. 6 del 25 de septiembre de 2018, el Tribunal resolvió tener por contestadas en tiempo las demandas de reconvención y, además, corrió traslado simultáneo y conjunto tanto de las excepciones de mérito propuestas respecto de la demanda inicial y de la demanda de reconvención, como de las objeciones a los juramentos estimatorios.

**3.12.-** El 3 de octubre de 2018 la parte Convocante EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. presentó reforma de la demanda arbitral.

**3.13.-** Mediante Auto No. 7 del 26 de octubre de 2018, el Tribunal admitió la reforma de la demanda arbitral y ordenó correr traslado de la misma al extremo Convocado.

**3.14.-** El 21 de noviembre de 2018, el CONSORCIO LOS CEDROS y AGAMA S.A.S., así como POLO ASOCIADOS S.A.S. y CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., contestaron la demanda reformada y presentaron demanda de reconvención en contra de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE**  
**EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL**  
**CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES**  
**CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE**  
**INGENIERÍA S.A.S.**

---

**3.15.-** Mediante Auto No. 8 del 16 de enero de 2019, el Tribunal resolvió admitir las demandas de reconvencción y ordenó correr traslado a la demandada en reconvencción EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

**3.16.-** El 11 de febrero de 2019 el apoderado judicial de la demandada en reconvencción EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. presentó sendos escritos de contestación de las demandas arbitrales de reconvencción.

**3.17.-** Mediante Auto No. 9 del 19 de febrero de 2019, el Tribunal tuvo por contestada en tiempo por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., la demanda de reconvencción formulada por CONSORCIO LOS CEDROS, AGAMA S.A.S., así como la reconvencción de CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S. y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. Igualmente, corrió traslado simultáneo y conjunto tanto de las excepciones de mérito propuestas respecto de la demanda reformada y de las demandas de reconvencción, como de las objeciones a los juramentos estimatorios.

**3.18.-** Que el 27 de febrero de 2019, las partes presentaron escritos de oposición a las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la reforma de la demanda arbitral y en la contestación de las demandas de reconvencción, así como de las objeciones al juramento estimatorio.

**3.19.-** Que en la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, las partes solicitaron la suspensión de la diligencia con el objeto de explorar fórmulas de arreglo, razón por la cual, el Tribunal, mediante Auto No 10 del 7 de marzo de 2019, resolvió acceder a la solicitud de aplazamiento de la audiencia, señalando como nueva fecha y hora el 2 de abril de 2019.

**3.20.-** Mediante Auto No. 11 del 4 de abril de 2019, por solicitud de la parte Convocante, el Tribunal resolvió acceder a la solicitud de aplazamiento de la continuación de la audiencia de conciliación, señalando como nueva fecha y hora el 10 de abril de 2019.

**3.21.-** El 10 de abril de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, la cual resultó fallida por no existir ánimo conciliatorio entre las partes. Una vez agotaba la etapa conciliatoria, en la misma diligencia, mediante Auto No. 12, el Tribunal fijó sus honorarios y gastos.

**3.22.-** Como quiera que la parte Convocante pagó oportunamente las sumas señaladas en el Auto No. 12 del 10 de abril de 2019, el Tribunal fijó como fecha y hora para llevar a cabo la primera audiencia de trámite el 9 de mayo de 2019.

**4.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.**

**4.1.-** El 9 de mayo de 2019 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal, después de analizar el alcance del pacto arbitral y los asuntos sometidos a arbitraje, mediante Auto No. 14 se declaró competente para conocer del asunto sometido a su conocimiento.

**4.2.-** En contra de la providencia mediante la cual el Tribunal se declaró competente, el apoderado de la parte Convocante interpuso recurso de reposición, toda vez que, en su sentir, el Tribunal de Arbitraje no era competente para resolver la controversia

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE**  
**EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL**  
**CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES**  
**CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE**  
**INGENIERÍA S.A.S.**

---

pues, a su juicio, operó el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control. Luego de correr traslado a los demás intervinientes procesales, el Tribunal resolvió no reponer la providencia recurrida, toda vez que el análisis de la excepción de mérito de caducidad sería abordado en el laudo arbitral.

**4.3.-** En firme el auto mediante el cual el Tribunal asumió competencia, mediante Auto No. 15 el Tribunal procedió a dar apertura a la etapa probatoria del proceso.

**4.4.-** La etapa de instrucción del proceso se adelantó debidamente y las pruebas fueron practicadas en audiencias celebradas en la sede del Tribunal.

**4.5.-** Agotada la instrucción del proceso, y luego de efectuar el saneamiento de Ley, el Tribunal señaló como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de alegaciones finales el 3 de octubre de 2019. En ella, tanto la Convocante como el extremo Convocado expusieron oralmente sus alegaciones y entregaron la versión escrita de sus intervenciones.

**4.6.-** Mediante Auto No. 26 del 3 de octubre de 2019, el Tribunal concedió un plazo adicional de cinco (5) días al Agente del Ministerio Público para la presentación de su concepto, así como también señaló fecha y hora para la audiencia de laudo arbitral.

#### **5.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.**

La primera audiencia de trámite de este proceso se surtió el día 9 de mayo de 2019, por lo que el término de duración, que es de seis (6) meses, vencería inicialmente el 9 de noviembre de 2019

Al término de duración del proceso se le deben agregar o adicionar los días en que el mismo estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes con las limitaciones previstas en la ley, así:

<b>Auto que decretó la suspensión</b>	<b>Suspensión</b>	<b>Total días calendario suspendidos</b>
Auto No. 26 del 3 de octubre de 2019	Entre el 11 de octubre de 2019 y el 26 de noviembre de 2019, ambas fechas inclusive	47
	<b>TOTAL</b>	<b>47</b>

Por lo anterior, al adicionarse al 9 de noviembre de 2019, 47 días calendario de suspensión, el término de duración se extiende hasta el 26 de diciembre de 2019, motivo por el cual la expedición del Laudo Arbitral hoy veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) es oportuna.

### **CAPÍTULO SEGUNDO**

#### **SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

##### **1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA**

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

*"PRETENSIONES PRINCIPALES:*

*PRIMERA: Se declare que el CONSORCIO LOS CEDROS vulneró el principio constitucional y contractual de la BUENA FE.*

*SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior se declare que el CONSORCIO LOS CEDROS incumplió primero el contrato.*

*TERCERA: Se declare la resolución del contrato por incumplimiento.*

*CUARTO: Se condene a la convocada al pago de la cláusula penal pecuniaria por LA SUMA DE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1'559.103.768).*

*QUINTO: Que se condene solidariamente a la parte demandada al pago todas las agencias y costas del proceso.*

*SEXTO: Que se condene a pagar los intereses de mora desde la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo de las condenas 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, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente.*

*PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:*

*1.- Se declare la INEFICACIA del contrato de obra N° 1-01-31300-1470-2013 suscrito con el CONSORCIO LOS CEDROS (integrado por CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS) por violación de normas imperativas conforme a los artículos 897 y 899 del Código de Comercio*

*2.- Que se condene al CONSORCIO LOS CEDROS integrado por CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS al pago de la cláusula penal pecuniaria por LA SUMA DE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1'559.103.768).*

*3.- Que se condene solidariamente a la parte demandada al pago todas las agencias y costas del proceso.*

*4.- Que se condene a pagar los intereses de mora desde la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo de las condenas 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, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente.*

*SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS*

*1.- Se declare la responsabilidad de la parte demandada por haber suministrado información falsa con base en el numeral 7° del artículo 26 de la ley 80 de 1993.*

2.- *Se declare la terminación y liquidación judicial del contrato 1-01-31300-1470-2013.*

3.- *Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad de la demandada por haber suministrado información falsa con base en el numeral 7° del artículo 26 de la ley 80 de 1993 se condene al CONSORCIO LOS CEDROS a pagar a la EAB ESP la PENAL PECUNIARIA equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato estipulada como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que causó al ACUEDUCTO DE BOGOTA por LA SUMA DE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ( \$1'559.103.768).*

4.- *Que se condene solidariamente a la parte demandada al pago todas las agencias y costas del proceso.*

5.- *Que se condene a pagar los intereses de mora desde la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo de las condenas 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, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente."*

## **2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA ARBITRAL**

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

2.1.- La Dirección de Contratación y Compras de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. inició trámite de invitación ICSC 1068-2013, en el cual el CONSORCIO LOS CEDROS (integrado por CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y AGAMA S.A.S.) presentó oferta.

2.2.- Indicó la Convocante que en su oferta, dentro del acápite denominado "FORMULARIO 2 EXPERIENCIA DEL PROPONENTE", el CONSORCIO LOS CEDROS aportó copia de una certificación expedida por el señor Vladimir Gómez sobre la ejecución de un contrato suscrito entre el municipio de Puerto Boyacá y el Consorcio Catastro Puerto 2009, certificación en la que, además, se consignó que dicho Consorcio estaba integrado por CONCRETIZA LTDA., con porcentaje de participación del 80% y AGAMA S.A. E.S.P. con un 20% de participación.

2.3.- Surtida la evaluación, dice la Convocante, la Directora de Contratación y Compras, con base en los documentos de la invitación y los documentos de evaluación del proceso selectivo, consideró que la oferta del CONSORCIO LOS CEDROS cumplía con las exigencias de la invitación.

2.4.- Previa revisión de los antecedentes y teniendo en cuenta la recomendación de la Dirección de Contratación y Compras, el Gerente General de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. aceptó la oferta presentada por el CONSORCIO LOS CEDROS y, así, el 27 de diciembre de 2013 se celebró el Contrato No. 1-01-31300-1470-2013, cuyo objeto era la "rehabilitación de puntos críticos en redes de acueducto, alcantarillado pluvial y sanitario en la UPZ Los Cedros de la Zona 1".

2.5.- Señaló la Convocante que la oferta presentada por el CONSORCIO LOS CEDROS consignó expresamente que la información aportada era veraz y susceptible de comprobación.

2.6.- Sostuvo, además, que la Interventoría del Contrato certificó que *"dentro de las actividades de rehabilitación de tubería, se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14", utilizando el sistema CIPP."*

2.7.- Indicó la Convocante que esa certificación, anexada a la evaluación que realizó la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. es diferente a la certificación original encontrada en el proceso de Puerto Boyacá, firmada por tres personas, en donde, señala la Convocante, no se dice que se realizara una renovación sin zanja mediante el sistema CIPP.

2.8.- Añadió que la Contraloría General de la República planteó una contradicción entre las actividades certificadas, validadas de buena fe por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., con las actividades realmente ejecutadas por el proponente.

2.9.- Luego de revisada una comunicación remitida por la Unión Temporal Renovación Sin Zanja Cedritos 2014, que acompañó una certificación de la Alcaldía de Puerto Boyacá, la cual acreditaba que no fueron ejecutadas las obras de renovación sin zanja para alcantarillado en otro contrato, la Dirección de Contratación y Compras de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. señaló, mediante oficio, que el oferente no cumpliría con los términos de la oferta.

2.10.- Indica el Convocante que en la certificación aportada por el CONSORCIO LOS CEDROS se consignó que AGAMA S.A.S. y CONCRETIZA LTDA., en ejecución del contrato 0100-0110-23-03-615 *"realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP"*, la cual, para la Convocante, es contraria a la información contenida en la certificación expedida por la Alcaldía de Puerto Boyacá sobre el mismo contrato.

2.11.- Sostuvo la Convocante que la certificación presentada por el CONSORCIO LOS CEDROS *"es espuria y así se denunció ante la autoridad penal correspondiente"*, señalando que la experiencia requerida en los documentos previos respecto a la metodología *"sin zanja"* era indispensable para la ejecución del Proyecto, y que al momento de verificar los requisitos habilitantes la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. desconocía su desacierto y actuó atendiendo al principio constitucional de buena fe, cuando, a su juicio, era claro que el contratista tenía un motivo ilícito para lograr su cometido.

2.12.- La EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. requirió al contratista para que aclarara lo anterior y, señala, no hubo respuesta.

2.13.- El Contrato celebrado entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. y el CONSORCIO LOS CEDROS nunca inició.

### 3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

Cada uno de las personas jurídicas Convocadas al presente proceso arbitral, de forma oportuna, presentaron la contestación a la demanda en su versión reformada, y en ella formularon las correspondientes excepciones de mérito las cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

**3.1.- EXCEPCIONES FORMULADAS POR POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S.:**

**3.1.1.- INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE INTERVENTORÍA DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DE 2013:**

En sentir de estos convocados, la certificación de la Interventoría suscrita por Vladimir Gómez acreditó las características que rodearon el mismo contrato respecto a los plazos y valor. Señaló que la certificación hace referencia a otro contrato, y que el Contrato No. 699 de 2011 efectivamente fue suscrito por el Consorcio Acueducto Puerto, conformado por Concretiza S.A.S. y AGAMA S.A.S., miembros del CONSORCIO LOS CEDROS, por lo que, manifiesta, debe determinarse la exactitud de la información dada por la aludida certificación.

Indicó además que no están dados los presupuestos ni de hecho ni de derecho para considerar una violación por parte del CONSORCIO LOS CEDROS al principio de selección objetiva, motivo por el cual no hay lugar a declarar la ineficacia del contrato celebrado.

Añadió el apoderado judicial que, además de todo lo anterior, debe analizarse el contenido de las dos (2) certificaciones conforme a la información contenida en el SECOP y, así, determinar que el CONSORCIO LOS CEDROS no ha infringido requisito alguno exigido en los documentos que conforman el contrato adjudicado y, por el contrario, debe procederse a continuar con la ejecución del mismo.

**3.1.2.- PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL:**

Señaló que, teniendo en cuenta los hechos de la demanda, ni POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. ni CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., como miembros del CONSORCIO LOS CEDROS, están inmersos en la información contenida en las certificaciones del 25 de octubre de 2010 y 22 de noviembre de 2013, quienes, dice, siempre conservaron la convicción de que el Consorcio ha dado cumplimiento a los requisitos necesarios para ejecutar el contrato.

Adicionalmente, adujo que, en cuanto a las actividades ejecutadas y en lo concerniente a que *“se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP”*, POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S., al no ser integrante de los consorcios mencionados en las certificaciones, al no encontrarse información en el SECOP sobre el particular y al ser una información que no permitían la posibilidad de dudar de lo contenido en las certificaciones, no se vio obligada a indagar con mayor profundidad.

Añadieron que lo menos que se habrían esperado era que la entidad contratante determinara irregularidades en la fase de selección del Contrato, que, dicen, obedecen a una lectura que no se acompasa con los elementos de claridad que arroja el SECOP.

Afirmaron las convocadas POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S. que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. determinó de manera equivocada que la información suministrada en las certificaciones era falsa, pero no proyectó su investigación con los medios pertinentes para corroborarlo y, por el contrario, se limitó a definir la mala fe de los colaboradores, cuando las certificaciones no difieren de la realidad.

Al efecto, indicó que sobre la certificación aportada por el CONSORCIO LOS CEDROS se elevó una observación y la entidad la definió previo a la adjudicación del

Contrato, por lo que, afirman los convocados, no se puede sorprender a sus miembros con la falta de firma del acta de inicio.

Concluyó señalando que no es procedente lo manifestado por la Convocante respecto a la vulneración al principio de buena fe por parte del CONSORCIO LOS CEDROS, y que no es procedente la pretensión resolutoria de la Convocante, toda vez que ella se edifica en unos cimientos que no se presentan en realidad, como lo es que el CONSORCIO LOS CEDROS obró de mala fe durante el proceso de selección.

### **3.1.3.- INEXISTENCIA DE FUENTE DE OBLIGACIÓN PARA RECLAMAR EROGACIONES Y/O PERJUICIOS A MIS REPRESENTADAS:**

Afirmaron las Convocadas que las certificaciones no contienen información aislada de la realidad y, por ello, cualquier reclamación de perjuicios o cláusula penal no tiene fuente *"de donde provenga la obligación"* pues, señala, la entidad obró de forma precipitada elevando una denuncia de forma incorrecta y definiendo hechos sin el soporte necesario para concluir responsabilidad.

Precisó, además, que la entidad fue la creadora de la situación, ya que las evidencias que arroja el SECOP son claras, aunado a que ante las observaciones manifestadas dio por superada la relativa a las exigencias respecto a ciertos contratos.

### **3.2.- EXCEPCIONES FORMULADAS POR EL CONSORCIO LOS CEDROS Y POR AGAMA S.A.S:**

#### **3.2.1.- INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE INTERVENTORÍA DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DE 2013:**

En sentir de estos convocados, la certificación de la Interventoría suscrita por Vladimir Gómez acreditó las características que rodearon el mismo contrato respecto a los plazos y valor. Señaló que la certificación hace referencia a otro contrato, y que el Contrato No. 699 de 2011 efectivamente fue suscrito por el Consorcio Acueducto Puerto, conformado por Concretiza S.A.S. y AGAMA S.A.S., miembros del CONSORCIO LOS CEDROS, por lo que, manifiesta, debe determinarse la exactitud de la información dada por la aludida certificación.

Indicó que no están dados los presupuestos ni de hecho ni de derecho para considerar una violación por parte del CONSORCIO LOS CEDROS al principio de selección objetiva, motivo por el cual no hay lugar a declarar la ineficacia del contrato celebrado.

Añadió el apoderado judicial que, además de todo lo anterior, debe analizarse el contenido de las dos (2) certificaciones conforme a la información contenida en el SECOP y, así, determinar que el CONSORCIO LOS CEDROS no ha infringido requisito alguno exigido en los documentos que conforman el contrato adjudicado y, por el contrario, debe procederse a continuar con su ejecución.

#### **3.2.2.- OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL POR PARTE DE MIS REPRESENTADAS:**

Señaló que el CONSORCIO LOS CEDROS no está inmerso en la información contenida en las certificaciones, pues siempre han observado la plena convicción de que ha dado cumplimiento a los requisitos necesarios para ejecutar el contrato.

Expuso que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. determinó equivocadamente que la información contenida en las certificaciones era falsa, "pero no proyectó investigación con los medios públicos

pertinentes para corroborar la misma” y, por el contrario, según estos convocados, se limitó a definir la mala fe de sus colaboradores, cuando las certificaciones no difieren de la realidad.

Al efecto, indicó que sobre la certificación aportada por el CONSORCIO LOS CEDROS se elevó una observación y la entidad la definió previo a la adjudicación del Contrato, por lo que, afirma los convocados, no se puede sorprender a sus miembros con la falta de firma del acta de inicio.

Concluyó señalando que no es procedente lo manifestado por la Convocante respecto a la vulneración del CONSORCIO LOS CEDROS al principio de buena fe, y que no es procedente la pretensión resolutoria de la Convocante, toda vez que ello se edifica en unos cimientos que no se presentan en realidad, como lo es que el CONSORCIO LOS CEDROS obró de mala fe durante el proceso de selección.

### **3.2.3.- INEXISTENCIA DE FUENTE DE OBLIGACIÓN PARA RECLAMAR EROGACIONES Y/O PERJUICIOS A MIS REPRESENTADAS:**

Afirmaron las Convocadas que las certificaciones no contienen información aislada de la realidad y, por ello, cualquier reclamación de perjuicios o cláusula penal no tiene fuente “*de donde provenga la obligación*” pues, señala, la entidad obró de forma precipitada elevando una denuncia de forma incorrecta y definiendo hechos sin el soporte necesario para concluir responsabilidad.

Indicó, además, que la Convocante fue la creadora de la situación, ya que las evidencias que arroja el SECOP son claras, aunado a que ante las observaciones manifestadas dio por superado lo relativo a las exigencias respecto a ciertos contratos.

### **4.- LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS DE RECONVENCIÓN:**

Aunque se formularon en escritos separados, las pretensiones formuladas por el POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S. por un lado, y por el CONSORCIO LOS CEDROS Y AGAMA S.A.S., por otro lado, son idénticas en su redacción, y fueron las siguientes:

#### *“PRETENSIONES PRINCIPALES:*

*1.1.- Se declare que entre EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. se suscribió el 27 de diciembre de 2013 contrato de obra no. 1-0131300-1470-2013 con CONSORCIO LOS CEDROS.*

*1.2.- Se declare que EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. es responsable contractualmente por el incumplimiento del contrato de obra No. 1-0131300-1470-2013 suscrito con CONSORCIO LOS CEDROS debido a la indebida interpretación de las cláusulas contractuales.*

*1.3.- Se declare que CONSORCIO LOS CEDROS ha dado cumplimiento a todas las condiciones y terminos de invitación, términos de referencia y actos necesarios para ejecutar el contrato de obra y por ello EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. debe proceder a suscribir el acta de inicio del contrato de obra No. 1-0131300-1470-2013.*

*1.4.- Se declare que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. debe proceder a dar cumplimiento al contrato de*

*obra No. 1-0131300-1470-2013 celebrado el 27 de diciembre de 2013 con el CONSORCIO LOS CEDROS, suscribiendo la respectiva acta de iniciación, teniendo en cuenta que el contratista ha dado cumplimiento a todas las condiciones y términos de invitación, términos de referencia y actos necesarios para ejecutar el contrato de obra y que el plazo contractual comienza con la suscripción del acta mencionada.*

*1.5.- Se declare que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. son responsables contractualmente ante el CONSORCIO LOS CEDROS por los costos derivados por no haberse podido ejecutar el contrato de obra No. 1-0131300-1470-2013 celebrado el 27 de diciembre de 2013 por el tiempo transcurrido entre la firma del contrato y hasta cuando se logre la suscripción del acta de iniciación del mismo.*

*1.6.- Se condene a EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. a cancelar al CONSORCIO LOS CEDROS los daños y perjuicios ocasionados correspondientes a la falta de suscripción del acta de inicio del contrato de obra No. 1-0131300-1470-2013 celebrado el 27 de diciembre de 2013 ocasionados desde la firma del contrato y hasta que se logre la firma del acta de inicio, conforme a la suma que se discrimina en detalle en el acápite "ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA" de la presente demanda.*

*2.- Solicito que las condenas que aquí sean declaradas se indexen o actualicen en la forma prevenida en el capítulo VI artículos 187 y siguientes del CPACA.*

*3.- Que el laudo con que finalice el proceso tenga ejecución dentro del término previsto en el capítulo VI artículos 187 y siguientes del CPACA.*

*4.- Se condene en costas a la parte demandada en reconvención conforme lo expresa el artículo 188 del CPACA."*

## **5.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Los hechos de las demandas de reconvención, en síntesis, son los siguientes:

**5.1.-** Señalaron las demandantes en reconvención que el 27 de diciembre de 2013 se suscribió el contrato de obra No. 1-0131300-1470-2013, con el objeto de ejecutar obras de rehabilitación de puntos críticos en redes de acueducto, alcantarillado pluvial y sanitario en la UPZ los Cedros de la Zona 1, con plazo de ejecución de doce (12) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, que, indica, no se ha firmado a la fecha de presentación de la demanda.

**5.2.-** Señalaron las Convocantes en reconvención que se constituyó un contrato fiduciario con Fiduciaria Popular S.A. para el manejo de los recursos recibidos a título de anticipo y, además, que el contratista canceló las garantías acordadas contractualmente.

**5.3.-** Indicó que es parte integral del contrato y producen sus mismos efectos y obligaciones jurídicas y contractuales, las condiciones y términos de invitación, modificaciones, aclaraciones, formularios de preguntas y respuestas y demás documentos de la invitación, así como la oferta del contratista, el programa de inversión del anticipo y las ordenes escritas al contratista. Igualmente, el acta de inicio, las especificaciones de construcción y planos, anexos, bitácoras y demás documentos que suscribieran los contratantes.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE**  
**EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL**  
**CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES**  
**CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE**  
**INGENIERÍA S.A.S.**

---

5.4.- El contrato, señalan las Convocantes en reconvención, se perfeccionó con las firmas de las partes y requería, para su ejecución, el respectivo registro presupuestal y la aprobación de garantías.

5.5.- Luego de reuniones sostenidas con la supervisión y la interventoría del contrato, se entregaron los puntos críticos de acueducto y alcantarillado a intervenir y, dicen los demandantes en reconvenidos, se expresó que se firmaría acta de inicio con los radicados de los permisos, pero, antes de ello, se requería la aprobación de la licencia de excavación y PMT.

5.6.- El 9 de mayo de 2014, la Interventoría comunicó al CONSORCIO LOS CEDROS que debía presentar el informe de revisión y diagnóstico de la información, a lo cual procedió el contratista y que la Interventoría consideró que el contratista contaba con la información necesaria para dar visto bueno y firmar acta de pago de anticipo.

5.7.- Mediante comunicación del 30 de mayo de 2014, Héctor Julio Robles Cuevas solicitó a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. que le fueran aclaradas e informadas las causales expresas de la solicitud de suspensión del inicio de los contratos, de acuerdo a lo que manifestó la entidad mediante memorando interno 11900-2013-1985 del 22 de mayo de 2014.

5.8.- La EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. informó al representante legal de AGAMA S.A.S. que, hasta tanto no culminara una revisión contractual, se impartió la recomendación por parte de la Dirección de Contratación y Compras de no suscribir el acta de inicio.

5.9.- El 5 de septiembre de 2014, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. expidió Resolución No. 0750, por medio de la cual declaró la terminación unilateral del contrato, de acuerdo con la cláusula excepcional prevista en el mismo negocio jurídico, bajo el argumento que *"las exigencias del servicio público lo requieren dado que el contratista no cumplió con los requisitos de experiencia exigidos para ser adjudicatario del proceso de invitación ICSC-1068-2013"*.

5.10.- Contra esta decisión, el CONSORCIO LOS CEDROS interpuso recurso de reposición.

5.11.- El 21 de noviembre de 2014, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. expidió la Resolución No. 1103, mediante la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos y determinó revocar la decisión impugnada.

5.12.- Mediante escrito del 23 de diciembre de 2014, el CONSORCIO LOS CEDROS solicitó, mediante apoderado, a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. dar inicio al contrato celebrado.

5.13.- El 31 de diciembre de 2013, el EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. informó de la respuesta otorgada por la Oficina Asesora Legal que señaló que *"en razón a que el trámite de terminación del contrato aún se encuentra pendiente por definirse, y a la fecha no existe una decisión administrativa o judicial que resuelva la suerte del contrato de obra, no es posible en este momento formular una solución sobre la ejecución del mismo, así como tampoco sobre la del contrato de interventoría"*.

5.14.- El 23 de junio de 2015, la Fiduciaria Popular presentó informe al CONSORCIO LOS CEDROS, en el que indicó que el contrato de fiducia mercantil se encontraba vencido, solicitando también información respecto al recurso de reposición formulado por el CONSORCIO LOS CEDROS e indicando que el fideicomitente adeuda comisiones fiduciarias por valor de \$7.310.030.

## **6.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

En la contestación a las demandas de reconvencción se formularon por la EAAB, en síntesis, las siguientes excepciones:

### **6.1.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:**

Expresó en esta excepción el demandado en reconvencción que la reconvencción fue presentada el 17 de enero de 2018, antes de prosperar la excepción de compromiso en la audiencia inicial llevada a cabo el 5 de febrero de 2018, dentro del proceso 2015-2444, ventilado ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de forma que, para el demandado en reconvencción, no hay lugar a aplicar el artículo 95 del Código General del Proceso y, por lo mismo, el medio de control se encuentra caducado.

Adujo el demandado en reconvencción que la norma de caducidad aplicable al caso concreto es el literal "j" del numeral segundo del artículo 164 del CPACA, y como quiera que los hechos o motivos que le sirven de fundamento a las pretensiones del medio de control fue no dar la orden de inicio al contrato 1025 de 2014, el plazo inició el día siguiente al que supuestamente debió firmarse el acta de inicio.

Indicó que la caducidad opera de pleno derecho y, además, que su plazo no es susceptible de interrupción ni suspensión por pacto entre las partes, por lo que, en los términos del artículo 164 del CPACA, la demanda de reconvencción se encuentra caducada.

### **6.2.- VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE, EL CONTRATISTA PRESENTÓ UNA CERTIFICACIÓN QUE NO CORRESPONDÍA A LA VERDAD Y POR LO TANTO AFECTÓ EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA:**

El demandado en reconvencción adujo en esta excepción que el proceso de selección resultó afectado, pues la evaluación que adelantó la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. respecto de la propuesta presentada por el CONSORCIO LOS CEDROS, no corresponde con las verdaderas condiciones de experiencia del proponente seleccionado.

Explicó que el CONSORCIO LOS CEDROS no contaba con la experiencia exigida en los términos de referencia y que dicho factor resultaba indispensable para su selección, por lo que el acto de adjudicación se profirió con base en una información que difiere de la certificada por la entidad, lo que considera un acto de mala fe.

Para la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., esta conducta determina la ruptura del principio de buena fe, lo cual, a su juicio, se constituye como una causal de incumplimiento del contrato.

Esta circunstancia, esto es, la transgresión de los mandatos de buena fe por parte del demandante en reconvencción, para el Convocante hace que le esté vedado al incumplido pedir indemnización de perjuicios.

**6.3.- EL ENGAÑO EN LA CERTIFICACIÓN AFECTÓ EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA Y POR LO TANTO ES CAUSAL DE INEFICACIA DEL CONTRATO:**

Esta excepción se fundamentó en que el CONSORCIO LOS CEDROS no contaba con la experiencia exigida en los términos de referencia del contrato.

Indicó que, en caso de que el juez arbitral encuentre probados hechos que afecten la regularidad del negocio jurídico celebrado, está en la obligación de declarar de forma oficiosa la sanción legal de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, y que la falsedad en el documento público con la que el oferente certificó una experiencia que no tenía -esencial para la adjudicación del contrato- generó que se desconociera el deber de selección objetiva, aplicable a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. como principio rector de toda entidad pública, aun cuando se rija con un régimen de derecho privado, pues hay dineros públicos e interés público de por medio.

Además, indicó que la anterior circunstancia produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder, la cual, señaló, no es voluntaria por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. pero que se presentó cuando se vició la selección al presentarse un documento que certificaba una experiencia esencial para el cumplimiento de ese deber, resaltando además la existencia de una causa ilícita y, por lo tanto, alegó que ello es una causal de ineficacia del contrato de conformidad con el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

De igual forma, indicó que también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el derecho común (artículos 1740 a 1742 y 2476 del Código Civil), como los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

**6.4.- ES EL CONTRATISTA QUIEN DEBE INDEMNIZAR INTEGRALMENTE AL CONTRATANTE:**

La demandada en reconvencción señaló que se transgredió el numeral séptimo del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, el cual consagra el principio de responsabilidad. El numeral séptimo consagra que "los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa".

Sostuvo que, como en el proceso arbitral no existe suspensión, se impone la obligación procesal de establecer la autenticidad o falsedad del documento con los medios probatorios previstos en el Código General del Proceso y el Estatuto de Arbitraje, señalando que, dada la conducta dolosa por el proponente, debe darse aplicación a la indemnización de que trata el artículo 1616 del Código Civil.

**6.5.- EL CONSORCIO O EL INTEGRANTE DEL CONSORCIO NO SUFRIÓ LOS DAÑOS QUE ADUCE:**

Se expuso en esta excepción que tanto el CONSORCIO LOS CEDROS como sus integrantes alegan idénticos daños en las demandas de reconvencción, de suerte que no fueron sufridos por quienes lo alegan, y en ese orden no debe ser indemnizado.

**6.6.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA POR PARTE DEL CONSORCIO LOS CEDROS:**

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

Esta excepción se fundamentó en que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el CONSORCIO LOS CEDROS está conformado como una forma atípica que se rige por lo pactado por sus integrantes y el derecho privado, razón por la cual no resultan aplicables los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993 y, en consecuencia, no puede el CONSORCIO LOS CEDROS comparecer en defensa de los derechos de sus integrantes sino que cada uno debe hacerlo por sí mismo.

## CAPÍTULO TERCERO

### CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

#### **I.- INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y ANÁLISIS DE LA INTEGRACIÓN DEL PANEL ARBITRAL**

Previo abordar el fondo de la controversia sometida a decisión de este Tribunal Arbitral se hace necesario abordar el análisis e interpretación de la cláusula compromisoria, en aras de despejar las dudas respecto de la competencia del Tribunal y el trámite surtido desde la instalación.

El presente análisis se torna indispensable teniendo en cuenta que la parte Convocada, no obstante se abstuvo de recurrir el auto mediante el cual el Tribunal se declaró competente, con posterioridad al cierre de la etapa probatoria interpuso una acción de tutela en donde cuestionó la instalación del Tribunal en lo que al nombramiento de árbitros respecta. A la fecha, la acción de tutela no ha sido resuelta por el Consejo de Estado, aspecto este que si bien no impide continuar con el trámite arbitral, amerita un pronunciamiento expreso dentro del presente laudo.

Sea lo primero reiterar que en el presente caso la parte Convocada no interpuso recurso contra el Auto No. 14 del 9 de mayo de 2019 mediante el cual el Tribunal asumió competencia, motivo por el cual dicha decisión, además de haber quedado debidamente ejecutoriada, no fue objeto de discrepancia o impugnación por la parte Convocada.

#### **1.- La interpretación de la cláusula compromisoria**

1.1.- Tal como se indicó en los antecedentes, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ -EAB – ESP presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral con el objeto de dirimir las controversias surgidas con ocasión del Contrato de Obra No. 1-01-31300. Como sustento de su solicitud de convocatoria o demanda arbitral, la Convocante invocó el pacto arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, contenida en la Cláusula Vigésima del contrato la cual dispone lo siguiente:

*"VIGÉSIMA.- 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, serán sometidas a tres árbitros en cumplimiento de la Ley 1563 de 2013 (SIC), artículos 7° y 8° que serán designados así: dos designados por cada una de las partes y un tercero designado de común acuerdo por las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien decidirá en derecho. Para efectos de su funcionamiento se aplicará el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá". (Los subrayados en negrilla no son del texto)*

Observa el Tribunal que, al igual que se hizo en la primera audiencia de trámite como era obligación de los árbitros, con fundamento en el artículo 30 de la Ley 1563 de

2012<sup>1</sup> y de acuerdo con el principio Kompetenz-Kompetenz que consagra dicha norma, se interpretó la cláusula compromisoria y se concluyó que el Tribunal era competente para adelantar el trámite arbitral, sin perjuicio de su obligación de pronunciarse nuevamente sobre su competencia en este Laudo. Por lo mismo, para hacerlo en esta oportunidad, surtido el trámite legal, le corresponde al Tribunal Arbitral analizar la cláusula compromisoria, la cual debe ser interpretada con el objeto clarificar algunos elementos que por su ambigua redacción pueden dar lugar a equívocos; además de prever un sistema o fórmula de nombramiento de los árbitros conocida como "arbitro – parte", cuya aplicación ha sido descartada en nuestro ordenamiento vigente por contrariar las normas del Estatuto Arbitral.

1.2.- Sea lo primero indicar que, por virtud de la cláusula compromisoria, se desprende con absoluta claridad la voluntad de las partes encaminada a someter sus controversias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato al conocimiento de un Tribunal Arbitral. En efecto, pactaron las partes que sus divergencias "(...) serán sometidas a tres árbitros en cumplimiento de la Ley 1563 de 2013 (SIC), artículos 7º y 8º (...)", que regulan lo relativo a los árbitros y su designación.

Los artículos de la Ley 1563 de 2012 referidos de forma expresa en la cláusula compromisoria disponen lo siguiente:

*"ARTÍCULO 7. ÁRBITROS. Las partes determinarán conjuntamente el número de árbitros, que siempre será impar. Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3), salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único.*

*El árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.*

*En los arbitrajes en derecho, los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral."*

*"ARTÍCULO 8º. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS. Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.*

*Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas."*

---

<sup>1</sup> Ley 1563 de 2012: *"ARTÍCULO 30. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición."*

De esta manera, fueron las partes las que remitieron de forma expresa al contenido de los mencionados artículos por lo cual es dable concluir que se acordó que la designación se realizaría en los términos de las citadas normas, es decir, que “Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente.” En consecuencia, de la cláusula se desprende que las partes concibieron y consintieron que la regla general sobre la forma de designación de los árbitros era el común acuerdo o nombramiento conjunto.

1.3.- Continuando con la lectura de la cláusula compromisoria, encuentra el Tribunal que después de invocar la aplicación de los artículos 7 y 8 de la Ley 1563 de 2012, la cláusula dispone que la designación de los árbitros se realizará bajo la figura del “Arbitro – Parte”, pues se dispuso que cada una de las partes designaría un árbitro “y un tercero designado de común acuerdo por las partes” que integraría el panel arbitral de tres (3).

Respecto de tal pacto, debe tenerse en cuenta que, tal como lo ha señalado nuestra jurisprudencia contencioso administrativa<sup>2</sup>, en nuestro ordenamiento se encuentra proscrita la figura del Arbitro Parte, ya que la Ley 1563 de 2012 dispuso en su artículo 8, respecto de la designación de los árbitros que “Las partes nombrarán

---

<sup>2</sup> En Sentencia del Consejo de Estado del 30 de mayo de 2007, expediente 32711, M.P. Enrique Gil Botero, se dispuso en relación con el nombramiento de árbitros lo siguiente:

*“En materia de nombramiento y designación de los árbitros y, para efectos de los laudos sobre contratos estatales, el artículo 228 del decreto 1818 de 1998 dispuso que se regirán por las normas vigentes sobre la materia. Aspectos sobre los cuales el artículo 118 de esa ley -modificatorio del artículo 7° del decreto 2279 de 1989- previó que las partes, conjuntamente, nombrarán y determinarán el número de árbitros, bien sea directamente o por delegación en un tercero.*

*Una norma semejante ya se había contemplado en la ley 23 de 1991 -art. 101-, la cual disponía la necesidad de que las partes nombraran conjuntamente los árbitros, en caso de que no le hubieran delegado esta función a un tercero<sup>2</sup>.*

*De otro lado, en el artículo 119 ibídem del decreto 1818 -modificatorio de los numerales 3 y 4 del artículo 15-, el legislador señaló los siguientes eventos relacionados con la designación de los árbitros:*

*a) Cuando se trate de delegado, el Centro de Arbitraje debe requerirlo para que dentro de los cinco (5) días siguientes haga la designación y, en caso de no hacerlo, será dicho Centro quien lo haga.*

*b) Cuando la persona designada como árbitro no acepta o las partes no han nombrado los árbitros, el Centro de Arbitraje las citará a audiencia para que hagan la designación.*

*c) Las designaciones que las partes no hagan, las efectuará el Centro de Arbitraje.*

*No obstante, la cláusula arbitral pactada, contrariando la ley vigente al momento de su celebración, dispuso que i) cada parte nombraría un árbitro y que ii) la cámara de comercio designaría al tercero, violando la ley la primera forma de designación, pues la norma que estaba vigente al momento de celebrarse el contrato es clara en decir que son “las partes”, conjuntamente, quienes deben nombrar los árbitros.*

*Por este sólo hecho se violó una norma imperativa, pues la Constitución Política señala -en el art. 116- que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición... de árbitros... en los términos que determine la ley.”*

**Según esta norma, al legislador se le defirió la determinación de las condiciones en las cuales se puede asumir la condición de árbitro. Por su parte, la ley dispuso que “las partes” nombrarán “conjuntamente” los árbitros, con lo cual se modificó el sistema que existía con anterioridad, según la cual cada parte podía nombrar su árbitro, de manera que la norma vigente para el momento de la celebración del contrato, así como las que la han modificado, exigen que el nombramiento sea conjunto, o, en su defecto, delegado a un tercero, pero de ninguna manera la ley admite que cada parte nombre su árbitro.**

**En este sentido, es claro que la cláusula arbitral pactada viola la ley, pero no en forma absoluta sino parcial, pues la ilegalidad sólo se predica de la posibilidad que se adjudicó a cada parte de nombrar su árbitro.** En este sentido, la Sala declarará de oficio, en la parte resolutive, la nulidad de la parte pertinente de la cláusula.

**El vicio no se extiende a toda la cláusula porque para que ella exista, y sea válida, la ley sólo exige que las partes acuerden someter las diferencias que surjan del contrato a un tribunal de arbitramento.** De modo que la manera de designar los árbitros se encuentra contemplada en la ley, y salvo que se quiera delegar esta función en un tercero, las partes, las partes deben hacerlo, es decir, que este tema es indisponible, salvo para delegar en otra persona.” (Los subrayados en negrillas no son del texto)

**conjuntamente los árbitros**, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente.” (El subrayado en negrillas no es del texto)

De acuerdo con lo expresado, la estipulación conforme a la cual cada parte elige o designa a uno de los árbitros puede ser considerada como violatoria de una norma imperativa pues nuestra Constitución Política, al consagrar la institución del arbitraje, dispuso que *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición (...) de árbitros (...) en los términos que determine la ley.”*

Bajo tal derrotero, existe reserva de Ley en materia de Arbitraje, pues es la misma Constitución la que defirió a la Ley lo concerniente a la regulación de las condiciones para que los particulares administren justicia en la condición de Árbitro. Tal desarrollo legal se encuentra hoy en día en la Ley 1563 de 2012 la cual regula el arbitraje nacional y establece las condiciones y requisitos para fungir como árbitro y, adicionalmente, dispone la forma como deben ser nombrados los árbitros al establecer que *“Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente.”*

En el presente caso no era posible desconocer los preceptos legales, que incluso fueron expresamente incluidos por las partes en la cláusula compromisoria, y que disponen la forma como deben nombrarse los árbitros, normas que a su vez proscriben aquel tipo de sistemas de nombramiento que sean contrarios a los cánones legales aludidos.

La anterior reflexión es necesaria al momento de interpretar la cláusula compromisoria, pues permite concluir que en el presente caso la fórmula de designación pactada que prevalece es aquella consignada en el artículo 8 de la Ley 1563 de 2012, es decir, el nombramiento conjunto de los árbitros por las partes. Tal interpretación, además de ser coherente con la Ley, propende por la validez del pacto arbitral y es consonante con la voluntad de las partes de someter sus diferencias al conocimiento de los árbitros en los términos de la Ley 1563 de 2012, artículos 7 y 8 antes citados.

1.4.- Dilucidado lo concerniente a la forma de designación de los árbitros, resta por abordar lo concerniente a la delegación subsidiaria o por defecto que las partes realizaron en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para designar a los árbitros ante la ausencia de un común acuerdo.

En efecto, encuentra el Tribunal que la cláusula compromisoria contiene, tanto una habilitación directa como indirecta, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para efectuar el nombramiento de los árbitros cuando no haya sido posible realizar la designación conjunta.

La habilitación directa del Centro de Arbitraje para la designación de los árbitros se fundamenta en la cláusula compromisoria misma, en donde se acordó que la designación de los Árbitros se realizaría de *“común acuerdo por las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá”*. De esta forma, ante la imposibilidad de designar los árbitros de forma conjunta, las partes delegaron tal facultad en un tercero como lo es la Cámara de Comercio de Bogotá, que para esos efectos actúa a través del Centro de Arbitraje y Conciliación.

Igualmente, al establecer la cláusula que *“Para efectos de su funcionamiento se aplicará el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”*, interpreta el Tribunal que las partes, si bien no adoptaron como reglas de procedimiento aquellas del Reglamento del Centro de Arbitraje y

Conciliación, por tratarse de un arbitraje en derecho regido por la Ley 1563 de 2012, sí habilitaron de forma indirecta al Centro para efectuar la designación de los árbitros en ausencia de un nombramiento conjunto.

Así las cosas, revisado el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación, se encuentra que en el artículo 2.22 se dispone que:

*"(...) el Centro procederá a realizar dicha designación mediante sorteo, en los términos del artículo 2.23, **siempre y cuando las partes en el pacto arbitral habiliten directa o indirectamente** al Centro para realizar tal designación, al acordar en el pacto arbitral que sea el Centro el que lo haga o cuando las partes expresamente acuerden sujetarse a este Reglamento." (El subrayado en negrillas no es del texto)*

Igualmente, el artículo 2.23 indica que:

*"En el evento en que, conforme al pacto arbitral, las partes deleguen al Centro la designación total o parcial del Tribunal, o acuerden regirse por el presente Reglamento, se procederá a invitarlas para que presencien el sorteo público para la designación de los árbitros, en la fecha y hora que al efecto indique el Centro."*

Adicionalmente, es necesario remitirse a lo consignado en el Reglamento del Centro de Arbitraje respecto de la inasistencia de las partes a las reuniones de designación de árbitros. En relación con la inasistencia de las partes, el artículo 2.24 del Reglamento del Centro dispone lo siguiente:

*"3) **La inasistencia sin justificación previa de alguna de las partes a la reunión se entenderá, para todos los efectos legales, como imposibilidad para designar a los árbitros de mutuo acuerdo** y se procederá, según el caso, a dar aplicación a lo establecido en los numerales 1 o 2 del presente artículo." (El subrayado en negrillas no es del texto)*

Igualmente, el artículo 2.24 expresamente dispone lo siguiente:

*"1. Si las partes no logran ponerse de acuerdo en la designación total o parcial de los árbitros, el Centro procederá a su designación mediante sorteo, siempre y cuando el pacto arbitral habilite al Centro para tal designación o las Partes se hayan acogido a este Reglamento.*

*2. **Si las Partes no establecieron fórmula subsidiaria para la designación de los árbitros de manera directa, o indirecta por acogerse al Reglamento**, las partes quedarán en libertad de acudir al Juez Civil del Circuito, para que sea él quien los designe en los términos establecidos en el estatuto arbitral.*

*3. La inasistencia sin justificación previa de alguna de las partes a la reunión se entenderá, para todos los efectos legales, como imposibilidad para designar a los árbitros de mutuo acuerdo y se procederá, según el caso, a dar aplicación a lo establecido en los numerales 1 o 2 del presente artículo.*

*Parágrafo. El Centro levantará un acta con el resultado de la reunión de designación de árbitros." (El subrayado en negrillas no es del texto)*

En consecuencia, se tiene que, en adición a la habilitación directa que las partes realizaron al disponer que en ausencia de un común acuerdo sobre la designación, la misma la realizaría la Cámara de Comercio de Bogotá, igualmente la habilitaron indirectamente por la remisión expresa que las partes hicieron a las normas del reglamento para efectos de la instalación del Tribunal. En conclusión: Las partes delegaron en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la facultad de designar a los Árbitros en ausencia de un común acuerdo al respecto.

## **2.- El trámite de designación de los Árbitros**

De conformidad con la cláusula compromisoria, y por solicitud de la Convocante, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá adelantó el procedimiento de designación de árbitros y por tal motivo, citó a las partes, en dos (02) ocasiones a audiencia para designación de árbitros. Dicha audiencia o reunión tenía por objeto verificar que se surtiera la debida oportunidad para que las partes designaran a los árbitros que resolverían la controversia.

No obstante, de acuerdo con las actas levantadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación, las empresas que conforman la parte Convocada, no asistieron en las dos (2) ocasiones en las que fueron citadas y sin presentar justificación alguna. Por tal motivo y conforme a lo estipulado en la cláusula compromisoria, la Convocante solicitó al Centro de Arbitraje que procediera con la designación de los árbitros, en tanto que no fue posible realizar el nombramiento o designación por las partes.

En consecuencia, la habilitación del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para la designación de los árbitros, se fundamenta en la cláusula compromisoria misma. De esta forma, fueron las mismas partes las que delegaron en la Cámara de Comercio de Bogotá (Centro de Arbitraje y Conciliación) la facultad de realizar la designación de los árbitros ante la ausencia de una designación conjunta.

De esta forma, debido a la inasistencia de la parte Convocada a las reuniones de designación de Árbitros y dada la solicitud elevada por parte de la Convocante (EAAB), el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a efectuar la designación a través de sorteo público. Con ello se verifica que el trámite de designación se realizó acorde con las estipulaciones vertidas en la cláusula compromisoria.

## **3. La solicitud de nulidad de la designación de los Árbitros**

El apoderado de **POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S.** solicitó en la contestación de la demanda la declaratoria de nulidad de la designación de los árbitros en los siguientes términos:

*“Se proceda a declarar la nulidad de la designación de los árbitros y las actuaciones surtidas hasta este momento por no estar conformado el Tribunal de acuerdo a las estipulaciones acordadas en la cláusula compromisoria; toda vez que por decisión únicamente de la parte Convocante se decidió hacer la designación por sorteo público; y en su lugar se decida que se debe dar cumplimiento a la misma otorgando la posibilidad a los miembros del consorcio convocado, incluido el convocante, de designar los dos árbitros que constituirán el Tribunal Arbitral conforme fue pactado”.*

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

Mediante Auto No. 13 que consta en Acta No. 12 del 9 de mayo de 2019, el Tribunal no accedió a la declaratoria de nulidad de la designación de los árbitros. En esa ocasión dijo el Tribunal:

*“Revisadas las piezas procesales obrantes en el expediente, encuentra el Tribunal que a la parte Convocada en dos (2) oportunidades se le citó por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a la Reunión de Designación de los Árbitros que integrarían el presente Tribunal.*

*De las actas consignatarias de lo sucedido en dichas reuniones, se desprende que la parte Convocada no asistió y tampoco allegó justificación alguna que diera cuenta de los motivos de su ausencia. Tampoco reposa en el expediente alguna solicitud de reprogramación de dichas reuniones por el extremo Convocado.*

*Contrario a lo que sugiere la Convocada, la designación de los Árbitros por sorteo público no fue resultado de una decisión unilateral de la parte Convocante. En efecto, lo que activó el mecanismo subsidiario de designación (Sorteo Público) fue la imposibilidad de que las partes, de común acuerdo, designaran a los Árbitros que conformarían el Panel Arbitral. Tal imposibilidad se constata por la no comparecencia de la parte Convocada a las aludidas reuniones de designación a las que fue citada.*

*Así las cosas, no es de recibo el argumento de la parte Convocada según el cual, como no se llegó a un acuerdo para el nombramiento de los árbitros, debía seguirse el trámite previsto en el numeral 3º del artículo 19 del Código General del Proceso, norma según la cual el Juez Civil del Circuito, mediante decisión de única instancia, procede a su nombramiento “cuando su designación no pudo hacerse de común acuerdo por los interesados y no la hayan delegado a un tercero”.*

*Ciertamente, observa el Tribunal que dicha norma no resulta aplicable al presente caso, toda vez que, como se ha puesto de presente, el Juez Civil del Circuito estará llamado a suplir la voluntad de las partes en la designación de los árbitros, cuando dicha designación no haya podido hacerse de común acuerdo y, además, cuando las partes no hayan pactado que en ausencia de acuerdo sobre la designación, la misma sea realizada por un tercero.*

*Revisada la cláusula compromisoria, encuentra el Tribunal que se acordó que la designación de los Árbitros se realizaría de “común acuerdo por las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá”. Adicionalmente las partes pactaron que para efectos del funcionamiento del Tribunal “se aplicará el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá”, con lo cual se adoptaron las normas internas del reglamento para todos los efectos de la instalación y funcionamiento del Tribunal.*

*Así las cosas, revisado el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación, encuentra el Tribunal que en el artículo 2.22 se dispuso claramente que “(...) el Centro procederá a realizar dicha designación mediante sorteo, en los términos del artículo 2.23, siempre y cuando las partes en el pacto arbitral habiliten directa o indirectamente al Centro para realizar tal designación, al acordar en el pacto arbitral que sea el Centro él que lo haga o cuando las partes expresamente acuerden sujetarse a este Reglamento.” En consecuencia, se tiene que, por la remisión expresa que las partes hicieron a las normas del reglamento, éstas delegaron en el Centro de Arbitraje y*

*Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la facultad de designar a los Árbitros en ausencia de un común acuerdo al respecto.*

*De esta forma, ante la inasistencia de la parte Convocada a las reuniones de designación de Árbitros y dada la solicitud elevada por parte de la Convocante en donde informó la falta de un común acuerdo entorno a la designación, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a efectuar la designación a través de sorteo público.*

*En consecuencia, por las anteriores consideraciones, el Tribunal negará la solicitud de declarar la nulidad de la designación de los árbitros.”*

Durante la audiencia de alegatos de conclusión, el apoderado de AGAMA S.A.S. insistió en la misma nulidad que propuso en la audiencia del 09 de mayo de 2019 y que fue resuelta por el Tribunal desestimándola, para lo cual nuevamente se fundamentó en la indebida integración del Tribunal Arbitral. El Tribunal reitera los argumentos por medio de los cuales desestimó esta solicitud en esa oportunidad, además de lo expresado en este Laudo acerca de la designación de los árbitros la cual se efectuó de conformidad con la voluntad expresada por las partes en la cláusula compromisoria, y con fundamento en el Estatuto Arbitral.

## II.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

1.- El artículo 29 de la Ley 1563 de 2012 establece lo siguiente en relación con el principio *Kompetenz- Kompetenz*:

*“ARTÍCULO 29. PROCESOS SOMETIDOS A LA JUSTICIA ORDINARIA O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. **“El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo.** Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.*

*Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación; el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y este deberá proceder en consecuencia.*

*Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez.” (Los subrayados en negrilla no son del texto)*

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente en relación con el referido principio:

*“En sentencia SU-174 de 2007, la Corte analizó el principio kompetenz-kompetenz que rige la justicia arbitral. En aquella oportunidad dijo:*

***“El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia** está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado, las convenciones internacionales que regulan temas de*

*arbitramento, las reglas de los principales centros de arbitraje internacional, las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales y la doctrina especializada en la materia, así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales. **En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tienen competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.***

*Este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de trámite, “el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición”. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que “se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral” (artículo 124 de la Ley 446 de 1998). Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto de recursos judiciales como el de anulación, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (el cual fue compilado en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998) y en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998).*

***Sin embargo, el principio kompetenz-kompetenz les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, y se deriva de la proposición según la cual no ha de descartarse prima facie que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio kompetenz-kompetenz permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes**<sup>3</sup>. (Los subrayados en negrilla no son del texto)*

Asimismo, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

***“4.5.1. Al inicio del proceso arbitral, el tribunal de arbitramento es el encargado de determinar su propia competencia para pronunciarse sobre las pretensiones en torno de las cuales hay un conflicto entre las partes, conforme al principio kompetenz-kompetenz. Para determinar su competencia, los árbitros deben tener en cuenta la Constitución, las leyes vigentes y el acuerdo de voluntades de las partes.***

*4.5.2. El principio de kompetenz-kompetenz ha sido reconocido por normas nacionales, entre las cuales merece destacarse que este principio estaba previsto en el artículo 147.2 del Decreto 1818 de 1998 y, **en la actualidad, aparece reconocido en el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, al tenor del cual el tribunal de arbitraje es el competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario, sea por un juez ordinario o por uno***

---

<sup>3</sup> Sentencia Corte Constitucional T-1224 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa, 05 de diciembre de 2008.

***contencioso administrativo**, sin perjuicio del recurso de anulación. Según lo previsto en el artículo 30 *ibídem*, la decisión sobre competencia debe tomarse en la primera audiencia de trámite, por medio de auto, contra el cual sólo procede el recurso de reposición.*

4.5.3. *El principio de kompetenz-kompetenz también ha sido reconocido por normas de otros Estados, empleado por los principales centros de arbitraje internacional, previsto en las reglas uniformes para el desarrollo de procesos arbitrales internacionales, usados por tribunales internacionales en sus decisiones y destacado por la doctrina especializada.*

4.5.4. **En este contexto, cualquier cuestionamiento sobre la competencia del tribunal de arbitramento debe plantearse, en primer lugar, ante el propio tribunal, que es el encargado de definir este asunto. Si el tribunal decide que es competente para conocer del caso, existe un instrumento legal adecuado para impugnar esta decisión: el recurso de reposición. Si el recurso se decide de manera desfavorable, es necesario esperar a que el tribunal se pronuncie de fondo, para controvertir su competencia por medio del recurso de anulación, e incluso por medio de la acción de tutela.**<sup>4</sup> (Los subrayados en negrilla no son del texto)

En virtud del mencionado principio, le correspondía al Tribunal Arbitral decidir en la primera audiencia de trámite sobre su competencia, y posteriormente, de encontrar elementos que influyeran o afectaran dicha competencia, pronunciarse sobre la misma en el Laudo.

2.- En el presente trámite arbitral el Tribunal decidió sobre su competencia en la Primera Audiencia de Trámite celebrada en la sede del Tribunal el día 9 de mayo de 2019 y recogida en Acta No. 12. En dicha oportunidad el Tribunal se declaró competente y frente a tal decisión la parte Convocante (EAAB) interpuso recurso de reposición al considerar que el Tribunal carecía de competencia respecto de las pretensiones de las demandas de reconvención por cuanto, a su juicio, había operado el fenómeno de la caducidad.

Respecto a este punto (la caducidad de las pretensiones de las demandas de reconvención) el Tribunal analizará el punto en acápite separado, advirtiendo desde ya que una vez efectuado el análisis respectivo, no encuentra el Tribunal que haya operado la caducidad y que por ello se vea afectada su competencia para decidir sobre el fondo del asunto.

Obsérvese que ante la declaratoria de competencia del Tribunal la única impugnación presentada se refirió a la supuesta caducidad de las pretensiones de las demandas de reconvención, asunto este que, como se indicó, será abordado más adelante. Por su parte, la Convocada no interpuso recurso alguno contra la decisión adoptada por el Tribunal en la Primera Audiencia de Trámite mediante la cual se declaró competente.

3.- En conclusión: El Tribunal una vez surtidas a plenitud las etapas del trámite arbitral, encuentra que no existe motivo fáctico o jurídico que afecte su competencia, por lo que confirma que se encuentra facultado para conocer y resolver la controversia ventilada en la demanda reformada por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAAB. E.S.P.** como Convocante, y **CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO**

---

<sup>4</sup> Sentencia Corte Constitucional C- 572A de 2014, MP Mauricio González Cuervo, 30 de julio de 2014.

**ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S.** como Convocada, así como también de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención y su versión reformada.

### III.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Las condiciones formales necesarias para resolver el fondo de la controversia, es decir, los conocidos Presupuestos Procesales, se encuentran reunidos plenamente en el presente caso. En efecto se ha verificado que los intervinientes en este proceso cuentan con capacidad para ser parte y se encuentran debidamente representados, habiéndose trabado la Litis en debida forma mediante la demanda arbitral en su versión reformada la cual reunió los requisitos formales para su admisión y traslado, habiendo sido contestada en oportunidad por las Convocadas quienes a su vez, interpusieron demanda de reconvención la cual fue admitida, corriéndosele el respectivo traslado a la parte Convocante. Finalmente, según ha quedado definido, el Tribunal cuenta con competencia para decidir las controversias sometidas a su conocimiento.

### IV.- EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LA EAAB

#### 1.- El régimen privado de las empresas de servicios públicos

1.1. Para efectos de determinar el régimen legal del Contrato es necesario tener presente la naturaleza jurídica de las partes que concurrieron a su celebración, en este caso, una empresa distrital de servicios públicos, a saber **LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** de carácter estatal y el **CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S.**, todas sociedades de carácter privado, y además, es necesario remitirse a las normas legales que rigen la materia de los servicios públicos.

La Constitución Política estableció en el inciso 2 del artículo 365 que *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”*. Así, se trata de una materia sobre la que existe reserva de ley y cuyo desarrollo normativo se encuentra en la Ley 142 de 1994.

Por su parte, la Ley 142 de 1994, Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios, señala que la competencia y la responsabilidad política en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado recaen sobre los municipios. Esta ley busca incrementar la calidad y cantidad de los servicios públicos domiciliarios, la promoción de la libre competencia, el aseguramiento del acceso de los servicios a los usuarios y el subsidio a la población más vulnerable. En su artículo 31, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, en armonía con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios señala que las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que, en consecuencia, sus contratos se rigen por las normas del derecho privado.

Sobre el régimen de contratación privada de entidades estatales en jurisprudencia reciente se ha pronunciado el H. Consejo de Estado<sup>5</sup>:

*“81. El artículo 365 constitucional dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios*

---

<sup>5</sup> Sección Tercera Subsección B Consejero ponente: Alberto Montaña Plata, 19 de junio de 2019.

públicos. Legislador que, a través de la Ley 142 de 1994, decidió someter a un régimen privado (salvo puntuales excepciones) los actos y los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios<sup>6</sup>. Así, los artículos 32<sup>7</sup> y 31<sup>8</sup> de la Ley 142 de 1994, **establecieron un régimen de derecho privado para los actos, los cuales "se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado", y los contratos, que "no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"**.

"82. La Corte Constitucional, al estudiar el régimen jurídico de estos actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, se pronunció sobre la decisión legislativa de someterlos a un régimen privado, y señaló que, en observancia de la libre configuración del legislador, resultaba constitucional la opción acogida, por ello estableció que: "el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, (...) entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior"<sup>9</sup>.

"83. Ahora bien, la propia Ley 142 de 1994, al disciplinar la materia, decidió reservar un reducto de derecho público. Así, de la mano de otras disposiciones consagradas en la misma ley (como el artículo 154 que establece los recursos procedentes contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa, o el artículo 33 que atribuye potestades como la expropiación), **el propio artículo 31 reservó la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Ley 80 de 1993 a los actos y contratos donde se utilicen cláusulas exorbitantes, cuya inclusión puede convertirse en obligatoria, para ciertos contratos, por consideración de las comisiones de regulación, o facultativa, para otros, previa consulta expresa por parte de las propias empresas prestadoras**<sup>10</sup>.

"84. En atención a la citada disposición legislativa, **la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), mediante Resolución 151 de 2001 (modificada por la Resolución 293 de 2004), estableció un deber de pacto de "cláusulas exorbitantes o excepcionales a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993", entre otros, en los contratos que se deben adjudicar por licitación, o en los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, siempre que el**

---

<sup>6</sup> Se alude a prestadores en general, aunque la ley, las más de las veces, haga referencia a las Empresas de Servicios Públicos. Es evidente que aunque se trate de casos excepcionales, de otros tipos de prestadores, ello no significa que cambie la orientación de su régimen (derecho privado) en virtud de la igualdad entre prestadores en el marco de la libre competencia. Así se deriva de la lectura de los artículos 365, en concordancia con los artículos 333 y 13 de la Constitución Política. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C- 066 de 1997.

<sup>7</sup> Ley 142 de 1994, artículo 32. "Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado".

<sup>8</sup> Ley 142 de 1994, artículo 31. "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa (...)"

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997.

<sup>10</sup> Artículo 31. "(...) Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa (...)"

objeto del contrato, “de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo o la reducción en los niveles de calidad y continuidad debidos.”

“85. Si se observa en detalle, para que su inclusión sea obligatoria, se requiere de una condición dual, pues, de la mano del tipo de contrato a celebrar (como el contrato de obra), se debe considerar que su incumplimiento pueda llegar a interrumpir la prestación adecuada del servicio público o la reducción en los niveles de calidad y continuidad.”

(Los subrayados en negrillas no son del texto)

Ahora bien, en otros pronunciamientos anteriores, el Consejo de Estado había dejado establecido que los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos de capital mayoritariamente público, como es el caso de la EAAB, se rigen por el derecho privado. En un pronunciamiento en el cual se destacó que en la fase pre contractual o de selección del contratista también se aplican las normas del derecho privado a los contratos celebrados por empresas como la EAAB, dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado lo siguiente:

“La sala al momento de entrar a proferir sentencia de segunda instancia hace las siguientes consideraciones: (i) que es una realidad procesal objetiva la de que en el presente caso, la persona demandada es una empresa de servicios públicos domiciliarios (E.S.P), que a la luz del ordenamiento jurídico nacional de los servicios públicos (ley 142 de 1994), y para efectos de todo lo relativo a su contratación (procesos de selección de contratistas, como los de celebración de sus contratos y la ejecución de los mismos), se rige por las normas y principios propios de los contratos entre particulares, básicamente las normas comerciales, salvo las excepciones de ley, que no se configuran para el presente asunto (ii) Así mismo, que estudiado y analizado el contenido, objeto, finalidad de la demanda formulada por el actor, en especial las pretensiones invocadas y su pertinencia en relación con los claros e imperativos mandatos de la ley 142 de 1994, en torno al régimen jurídico de la contratación y de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios (E.S.P), encuentra que materialmente el litigio planteado gira absolutamente en torno a un debate en relación con la culpa, falta de diligencia, cuidado, e incluso omisiones que se le imputan a la empresa demandada con ocasión de los hechos plenamente expuestos en libelo introductorio, ocurridos en la etapa de las tratativas previas, esto es, en el proceso de selección de contratistas que legalmente se rige por el derecho privado – derecho comercial- y que configuran el marco de sustento de impugnación de las decisiones precontractuales de la empresa; (iii) en consideración a lo anterior y en aras de la preservación del principio de legalidad desarrollado en la ley de servicios públicos domiciliarios para regir, tanto la contratación, como todo lo referente a los contratos de estas empresas de servicios públicos domiciliarios y su ejecución, y con el propósito y finalidad de garantizar plenamente el debido proceso de las partes involucradas en el litigio, interpreta la demanda y en su contexto las pretensiones, argumentaciones, pruebas y demás aspectos del proceso, en el ámbito de la culpa in contrahendo, o de la responsabilidad precontractual, que es lo propio y adecuado a la luz de un debate procesal regido por el derecho privado y en este sentido de pronunciará, previa las siguientes consideraciones: (...)” (Consejo de Estado – Sección Tercera (Subsección C). Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02686-01(59530). Sentencia del 5 de julio de 2018. CP: Jaime Orlando Santofimio

Gamboa. Demandado: Acueductos y Alcantarillados de Antioquia E.S.P.-  
ACUANTIOQUIA E.S.P. (Los subrayados en negrillas no son del texto)

1.2. El Contrato objeto de la presente controversia se rige por las disposiciones del Derecho Privado, tal como lo establecen los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, incluyendo las actuaciones realizadas durante la etapa pre contractual o de selección del contratista. Al respecto, en la citada sentencia del 5 de julio de 2018, el Consejo de Estado concluyó lo siguiente:

*“59.- El derecho privado, como esta subsección lo ha destacado en providencias anteriores, se funda primordialmente en la autonomía dispositiva o negocial, entendida ésta como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas para autorregular o disponer de sus intereses a través de actos o negocios jurídicos acudiendo para estos efectos a las normas y principios del derecho comercial, sobre todo, y de manera fundamental cuando se trata de reconocimiento de este régimen jurídico a empresas y personas que actúan en el ámbito del mercado y la competencia económica, como lo es, en el presente caso de la empresa demandada.*

***60.- Traducido al ámbito de la actividad pre contractual se entiende que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (E.S.P) deben actuar, siempre con profundo respeto a los derechos subjetivos de quienes aspiren a contratar con ellas, por lo tanto, no pueden ir en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe, ni pueden desarrollar actividades o adoptar decisiones que comporten el ejercicio abusivo de sus derechos, fundados en actuaciones culposas, sin la debida diligencia, cuidado, e incluso incurriendo en omisiones.”***

(...)

***62.- De ésta forma se entiende que por regla general cuando las empresas que prestan servicios, ya sean éstas públicas, de capital público o privado, o privadas desarrollen actividades económicas tendientes al cumplimiento de su objeto prestacional pueden celebrar contratos o incluso emitir decisiones o actos de carácter unilateral, los cuales se sujetarán primordialmente a las normas previstas en el régimen de derecho privado, según los mandatos imperativos de la ley 142 de 1994, debiendo en consecuencia, salvo las normas especiales en la materia, aplicar de manera concreta y por regla general, en sus proceso de contratación y a sus contratos, las disposiciones del código de comercio y demás de esta naturaleza que fueren pertinentes, al igual que sus principios y valores.”***

***Previamente a resolver el asunto que ahora se somete a decisión, se precisa que éste es de carácter eminentemente de derecho privado, razón por la cual el análisis que se realice sobre las decisiones pre contractuales de la demandada se efectuará a la luz de las reglas y principios del Código de Comercio y de las pertinentes de la legislación civil, así como de frente a los denominados por la empresa como pliegos de condiciones y demás documentos que conformaron la licitación pública No. 008 de 1996, en el sentido y dirección de las pretensiones de la demanda y de los argumentos de la apelación, con el propósito de verificación de la ocurrencia de eventos lesivos o dañosos, propios de culpa in contrahendo, al igual que evaluar, en los términos de las argumentaciones del demandante, si con la decisión unilateral de la empresa en esta etapa previa de selección de contratista, ésta incurrió en el incumplimiento de alguna de las reglas***

previamente fijadas o de alguna de las prestaciones a su cargo, o si violó normas imperativas, buenas costumbres, la buena fe, o implicó el ejercicio abusivo de su derecho." (Los subrayados negrillas no son del texto)

En el caso presente, observa el Tribunal que la conducta que se le atribuye a uno de los miembros del Consorcio LOS CEDROS tuvo ocurrencia durante la etapa pre contractual o de selección del contratista, toda vez que fue con la oferta que se presentó la certificación de experiencia que corresponde, según lo alega la EAAB, a una obra no ejecutada o a una información inexacta o falsa.

Tal como lo señala el Consejo de Estado, en la etapa pre contractual o de selección de contratistas, las partes también están sometidas exclusivamente al derecho privado, por cuanto las disposiciones de la Ley 142 de 1994, que consagran un régimen especial en materia de servicios públicos domiciliarios, corresponden a una ley que regula íntegramente la materia, y por lo mismo, sus disposiciones también rigen la etapa pre contractual y resultan aplicables a los manuales de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos, como es el caso de la EAAB. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo lo siguiente:

"5.2 De acuerdo con la jurisprudencia de la Sub-sección C por "mandato constitucional (artículos 334, 365 y 370), los servicios públicos en Colombia están sujetos al régimen especial que para ellos determine la ley. Ahora bien, debe señalarse que este mandato se refiere a los servicios públicos en general, expresión que sin duda cubre los servicios públicos domiciliarios, en otras palabras, el género incluye la especie. En desarrollo de estos preceptos constitucionales se expidió la Ley 142 de 1994. Se trata entonces de una ley ordinaria que manda al Estado intervenir en los servicios públicos, utilizando los instrumentos a los que hace referencia el artículo 3 de la propia ley, en especial la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y de los servicios que ellas prestan. Además, la Ley 142 es una norma especial en materia de servicios públicos domiciliarios y, en consecuencia, su aplicación es preferente respecto de otras leyes, también se trata de una ley que regula íntegramente la materia y, por tanto, deroga todas las disposiciones legales preexistentes que regulen este tema. En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, cabe señalar que se trata de una ley que no sólo se aplica a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, para la Sala resulta claro que, dentro de esos ámbitos de aplicación se encuentra el régimen de las empresas prestadoras de dichos servicios y las actividades que ellas realizan. Es así como el artículo 32 de la mencionada ley establece que, "salvo que la Constitución o la misma ley dispongan otra cosa, los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado". (Negrilla propia) Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional." (Consejo de Estado – Sección Tercera (Subsección C). Radicación número: 207906988001-23-31-000-2001-

00104-01 (30288). Sentencia del 4 de junio de 2015. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Los subrayados en negrillas no son del texto)

El criterio antes señalado ha sido reiterado por el Consejo de Estado, es decir, que de acuerdo con esta Corporación los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos como es el caso de la EAAB, se rigen por el derecho privado. Únicamente se rigen por el Estatuto General de Contratación Pública aquellos respecto de los cuales la CRA haya dispuesto la inclusión de cláusulas exorbitantes en lo relativo a dichas cláusulas, situación que en el presente caso escapa de la controversia sometida a este Tribunal Arbitral por cuanto la controversia no versa sobre dichas cláusulas exorbitantes.<sup>11</sup>

## 2.- El Contrato de Obra No. 1-01-31300-1470-2013 del 27 de diciembre de 2013.

2.1. El Contrato celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y el Consorcio Los Cedros se rige, según la Invitación Pública No. ICSC-1068-2013 por los artículos 209 y 267 de la Constitución Política; el Manual de Contratación de la EAAB contenido en la Resolución No. 0798 del 13 de septiembre de 2016, proferida por el Gerente de la Empresa y las normas que lo adicionen, modifiquen o complementen; la Ley 142 de 1994 "Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios" y demás normas que la adicionen modifiquen o complementen; el Código Civil; el Código de Comercio; y, las normas ambientales. En término generales, el Contrato de Obra materia de análisis lo gobierna un régimen de derecho privado.

El Manual de Contratación de la EAAB establece en su artículo 1º lo siguiente:

*"Régimen Aplicable. La contratación de la EAB-ESP se regirá por el presente Manual y el derecho privado, así como por las disposiciones especiales que le sean aplicables en consideración a su naturaleza jurídica".* (El subrayado en negrillas no es del texto)

El artículo 37 del Manual de Contratación también establece que la EAAB pactará en los contratos las cláusulas excepcionales previstas en la Ley:

*"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 689 de 2001 y la autorización conferida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico, en los términos de la Resolución No. 151 de 2001 o las normas que la modifiquen o sustituyan, la EAB-ESP pactará en los contratos las Cláusulas Excepcionales previstas en la ley..."*

---

<sup>11</sup> Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias: 1) Consejo de Estado – Sección Tercera (Subsección C). Radicación número: 05001-23-31-000-2003-04466-02(56562). Sentencia del 20 de febrero de 2017. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Demandado: Empresas Públicas de Medellín – EPM; 2) Consejo de Estado – Sección Tercera (Subsección A), Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02579-01(43324). Sentencia del 19 de noviembre de 2015. CP: Marta Nubia Velásquez Rico. Demandado: Empresas Públicas de Medellín – EPM. 3) Consejo de Estado – Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00459-02(36633), sentencia del 7 de septiembre de 2015. CP: Olga Mérida Valle de la Hoz, Demandado: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. 4) Consejo de Estado – Sección Tercera (Subsección C). Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00469-01(37197). Sentencia del 1 de julio de 2015. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Demandado: Empresa de Energía de Pereira S.A. 5) Consejo de Estado – Sección Tercera (Subsección B). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02072-01(48812). Sentencia del 1 de enero de 2016. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Demandado: Empresas Públicas de Medellín – EPM. 6) Consejo de Estado – Sección Tercera (Subsección C) Radicación número: 85001-23-31-001-2011-00185-02(50464). 3 de diciembre de 2015. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Demandado: Empresa de Energía de Casanare S.A. ESP.

Con fundamento en lo anterior, en la Cláusula Décima Sexta del Contrato las partes pactaron Cláusulas Excepcionales, así:

*“De acuerdo con lo señalado en los Datos del Contrato, el Acueducto de Bogotá **podrá aplicar las Cláusulas Excepcionales** de terminación, modificación e interpretación unilaterales y de caducidad de conformidad con lo establecido en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 y la Resolución No. 151 de 2001, expedida por la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico o las normas que las sustituyan”. (El subrayado en negrillas no son del texto)*

2.2. El Contrato de Obra No. 1-01-31300-1470-2013 celebrado entre la EAAB y el Consorcio LOS CEDROS se rige por el Derecho Privado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por tener la naturaleza de empresa industrial y comercial del Distrito, en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 la Empresa, de acuerdo con el Manual de Contratación de la Empresa y por mandato de la sección 1.3.3 del artículo 1.3.3.1 de la Resolución 151 de 2001 (modificada por la Resolución 293 de 2004) de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en el contrato las partes pactaron que la EAAB “*podrá aplicar las cláusulas excepcionales*” a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 ya que su incumplimiento puede llegar a interrumpir la prestación adecuada del servicio público o la reducción en los niveles de calidad y continuidad, materia a la cual se aplican las disposiciones pertinentes de esta Ley.

Sin embargo, encuentra el Tribunal Arbitral que en el caso presente la EAAB no aplicó cláusulas excepcionales simplemente porque la ejecución del Contrato nunca se inició. Por lo mismo, esta controversia escapa de la aplicación excepcional de la Ley 80 de 1993, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 el Contrato se rige exclusivamente por el derecho privado.

2.3. LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. según el Acuerdo 05 de 1995 del Consejo de Bogotá, es una empresa industrial y Comercial del Distrito. Es decir, es una entidad de carácter estatal, de acuerdo con la definición que de ellas presenta el literal a) del artículo 2o de la Ley 80 que dispone:

*“ARTICULO 2o. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:*

*1o. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (El subrayado no es del texto)*

2.4. En la reforma a la demanda, la EAAB propuso como segunda pretensión subsidiaria que se declare la responsabilidad del Consorcio LOS CEDROS por haber suministrado la certificación de experiencia que corresponde a una obra no

ejecutada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 numeral 7º de la Ley 80 de 1993, la cual dispone lo siguiente:

*"ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:*

*(...)*

*7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa."*

Esta disposición consagra la responsabilidad del Contratista cuando incurre, entre otras, en la conducta de "haber suministrado información falsa". Aunque en principio se podría considerar que esta norma de la Ley 80 de 1993 resultaría aplicable en este caso, tal como lo establece expresamente el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Contrato se rige exclusivamente por las normas del Derecho Privado.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, que tiene su fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el análisis de los principios constitucionales y legales que rigen la contratación estatal y principalmente en las disposiciones de la ley 142 de 1994, el Tribunal Arbitral, no obstante que se está frente a un estatal obra, que contiene cláusulas exorbitantes, cuyo inclusión fue ordenada por la Comisión de Regulación de Agua Potable, considera que el régimen jurídico aplicable es de derecho privado, por cuanto la controversia sometida a la decisión arbitral es totalmente ajena a la aplicación de las cláusulas exorbitantes, con lo cual se configura la hipótesis normativa de exclusión del régimen jurídico de derecho público, contenida en el inciso 2o del artículo 31 de la ley 142 de 1994. Por lo tanto, el Tribunal procederá a aplicar estas disposiciones para resolver la controversia sometida a su decisión.

#### V.- LA CADUCIDAD DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1.- El apoderado de la EAAB planteó en la contestación de la demanda de reconvencción como primera excepción la caducidad de la acción ejercida por las Convocantes en reconvencción. Para sustentar esta excepción, la EAAB invocó el literal f) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, el cual dispone lo siguiente:

*"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*

*1. En cualquier tiempo, cuando:*

*(...)*

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

*a) (...)*

***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.*** (Los subrayados en negrillas no son del texto)

En la contestación a las demandas de reconvencción formuladas por Consorcio LOS CEDROS y por AGAMA S.A.S., así como en la contestación a la demanda de reconvencción formulada por POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S., la EAAB en su condición de Convocada en Reconvencción propuso como primera excepción de mérito la caducidad de la acción, en los tres casos, en los siguientes términos:

*“La acción que pretende la convocante se encuentra caducada. Endilga la convocante a la entidad que se debió DAR INICIO A LA EJECUCIÓN el día 27 de diciembre del año 2014 o a más tardar en el mes de mayo de 2015 fecha en la cual ya se habían aprobado las pólizas, momento en el cual supuestamente la entidad incurrió en mora por no iniciar el contrato según el mismo dicho del contratista. Presentada la demanda el 30 de abril del año 2018, el medio de control se encuentra caducado.*

*La norma de caducidad aplicable al asunto concreto es la contenida en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que establece: 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. La norma consagra un término de caducidad de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que le sirvan de fundamento a las pretensiones del medio de control, es decir el supuesto de hecho de no dar la orden de inicio al contrato 1025 de 2014 una vez se dieron los requisitos para iniciar el contrato o definir su alcance<sup>12</sup>. Como el daño que supuestamente produjo el no iniciar el contrato cuando debió hacerse, el plazo de caducidad realmente inició el día siguiente al que supuestamente debió firmarse el acta de inicio o), que se constituye en sí mismo el motivo de hecho y de derecho que da lugar a reclamar la reparación del daño contractual o el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.*

*El fenómeno de la caducidad es un presupuesto procesal de carácter negativo que opera en algunos medios de control contenciosos por el transcurso de un término establecido expresamente en la ley, término que una vez cumplido restringe la posibilidad de acceder a la administración de justicia.*

*De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el propósito esencial de la caducidad es evitar que las diversas situaciones generadoras de responsabilidad se extiendan de manera indefinida en el tiempo, brindando así seguridad jurídica al transformarlas en situaciones consolidadas.*

*Entonces, como la caducidad opera de pleno derecho, pues su plazo no es susceptible de interrupción ni de suspensión por pacto entre las partes, su configuración implica que el demandante pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción por no haber ejercido oportunamente su derecho y concurrir dos supuestos: i) el transcurso del tiempo y ii) el no ejercicio de la acción<sup>13</sup>.*

*Dicho término está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo e invariable para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.”*

**2.- En las demanda de reconvención de POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y en la demanda de reconvención inicialmente presentada en forma conjunta por parte de POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S. y de CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., como miembros del**

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, CP: Hernán Andrade Rincón Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01157-01(57440) 18 de abril de 2017.

<sup>13</sup> Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2011, exp. 21093, MP: Hernán Andrade Rincón; auto del 20 de febrero de 2008, Radicación 16.207 (11-2922), MP: Myriam Guerrero de Escobar, entre otros.

Consortio LOS CEDROS, dichas empresas señalaron lo siguiente acerca de la caducidad de la acción en el caso presente:

*“La acción derivada de los hechos que dan origen a la misma corresponden a la acción ordinaria la que debe tramitarse por la vía ordinaria – arbitral al existir cláusula (SIC) compromisoria estipulada contractualmente.*

*Conforme a lo estipulado en el contrato el plazo de ejecución del contrato comenzaría a partir de la firma del acta de iniciación y esta no se ha suscrito, consideramos que la caducidad de la acción no ha comenzado a operar; y conforme al artículo 164 del CPACA en las controversias contractuales el término (SIC) para demandar será de dos (2) años y por ello se observa que el término para ejercer la acción no ha caducado.”*

Por su parte, el apoderado de AGAMA S.A.S. y del Consortio LOS CEDROS en la reforma a la demanda de reconvenición, señaló en idéntico sentido lo siguiente acerca de la caducidad de la acción:

*“La acción derivada de los hechos que dan origen a la misma corresponden a la acción ordinaria la que debe tramitarse por la vía ordinaria – arbitral al existir cláusula compromisoria estipulada contractualmente.*

*Conforme a lo estipulado en el contrato, el plazo de ejecución del contrato comenzaría a partir de la firma del acta de iniciación y ésta no se ha suscrito, consideramos que la caducidad de la acción no ha comenzado a operar; y conforme al artículo 164 del CPACA en las controversias contractuales el término para demandar será de dos (2) años, y por ello se observa que el término para ejercer la acción no ha caducado en este caso.”*

3.- Para efectos de establecer si en este caso operó la caducidad de la acción, resulta necesario recordar que el artículo 164 del CPACA, además de lo indicado anteriormente, dispone también lo siguiente:

*“En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:*

*i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*

*ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*

*iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*

*iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*

*v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; (...)” (Los subrayados en negrillas no son del texto)*

Con el objeto de pronunciarse acerca de la caducidad de la acción propuesta por la EAAB como Convocada en reconvencción, este Tribunal considera pertinente recordar lo expresado por la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre este particular:

**"Con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y la no paralización del tráfico que se traba entre los administrados, el legislador, en uso de su libertad configurativa, instituyó la caducidad de la acción como una figura que limita el uso del derecho de acceso a la administración de justicia en el tiempo, en el sentido de que cuando no se utiliza en un período determinado, el mismo se torna inoperante.**

Ciertamente, así como a todos los derechos y libertades reconocidos en la Carta Política le son inherentes ciertas responsabilidades, los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia tienen como deber correlativo, de conformidad con el artículo 259 de la Constitución Política, que quien los ostentan colaboren con los órganos judiciales y la administración de justicia, deberes con fundamento en los cuales la ley creó la caducidad de la acción.

De esta manera, dicho fenómeno consiste en un plazo objetivo y preclusivo dentro del cual resulta posible acudir a la jurisdicción, con el objeto de elevar las pretensiones que se estimen necesarias para hacer efectivo un derecho conculcado u obtener una declaración judicial en específico, facultad que se extingue una vez dicho interregno finaliza. **Cabe resaltar que el instituto procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, puesto que se fijó como un límite objetivo del derecho de acción que no admite renuncia alguna, y su vencimiento debe ser declarado de oficio cuando se verifique la conducta inactiva del sujeto llamado a accionar, incluso en contra de su voluntad.**

De esta manera, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció diferentes tiempos en los cuales es posible acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de tal forma que las pretensiones que una persona puede elevar deben ser formuladas dentro de dichos términos, los cuales varían de conformidad con (i) la situación de la que se desprende su interés para accionar -actos administrativos, hechos de la administración o contratos estatales, entre otros marcos situacionales- y (ii) el medio de control que con fundamento en ello le corresponda ejercer -de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o de controversias contractuales, entre otros medios de control-, el cual, cabe agregar, no es de su libre escogencia.

Al respecto, se advierte que de conformidad con el literal j del numeral 2 del artículo 16413 del C.P.A.C.A., **para ejercer el derecho de acción a través del medio de control de controversias contractuales, se estableció un término de dos años contados a partir del día siguiente en que se presentan los motivos de hecho o de derecho que fundamentan la demanda, y en el evento en que la controversia se suscite en relación con un contrato que requiere de liquidación, dichos dos años se cuentan (i) cuando hay liquidación bilateral del contrato, desde el día siguiente a la suscripción del acta de dicha liquidación; (ii) cuando hay liquidación unilateral, desde el día siguiente a la ejecutoria del acto administrativo en que se aprueba tal estimación; (iii) cuando dentro del término establecido en el contrato no se realice la liquidación bilateral del contrato, desde que vence el término de dos meses a partir de esa fecha, y (iv) cuando no se pacte un plazo para realizar la liquidación bilateral,**

**desde que finaliza el término de cuatro meses después de la terminación del contrato.**

Ahora bien, se debe poner de presente que la jurisprudencia de esta Corporación, con cimiento en la norma descrita, ha considerado que el término de caducidad de la acción únicamente se comienza a contabilizar de acuerdo con el primer ordinal referido, es decir, luego de que se suscribe el acta de liquidación bilateral, en los eventos en que ese corte de cuentas se realiza en el tiempo establecido por las partes para el efecto, puesto que de lo contrario, dicho período comienza a computarse de conformidad con el tercer ordinal aludido, esto es, dos meses después de que fenece la oportunidad estipulada por las partes para realizar dicha liquidación bilateral -período que coincide con el tiempo que tiene la administración para realizar liquidar unilateralmente el contrato; ver artículo 1114 de la Ley 1150 de 2007-

Lo anterior, incluso ocurre a pesar de que después de la fecha fijada por las partes para realizar la liquidación bilateral, éstas se reúnan para finiquitar de común acuerdo esa estimación de lo adeudado, en consideración en que el interregno de caducidad de la acción habría comenzado a contabilizarse conforme al último ordinal aludido y por ende, al tratarse el término de la caducidad de la acción de un plazo de orden público, objetivo e invariable por quienes acceden a la administración de justicia (...) es evidente que no puede ser modificado por ellos.”

En efecto, para contar el término de la caducidad de la acción, resulta inviable tener en cuenta una liquidación bilateral realizada por fuera del plazo contractual establecido para ello, puesto que después de transcurridos los dos meses siguientes a la posibilidad que se fijó contractualmente para realizar ese corte de cuentas, aquel interregno ya habría empezado a computarse y en consecuencia, su conteo por mandato de ley se vuelve inmodificable y no puede ser interrumpido por el mero acto de las partes de liquidar el contrato, máxime cuando ello implicaría dejar a su voluntad la configuración de dicho fenómeno procesal y permitirles prorrogar de forma completamente irrazonable su configuración, lo que afectaría la seguridad jurídica que la caducidad de la acción pretende garantizar, y con lo que se desconocerían las cargas constitucionales de los administrados para el disfrute de sus derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia”. (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 8 de agosto 2018. Radicación número: 25000-23-26-000-2017-00124-01(61069). CP: Stella Conto Díaz del Castillo. Los subrayados en negrillas no son del texto)

Más recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado puntualizó lo siguiente:

“El fenómeno de caducidad se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar. Límite que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la ley. **El término para formular la acción de controversias contractuales es de 2 años que inician a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento, según el inciso 1 del literal j) numeral 2 del artículo 164 del CPACA, siempre que no se trate de cualquiera de los demás eventos previstos expresamente en ese literal.**” (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2019. Radicación número:

66001-23-33-000-2014-00192-01(59532). CP: Gabriel Sánchez Luque. El subrayado en negrillas no son del texto)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del CPACA y de conformidad con lo expresado por el Consejo de Estado, la caducidad se configura como un plazo objetivo e invariable del titular del derecho derivado de la relación contractual para ejercer su derecho de acción. La regla general es la caducidad de dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento al accionante, siempre que no se trate de cualquiera de los demás eventos previstos expresamente en el literal j) del numeral 2 de la citada norma, es decir, siempre que el contrato no requiera de liquidación. Al respecto, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado señaló recientemente lo siguiente:

*“(...) debe decirse que el literal j) del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 prevé unas reglas especiales para determinar la oportunidad en la que deben presentarse las demandas de naturaleza contractual, por lo cual, como lo ha reiterado la Sección Tercera de esta corporación, **resulta indispensable establecer, según esas reglas, si el contrato estatal por el cual se demanda requiere de liquidación o no, pues, dependiendo de esta circunstancia, el cómputo de la caducidad se surtirá a partir: i) del momento en que ocurrió la terminación del contrato, cuando éste no requiere de liquidación, ii) del día siguiente a aquél en el cual se hubiere efectuado su liquidación bilateral o hubiere quedado en firme la unilateral, si a ella se hubiere procedido o iii) de cuando debió haberse efectuado la correspondiente liquidación, si ésta no se hizo cuando a ella había lugar.***

*Así, **cuando se trata de un contrato en el cual las partes estipulan un plazo para su liquidación –como el caso del contrato de concesión 1 del 21 de diciembre de 2001– y ésta no se efectúa bilateral ni unilateralmente, el término de caducidad comienza a correr a partir del vencimiento del plazo convencionalmente pactado para hacer la liquidación bilateral más los dos meses previstos por la ley para efectuar la liquidación unilateral.*** (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2019. Radicación número: 47001-23-33-000-2018-00340-01(63447). CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Los subrayados en negrillas no son del texto)

Asimismo, en otro pronunciamiento reciente, el Consejo de Estado dijo lo siguiente acerca de la caducidad de la acción cuando el respectivo contrato no está sujeto a liquidación:

*“La demanda se presentó el 10 de junio de 2015, en forma oportuna, de conformidad con la regla general del artículo 164 del CPACA, dado que, para este caso aplica el término de caducidad de dos años contados a partir de los motivos de hecho o de derecho, los cuales en este litigio ocurrieron el 24 de octubre de 2013, cuando el departamento no atendió la petición de la demandante para el cambio de la garantía única de cumplimiento y, al decir de la parte actora, configuró el incumplimiento del contrato al no haber permitido su ejecución.  
(...)”*

*Por ello, para efectos del cómputo de la caducidad, es que debe tomarse ésta como la fecha última de los referidos motivos de hecho y de derecho que dan lugar a la demanda.”* (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 19 de septiembre de 2019. Radicación número: 76001-23-33-006-2015-00644-01(60075). CP: Marta Nubia Velásquez Rico)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

En el caso presente, observa el Tribunal que el Contrato está sujeto a liquidación de acuerdo con lo pactado por las partes. Sin embargo, también se observa que las partes no han liquidado el Contrato por cuanto, si bien fue suscrito en la fecha estipulada, el acta de inicio para su ejecución, no fue suscrita, y por lo mismo, el Contrato no fue ejecutado, lo que imposibilitó a las partes a que pudieran liquidarlo.

De acuerdo con lo anterior, la caducidad se computa a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la reclamación si el contrato no está sometido a liquidación. En dicho caso se deben aplicar las reglas de caducidad relativas a los contratos que son objeto de liquidación, establecidas en el artículo 164 del CPACA "salvo cuando la pretensión consiste en la nulidad del contrato mismo, evento en el cual el plazo perentorio corre desde su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente."

Al respecto, el Consejo de Estado se ha manifestado en los siguientes términos:

*"Con el propósito de verificar si la demanda fue interpuesta en término oportuno, es necesario acudir al literal j del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 que dice:*

*"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 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:*

*"i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*

*"ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;*

*"iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;*

*"iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;*

*"v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga" (se resalta).*

*Ante estas pautas legales y como además lo ha reiterado la Sección Tercera de esta Corporación, resulta indispensable determinar si el contrato estatal por cuyas controversias se demanda requiere de liquidación o no -salvo cuando*

la pretensión consiste en la nulidad del contrato mismo, evento en el cual el plazo perentorio corre desde su perfeccionamiento—, pues, dependiendo de esta circunstancia, el cómputo de la caducidad se surtirá a partir: i) del momento en que ocurrió la terminación del contrato, cuando éste no requiere de liquidación, ii) del día siguiente a aquél en el cual se hubiere efectuado su liquidación bilateral o hubiere quedado en firme la unilateral, si a ella se hubiere procedido o iii) de cuando debió haberse efectuado la correspondiente liquidación, si ésta no se hizo cuando a ella había lugar.” (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2019. Radicación número: 25000-23-36-000-2017-01124-01 (62814). CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera. El subrayado en negrillas no es del texto)

4.- Debe señalarse que cuando el término de caducidad de la acción no es claro se debe continuar con el proceso judicial o con el trámite arbitral para dilucidar esta situación, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado. En el caso presente, para que el Tribunal Arbitral se pueda pronunciar sobre la caducidad de la acción propuesta por la Convocada en reconvenición, se hizo necesario adelantar el trámite para contar con todos los elementos de juicio, fácticos y jurídicos, para pronunciarse sobre este punto. Al respecto, dijo el Consejo de Estado lo siguiente:

*“El fenómeno de caducidad se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar. Límite que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la ley.*

*El término para formular el medio de control de controversias contractuales, de conformidad con el literal j) núm. v) numeral 2 del artículo 164 del CPACA, es dentro de los 2 años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato.*

*La Sala tiene determinado que en los eventos en que no es clara la fecha a partir de la cual se debe iniciar el cómputo del término de la caducidad se debe continuar con el proceso para que el juez al momento de fallar, luego de hacer el análisis probatorio correspondiente, vuelva sobre este punto y establezca con certeza la fecha a partir de la cual se debe contabilizar el término de caducidad.”* (Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2018. Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01485-01(57096). CP: Guillermo Sánchez Luque. El subrayado en negrillas no es del texto)

5.- En el caso presente, observa el Tribunal con fundamento en los hechos probados en el trámite arbitral, que si bien el Contrato se suscribió el 27 de diciembre de 2013, el acta de inicio EAAAB su ejecución nunca se firmó en consideración al problema señalado por la EAAAB y por la Contraloría General de la República respecto a la certificación de experiencia aportada por uno de los miembros del Consorcio LOS CEDROS. Por lo mismo, el Contrato se encuentra en una situación atípica que obliga al Tribunal a hacer el análisis correspondiente para dilucidar la fecha a partir de la cual se debe iniciar el cómputo del término de caducidad.

Por su propia naturaleza, el Contrato es de aquellos contratos estatales regido por el Derecho Privado que requiere de liquidación a partir de su terminación, bien sea que esta se logre de mutuo acuerdo o se practique unilateralmente por la Contratante, en este caso la EAAAB. Pero se trata de una situación atípica por cuanto, debido a que nunca se suscribió el acta de inicio ni el Contrato se empezó a ejecutar, las partes no pudieron llegar al momento de la liquidación del mismo, y por lo tanto, la caducidad

de la acción en los términos del artículo 164 del CPACA antes citado, no habría operado por las causales establecidas en dicha norma.

Observa el Tribunal que la excepción propuesta por la EAAB se fundamenta en el hecho de que el Contrato debió iniciar en su ejecución a partir del 27 de diciembre de 2014 “o a más tardar en el mes de mayo de 2015 fecha en la cual ya se habían aprobado las pólizas, momento en el cual supuestamente la entidad incurrió en mora por no iniciar el contrato según el mismo dicho del contratista.” Concluye la Convocada en reconvención que al haberse instaurado la demanda de reconvención el 30 de abril de 2018, “el medio de control se encuentra caducado”.

6.- Acerca de los casos en los cuales el Contrato se ha celebrado o perfeccionado, pero no se ha iniciado su ejecución, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente acerca de la caducidad de la acción relativa a la nulidad absoluta del contrato:

*“Como resulta apenas natural, se impone precisar entonces que la acción contractual podrá ejercerse a partir del momento en que se reúnan las condiciones, se configuren las circunstancias o exigencias o se hayan reunido los presupuestos requeridos en cada caso para solicitar de la jurisdicción un pronunciamiento acerca de las pretensiones correspondientes. Así, por ejemplo, para deprecar la nulidad del contrato -que supone un juicio sobre su validez-, será indispensable que el mismo se haya celebrado; cuando se persiga la declaratoria de incumplimiento del contrato será necesario que se hubiere configurado la desatención del contenido obligacional del vínculo, etc.*

*Pues bien, hecha la precisión que antecede y teniendo presente el marco que se ha expuesto acerca del carácter procesal de las normas que regulan la caducidad de las acciones y las implicaciones que de ello se derivan, **hay lugar a señalar que -con excepción de los eventos en que se pretenda la nulidad del contrato, casos en los cuales el término correspondiente empezará a correr a partir de la respectiva celebración-, para la Sala el cómputo del término de caducidad de la acción, de manera general, debe iniciar a partir del momento en que i) ocurrió la terminación del correspondiente contrato, si fuere de aquellos que no requiere liquidación o ii) a partir del momento en que se efectuó su liquidación, si a ella se hubiere procedido o iii) caso de no haberse efectuado tal liquidación cuando a la misma había lugar, a partir del momento en el cual debió haberse producido la correspondiente liquidación.**” ((Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2019. Radicación número: 25000-23-36-000-2017-01124-01 (62814). CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera. El subrayado en negrillas no es del texto. Los subrayados en negrillas no son del texto)*

Este criterio, señalado por el Consejo de Estado a la luz del Código Contencioso Administrativo, se ha reiterado por la Corporación a partir de la entrada en vigencia del CPACA. En precitada sentencia del 31 de enero de 2019, el Consejo de Estado dijo lo siguiente:

**“Ante estas pautas legales y como además lo ha reiterado la Sección Tercera de esta Corporación, resulta indispensable determinar si el contrato estatal por cuyas controversias se demanda requiere de liquidación o no –salvo cuando la pretensión consiste en la nulidad del contrato mismo, evento en el cual el plazo perentorio corre desde su perfeccionamiento– (...).”**

Asimismo, en reciente sentencia del 01 de agosto de 2019, la Sección Tercera de esa Corporación dijo lo siguiente:

*“Por otra parte, conviene advertir que, cuando el precepto señala que la liquidación bilateral o unilateral del contrato puede practicarse dentro del bienio que transcurre luego del vencimiento de los dos (2) meses indicados por el inciso segundo, “sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 136 del C.C.A.”, dicha remisión no conduce exactamente a ese artículo que hoy en día está derogado, sino al artículo 164 del CPACA, actualmente vigente y de idéntico contenido normativo, y precisamente en el literal j del numeral 2º de dicha disposición normativa (en adelante, literal j). Es este se observa lo siguiente:*

*“ARTÍCULO 164. 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.*

**Quando 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 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:  
(...)*

*El literal j establece, a modo de premisa general aplicable a todas las hipótesis allí contempladas, que el medio de control contencioso administrativo de controversias contractuales deberá incoarse dentro de los dos (2) años contados “a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”; regla conservada desde la legislación anterior (Ley 446 de 1998) y que, con importantes precisiones, mantiene el término de la redacción original del CCA y de su modificación inmediatamente posterior, el Decreto-Ley 2304 de 1989.*

**En este orden, el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales diferentes a las que versan sobre pretensiones de nulidad absoluta o relativa del contrato, ejecutiva y de repetición, ha sido definido en función del tipo de contrato, así: (i) una regla, para los contratos de ejecución instantánea (ap. i); (ii) otra, para los que –de acuerdo con la ley del contrato– no requieren liquidación (ap. ii) y; (iii) otra más, para los que, por el contrario, sí la requieren. Dentro de este último grupo se configuran, a su vez, tres supuestos de hecho diferentes, dependiendo de si: (a) se suscribió acta de liquidación bilateral o de mutuo acuerdo (ap. iii); (b) se expidió un acto administrativo de liquidación unilateral (ap. iv); o (c) no se efectuó ninguno de los anteriores tipos de liquidación contractual (ap. v).”**  
*(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Sala Plena. Radicado No. 05001-23-33-000-2018-00342-01 (62009). Sentencia del 01 de agosto de 2019. CP Jaime Enrique Rodríguez Navas. Los subrayados en negrillas no son del texto)*

7.- Las circunstancias atípicas y particulares del Contrato conllevan a que el Tribunal establezca si, en el caso presente, ha ocurrido la caducidad de la acción a pesar de no haberse suscrito el acta de inicio de ejecución del mismo, con fundamento en lo

dispuesto en el inciso segundo del literal j) del artículo 164 del CPACA, que señala expresamente lo siguiente:

**“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 siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.”** (Los subrayados en negrillas no son del texto)

En el presente caso, observa el Tribunal que en el Contrato se pactó la liquidación del mismo, es decir, se trata de aquellos contratos de tracto sucesivo o cuya ejecución y cumplimiento se prolonga en el tiempo y que por ende son objeto de liquidación. Tal circunstancia se desprende de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato de Obra en donde de forma expresa se pactó que *“El contrato se liquidará dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento de su plazo de ejecución (...)”*.

Por lo anterior, a efectos del análisis de la caducidad en principio resultan aplicables, para efectos del cómputo del término para presentar de forma oportuna la demanda, lo dispuesto en los literales (iii), (iv) y (v) del artículo 164 del CPACA, es decir, al tratarse de aquellos contratos que requieren de liquidación, el término de dos años y su computo se encuentran supeditados a lo que acontezca respecto de la liquidación.

Concretamente, al tratarse de aquellos contratos que requieren de liquidación, el término de dos años para interponer la demanda de forma oportuna inicia o bien i) cuando la liquidación sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta o; ii) cuando la liquidación sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe o; iii) una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.

En el presente caso, encuentra el Tribunal que si bien es cierto el plazo de ejecución del contrato es de doce (12) meses y se pactó como término de liquidación cuatro (4) meses más, dicho plazo o término de ejecución sólo empezaría a contarse a partir del acta de inicio, la cual, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, nunca fue suscrita por las partes, al punto que, tal circunstancia constituye el reproche principal de las demandantes de reconvenición.

La Cláusula Séptima del Contrato objeto de análisis, al regular lo concerniente al plazo de ejecución y vigencia del contrato, estableció que

*“El plazo para la ejecución del contrato es el que se indica en los Datos del Contrato, el cual se empezará a contar a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación. PARAGRAFO: VIGENCIA: Este contrato estará vigente desde la fecha de su perfeccionamiento hasta su liquidación.”*

Conforme a lo anterior, observa el Tribunal que en el presente caso se perfeccionó el contrato de obra mediante la suscripción del mismo, mas no se dio comienzo al plazo de ejecución del contrato al no haberse suscrito el acta de inicio. Igualmente, concluye el Tribunal que, de acuerdo a lo señalado por el Parágrafo de la Cláusula Séptima, el contrato a la fecha se encuentra vigente por cuanto el mismo no se ha terminado ni ha sido liquidado.

De acuerdo con lo anteriormente expresado, este Tribunal considera que no le asiste la razón a la EAAB como Convocada en reconvenición, toda vez que en el presente

caso resultan aplicables los supuestos de los numerales (iii), (iv) y (v) del literal j) del numeral 2º del artículo 164 del CPAC y, adicionalmente, se observa que se trata de una situación atípica de un contrato perfeccionado y vigente, cuyo plazo de ejecución de doce meses no ha iniciado por estar pendiente la suscripción del acta de iniciación, por lo que esta excepción de caducidad no está llamada a prosperar.

Igual circunstancia resulta predicable del análisis de la caducidad respecto de las pretensiones invocadas en la demanda presentada por la EAAB, por lo que el Tribunal concluye que tanto la demanda que dio origen al trámite arbitral así como las demandas de reconvención fueron presentadas en tiempo.

8.- Se concluye que al momento de radicación de la demanda y de las demandas de reconvención el Contrato se encontraba vigente aunque no se hubiera iniciado su ejecución. Por lo tanto, de acuerdo con la última parte del inciso segundo del literal j) del artículo 164 del CPACA, la acción no ha caducado.

Por lo expresado, y como quiera que el Contrato no ha podido llegar a la etapa de liquidación, esta excepción no está llamada a prosperar por cuanto no ha operado la caducidad de la acción.

#### VI.- LA CONTROVERSIA OBJETO DE RESOLUCIÓN

En el presente Laudo se procede a resolver la controversia planteada entre las partes por la inejecución del Contrato No. 1-01-31300-1470-2013 celebrado entre ellas el día 27 de diciembre de 2013, cuyo objeto consistió en la rehabilitación de puntos críticos en redes de acueducto, alcantarillado pluvial y sanitario, en la UPZ los Cedros de la Zona 1.

Según la EAAB, la parte Convocada vulneró el principio constitucional y contractual de buena fe, y en consecuencia, el Contrato fue incumplido por cuanto en la oferta presentada por el **CONSORCIO LOS CEDROS** se aportó una certificación del Interventor de un Contrato ejecutado por el Consorcio conformado por **AGAMA S.A.S. y CONCRETIZA LTDA** que es contrario a la certificación expedida por la Alcaldía de Puerto Boyacá sobre el mismo Contrato, por lo cual se debe declarar su resolución.

En subsidio, la Convocante solicita que se declare la INEFICACIA del Contrato por violación de normas imperativas conforme a los artículos 897 y 899 del Código de Comercio. También en subsidio, la Convocante solicita que se declare la responsabilidad de la parte demandada "*por haber suministrado información falsa*", con base en el numeral 7º del artículo 26 de la ley 80 de 1993, y que en consecuencia, se declare la terminación y la liquidación judicial del Contrato.

Por su parte, el **CONSORCIO LOS CEDROS** y cada uno de sus miembros alegan en las respectivas demandas de reconvención reformadas, que la EAAB incumplió el Contrato por la indebida interpretación de sus cláusulas no haber suscrito la respectiva Acta de iniciación, y que por lo mismo, la Convocada dio cumplimiento al Contrato por lo que se debe proceder a la firma del acta de inicio para su ejecución.

#### 1.- Consideraciones del Tribunal respecto de las pretensiones y la defensa de las partes

Con el objeto de abordar las controversias puestas en conocimiento del Tribunal, como primera medida se estudiarán las pretensiones de la demanda en su versión reformada formulada por la EAAB, toda vez que, además de tratarse de la demanda genitora del presente proceso, la misma entraña la necesidad de realizar un

exhaustivo análisis respecto a la validez del contrato. Ello se deriva no sólo de las pretensiones de la demanda sino de la *causa petendi*, de donde se desprende un juicio de validez del negocio jurídico derivado de la conducta del Consorcio y sus sociedades integrantes, aquí Convocadas, en la etapa precontractual, es decir, en el proceso de selección que dio origen al contrato materia de análisis.

Funda sus pretensiones la Convocante en un hecho concreto relacionado con la forma como el Consorcio acreditó su experiencia, específicamente, respecto de una certificación cuyo contenido no atiende a la realidad; circunstancia que sólo fue conocida y constatada por la EAAB una vez suscrito el contrato.

Por tal motivo, resulta imperioso que el Tribunal se pronuncie, como primera medida, sobre la validez del contrato a la luz de las pretensiones de la demanda y de sus facultades oficiosas.

#### A. Las Pretensiones de la EAAB

##### 1.) Pretensiones Principales: La vulneración del principio constitucional y contractual de buena fe y sus consecuencias

Como Pretensiones Principales la EAAB solicitó que se “*declare que el CONSORCIO LOS CEDROS vulneró el principio constitucional y contractual de la BUENA FE*” y que, como consecuencia de ello se proceda a declarar el incumplimiento del contrato por parte del Consorcio, se ordene su resolución y se condene al pago de la cláusula penal pecuniaria.

Para efecto de resolver tales pretensiones el Tribunal considera:

En el presente caso, para efectos de examinar la procedencia de las pretensiones de la demanda y determinar si existió una vulneración del principio de la buena fe, como reproche general respecto de la conducta del Consorcio, así como para determinar las eventuales consecuencias, le corresponde al Tribunal analizar, como primera medida, la conducta del Consorcio LOS CEDROS y de sus miembros para establecer si el haber suministrado en el proceso de selección del contratista la certificación del 22 de noviembre de 2013 afectó el principio de la buena fe, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la Constitución Política, el artículo 1603 del Código Civil, el artículo 871 del Código de Comercio, y en el marco de lo expresado por la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia colombianas antes citadas.

Encuentra el Tribunal que en el proceso de selección del contratista el Consorcio LOS CEDROS presentó la certificación del 22 de noviembre de 2013 suscrita por el Interventor Vladimir Gómez Prieto, como parte de la experiencia que acreditaba AGAMA S.A.S. como miembro del mismo, en la que se indicó que en el contrato 0100-0110-23-03-615 de 2.009 suscrito por el Consorcio Catastro Puerto 2009 del que AGAMA S.A.S. participó en el 20% y que “*dentro de las actividades de rehabilitación de tubería, se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP*”. En el trámite arbitral, se demostró que dicha actividad no fue ejecutada en el contrato suscrito por el Consorcio Catastro Puerto 2009 con el municipio de Puerto Boyacá.

Esta situación quebranta normas imperativas que consagran el principio de buena fe, tales como el artículo 83 de la Constitución Política, el artículo 1603 del Código Civil, el artículo 871 del Código de Comercio. En efecto, obra en el expediente el dictamen pericial del ingeniero Luis Orlando Muñoz Muñoz quien en su informe técnico de fecha 09 de agosto de 2019, decretado por el Tribunal, en el aparte de las conclusiones expresó lo siguiente:

*"1. PREGUNTA. Determinar si las actividades a que se refiere la certificación de interventoría del 22 de noviembre de 2.013 proveniente de la Interventoría del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2.009 suscrita por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto, fueron efectivamente ejecutadas.*

**RESPUESTA:**

*Las actividades a que se refiere la certificación de interventoría del 22 de noviembre de 2.013 proveniente de la Interventoría del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2.009 suscrita por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto, no fueron ejecutadas.*

*2.- PREGUNTA. Conforme al objeto de la prueba determinar si la actividad "Renovación tramos de alcantarillado (rehabilitación de redes) se ejecutó efectivamente en el contrato 0100-0110-23-03-615 de 2009 suscrito entre el CONSORCIO CATASTRO PUERTO 2.009 Y EL Municipio de Puerto Boyacá.*

**RESPUESTA:**

*La actividad "Renovación tramos de alcantarillado (rehabilitación de redes) no se ejecutó en la ejecución del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2009 suscrito entre el CONSORCIO CATASTRO PUERTO 2.009 Y EL Municipio de Puerto Boyacá.*

*3. PREGUNTA.- De acuerdo con la respuesta anterior se solicita al señor Perito determinar si en la certificación del 22 de noviembre de 2.013 proveniente de la interventoría del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2009 suscrita por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto en la cual se consignó que "dentro de las actividades de rehabilitación de tubería, se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP" existe una imprecisión, una manifestación contraria a la realidad contractual, una falsedad ideológica, un fingimiento en las actividades certificadas con las efectivamente ejecutadas en el contrato.*

**RESPUESTA:**

*En la certificación del 22 de noviembre de 2.013 proveniente de la interventoría del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2009 suscrita por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto en la cual se consignó que "dentro de las actividades de rehabilitación de tubería, se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP", hay un error. No soy la autoridad para tipificar este tipo de error. Lo cierto es que ese ítem si se contrató pero no se ejecutó.*

*4. PREGUNTA.- Se solicita al perito que para determinar lo anterior se contraste la certificación del 22 de noviembre de 2.013 con todos los documentos contractuales del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2009 en especial con el acta de comité de obra N° 001 de 2.010, el Oficio SPM de febrero 18 de 2.014 suscrito por el Secretario de Planeación de la época, JHON JAIRO HERNAN PERZ MEDINA, el oficio dirigido al Gerente General de EAAB del 16 de abril de 2.014 suscrito por el apoderado de la Unión Temporal Renovación sin zanja Cedritos 2.014 y en general con todas las actas de obra y documentos contractuales propios del contrato 615 de 2.009 incluyendo la investigación y visita técnica de la Contraloría General de la República respecto al mismo contrato.*

**RESPUESTA:**

**Se tuvieron en cuenta todos los documentos contractuales del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2009 en especial el acta de comité de obra N° 001 de 2.010, el Informe Final de Interventoría, la sábana de pago final, el Acta de Recibo final y el Acta de liquidación del contrato, todos ellos allegados al expediente.** (Los subrayados en negrillas no son del texto)

De acuerdo con el dictamen del ingeniero Muñoz Muñoz el Tribunal pudo establecer que **“Las actividades a que se refiere la certificación de interventoría del 22 de noviembre de 2.013 proveniente de la Interventoría del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2.009 suscrita por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto, no fueron ejecutadas”**. Es claro, por lo mismo, que la certificación presentada por el Consorcio LOS CEDROS relativa a la experiencia del Consorcio Catastro Puerto 2009, el cual estuvo conformado por CONCRETIZA LTDA en un 80% y por AGAMA S.A.S. con una participación del 20% no refleja la realidad de lo acontecido en dicho contrato.

De acuerdo con el memorando interno 30100-2014-0779 del 31 de julio de 2014, la Gerente Corporativa de Servicio al Cliente de la EAAB señaló lo siguiente respecto al Contrato de obra 1-01-31300-1470-2013:

*«Una vez definidas las prioridades sobre la infraestructura de redes en la UPZ 13 -Los Cedros, la EAB -ESP licitó el proyecto de REPARACIÓN DE PUNTOS CRÍTICOS DE LA UPZ 13 - LOS CEDROS para atender la demanda de servicios de los proyectos que han sido terminados y están o serán conectados en el corto plazo a las redes oficiales de la Empresa, tanto de acueducto como de alcantarillado, haciendo énfasis en que para redes hasta 18~ se deberían emplear tecnologías sin zanja, para mitigar los impactos en la movilidad y garantizar ejecuciones, que en cumplimiento de la normatividad vigente fueran más ágiles para brindar soluciones efectivas en el corto plazo sobre la prestación del servicio. En ese sentido se plantearon los requerimientos técnicos de experiencia en TECNOLOGAS SIN ZANJA para que tuvieran un mayor peso que las METODOLOGÍAS CONVENCIONALES - zanja abierta -, y para el caso tenemos que la TECNOLOGÍA SIN ZANJA representa cerca de un 80% (6558 MU 8515 ML= 77%), mientras el M~TODO CONVENCIONAL representa algo más del 20% (1975 ML 18515 ML =23%) **Conclusión: Por consiguiente se considera que la experiencia en la instalación de tuberías en el método sin zanja es supremamente relevante para la ejecución del contrato en mención, tal como lo evidencia las cantidades antes mencionadas, Las cuales reflejan plenamente la solicitud realizada por la zona.**» (Los subrayados en negrillas no son del texto)*

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, en particular con el dictamen del perito Muñoz Muñoz, el Tribunal estableció que la certificación del **“22 de noviembre de 2.013 proveniente de la interventoría del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2009 suscrita por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto en la cual se consignó que “dentro de las actividades de rehabilitación de tubería, se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP”** no corresponde a la realidad por cuanto dicho ítem, según el estudio del perito, sí fue contratado **“pero no se ejecutó”**.

Pese a que el testimonio del Ingeniero Vladimir Gómez Prieto fue solicitado en la contestación a la demanda, y dicho testimonio fue decretado en su oportunidad por el Tribunal, el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto no concurrió a las varias citaciones hechas para que compareciera a rendir su declaración. La solicitante de esta prueba

testimonial la desistió, y el Tribunal observó que no era necesario decretarlo de oficio por haberse probado suficientemente los hechos relacionados con la certificación del 22 de noviembre de 2013 a través de otros medios de prueba. En efecto, quedó acreditado que la certificación suscrita por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto en su condición de interventor del contrato 0100-0110-23-03-615 de 2.009 cuando alude a las "actividades de rehabilitación de tubería" y certifica que "se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP", se estableció que dichas actividades no fueron ejecutadas.

En ese mismo sentido, mediante comunicaciones del 7 y 16 de abril el apoderado de la Unión Temporal Renovación Sin Zanja Cedritos 2014, remitió a la EAAB una certificación expedida por la Alcaldía de Puerto Boyacá en la que se indicó que en la ejecución contrato 0100-0110-23-03-615 cuyo objeto fue la "Inspección y Optimización de las redes de alcantarillado, mediante un sistema especializado de succión y presión circuito cerrado de televisión" en el municipio de Puerto Boyacá, las obras certificadas por el Interventor Vladimir Gómez Prieto no fueron ejecutadas.

De acuerdo con el documento de Justificación de la Invitación ICSC-1 068-2013 de la EAAB:

*"Las obras de rehabilitación de redes locales de acueducto, alcantarillado pluvial y sanitario motivo de la presente contratación se localizan en la UPZ-13 Los Cedros de la localidad de Usaquén sobre Corredores principales de servicio, específicamente en redes de diámetro mayor a 8- y contemplan la reparación puntual de las tuberías antiguas en materiales principalmente de asbesto, cemento y gres, mediante tecnologías CIPP y MANGA y en otros casos su remplazo por tuberías plásticas como el polietileno de alta densidad, a través del sistema de instalación sin zanja denominado Pipe Bursting».*

Igualmente, en los términos de referencia de obra civil, construcción o mantenimiento, en el acápite "Requisitos 8 cumplir por el contratista se estableció lo siguiente:

*"a) Técnico: dentro de los contratos referenciados para la experiencia se deben acreditar las siguientes actividades: (...) b) Instalación y/o renovación y/o rehabilitación de Tubería de 8~ a 16~ con alguno de los métodos sin zanja en una longitud mayor a 2.221 m".*

Como consecuencia de lo anterior, la certificación del 22 de noviembre de 2013 fue evaluada por la EAAB, y se validó para acreditar la experiencia del proponente ganador, en este caso el Consorcio LOS CEDROS del cual forma parte AGAMA S.A.S., empresa que suministró la referida certificación en el proceso de selección del contratista. Esta experiencia resultaba de la mayor importancia para la adjudicación y posterior ejecución del Contrato. La Dirección de Contratación y Compras de la EAAB, mediante oficio 11900-2014-2266 del 17 de junio de 2014 revisó la certificación tantas veces mencionada y señaló que la propuesta ganadora:

*"No cumpliría con el numeral b) Rehabilitación de redes de acueducto y/o alcantarillado para diámetros comprendidos entre 8» y 36" con tecnología CIPP en una longitud mínima de 764 ml, no cumplirla con la sumatoria igual o mayor al 35% del valor del presupuesto oficial expresado en SMLMV."*

Reitera el Tribunal que la experiencia objeto de la certificación del 22 de noviembre de 2013 relativa al uso de las metodologías sin zanja resultaba muy importante para el objeto del Contrato suscrito entre la EAAB y el Consorcio LOS CEDROS. Por lo mismo, al haberse acreditado la experiencia indicada por el Ingeniero Vladimir Gómez Prieto y no haberse ejecutado en el contrato 0100-0110-23-03-615 suscrito

por el Consorcio Catastro Puerto 2009, las obras consistentes en "310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP", se afectó la adjudicación del Contrato efectuada por la EAAB al Consorcio LOS CEDROS, y por lo mismo, también hubo una afectación de NAAMs imperativas que preservan el principio de buena fe en materia contractual, y en este caso, referente a la acreditación de experiencia dentro del proceso de selección del contratista.

En la oferta presentada por el Consorcio LOS CEDROS se manifestó lo siguiente:

*"Igualmente declaro bajo la gravedad de juramento, que toda la información aportada y contenida en (236 páginas) correspondiente a los documentos y formularios jurídicos, financieros y técnicos, es veraz y susceptible de comprobación."*

En el caso presente, se estableció que la certificación del 22 de noviembre de 2013 corresponde a obras que no fueron ejecutadas.

De acuerdo con lo demostrado en el expediente, encuentra el Tribunal que al haberse allegado a la propuesta la certificación del 22 de noviembre de 2013 suscrita por el Interventor Vladimir Gómez Prieto acreditando una experiencia sobre unas obras que no fueron ejecutadas, se incurrió en una conducta que afectó el proceso de selección del contratista y la adjudicación del Contrato por parte de la EAAB a favor del Consorcio LOS CEDROS, y por lo mismo, se quebrantaron normas constitucionales y legales imperativas relativas a la buena fe contractual.

## 2.) La vulneración del principio constitucional y contractual de buena fe.

El artículo 83 de la Constitución Política consagra el principio de buena fe, el cual se extiende a la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios con sus contratistas. Dicha norma expresa lo siguiente:

*"Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."*

Por su parte, el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Aunque la norma alude a la etapa de ejecución, la buena fe contractual se extiende a todas las actuaciones que se adelantan en la fase pre contractual o de selección del contratista, en este caso, referida a la acreditación de la experiencia requerida para contratar por parte del oferente ganador:

*"ARTICULO 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella." (Los subrayados en negrillas no son del texto)*

Asimismo, el artículo 871 del Código de Comercio dispone expresamente que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. Por lo mismo, esta norma comprende todas las actuaciones de las partes en la etapa de celebración del contrato, la cual incluye en este caso, la etapa de selección del contratista y la obligación del Consorcio LOS CEDROS de haber acreditado la experiencia requerida, en este caso a través de la certificación del 22 de noviembre de 2013, lo cual no ocurrió porque las obras allí señaladas no se ejecutaron:

*"ARTÍCULO 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos,*

*sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*" (Los subrayados en negrillas no son del texto)

A pesar de que el Contrato se rige por el Derecho Privado, para este Tribunal no sobra recordar lo dispuesto por el artículo 5, de la Ley 80 de 1993 acerca de la buena fe contractual:

**"ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS.** Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

(...)

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse." (El subrayado en negrillas no es del texto)

Asimismo, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993<sup>14</sup> dispone que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrolla con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad "y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa" dentro de los cuales se cuenta el principio de buena fe tal como lo expresa el artículo 3º del CPACA que establece en su inciso 2º y en el numeral 4º lo siguiente:

*"Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

(...)

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes."

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales "relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas" se deben tener en cuenta los mandatos de la buena fe, entre otros.

La Corte Constitucional ha expresado lo siguiente acerca del principio de buena fe en materia contractual:

*"Esta Corte, en su sentencia C-1194 de 2008<sup>15</sup>, sostuvo que la buena fe es un principio expresamente establecido por la Carta Política en su artículo 83 y conforme a este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se*

---

<sup>14</sup> Ley 80 de 1993: "ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. 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."

<sup>15</sup> Sentencia Corte Constitucional 1194/2008, MP Rodrigo Escobar Gil, 03 de diciembre de 2008.

presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas y adicionalmente es un principio que irradia a todo el ordenamiento jurídico, incluyendo las materias civil, administrativa y penal.

En efecto, para la jurisprudencia de esta Corporación la buena fe es uno de los principios que afectan a todas las áreas del derecho público y privado, y tiene la facultad de generar órbitas de protección frente a los efectos de quienes actúan de acuerdo a sus postulados. Se trata de un verdadero postulado constitucional que irradia las relaciones jurídicas entre particulares, a tal punto que por ello la ley parte de la presunción de su existencia en las relaciones que entre ellos se desarrollen. El principio de buena fe tiene en consecuencia una función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.

En materia civil, la Corte Constitucional ha explicado que la buena fe tiene una doble connotación, lo que permite establecer las diferencias entre la buena fe simple y cualificada:

"La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones ... Esta buena fe se denomina simple, por cuanto, si bien surte efectos en el ordenamiento jurídico, estos solo consisten en cierta protección que se otorga a quien así obra. La buena fe creadora o buena fe cualificada. 'Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa'.<sup>16"</sup>

En relación con la aplicación del principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la Corte Constitucional en sentencia T-209 de 2006<sup>17</sup> reiteró su carácter como pilar fundante de la validez de los actos y su significado como el compromiso de la lealtad y fidelidad en el comportamiento mutuo entre las partes. Sostuvo la Corte:

"En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan –lealtad y honestidad–, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que 'aquellos adelanten ante estas".

---

<sup>16</sup> Sentencia Corte Constitucional C-1002/2007, MP Nilson Pinilla Pinilla, 21 de noviembre de 2007.

<sup>17</sup> Sentencia Corte Constitucional T-209/2006, MP Jaime Córdoba Triviño, 17 de marzo de 2006.

“La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.”

En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales (...).”<sup>18</sup>.

Por lo tanto, para la Corte Constitucional en la contratación estatal el principio de buena fe constituye el valor ético y social a través del cual se sostiene la confianza y obliga a las partes a actuar con lealtad y honestidad en todas las etapas de su relación contractual. Este principio comporta, lato sensu, el deber para las partes de actuar de tal forma que se procure mantener la equivalencia económica del contrato y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes. Finalmente, uno de los efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, es la aplicación de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios.”  
(Sentencia Corte Constitucional C-207 de 2019. MP Cristina Pardo Schlesinger fecha, 16 de mayo de 2019. Los subrayados en negrillas no son del texto)

En la sentencia T-209 de 2006 citada en la providencia anterior, la Corte Constitucional ya se había pronunciado sobre el principio de buena fe en materia contractual en los siguientes términos:

“En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan - lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que ‘aquellos adelanten ante estas’.”

La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al

---

<sup>18</sup> Sentencia Corte Constitucional T- 209/2006 MP Jaime Córdoba Triviño, 17 de marzo de 2006.

contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.

El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios". (Sentencia Corte Constitucional T- 209/2006 MP Jaime Córdoba Triviño, 17 de marzo de 2006. Los subrayados en negrillas no son del texto)

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en reciente sentencia, acerca de lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio y en el artículo 1603 del Código Civil respecto al deber de las partes de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe antes, durante y después de la celebración del contrato, dijo lo siguiente:

*"Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:*

De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe. En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben "celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.<sup>19</sup>

*Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,<sup>20</sup> es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”<sup>21</sup> o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”<sup>22</sup>*

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar en la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia<sup>23</sup>.”  
(Sentencia Consejo de Estado, Sala de Plena de lo Contencioso

<sup>19</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2015, Exp. 48.061, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>20</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043.

<sup>23</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

Administrativo, Sección Tercera, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 29 de enero de 2018. Los subrayados en negrilla no son del texto)

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de Justicia se refirió a la buena fe en la formación y ejecución de las obligaciones, y a la obligación de las partes de actuar con rectitud, corrección y lealtad en los siguientes términos:

**“Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras”** (Los subrayados en negrilla no son del texto)

De conformidad con lo anterior, en consonancia con lo demostrado en el expediente, encuentra el Tribunal que en el presente caso las Convocadas quebrantaron normas constitucionales y legales imperativas relativas a la buena fe contractual, al haber acreditado su experiencia mediante una certificación que no corresponde a la realidad, por cuanto las obras a las que se refiere no fueron ejecutadas, tal y como lo constató el perito. En consecuencia, el Consorcio incurrió en una conducta que afectó el proceso de selección del contratista y la adjudicación del Contrato por parte de la EAAB a favor del Consorcio LOS CEDROS, y por lo mismo, se quebrantaron normas constitucionales y legales imperativas relativas a la buena fe contractual, cuyos efectos o consecuencias se proyectan necesariamente sobre la validez del contrato, la cual será analizada a continuación.

**De esta forma el Tribunal accederá a la pretensión primera principal** bajo las consideraciones expuestas y así lo dispondrá en la parte resolutive del Laudo.

En relación con las pretensiones principales, segunda, tercera y cuarta y sexta, encuentra el Tribunal que las mismas no se encuentran llamadas prosperar por cuanto, si bien es cierto, se verificó la procedencia de la pretensión primera relativa a la vulneración del principio de buena fe contractual, las consecuencias que se derivan de tal hecho no se ubican dentro de la esfera del incumplimiento contractual pues se trata de supuestos fácticos acontecidos en la etapa precontractual, es decir, en el proceso de selección del contratista, que podrían tener la potencialidad de afectar la validez del negocio jurídico más no se configuran como quebrantos al contenido contractual o violaciones al contenido prestacional del contrato.

De esta manera, las pretensiones consecuenciales no están llamadas a prosperar por tratarse de típicas pretensiones relativas a la responsabilidad contractual por incumplimiento, situación que no se configura en el presente caso.

### **3.) Primeras Pretensiones Subsidiarias: La validez del contrato**

Como Primeras Pretensiones Subsidiarias la EAAB solicitó al Tribunal estudiar la validez del contrato bajo lo que denominó "Ineficacia" e invocó para efectos del análisis de la validez los artículos 897 y 899 del Código de Comercio.

Teniendo en cuenta que las pretensiones principales no prosperaron en su totalidad y que, de conformidad con el análisis realizado sólo prosperó la pretensión primera principal, a juicio del Tribunal se abre paso el estudio de las pretensiones subsidiaria en donde claramente se hace un juicio de validez del contrato.

A juicio del Tribunal, las Primeras Pretensiones Subsidiarias deben ser interpretadas en conjunto con el Concepto de Violación que se incluyó en la demanda, en el aparte denominado "**LA FALSEDAD EN EL CERTIFICACIÓN AFECTÓ EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA Y POR LO TANTO ES CAUSAL DE INEFICACIA DEL CONTRATO**", en donde la Convocante realiza todo un análisis relativo a la validez del contrato y las consecuencias de haberse presentado una certificación de experiencia que no se ajusta a la realidad. De esta forma, para efectos de estudiar y resolver este grupo de pretensiones, es necesario adentrarse en el análisis de la validez del contrato.

Aunado a lo anterior, el estudio sobre la validez del contrato (nulidad) se impone como prioritario en el análisis que realiza el Tribunal, teniendo en cuenta que, además de las Primeras Pretensiones Subsidiarias, la EAAB al dar contestación a las demandas de reconvenición formuladas por las Convocadas, interpuso como excepción de mérito "**EL ENGAÑO EN LA CERTIFICACIÓN AFECTÓ EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA Y POR LO TANTO ES CAUSAL DE INEFICACIA DEL CONTRATO**" en donde alegó la existencia de vicios congénitos del contrato, constitutivos de objeto o causa ilícita.

Para efectos de resolver respecto de la validez del contrato el Tribunal considera:

**3.1.- La nulidad absoluta del Contrato como consecuencia de la certificación de experiencia aportada relativa a obras no ejecutadas.**

En su concepto, el agente del Ministerio Público solicita al Tribunal que se declare la nulidad absoluta del Contrato. En el correspondiente escrito, el agente del Ministerio Público manifestó lo siguiente:

**"CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

*Teniendo en cuenta todo el material probatorio existente en este proceso, de manera muy concreta, me permitiré hacer algunas consideraciones y reflexiones respecto a los temas objeto de las controversias y a los cuales se refieren las pretensiones de la EAAB y del CONSORCIO LOS CEDROS.*

*Con las pruebas allegadas al presente proceso se demostró, sin margen de duda, que en el curso de la Convocatoria se estableció como uno de los elementos esenciales para la adjudicación del contrato resultante de ella, la acreditación de experiencia específica.*

*Se demostró también que con la pretensión de cumplir con ese requisito esencial el Consorcio Los Cedros, en su condición de oferente, allegó una certificación mediante la cual supuestamente uno de sus integrantes habría realizado el tipo de obras exigidas como experiencia en un contrato ejecutado en el municipio de Puerto Boyacá.*

*Se demostró también que esa certificación, en el curso de la evaluación correspondiente llevada a cabo por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, fue elemento determinante para definir a favor de quien la presentara su adjudicación.*

*Dentro del presente trámite arbitral se ha demostrado que el contenido de la certificación de marras no correspondía a la realidad, conclusión que no ha sido desvirtuada ni cuestionada por ninguno de los medios probatorios arimados a este contencioso.*

*Como consecuencia de lo anterior forzoso es concluir que tal situación configura un claro desconocimiento de varias de las disposiciones y presupuestos arriba enunciados y que hacen relación a la legalidad de los contratos, de un lado la presentación de una información que no correspondía a la realidad por parte del Consorcio convocado se ubica en la transgresión al principio de la buena fe, pues era su deber reportar en el curso de la convocatoria contractual información veraz, máxime cuando esa información iba a determinar la decisión sobre la adjudicación al otorgarle una posición superlativa respecto de los demás oferentes.*

*Por la misma razón antes anotada, se materializó la trasgresión de los principios de transparencia y selección objetiva, pues la presentación de esa certificación indujo y determinó que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. adjudicara el contrato a quien, por obvia razón, no tenía derecho a ello.*

*No resultan de recibo las explicaciones que a lo largo del proceso arbitral se han tratado de exponer en los testimonios solicitados, decretados y practicados a instancias de la parte convocada pues se trata en este caso de unas compañías –las integrantes de consorcio– con experiencia y conocimiento en el tema de la contratación que estaban obligadas a conocer tener el debido cuidado respecto del contenido y alcance de los documentos que aportaron a la referida convocatoria. En el mismo sentido tampoco tiene relevancia, en la presente controversia, la afirmación atinente a la eventual falta de diligencia de la entidad para verificar el contenido de la cuestionada certificación, pues esa carga no la imponía el pliego de la convocatoria y, aún en el caso que hubiere sido así, ello no habilitaría a ningún proponente para presentar información que no correspondiera a la realidad.*

*De conformidad con lo expresado es claro que se ha configurado la causal de nulidad absoluta del Contrato No. 1-01-31300-1470-2013 de 2013 suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y el Consorcio Los Cedros, con las consecuencias que de ello derivan.*

*En contraste con lo anterior, resulta apenas obvio que las pretensiones contenidas en las demandas de reconvenición no están llamadas a prosperar pues, estamos en presencia de un contrato viciado de nulidad absoluta, nulidad que ha sido generada de manera exclusiva por la conducta de la convocada a este proceso; en estas condiciones cualquier menoscabo o afectación que pueda haber sufrido su patrimonio no puede de ningún modo ser imputable a la entidad Convocante.”*

La vulneración de normas imperativas relacionadas con el principio de buena fe en materia contractual, en particular el artículo 83 de la Constitución Política, el artículo 1603 del Código Civil, el artículo 871 del Código de Comercio, tal como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de

la Corte Suprema de Justicia previamente citada en este laudo, implican la nulidad absoluta del Contrato, tal como lo establece el artículo 899 del Código de Comercio, invocado por la EAAB en sus pretensiones y en los fundamentos de su demanda, el cual dispone expresamente lo siguiente:

*“ARTÍCULO 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

- 1) Quando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Quando tenga causa u objeto ilícitos, y
- 3) Quando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz. (Los subrayados en negrillas no son del texto)

Aunado a la interpretación que realiza el Tribunal respecto de las pretensiones de la demanda y la *causa petendi*, así como las excepciones de mérito que entrañan un juicio respecto de los vicios del contrato, lo cual lo llevan, tal y como se indicó, a analizar la validez del contrato y las consecuencias que conllevó la acreditación de la experiencia del contratista mediante una certificación cuyo contenido ha sido cuestionado y desvirtuado, es necesario referirse como aspecto previo, al deber y la correlativa facultad del Juez de declarar de oficio la nulidad absoluta de un Contrato cuando la misma aparezca manifiesta.

*“Artículo 1740. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.*

*La nulidad puede ser absoluta o relativa.”*

*“Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

*Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.*

*Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”* (Los subrayados en negrillas no son del texto)

*“Artículo 1742. <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:> La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”* (Los subrayados en negrillas no son del texto)

Por su parte el artículo 141 del CPACA establece lo siguiente:

*“Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la*

*nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.*

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.*

*El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. **El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.** (Los subrayados en negrillas no son del texto)*

Acerca de la declaratoria de nulidad de oficio del Contrato por parte del Tribunal, resulta necesario recordar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia:

*“Si los contratantes no fijan la época del contrato prometido, mediante una condición o plazo determinados, la secuela de tal desatención no es otra que la nulidad absoluta del acto o contrato, pues tal falta lesiona los intereses del orden público.*

*Por lo tanto, **acorde con el artículo 1741 ya citado, y 1742 de la misma codificación, tal nulidad absoluta «puede y debe» ser declarada de oficio por el juzgador «aún sin petición de parte», siempre y cuando concurren los requisitos señalados por la ley.** Estos, como se ha señalado de forma invariable, se compendian así:*

*(...) el poder excepcional que al juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª **que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta;** 2ª **que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes;** y 3ª **que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél** o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron. (CSJ. SC. Abr. 5 de 1946. G.J. LX-357, reiterada en SC Jul. 14 de 2014, Rad. 2006-00076-01).*

*(...)*

*Debe precisarse que aunque los fundamentos del cargo, relativos a la nulidad absoluta del contrato de promesa, no fueron expuestos en las instancias, tal circunstancia no impide su estudio en casación, pues **es un tema que involucra el orden público** y, según lo ha señalado la Corte, «los argumentos de puro derecho y los medios de orden público... nunca serán materia nueva en casación...».*

Además, por el mismo motivo, su declaratoria se impone incluso sin petición de parte, conforme lo ordena el artículo 1742 del Código Civil". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente: SC2468-2018. Sentencia del 29 de junio de 2018. MP: Ariel Salazar Ramírez Los subrayados en negrillas no son del texto)

En ese mismo sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente:

"Teniendo como fundamento, por una parte, los antecedentes jurisprudenciales que se dejan compendiados, por otra, que "la sanción de la nulidad absoluta obedece a razones de interés general y tiene por objeto asegurar el respeto de disposiciones de orden público" (Cas. Civ., sentencia de 19 de agosto de 1935, G.J. T.XLII, pág. 372; se subraya), y, finalmente, la necesaria observancia del debido proceso y del ejercicio del derecho de defensa (art. 29 C.P.), la Sala estima pertinente puntualizar que la facultad-deber establecida en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico opera en frente de todos los actos o contratos que sean invocados en el proceso por cualquiera de las partes, para dar soporte, total o parcialmente, a la postura procesal que asuman dentro del respectivo trámite." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente SC10326-2014. Sentencia del 05 de agosto de 2014. MP: Arturo Solarte Rodríguez)

A manera de conclusión sobre la procedencia de la declaratoria de nulidad absoluta por parte del juez del Contrato, en este caso el Tribunal Arbitral, la Corte Suprema de Justicia manifestó lo siguiente:

"La prerrogativa reclamada se encuentra contemplada en el artículo 2° de la ley 50 de 1936, subrogatorio del 1742 del Código Civil, al señalar que "la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

No obstante, esa facultad no es absoluta ni constituye una obligación perentoria para los administradores de justicia de analizar en todos los asuntos contractuales la existencia de vicios que invaliden lo convenido entre las celebrantes, ya que, como claramente lo delimita la preceptiva, para que opere ante ausencia de alegación por las partes involucradas, debe aparecer configurada de bulto y emanar del acto mismo, sin que pueda provenir de una interpretación que involucre los demás medios probatorios obrantes. Esto por cuanto la labor del fallador no puede suplir los deberes propios de los litigantes relacionados con establecer de manera coherente y definitiva los marcos del debate, constituyéndose en un control de legalidad a la actividad negocial que se ejerce de manera excepcional ante flagrante violación del ordenamiento jurídico". (Corte Suprema de Justicia. Expediente 6800131030082007-00209-0. Sentencia del 13 de octubre de 2011. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez)

Por su parte, el Consejo de Estado se ha expresado sobre la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del Contrato en múltiples oportunidades. Al respecto, resulta importante recordar lo dicho en una reciente sentencia de la Sección Tercera:

**“La Sala ha reconocido la competencia del juez contencioso administrativo para declarar de oficio nulidad absoluta del contrato, aun cuando el artículo 87 del CCA original omitiera esa competencia, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 78 del Decreto Ley 222 de 1983 y los artículos 1740 y 1742 del Código Civil.”**

*El artículo 45 de la Ley 80 de 1993 hizo suyo este criterio jurisprudencial, al atribuir la competencia al juez contencioso para declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el contrato. En concordancia con esta norma, los artículos 87 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998 y el actual 141 del CPACA, facultan al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando: (i) esté plenamente demostrada y (ii) en el proceso hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.*

**Según la Sala Plena de esta Corporación, con base en el marco jurídico reseñado, la facultad del juez de lo contencioso administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, encuentra su límite en dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. La Sección Tercera ha reiterado este criterio y ha señalado que probadas ambas circunstancias, el juez del contrato tiene el deber de hacer tal declaración.**

(...)

*Así, aunque el artículo 87 del CCA y ahora el 141 del CPACA no hayan previsto como requisito para que el juez declare la nulidad absoluta del contrato, que no hubiere operado la caducidad, no significa que ese presupuesto procesal no deba ser satisfecho, para proferir una decisión en ese sentido. Omisión que se explica en que se trata de un presupuesto procesal, que se requiere para adoptar cualquier decisión de fondo.” (Consejo de Estado – Sección Tercera. Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00011-00(60716). Sentencia del 03 de diciembre de 2018. CP: Guillermo Sánchez Luque)*

En el mismo sentido, en otra oportunidad reciente la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo lo siguiente:

**“En el escenario de la acción contractual que fue impetrada, el juez está facultado para declarar, aun de manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: i) se evidencie de manera palmaria la violación de la ley imperativa o la causal de nulidad correspondiente; ii) se verifique que se han respetado el derecho de defensa y de contradicción a las partes del contrato o de sus causahabientes, en tanto que hayan sido vinculadas al proceso; iii) no haya operado la caducidad de la acción correspondiente”.** (Consejo de Estado – Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01536-01(55991). Sentencia del 19 de julio de 2018. CP: Martha Nubia Velásquez Rico. El subrayado en negrillas no es del texto)

De acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, en el caso presente el Tribunal encuentra que se cumplen las tres condiciones para que se proceda a la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del Contrato por objeto ilícito, la cual, dicho sea de paso, se encuentra igualmente alegada en la demanda de la EAAB conforme a la interpretación que de la misma hace el Tribunal en pleno uso de sus facultades como Juez del contrato:

- **“1ª que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta”**: En el presente caso tal y como se indicó al valorar las pruebas, ha quedado demostrado que lo acontecido en la etapa de selección del contratista, en donde el Consorcio para efectos de acreditar su experiencia aportó la certificación del 22 de noviembre de 2013 suscrita por el Interventor Vladimir Gómez Prieto. En dicha certificación se indicó que **“dentro de las actividades de rehabilitación de tubería, se realizaron 310 metros lineales, en diámetro 14, utilizando el sistema CIPP”**. En el trámite arbitral, se demostró que dicha actividad no fue ejecutada en el contrato suscrito por el Consorcio Catastro Puerto 2009 con el municipio de Puerto Boyacá, con lo cual se incurrió en vulneración de normas imperativas sobre la buena fe, como ya se indicó.
- **2ª que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes”**: El Contrato No. 1-01-31300-1470-2013, objeto de la controversia, fue celebrado entre ellas el día 27 de diciembre de 2013. Su objeto consistió en la rehabilitación de puntos críticos en redes de acueducto, alcantarillado pluvial y sanitario, en la UPZ los Cedros de la Zona 1 de Bogotá D.C. La parte Convocante invocó el Contrato en la demanda reformada y la parte Convocada en las contestaciones a la demanda reformada y en las respectivas demandas de reconvenición, es decir, la controversia objeto de resolución versa sobre el contrato cuya validez se estudia.
- **3ª que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél”**: Quedó demostrado que al trámite arbitral acudieron la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. como contratante y parte Convocante, de un lado, y el Consorcio LOS CEDROS integrado por las sociedades CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S, AGAMA S.A.S. y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S., como contratista y parte Convocada.
- Igualmente, encuentra el Tribunal que en el presente caso no ha operado la caducidad de la acción, como ya se advirtió en este mismo Laudo.

Una vez establecida la facultad del Tribunal para declarar de oficio la nulidad del contrato, aparejada con la solicitud que efectuó la Convocante en su pretensión primera subsidiaria en donde genera un reproche sobre la validez del contrato, resulta necesario analizar si en el presente caso, los hechos probados respecto de la conducta del Consorcio al acreditar su experiencia, conducen a la nulidad del negocio jurídico.

En este punto resulta importante señalar lo expresado por el Consejo de Estado sobre esta declaratoria de nulidad por objeto ilícito:

**“En lo relativo al fenómeno de la nulidad absoluta de los actos o negocios jurídicos también ésta Subsección en reciente providencia tuvo la oportunidad de señalar:**

**“La invalidez es el “juicio negativo de valor que se le hace a un acto dispositivo de intereses con el que se vulnera una norma imperativa, las buenas costumbres o cualquier norma establecida en favor de personas susceptibles de especial protección”. A diferencia de la inexistencia, la nulidad o juicio de**

valor negativo, si requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez decreta la nulidad, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo. De ésta forma, tanto el negocio jurídico como el vicio existen, pero la nulidad no se configura mientras que el juez no la decreta.

Ahora, si bien la nulidad puede ser absoluta o relativa, tanto la una como la otra son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitos, no puede sanearse por ratificación. (...) La nulidad absoluta se produce por alguno de los siguientes vicios a saber: I) Por objeto ilícito; II) Por causa ilícita; III) Por la Incapacidad absoluta de alguna de las partes y; IV) Por la omisión de alguna de las "solemnidades que la ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 22 de octubre de 2015. Los subrayados en negrilla no son del texto)

Respecto, al objeto ilícito la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

"(...) Proyectada la invalidez en las nulidades absoluta y relativa, ostentan por caracteres comunes su tipicidad legal rígida (pas de nullité sans texte), la necesidad de su declaración jurisdiccional, la retroacción al estado anterior como si el negocio jurídico no se hubiere celebrado excepto tratándose de efectos no susceptibles de deshacerse por su naturaleza, lógica o consumición, la posibilidad de saneamiento (art. 1º de la Ley 791 de 2002), ratificación o convalidación y de oponerse como excepción o ejercerse por acción. Tratándose de contratos civiles 'es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato' (art. 1740 Código Civil), y **son causales de nulidad absoluta**, la incapacidad absoluta de las partes (art. 1742 Código Civil), **la ilicitud de la causa u objeto**, la 'omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos' (art. 1740 Código Civil) **y, abstractamente, la violación del orden público, ius cogens, el derecho imperativo y la ética media. Idénticas causales consagra la legislación comercial, enunciando expresamente la contrariedad de una 'norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa' (art. 899 Código de Comercio). A este respecto, son imperativas las normas de observancia forzosa, obligatoria, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios al obedecer al ius cogens u orden público, intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, alteración, modificación ni aplicación e interpretación extensiva o analógica y comportan restricciones a la autonomía privada y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos y próximos. Su desconocimiento, tratándose del negocio jurídico, se sanciona con la nulidad absoluta.** In contrario, los preceptos dispositivos, disponen singulares regulaciones susceptibles de variación y sustitución por los particulares en atención a sus concretos intereses dentro del ámbito reconocido a su libertad y, en todo caso, con sujeción a las directrices legales, la función práctica o económica social y la orientación del acto, sin ser admisible un poder ad libitum y, las normas supletorias, son las destinadas a suplir el vacío específico de las partes

*actuando en caso de silencio o ausencia de pacto, en defecto de previsión o estipulación integrando la regulación de intereses.” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicado No. 2001-00803-01. Sentencia del 1º de julio de 2008. M. P. William Namén Vargas. Los subrayados en negrillas no son del texto)*

El anterior criterio fue ratificado por la propia Corte Suprema de Justicia al expresar lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, en lo civil “es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato” (art. 1740 C.C.), **son causas de nulidad absoluta** la incapacidad absoluta de las partes (art. 1742, C.C) **la ilicitud de la causa u objeto** y la “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos” (art. 1740, C.C.); **en lo comercial, genera nulidad absoluta la contrariedad de la “norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”**, la incapacidad absoluta de las partes y la “**causa u objetos ilícitos**” (art. 899 C. de Co), y en ambos ordenamientos, la incapacidad relativa de las partes, el error, la fuerza, el dolo y las deficiencias de la formalidades habilitantes o tutelares generan nulidad relativa (art. 1741 [2] c.c. y art. 900 C. de Co).*

**El ius cogens, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudar, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir “núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. (cas. civ. sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01). (...)**

*El derecho imperativo de la Nación se remite al orden público, comprende principios fundamentales del ordenamiento jurídico inferidos de las normas imperativas. Las reglas legales, según una antigua clasificación, son supletorias, dispositivas o imperativas. (...) **Son imperativas aquellas cuya aplicación es obligatoria y se impone a las partes sin admitir pacto contrario.** Por lo común estas normas regulan materias de vital importancia. **De suyo esta categoría atañe a materias del ius cogens, orden público social, económico o político, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres,** restringen o cercenan la libertad en atención a la importancia de la materia e intereses regulados, son taxativas, de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen analogía legis o iuris. Dicha nomenclatura, se remite en cierta medida a los elementos del negocio jurídico, o sea, lo de su estructura existencial (essentialia negotia), o perteneciente por ley, uso, costumbre o equidad sin necesidad de estipulación a propósito (naturalia negotia) y lo estipulado expressis verbis en concreto (accidentalia negotia), que “se expresa en los contratos” (artículo 1603 C.C) o “pactado expresamente en ellos” (art. 861 C.Co), y debe confrontarse con la disciplina jurídica del acto y las normas legales cogentes, dispositivas o supletorias, **a punto que la contrariedad del***

**ius cogens, el derecho imperativo y el orden público, entraña la invalidez absoluta.** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicado no. 11001-3103-010-2001-00026-01. Sentencia del 13 de febrero de 2012. MP William Namén Vargas. Los subrayados en negrillas no son del texto)

Por su parte, el Consejo de Estado dijo lo siguiente en la vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983 acerca de la nulidad absoluta del Contrato por contrariar normas imperativas, en este caso relativas a la buena fe contractual, y por objeto ilícito:

*"Ahora, bien la ausencia de estos requisitos genera el vicio de nulidad absoluta del contrato, por varias razones, las cuales no se excluyen, sino que se complementan.*

*De un lado, porque el art. 15 del Decreto-ley 222 de 1983 dispuso que el requisito del objeto lícito se regirá por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y las disposiciones complementarias, luego se impone concluir que el contrato No. 038 de 1992 se encuentra afectado de ilicitud, como quiera que el artículo 1.519 del Estatuto Civil prescribe que "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación". Luego el artículo 1.741 ibídem, establece que constituye nulidad absoluta "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita...", y también el artículo 16 estipula que "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".*

**A la misma conclusión se llega si se aplica el Código de Comercio – norma que rige el negocio del caso concreto, teniendo en cuenta que una de las partes del contrato (el actor) era un comerciante–, los numerales 1 y 2 del artículo 899 consagran como causales de nulidad absoluta de los negocios jurídicos la violación de normas imperativas y la ilicitud en el objeto, según el siguiente texto: "Artículo 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: "1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; "2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos,...".** A los anteriores preceptos se puede acudir, como lo ha entendido esta Sección - invariablemente-, porque la norma que regula las nulidades contractuales en el decreto 222 de 1983 así lo dispone, en el inciso primero del artículo 78: "Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes los contratos... son absolutamente nulos: (...)"

*Esas "disposiciones vigentes" son las del derecho privado, a las cuales ahora también se acudirá.* (Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Enrique Gil Botero, 23 de junio de 2010. Radicado No. 250002326000199400492 01. Los subrayados en negrilla no son del texto)

Más recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó lo siguiente acerca de la nulidad absoluta del Contrato establecida en el artículo 889 del Código de Comercio:

**"ii. El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1526 y ss. del Código Civil), es inválido, o sea nulo por valoración negativa posterior o anulable bien por nulidad absoluta o por nulidad relativa, lo cual requiere de una declaración judicial que así señale esta sanción legal (artículos 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código**

de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993)7. En efecto, los artículos 6 y 1740 del Código Civil, establecen:

*“Artículo 6.- La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. “En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulación, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”. “Artículo 1740.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.”*

*El artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial y el estatuto general de contratación, señala que es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes8, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa. d) Consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, ad solemnitatem, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades ad substantiam actus.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Radicado No. 25000-23-26-000-1995-00704-01(21699). Sentencia del 30 de abril de 2012. CP Ruth Stella Correa Palacio. Los subrayados en negrilla no son del texto)*

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

*“2.1. Las causales de nulidad de los contratos estatales.*

***Un negocio jurídico es válido cuando se ajusta al ordenamiento jurídico, y observa en su formación los requisitos previstos en la ley.** Sin embargo, no toda trasgresión a las normas afecta de nulidad absoluta el contrato, sino aquéllas irregularidades previstas expresamente por el legislador, lo cual constituye una reserva de ley, es decir, que sólo él puede establecer causales que afectan de nulidad absoluta un contrato.*

*Al respecto, la jurisprudencia de esta Sección ha dicho que –Sentencia de agosto 16 de 2006, exp. No. 31.480:*

*“De otro lado, la jurisprudencia y la doctrina han establecido que la determinación de los vicios que afectan a los actos jurídicos, como la nulidad de un contrato, por ejemplo, gozan de reserva de ley, debido a que la libertad negocial hace parte de la libertad de acción, la cual sólo puede ser restringida por la Constitución o la ley, de modo que no es posible que otro tipo de normas creen causales constitutivas de vicios de los actos jurídicos, pues se trata de una afectación a la libertad negocial<sup>24</sup>.*

<sup>24</sup> “En este sentido se expresa Guillermo Ospina Fernández, quien dice que cuando un acto reúne los elementos esenciales de todo acto jurídico, la ley lo reconoce como una de esas manifestaciones de la voluntad privada jurídicamente eficaces “Pero la concesión de esta visa no es incondicional ni irrevocable, sino que su conservación está sujeta a que el acto cumpla además otros requisitos específicos que la ley prescribe con miras a la preservación del orden público y a la protección de los terceros y aún de los mismos agentes. Tales son los requisitos para el valor de los actos jurídicos a que se refiere el artículo 1740 del código civil, y cuya nulidad de tales actos, sanción que los condena a ser privados de la eficacia normativa que la ley, en principio, atribuye a las manifestaciones de voluntad privada. O dicho de otro modo: la nulidad es la

*Se desprende de ello que sólo la ley puede señalar las causales de nulidad de los contratos, incluidos los estatales, materia que, efectivamente, la ley 80 de 1993 trató en el art. 44, en los siguientes términos:*

*Art. 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

- 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.*

*Según esta norma, no todas las causales de nulidad de los contratos estatales están previstas en ella, pues también quedan incorporadas las causales contempladas en el derecho civil y en el comercial, de manera que existen dos fuentes normativas en cuanto a las causales de nulidad de los negocios estatales: i) las del derecho común, y ii) las exclusivas del derecho administrativo. No obstante, todas están recogidas en la norma pública citada.*

*Por tanto, a las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la ley 80, se deben agregar las siguientes del derecho civil:*

*Art. 1740. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.*

*La nulidad puede ser absoluta o relativa.*

*Art. 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

*Hay así mismo nulidad absoluta en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces.*

*Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.*

*Art. 1742. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley.*

---

*descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior.” (Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, editorial Temis, Bogotá, 1995, cuarta edición, pág. 445)*

*Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.*

**Además, son casuales de nulidad, en el derecho comercial, las siguientes:**

**Art. 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:**

**1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;**

**2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y**

**3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.** (Los subrayados en negrilla no son del texto)

En el presente caso, encuentra el Tribunal que se debe declarar la nulidad absoluta del Contrato por haberse contrariado normas imperativas relativas al principio de buena fe contractual, y por tener en consecuencia, objeto ilícito.

El Contrato objeto de la presente controversia se rige por las disposiciones del derecho privado, tal como lo establecen los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, incluyendo las actuaciones realizadas durante la etapa pre contractual o de selección del contratista. En este caso, como ya se indicó, el objeto de la controversia gira en torno al suministro de una certificación de experiencia que, como quedó demostrado, corresponde a una obra no ejecutada por parte de AGAMA S.A.S. como miembro del Consorcio LOS CEDROS.

Ciertamente la institución de la nulidad como juicio sobre la validez del contrato, reivindica los parámetros morales, el principio de legalidad y el orden público que cimantan el ordenamiento jurídico como uno de los criterios o derroteros reguladores que impiden el abuso de las formas jurídicas y rechazan las actuaciones contrarias a derecho.

Así, los juicios de nulidad congénita de los contratos, en algunos casos, materializan principios de trascendental importancia para el derecho como el de la justicia, el de la apreciación de los móviles negociales, la buena fe y el repudio del dolo y los móviles contrarios a la moral y las buenas costumbres, entre otros. Es palmario que tales instituciones ponen de manifiesto que las reglas morales permean las estructuras jurídicas, superponiéndose a los fines netamente patrimoniales o económicos y asegurando que no se desligue del contrato un contenido axiológico.

Justamente las nulidades absolutas de los contratos se inspiran en axiomas morales, en principios como el de legalidad, la buena fe y el orden público, buscando la vigencia y protección plena del ordenamiento jurídico, al comportar sanciones por su infracción o consecuencias jurídicas que conllevan al rompimiento del vínculo jurídico y a su expulsión del mundo jurídico. Tal situación es predicable del caso objeto de estudio en donde se ha evidenciado que el Consorcio contratista para efectos de ser adjudicatario del contrato con la EAAB, acreditó una experiencia mediante una certificación cuyo contenido ha sido desvirtuado por no atender a la realidad, es decir, se trató de una certificación que no consultó la realidad de las cosas, al haberse demostrado con las pruebas arrojadas al proceso, que las obras a las que alude la certificación no fueron ejecutadas. Tal certificación sirvió para acreditar una de las exigencias del proceso de selección como lo es la consignada en los términos de referencia de obra civil, construcción o mantenimiento, en el acápite "Requisitos a

*cumplir por el contratista” en donde se requirió acreditar la siguiente experiencia técnica: “a) Técnico: dentro de los contratos referenciados para la experiencia se deben acreditar las siguientes actividades: ( ... ) b) Instalación y/o renovación y/o rehabilitación de Tubería de 8~ a 16~ con alguno de los métodos sin zanja en una longitud mayor a 2.221 m/”.*

De esta forma, la certificación le permitió al Consorcio acreditar una experiencia y fue determinante para efectos de la adjudicación y perfeccionamiento del Contrato de Obra. Al verificarse mediante las pruebas obrantes en el expediente, a las que ya se ha hecho referencia, que la certificación no corresponde a la realidad, se debe concluir que tal hecho conlleva a que el negocio jurídico (Contrato de Obra) se haya gestado con un vicio congénito por la ilicitud de los actos perpetrados que claramente contrarían normas de orden público o el Derecho Público de la Nación.

La institución de la nulidad absoluta del contrato se fundamenta en la necesidad de darle vigencia y arraigo al principio de legalidad. Por ello, se sanciona con nulidad absoluta cualquier vicisitud del contrato que conlleve la transgresión de las normas sobre la capacidad para contratar, los principios que orientan la contratación, entre otros.

El juicio de invalidez congénito (nulidad absoluta) del Contrato se encuentra consagrado y regulado en las normas sobre los requisitos para obligarse consagrados en el artículo 1502 del Código Civil<sup>25</sup>, el artículo 1741 del mismo Código y lo dispuesto en el artículo 899 del Código de Comercio<sup>26</sup>. Así, a la hora de estudiar y determinar si un contrato estatal se encuentra viciado de nulidad absoluta, habrá que verificar si se configura alguna de las causales establecidas en el Código Civil y el Código de Comercio.

El Código Civil en su artículo 1519 establece que *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”*, norma esta consonante con lo establecido en el artículo 1523 la cual enseña que *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”*

El Código de Comercio, del mismo modo, señala en su artículo 899 que será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

Lo anterior se materializa en punto del presente contrato en que, se podrá predicar la existencia de un objeto o causa ilícita cuando se transgreden normas de orden público o imperativas relativas a la buena fe contractual e incluso, por tratarse de una entidad pública, por transgredir los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que imponen prohibiciones genéricas o unas prohibiciones implícitas. Por ejemplo, aquellos eventos en donde

---

<sup>25</sup> **ARTICULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE>**. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

<sup>26</sup> **ARTÍCULO 899. <NULIDAD ABSOLUTA>**. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;

2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y

3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

se celebra un contrato desconociendo los principios de selección objetiva que la Entidad ha adoptado y fijado como derroteros en sus reglamentos de contratación (principio de transparencia, libre concurrencia, igualdad de oportunidades).

Claramente lo acontecido en la etapa de selección del contrato contraviene la buena fe contractual consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política, en el artículo 1603 del Código Civil y en el artículo 871 del Código de Comercio, vulnera los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución que dispone que *"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"*, principios éstos que irradian la contratación de la EAAB por mandato expreso del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007<sup>27</sup> y que encuentran materialización en lo establecido en el manual de contratación de la EAAB.

No otra podría ser la conclusión a la que se arribe, cuando en el proceso de selección, así éste se encuentre regido por las normas de Derecho Privado, el proponente adjudicatario lleve a engaño y actúe de forma contraria a la buena fe contractual con el objeto de ser elegido. La actuación consistente en acreditar la experiencia mediante certificaciones que no constatan la realidad y cuyo contenido es contrario a lo que efectivamente ocurrió, tal y como acontece en el presente caso en donde la certificación se refería a la ejecución de unas obras que nunca fueron realizadas, le imprime un vicio congénito al contrato consistente en la nulidad absoluta por objeto ilícito o por contraria normas imperativas.

Como consecuencia de lo anterior y aparejado a las facultades oficiosas del Juez en lo que a la declaratoria de la Nulidad Absoluta del contrato respecta, se encuentra que la pretensión primera subsidiaria del numeral 1 esta llamada a prosperar, así como la correlativa excepción de mérito en donde se realizó un reproche sobre la validez del contrato. Lo anterior, se repite, sin perjuicio de que además, por aparecer la nulidad de manifiesto en el contrato, el Tribunal cuenta con el deber y la potestad de declararla de oficio.

### **3.2.- Consecuencias de la nulidad absoluta del Contrato.**

Ahora bien, una vez establecida la facultad y la obligación del Tribunal de declarar la nulidad absoluta del Contrato por haberse incurrido en vulneración de normas imperativas, y en consecuencia, por haber quedado viciado por objeto ilícito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 899 del Código de Comercio, corresponde ahora establecer las consecuencias jurídicas de la nulidad absoluta del Contrato.

Como se observa, la jurisprudencia de las altas Cortes colombianas se ha referido a los efectos de la nulidad absoluta del Contrato estatal regido por el Derecho Privado en reiteradas oportunidades. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

---

<sup>27</sup> **"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."

**“5. Los efectos de la nulidad del contrato en el derecho administrativo colombiano**

**Para resolver el problema jurídico de la presente sentencia resulta necesario hacer un recuento de la figura de nulidad absoluta de los contratos estatales a la luz del principio de buena fe como principio general del derecho y postulado constitucional que irradia todo el ordenamiento jurídico.**

De antemano es necesario indicar que en materia civil, la nulidad tiene como efecto retrotraer las cosas a su estado anterior, por lo que se hace necesario hacer las restituciones mutuas, de forma que no se configure un enriquecimiento sin justa causa para ninguna de las partes. Sin embargo, cuando la nulidad se haya dado por objeto o causa ilícita, el Código Civil establece una excepción a la restitución si el contrato fue realizado “a sabiendas” de dicha ilicitud.

Según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia:

“(…) la restricción dispuesta en aquel (art. 1525) al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, es de un gran contenido ético, fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo. El orden jurídico impide ir en contravía de la regla moral de las obligaciones que desde los romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (nemo creditur turpitudinem suam allegans).

**De ahí que si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido.**

(…) En materia de derecho administrativo colombiano, los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 establecen las causales de nulidad absoluta del régimen de contratación pública, así como las personas facultadas para alegarlas, en los siguientes términos:

Sobre la naturaleza de dichas causales, el Consejo de Estado las ha sustentado en la protección del orden jurídico, y ha manifestado que: **“Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. (...) Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente”.**

**5.1. Los efectos de la nulidad del contrato en materia de restituciones**

**En el derecho civil, el artículo 1525 del Código establece que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita “a sabiendas”, y por su parte, en el régimen de la contratación estatal el artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece que la declaración de nulidad no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita solo será procedente**

cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha afirmado:

"La nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad. (...) "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita".

Así las cosas, en el régimen de contratación estatal el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, solo son viables cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y lo será hasta el monto del beneficio obtenido.

Justamente, el sentido de las restituciones mutuas como efecto de la nulidad de un contrato estatal es retribuir los beneficios recibidos por la ejecución del contrato. Al respecto, sobre el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ha señalado el Consejo de Estado que:

"El inciso segundo introduce una regla especial para aplicarla específicamente a los eventos en que la nulidad depende del objeto o de la causa ilícitos, causales de nulidad que, en el derecho privado, en ciertos casos, impiden repetir lo dado o pagado. De otro lado, el mismo inciso segundo señala que se deben reconocer las prestaciones ejecutadas si "...la entidad estatal se ha beneficiado..." de ellas. (...) Finalmente, el derecho a recibir el reconocimiento y pago exige que, en el proceso, se encuentre demostrado que la parte que debe asumirlo se ha beneficiado con la prestación. Según esta regla, es perfectamente posible que las actividades desplegadas por quien reclama el pago no hayan beneficiado a la otra parte del negocio." (Sentencia Corte Constitucional C-207/ 2019 MP Cristina Pardo Schlesinger fecha, 16 de mayo de 2019. Los subrayados en negrillas no son del texto)

Acerca de los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

"Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Sin embargo debe reiterarse que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final.

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.” (Consejo de Estado – Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01536-01(55991). Sentencia del 19 de julio de 2018. CP: Martha Nubia Velásquez Rico. Los subrayados en negrillas no son del texto)

El artículo 1525 del Código Civil dispone lo siguiente:

**“ARTICULO 1525.** No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.”

En el presente caso, dado que el contrato no inició su ejecución al no haberse suscrito el acta de iniciación ante el conocimiento de los hechos irregulares por parte de la EAAB respecto de la acreditación de la experiencia, no hay lugar a ordenar restituciones de ningún tipo. En todo caso, de haberse realizado prestaciones por parte del Consorcio, quien provocó la nulidad que aquí se decreta, no habría lugar a reconocimiento alguno de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1525 del Código Civil.

#### **4.- Conclusiones del Tribunal**

**4.1.-** En el caso presente le corresponde al Tribunal declarar la nulidad absoluta del Contrato por contrariar normas imperativas relacionadas con la buena fe contractual, como ya se indicó. También encuentra el Tribunal que en el concepto del Ministerio Público se solicita la nulidad absoluta del Contrato, lo cual ocurre con fundamento en el artículo 1742 *“en el interés de la moral o de la ley”*.

La declaratoria de nulidad absoluta del Contrato por objeto ilícito no da lugar a la repetición de lo que se haya dado o pagado *“a sabiendas”*. En el caso presente, observa el Tribunal que al haberse suministrado en el proceso de selección del contratista la certificación que presentó el Consorcio LOS CEDROS fechada el 22 de noviembre de 2013 como parte de la experiencia que acreditaba AGAMA S.A.S. como miembro del mismo, y al encontrar que dicha actividad no fue ejecutada en el contrato suscrito por el Consorcio Catastro Puerto 2009 con el municipio de Puerto Boyacá, queda establecido que la referida certificación se entregó por parte de AGAMA S.A.S. *“a sabiendas”*, lo que conlleva a que no haya lugar a la devolución de las prestaciones mutuas, es decir, en principio no hay lugar a que se repita lo pagado por el Consorcio LOS CEDROS.

También debe indicarse que, aunque el Contrato se rige exclusivamente por el Derecho Privado, en el proceso quedó demostrado que el acta de inicio nunca fue suscrita por las partes, y por lo mismo, el Contrato nunca fue ejecutado, razón por la cual tampoco habría lugar al reconocimiento de algún pago o restitución a favor del Contratista.

**4.2.-** Por otro lado, debe señalar el Tribunal que en los hechos de las demandas de reconvencción, las Convocadas hacen mención a un contrato de fiducia mercantil suscrito con la Fiduciaria Popular, el cual no fue aportado al expediente. Asimismo, observa el Tribunal que no hay pretensión alguna formulada en la demanda reformada o en las demandas de reconvencción relacionadas con dicho Contrato, razones más que suficientes para que no haya pronunciamiento sobre el mismo.

4.3.- Finalmente, en este Proceso tanto la Convocante como las Convocadas prestaron el juramento estimatorio que exige el artículo 206 del Código General del Proceso (modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014). De igual forma, tanto las Convocadas como la Convocante objetaron el juramento estimatorio prestado por su contraparte.

En relación con este punto, considera el Tribunal que las sanciones previstas en la citada disposición no son de aplicación automática ni entrañan un juicio objetivo para su imposición. Por el contrario, debe analizarse la conducta de las partes y el desarrollo probatorio a efectos de determinar si en la estimación realizada se incurrió por negligencia o temeridad en excesos.

El Tribunal concluye que en el presente caso no hay lugar a imponer a ninguna de las partes la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso por cuanto si bien el Tribunal decidió no acoger las pretensiones económicas de las partes, ello no es atribuible a una conducta procesal negligente o temeraria de las mismas.

## **B. ANÁLISIS DE LAS DEMÁS PRETENSIONES**

### **1.) Las demás pretensiones de la demanda reformada:**

La EAAB precisó sus pretensiones en la reforma de la demanda, de la siguiente manera:

#### **Pretensiones principales:**

*“PRIMERA: Se declare que el CONSORCIO LOS CEDROS vulneró el principio constitucional y contractual de la BUENA FE.*

*SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior se declare que el CONSORCIO LOS CEDROS incumplió primero el contrato.*

*TERCERA: Se declare la resolución del contrato por incumplimiento.*

*CUARTO: Se condene a la convocada al pago de la cláusula penal pecuniaria por LA SUMA DE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1'559.103.768).*

*QUINTO: Que se condene solidariamente a la parte demandada al pago todas las agencias y costas del proceso.*

*SEXTO: Que se condene a pagar los intereses de mora desde la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo de las condenas 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, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente.”*

#### **Primeras pretensiones subsidiarias:**

*“1. Se declare la INEFICACIA del contrato de obra N° 1-01-31300-1470-2013 suscrito con el CONSORCIO LOS CEDROS (integrado por CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO*

*ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS) por violación de normas imperativas conforme a los artículos 897 y 899 del Código de Comercio*

*2. Que se condene al CONSORCIO LOS CEDROS integrado por CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS al pago de la cláusula penal pecuniaria por LA SUMA DE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1'559.103.768).*

*3. Que se condene solidariamente a la parte demandada al pago todas las agencias y costas del proceso.*

*4. Que se condene a pagar los intereses de mora desde la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo de las condenas 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, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente."*

#### **Segundas pretensiones subsidiarias:**

*"1. Se declare la responsabilidad de la parte demandada por haber suministrado información falsa con base en el numeral 7° del artículo 26 de la ley 80 de 1993.*

*2. Se declare la terminación y liquidación judicial del contrato 1-01-31300-1470-2013.*

*3. Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad de la demandada por haber suministrado información falsa con base en el numeral 7° del artículo 26 de la ley 80 de 1993 se condene al CONSORCIO LOS CEDROS a pagar a la EAB ESP la PENAL PECUNIARIA equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato estipulada como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que causó al ACUEDUCTO DE BOGOTA por LA SUMA DE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1'559.103.768).*

*4. Que se condene solidariamente a la parte demandada al pago todas las agencias y costas del proceso.*

*5. Que se condene a pagar los intereses de mora desde la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo de las condenas 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, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente."*

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato, no le corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las demás pretensiones principales y subsidiarias formuladas por la EAAB en la demanda reformada, tanto declarativas como de condena, y así lo indicará en la parte resolutive del Laudo, salvo la pretensión subsidiaria Primera Principal y la Pretensión Subsidiaria 1 que se acogen de acuerdo con lo expresado anteriormente en cuanto a que al ser interpretada en el marco del concepto de la violación, las mismas están dirigida a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato.

En conclusión, el Tribunal en la parte resolutive del Laudo declarará **que prospera** la pretensión No. 1 de las **Pretensiones Principales** y que prospera parcialmente la pretensión No. 1 de las **primeras subsidiarias** y, por consiguiente, procederá a **Declarar** la nulidad absoluta del Contrato de Obra N° 1-01-31300-1470-2013 suscrito entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** y el **CONSORCIO LOS CEDROS** (integrado por **CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS**) por violación de normas imperativas sobre buena fe y/o por adolecer de objeto ilícito conforme a lo dispuesto por el artículo 899 del Código de Comercio, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

Finalmente, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato le corresponde al Tribunal disponer en la parte resolutive del Laudo que en el presente caso no hay lugar a reconocimientos económicos o restituciones mutuas.

## **2.) Pretensiones de las demandas de reconvencción:**

En las demandas de reconvencción del **CONSORCIO LOS CEDROS, POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS y AGAMA S.A.S.**, a pesar de que se trata de tres escritos diferentes, las pretensiones de cada una de estas demandas de reconvencción se formularon en términos prácticamente idénticos, de la siguiente manera:

### ***"1. Pretensiones Principales***

**1.1. Se declare que entre EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP se suscribió el 27 de diciembre de 2013 contrato de obra No. 1-01-31300-1470-2013 con CONSORCIO LOS CEDROS.**

**1.2. Se declare que EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP es responsable contractualmente por el incumplimiento del contrato de obra No. 1-01-31300-1470-2013 con CONSORCIO LOS CEDROS debido a la indebida interpretación de las cláusulas contractuales.**

**1.3. Se declare que CONSORCIO LOS CEDROS ha dado cumplimiento a todas las condiciones y términos de invitación, términos de referencia y los actos necesarios para ejecutar el contrato de obra y por ello EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP debe proceder a suscribir el acta de inicio del contrato de obra No. 1-01-31300-1470-2013.**

**1.4. Se declare que EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP debe proceder a dar cumplimiento al contrato de obra No. 1-01-31300-1470-2013 celebrado el 27 de diciembre de 2013 con el CONSORCIO LOS CEDROS, suscribiendo la respectiva acta de iniciación, teniendo en cuenta que el contratista ha dado cumplimiento a todas las condiciones y términos de la invitación, términos de referencia y los actos necesarios para ejecutar el contrato suscrito y que el plazo contractual comienza con la suscripción del acta mencionada.**

**1.5. Se declare que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP son responsables (SiC) contractualmente ante el CONSORCIO LOS CEDROS por los costos derivados por no haberse podido ejecutar el contrato de obra No. 1-01-31300-1470-2013 celebrado el 27 de**

*diciembre de 2013 ocasionados desde la firma del contrato y hasta que se logre la firma del acta de inicio.*

1.6. Se condene a **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP** a cancelar al **CONSORCIO LOS CEDROS** los daños y perjuicios ocasionados correspondientes a la falta de suscripción del acta de inicio del contrato de obra No. 1-01-31300-1470-2013 celebrado el 27 de diciembre de 2013 ocasionados desde la firma del contrato y hasta que se logre la firma del acta de inicio, conforme a la suma que resulte probada dentro del presente proceso.

2. Solicito que las condenas que así sean declaradas se indexen o actualicen en la forma prevenida en el capítulo VI artículos 187 y siguientes del C.P.A.C.A.

3. Que el laudo con que finalice el proceso tenga ejecución dentro del término previsto en el capítulo VI artículos 187 y siguientes del C.P.A.C.A.

4. Se condene en costas a la parte demandada en reconvencción conforme lo expresa el artículo 188 del C.P.A.C.A."

Como consecuencia de la nulidad absoluta del Contrato, no es necesario que el Tribunal se pronuncie acerca de las pretensiones 1.2 a 1.6, 2, 3 y 4 pretensiones principales (declarativas y de condena) formuladas en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** mediante las demandas de reconvencción, por las razones anteriormente señaladas, es decir, por cuanto tales pretensiones supondrían la validez del contrato al referirse a incumplimientos de la EAAB; suuestos que en el presente caso se descartan dada la nulidad del contrato.

#### IV.- ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES:

##### 1.) Excepciones propuestas en la contestación a la demanda reformada

Como consecuencia de la nulidad absoluta del Contrato de Obra N° 1-01-31300-1470-2013 suscrito entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** y el **CONSORCIO LOS CEDROS** (integrado por **CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS**), el Tribunal no se pronunciará sobre las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la Demanda denominadas "INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE INTERVENTORÍA DE FECHA 22 DE NOVIEMBRE DE 2013", "PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL", "LA GENÉRICA", y la excepción denominada "INEXISTENCIA DE FUENTES DE OBLIGACIÓN PARA RECLAMAR EROGACIONES Y/O PERJUICIOS".

##### 2) Excepciones propuestas en las contestaciones a las demandas de reconvencción

Respecto a las excepciones de mérito propuestas en la contestación a las demandas de reconvencción, como consecuencia de la nulidad absoluta del Contrato el Tribunal considera que es innecesario ocuparse del estudio de las excepciones denominadas "EL ENGAÑO EN LA CERTIFICACIÓN AFECTÓ EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA Y POR LO TANTO ES CAUSAL DE INEFICACIA DEL CONTRATO", "Es el CONTRATISTA quien debe INDEMNIZAR INTEGRALMENTE AL CONTRATANTE", "EL CONSORCIO O EL INTEGRANTE DEL CONSORCIO NO

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

SUFRIÓ LOS DAÑOS QUE ADUCE”, “EXCEPCIÓN GENÉRICA EN CUANTO FAVOREZCA A MI REPRESENTADA Y QUE SEA DEL RESORTE DEL JUEZ, PARA PROCEDER A DECLARARLA O DECLARARLAS.”

Respecto a la excepción denominada “VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE, EL CONTRATISTA PRESENTÓ UNA CERTIFICACIÓN QUE NO CORRESPONDÍA A LA VERDAD Y POR LO TANTO AFECTÓ EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA” se observa que esta excepción coincide con las razones fácticas y jurídicas adoptadas por el Tribunal para declarar la nulidad absoluta del Contrato.

**V.- COSTAS Y RESTITUCIONES DEL PROCESO:**

1.- Concluida la evaluación de las Pretensiones de la Demanda y de las Pretensiones de las Demanda de Reconvención, procede el Tribunal a referirse a las costas del proceso, para lo cual pone de presente que tanto la Convocante como las Convocadas solicitaron las correspondientes condenas en costas.

Al respecto, advierte el Tribunal que el resultado del Proceso es parcialmente favorable a EAAB, pues su pretensión Principal Primera y su pretensión Primera Subsidiaria fueron acogidas favorablemente, sin embargo, las restantes pretensiones no prosperaron por los motivos ya esgrimidos. Por su parte, ninguna de las Pretensiones de las Convocadas (demandantes en reconvención) fue resuelta positivamente. Igualmente, en los términos ya expresados, el Tribunal encontró probada las excepciones de mérito de la contestación a las demanda de reconvención que atañen con el juicio de validez del contrato.

Por ende, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., impondrá las costas del Proceso en favor de la EAAB y a cargo de las Convocadas, quienes deberán, de forma solidaria, asumir el **80%** de las erogaciones en que incurrió EAAB para el trámite de este Proceso, incluyendo los honorarios y gastos de los Peritos designados por el Tribunal, así como las *agencias en derecho*.

2.- Por lo que se refiere a los honorarios del Perito Luis Orlando Muñoz, teniendo en cuenta que (i) el monto fijado fue de \$10.000.000; (ii) la Convocante canceló el 100% de los correspondientes honorarios; y (iii) se sigue que las Convocadas deberán reintegrarle a la EAAB **\$ 8.000.000** (80% de lo pagado al Perito).

3.- En lo referente a las *agencias en derecho*, el Tribunal considera razonable establecerlas en un total de \$ 10.000.000, correspondiéndole a las Convocadas pagarle a la EAAB **\$ 8.000.000**, esto es el 80% de su monto.

4.- En consecuencia, las Convocadas serán condenadas al pago de costas conforme a la siguiente liquidación:

Concepto	Valor
Honorarios de los Árbitros	\$70.159.669,56
Honorarios del Secretario	\$11.693.278,26
Gastos de Administración Centro de Arbitraje	\$11.693.278,26
Otros gastos	\$1.000.000,00
Total	\$94.546.226,08
Valor Asumido por EAAB	\$47.273.113,04

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

<b>80% a cargo de las Convocadas y a favor de la EAAB</b>	<b>\$37.818.490,43</b>
<b>80% Honorarios del Perito</b>	<b>\$8.000.000,00</b>
<b>80% Agencias en derecho</b>	<b>\$8.000.000,00</b>
<b>TOTAL A CARGO DE LAS CONVOCADAS</b>	<b>\$53.818.490,43</b>

5.- Finalmente, respecto a los honorarios y gastos del Tribunal, se encuentra acreditado que los mismos fueron sufragados en su totalidad por la EAAB, sin que hasta la fecha medie prueba alguna que demuestre el reembolso de las sumas cuyo pago le correspondía hacer a las Convocadas. Dado que la EAAB realizó el pago de la suma de gastos y honorarios que correspondía a las Convocadas por un valor de **\$47.273.113,04**, en aplicación del inciso tercero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, y al tenor de lo decidido por el Tribunal en materia de condena en costas y agencias en derecho, las Convocadas deben proceder, de forma solidaria, al reembolso a la EAAB de la citada suma, sobre la cual, además, y en concordancia con dicho inciso se causarán intereses moratorios calculados a la tasa máxima permitida, desde el 26 de abril de 2019 (fecha en que las Convocadas han debido efectuar el pago de su cuota de gastos y honorarios) y hasta cuando se verifique el pago.

**PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.**, como convocante y **CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERÍA S.A.S.** como convocada, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**A.- Sobre la Validez del Contrato:**

**Declarar de Oficio** la nulidad absoluta del Contrato de Obra N° 1-01-31300-1470-2013 suscrito entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** y el **CONSORCIO LOS CEDROS** (integrado por **CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS**) por violación de normas imperativas sobre buena fe que generan objeto ilícito conforme a lo dispuesto por el artículo 899 del Código de Comercio y 1519 del Código Civil, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

**B. Sobre las Pretensiones de la Demanda Reformada:**

**Declarar próspera** la pretensión **No. 1** de las **Pretensiones Principales** y la pretensión **No. 1** de las **Primeras Pretensiones Subsidiarias**, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo y por consiguiente:

**1.- Estarse** a lo dispuesto en la parte motiva del Laudo respecto de la nulidad absoluta del Contrato de Obra N° 1-01-31300-1470-2013 suscrito entre la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** y el **CONSORCIO LOS CEDROS** (integrado por **CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS**) por

violación de normas imperativas sobre buena fe que generan objeto ilícito conforme a lo dispuesto por el artículo 899 del Código de Comercio y 1519 del Código Civil.

2.- **Disponer** que en el presente caso no hay lugar a reconocimientos económicos o restituciones mutuas, teniendo en cuenta que las prestaciones objeto del Contrato de Obra N° 1-01-31300-1470-2013 no fueron ejecutadas, conforme a lo indicado en la parte motiva del Laudo.

3.- **Denegar** las pretensiones Nos. 2, 3, 4 y 6 de las **Pretensiones Principales** conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

4.- **Denegar** las pretensiones Nos. 2 a 4 de las **Primeras Pretensiones Subsidiarias**, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

5.- **Declarar** que no es necesario pronunciarse sobre las pretensiones Nos. 1 a 5 de las **Segundas Pretensiones Subsidiarias**, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

**C. Sobre las excepciones de mérito formuladas contra la demanda:**

**Declarar** que no es necesario pronunciarse sobre las excepciones de mérito propuestas en relación con la Demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

**D. Sobre las Pretensiones de las Demandas de Reconvención:**

**Denegar** las pretensiones principales (declarativas y de condena) formuladas en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** mediante las demandas de reconvención, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

**E. Sobre las excepciones de mérito formuladas contra las demandas de reconvención:**

1. **Declarar** fundada la excepción denominada "VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE, EL CONTRATISTA PRESENTÓ UNA CERTIFICACIÓN QUE NO CORRESPONDÍA A LA VERDAD Y POR LO TANTO AFECTÓ EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA" propuesta por la EAAB como Convocada en reconvención, conforme a lo señalado en la parte motiva del Laudo.

2. **Estar** a lo consignado en el acápite respectivo del Laudo sobre la **inconducencia** de ocuparse de las demás excepciones planteadas en relación con las Pretensiones de las demandas de reconvención.

**F. Sobre el Juramento Estimatorio:**

**Estar** a lo consignado en el acápite respectivo de este Laudo, y, por consiguiente, no imponer a las partes sanción alguna en los términos del artículo 206 del C.G.P.

**G. Sobre costas del Proceso:**

1. **Condenar** de forma solidaria a el **CONSORCIO LOS CEDROS** y a las sociedades **CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS** al pago en favor de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** de la suma de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. CONTRA EL  
CONSORCIO LOS CEDROS INTEGRADO POR LAS SOCIEDADES CONSTRUCTORES  
CONSULTORES S.A.S., AGAMA S.A.S. Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE  
INGENIERÍA S.A.S.

---

\$53.818.490,43 por concepto de costas del Proceso, de conformidad con la liquidación consignada en el acápite respectivo del Laudo.

2. Ordenar que el **CONSORCIO LOS CEDROS** y las sociedades **CONSTRUCTORES CONSULTORES SAS, AGAMA SAS Y POLO ASOCIADOS SOLUCIONES DE INGENIERIA SAS** paguen de forma solidaria a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** la suma de **\$47.273.113,04** por concepto de honorarios y gastos de este Arbitraje que le correspondía pagar a las Convocadas, pero fueron pagados por la Convocante, junto con los intereses moratorios sobre dicha suma calculados a la tasa máxima permitida, desde el 26 de abril de 2019 y hasta cuando se verifique el pago.

**H. Otros asuntos materia de resolución:**

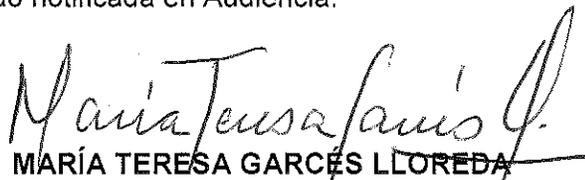
1. Ordenar la liquidación final de las cuentas de este Proceso y la devolución a las Partes de cualquier remanente de la partida de "Gastos", con la prevención y en las proporciones establecidas en el acápite respectivo de este Laudo.

2. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes y el Ministerio Público.

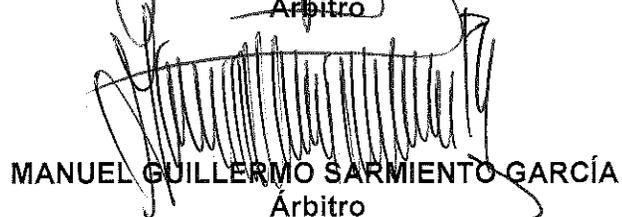
3. Remitir el expediente de este Proceso al Centro de Arbitraje, para que proceda al archivo del mismo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563.

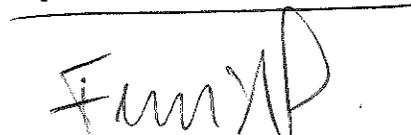
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Esta providencia quedó notificada en Audiencia.

  
MARÍA TERESA GARCÉS LLOREDA  
Árbitro

  
MARCEL TANGARIFE TORRES  
Árbitro

  
MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA  
Árbitro

  
FELIPE ANDRADE PERAFÁN  
Secretario