

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN
CÁMARA DE COMERCIO PEREIRA, RISARALDA
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LTDA. VS EMPRESA AGUAS Y ASEO DE
RISARALDA S.A. E.S.P.**

LAUDO.

En la ciudad de Pereira, Risaralda, a los trece (13) días del mes de diciembre de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez y cincuenta de la mañana (10:50 a.m.), el Tribunal de Arbitramento constituido ante el **CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE PEREIRA, RISARALDA**, para dirimir las diferencias entre **INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LTDA.** en contra de **EMPRESA AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P.**, se declara en audiencia para efectos de proferir el Laudo que en derecho corresponda.

A la audiencia se hacen presentes los Árbitros, Abogados **MARTHA LUCÍA LÓPEZ LÓPEZ**, Presidente, **CARLOS ALBERTO ARIAS ARISTIZÁBAL** y **HOOWER DEL RÍO VÁSQUEZ**, y la Secretaria, Abogada **LUZ CLAUDIA CORREA GONZÁLEZ**.

Concurren los apoderados de las partes, Abogados **CAMILO CALDERÓN RIVERA**, y **MAURO YESID BEDOYA BETANCOURTH**.

El representante del Ministerio Público fue debidamente convocado y, según informa la secretaria en la audiencia, se excusó de asistir.

1. ANTECEDENTES.

1.1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA.

Mediante escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira, el día treinta y uno (31) de agosto de 2017 la sociedad **INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LTDA** anteriormente, **AMBIENTAL CONSULTORES & CIA LTDA.**, convocó a Tribunal de Arbitramento a la sociedad **AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.SP.**, para dirimir las controversias suscitadas en la ejecución del contrato identificado con el número 01 de 2014 y cuyo objeto es : *"ESTRUCTURACIÓN ALTERNATIVAS PARA LA OPTIMIZACIÓN PRESTACIÓN SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO, EN EL DEPARTAMENTO DE RISARALDA"*.

Solicitud basada en la cláusula compromisoria pactada por las partes, contenida en el numeral 8.2. del contrato que es del siguiente tenor:

" CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO(CEC):Cualquier diferencia que surja entre las partes de este contrato, relativa a la celebración, ejecución, incumplimiento, terminación, y/o liquidación que no pueda ser resuelta amigablemente o con fundamento en los mecanismos alternos de solución de conflictos entre ellas, deberán ser resueltas por tres (3) árbitros que serán designados de común acuerdo por las partes y a falta de acuerdo, por la Cámara de Comercio de Pereira. El Tribunal Arbitral funcionará en Pereira. Los árbitros decidirán en derecho el conflicto que se les presente. El tribunal Arbitral funcionará en Pereira y se regirá por las reglas que para el efecto prevé la Cámara de Comercio de Pereira que lo administrará y cuyas

tarifas se aplicarán. En lo previsto, el arbitramento se regulará por las normas vigentes en materia de arbitramento mercantil en Colombia.” (f.38 vto. de la dda ppal.).

1.2. TRÁMITE INICIAL.

NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS.

El 15 de noviembre de 2017, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira, Risaralda convocó a las partes a una reunión con el fin de que procedieran a designar, de mutuo acuerdo, los árbitros y, analizada la lista, fueron designados los abogados **MARTHA LUCIA LÓPEZ LÓPEZ, FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS Y GUSTAVO ARNULFO QUINTERO NAVAS**, quienes oportunamente aceptaron su designación.

Durante el trámite procesal la sociedad **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** durante su intervención, como llamada en garantía recusó al árbitro, doctor **FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS**, quien aceptó la recusación; por su parte el doctor **GUSTAVO ARNULFO QUINTERO NAVAS**, se declaró impedido para continuar actuando como árbitro, decisión notificada a las partes por auto del 13 de diciembre de 2018. (f. 995)

Dada la situación presentada, y que el doctor **CARLOS ALBERTO ARIAS ARISTIZÁBAL**, había sido designado por las partes árbitro suplente del doctor **FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS**, se le notificó la designación y, estando dentro del término, procedió a aceptarla.

En reunión del día veinte (20) de marzo de 2019, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira, las partes designaron como árbitro principal al doctor **HOOWER DEL RÍO VÁSQUEZ**, quien notificado, dentro del término, aceptó la designación. (F. 1025)

1.3. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL.

Para el día veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018), se convocó a las partes para la audiencia de instalación del Tribunal a las 2:30 de la tarde. A esta audiencia concurrieron los apoderados de las partes y la Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación, quien hizo entrega del expediente a los árbitros.

En la audiencia se designó como secretaria a la abogada **LUZ CLAUDIA CORREA GONZÁLEZ**; se fijó como sede para su funcionamiento las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira; se reconoció personería al apoderado convocante; se declaró formalmente instalado el Tribunal de Arbitramento; se admitió la demanda y se ordenó la notificación a la sociedad convocada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

1.4. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN.

El día veintiséis (26) abril de dos mil diez y nueve, a la hora previamente señalada, se celebró la audiencia de conciliación, a la cual concurrieron el señor Procurador Judicial, las partes y sus apoderados.

En audiencia se resolvió de manera negativa la solicitud de integración de litis consorcio solicitada por la sociedad convocada, la cual pretendía integrarlo con la sociedad CONSTRUCCIONES Y REPRESENTACIONES PAI.

Se dio paso a la audiencia de conciliación la cual fracasó; se suspendió

la audiencia, ante la manifestación de la llamada en garantía de que no se le hizo traslado de la demanda de reconvencción. (f.1.037)

La audiencia continuó el día 31 de Mayo de 2019, en la cual se negó la solicitud de nulidad formulada por la sociedad **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**; se fijaron los gastos del Tribunal, tomando como referencia la demanda principal de \$519.036.572, tasándose para cada árbitro un valor de honorarios de \$6.229.000 más IVA; para la secretaria y para gastos administrativos se fijó un valor equivalente al 50% de los que corresponden a un árbitro, para un total de \$39.058.285.

A la entidad llamada en garantía, Seguros del Estado SA, se fijó a su cargo, la suma de \$5.322.600, por concepto de honorarios y gastos de funcionamiento.

Durante el término legal fijado para consignar los anteriores valores, solamente lo hizo la parte convocante, quien, ante lo anterior, también asumió oportunamente los gastos a cargo de la parte convocada.

La sociedad llamada en garantía no consignó lo que a ella le correspondía, en su lugar también lo hizo la sociedad **INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA.**, pero de manera extemporánea.

2. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

El día diez y nueve (19) de julio de dos mil diez y nueve (2019) a la hora prevista, se dio inicio a la PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE, (f-1083), a la cual concurrieron los apoderados de las partes y el señor Procurador Judicial.

En dicha audiencia, la Presidente informó sobre el resultado de la consignación de los gastos del proceso por el valor de lo ordenado, que es de TREINTA Y NUEVE MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$39.058.285), los cuales fueron consignados oportunamente por la sociedad convocante INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA.

La llamada en garantía, Seguros del Estado S.A. no consignó dentro del plazo concedido y lo hizo también por ella la sociedad demandante, pero de manera extemporánea, generando el efecto del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, por lo tanto se decidió continuar el proceso y decidir sin su intervención.

En la audiencia se dio lectura del pacto arbitral y de las pretensiones contenidas tanto en la demanda principal como en la de reconvencción y el Tribunal, una vez analizada la cláusula arbitral, se declaró competente para resolver de fondo y dirimir en derecho la controversia propuesta por la SOCIEDAD INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA contra la SOCIEDAD AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P..

Igualmente, se declaró competente para resolver de fondo y dirimir en derecho la controversia propuesta por la SOCIEDAD AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S. P. en contra de la SOCIEDAD INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA., contra la decisión, el apoderado de la sociedad demandada y demandante en reconvencción, formuló recurso de reposición en contra de auto, mediante el cual el Tribunal de se declara competente, por considerar que las pretensiones de la demanda del convocante debía plantearse por medio del control de reparación directa y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Tribunal, luego de un análisis tanto de la cláusula como de los argumentos planteados por el recurrente, confirmó el Auto por medio del cual se declaró competente.

A continuación, el Tribunal profirió el Auto de pruebas, aceptando la documental presentada por las partes; decretó la recepción de los testimonios solicitados por la convocante y sobre la testimonial solicitada por la sociedad demandada concluyó que carece de la indicación del propósito probatorio, no fue presentada con indicación de la conducencia y pertinencia de dicha prueba, en desconocimiento del artículo 212 del CGP, razón por la cual negó la totalidad de la prueba.

Con el fin de brindar las garantías procesales plenas para las partes, el Tribunal, oficiosamente decretó el testimonio de los señores Jorge de Jesús Elorza Calle, asesor del interventor; Luis Felipe Castro Ramírez, director de interventoría; Jorge Iván Toro González, especialista financiero; Claudia Milena Hurtado Aguirre, profesional área social y Juan Carlos Zapata, profesional área ambiental.

También se pronunció sobre los dictámenes periciales solicitados.

Contra el Auto de pruebas las partes interpusieron recursos de reposición y al resolverlos el Tribunal lo confirmó en su totalidad.

3. LA DEMANDA

La parte convocante, INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LTDA., mediante escrito entregado al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Pereira, el 31 de agosto de 2017, presentó demanda contra la empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., cuyas declaraciones y condenas fijó de la siguiente manera:

“1. Que la empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., **incumplió el contrato** que suscribió con la sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA, anteriormente denominada AMBIENTAL CONSULTORES & CIA LTDA, en el mes de septiembre de 2014, identificado como “Estructuración Alternativas para la Optimización Prestación Servicio Público Domiciliario de Aseo, en el Departamento de Risaralda”, **porque se negó a pagarle la remuneración pactada en el mismo**”

2. **Que con su incumplimiento contractual** la empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., **ocasionó daño a la sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA**, anteriormente denominada AMBIENTAL CONSULTORES & CIA LTDA, incurriendo en responsabilidad, y debe por lo tanto indemnizar el daño irrogado, atendiendo los principios de reparación integral y equidad y observando criterios técnicos actuariales.

3. Que para reparar el daño, la empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., **debe reconocer y pagar** a la sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA, anteriormente denominada AMBIENTAL CONSULTORES & CIA LTDA, **la remuneración pactada en el contrato.**

4. Que sobre la remuneración pactada en el contrato, la empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA SA E.S.P. **debe reconocer y pagar** a la sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA, anteriormente denominada AMBIENTAL CONSULTORES & CIA LTDA, **las actualizaciones, intereses compensatorios e intereses moratorios a que haya lugar**, liquidados dentro del proceso, calculados a partir de los momentos que se señalan a continuación o, subsidiariamente, desde los momentos que defina el tribunal arbitral, así:

4.1. Sobre el treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, a partir del día 31 de agosto de 2015, fecha en la cual fue aprobado por la interventoría el informe de diagnóstico integral que involucra componentes

comerciales, financiero, técnico, operativo y aspectos sociales y ambientales asociados a la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en el departamento de Risaralda.

4.2. Sobre el veinte (20%) del valor total del contrato, a partir del día 6 de agosto de 2015, fecha en la cual fue aprobado por la interventoría el informe de localización de zonas aptas para la ubicación de rellenos sanitarios regionales.

4.3. Sobre el treinta por ciento (30%) del valor del contrato, a partir del día 25 de agosto de 2015, fecha en la cual el consultor presentó el informe de estructuración y socialización de alternativas.

Sobre el veinte por ciento (20%) del valor del contrato, a partir del día 31 de agosto de 2015, fecha en la cual el contratista presentó su informe final.

5. Que el laudo respectivo se le deberá dar cumplimiento por la convocada en la fecha en que quede ejecutoriado.

6. Que, una vez ejecutoriado el laudo, las sumas establecidas en el mismo a favor de la convocante devengarán los intereses de mora permitidos por la legislación nacional, desde la fecha de ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se produzcan los pagos respectivos.

7. Que **la convocada deberá pagar las costas y agencias en derecho** generadas como consecuencia del presente proceso.

Los fundamentos fácticos de la demanda, los fundamentos de derecho, los demás aspectos formales de la demanda, así como la relación de pruebas solicitadas por el convocante y la de los anexos, aparecen dentro del proceso entre los folios 1 y 19 del expediente.

4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., dentro del término de traslado, contestó la demanda y presentó demanda de reconvención contra sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA..

En la contestación de la demanda, la empresa convocada se opuso a todas las declaraciones y condenas solicitadas, argumentando que la Empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. ESP, no incurrió en ningún tipo de incumplimiento con ocasión de la ejecución del contrato de consultoría No. 01 de 2014, y por tanto tampoco ha ocasionado daño alguno a la sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA., por el contrario funda su defensa señalando que fue la sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA., la que incurrió, en la ejecución del mencionado contrato, en reiterados incumplimientos e inconsistencias en los informes acordados, según el objeto del contrato.

Propone como medio de defensa las siguientes excepciones:

1. Excepción de contrato no cumplido
2. Pérdida de oportunidad para interponer la demanda
3. Indebida escogencia de la acción
4. Falta de competencia
5. Inobservancia del principio procesal de la carga de la prueba

6. La genérica

Los fundamentos fácticos de la contestación de la demanda, los fundamentos de derecho, los demás aspectos formales de la misma, así como la relación de pruebas solicitadas por la convocada y la de los anexos, aparecen dentro del expediente.

5. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SU CONTESTACIÓN

La EMPRESA AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., dentro del término, presentó en contra de INERCO Consultoría Colombia Ltda., anteriormente denominada AMBIENTAL CONSULTORES & CÍA LTDA., demanda de reconvencción.

Las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda de reconvencción, se fundamentaron en el supuesto incumplimiento en la ejecución del contrato 01 de 2014 por parte del Consultor Contratista, INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA., y presentó como pretensiones, en pago de los siguientes valores:

"1.La suma de trescientos ochenta y un millones ochocientos cinco mil setenta pesos (\$381.805.070) por de la devolución de los dineros efectuados al Tesoro Nacional, que hacían parte del valor del contrato 01 de 2014.

2.La suma de ciento veintidós millones setecientos cuarenta y seis mil doscientos cincuenta y tres pesos con cincuenta y cinco centavos (\$122.746.253.55), por concepto de intereses compensatorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso y calculados desde el momento en que se realizó la devolución al Tesoro Nacional, de acuerdo con el siguiente cuadro:

CONCEPTO DE INTERÉS APLICADO	BASE DE INTERÉS	DE INTERES CALCULADO	TASA DE INTERÉS	DE PERIODO
<i>Tasa de interés del 25 de Febrero de 2016 a 30 de Marzo de 2016 19.68</i>	381,805,070.00	6,921,162.45	0.000499156	36
<i>Tasa de interés del 1 de Abril de 2016 a 30 de Junio de 2016 20.54</i>	381,805,070.00	18,254,337.94	0.015689429	3
<i>Tasa de interés del 1 de Julio de 2016 a 30 de Septiembre de 2016 21.34</i>	381,805,070.00	18,916,470.97	0.016249471	3
<i>Tasa de interés del 1 de Octubre de 2016 a 31 de Diciembre de 2016</i>	381,805,070.00	19,452,047.44	0.016702019	3

21.99				
Tasa de interés del 1 de Enero de 2017 a 31 de Marzo de 2017 22.34	381,805,070.00	19,739,548.76	0.016944784	3
Tasa de interés del 1 de Abril de 2017 a 31 de Junio de 2017 22.33	381,805,070.00	19,731,343.00	0.016937856	3
Tasa de interés del 1 de Julio de 2017 a 31 de Agosto de 2017 22.33	381,805,070.00	19,731,343.00	0.016937856	3
TOTAL INTERESES A COBRAR		122,746,253.55		

3. Se condene en costas a la parte demandada y en favor de la empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., de acuerdo con la ley.".

Al contestar la demanda de reconvenición, la sociedad INERCO Consultoría Colombia Ltda., se opone a todas las pretensiones de la misma, fundamentando, en resumen, que la empresa AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., no devolvió dineros al Tesoro Nacional, ni lo probó y que fue la demandante en reconvenición, quien, en incumplimiento del contrato, dejó de aplicar los recursos correspondientes al pago de los productos entregados por la contratista según las exigencias técnicas del contrato y en cumplimiento de su objeto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad procesal correspondiente, ambas partes presentaron los alegatos de conclusión, en los cuales ratificaron los argumentos de sus posiciones procesales y presentaron su propia valoración del material probatorio de cada una de las partes.

7. DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

La sociedad AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.SP. llamó en garantía a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A. con base en las condiciones generales del contrato de seguro No. 01-2014, celebrado entre ambas partes, el cual estipuló en el numeral 3.4 los seguros a cargo del consultor, mediante el cual se amparó el cumplimiento del objeto contractual, la calidad del servicio, los salarios y prestaciones sociales, el buen manejo del anticipo a favor del asegurado/beneficiario AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.SP, según consta en las pólizas 37-45 1010116242 anexo 3 con fecha

de expedición 12 de diciembre de 2014 y su modificación del 26 de junio de 2015.

Tal y como se indicó antes en este Laudo, la llamada en garantía, Seguros del Estado S.A., no consignó dentro del plazo concedido el valor ordenado por el Tribunal y que era a su cargo, ante lo cual también lo hizo por ella la sociedad demandante, pero de manera extemporánea, generando el efecto del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, por lo tanto se decidió continuar el proceso y decidir sin su intervención.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER.

I. ¿El contrato “Estructuración Alternativas para la Optimización Prestación Servicio Público Domiciliario de Aseo, en el Departamento de Risaralda” celebrado el día tres (03) de octubre de 2014 entre la sociedad **INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LTDA.**, anteriormente denominada **AMBIENTAL CONSULTORES & CÍA LTDA.**, como contratista y **AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P.** como contratante, fue incumplido por esta última al no efectuar los pagos pactados en el contrato, o fue incumplido por el contratista al no satisfacer las obligaciones contractuales a su cargo?

II. Si hay incumplimiento del citado contrato, ¿Existe alguna obligación indemnizatoria o de pago de una de las partes respecto de la otra?

DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 01 DE 2014 SUSCRITO ENTRE INERCO CONSULTORÍA LIMITADA Y LA EMPRESA AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P.

Con el fin de dilucidar algunos de los aspectos relevantes materia de la controversia, como aspecto inicial, resulta fundamental adelantar el examen sobre el marco jurídico que gobernó el contrato de servicios de consultoría No. 01 del mes de septiembre de 2014, el cual da origen a la Litis.

Se acudirá en primera medida a la voluntad de las partes, plasmada en el texto del acuerdo, así el acápite II del contrato, titulado “*Términos Generales del Contrato – TGC*”, se estipuló por las partes contractuales, en el numeral 1.2., respecto a la ley que rige el contrato:

“Este contrato, su significado e interpretación, y la relación que se crea entre las partes, se rigen por las cláusulas del presente contrato, y de manera supletoria por la ley colombiana aplicable”.

Ahora bien, para establecer la ley aplicable se torna indispensable determinar la naturaleza jurídica de la entidad contratante y del contratista:

Para la época de la celebración del contrato de consultoría No. 01 de 2014, **AMBIENTAL CONSULTORES & CIA LIMITADA** era una sociedad comercial, constituida por escritura pública No. 7186 del trece (13) de septiembre de 1994; y por escritura pública del veinticinco (25) de febrero de 2016, cambió su nombre a **INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LIMITADA**, hoy convocante. No cabe duda que el régimen de contratación aplicable a este sujeto, es el privado, de conformidad con lo previsto en el código civil y código de comercio Colombiano, aspecto que no requiere mayor profundización por el Tribunal.

Por su parte el demandado **AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P.**, es una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza pública, constituida por escritura pública del diecinueve (19) de noviembre de 2008.

El artículo 68 de la Ley 489 de 1998, las define como entidades descentralizadas, prestadoras de servicios públicos, cuyo capital es ciento por ciento estatal, vinculadas al sector central, seccional o local.

En igual sentido, el numeral 5º artículo 14 de la ley 142 de 1994, trae como concepto de la empresa de servicios públicos oficial:

“Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.”

Frente al régimen contractual aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios, éste, en general consagra unas reglas especiales, como quiera que reviste dos aspectos relevantes:

1. Que procura satisfacer la atención de las necesidades básicas de la comunidad, y otro.
2. La competencia de las empresas del sector en similares condiciones para operar con la oportunidad y eficiencia requerida.

Lo pretendido es que todas las empresas involucradas en el sector de los servicios públicos domiciliarios participen bajo las mismas condiciones, es necesario que independientemente de su naturaleza jurídica y capital, puedan interactuar en el mercado bajo similares condiciones, ejecutar actos y negocios jurídicos con la misma oportunidad y celeridad, que por regla general se encuentran sometidas a procesos contractuales reglados, complejos y estrictos, cuando tengan el carácter de empresas de servicios públicos, puedan abstraerse de ese régimen y colocarse en igualdad con las empresas operadoras, cuya naturaleza jurídica es privada o mixta.

El artículo 365 constitucional dejó en manos del legislador la disposición para definir el régimen jurídico aplicable a la prestación de los servicios públicos. Legislador que, con el fin de equiparar esta situación entre las diversas empresas, sin importar su naturaleza jurídica, determinó la aplicación de un régimen de contratación para todas ellas, ligado precisamente a las condiciones del servicio que operan y prestan.

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. Así, los artículos 32 y 31 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, **“no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”**.

Normativa modificada por el artículo 3 de ley 689 de 2001, que reza en su tenor literal:

“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.”

De acuerdo con el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo en su Sección Tercera¹:

“El régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios en general, será a regulado por el derecho privado, y en forma excepcional el de derecho público”.

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.”²

Especial aplicación tendrá el régimen de derecho público (disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación Estatal), cuando las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas exorbitantes, en cierto tipo de contratos, o autoricen su inclusión, previa consulta expresa.

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, 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.

Se dirá igualmente que las cláusulas exorbitantes establecidas en el Régimen de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, reservadas sólo para ciertos contratos estatales y para aquellos sometidos a las normas privadas, salvo las excepciones mencionadas, se consideran en razón de su objeto ilícito, contrarias a la ley en consecuencia propias de nulidad absoluta .

En conclusión, el régimen aplicable al contrato de servicios de consultoría No. 01 de 2014, celebrado entre **INERCO CONSULTORÍA LIMITADA Y AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P.**, será con fundamento en el artículo 31 de la ley 142 de 1994, es decir el derecho privado y las cláusulas del contrato, y, todos aquellos documentos que se encuentren ligados al mismo, y,

¹ C.E. 26/03/98 exp.14.000.

² Corte Constitucional, Sentencia C- 066 de 1997.

siendo la entidad contratante, una empresa prestadora de servicios públicos, regida por la Ley 142 citada.

Ahora bien, a pesar de que un régimen jurídico sustantivo privado especial, sea el aplicable a los contratos en donde se encuentre como sujeto contractual, entre otros, una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, esto no conduce, obligatoriamente, a que el juez de la controversia sea igualmente el ordinario.

Tendrá entonces que analizarse la naturaleza pública o privada de la entidad, para determinar la jurisdicción competente; en este caso, el demandado **AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P.**, es una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, en tanto que su capital es cien por ciento (100 %) público³, lo que hace que los contratos que celebra, en calidad de entidad pública, sean contratos estatales -en sentido amplio-, por ello el juez natural de la controversia contractual que se suscite, es el contencioso administrativo.

Planteamiento con pleno soporte jurídico en lo establecido en el numeral 2º del artículo 104 del C.P.A.C.A., que así lo dispone, cuando le otorga jurisdicción y competencia para conocer y dirimir este tipo de controversias al contencioso administrativo; con independencia del régimen contractual a que esté sometida la entidad contratante:

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Este particular aspecto, ha sido tratado por el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, quién sobre el particular se ha referido en repetidas oportunidades⁴⁵.

De este modo, son contratos estatales, todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación, **o que estén sujetos a regímenes especiales, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios**, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual **las normas procesales aplicables a los**

³ Folio 66 y s.s. del C1, Certificado de existencia y representación legal de AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P. Escritura Pública No. No. 6856 del diecinueve (19) de diciembre de 2008.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006) Radicación Número: 11001-03-26-000-2005-00017-00(29703) Demandante: CORPORACION ELECTRICA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. ESP. CORELCA S.A. ESP Y TERMOBARRANQUILLA S.A. ESP. -TEBSA-

⁵ CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01045-01(45191) Actor: CONSORCIO S.O.T. Demandado: INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P.

trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.

En igual sentido, los artículos 103 y 104 del CPACA - Ley 1437 de 2011, ordenan que aquel que acuda a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, deberá cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en ese estatuto procesal, para que sea ella, la que conozca las controversias originadas en los contratos.

Corolario de lo anterior, dado que el contrato en cuestión es estatal y que, por tal razón, las controversias que con ocasión suya se originen son de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en vía judicial las normas procesales que le son aplicables son las previstas en el Código Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, normativa que prevé de manera expresa un término de caducidad para presentar la acción de controversias contractuales, entre otros aspectos procesales.

EL CASO CONCRETO A RESOLVER:

El eje central de discusión en el presente proceso radica esencialmente en la atribución recíproca de incumplimiento del contrato que se hacen las partes. El convocante, la sociedad INERCO CONSULTORIA COLOMBIA LTDA, anteriormente denominada AMBIENTAL CONSULTORES & CÍA LTDA, señala que la convocada AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P le ha generado un daño consistente en el no pago de los valores remuneratorios derivados de las ejecuciones a que estaba obligada por el contrato identificado como “Estructuración Alternativas para la Optimización Prestación Servicio Público Domiciliario de Aseo, en el Departamento de Risaralda” suscrito entre ellas, mientras que el demandado riposta esgrimiendo que la convocante no cumplió el mismo contrato, lo que a su vez le sirve para reconvenirlo, exponiendo también que ha sufrido un daño, consistente en la devolución que debió hacer de dineros a los que había accedido como fuente de financiación del citado contrato. Es entonces que el cumplimiento o no del contrato por cada una de las partes se erige como el aspecto vertebral que permite dirimir los conflictos suscitados y para cuya resolución se ha habilitado al tribunal arbitral. El esclarecer si hubo incumplimiento, será entonces la primera línea de análisis desde la cual se podrá determinar la viabilidad jurídica de las pretensiones, así como de al menos una de las excepciones formuladas por el demandado.

La remuneración reclamada por el demandante, depende inobjetablemente del cumplimiento de sus obligaciones sindagmáticas, las que por ende nos remite necesariamente a identificar el alcance de sus compromisos, aspecto este en el que se centra gran parte de la discusión, en tanto que el actor aduce haberlos satisfecho y correlativamente el demandante sostiene que ello no corresponde a los condicionamientos contractuales. Es así que, la primera actividad a desarrollar es la verificación de las posturas antagónicas de los sujetos, para corroborar o desvirtuar si esos flancos de discusión permiten establecer si efectivamente hubo cumplimiento del actor, y si tras esa labor se verifica que se incumplieron tales obligaciones, ello descartaría la prosperidad de sus aspiraciones.

Es importante desde ya resaltar que el cumplimiento reviste una satisfacción de las condiciones de alcance, contenido, forma y

oportunidad estipuladas en los documentos contractuales, es decir que la obligación sea satisfecha con sujeción a las caracterizaciones y especificaciones contempladas en el contrato. De allí que las ejecuciones de quien está obligado a hacer, deben corresponder a aquello que se convino y dentro de la oportunidad señalada, pues el satisfacerlas precaria y/o tardíamente equivale a no cumplirlas.

El contrato establece unos objetivos generales y unos específicos, así como una determinación del alcance técnico, discriminando además los productos mínimos que debían entregarse para entenderse satisfecho cada uno de esos objetivos. Dichas especificidades se surtían a través de la entrega de una serie de informes, los cuales están reglamentados en el Apéndice B del contrato, donde se relaciona que el consultor deberá presentar, **“como mínimo”** cinco (05) informes previos, mas un informe final, lo que suma un total de **“mínimo”** seis (6) informes. No obstante, es importante destacar que en dicho apéndice se agrega que, **además**, el consultor **deberá presentar** los informes adiciones que solicite el interventor.

Lo anterior permite precisar dos aspectos iniciales; el primero es que esa relación de informes, son el mínimo de los que estaba obligado a proporcionar el consultor, y el segundo; que el consultor estaba obligado a presentar cualquier otro informe requerido por el interventor.

Esas dos preliminares anotaciones, nos introducen a la participación del interventor, para determinar cuál es la fuente de donde emerge su figuración, así como los alcances o atribuciones de su intervención, lo cual es un tema que debe ser definido desde los inicios de este análisis, pues es transversal a todas las discusiones posteriores particularmente las alusivas al cumplimiento o incumplimiento del contrato.

Efectivamente, el texto del contrato estándar hace muy poca referencia a la interventoría, de manera que su cuerpo no establece en su clausulado, una definición de la figura ni de sus atribuciones y mucho menos de las implicaciones de sus actuaciones. Prácticamente la única alusión, pero no por ello insignificante, se hace precisamente en el apéndice B, en los siguientes términos:

“Apéndice B- requisitos para la presentación de Informes.

Presentación de informes.

Además de los informes que solicite la interventoría, el consultor deberá presentar a la gerencia de la empresa Aguas y Aseo de Risaralda S.A. E.S.P. como mínimo los siguientes informes:...”

Sin embargo, el mismo contrato estándar contempla las Condiciones Generales del Contrato (CGC) en donde define el significado de algunas expresiones empleadas en el contrato, y una de ellas particularmente la de “Contrato”, lo que hace en los siguientes términos:

“Contrato”, significa el contrato firmado por las partes y los documentos incluidos y **derivados** de la solicitud de propuesta. Los documentos que constituyen el contrato se interpretarán en el siguiente orden de prelación CEC: CGC y sus apéndices; **el acta de negociación (de existir)**; adjudicación; propuesta; términos de referencia **e instrucciones a los consultores”**

A su vez, el numeral 1.2 de esas condiciones generales del contrato, refiere que

“Este contrato, su significado e interpretación y las relaciones que crea entre las partes se regirán por las cláusulas del presente contrato y de manera supletoria por la ley colombiana aplicable”

Esas definiciones y parámetros de interpretación del clausulado, nos llevan a entender como contrato, tanto lo figurado en el estándar como en aquellos otros documentos derivados de esa relación contractual, lo que incluye muy expresamente al acta de negociación, al acta de inicio del contrato, y al documento de prórroga, a los cuales nos referiremos en varias partes de este laudo. Pero en este inicial punto, referente a la figura de la interventoría y sus atribuciones, nos centraremos preliminarmente en el acta de negociaciones y en el acta de inicio.

En el acta de negociaciones se destacó el requerimiento del contratante de disponer de unas entregas anticipadas que debían ser priorizadas, en razón al tipo de trabajo a cargo del consultor. Es así que en esa acta de negociaciones se dio instrucción por el contratante y se aceptó por el consultor, unas instrucciones que se convierten en parte del contrato, y que consisten en hacer unas entregas anticipadas, naturalmente, anticipadas con respecto a los informes signados en el contrato estándar. Ello se hizo así:

“Así mismo es importante dispone[r] con entregas anticipadas que deben priorizarse dadas las específicas condiciones de los trabajos a realizar , por ejemplo para el caso del municipio de Pereira, la revisión PORTE, presiona que en el mismo queden establecidos los sitios en que pudiera desarrollarse disposición final.

*Consecuente con ello el consultor se compromete a que una vez firmado el contrato suministrará **el Plan de Trabajo con propuesta de entregas anticipadas** de documentos **que hacen parte de los estudios objeto de contratación**”*

Entonces el Plan de trabajo más esas entregas anticipadas, [dos asuntos distintos] hacían parte de los informes que debía entregar el consultor. Ello se ratifica con lo estipulado en el acta de inicio, lo que se hizo en estos términos:

*“2) Se deben presentar **informes mensuales** sobre el avance y/o cumplimiento de las actividades de acuerdo a lo establecido en el apéndice B del contrato, con los respectivos soportes, incluido el registro de gastos reembolsables programados y realmente ejecutados, con por lo menos tres días de anticipación a la fecha establecida para el pago”*

Entonces lo anterior nos demarca los informes respecto de los cuales versaba la actividad del interventor que correspondía a: **i)** los seis (6) informes señalados en el apéndice B, **ii)** los adicionales que solicitara el interventor de conformidad a lo habilitado en el mismo apéndice b, y **iii)** los informes mensuales sobre el avance, pactados en el acta de negociaciones y en el acta de inicio.

A su vez el rango de atribuciones de la interventoría está contemplado en la misma acta de inicio, en los siguientes términos:

*“Teniendo en cuenta que **corresponde al interventor evaluar** el cumplimiento del objeto y avance de las metas a ejecutar descritas en la propuesta del contratista que hace parte integral del contrato; garantizar el cumplimiento del objeto y los alcances técnicos del mismo, en las evaluaciones de los informes mensuales presentados por el contratista y **refrendarlos** para autorizar su pago, se advierte al contratista que: el presente contrato debe ejecutarse **conforme el objeto , alcance, y especificaciones determinadas** en la propuesta y el contrato...”*

A esta acta de inicio se hace expresa referencia en el documento de prórroga al contrato, anotando, además, que en ella se indicó la fecha de inicio y de terminación primigenios. Esa prórroga firmada por las partes ratificó entonces el texto del acta inicial que delimitaba las funciones del interventor, y vale la pena anotar que el mismo demandante invoca esa prórroga para darte determinados efectos que luego se analizarán, pero ahora baste con denotar que la prórroga y el acta de inicio constituyen parte del contrato mismo, según las definiciones del contrato estándar.

Entonces, conforme lo anterior, queda claro el marco de atribuciones e incidencias de la interventoría respecto del contrato revisado. Esas facultades le daban la atribución de “refrendar” los informes y así viabilizar también su pago.

Refrendar, conforme una de las acepciones indicadas por el diccionario de la Real academia de la lengua Española⁶ es:

*“1. tr. Autorizar un despacho u otro documento por medio de la firma de persona hábil para ello.
3. tr. Corroborar algo afirmándolo.”*

A su vez, la “autorizar”, conforme la misma fuente⁷, significa:

*3. tr. Confirmar, **comprobar algo con autoridad**, texto o sentencia de algún autor.
4. tr. **Aprobar** o abonar.*

Entonces, sin ninguna dificultad se establece que la interventoría, conforme las estipulaciones del contrato, era quien estaba investida de las atribuciones de comprobar las actividades reportadas por el consultor y conforme dichas confirmaciones y “**evaluaciones**”, “**aprobar**” los informes que éste suministraba como soporte de sus actividades ejecutadas, y particularmente para acreditar el cumplimiento del objeto del contrato, y tras ello posibilitar los diversos pagos programados en el contrato, los cuales en todos los casos estaban condicionados a la “**presentación y aprobación**” de los informes respectivos. Entonces, no bastaba con la presentación, sino que se requería como condición del pago, la aprobación, la que a su vez le correspondía a la interventoría.

⁶ <https://dle.rae.es/refrendar>.

⁷ <https://dle.rae.es/autorizar>

Hechas las anteriores precisiones, de basal importancia, procedemos a abordar el análisis de los informes a cargo del consultor.

EL PLAZO DEL CONTRATO, SU PRÓRROGA Y LA INCIDENCIA EN EL CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

El contrato fue suscrito el 03 de octubre de 2014. El plazo inicial del contrato se fijó en cinco (05) meses, los cuales empezaban a contar a partir de la fecha del acta de inicio. Conforme esa acta de inicio la fecha de terminación del contrato se estableció era el 26 de junio de 2015.

No obstante, el consultor esgrimió diversas razones que manifestó condujeron a que los plazos inicialmente previstos no hubiesen sido satisfechos y solicitó una prórroga que finalmente fue pactada el 22 de junio de 2015, hasta el 31 de agosto de 2015.

Esta prórroga exige un detenido análisis puesto que el convocado señala que durante el plazo de la vigencia inicial, el consultor desatendió los plazos previstos, y funda también en ello su tesis de incumplimiento que truncaría las aspiraciones de pago del convocante. A su vez, el apoderado del convocante argumenta, que con tal prórroga quedaron subsanadas las tardanzas acontecidas, implicando en consecuencia que fueron consentidas y “perdonadas” por el contratante. A su vez sostiene que tras esa prórroga ya no existía cronograma alguno que determinara plazos para la entrega de los informes y así todo estaría entregado en tiempo. Pues bien, esa última afirmación de inexistencia de cronograma posterior a la prórroga, resulta ser una afirmación contraria a la verdad contractual y procesal, por manera que si hubo un nuevo cronograma y a su vez esta nueva agenda, repercute en el análisis del incumplimiento tanto antes como posterior a la aludida prórroga.

En efecto, al tramitarse la prórroga hubo una reunión donde se adoptaron decisiones con repercusiones en las obligaciones contractuales, las que fueron aprobadas por los representantes legales del contratante y del contratista. Esa reunión tuvo lugar el 22 de junio de 2015. Tal documento hace parte entonces de los acuerdos entre las partes y allí se indicó que el consultor para acceder a la prórroga, ofreció “presentar un cronograma detallado de las actividades que se realizarían durante la prórroga...”, por lo cual el acta de dicha reunión registró que **“Se concluye la reunión con el compromiso por parte del consultor de presentar el cronograma detallado como soporte de la prórroga , el día 23 de junio de 2015”**. Eso se convierte entonces en una instrucción de parte de contratante y que voluntariamente el consultor asume como su compromiso expreso, por lo que al ser ello así, tal instrucción se convierte en parte del contrato, tal y como fue definido en las condiciones generales del contrato estándar que incluyó las “instrucciones al consultor” como contrato.

Entonces en el documento de prórroga se indica que se pacta la misma, acogiendo *“los argumentos expuestos en la reunión celebrada el día 22 de junio de 2015”*, es decir que se materializa la prórroga sobre la base de los acuerdos indicados en tal reunión, así que las instrucciones allí impartidas al consultor y adquiridas por éste como compromiso, quedan en plena vigencia, y consecuentemente hacen parte del contrato.

En ese orden de ideas, si el consultor no hubiese presentado el nuevo cronograma del contrato, estaría incumpliendo una instrucción, y por ende el contrato.

Con lo anterior se explica la existencia del nuevo cronograma del contrato el cual obra a folios 486, así como el oficio aprobatorio de dicho cronograma por parte del interventor, visible a folio 485. Eso permite concluir que efectivamente tras la prórroga se estipuló un nuevo cronograma que redefinió, entre otros aspectos, los plazos para las entregas de los informes.

En el oficio C-ACON 13083 AA Risaralda 035, expresa el aquí demandante "Por medio del presente me permito enviar el cronograma ajustado según lo acordado el día de hoy en la reunión". Este se acompaña del cronograma anunciado, con discriminación de actividades día por día hasta la fecha de vencimiento del contrato. A su vez el oficio de la interventoría, PAI OO2-14-064, fechado el 24 de junio de 2015, expresa que le "*impartimos nuestra aprobación para que se conceda la prórroga solicitada por el contratista*", lo cual es debido a que acusan el recibo del nuevo cronograma ajustado conforme lo pactado en la reunión registrada en el acta del día 22 de junio de 2015.

En ese orden de ideas, puede llegar a aceptarse que al momento de suscribir la prórroga existía un vencimiento de plazos sin la satisfacción de las entregas de informes a cargo de consultor, en otras palabras, un incumplimiento. Todo eso fue considerado por las partes y se acordó entre ellas que las actividades pendientes de cumplir quedaban sujetas a nuevas fechas, cuyo establecimiento quedó a iniciativa del consultor, quien efectivamente distribuyó actividades y fijó esas nuevas fechas, las cuales fueron aceptadas por la interventoría, con la aquiescencia del contratante.

Esas nuevas fechas delimitan entonces los nuevos plazos en los que se entendería cumplidas las obligaciones pendientes del consultor, quedando invalidadas las fechas inicialmente previstas para aquellas entregas pendientes. Esos nuevos plazos demarcan la oportunidad con la cual se entendería cumplido el contrato por el consultor en materia de oportunidad.

A su vez, dicha prórroga estableció una nueva fecha de vigencia o plazo de contrato, y la que en principio indicaba su vencimiento el 26 de junio de 2015, quedó postergada para el **31 de agosto de 2015**. Esta última es la fecha de vencimiento del contrato, y dentro del cual debían cumplirse las prestaciones o ejecuciones por parte del contratista acreditadas bajo la forma de los informes ya anteriormente descritos.

Entonces siendo cierto lo anterior, pierde utilidad la discusión planteada por el apoderado del convocante, frente a la significación que atribuía a la frase incluida en el documento de prórroga donde se dijo que el contrato "*.. viene siendo ejecutado a cabalidad por el consultor*". De allí que los incumplimientos de plazos acaecidos antes de esa fecha quedaban dispensados y serían los nuevos los que delimitaban la oportunidad de las ejecuciones a cargo del consultor.

Bajo esos parámetros se examinará el componente de oportunidad en la entrega de los informes, tal como se evaluará en los párrafos siguientes.

Los informes mensuales de avance y entregas anticipadas.

Quedó claro antes que el consultor quedó contractualmente obligado a presentar informes mensuales de avance y entregas anticipadas, y que esa

anticipación se medía o correspondía era con respecto a los seis (6) informes que como mínimo debía entregar el consultor, a las voces del apéndice B del contrato. Recuérdese que en acta de inicio se estipuló que *“Se deben presentar informes mensuales sobre el avance y/o cumplimiento de las actividades de acuerdo a lo establecido en el apéndice B del contrato”*. Entonces eran informes adicionales y distintos a esos que como mínimo debía aportar el consultor.

Explorada la foliatura, de esos informes mensuales de avance, no se encontró ninguna indicación expresa del consultor donde acreditara que efectivamente entregó esos informes mensuales de avance. Por el contrario, se advierte que el contratante requería de informaciones relativas al desarrollo del objeto contractual, y hubo para ello dificultades, así que la comunicación, contrario a lo deseado, no fluía eficientemente hasta que se suscitaron los vencimientos de las fechas de entrega de los informes, según fueran programados en el contrato estándar y dichos informes mínimos, no se entregaron en las oportunidades previstas.

Entonces no hay evidencia probatoria que muestre una entrega de informes mensuales por parte del consultor, lo cual era una obligación suya tanto durante el plazo inicial, como en el de prórroga, lo que supondría que, por cada mes de ejecución del contrato, incluido el tiempo de prórroga, se entregará un informe por cada mes transcurrido, y de ello el demandante no ofrece ningún elemento material probatorio que aduzca y menos confirme esas entregas. Recuérdese que esos informes eran parte del objeto del contrato

En conclusión, esos informes mensuales no están acreditados en el proceso, y tal como se indicara en el acta de inicio, tales informes eran parte del objeto del contrato, pues en aquella acta se estipuló que “el consultor se compromete a que una vez firmado el contrato suministrará el Plan de Trabajo con propuesta de **entregas anticipadas de documentos que hacen parte de los estudios objeto de contratación**”

Este es entonces, el primer escollo referente a la acreditación del cumplimiento del consultor, y que se refiere tanto al contenido material de lo que debía entregar, como en la oportunidad en que debía hacerlo. Se nota la ausencia de tales informes, y consecuentemente del momento en que debía suministrarlos. Pero, con la intención de hacer las demás verificaciones del cumplimiento, déjese anotado que estos informes mensuales y anticipados, aunque fuesen parte del objeto del contrato, la eventual aprobación de los restantes informes mínimos y del final, bien podrían haber implicado que dicho incumplimiento pudiese haber sido dispensado por el contratante. Es así que la razón de la decisión de este tribunal arbitral, no está sustentada en la atribución del incumplimiento del consultor en la entrega de esos informes mensuales y anticipados, así que el análisis y fundamento total de las decisiones se enfocan en el cumplimiento de los informes que como mínimo se exigían para viabilizar el pago contraprestacional del consultor.

El Primer Informe:

Este informe correspondía al “Documento con el plan de trabajo y de actividades a realizar, incluyendo el cronograma y plan de inversión y manejo del anticipo, dentro de los quince (15) días siguientes a legalización del contrato.”.

De este informe se indica que estaba programado para el 13 de febrero de 2015, pero la interventoría recibió del Consultor el oficio C-ACON-12309-AA-RISARALDA-006 el día 05/03/15 contentivo del plan de trabajo detallado y plan de inversión y manejo del anticipo. Así se reconoce en la demanda de reconvenición, cuaderno No 2, folio 5.

En la entrega de este informe ya se advierte una desatención del plazo contractualmente convenido, pero pese a dicho retraso, la ejecución del contrato prosiguió y como analizaremos adelante al revisar las implicaciones de la prórroga, tal vencimiento se subsumió dentro del nuevo cronograma de entregas y plazos señalados tras la mentada prórroga. Así que este vencimiento inicial, podría no tener la trascendencia de detonar un incumplimiento del contrato.

Segundo Informe: El informe de diagnóstico inicial.

Conforme el apéndice B, este informe corresponde al "Diagnóstico integral que involucre componentes comerciales, financieros, técnico operativo y aspectos sociales y ambientales asociados a la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el departamento de Risaralda", y debía entregarse "dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de legalización del contrato."

Es así que, con atención a la fecha inicialmente prevista, este segundo informe, debía ser presentado el 26 de marzo de 2015. Sin embargo, el consultor hace un documento de entrega el 30 de marzo de 2015, es decir tres días después. La interventoría evalúa dicho informe, y el 14 de abril de 2015, hace observaciones como condición de aprobación, y luego el consultor, el 07 de mayo de 2015 presenta ajustes que no satisfacen a la interventoría por lo que el 12 de junio de 2015 glosa el mismo informe.

Eso muestra un incumplimiento inicial en el plazo de entrega del informe de diagnóstico, pero el consultor y el contratante, tras la petición y argumentaciones de éste decidieron prorrogar el plazo del contrato, fijando nuevas fechas.

Con sujeción a ese nuevo agendamiento, el plazo para la entrega del informe de diagnóstico quedó fijado para el 03 de agosto de 2015. En esa misma fecha el consultor entregó dicho informe [*oficio C-ACON-13255-AA-RISARALDA-042 del 03-08-15, presenta ajustes al Diagnóstico Integral*], pero a juicio del interventor, este era incompleto, así que el 12 de agosto de ese año [*oficio PAI-002-14-076 del 12-08-15*] persevera en sus objeciones al Diagnóstico Integral.

Finalmente, el citado informe es entregado por el consultor el día 28 de agosto de 2015, y termina por ser aprobado el 31 de agosto de 2015, de lo cual queda registro en el oficio PAI-002-14-087 del 31/08/15.

Sobre este informe puede entonces concluirse preliminarmente que fue entregado en su primera oportunidad antes de la fecha de la prórroga y en la nueva cronología se pactó su entrega definitiva el 03 de agosto de 2015, y tras sucesivas glosas, el consultor concluyó su diagnóstico el 28 de agosto de 2015.

Frente a este informe hay dos discusiones planteadas; una por el convocante quien esgrime que su informe de diagnóstico estaba concluido desde su primera entrega, y que los ajustes posteriores no eran

trascendentales, ni impedían la ejecución de las labores subsiguientes de localización de zonas, ni de identificación de alternativas, selección de las mismas y de estructuración de las alternativas escogidas. A su vez el convocado reclama que el demandante incumplió con que las labores fueran ejecutadas por el personal ofrecido con su propuesta, enfatizando en la recolección de la información primaria y secundaria, la que, insiste, debía ser desplegada por dicho personal en el campo y no por personal de apoyo, no relacionado en su oferta.

Frente a la segunda de esas discusiones debe decirse que la fundamental incidencia del reclamo del contratante se situaba en las actividades que debían surtir para la elaboración del diagnóstico. En efecto, en el contrato estándar se relaciona por cada informe su alcance técnico y es en el diagnóstico donde se ubica la labor de recopilación y análisis de la información existente, así como la "revisión en campo, levantamiento de información primaria y análisis de esta".

Siendo eso así, las protestas del contratante relativas a que las actividades requeridas para el diagnóstico debían ser ejecutadas por el personal ofrecido, realmente terminan por ser poco relevantes, debido a un hecho trascendental y es precisamente que el informe del diagnóstico fue aprobado por el interventor. Dicha aprobación supone el asentimiento en sus conclusiones, al igual que la metodología aplicada, y la forma de su recaudación, lo que obviamente involucra al personal que ejecutó el trabajo de campo en recolección como la función de análisis. Entonces si se aprobó el informe de diagnóstico, se aprobaron todas las labores que comprendía ese ejercicio, dentro de lo cual está inmerso el personal. Al ser ello así, luego de aprobar ese informe, resulta poco relevante insistir en la no correspondencia del personal a quien se encargó la labor de campo, máximo que el análisis de lo recopilado si se ejecutó por el personal ofrecido, y ese análisis lógicamente comprende la verificación y confiabilidad de lo recopilado, lo cual quedaría a salvo por la idoneidad de quien procesa y analiza la información, situación esta que quedó evidenciada con los testimonios recaudados.

El interventor aprobó el informe, y el contratante nunca dentro del proceso renegó de esa aprobación y la refirió como un hecho cierto en el proceso.

En cuanto a la discusión de si el informe de diagnóstico fue entregado oportunamente, y que las modificaciones subsiguientes se hicieron para atender en detalle lo exigido por el interventor, pero que no tenían un poder de hacer inútil la información acopiada como fuente para la ejecución de las otras labores a reportar en los informes restantes, debe decirse que es parcialmente cierto.

Los testimonios recaudados a los expertos en el tema, es decir el perito que presentó dictamen de parte, como el experto en materia tarifaria que laboró para el consultor, expusieron con claridad que la información obtenida desde el informe inicial no impedía proseguir con la labor de localización de zonas ni identificación de alternativas, ni la estructuración de la que fuera escogida, pues las variaciones del informe inicial, frente al final, resultaban ser en aspecto no trascendentales.

Entonces, este informe de diagnóstico puede llegar a tenerse como cumplido en cuanto a su forma y contenido, mientras que el factor de la oportunidad de su aporte debe ser considerado teniendo como base el comportamiento del propio contratante e interventor, quienes pese a recibirlo fuera del tiempo tanto respecto del plazo inicial como sus posteriores ajustes efectuados fuera del día de entrega estipulado en el

plazo de prórroga, da a entender que para el interventor aun podía ser oportuna la información allí registrada, sin que desvaneciera el piso sobre el cual podían estar soportados los posteriores informes.

Si el contratante y su interventor aprobaron el diagnóstico, es porque lo consideraron relativamente oportuno, recordando que este último tenía a su cargo velar no solo por el contenido sino por la oportunidad en la entrega de la información. Pero esta inferencia bien cabe dentro de todo el contexto donde el consultor entregó el informe finalizado, pero sobre el supuesto que las demás labores tenían que ser correcta y oportunamente satisfechas, esto es que, si el diagnóstico en lo relevante era correcto, y sus complementaciones posteriores era sobre tópicos de nimio valor, era por que el consultor podía haber entregado en tiempo los demás informes y al ser evaluados por el interventor, verificaría que efectivamente los datos faltantes del diagnóstico, no habrían incidido en las resultas de los informes restantes. Pero ocurre que esos informes restantes, como se verá adelante, ciertamente, no se atendieron en tiempo.

En conclusión, este informe de diagnóstico podría ser relativamente oportuno, solo en la medida de **la calidad del contenido** de los informes restantes, es decir siempre y cuando en estos últimos se comprobara que lo faltante del diagnóstico no habría obstruido la satisfacción de los objetivos restantes, pero eso, como se analiza adelante, no ocurrió, pues esos informes se entregaron fuera de tiempo y el final se entregó después de vencido el plazo del contrato, es decir una vez vencido este.

El tercer y quinto informes:

El tercer informe correspondía a la "Identificación y selección de alternativas concertadas conducentes a la optimización de la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el departamento de Risaralda de acuerdo a los resultados derivados del diagnóstico"

Respecto de este informe procede hacer una verificación del cumplimiento tanto relativa al alcance como en la oportunidad. Sobre esto último, se tiene que según el cronograma de prórroga este reporte **debía entregarse el 03 de agosto de 2015, pero fue entregado por el consultor el día 14 de agosto de 2015, quiere eso decir, con 11 días de tardanza.** Ese tiempo es muy significativo, teniendo en cuenta los plazos tan cortos que fueran restringidos tras el acuerdo de prórroga. Al ser revisado por el interventor, éste le hace unas glosas consignadas en oficio PAI-002-14-084 del 26/08/15 (folio 16), y finalmente el 07 de septiembre del mismo año, mediante oficio PAI-002-14-090 del 07/09/15 (folio 396) desaprueba dicho informe. Es entonces claro que conforme el nuevo cronograma este tercer informe fue presentado fuera de la oportunidad acordada entre las partes, lo cual significa que habría un cumplimiento tardío, lo que igual a incumplimiento conforme el contrato.

La desaprobación final de este informe por parte del interventor se basó en que " *este producto no cumplía con los alcances del objeto contractual*". Es decir que tanto la identificación de alternativas como la selección de la mejor de ellas, se desatendieron el alcance contractualmente pactado, enfatizando que no hubo la concertación en la selección tal como estaba convencionalmente previsto. Esa afirmación del interventor ciertamente se corresponde con la realidad, y así se concluye tras revisar lo estipulado en el contrato estándar.

Al describirse el alcance de ese componente de la **identificación de alternativas**, es fácilmente visible el consultor debía formular unos

escenarios probables para la operación del servicio de aseo para cada municipio, segmentando además los componentes de barrido, recolección, aprovechamiento y disposición final del servicio de aseo. A su vez cada escenario debía incluir una serie de elementos debidamente relacionados en el contrato, lo que involucraba, entre otros aspectos, esquemas institucionales de operación, cálculos tarifarios, esquemas de subsidios y contribuciones, modelos financieros. Pero además de ello, con esos escenarios bastante detallados, debía el consultor elaborar una matriz comparativa, cuya utilidad se entiende al reconocer que era un importante insumo para que se deliberara hasta escoger o definir cuál o cuáles de ellas serían seleccionadas para avanzar a la fase siguiente de estructuración.

Dice pues el contrato estándar al describir el alcance de la "Selección de la(s) mejores alternativa(s), que eso correspondía a la: *"Definición de la alternativa más factible a partir de la matriz comparativa, la cual se realizará conjuntamente entre contratante, el contratista, la autoridad ambiental (CARDER) y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio (MVCT)"*, y luego añade que esa selección se hará aplicando unos determinados criterios que relaciona expresamente. (subrayas ajenas al texto).

La simple lectura de esa nítida descripción del alcance, determina que la selección del de la singular o plurales alternativas, debía hacerse con base en la matriz comparativa, nutrida con información bastante exhaustiva de los diversos escenarios identificados por el consultor, pero además, que la selección a una o varias de esas alternativas, estaba a cargo NO del consultor en forma individual o unilateral, sino que era producto de la concurrencia conjunta y simultánea de diversos sujetos plenamente identificados, y de los que hacía parte tanto el consultor como el contratante, pero sin duda no era el consultor quien individualmente tuviese la atribución de definir aquella o aquellas alternativas que deberían pasar a estructurarse en el paso siguiente.

Ese modelo para la selección de alternativa a estructurar, estaba perfectamente definido desde el contrato mismo en su expresión inicial, no era nueva, y en tales condiciones se suscribió el contrato a sabiendas del contratista, quien no podía llamarse a sorpresas con ello, ni tampoco a formular descalificaciones, que de advertir razones para estimar que era un método inadecuado e inconveniente, bien podía haberse abstenido de suscribir el contrato, o de introducir cambios en la fase de negociaciones tras la adjudicación del contrato. Pero el contratista no lo hizo, así que aceptó tal modelo y hoy no puede repudiarlo ni estimar de inconstitucional o ilegal. El contratista consultor no es más que un muy calificado asesor técnico que entrega un insumo a su contratante para que éste adopte sus respectivas decisiones de ejecución, las que bien pueden coincidir con lo asesorado y asistido por el consultor o apartarse de ello, cuando converjan razones de poder que le disuadan a optar por alguna otra alternativa desde la óptica de la conveniencia de la entidad contratante. Que el consultor pueda conocer más técnicamente el tema para el cual se le consulta, ello no le hace detentador de la obligatoriedad de sus conclusiones y opiniones, pues por muy calificadas que sean, la decisión de ejecución está radicada en el contratante, quien puede por múltiples razones de utilidad pública, de la administración pública, regida por los principios signados en el artículo 209 constitucional, optar por generar espacios de participación en los procesos de optimización en la prestación de los servicios públicos.

De hecho, aunque pareciera una redundancia, en el acta de inicio del contrato se enfatizó y advirtió al consultor que **“el presente contrato debe ejecutarse conforme el objeto, alcance y especificaciones determinados en la propuesta y el contrato”**. Dentro de esas especificaciones estaba la manera en que habría de ser seleccionada la o las alternativas que pasarían a fase de estructuración final, por lo que eso era una especificación clara e indiscutible del contrato, la que delimitaba las ejecuciones a cargo del consultor, impedido para hacer unilateralmente la selección.

Cierto es a su vez que de la realización de esa metodología para la selección de la singular o plural alternativa no hay prueba alguna de que se hubiese llevado a cabo, y por el contrario, prácticamente se ha reconocido por el convocado que no tuvo lugar, justificándose para ello el contratista en manifestaciones tales como que la logística para su ocurrencia estaba a cargo del contratante y no del consultor.

Pues bien, esa aparente justificación no se reviste de solidez por varios motivos, entre los cuales están: **i)** el contratista tenía dentro del presupuesto del contrato para cada componente del precio, un concepto de “gastos reembolsables”, ítem éste que indica muy elocuentemente que el contratista podía disponer de la logística para la convocatoria a la sesión de selección de las alternativas, y luego trasladar esos gastos al contratante **ii)** si convocada la reunión alguno de los habilitados para participar de la selección no asistiera, o no se lograra el consenso, lo cierto es que ello no se convino como circunstancia o causal que trasladara al consultor la facultad de decidir esa escogencia **iii)** el contratista consultor no demostró que esa selección conjunta de la(s) alternativas(s) no hubiese ocurrido por causas no atribuibles al consultor, pese a su esfuerzo porque se verificara conforme el contrato.

La obligatoriedad de la escogencia de las alternativas con la concurrencia de los sujetos ya relacionados en el contrato era una situación sabida a plenitud por el consultor quien incluso esgrimió esa situación para sustentar la necesidad de la prórroga pretendida y que finalmente obtuvo. Dijo el consultor en su oficio C-CON 13081 AA Risaralda 033 del 18 de junio de 2015 que:

*“Teniendo en como prueba de ello es que la consultoría sigue cumpliendo con la entrega de los productos según los términos contractuales y se piensa entregar un importante avance en el informe V. Estructuración y socialización de las alternativas seleccionadas en términos de factibilidad, **teniendo en cuenta naturalmente que es necesaria la socialización que obliga los términos de referencia.***

*En conclusión , dado que no se ha programado ninguna actividad de concertación y retroalimentación de los productos (CARDER, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y Gobernación de Risaralda) debido a circunstancias ajenas por completo a nuestra voluntad y control reiteramos la solicitamos la solicitud de prorrogar el contrato, en al menos dos (2) meses para que se puedan llevar a cabo las actividades como: (i) la socialización con la Gobernación de Risaralda del Producto 4, localización de zonas aptas para la construcción y operación de rellenos sanitarios regionales en el departamento de Risaralda **(ii) Realizar concertación de las alternativas seleccionadas con el contratista, la autoridad ambiental CARDER y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio,** (iii) **efectuar las socializaciones***

con todos los actores políticos y administrativos de los municipios de la(s) alternativa(s) seleccionada(s)"

Entonces no hay duda de la obligatoriedad de esa concertación para la escogencia de las alternativas que pasarían a fase de estructuración, y que el consultor tenía plena consciencia de ello, sin formular objeción alguna al respecto.

Mucho se argumentó por las partes sobre la necesidad o no de una secuencialidad inalterable entre uno y otro informe, sosteniendo que obligatoriamente la realización de cada uno dependía de la correcta y agotada ejecución del anterior, sin que se pudiese saltar ninguno de ellos. Es así que tal dependencia entre uno y otro informe, realmente se aprecia es **entre el tercer y quinto informe**, puesto que con el tercero debía estar agotada la identificación de los escenarios alternativos de optimización del servicio de aseo, así como la selección o definición de la(s) alternativas a escoger de manera conjunta por los ya citados sujetos. Y era teniendo ya definida esa escogencia, cualificada y claramente especificada en su metodología, que podía pasarse a la fase de estructuración y socialización de que habla el quinto informe. Sólo se estructuraban y socializaban aquellas alternativas, fueran única o variada, que hubiesen sido escogidas conforme el método estipulado en el contrato, de manera tal que, si no había sido agotada la escogencia con acatamiento del esquema ritualizado en el contrato, no podía ciertamente pasarse a la estructuración y subsiguiente socialización.

Es así que probado está que no se agotó ese mecanismo para la selección de las alternativas a estructurar, y además que no podía contractualmente el consultor atribuirse por sí y ante sí la facultad para hacer esa escogencia. Ese hecho concurre como demostración de que las especificaciones del contrato no fueron cumplidas por el consultor en lo atinente a las ejecuciones correspondientes al tercer informe.

Como se advirtiera, esa ejecución cierta de las actividades a reportarse satisfechas con el tercer informe, claramente **sí** condicionaban fáctica y lógicamente, con relación de necesaria dependencia, la ejecución de las actividades que estarían comprendidas en el informe quinto. Inobjetablemente si no hubo una escogencia correcta de las alternativas a estructurar, no podía pasarse a la estructuración de alternativa alguna. De allí que por una deficiencia vertebral no podía asumirse como cabalmente ejecutadas las labores comprendidas dentro del informe quinto, pues todas ellas estaban viciadas por aplicarse esa estructuración respecto de una alternativa que no fue seleccionada conforme lo obligaba las claras estipulaciones del contrato. Esa sola deficiencia medular determina la insatisfacción de la obligación en ese aspecto por parte del consultor, quien en consecuencia incumplió el contrato, sin que ello se debiera a circunstancia extraordinaria que hubiese probado en el proceso arbitral.

No obstante, una circunstancia converge como adicional insatisfacción de las obligaciones del contratista en lo que le era exigible reportar como agotado con el informe quinto. Se trata de la socialización de la o las alternativas seleccionadas y estructuradas.

Reiteremos aquí lo admitido por el consultor como fundamento de su petición de prórroga del contrato, cuando señaló que demandaba la ampliación del plazo de ejecución del contrato pues pensaba: *"...entregar un importante avance en el informe V. Estructuración y socialización de las alternativas seleccionadas en términos de factibilidad, **teniendo en cuenta naturalmente que es necesaria la socialización que***

obliga los términos de referencia. Y luego añade que la ampliación era imprescindible pues tenía pendiente “ **(ii) Realizar concertación de las alternativas seleccionadas con el contratista, la autoridad ambiental CRDER y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, (iii) efectuar las socializaciones con todos los actores políticos y administrativos de los municipios de la(s) alternativa(s) seleccionada(s)**”

Claro, tenía entonces el consultor, al pedir el aplazamiento del vencimiento de contrato que le correspondía efectuar esa socialización de las alternativas seleccionadas, con todos los municipios.

Aquel punto consistía, según el alcance técnico determinado por el contrato, en socializar con todos los actores políticos y administrativos de los municipios las alternativas seleccionadas y estructuradas [suponiendo que la selección se hubiese agotado con sujeción a lo estipulado en el contrato], además comprendía el suministro de unos términos de referencia para la contratación de la alternativa seleccionada, lo que particularmente involucraba las especificaciones ambientales de construcción, especificaciones ambientales de los contratistas, así como obligaciones de los contratistas en materia de seguridad industrial y ocupacional, además de las obligaciones contractuales en relación con la vinculación de trabajadores y personal a la seguridad social.

El cumplimiento de esa faceta, según se indica en el contrato estándar, al ocuparse del alcance de este componente, se satisfacía con el suministro de unos productos mínimos consistentes en “formatos de asistencia de las socializaciones, registros fotográficos, informe específico donde se registrarán los principales temas que interesan a la comunidad, las preocupaciones, las solicitudes y demás manifestaciones de apoyo o rechazo al proyecto, diseños, presupuestos y términos de referencia de cada contratación”.

Pues bien esos reportes no están acreditados en el proceso como parte de los informes entregados por el consultor. El aporte pericial del ingeniero civil Cesar Augusto Villamil Gómez se refiere a ese tópico, y lo hace admitiendo la falta expresa de que el informe del consultor no aborda el tema relacionado con la transformación y/o escisión de empresas, debido, en su criterio, a que el consultor concluyó que se requieren acuerdos entre el operador y empresas municipales “por lo que no habría necesidad alguna de reestructurar o reorganizar las mismas”.

No obstante, esa argumentación justificativa del perito no solo excede el ámbito de lo técnico sobre lo cual versaría su opinión, y se involucra en la valoración de aspectos jurídicos contractuales para estimar necesario o no satisfacer una exigencia contractual, sino que parte precisamente de un factor de demerita al máximo el ejercicio del consultor, cual es que la selección de la alternativa que estructuró, no se operó con sujeción a lo contractualmente estipulado, así que la necesidad o no de liquidar, escindir, transformar o fortalecer empresas para la operación óptima del servicio de aseo dependía no del consultor, sino de la escogencia conjunta de las alternativas entre los diversos sujetos indicados en el contrato. De allí, que la abstención del consultor a hacer esos análisis y precisiones no fue producto de lo decidido por quienes podían escoger la alternativa a estructurar, sino que se determinó por lo decidido unilateralmente por el contratista careciendo de atribuciones contractuales para ello, con lo cual desvió a su criterio el modelo por el cual se optaría para optimizar el servicio. De allí, que esa particular situación sirve de ejemplo para resaltar la trascendencia de la decisión unilateral del consultor al seleccionar el solo la alternativa a estructurar,

con lo cual decidió por sí y ante sí, cómo debía cumplir el contrato, marginando de ello al contratante.

Otro tanto ocurre con lo referente a los términos de referencia requeridos como parte de lo exigido contractualmente al consultor dentro de sus actividades a registrar en el informe quinto. Ciertamente es que tales términos de referencia no obran como cumplidos, según las probanzas recaudadas, y esa ausencia la admite también el perito de parte en su informe, cuando señala que “ *No se advierte la elaboración de unos TDR para la contratación de los servicios de por componente, lo cual podría justificarse por las condiciones del contrato de operación de Atesa para Pereira y su obligación de implementar un sitio de disposición final en caso de que el relleno La Glorita pierda su capacidad, por otro lado. En cuanto a la recolección y transporte, no se presenta unos TDR para la contratación de este servicio por parte de la Empresa AAP, esto debido a que el consultor propone acuerdos entre institucionalidad y los operadores del servicio de aseo regional*”.

Entonces esa ausencia de términos de referencia intenta ser justificada por el perito de parte con argumentos relativos a las condiciones contractuales de la operación de una determinada empresa, lo cual significa una nueva incursión del perito en valoraciones de naturaleza jurídica, fuera de la frontera de las opiniones técnicas, así que dichas expresiones carecen de relevancia para el Tribunal. A su vez, al ausencia de términos de referencia para la contratación del servicio de aseo, la justifica el aludido perito en que “*el consultor propone acuerdos entre la institucionalidad y los operadores*”, aspecto que también es susceptible de la crítica centrada en que esos sugeridos acuerdos con los operadores, no es el producto de la selección de la alternativa definida por parte de quien contractualmente tenía la atribución de esa escogencia, sino por la elección unilateral del consultor quien, de esa manera direccionó a su criterio la alternativa y la consecuente estructuración, marginando de esa trascendental decisión al contratante y en oposición a lo estipulado en el contrato, cuyas especificaciones no podía modificar unilateralmente el consultor.

Como si fuera poco, el mismo perito de parte indica que el consultor contempló una alternativa que implicaba licitación o concurso público para la recolección y transporte de residuos sólidos en los municipios. Eso entonces implicaba que el consultor suministrara los términos de referencia de esa licitación planteada, pues así lo exigía el alcance del informe quinto donde establece que “*el consultor deberá incluir en las especificaciones de los términos de referencia para la contratación del esquema seleccionado...*” unas características expresamente indicadas. A su vez esclarece que como parte de los productos mínimos a entregar estaban “*los términos de referencia de cada contratación*”. En consecuencia, si proponía una licitación o concurso público para la realización de la recolección y transporte de residuos sólidos, tenía entonces la obligación de suministrar los términos de referencia de esa licitación o concurso sugeridos, lo cual no realizó como lo admite el propio perito que con su justificación termina por exhibir el incumplimiento del consultor, también en ese tópico.

Queda entonces claro que respecto de los informes tercero y quinto hubo incumplimiento del consultor relativo al contenido y alcance de las ejecuciones contractualmente pactadas, tal y como lo reportó el interventor en su oficio PAI 002-14-090 del 7 de septiembre de 2015.

El cuarto informe: Localización de zonas aptas para la ubicación de rellenos sanitarios

Este cuarto informe corresponde al de "Localización de zonas aptas para la ubicación de rellenos sanitarios en el departamento de Risaralda según criterios establecidos en el Reglamento Técnico de agua Potable y Saneamiento Básico RAS-2000, Decreto 838 de 2005 y demás normatividad asociada, con los respectivos planos, registro fotográfico y sistema de información geográfico".

De conformidad con el alcance técnico de este segmento de la consultoría, precisado en el contrato estándar, consistía en *"una modelación que permita identificar en el Departamento, por lo menos 5 sitios aptos para la consolidación de Rellenos Sanitarios Regionales"*, así que *"este ejercicio deberá estar complementado por un análisis del impacto sobre la tarifa en el sector en el servicio público de aseo para cada municipio usuario del relleno sanitario regional y debe ser presentado a través del Sistema de Información Geográfica SIG, priorizando los sitios de mayor a menor aptitud"*. De igual manera se exige que *"El software de la modelación deberá ser compatible con los sistemas de información geográfica existentes en la Secretaría de Planeación del Municipio de Pereira, la Corporación Autónoma Regional de Risaralda CARDER y el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio -MVCT- También incluirá un análisis del costo de transporte hasta cada zona de disposición final según usuarios del sistema (opcionalmente con y sin estaciones de transferencia)"*. Finalmente, para dar alcance técnico a ese informe, este debía incluir una serie de criterios listados en el mismo contrato estándar.

Con relación a este informe, se adujo insistentemente por parte del convocado, que su desarrollo, presuponía necesariamente que los informes precedentes, es decir el primero, segundo y tercero, hubiesen sido presentados y aprobados, y que al no haber ocurrido eso, no podía ser confiable la calidad de dicho informe de localización de zonas aptas para el relleno sanitario.

Contrario a esa postura, el convocante esgrimió que ese análisis de localización de zonas para ubicación de rellenos podía ser evacuado paralelamente, y que los datos obtenidos con el informe de diagnóstico hasta ese momento disponibles, eran suficientes para satisfacer lo requerido en el informe cuatro.

Ciertamente la prueba testimonial ofrecida por quien técnicamente intervino en la elaboración de ese informe de consultoría, más la opinión contenida en el dictamen pericial de parte, resultan muy coherentes y unívocas, en señalar la coincidencia de lo reportado con lo requerido contractualmente, en los aspectos técnicos. Se explicó que efectivamente las variaciones entre el informe de diagnóstico inicial con respecto al finalmente aprobado realmente no eran óbice para la elaboración de ese estudio de localización de zonas, así que las modificaciones finalmente aplicadas al diagnóstico aludían a aspectos no relevantes para la modelación de potenciales zonas de ubicación de los rellenos. Es así que, pese a que el contrato ubicaba el informe de localización como el número cuatro, y tenía un plazo más amplio para su entrega prevista como posterior a los informes uno al tres, la verdad es que esa exigencia de haberse cumplido los informes precedentes no estaba expresamente señalada en el contrato, de manera que esa interdependencia entre un informe y el siguiente, debe analizarse es más apropiadamente desde lo técnico que de lo formal.

Al analizarse la secuencialidad necesaria entre los informes tercero y quinto, dicha dependencia quedó evidenciada, puesto que la estructuración de las alternativas escogidas y que comprendía el alcance del informe quinto, sin duda alguna dependía de que se hubiese efectuado la selección de las alternativas, *-perteneciente al tercer informe-*, conforme el método contractualmente pactado, y al no haberse surtido en esa forma, pues evidentemente no podía proceder a estructurarse alternativa que no había sido apropiadamente seleccionada. Pero esa misma interdependencia no se advierte como indispensable entre las tareas a reportarse con el informe cuatro, respecto a los informes precedentes, tal y como lo explicó el responsable de esa tarea dentro del equipo consultor, y expresado también por el ingeniero Cesar Augusto Villamil en su dictamen de parte y su ratificación en audiencia ante el Tribunal Arbitral. Entonces el rechazo a ese informe por razón de haberse suministrado antes que otros informes, resulta ser carente de sustento técnico.

Otro de los reparos del convocado radicó en que lo suministrado por el consultor era disconforme con algunos POT que impedían la ubicación de rellenos sanitarios en las zonas propuestas por el consultor. Pero frente a ese motivo de reproche, es necesario destacar que en el mismo contrato estándar, sobre este tópico se estableció que el consultor no estaba atado a dichos Planes Y Esquemas De Ordenamiento Territorial existentes a la fecha en los municipios involucrados en la consultoría. Dijo el contrato:

"Dado que los planes y esquemas de Ordenamiento territorial no han sido abordados por expertos en el tema de disposición final de residuos sólidos, los resultados de la presente consultoría se convertirán en un insumo para su ajuste, por tal razón no deberá tenerse en cuenta como referente lo estipulado actualmente en cada uno de ellos en materia de rellenos sanitarios". (subraya ajena al texto)

Esa expresa previsión contractual hace totalmente desestimable las glosas al informe de localización de zonas, basado en incompatibilidades de aquel con los esquemas o planes de ordenamiento territorial, pues se le dio la instrucción precisa al consultor de no someterse a ellos, así que pretender hoy lo contrario, sería ir contra la ley para la partes que representa el contrato suscrito.

De igual manera, el alcance técnico precisa que el consultor debe presentar un modelo que permita identificar por lo menos cinco (5) sitios aptos para la ubicación del relleno sanitario. Pues bien, testimonial y pericialmente quedó claro que el consultor entregó una herramienta que permitía la identificación no sólo de cinco sino de más sitios potenciales de relleno sanitario, no sólo los cuatro que resumidamente presentó el informe.

Nótese que lo exigido al consultor era proporcionar una modelación que permitiera identificar sitios, y no la definición unilateral suya del sitio donde se establecería el relleno, lo cual correspondía a una decisión en la que participaría el consultor, pero que no era enteramente suya, por expresa indicación contractual.

Explicó el perito en su dictamen que la herramienta entregada por el consultor consistía en instrumento alimentado con numerosa información relevante que incluía no solo lo jurídico y ambiental que limitaba la ubicación de rellenos, sino muchas otras condiciones de suelo y lo topográfico, etc., lo que permitía visualizar y modelar como un mapa la viabilidad o no de ubicar el relleno sanitario en determinada zona.

Entonces más que señalar cinco sitios, el consultor entregó una herramienta más útil para identificar incluso mayor número de sitios.

Es así que lo proporcionado por el consultor, desde lo técnico, efectivamente satisfacía lo solicitado en ese aspecto por el alcance técnico del contrato. Pero no obstante, ello mismo resalta que ese informe de localización de zonas es apenas un insumo para la toma de decisiones administrativas externas al consultor, pues no es éste quien unilateralmente determinaría la ubicación del sitio del relleno.

Es por lo anterior que se denota la trascendencia de la socialización de ese informe tal y como estaba contractualmente previsto, y que a su vez dicho informe debía ser sumado al de identificación de alternativas, pues con ello eran la pluralidad de actores- *CARDER, contratante, consultor, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio*-- quienes adoptaban decisiones de las alternativas a estructurar para la optimización del servicio de aseo, dentro de lo cual hacía parte fundamental la escogencia del sitio del relleno sanitario.

La socialización de ese informe de localización de zonas es admitida por parte del consultor, precisamente en el oficio C-ACON 13081-AA Risaralda 033 con el cual insistía en la obtención de la prórroga del contrato. Allí expresó lo siguiente:

"... hasta la fecha entonces, no se pudo hacer ninguna socialización del producto- [el de localización de zonas] dado que la interventoría es la encargada de dar el aval para presentar el producto para tal actividad. Esto atrasó todo el proceso con la Gobernación de Risaralda, aprobación del producto y socialización que se acordó con ellos mismos en el momento de la firma del contrato y hasta la fecha no se ha podido realizar"

Esa circunstancia destaca la importancia de tal informe, pero a la vez su interconexión, de manera que la utilidad de aquel dependía de la oportunidad con que fuera proporcionado, pero además, dicho producto no representaba el objetivo total de la consultoría, sino que hacía parte de un conjunto que integrado habría de satisfacer los objetivos generales y específicos de la consultoría.

Es por tanto, que pese a la utilidad y calidad técnica del producto reportado con el informe de localización de zonas, su aprovechabilidad por el contratante, estaba en directa dependencia y vinculación con el cumplimiento total de los objetivos de la consultoría. La satisfacción de un objetivo parcial o una fase de la consultoría era útil siempre y cuando la totalidad de los objetivos fueran adecuada y oportunamente satisfechos, pero contrario a eso, tal y como quedó analizado en los párrafos precedentes, los informes tercero y quinto no fueron satisfactorios ni en su alcance ni en su oportunidad, a lo cual se adiciona el trascendental hecho de que el informe final, como se explicará a continuación, se entregó después de expirado el contrato.

El informe final.

Este informe debía elaborarse teniendo en cuenta los productos mínimos de los informes precedentes con sus respectivos alcances, sin que ello significara la aglomeración de todos los informes previos, sino que, claramente se entiende es la integración armónica y coherente del

resultado de todas las ejecuciones reportadas en los informes precedentes. Si ello no fuera así, es decir si bastara con solo agrupar cada informe seguido del otro no tenía ninguna utilidad, ni práctica ni lógica, requerir un informe final.

Contrario a ello, el oficio de entrega del informe final corresponde al C-ACON 13357 AA Risaralda 055 fechado el 31 de agosto de 2015, (folio 788). En ese oficio, a primer golpe de vista se reconoce que las referencias allí efectuadas son evidentemente precarias, ausentes de una integración consolidada de los resultados de la consultoría, distinto a lo que corresponde a un informe final de una consultoría, percibiéndose una notoria ligereza en el reporte, sin profundidad alguna ni la articulación integradora propia de un informe final y en su lugar se suministra todos los informes previos.

Pero lo más relevante no es sólo esa superficialidad en el informe final, sino que dicho reporte se remitió con un oficio fechado sí el 31 de agosto de 2015, pero **recibido por el contratante el día 01 de septiembre de 2015**. El sello de recibido que aparece en la página inicial de ese oficio, indica claramente esa fecha como de recibo por parte del destinatario, así que es la fecha de recibo la que trasciende como comprobación del cumplimiento del plazo y no la fecha de elaboración del documento. Ese documento por demás no fue tachado de falso por la parte convocante.

Eso quiere decir, cuando ya había vencido no sólo el plazo para la entrega del informe según el nuevo cronograma concebido tras la prórroga del contrato, sino más grave aún, después de vencido el plazo del contrato.

Según el nuevo cronograma que regía para el lapso de la prórroga, ese informe final debía ser entregado el día 28 de agosto de 2015, lo que no ocurrió así. A diferencia de ello se entregó el 01 de septiembre de 2015 cuando estaba finalizado el plazo del nuevo cronograma y estando ya vencido el plazo del contrato. Eso sin duda alguna representa un incumplimiento del contrato, habida cuenta que la prestación a la que estaba obligado se ejecutó estando ya agotado y vencido el contrato.

Es apropiado referir la cláusula 2.3 del contrato estándar donde se estipula que:

“Expiración del contrato. A menos que se termine con anterioridad, conforme a lo dispuesto en la subcláusula 2.6 de estas CG, este contrato expirará al final del plazo especificado en las CEC, contado a partir de la fecha de entrada en vigor.

A su vez la cláusula 2.5.3 indica;

“Prórroga del plazo: El plazo dentro del cual una parte debe realizar una actividad o tarea en virtud de este contrato se prorrogará por un período igual a aquel durante el cual dicha parte no haya podido realizar tal actividad como consecuencia de un evento de fuerza mayor”

Es así que las actividades a que estaba obligado el contratista consultor debían ser satisfechas dentro del plazo del contrato, entendido este con inclusión de las prórrogas, que en el presente caso sólo fue una. Según el acta de inicio del contrato, este vencía el 26 de junio de 2015, tal como reza en aquella acta suscrita. A su vez la prórroga extendió el plazo por

lapso determinado de dos meses y cinco días, así que en términos concretos el contrato expiró el día 31 de agosto de 2015, lo que a su turno comporta que la entrega del informe final se ejecutó el 01 de septiembre de 2015, un día después de expirado el plazo y consecuentemente estando vencido el contrato.

En este caso no hubo lugar a la prórroga del contrato indicada en la cláusula 2.5.3, pues no se le presentó al consultor un evento de fuerza mayor, o al menos el convocante no lo argumentó y mucho menos lo probó.

Así, la conclusión objetiva es que el informe final fue presentado, no sólo con precariedades en su alcance, sino mucho más significativo y determinante, por fuera del plazo del contrato, o lo que es igual, cuando el contrato estaba expirado, lo que se traduce en un irredimible incumplimiento del contrato por parte del consultor y aquí convocante.

El contrato estándar previó en su cláusula 2.6.3 la posibilidad de **hacer pagos** al consultor en fechas posteriores a la expiración del contrato, pero eso no es equivalente a habilitar la entrega de informes después de terminado el contrato, que es lo ocurrido en el presente caso. Dicha cláusula indica que después de terminado el contrato se puede pagar al contratista, pero por "**concepto de servicios prestados satisfactoriamente antes de la fecha de entrada en vigor de la terminación**" del contrato. Esa terminación operó el día 31 de agosto de 2015, así que la entrega del informe final que era parte del objeto del contrato, su consolidación, debía satisfacerse dentro del plazo del contrato, y ello no ocurrió de esa manera, sino estando ya expirado el contrato, así que hubo objetivo incumplimiento respecto de un aspecto estructural y esencial del contrato como es el informe final que debía consolidar el resultado y objetivos de la consultoría.

Conclusión sobre el incumplimiento del contrato por el consultor y resolución sobre la excepción de "contrato no cumplido".

Al llegar a este punto del análisis es verdaderamente sencillo concluir que el consultor no cumplió con el objeto del contrato, con las obligaciones adquiridas en virtud de dicho convenio, y eso le impide reclamar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de contratante, tal y como se desprende de la previsión legal estatuida en el artículo 1609 del Código Civil Colombiano en virtud de la cual "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*".

La anterior es una simple pero contundente consecuencia de la normativa sustantiva civil, que no demanda de mayores análisis ni explicaciones por su elementalidad. El demandante pretendía exigir al demandado el pago pactado en el contrato, pero esa exigibilidad dependía de la comprobación del cumplimiento de su parte del contrato bilateral. A su vez en el proceso, la carga de la prueba de ese cumplimiento radica en el demandante, lo cual no fue satisfecho en esta ocasión y por el contrario, la foliatura no objetada ni tachada de falsa por ninguna de las partes, da cuenta del incumplimiento del convocante, lo cual frustra inexorablemente sus aspiraciones de pago.

Como se ha establecido por la norma 1603 del mismo Código Civil, los contratos, como es el caso presente, deben ejecutarse de buena fe, y la más clara y elemental exhibición de buena fe, es precisamente el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato, las que no solo se integran por lo que en ellos se expresa, sino por todas aquellas prestaciones o ejecuciones derivadas necesariamente de la naturaleza de la obligación adquirida y de todo cuanto pertenezca a ella.

Es además inobjetable que el cumplimiento de la obligación a cargo de la parte no solo se refiere a su contenido y a su forma sino al tiempo en que dicha ejecución se entiende "en tiempo debido". Tal indicación está armonizada con el artículo 1551 del Código Civil donde se preceptúa que el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Entonces siendo el plazo del presente contrato revisado, uno que venció el 31 de agosto de 2015, y que a su vez una de las obligaciones vertebrales del contratista era entregar el informe final, ello debió acontecer dentro de ese plazo y así estaría cumpliendo su obligación, pero distinto de ello, la entrega del citado informe final acaeció el 01 de septiembre de 2015, un día después del vencimiento del plazo y por ende se torna incumplido el mismo contrato, acarreado la consecuencia de inhibir la obtención del pago pretendido con la demanda.

Esta total conclusión significa por ende que el Tribunal habrá de declarar probada la excepción de "**CONTRATO NO CUMPLIDO**" expuesta por el convocado, sin que sea necesaria ninguna adición, ni tampoco la valoración de las restantes excepciones formuladas, al ser esa una labor realmente improductiva por no tener incidencia en la consecuencia derivada de dar por probada la citada excepción de contrato no cumplido.

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Tal como se precisó, la parte convocada, al momento de dar respuesta a la controversia, presentó demanda de reconvencción, y sobre el particular es preciso analizar el término de caducidad de este tipo de acciones tratándose del medio de control de controversias contractuales.

La reconvencción debe entenderse como:

"Un acto procesal de petición mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexa con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean sustanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso".⁸

En virtud de lo anterior, la demanda de reconvencción es autónoma, por tanto, el término de caducidad es independiente, y éste no se interrumpe con la interposición de la demanda inicial, en razón a:

⁸ RICER, Abraham: "Reconvencción", Enciclopedia Jurídica Omeba, t.XXIV, Buenos Aires, Edic. Omeba, 1967, pág., 95.

1. Los términos procesales son perentorios e improrrogables, y no pueden establecerse a voluntad de los sujetos procesales, sino en virtud de los supuestos previstos en las normas que los regulan, normas que obligan tanto a la Administración como a los administrados.
2. El cómputo del término de caducidad de la acción contractual en este caso debe efectuarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 164 del CPACA, que dispone que respecto de los contratos que no requieren liquidación, el término es de dos (2) años siguientes a la terminación del contrato por cualquier causa.
3. La demanda de reconvencción, en esencia, es una acción autónoma que no pretende enervar las pretensiones de la demanda principal sino que está encaminada a obtener el reconocimiento de pretensiones diferentes, razón por la cual no es una consecuencia de la demanda principal.
4. No es posible señalar que la interrupción de la caducidad con la demanda primigenia, opere también para la demanda de reconvencción, dado que ésta es de carácter autónomo.⁹

El Consejo de Estado, se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada sobre la oportunidad para presentar la demanda de reconvencción, así:

"La reconvencción debe entenderse como "un acto procesal de petición mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexas con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean sustanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso". Uno de los ejemplos evidentes del fenómeno de acumulación de acciones es el de la demanda de reconvencción. Al presentarse, se acumulan las demandas, para ser tramitadas en un solo proceso; por consiguiente, las partes adquieren una doble calidad -demandantes y demandados-, pero frente a relaciones jurídicas diversas. Al respecto, el artículo 177 del C.P.A.C.A. consagra que la parte demandada podrá, en el término de traslado de la admisión de la demanda o de su reforma, presentar demanda de reconvencción, siempre que la misma vaya dirigida contra uno o varios de los demandantes, que sea competencia del mismo juez y que no esté sometida a trámite especial. (...) además de los requisitos contenidos en la norma en cita, y como respecto de la demanda de reconvencción el legislador no dispuso formalidad alguna distinta a las que debe reunir toda demanda, se debe entender que ella tiene que cumplir con las formalidades generales del artículo 162 del C.P.A.C.A. Conforme a esta última norma, la demanda debe indicar: i) la designación de las partes y de sus representantes, ii) lo que se pretenda, expresado con precisión, claridad y por separado, con observancia de lo dispuesto para la acumulación de pretensiones, iii) los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, iv) los fundamentos de derecho de las pretensiones, v) la petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer, vi) la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la

⁹ CE SIII E 45191 DE 2013 CONSORCIO S.O.T. VS. INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P.

competencia y vii) el lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. **Además de lo anterior, la reconvención debe ser presentada dentro de la oportunidad que consagra el artículo 164 ibídem, so pena de que opere la caducidad, evento en el cual se debe rechazar la demanda.**” (Subrayado y negrillas propias).

En providencia del mes de mayo del año 2019, desatando recurso de apelación frente a un auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bogotá, mediante el cual se declaró la caducidad de la acción en la demanda de reconvención, adujo:

“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.”¹⁰ (Subrayado y negrillas propias).

Se impone al Tribunal de Arbitramento estudiar sí, frente a la acción que se instauró en reconvención, operó o no la figura de la caducidad.

El artículo 164 del C.P.A.C.A., prescribe que en materia de controversias contractuales, como la que nos ocupa, el término de los dos (02) años, debe computarse desde el día siguiente al que debió cumplirse el objeto del contrato. En el caso que nos ocupa, se observa que, efectivamente, el término para el cumplimiento del objeto contractual venció el día treinta y uno (31) de agosto de 2015.

De ahí que, el término de dos años corrió, entonces, desde el primero (01º) de septiembre 2015 y vencía el primero (01º) de agosto de 2017. Como la demanda de reconvención se radicó el día veintiséis (26) de febrero de 2018¹¹, se presentó por fuera de la oportunidad establecida en la ley, ha operado el fenómeno preclusivo de la caducidad y, por ello se procederá a decretar probada la excepción propuesta por el demandado en reconvención denominada: “La acción instaurada por el demandante en reconvención al momento de su ejercicio se encontraba prescrita”; aclarando que el fenómeno jurídico de la caducidad opera frente a las acciones, y la prescripción frente a los derechos.

Para finalizar, es apropiado señalar la razón por la cual, en nada índice para efectos de la determinación de plazo de caducidad de la demanda

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00192-01 (59532) Actor: DEPARTAMENTO DE RISARALDA Demandado: INTEGRANTES DEL CONSORCIO OBRIN Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN AUTO)

¹¹ Folio 2 Cuaderno 2. Demanda de reconvención.

de reconvenición en el presente caso, el que la entidad contratante hubiese formulado una liquidación unilateral del contrato. En efecto, se advierte que en el contrato revisado no fue pactada la cláusula de liquidación unilateral del contrato, que constituye una cláusula exorbitante, de manera que carece de todo valor dicha liquidación unilateral.

Ciertamente existe la posibilidad de pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos de servicios públicos domiciliarios, pero ello obedece a un régimen especial, es decir en eventualidades rigurosamente previstas, que en ninguno de los casos corresponde al contrato objeto aquí de controversia, donde además, se insiste, no fue acordada dicha cláusula exorbitante. Es así que la entidad contratante, no tenía facultad para convenir cláusulas exorbitantes, y específicamente no pactó la liquidación unilateral del contrato, de donde surge clara inocuidad de la liquidación unilateral efectuada por la E.S.P. que formuló la demanda de reconvenición, así que ese aspecto del contrato se rige también por el derecho privado donde no hay lugar a estipular tal cláusula.

Por ello, este Tribunal no tendrá en cuenta la notificación que sobre liquidación unilateral hiciese la entidad reconveniente, e inició el cómputo del término de caducidad, a partir de la fecha de terminación del plazo contractual pactado, el cual fue prorrogado, atendiendo a lo consagrado en las cláusulas No. 2.3. y 2.4. de la condiciones generales del contrato – CGC- .

DE LA CONDENA EN COSTAS.

“Las costas están determinadas por el 100% de los honorarios y gastos del presente Tribunal de Arbitramento”. Teniendo en cuenta que en la demanda principal el vencido fue la parte convocante, y en la demanda de reconvenición la vencida fue la parte convocada y que reconvino. Entonces con sujeción al numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, habrá lugar a la imposición de condena por concepto de costas a las partes procesales puesto que en el primer litigio, la demanda principal, fue vencido el demandante y en el segundo litigio resuelto fue vencido quien formuló la reconvenición. Esas costas deberán ser distribuidas condenando a cada parte a pagar el 50% de esas costas del tribunal consistentes en los honorarios de los árbitros y los gastos del tribunal arbitral.

Por lo anterior, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho la controversia **contractual** propuesta por INERCO CONSULTORÍA COLOMBIANA LTDA, anteriormente llamada AMBIENTAL CONSULTORES & CÍA LTDA, contra AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P., surgida con ocasión del Contrato identificado como “Estructuración Alternativas para la Optimización Prestación Servicio Público Domiciliario de Aseo, en el Departamento de Risaralda” suscrito el 03 de octubre de 2014, y actuando por estar investidos de la facultad de administrar justicia, en virtud del artículo 116 de la Constitución Política y la Ley 1563 de 2012, debidamente habilitados por las partes conforme la cláusula compromisoria contenida en el contrato arriba citado,

Kell

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de "CONTRATO NO CUMPLIDO", formulada por la sociedad **AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E.S.P.**

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **NEGAR LAS PRETENSIONES** de la demanda formulada por **INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LTDA.**

TERCERO: DECLARAR la caducidad de la acción instaurada mediante demanda de reconvencción impetrada por la empresa **AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E. S. P.**

CUARTO: CONDENAR A LAS PARTES INERCO CONSULTORÍA COLOMBIA LTDA. Y AGUAS Y ASEO DE RISARALDA S.A. E. S. P. con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, a pagar cada una, el equivalente al 50% de las costas que están determinadas por el 100% de los honorarios y gastos del presente Tribunal de Arbitramento. Ello debido a que en la demanda principal fue vencido el inicial convocante y que la inicial convocada fue vencida en la demanda de reconvencción.

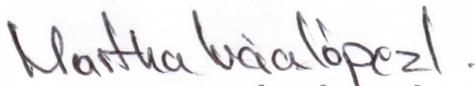
QUINTO: Procédase al pago de los restantes honorarios a los Árbitros y a la Secretaría del Tribunal de Arbitramento, así como a la liquidación final de los gastos del Tribunal y reintegrar al consignante los valores restantes.

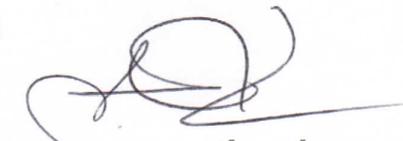
SEXTO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes, y copia simple con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Pereira, Risaralda.

El presente laudo se notifica en audiencia,

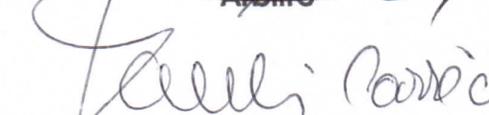
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Árbitros


MARTHA LUCÍA LÓPEZ LÓPEZ
Árbitro Presidente


HOOWER DEL RÍO VÁSQUEZ
Árbitro


CARLOS ALBERTO ARIAS ARISTIZABAL
Árbitro


LUZ CLAUDIA CORREA GONZÁLEZ
Secretaria