

COMITÉ DE CONCILIACIÓN
ACTA 39

En Bogotá D. C., a los tres (3) días del mes de Julio de dos mil dos (2002) siendo las ocho (5:00) de la tarde, se reunieron en el Despacho de la Secretaría General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, los siguientes miembros del Comité de Conciliación:

Dra. MÓNICA PEDROZA GARCÉS
Secretaria General

Dra. ALEXANDRA LOZANO VERGARA
Directora Jurídica

Dra. VILMA ALCIRA PÁEZ VELASCO
Directora de Licitaciones y Contratos

Dr. JAIRO RODRÍGUEZ
Gerente Técnico

Asistieron además como invitados el Doctor Gonzalo Reyes Director de la Oficina Asesora de Control Interno, la Dra Zaida Patricia Gil Delegada de la Dirección Judicial de la Nación, Ministerio de Justicia y del Derecho, Dr Jaime Vargas, Jefe de la División Legal Contratos, y Clara María Mojica Cortés Secretaria (Ad hoc) para el Comité.

1. Verificación del Quórum

Se procedió a verificar la asistencia, encontrándose presentes tres (3) miembros con derecho a voz y voto de acuerdo a lo previsto en los artículos primero y segundo de la Resolución No. 0817 del 30 de Agosto de 2000. Así pues existe quórum. En consecuencia, se inicia la reunión bajo la presidencia de la Doctora Mónica Pedroza Garcés Secretaria General.

2. Casos a tratar dentro del comité

2.1. Contrato SF- 1- 01- 7000- 851- 1999 Proyecto Túnel Alterno de Usaquén, apoderado Dr. Humberto Sierra Porto

2.2. Convocatoria de Arbitramento de la E.A.A.B. Contra Conequipos Ing. Ltda.
Contrato SF-1-01-7000-663-99



75

2.3. Solicitud de conciliación prejudicial demandante Gladys Rosa Poveda

2.4. Solicitud de Conciliación de Tribunal de Arbitramento Unión Temporal Villa Hernández y Compañía., Carlos Urias Rueda Álvarez y Alberto Cárdenas Páez

3. Desarrollo del Comité.

SOLICITUD DE CONCILIACIÓN DENTRO DEL CONTRATO SF-1-01-7000-851-1999 PROYECTO TÚNEL ALTERNO DE USAQUÉN.

A continuación hace uso de la palabra el Doctor Humberto Sierra Porto para hacer un recuento de los hechos que dieron origen a la solicitud de conciliación dentro del contrato SF1-01-7000-851-1999 proyecto túnel alterno de Usaquén

HECHOS:

1. Mediante el oficio ATG-TN-C-110.02 de 31 de enero de 2002, el contratista había presentado una solicitud de reconocimiento de mayores costos ante la Interventoría. La firma interventora –RESTREPO Y URIBE LTDA.- le dio a esta solicitud inicial el trámite previsto por la cláusula 48 de las Condiciones Generales del Contrato y en oficio de 16 de abril de 2002 respondió a la misma en sentido negativo, esto es, negando la pretensión del reconocimiento de mayores costos formulada por el Consorcio.
2. Agotado este procedimiento previo, el Consorcio, de conformidad con la cláusula 50.2.3. de las Condiciones Generales del Contrato, presentó solicitud de conciliación ante el centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de ingenieros, entidad que ya procedió a designar el conciliador encargado de estudiar en cuestión. El plazo que tiene la Empresa de Acueducto y alcantarillado de Bogotá para responder la solicitud de conciliación vence el día 4 de julio.
3. El valor de la reclamación del contratista asciende a la cifra de un mil quinientos cuarenta y nueve millones novecientos cuatro mil seiscientos diecinueve pesos colombianos (\$1.549.904.619), más el equivalente en pesos colombianos de doscientos cuarenta y siete mil setecientos cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América (US\$247.744).
4. El fundamento de la reclamación del Consorcio consiste en que la suspensión de las obras del Portal de Entrada del Túnel Alterno de Usaquén, ocasionada por los actos administrativos expedidos por la Alcaldía Municipal de La Calera, tuvo origen en el incumplimiento por parte de la EAAB de sus obligaciones contractuales, pues en virtud de la cláusula 31.3 de las Condiciones Generales del Contrato, a esta última le correspondía "...obtener las autorizaciones

administrativas que requiera el Contratista, tales como las relativas a ocupación de propiedades públicas o privadas, los permisos sobre vías públicas y las licencias de construcción necesarios para la realización de las obras objeto del Contrato" (subrayado fuera del original). Entonces, puesto que el municipio de La Calera ordenó la suspensión de la construcción del Portal de Entrada del Túnel Alterno de Usaquén porque el proyecto no contaba con licencia de construcción, el Consorcio alega que la EAAB es responsable de los sobrecostos generados, por no haber tramitado previamente la licencia en cuestión.

5. Ahora bien, la EAAB ha sostenido reiteradamente que una obra de la naturaleza del Túnel Alterno de Usaquén no requiere licencia de construcción, y ha iniciado dos procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra la Alcaldía Municipal de La Calera para reclamar los perjuicios causados por la suspensión de la obra y por el pago de la licencia de construcción. Por tal razón la EAAB se opuso inicialmente la solicitud de mayores costos presentada por el contratista, pues a juicio de la entidad, la licencia de construcción no era necesaria para la realización de las obras objeto del contrato de la referencia, y en consecuencia la suspensión de la construcción del Portal de Entrada del Túnel Alterno de Usaquén no tuvo origen en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino en la actuación manifiestamente arbitraria e ilegal de un tercero, la alcaldía Municipal de La Calera.
6. Adicionalmente, no existe una estipulación contractual que sustente de manera clara las pretensiones del Consorcio. Este cita para respaldar su solicitud la cláusula 48.1. de las Condiciones Generales del Contrato, según el cual el contratista tiene derecho a una indemnización integral de los daños que se le causen por la suspensión en virtud de la orden impartida por la empresa contratante. Salta a la vista que esta disposición no es aplicable al caso en estudio porque la realización de la construcción del túnel se debió a una decisión de la Alcaldía Municipal de La Calera, sin que interviniera en lo absoluto la voluntad de la EAAB.
7. La Interventoría del contrato, a cargo de la firma RESTREPO Y URIBE LTDA., realizó un estudio de la solicitud inicial de reconocimiento de mayores costos presentada por el Consorcio, documento que fue remitido a la EAAB a fines de marzo del año en curso. En dicho escrito se analizaban cada uno de los diferentes conceptos reclamados por el contratista, y la Interventoría llegaba a la conclusión que sobrecostos reales en que incurrió el Consorcio con motivo de la suspensión de las obras ascienden a la suma de doscientos noventa y cuatro millones doscientos sesenta y tres mil seiscientos treinta y cuatro pesos (\$294.243.634), más la suma de veinte mil cuatrocientos noventa y seis dólares (US\$20.496). La interventoría aún no se ha pronunciado sobre la solicitud presentada por el Consorcio ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, empero debido a que el monto global de la reclamación del contratista es igual al que

consta en su petición inicial, supongo que la firma interventora reiterará los términos de su estudio del mes de marzo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Una vez hecho el anterior recuento considero que las alternativas de actuación por parte de la EAAB son las siguientes:

1. En la respuesta a la solicitud de conciliación la EAAB puede reiterar la argumentación de carácter jurídico en la que hasta ahora se ha apoyado para rechazar las pretensiones del contratista, según la cual la Empresa no es reponsable de los mayores costos y gastos en que incurrió el Consorcio con motivo de la suspensión de las obras. Como antes se anotó, el Proyecto Túnel Alterno de Usaquén no requería el trámite de una licencia de construcción de acuerdo a la legislación vigente, por lo tanto el contratante no incumplió sus obligaciones contractuales y la suspensión de las obras no es responsabilidad suya, pues obedece al hecho de un tercero los actos administrativos manifiestamente ilegales que expidió la Alcaldía Municipal de La Calera. No obstante hay que recordar que este debate jurídico aún no ha concluido pues las demandas presentadas contra los actos expedidos por el municipio de La Calera fueron presentadas y admitidas en fecha reciente y habrá que esperar varios años para conocer los fallos definitivos.
2. Por otra parte ha que tener en cuenta que la decisión del contratista de adelantar los trabajos en dos frentes simultáneamente la adoptó *motu proprio* y bajo su propia responsabilidad. Como aparece en el interrogante No.20 del Formulario de preguntas y respuestas No.3 de la Licitación Internacional No. SF-LT-A-007-99 "Construcción del Túnel Alterno de Usaquén y obras anexas", la excavación por dos frentes no era de obligatorio cumplimiento, y por lo tanto el contratista era libre de decidir si así lo hacía. Incluso en la oferta realizada por el Consorcio no se preveía la excavación de manera simultánea por los dos frentes de trabajo esta decisión fue producto del atraso inicialmente registrado en la ejecución de la excavación subterránea. Por lo tanto, como se explicará a continuación, las vicisitudes que se presentaran por esa decisión propia sólo a él le correspondía asumirlas.
3. En primer lugar es necesario tener en cuenta que al momento de la suspensión la obra se adelantaba simultáneamente por dos frentes, y si bien los actos administrativos expedidos por la Alcaldía Municipal de La Calera paralizaron la construcción del túnel en el Frente de Entrada, en el Frente de Salida las obras prosiguieron normalmente, tanto es así que la construcción del Túnel Alterno de Usaquén finalizó el 20 de noviembre de 2001, es decir, con 24 días de anticipación en relación con el plazo parcial contractual de obligatorio cumplimiento que vencía el 14 de diciembre de 2001. Entonces, las obras fueron finiquitadas dentro del término

inicialmente previsto razón por la cual la reclamación del contratista carece de sustento. En efecto, los conceptos de mayores costos que aduce en su escrito se fundamentan esencialmente en los costos directos que debió asumir por la disponibilidad de equipos, infraestructura y personal en el Portal de Entrada los cuales debieron permanecer inactivos por la suspensión de las obras ordenadas por la Alcaldía Municipal de La Calera, y por los costos ocasionados por la mayor permanencia de 30 días en la obra originada por la misma suspensión. Como se consignó en el anterior numeral el contratista tomó la decisión de adelantar la construcción por los dos frentes con el propósito de terminar anticipadamente la obra, es decir, es un alea que el mismo decidió correr, con el fin de obtener una mayor ganancia, sin embargo, circunstancias imprevisibles determinaron que no pudiera utilizar esos equipos adicionales, pero a pesar de ello terminó las obras objeto del contrato dentro del plazo estipulado. Entonces, los eventuales costos causados por los equipos, infraestructura y personal no utilizados por el Consorcio hacer parte del albur que el voluntariamente asumió para obtener beneficios económicos adicionales y no deben ser reembolsados por el contratante. Por otra parte los gastos reclamados por la supuesta mayor permanencia en la obra carecen de cualquier fundamento. Nuevamente el contratista pretende que la EAAB le indemnice por sus expectativas de ganancia, pero en este caso aún con menor justificación que en el concepto anterior, pues el cálculo de los 30 días de mayor permanencia lo realiza con base en sus propios estimativos según los cuales la excavación del Túnel debía concluir el 31 de octubre de 2001, los cuales no son avalados por los informes de la firma interventora. Es preciso reiterar además que la suspensión de las obras en el Portal de Entrada no generaron una mayor permanencia en la obra pues la construcción del túnel finalizó el 20 de noviembre de 2001, es decir, veinticuatro días antes del vencimiento del plazo parcial contractual de obligatorio cumplimiento.

4. La EAAB también podría conciliar con base en la suma propuesta por el interventor la cual es considerablemente inferior a la solicitada por el contratista, sin embargo por las razones antes expuestas estimo que no debe reconocerse cantidad alguna al Consorcio como consecuencia de los supuestos mayores costos en que incurrió por la suspensión de la construcción del Portal de Entrada del Túnel Alterno de Usaquén.

Por otra parte hay que añadir que en las Condiciones Generales del Contrato está previsto textualmente en la cláusula 50-2.2 *"Cualquiera de las partes podrá informar a la otra su intención de someter la decisión del conciliador a arbitraje dentro de los treinta (30) días siguientes a la decisión del Conciliador. Si ninguna de las partes sometiese la controversia a arbitraje dentro del plazo mencionado, la decisión del Conciliador será definitiva y obligatoria para las partes"*. La cláusula 50.3. de las Condiciones Generales de Contratación estipulaba sobre el procedimiento contencioso: *"50.3.1. Si dentro del plazo de treinta días (30) a partir de la fecha de la presentación de la controversia al conciliador éste no ha*

comunicado ninguna decisión al contratista y al Jefe Residente de la Obra, o si una de las partes no acepta la decisión notificada por el conciliador, la controversia será resuelta por medio de arbitraje de conformidad con el procedimiento establecido en la CEC". No obstante en las Condiciones Especiales de Contratación nada se consignó respecto al arbitraje previsto en las dos cláusulas antes enunciadas y en su lugar se modificó la cláusula 50.3 por otra parte del siguiente tenor: "Todo litigio, controversia o reclamación emanada del presente contrato o relacionado con el presente contrato, o con un incumplimiento del presente contrato, a su rescisión o nulidad, será resuelto mediante la aplicación del reglamento de litigios correspondiente a los procedimientos nacionales". Entonces, si bien existe una cláusula compromisoria en virtud de la cual la decisión del conciliador podrá ser sometida a arbitraje, no se ha pactado ni la manera de conformar el tribunal ni el procedimiento a seguir por el mismo, aspecto sobre el cual las partes deben convenir.

DECISIÓN DEL COMITÉ: El comité una vez escuchada la recomendación del Doctor Humberto Sierra Porto decide abstenerse de presentar fórmula conciliatoria.

CONVOCATORIA DE ARBITRAMENTO DE LA E.A.A.B. CONTRA CONEQUIPOS ING. LTDA. CONTRATO SF-1-01-7000-663-99

A continuación hace uso de la palabra el Doctor Fernando Grillo Rubiano , asesor externo de la compañía para exponer el caso de la convocatoria al Tribunal de Arbitramento de la E.A.A.B. contra CONEQUIPOS ING. LTDA. contrato SF-1-01-7000-663-99

HECHOS:

- 1.- Dentro de la ejecución del contrato SF-1-01- 7000-663-99 fue necesario un mayor número de soldaduras de las previstas de acuerdo con los planos que forman parte del pliego de condiciones.
- 2.- No obstante lo anterior se cumplió con el objeto del contrato.
- 3.- En cuanto a la longitud de la tubería, luego de analizar las posiciones y argumentos de ambas partes , efectivamente los pliegos permitían la instalación de tubería de longitud menor a 6 mts. Siendo esto así, el interrogante que surgía es quien debe correr con los sobrecostos por las pegadas adicionales . Para la firma Conequipos el responsable debía ser la Empresa , puesto que en su oferta incluyeron la tubería de 5 mts y ésta no fue objeto de pronunciamiento alguno , adicionalmente, la Interventoría en ningún momento se pronunció negativamente al respecto de la longitud de la tubería cuya construcción estaba supervisando y si era improcedente el futuro reconocimiento de puntos de soldadura adicionales a los presupuestados en la fase precontractual.

4.- La Empresa, por su parte, consideró que los planos técnicos se realizaron con fundamento en tubería de 6 mts, documentos estos que hacían parte de los pliegos de condiciones, por lo cual el contratista era consciente y podía prever perfectamente que la instalación de tubería de menor longitud necesariamente requeriría un mayor número de soldaduras, motivo por el cual se entiende que este asumió los riesgos que ello implicaba y, por tanto, no existe en principio desequilibrio de la ecuación económica del contrato.

5.- Respecto a este punto central, reiteramos que los tubos efectivamente se instalaron y las soldaduras requeridas también se realizaron.

6.- Ahora bien, en cuanto a la participación de la interventoría en la aprobación de los tubos de cinco metros, Conequipos considera que:

" Obviamente si la Interventoría participó en las actividades de fabricación de la tubería y en la instalación de la misma, y no objetó su longitud de cinco (5) metros, fue porque la conducción cumplía cabalmente con lo exigido en el pliego de condiciones y en el contrato, pues de lo contrario hubiere improbadado su colocación".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS :

Una cosa es la celebración de los contratos y demás actos que realiza el contratista para el cumplimiento del objeto del contrato, como compra de materiales, contratos de arriendo de equipos, etc., que no requieren autorización ni aprobación previa ni posterior del contratante y otra cosa es la aprobación de los planos del taller y despiece de los accesorios de la tubería que si requieren de un acto de asentimiento por parte de la interventoría, si no la aceptación o forma de propiciar determinados actos con la conducta de quien aprueba una actividad o ítem en desarrollo del contrato.

En nuestro criterio, este punto resulta crucial, pues resulta factible que de igual manera que el conciliador, el árbitro estime que existió una aceptación tácita de la Interventoría respecto de la longitud de la tubería, lo cual debilita la posición de la Empresa respecto del no pago de los puntos de soldaduras adicionales y hace recomendable para el interés y patrimonio público de la Empresa llegar a un acuerdo conciliatorio pagando exclusivamente los puntos de soldadura adicionales, no creemos que el árbitro acepte fácilmente el argumento planteado por la Empresa de que la labor de la Interventoría se hubiera limitado a revisar ya aprobar el material o la calidad y la instalación de la tubería, sin ser competente para pronunciarse sobre la longitud de la misma, más aún siendo consciente que su longitud era inferior a la prevista por la Empresa en los planos y que consecuentemente requeriría de mayor número de pegadas de soldadura.

Adicionalmente, debemos ser conscientes del precedente sentado por la Empresa en el caso del contrato suscrito con la firma Concreto S.A., que a pesar de ser un proceso de selección independiente, tal como se argumentó tanto en le

proceso conciliatorio como en la demanda arbitral , con un objeto contractual distinto, en éste se presenta un caso idéntico al que ahora nos ocupa , habiéndose reconocido el mayor número de puntos de soldadura por la Empresa.

Respecto de este punto , manifestamos que sostenemos que el comportamiento contractual que tenga una entidad estatal como lo es la E.A.A.B. respecto de un contrato estatal puede diferir totalmente de que tenga respecto de otro, sin violar en ningún momento el principio de imparcialidad de la función pública. Por el contrario, tal como se consideró en la demanda arbitral , en cada caso particular la administración debe actuar estrictamente con fundamento en el respeto del principio de legalidad previsto en los artículos 6, 122, y 123 de la Constitución Política, y en caso de ser pertinente, puede incluso modificar una conducta pública anterior , lo cual es su deber legal si lo considera necesario para proteger el interés y el patrimonio público.

Ahora bien, entre otros argumentos, el apoderado de conequipos señala en la contestación del laudo arbitral lo siguiente:

" En efecto, obsérvese bien señor Árbitro, que la fecha para la cual CONEQUIPOS solicitó el reconocimiento y pago de la unidad de soldadura soldada, la Sociedad Concreto S.A. se encontraba solicitando lo mismo , luego no es cierto que la entidad estatal haya variado su criterio de interpretación sobre el asunto, pues al mismo tiempo en que CONEQUIPOS solicitaba este pago y LA EMPRESA se lo negaba , al mismo tiempo a CONCRETO le era reconocido".

Siendo esto así, consideramos que existe un riesgo que el señor Árbitro pueda atender las pretensiones de Conequipos , considerando, tal como lo hizo el Conciliador , que siendo las circunstancias fácticas similares, se debe efectuar de la misma manera, es decir , reconociéndole a Conequipos los sobrecostos generados por las pegas adicionales.

Por último, encontramos de gran importancia el argumento esgrimido por el apoderado de Conequipos en cuanto al orden de prioridad de los documentos contractuales, manifestando que las especificaciones técnicas permitían la instalación de tubería de una longitud inferior a los 6 seis metros , y que dicha estipulación prevalecía sobre cualquier otra de los planos , por disposición expresa de la cláusula 4.2 de las Condiciones Generales del Contrato.

Al revisar dicha cláusula encontramos que dispone lo siguiente:

" 4.2 Documentos que constituyen el contrato y su prioridad

- a) La carta de aceptación y el formulario del contrato debidamente firmados;
- b) La oferta y sus anexos;
- c) Las condiciones especiales del Contrato:

- d) Las especificaciones o condiciones técnicas especiales que contengan la descripción y características de las obras tal como ellas se estipulan en las condiciones técnicas;
- e) Los planos, memorias de cálculo, especificaciones de sondajes; especificaciones geotécnicas, cuando estos elementos se mencionan en las CEC;
- f) La lista de cantidades y sus precios unitarios, o la lista de precios que la reemplaza y, si fuera el caso, los precios globales cuando ellos estén previstos en los documentos de la licitación;
- g) El detalle de las cantidades y estimaciones, cuando estos documentos se citen como documentos contractuales de las CEC;
- h) El desglose de los precios globales y los análisis de precios unitarios cuando estos documentos se citen como documentos contractuales de las CEC;
- i) Las condiciones Generales del Contrato;
- j) Las especificaciones técnicas generales aplicables a los tipos de trabajos objeto del contrato tal como se especifican en las Especificaciones Técnicas, y todo otro documento similar referidos a las CEC.

En caso de existir diferencias entre los documentos que constituyen el Contrato, ellos prevalecerán en el mismo orden en que aparecen numerados anteriormente.

En estricta aplicación de la anterior disposición, encontramos que las especificaciones técnicas prevalecen sobre los planos. Siendo lo anterior así, y considerando que las especificaciones técnicas permitan la instalación de tubería de hasta seis (6) metros, debe estarse a lo dispuesto por las especificaciones.

De aceptarse la fórmula conciliatoria propuesta por Conequipos Ing. Ltda., la E.A.A.B tendría que pagar exclusivamente la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS MIL PESOS (\$ 157.700.000).

Las pretensiones de Conequipos en la contestación de la demanda ascienden a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL PESOS (\$ 248.506.362).

La obra pública se encuentra aprobada y en funcionamiento, cumpliendo así la Empresa con el cometido estatal que el fue encomendado.

Siendo así, y teniendo en cuenta que la Empresa no le está causando un detrimento patrimonial, puesto que estaría pagando por unas obras efectivamente construidas, no tendrá razón exponerse a una posible condena hasta por DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL PESOS (\$ 248.506.362) cuando en la actualidad podría pagar la suma determinada por el Conciliador de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS MIL PESOS (\$ 157.700.000), valor que corresponde a las pegadas adicionales efectivamente realizadas.

Por último se considera por parte del apoderado, que debe aclararse el sentido de la frase " sin tener en cuenta los ajustes e intereses de mora " incluida en el literal A de la fórmula conciliatoria. Esta fórmula únicamente debe ser aceptada de verificarse que dicha frase se debe entender en el sentido que a la Empresa no se le cobrará suma alguna por concepto de ajustes e intereses de mora y únicamente deberá cancelar el valor de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS MIL PESOS (\$ 157.700.000), valor que corresponde a las pegas adicionales efectivamente realizadas.

DECISIÓN DEL COMITÉ: El comité acoge unánimemente la fórmula conciliatoria expresada por el abogado y de conciliar por valor de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS MIL PESOS (\$ 157.700.000)

SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL DEMANDANTE GLADYS ROSA POVEDA

A Continuación hace uso de la palabra el Doctor Guillermo Durán Pinilla , para someter a estudio y consideración del comité la solicitud de Conciliación Prejudicial de Gladys Rosa Poveda contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

HECHOS:

1. En desarrollo del contrato de obra No. 1-0186000-643 se realizaron excavaciones en la carrera 87 A con calle 88, las cuales fueron dejadas abiertas por más de tres (3) meses lo que ocasionó por efecto del invierno , filtraciones que afectaron los cimientos y bases del inmueble ubicado en la carrera 87 No. 88-78.
2. Agrega la peticionaria que el peso de la maquinaria utilizada en la obra , junto con la filtración del agua y las excavaciones hechas cerca de su predio, este se agrietó, debilitó y amenaza ruina.
3. Se adjunta como sustento de los hechos narrados, una serie de documentos, entre los cuales se destacan los informes técnicos de dos (2) ingenieros, y un registro fotográfico del sector de las obras y el inmueble afectado.
4. En el informe del Director Operativo de Mantenimiento Alcantarillado afirma en su conclusión : ..." La pretensión de la señora Gladys Rosa Poveda no procede insistiéndose en el hechos que no se configura en este caso falla en el servicio porque las anomalías de la vivienda no están relacionadas con la ejecución del objeto del contrato cual es " Rehabilitación de tuberías de alcantarillado en la zona centro de Bogotá. D.C ", ya que por el contrario , las condiciones operativas de la red del sector se mejoraron sustancialmente mitigando ello al máximo su vulnerabilidad".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

En relación con el caso expuesto, para determinar la procedencia de la reclamación y la posibilidad de acceder a una eventual conciliación, es necesario consultar el tema de la Responsabilidad Extracontractual, la cual existirá cada vez que un sujeto esté obligado a reparar el daño sufrido por otro, como consecuencia de los actos o hechos que realiza. Este concepto comprende cuatro elementos 1) reciprocidad: que es la obligación de reparar o indemnizar los perjuicios ocasionados a un sujeto de derecho. 2) ilicitud: que la conducta sea ilegítima; valga decir, que sea antijurídica, dañando un bien protegido por el derecho que estaba vedado afectar. 3) Alterabilidad, es decir que el daño sea consecuencia de una acción u omisión y efecto de la conducta de un sujeto en relación con otro y no del sujeto hacia sí mismo; 4) Nexa causal entre el hecho y sus consecuencias; esto es, relación de causalidad entre la conducta imputable y el daño.

En la solicitud de conciliación presentada por la señora Gladys Rosa Poveda ante la Procuraduría, no se estructuran los anteriores elementos que determinan la responsabilidad, entre otras razones, por cuanto a ella acompaña como prueba determinante, conceptos técnicos que fueron oportunamente cuestionados en la etapa de reclamación, sin que ellos hubieran sido complementados, aclarados, o sustentados, circunstancia esta que pone en entredicho su valor probatorio, para acreditar que el daño sufrido en el inmueble fue consecuencia de la obra realizada, y tampoco para demostrar relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Con fundamento en el concepto técnico que desvirtúa cada una de las manifestaciones de la solicitante, en la ausencia de probanzas, y en las consideraciones de orden jurídico que no atribuyen responsabilidad alguna a la Empresa, me permito recomendar que no se acceda a conciliar en le presente caso.

DECISIÓN DEL COMITÉ

El comité por unanimidad decide acoger las consideraciones jurídicas del abogado y no acceder a la conciliación prejudicial.

SOLICITUD DE CONCILIACIÓN DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO UNIÓN TEMPORAL VILLA HERNÁNDEZ Y COMPAÑÍA., CARLOS URÍAS RUEDA ÁLVAREZ Y ALBERTO CÁRDENAS PÁEZ

A continuación hace uso de la palabra el Doctor Jaime Rodríguez, apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para exponer la solicitud de l Tribunal de Arbitramento Unión Temporal Villa Hernández y Cia, Carlos Urias Rueda Álvarez y Alberto Cárdenas Páez., la cual se funda en los siguientes

HECHOS :

1. El 11 de Abril de 1997, la Empresa suscribió con los Convocantes los contratos Nos. SF-1-01-8500-0120-97 y SF-1-01-8500-0121-97, cuyos Objetos definidos en las Licitaciones Públicas Nacionales "E-03-96", fueron la REHABILITACION DE REDES ZONAS SUR Y NORTE DE SANTA FE DE BOGOTA, cuyas OBRAS consistían en: "EL SUMINISTRO E INSTALACION de 86.760 METROS DE TUBERIAS Y ACCESORIOS DE ACUEDUCTO EN PVC, EN DIAMETROS ENTRE 3" Y 12", con accesorios de hierro fundido con el correspondiente traslado de acometidas, y obras civiles complementarias"
2. Los contratos se iniciaron, el No.012010-97, el 15 y el No.0121-97, se inició el 22 de septiembre de 1997 y durante la ejecución de los referidos contratos se formularon consultas y reclamaciones en procura del reconocimiento y pago de las diferencias relacionadas con la "**Medida de Pago instalación de tubería y accesorios**", pues aun cuando el contrato establecía que se haría por metro lineal (ml) de tubería instalada, nada decía respecto de si debía tenerse en cuenta o no los traslapos.
3. Los reclamantes radicarón sus peticiones en el hecho de existir antecedentes en la División de Obras Civiles a lo largo de los programas de renovación de redes en los que siempre se había considerado el traslapo como medida para el pago de la instalación y suministros de tuberías en PVC.
4. Que no reconocer los traslapos para el pago del suministro de tubería podría generar un desequilibrio económico del contratista.
5. Los Convocantes pretenden conducir al Tribunal a considerar como compromiso de reconocimiento de los aludidos traslapos las afirmaciones contenidas en el acta suscrita el 25 de enero de 1999, cuando los contratos llevaban diez (10= y seis (16) meses de ejecución y se encontraban a solo uno y dos meses de su terminación, en la que se acordó entre los funcionarios de la EAAB responsables de la Dirección de Mantenimiento del Acueducto y de la Construcción de Obras Civiles, así como los Directores de la Interventoría de las zonas Sur y Norte", ".... Que se debe pagar tal como se ha venido haciendo.
6. Pretenden los Demandantes hacer creer con el acta referida, que hasta enero 25 de 1999, la medición, liquidación y pago del "**suministro de tubería**", se había hecho en todas las contrataciones anteriores y en las que se encontraban en ejecución, con base en la tubería suministrada, sin considerar o descontar medidas o valores por efecto del traslapo de una con otra, evento que se tenía en cuenta, exclusivamente para los ítems de instalación, ilustrando con un ejemplo, así: si el contratista compraba 100.000 metros de tubería, cargaba, transportaba y descargaba 100.000

metros de tubería, almacenaba 100.000 metros de tubería e instalaba 100.000 metros de tubería, deberían pagarle 100.000 metros de tubería y no 97.500 que, por efecto del traslapo que se presentaba luego de su instalación, indicaba superficialmente una red de tubería de 97.5000 metros.

Expresado de otra forma, los ítems de "suministro de tubería", que eran medidos, liquidados y pagados de manera separada a los ítems de "instalación" debían medirse, liquidarse y pagarse conforme lo pactado en el contrato: por metro lineal de tubería instalada, en virtud de lo cual el suministro debería corresponder al valor pactado por metro de tubería suministrado, sin descuento imaginario por efecto de lo que sería su futura instalación.

Lo anterior busca demostrarlo con la liquidación del contrato No.676 de 1987 (renovación de 25 Km. de red), suscrito entre la EAAB y VILLA HERNANDEZ Y CIA. LTDA. que se anexa como prueba en los folios 302 a 320.

Pero, a diferencia de lo expresado por los Reclamantes se establece, primero, un balance de materiales que no indican en manera alguna, disminución en la ejecución por traslapos. Así mismo, al observar el registro de la tubería suministrada, estas cantidades coinciden con la pagada, pues, obviamente, no se practicaba ningún descuento.

Sobre lo anterior, agregamos además, que era de dominio pleno de los intervinientes en la ejecución de los contratos Nos. SF-1-01-8500-0120-97 y SF-1-01-8500-0121-97, que de tiempo atrás estaba objetado el reconocimiento de los traslapos, tal cual se lo hicieron saber a los Interventores de los contratos (CEI. Tecnoconsulta y Estudios Técnicos), los Supervisores Técnicos de la Empresa, de dichos contratos, el Ingeniero Jorge Moreno M., del contrato No.0120, mediante comunicaciones Nos.8540-98-2198 y 2628 del 20 de octubre y 30 de diciembre de 1998 y Tomás Andrey Vásquez C., del contrato No.0121, con las notas Nos.8540-98-1465 y 2626 del 7 de julio y 30 de diciembre de 1998, respectivamente. En efecto, los referidos ingenieros exigieron de manera categórica, dar cumplimiento a los requisitos de medida y pago establecidos en el contrato y en los pliegos de condiciones, recordándoles que:

"....1. La medida y pago para el suministro e instalación de tubería de cualquier clase o diámetro se realizará de conformidad con lo establecido en la lista de cantidades y precios del contrato, o sea, la unidad de medida y pago es el metro lineal (ML) de tubería suministrada e instalada real y efectivamente ejecutada a satisfacción de la E.A.A.B y por tal razón los traslapos no podrán ser tenidos en cuenta para efectos de medida y pago, en consecuencia la longitud de tubería suministrada deberá ser igual a la instalada y su pago se realizará una vez se hay completado su instalación y se realice el recibo a satisfacción por parte de la interventoría.

2. *Los accesorios no podrán ser considerados dentro de la medición de la tubería en razón a que de conformidad con lo establecido en la lista de cantidades y precios del Contrato estos elementos tienen su medida y pago por separado*".

Igualmente, lo que se hizo por la Dirección Operativa de Mantenimiento Acueducto el 28 de abril de 1999, fue ratificar lo que era de pleno dominio de los Supervisores Técnicos: Moreno y Vásquez, desde antes del inicio de la ejecución de los contratos, nota por la cual se confirmaron las instrucciones dadas por la Secretaría General y la Dirección Jurídica de la Empresa, sobre la forma de reliquidación y pago de las facturas de cobro presentadas inadecuadamente por el Consorcio Contratista, a fin de disipar toda sombra de duda frente a las reclamaciones por traslajos.

El Director Operativo de Mantenimiento Acueducto en Oficio No.9500-99-0252 del 27 de abril /99 dirigido a CEI-TECNOCONSULTA Interventor del contrato No.0120, de manera perentoria y basado en el concepto jurídico No.3210-99-0335 del 21 de abril /99 emitido por la Secretaría General, expresa:

"....con el fin de no tener en cuenta los traslajos para medida y pago en la instalación y suministro de tubería... no se deberá tener en cuenta el acta firmada el 25 de Enero de 1999, toda vez que si hay una justificación diferente a los términos, el concepto emitido por la Secretaría General de la Empresa disipa las dudas que se pudieron tener en cuenta anteriormente...y consecuentemente ordena a los Interventores: "..... usted deberá descontar dichos traslajos, la longitud total de los accesorios utilizados en línea, o en la eventualidad de que la Empresa hubiese suministrado tubería, ésta asumirá el desperdicio y traslajo".

Y no podía ser de otra forma, puesto que la Empresa estableció dentro de los pliegos de condiciones la exigencia de que los proponentes cotizaran independientemente las labores de instalación y suministro de tubería. Sin embargo, también se previó expresamente que la medida y pago para instalación de tubería se efectuaría sobre la base de metro lineal de tubería instalada, como bien lo transcribe y afirman los Convocantes, de tal suerte que, con fundamento en la medición que al respecto hiciera la Empresa, se autorizara el pago correspondiente, de acuerdo con el precio unitario cotizado para cada metro lineal de instalación de tubería y con el precio unitario del metro lineal de suministro acordado contractualmente.

CONSIDERACIONES JURIDICAS:

Consultado el Diccionario de la LENGUA ESPAÑOLA de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, vigésima edición, acabado de imprimir en febrero de 1986, página 778, primera columna, encontramos que el significado de la palabra INSTALAR, es: "Poner o colocar en su lugar debido algo.- Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar; como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc.- Establecerse, fijar uno su residencia". (subrayado y negrilla fuera de texto).

Difícilmente podría encontrarse un término tan adecuadamente traído por la Empresa para expresar la acción fundamental que pretendió contratar, esto es ".....el suministro e instalación de 86.760 metros de tuberías y accesorios de acueducto en PVC, en diámetros de ENTRE 3" y 12", accesorios de hierro fundido con el correspondiente traslado de acometidas y obras civiles complementarias".

Aunque en los términos de referencia del contrato no se hace mención alguna a los traslapes sí se dejó expresamente señalado que allí se describen los trabajos que se requieren para el suministro e instalación de tuberías y accesorios para las redes de acueducto y acometidas incluyendo, accesorios, cargue, transporte, descargue, manejo, almacenamiento, mano de obra, materiales, equipo y el suministro de las tuberías correspondientes.

De otro lado, se establece que la medida y pago para la instalación de tuberías y accesorios, está dada por metro lineal de tubería **instalada**, a los precios unitarios establecidos en la lista de cantidades y precios del contrato, instalación que supone necesariamente que dentro de la estructuración de los precios de la propuesta el contratista ha debido tener en cuenta los traslapes, pues ello es esencial para la cabal ejecución de dicha actividad.

Igualmente, los términos de referencia señalan que dicho costo debe incluir la mano de obra, el equipo y los materiales para el cargue en fábrica y/o bodegas de la Empresa, el transporte hasta los sitios de las obras, el descargue, el almacenamiento, el cargue y el transporte desde el sitio de almacenamiento hasta el sitio de su instalación, el descargue en el sitio de instalación y **su instalación a satisfacción de la Empresa.**

Además, bien claro es el alcance de las ESPECIFICACIONES TECNICAS en cuanto a las TUBERIAS Y ACCESORIOS que confirma: **Las tuberías y la totalidad de los accesorios serán suministrados directamente por el Contratista,.....**"y en cuanto a la INSTALACION, reafirma: **"Las tuberías y accesorios que debe suministrar el Contratista serán de marcas reconocidas y se deberán someter a aprobación de la Empresa,..... Las tuberías se colocarán cuidadosamente siguiendo las líneas y pendientes establecidas en los planos o por el Interventor"**, pero lo concluyente de la descripción de las condiciones establecidas por la Empresa, queda cabalmente plasmado en la : **"MEDIDA Y PAGO A INSTALACION DE TUBERIA Y ACCESORIOS**, que prevé:

"... El pago se hará a los precios unitarios establecidos en la lista de cantidades y precios del contrato,..... hasta el sitio de instalación y su instalación a satisfacción de la empresa".

De lo anterior se colige que el contratista, al determinar los precios de su propuesta, debió considerar todos aquellos costos en los que incurriría para la

correcta instalación de la tubería a satisfacción de la Empresa, dentro de los cuales necesariamente está el de los traslajos, pues si bien es cierto que en la lista de cantidades y precios no se incluyó expresamente dicho ítem para efectos de su valoración, éste forma parte de la técnica o práctica constructiva necesaria para la correspondiente instalación, la cual sí debió considerar el contratista al momento de estructurar los precios de su propuesta.

Y es que la E.A.A.B- ESP está segura que la Asociación Convocante sí tuvo en cuenta las medidas de los traslajos en la estructuración de los precios registrados en su propuesta, toda vez que así lo acepta en las Cartas de Presentación de sus propuestas de Diciembre 9 de 1996, para cada una de las Licitaciones referidas, cuando afirma: "....ofrecemos ejecutar la rehabilitación de las Redes de Acueducto en la Zona Sur y Norte de Santa Fe de Bogotá, según la Licitación Pública Nacional No. E-03-96 y E-04-96, de acuerdo con las condiciones del contrato que se adjuntan a esta oferta..." suscritas por el Representante Legal del Consorcio demandante.

La ilustración de los convocantes respecto de la medición, liquidación y pago de las contrataciones anteriores, podría resultar veráz, pero, hasta el ejemplo traído anexo a su libelo de convocatoria, del contrato No. 676 de 1987, suscrito entre la Empresa y el contratista Villa Hernández y Compañía Ltda, resulta amañado y manipulado toda vez que es absolutamente gráfico, **QUE LA TUBERÍA FUE SUMINISTRADA POR LA EMPRESA** y lo que se contrató de forma independiente, tal cual lo demuestra el propio contratista en su BALANCE DE TUBERÍAS, puesto que tuvo que devolver hasta los sobrantes para dar cuanta de la totalidad de la tubería de propiedad de la Empresa.

El contrato 676 de 1978, correspondiente a renovación de 25 kilómetros de red, es un contrato que a diferencia de los que se discuten en la presente reclamación, la E.A.A.B, suministraba la tubería y el contratista la instalaba, lo cual se puede apreciar claramente en el "**balance de tuberías**", del cual los convocantes adjuntan copia. En dicho cuadro se aprecia claramente que la Empresa suministró 8.202, 13.146 y 2.754 metros de tubería de 3", 4" y 6" respectivamente, y la tubería instalada fue de 8.097, 12.833.37 y 2.564,20 metros respectivamente, lo que originó que el contratista de la instalación (Villa Hernández y Cía) devolviera a la EAAB las longitudes de 4.17, 2.51 y 121.42 metros respectivamente en pedazos de tubería. Nótese que en el listado de cantidad de obra ejecutada en este contrato no existe suministro de tubería por parte del contratista. Lo anterior demuestra que para el caso en particular, la EAAB asumió las pérdidas correspondientes a los traslajos.

La intervención del Jefe de la División de Obras Civiles, Ingeniero Guillermo Peña, la neutralizó la Dirección Jurídica con el memorando No. 3210-1999-1903 del 2 de Julio de 1999, dirigido al Director de Mantenimiento Acueducto, del cual extractamos:

" ... I. En primer lugar , el jefe de la División de Obras Civiles pregunta si el concepto proferido por esta Dirección es aplicable a los contratos Nos. 1-01 8500-0120-97, 1-01-8500-0121-97, SF-1-01-8000-0327-98, 1-01-8500-0428-97, 1-018500-0429-97 y 1-01-8500-0435-97.

Al respecto, esta Dirección le manifiesta que si bien es cierto que el concepto emitido se refería al Contrato No. 1-01-8000-0326-98, suscrito con la Unión Temporal Martha Lucía Niño- Juan David González , también es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales se presente idéntica situación a la que originó la consulta en relación con la medida y pago de la tubería instalada.

En su concepto la Dirección Jurídica concluyó :

"... el contratista, al determinar los precios de su propuesta, debió considerar todos aquellos costos en los que incurriría para la correcta instalación de la tubería a satisfacción de la Empresa, dentro de los cuales necesariamente está el de los traslapos".

Con lo anterior se comprueba que el concepto jurídico identificado antes fue específico para los contratos bajo examen.

De igual forma, revisadas las instrucciones de los fabricantes , como se indica en los pliegos de las licitaciones E-03-96 y E-04-96, todos recomiendan que al hacer uniones técnicas de tubería deberían traslaparse, razón por la cual, también el contratista debió tenerlos en cuenta al hacer su estructuración de precios.

Los manuales de PAVCO y RALCO productores de la tubería instalada, sobre la forma de efectuar las uniones o traslapos de tubería, confirman la forma de efectuar las uniones o traslapos de tubería, confirman la forma de efectuar las uniones entre los tubos que garanticen la adecuada conducción del líquido .

En cumplimiento del compromiso suscrito entre le Gerente de Operación, Ingeniero Jorge Pablo Velasco y el Representante del Contratista resulta viable convocar un Tribunal de Arbitramento para dirimir las controversias con relación a las objeciones consignadas por el Contratista en las actas de Liquidación de los contratos identificados antes.

El alcance del compromiso , la competencia , la integración del Tribunal y las condiciones de la solución fue otorgado por las partes, pero en particular los costos del Tribunal y Agencias en Derecho, son asumidos en su totalidad por el Consorcio Contratista , y en el evento que sea la Empresa quien resulte condenada , el contratista renuncia a las mismas.

El compromiso constituye un contrato regido por el derecho privado, por lo que la convocatoria del Tribunal , conforme a lo establecido en el decreto 1818 de 1998, es competencia del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio

de Bogotá, D.C. y su procedimiento corresponderá a las reglas que para el efecto tiene establecidas el referido centro de Arbitraje.

En efecto el compromiso fue promovido por el Consorcio Contratista con sujeción al trámite establecido en el artículo 117 de la Ley 446 de 1998, del cual destacamos las siguientes disposiciones:

" Artículo 117. Pacto Arbitral. Por medio de el pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. "

" Artículo 119. Compromiso. El Compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante."

Pues bien, la E.A.A.B, ESP en razón de su especial condición de empresa de servicios públicos domiciliarios, su régimen legal es de derecho privado tal como disponen los artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 y por ende el control de sus actos y contratos está asignado a la justicia ordinaria, sin perjuicio de la competencia que para algunos actos y contratos asignó la ley a la jurisdicción administrativa.

Por lo expuesto, recomiendo no acceder a las pretensiones de los convocantes en el reconocimiento exigido, al considerar de manera puntual y perentoria que no es viable el pago de medidas y / o cuantías - traslapes - no previstos en los pliegos de condiciones y desde luego en los contratos Nos. SF- 1-0108500-0120-97 y SF- 1-01-08500-0121-97 suscritos con los demandantes.

DECISIÓN DEL COMITÉ :

El comité de forma unánime decide acoger el criterio expuesto por el apoderado y no acceder a las pretensiones de los convocantes al Tribunal de Arbitramento.

MÓNICA PEDROZA GARCÉS
Secretaria General


ALEXANDRA LOZANO VERGARA
Directora Jurídica

VILMA ALCIRA PÁEZ VELASCO
Directora Licitaciones y Contratos

JAIRO RODRÍGUEZ
Gerente Técnico

GONZALO EDUARDO REYES TORRES
Director Control Interno

ZAIDA PATRICIA GIL
Delegada Dirección de Defensa


JAIME VARGAS
Jefe División Legal Contratos


CLARA MARÍA MOJICA CORTÉS
Secretaria Ad hoc