

CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA  
CÁMARA DE COMERCIO DE CALI

LAUDO ARBITRAL

ACCIONA AGUA S.A.U. – SUCURSAL COLOMBIA  
CONTRA  
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE – E.S.P.

Caso: 20210604/0820

## **LAUDO ARBITRAL**

Santiago de Cali, trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Agotado el trámite procesal correspondiente con la plena observancia de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo Arbitral que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre la sociedad ACCIONA AGUA SAU – SUCURSAL COLOMBIA, de una parte y, de la otra, EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE ESP- EMCALI, cada una por separado denominada la “Parte” y conjuntamente denominadas las “Partes”

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

### **CAPÍTULO I**

#### **ANTECEDENTES**

##### **1. Partes procesales**

**1.1.** La parte Convocante en este proceso es **ACCIONA AGUA SAU – SUCURSAL COLOMBIA**, sucursal en Colombia de sociedad extranjera, identificada con NIT 900398036-8, representada legalmente por el señor JORGE ANDRÉS DIAZ SALAZAR, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía 71721238, y por el señor OSCAR JAVIER PÉREZ MUNEVAR, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía 79642101, cuyo objeto social comprende las actividades sobre las que recae esta controversia, sociedad que en adelante podrá denominarse también como “ACCIONA”, “ACCIONA AGUA” o la “Contratista”.

**1.2.** La parte Convocada es la entidad **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE - EMCALI**, empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, domiciliada en la ciudad de Santiago de Cali, Valle del Cauca, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple, con NIT 890399003-4. Esta sociedad tiene la naturaleza de entidad estatal según las

normas del derecho público colombiano, quien en adelante podrá ser referida como “EMCALI” o la “Contratante”.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitraje en derecho, las Partes han comparecido a este proceso arbitral, representadas judicialmente por abogados a quienes oportunamente el Tribunal les reconoció personería para actuar.

## **2. El pacto arbitral**

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es la cláusula décima primera del contrato No. 300- GAA- CO-1250-2017 del 14 de diciembre de 2017<sup>1</sup>, cuyo objeto fue la “*Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo*”, la cual establece lo siguiente:

*CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. - SOLUCIÓN A LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: Las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. para ello se acudirá a: (A) Al acuerdo, que consiste principalmente en el arreglo directo, o sea, la negociación de las diferencias surgidas entre las partes contratantes. (B) A la conciliación y transacción en la forma prevista en las normas de derecho privado y demás normas concordantes. (C) Al Tribunal Arbitral que sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, de acuerdo con las siguientes reglas: (1) El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no sea posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, a solicitud de cualquiera de las partes. (2) El procedimiento aplicable será el del Reglamento para Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. (3) El tribunal tendrá su sede en la ciudad de Cali. (4) El Laudo deberá proferirse en derecho.*

## **3. Trámite del proceso arbitral**

**3.1. La demanda arbitral.**<sup>2</sup> El día 4 de junio de 2021, con fundamento en la cláusula transcrita, la Convocante, mediante apoderado judicial designado para el

---

<sup>1</sup> Cuaderno de pruebas del expediente digital, carpeta 1, pruebas de la demanda inicial - archivo 1.4, página 8.

<sup>2</sup> Cuaderno principal del expediente digital – archivo 1

efecto, solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitraje pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

**3.2. Árbitros.**<sup>3</sup> En cumplimiento de las previsiones incorporadas en la cláusula compromisoria, las partes de común acuerdo designaron a los árbitros HERNANDO PARRA NIETO, ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ y ENRIQUE GIL BOTERO. Los árbitros designados, oportunamente manifestaron la aceptación de su designación y cumplieron el trámite previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

**3.3. Instalación y admisión de la demanda.**<sup>4</sup> La Audiencia de instalación del Tribunal se celebró el 30 de agosto del 2021 (Acta número 1), en la cual el Tribunal se declaró legalmente instalado y fijó como lugar de funcionamiento de este y de su secretaria el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. En esta misma providencia se designó como presidente al doctor HERNANDO PARRA NIETO y como secretaria a la abogada LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS, y se admitió la demanda arbitral. En la misma fecha, se surtió la notificación personal a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**3.4. Contestación de la demanda arbitral, demanda de reconvención y llamamientos en garantía.** El día 29 de septiembre de 2021, la parte Convocada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de esta, formuló excepciones de fondo, solicitó el decreto y práctica de pruebas y se opuso al juramento estimatorio<sup>5</sup>. En la misma fecha presentó demanda de reconvención<sup>6</sup> y formuló llamamientos en garantía a las sociedades NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES<sup>7</sup> e IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE SAU SUCURSAL COLOMBIA<sup>8</sup>. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio.

**3.5. Admisión de la demanda arbitral, demanda de reconvención y**

---

<sup>3</sup> Cuaderno principal del expediente digital – carpeta 0, actuación inicial del centro de arbitraje

<sup>4</sup> Ibid. archivo 2

<sup>5</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 5

<sup>6</sup> Ibid – Archivo 6

<sup>7</sup> Ibid – Archivo 7

<sup>8</sup> Ibid – Archivo 8

**llamamientos en garantía.** Mediante Auto de 22 de octubre de 2021 (Acta número 4<sup>9</sup>) el Tribunal admitió la demanda de reconvención y los llamamientos en garantía frente a las sociedades NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES e IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE SAU SUCURSAL COLOMBIA y ordenó correr traslado por el término de ley, comoquiera que el mencionado Auto admisorio fue objeto de recursos, el mismo fue confirmado mediante Auto de 18 de noviembre de 2021 (Acta número 5<sup>10</sup>).

**3.6. Contestación de la demanda de reconvención.** El día 21 de diciembre de 2021, la parte Convocante ACCIONA AGUA SAU, contestó la demanda de reconvención, se opuso a las pretensiones de esta, formuló excepciones de fondo, solicitó el decreto y práctica de pruebas y objetó el juramento estimatorio<sup>11</sup>.

**3.7. Contestación de los llamamientos en garantía.** El día 23 de noviembre de 2021, la parte llamada en garantía NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, contestó la demanda inicial y el llamamiento, se opuso a las pretensiones del mismo, formuló excepciones de fondo y aportó pruebas documentales; a su turno, el día 23 de diciembre de 2021, la sociedad IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE SAU SUCURSAL COLOMBIA contestó la demanda inicial y el llamamiento en garantía, se opuso a todas las pretensiones, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas y formuló además llamamiento en garantía a la sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. el cual fue admitido mediante Auto de 12 de enero de 2022<sup>12</sup> (Acta número 6).

**3.8.** El día 15 de febrero de 2022, la sociedad COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA -CONFIANZA- S.A., encontrándose dentro del término de traslado, contestó el llamamiento en garantía formulado por IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE SAU SUCURSAL COLOMBIA, se refirió a cada uno de los hechos y pretensiones del llamamiento, formuló excepciones, aportó y solicitó pruebas y formuló a su vez llamamiento en garantía contra IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE SAU SUCURSAL COLOMBIA.

---

<sup>9</sup> Ibid – Archivo 12

<sup>10</sup> Ibid – Archivo 19

<sup>11</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 21

<sup>12</sup> Ibid. – Archivo 25

**3.9.** El 28 de febrero de 2022, mediante Auto número 7 (Acta número 7)<sup>13</sup>, el Tribunal admitió el llamamiento en garantía a IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE SAU SUCURSAL COLOMBIA., formulado por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA -CONFIANZA- S.A. y ordenó correr traslado de este.

**3.10.** El 5 de abril de 2022, la sociedad IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE SAU SUCURSAL, contestó el llamamiento en garantía formulado por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA – CONFIANZA S.A., se opuso a todas las pretensiones del llamamiento, se refirió a los hechos, propuso excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó pruebas.

**3.11. Traslado de las excepciones y oposiciones.** Mediante providencia de 6 de abril de 2022 (Acta número 10<sup>14</sup>), se corrió traslado conjunto de las excepciones y objeción al juramento estimatorio formuladas en los escritos de contestación de la demanda inicial, de la demanda de reconvencción y de los llamamientos en garantía, las cuales fueron descorridas por las partes Convocante y Convocada.

**3.12. Reforma de la demanda<sup>15</sup>.** El día 26 de abril de 2022, la parte Convocante (Convocada en reconvencción), presentó escrito de reforma de la demanda inicial, que fue inadmitida mediante Auto número 13 del 3 de mayo de 2022 (Acta 13<sup>16</sup>), subsanada dentro del término legal y admitida mediante Auto de 16 de mayo de 2022 (Acta número 15<sup>17</sup>).

**3.13. Contestación de la reforma de la demanda.** El día 2 de junio de 2022, la parte Convocada presentó contestación de la reforma de la demanda inicial en la que se opuso a todas las pretensiones, se refirió a los hechos contenidos en la misma, presentó excepciones de mérito, solicitó pruebas y objetó el juramento estimatorio<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> *Ibíd.* – Archivo 30

<sup>14</sup> Cuaderno principal del expediente digital – archivo número 40

<sup>15</sup> *Ibíd.* – Archivo 50

<sup>16</sup> *Ibíd.* – Archivo 47

<sup>17</sup> *Ibíd.* – Archivo 52

<sup>18</sup> *Ibíd.* – Archivo 53

**3.14.** El día 16 de agosto de 2022 (Acta número 18<sup>19</sup>) se corrió traslado de las excepciones y la objeción al juramento estimatorio contenidas en el escrito de contestación de la reforma de la demanda inicial, el cual fue descorrido oportunamente por las partes<sup>20</sup>.

**3.15 Audiencia de conciliación y fijación de gastos del proceso.** El 31 de agosto del 2022 se celebró la audiencia de conciliación en la cual las partes no llegaron a acuerdo conciliatorio alguno; por tal razón, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos que fueron íntegramente pagadas por la parte Convocante<sup>21</sup>.

#### **4. Primera audiencia de trámite, trámite aplicable al proceso, decreto de pruebas**

la primera audiencia de trámite se celebró el 28 de septiembre de 2022, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012:

**4.1.** En ella se leyeron la cláusula compromisoria, los asuntos sometidos a decisión del presente Tribunal Arbitral incorporados en la reforma integral de la demanda, la demanda de reconvención y sus contestaciones, junto con las respectivas réplicas;

**4.2.** Se asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las partes Convocante y Convocada, esto es, las cuestiones derivadas de las acciones de controversias contractuales contenidas en la demanda arbitral reformada, en la demanda de reconvención, en las contestaciones de las anteriores, en los escritos con los cuales se descorrieron los traslados de las excepciones de mérito y/o de las oposiciones formuladas y las demás que surgieran durante el trámite procesal y que deban ser decididas en el laudo;

**4.3.** En relación con los llamamientos en garantía formulados en este proceso, el Tribunal declaró terminadas y concluidas sus funciones en relación con estos llamamientos, comoquiera que, vencido el plazo legal para la consignación de los

---

<sup>19</sup> Cuaderno principal del expediente digital – archivo número 66

<sup>20</sup> *Ibíd.* – Archivos 67 y 68

<sup>21</sup> *Ibíd.* – Archivo 70

honorarios y gastos establecidos a cargo de las llamadas en garantía, estos no fueron sufragados;

**4.4.** Se fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses;

**4.5.** Finalmente, se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes y se declaró finalizada la primera audiencia de trámite (Acta No. 20<sup>22</sup>).

## **5. Instrucción del proceso**

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados mediante Auto de 28 de septiembre de 2022, Acta número 20.

Las pruebas que se practicaron en su integridad y obran en el expediente, con excepción de las desistidas por los apoderados, son las siguientes:

### **5.1. Documentales**

Con el valor legal que la ley les confiere, fueron agregados al expediente, los documentos aportados por las partes al proceso en medios electrónicos en los diferentes momentos procesales y que obran en los 19 cuadernos de pruebas del expediente digital.

### **5.2. Testimonios**

En este proceso fueron recibidos los testimonios de las personas indicadas a continuación, así:

Testigos solicitados por ambas Partes:

- a. Alfonso González Garrido: practicado el 26 de octubre de 2022 (Acta 21)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Cuaderno principal del expediente digital – archivo 73.

<sup>23</sup> Cuaderno de pruebas del expediente digital, carpeta 19, subcarpeta 2 de testimonios - archivo 1.  
Página 7 de 270



- b. Francisco Flórez Fernández: practicado el 16 de noviembre de 2022 (Acta 22)<sup>24</sup>.

Testigos solicitados por la Parte Convocada:

- c. Jesús Darío González Bolaños: practicado el 9 de febrero de 2023 (Acta 25)<sup>25</sup>.
- d. Francisco Burbano Marín: practicado el 21 de febrero de 2023 (Acta 26)<sup>26</sup>.
- e. Sandra Lorena Collazos: practicado el 21 de febrero de 2023 (Acta 26)<sup>27</sup>.
- f. Gilberto Sepúlveda Cárdenas: practicado los días 1º y 16 de marzo de 2023 (Actas 27 y 28)<sup>28</sup>.
- g. Carlos Alfonso Gallego de los Ríos: practicado el 14 de abril de 2023 (Acta 29)<sup>29</sup>.
- h. Osbert Orozco Pérez: practicado el 14 de abril de 2023 (Acta 29)<sup>30</sup>.
- i. Andrés Felipe Trujillo Flórez: practicado el 2 de mayo de 2023 (Acta 30)<sup>31</sup>.
- j. Carlos Olmedo Arias Rey: practicado el 9 de mayo de 2023 (Acta 33)<sup>32</sup>.

Se desistió de la práctica de la declaración testimonial del señor Hernán Bucheli Ordóñez (Acta 30)<sup>33</sup>.

Durante las declaraciones, algunos testigos hicieron entrega de documentos, los cuales se incorporaron al expediente.

### **5.3. Interrogatorio de parte al representante legal de ACCIONA AGUA SAU – SUCURSAL COLOMBIA**

El 9 de diciembre de 2022 (Acta 23)<sup>34</sup>, Se practicó el interrogatorio de parte del

---

<sup>24</sup> Ibíd. archivo 2.

<sup>25</sup> Ibíd. Archivo 4.

<sup>26</sup> Ibíd. Archivo 5.

<sup>27</sup> Ibíd.

<sup>28</sup> Cuaderno de pruebas del expediente digital, carpeta 19 - subcarpeta 2 de testimonios, archivo 6.

<sup>29</sup> Ibíd. Archivo 7.

<sup>30</sup> Ibíd. Archivo 8.

<sup>31</sup> Ibíd. Archivo 9.

<sup>32</sup> Ibíd. Archivo 11.

<sup>33</sup> Cuaderno principal del expediente digital – archivo 94.

<sup>34</sup> Ibíd. Archivo No. 77.

señor Jorge Andrés Díaz Salazar, en su calidad de representante legal de ACCIONA AGUA SAU – SUCURSAL COLOMBIA.<sup>35</sup>

#### **5.4. Informe escrito bajo juramento del representante legal de EMCALI EICE-ESP.**

El representante legal de EMCALI allegó informe escrito bajo juramento el 26 de octubre de 2022<sup>36</sup>, decretado en el Auto de pruebas.

#### **5.5. Dictámenes de parte aportados por ACCIONA AGUA SAU – SUCURSAL COLOMBIA**

En los términos establecidos en la ley y en su valor legal, se tuvieron como experticias de parte dos dictámenes aportados por la Convocante con la reforma de la demanda:

- a. Dictamen pericial técnico elaborado por *Global Project Strategy – GPS S.A.S.*<sup>37</sup>, de fecha 7 de abril de 2022, con el objeto de demostrar “*la forma en que se ejecutó el contrato, su desarrollo, la aprobación y el cumplimiento del PGT, las obras ejecutadas y el inventario de equipos.*”

Atendiendo a la solicitud formulada por la parte Convocada, fue decretado en el Auto de pruebas el interrogatorio de los peritos de *Global Project Strategy – GPS S.A.S.*, interrogatorio que fue desistido por el peticionario de la prueba, decretado de oficio por el Tribunal y recibido el 8 de mayo de 2023<sup>38</sup> (Acta 32), en los términos del artículo 226 del C.G.P.

- b. Dictamen pericial financiero y contable, elaborado por la sociedad *Esfincanzas S.A.*<sup>39</sup>, de fecha 25 de abril de 2022, con el objeto de demostrar “*los daños, perjuicios, aspectos contables y financieros relacionados con la*

---

<sup>35</sup> Cuaderno de pruebas del expediente digital, carpeta 19, subcarpeta 2 de Testimonios - Archivo 3.

<sup>36</sup> Cuaderno de Pruebas del Expediente Digital. Carpeta 19 - Subcarpeta 1

<sup>37</sup> Cuaderno de Pruebas del Expediente Digital. Carpeta 14 - Subcarpeta 4 Dictámenes de Parte – Archivo 4.1.

<sup>38</sup> Cuaderno de pruebas del expediente digital, carpeta 19 - subcarpeta 2 de testimonios - archivo 10

<sup>39</sup> *Ibíd.* carpeta 14 - Subcarpeta 4 dictámenes de parte -Archivo 4.2.

*celebración, ejecución, desarrollo, terminación, liquidación y etapa post-contractual del Contrato, así como los demás aspectos que soportan las pretensiones de condena alegadas por Acciona Agua y el correspondiente juramento estimatorio”, obra en el expediente en la carpeta 14 de pruebas aportadas con la reforma de la demanda, subcarpeta 4.2.*

Conforme a la solicitud efectuada por la parte Convocada se decretó en el Auto de pruebas el interrogatorio de los peritos de Esfinanzas S.A., interrogatorio que fue desistido por el peticionario de la prueba, decretado de oficio por el Tribunal y recibido el 9 de mayo de 2023<sup>40</sup> (Acta 33), en los términos del artículo 226 del C.G.P.

Bajo estas condiciones, si bien la parte Convocada anunció aportar dos (2) dictámenes periciales de parte técnico y financiero, en la oportunidad respectiva guardó silencio y no los entregó. En efecto, mediante Auto de 19 de abril de 2023 (Acta 30<sup>41</sup>), el Tribunal declaró el desistimiento de este medio de prueba de la parte Convocada.

## **6. Cierre de la instrucción y alegatos de conclusión**

Una vez se practicó la totalidad de las pruebas decretadas en el proceso y cerrado el periodo probatorio con la conformidad de las partes mediante Auto de 9 de mayo de 2023 (Acta 33), el Tribunal en sesión del día 14 de junio de 2023, realizó la audiencia de alegaciones (Acta 34<sup>42</sup>) en la que los apoderados de las partes formularon oralmente sus argumentos de cierre y entregaron un memorial con el resumen de estos que forma parte del expediente<sup>43</sup>. Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en tal oportunidad. El representante del Ministerio Público rindió su concepto en esa misma oportunidad.

## **7. Audiencias del Tribunal**

---

<sup>40</sup> Cuaderno de pruebas del expediente digital, carpeta 19 - subcarpeta 2 de testimonios - archivo 11

<sup>41</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 94.

<sup>42</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 100.

<sup>43</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivos 101 a 105.

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en treinta y cuatro (34) audiencias, incluyendo la de juzgamiento.

### **8. Término de duración del proceso**

El término de este proceso arbitral es de seis (6) meses contados a partir de la terminación de esta primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las suspensiones que se presentaron en su desarrollo, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

Como la referida audiencia finalizó el 28 de septiembre de 2022, el término de este proceso se extendería, en principio, hasta el 28 de marzo de 2023. Sin embargo, para el cómputo de términos se deben tener en cuenta los 120 días hábiles en los que, por solicitud conjunta de los apoderados de las Partes y por autorización de la ley, se decretó la suspensión del proceso, así:

<b>Fechas de suspensión</b>	<b>Días Suspendidos</b>
29 de septiembre y 25 de octubre de 2022 (Acta 20)	18 días hábiles
27 de octubre y 15 de noviembre de 2022 (Acta 21)	12 días hábiles
17 de noviembre y 07 de diciembre de 2022 (Acta 22)	15 días hábiles
12 de diciembre de 2022 y 31 de enero de 2023 (Acta 23)	36 días hábiles
10 de febrero y 20 de febrero de 2023 (Acta 25)	7 días hábiles
22 de febrero y 28 de febrero de 2023 (Acta 26)	5 días hábiles
2 de marzo y 15 de marzo de 2023 (Acta 27)	10 días hábiles
20 de abril y 29 de abril de 2023 (Acta 30)	7 días hábiles
10 de mayo y 18 de mayo de 2023 (Acta 33)	7 días hábiles
6 de septiembre y 8 de septiembre de 2023	3 días hábiles
<b>TOTAL DÍAS SUSPENDIDOS:</b>	<b>120</b>

En consecuencia, al sumar los ciento veinte (120) días hábiles durante los cuales el proceso arbitral ha estado suspendido, el término vence el 26 de septiembre de 2023.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo arbitral se hace dentro de la oportunidad legal.

## **CAPÍTULO II**

### **LA CONTROVERSIA**

#### **1. La demanda presentada por ACCIONA AGUA SAU SUCURSAL COLOMBIA – Pretensiones**

La parte Convocante solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, que se transcriben tal y como fueron presentadas en la reforma de la demanda<sup>44</sup>:

##### **1. PRETENSIONES DECLARATIVAS**

*1.1. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP elaboró y redactó los estudios previos del Proceso de Selección No. 900-GAE-CA-0430-2017, las Condiciones Generales de Contratación, las Condiciones Específicas de Contratación y el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

*1.2. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP era el responsable de la planeación del proyecto para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”.*

*1.3. Que, en virtud de la pretensión anterior, se declare que los estudios, diseños e ingeniería básica que debía elaborar Empresas Municipales de Cali EICE – ESP para la ejecución del proyecto “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo” debían ser completos y ajustados a la realidad actual de ese momento de la PTAR-C.*

*1.4. Que se declare que Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia presentó su oferta, en el marco del Proceso de Selección No. 900-GAE-CA-0430-2017, con base en la información suministrada por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP.*

*1.5. Que se declare que entre Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia y Empresas Municipales de Cali EICE – ESP se celebró el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 cuyo objeto consistía en la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”.*

*1.6. Que se declare que el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 se encuentra sometido al Derecho Privado.*

*1.7. Que se declare que el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 era un contrato de obra a precios unitarios.*

---

<sup>44</sup> Cuaderno principal del expediente digital – archivo 50.

1.8. Que se declare que el plazo del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 se extendía entre el 5 de febrero de 2018 y el 5 de mayo de 2020.

1.9. Que se declare que el plazo de liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 se extendió entre el 6 de mayo de 2020 y el 5 de mayo de 2021.

1.10. Que se declare que los estudios, diseños e ingeniería básica entregados por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo” no permitían la ejecución de las obligaciones del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 a cargo de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia.

Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 1.10: Que se declare que los estudios, diseños e ingeniería básica entregados por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo” no podían ejecutarse en el plazo de veinticinco (25) meses establecido (sic) en el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.

1.11. Que se declare que Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, en el marco del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, invirtió correcta y completamente el anticipo entregado por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP.

1.12. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, porque: (i) no prestó la colaboración y ayuda necesaria para que el objeto contractual pudiera ejecutarse; (ii) faltó a sus obligaciones de diligencia, respuesta y gestión; (iii) no llevó a cabo correctamente la dirección y supervisión de las labores a cargo de su Interventoría, a cargo de Idom Consulting Engineering, Architecture SAU – Sucursal Colombia; (iv) no entregó las áreas en debida forma para la ejecución del Contrato, y (v) no entregó las áreas dentro de los tiempos establecidos en el PGT aprobado.

Pretensiones Subsidiarias de la Pretensión 1.12:

(i) Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP tenía a su cargo los riesgos de diseño básico y de ejecución operacional, en los términos en que estos conceptos se definen en la Matriz de Riesgos del Contrato 300-GAA-CO-1250-2017.

(ii) Que se declare que en ejecución del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 se materializaron los riesgos de diseño básico y de ejecución operacional a cargo de Empresas Municipales de Cali EICE – ESP.

(iii) Que se declare que, como consecuencia de la materialización de los riesgos de diseño básico y de ejecución operacional, Empresas Municipales de Cali EICE – ESP está obligado a mitigarlos, en virtud de lo cual se deben reconocer a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia todos los costos, gastos y emolumentos que se prueben dentro del proceso y que se deriven de la suscripción, ejecución, terminación y liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.

*(iv) Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 al no mitigar los riesgos acaecidos durante su ejecución, terminación y liquidación, por lo que debe indemnizar por ello a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia en las sumas que se determinen en virtud del presente Proceso Arbitral.*

*Pretensiones Subsidiarias de las Pretensiones Subsidiarias de la Pretensión 1.12:*

*(i) Que se declare que, en ejecución del proyecto para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”, se presentaron hechos catalogados como imprevisibles que alteraron el equilibrio económico del contrato en perjuicio de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia.*

*(ii) Que, con ocasión de los hechos imprevisibles e imprevistos que se presentaron en ejecución del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, el Tribunal Arbitral debe proceder a realizar los ajustes que sean pertinentes, de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente y con base en criterios de equidad, de tal forma que se reconozcan a favor de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia los conceptos y montos que resulten demostrados en el presente proceso arbitral.*

*1.13. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, porque con sus actuaciones y omisiones generó atrasos en la ejecución del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

*1.14. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la totalidad de las obras, actividades y suministros que fueron realizados por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia.*

*1.15. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia los mayores costos de administración en los que incurrió Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia para la ejecución del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, sus suspensiones, la etapa de liquidación, y para la custodia y mantenimiento de los equipos suministrados por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia y no recibidos por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP.*

*1.16. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia las facturas presentadas por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia junto con sus correspondientes intereses de mora.*

*1.17. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia las obras adicionales ejecutadas por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, por ser necesarias para dar cumplimiento al Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

*1.18. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió*

*el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la utilidad dejada de percibir por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia en virtud de lo establecido en el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

1.19. *Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 al no entregar la información necesaria para proceder con la liquidación del Patrimonio Autónomo constituido para la amortización del anticipo, en los términos establecidos en la cláusula sexta del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

1.20. *Que se declare que, vencido el plazo establecido en el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia no pudo entregar el 100% del proyecto para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo” por causas que no le son imputables.*

1.21. *Que, debido a que Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia se vio obligado a realizar actualizaciones, reajustes, modificaciones, complementaciones y adiciones a los diseños para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”, se declare que Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia debió incluir en el presupuesto del proyecto nuevos Análisis de Precios Unitarios.*

1.22. *Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió con su deber de buena fe en la ejecución del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, teniendo en cuenta que, sabiendo de la necesidad y urgencia de suscribir un Otrosí No. 2 con el fin de prorrogar el plazo y reconocer las actividades ejecutadas por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, no lo hizo, poniendo en grave riesgo la sostenibilidad, integridad y estabilidad de la PTAR de Cañaveralejo, y causando perjuicios a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia.*

1.23. *Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP vulneró el principio de la buena fe teniendo en cuenta que, durante la negociación del Otrosí No. 2 al Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, dio absoluta confianza a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia de que el mismo se iba a suscribir, y, al final, traicionó esa confianza en perjuicio del proyecto y de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia.*

1.24. *Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP vulneró el principio de la buena fe teniendo en cuenta que, durante la negociación del Contrato de Transacción que se iba a celebrar en el marco de la Liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, dio absoluta confianza a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia de que el mismo se iba a suscribir, y, al final, traicionó esa confianza en perjuicio del proyecto y de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia.*

1.25. *Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP, como consecuencia de los incumplimientos contractuales en los que incurrió, ocasionó perjuicios a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia por los conceptos y montos que resulten demostrados en el presente proceso arbitral.*

1.26. *Que, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso*



*arbitral, se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP está obligado a reconocer y pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra, y en general del daño emergente y el lucro cesante.*

1.27. *Que, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso arbitral, se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP está obligado a reconocer y pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia los daños y perjuicios causados durante la etapa de liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

1.28. *Que, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso arbitral, se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP está obligado a reconocerle a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia todos los gastos, costos y expensas derivados del cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, bienes e insumos suministrados por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia en virtud del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

## **2. PRETENSIONES DE CONDENAS**

2.1. *Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma resulte probada en el proceso por concepto de daños y perjuicios.*

*Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 2.1: Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma resulte probada en el proceso por concepto de gastos, costos, emolumentos y demás conceptos relacionados con la mitigación de riesgos.*

*Pretensión Subsidiaria de la Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 2.1: Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma resulte probada en el proceso por concepto de restablecimiento del equilibrio económico.*

2.2. *Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma resulte probada en el proceso por concepto de administración, imprevistos y utilidad.*

*Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 2.2: Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma resulte probada en el proceso por concepto de administración y utilidad.*

*Pretensión Subsidiaria de la Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 2.2: Que,*

*como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma resulte probada en el proceso por concepto de administración.*

*2.3. Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma que resulte probada en el proceso por concepto de la utilidad dejada de percibir por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia SAU, ante la imposibilidad de poder ejecutar el 100% del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

*2.4. Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma resulte probada en el proceso por concepto de daños y perjuicios causados durante la etapa de liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*

*2.5. Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma que resulte probada en el proceso por concepto de cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, insumos y bienes suministrados por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia causados desde el vencimiento del plazo del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 y hasta la fecha del Laudo Arbitral.*

*2.6. Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a responder ante todas las autoridades y organismos judiciales competentes por la sostenibilidad, estabilidad, operación y mantenimiento de la PTAR de Cañaveralejo.*

*2.7. Que sobre las sumas de dinero que se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar intereses corrientes desde que se causaron y hasta la fecha del laudo.*

*2.8. Que sobre las sumas de dinero que se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, desde la ejecutoria del laudo y hasta que se realice el pago total de lo adeudado.*

*Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 2.8: Que sobre las sumas de dinero que se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a favor de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia intereses a la tasa que fije el Tribunal, desde la época que fije el Tribunal.*

*2.9. Que se condene en costas a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP.*

2.10. *Que se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP al pago de las agencias en derecho.*

### **3. PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN**

*Que el Tribunal realice y lleve a cabo la liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 incluyendo todos los rubros en los que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP adeuda sumas de dinero a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, así como en todos aquellos rubros en los cuales resulte condenado Empresas Municipales de Cali EICE – ESP, conforme se pruebe en el proceso.*

### **2. Los hechos alegados en la demanda**

Los 756 hechos que soportan las pretensiones de la parte Convocante están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral reformada bajo el capítulo 8 rotulado “HECHOS”<sup>45</sup>, y los mismos, así como el objeto de la controversia fueron resumidos y sintetizados en la primera parte de la demanda reformada, así<sup>46</sup>:

*Desde el 26 de diciembre de 2003, y por hace casi 19 años, EMCALI se ha encargado de la operación y mantenimiento de la PTAR de Cañaveralejo, a través de la Gerencia de la Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado. Para el año 2017, la PTAR presentaba problemas generalizados de corrosión en los sistemas de desarenadores, en los concretos de las estructuras de tratamiento, así como problemas con los equipos y sistemas electromecánicos y con el sistema de instrumentación y control. Aunado a lo anterior, la PTAR presentaba problemas con el sistema de apantamiento para protección contra descargas atmosféricas, razón por la cual, era necesario realizar una repotenciación de los equipos y una recuperación estructural de las unidades de tratamiento, lo que garantizaría el poder continuar con el tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Cali hasta el año 2035, aproximadamente.*

*La Dirección de Abastecimiento de la Gerencia de Área Abastecimiento Empresarial de EMCALI, como soporte de planeación de la necesidad, estructuró la ficha de abastecimiento del día 18 de agosto de 2017 correspondientes al proceso contractual No. 900-GAE-CA-0430-2017, y cuyo objeto era identificar proveedores que efectuaran la construcción y/u optimización de plantas de tratamiento de agua potable y/o residual, con el propósito de profundizar en el conocimiento del mercado para el abastecimiento de dichos bienes o servicios, buscando las mejores oportunidades de adquisición, menores riesgos, optimización de costos y generación de valor para EMCALI.*

---

<sup>45</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 94.

<sup>46</sup> Cuaderno principal 3, folios 1 a 4.

*El 31 de agosto de 2017, EMCALI publicó las Condiciones Específicas de Contratación y las Condiciones Generales de Contratación del proceso contractual No. 900-GAE-CA-0430-2017, y dentro de los documentos de dicho Proceso de Selección, EMCALI presentó como sustento de la planeación una consultoría técnica, ambiental y económica denominada “Estudios y diseños básicos para la ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) de Cañaveralejo a Tratamiento Secundario” con Hazen and Sawyer.*

*Una vez adelantado el Proceso de Selección, EMCALI adjudicó el mismo a Acciona Agua, en virtud de lo cual, entre EMCALI y Acciona Agua se celebró el Contrato No. 300- GAA-CO-1250-2017.*

*A partir del 5 de febrero de 2018 se inició la ejecución del Contrato, por un término de 25 meses, es decir, hasta el 5 de marzo de 2020, y la interventoría de este Contrato fue ejercida por Idom, en virtud del Contrato No. 300-GAA-CI-1267-2017. La Interventoría, de acuerdo con lo establecido en las CEC-I, tenía a su cargo la revisión detallada de la consultoría técnica, ambiental y económica realizada por Hazen and Sawyer, y la elaboración de los diseños complementarios y planos requeridos para resolver situaciones nuevas en la actividad a desarrollar.*

*Desde el inicio del Contrato, tanto Acciona Agua como Idom dieron cuenta a EMCALI sobre el hecho que el contenido de las Especificaciones Técnicas establecidas por EMCALI durante el Proceso de Selección diferían de las encontradas en la PTAR-C. En otras palabras, la teoría de las Especificaciones Técnicas distaba completamente de las necesidades reales de la PTAR en lo pertinente al estado de colmatación de las unidades a intervenir y las condiciones limitantes de los equipos a reponer. En consecuencia, varias de las actividades establecidas contractualmente por EMCALI no eran consistentes con las verdaderas necesidades encontradas en la PTAR-C, por lo que las Especificaciones Técnicas no describían realmente lo que, en realidad, exigía la PTAR-C, y ello llevó a que, durante la ejecución del Contrato, fuera necesario definir el verdadero alcance sobre la base de lo verdaderamente existente, lo que desvirtuó por completo el concepto de optimización establecido en la cláusula primera del Contrato.*

*Estas circunstancias sólo pudieron conocerse cuando EMCALI permitió a Acciona Agua y a Idom el acceso a la PTAR-C.*

*Teniendo en cuenta que las necesidades de la PTAR-C, encontradas en sitio, distaban diametralmente de las establecidas en las Especificaciones Técnicas propuestas por EMCALI, la Entidad Contratante propuso una reformulación del objeto contractual.*

*En virtud de lo anterior, EMCALI solicitó la inclusión de ítems adicionales, la eliminación de ítems contractuales y que Acciona Agua estudiase otras actuaciones que EMCALI denominó “actividades potenciales de cambio”, todo con el fin de lograr una reformulación completa del Proyecto.*

*Todo este proceso del proyecto de reformulación y el proyecto de otrosí consumió*

*ocho meses del Contrato, entre febrero de 2018 y octubre del mismo año, sin que tal periodo de tiempo se viera reflejado en una prórroga del mismo. Adicionalmente, la reformulación del Contrato no se suscribió por causas totalmente imputables a EMCALI, teniendo en cuenta que la Entidad Contratante señaló que la firma de dicha reformulación del Contrato no podía ir aparejada con el debido restablecimiento de la ecuación contractual a favor de Acciona Agua.*

*La gestión de Acciona Agua durante el periodo que se negoció la reformulación fue absoluta y completamente diligente, tal como así lo certificó la Interventoría en reunión de supervisión del 1º de octubre de 2018, consignada en Acta de Supervisión No. 19, y en la que, habiendo dicho EMCALI que Idom debía definir un plazo máximo para la toma de acciones fuertes al Contrato frente a supuestos incumplimientos del Contratista, Idom contestó que: “... en la actualidad, la única actividad del Contrato que está atrasada y afecta la ruta crítica del Contrato, corresponde a la entrega del Digestor A, la cual es de responsabilidad de EMCALI” (Subrayado fuera del texto).*

*El 7 de junio de 2019 se firmó el único otrosí al Contrato, y que se suscribió para ajustar algunas actividades, suprimir algunos ítems contractuales que habían sido ejecutados por EMCALI e incluir actividades adicionales. En dicho otrosí, Acciona Agua dejó las salvedades correspondientes para la salvaguarda de sus reclamaciones económicas y se reservó el derecho a reclamar por todos los daños y perjuicios causados por EMCALI, teniendo en cuenta los incumplimientos de parte de EMCALI en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, particularmente las relacionadas con: **(i)** la entrega de ingeniería de detalle, la entrega de áreas para trabajar, y la definición de obras a ejecutar, y **(ii)** que el plazo inicial del Contrato debía ampliarse para ejecutar el objeto contractual en su totalidad, teniendo en cuenta que la entrega de determinadas estructuras operativas por parte de EMCALI había sido demasiado lenta.<sup>47</sup>*

*Con oficio 3330581762019 del 30 de julio de 2019, EMCALI informó los hitos de entrega de las unidades de tratamiento de la PTAR-C; particularmente, para el caso de los Digestores, el oficio estableció que el tiempo de entrega a Acciona Agua sería de 3,5 meses, contrario a los plazos señalados durante el Proceso de Selección y los determinados en el cronograma de trabajo, por lo que la Interventoría precisó que este cambio de estrategia implicaba un incremento del plazo contractual de 32,5 a 37,5 meses.*

*Si bien, luego, EMCALI planteó la posibilidad de recortar los tiempos de entrega a 65 días, siempre y cuando EMCALI contara con los implementos especiales que permitieran trasvasar los lodos desde un Digestor a otro, en todo caso, el plazo del Contrato se extendería hasta 31 meses. La Interventoría aclaró que, en ningún momento, durante el desarrollo del Contrato, EMCALI dispuso de los mencionados elementos especiales.*

*La Entidad Contratante tampoco cumplió con la obtención de los permisos ambientales correspondientes a efectos de lograr la parada completa de la*

---

<sup>47</sup> Los incumplimientos de Emcali fueron suficientemente demostrados y documentados por Acciona Agua en múltiples comunicaciones presentadas como avances de obra, sustentadas en el programa Oracle Primavera P6.

PTAR-C durante 33 días, como se encontraba establecido en el cronograma de trabajo.

Con el fin de demostrar todos estos incumplimientos, se presenta con la presente Reforma de la Demanda un dictamen pericial técnico, en virtud del cual se hizo un análisis especializado sobre programación de obras y autoría de atrasos. Este análisis consta de seis ventanas, en el marco de las cuales se establecen los hechos singularizados y pormenorizados que afectaron el plazo contractual, y se determina a qué parte son imputables. Como consecuencia de los anteriores análisis, se constató que EMCALI impactó el cronograma de trabajo en 728 días, y si bien Acciona Agua pudo haber impactado el cronograma en 53 días, este periodo de tiempo fue concurrente con los atrasos de EMCALI, por lo que los atrasos de Acciona Agua son excusables.

Por ende, 675 días deben ser compensados a Acciona Agua, y el Contratista tiene derecho a reclamar todos los perjuicios causados por EMCALI en este periodo.

Teniendo en cuenta estos incumplimientos por parte de EMCALI, entre esa Entidad Contratante y Acciona Agua se empezó a negociar un Otrosí No. 2 al Contrato. Este otrosí estuvo totalmente negociado a diciembre de 2019; sin embargo, el proceso de negociación fue reiniciado por EMCALI en enero de 2020. El 28 de febrero de 2020 se suspendió la ejecución del Contrato con el fin, precisamente, de negociar y suscribir el Otrosí No. 2 al Contrato.

Ahora bien, y estando negociado el Otrosí No. 2, EMCALI decidió no suscribirlo porque no contrató la interventoría que ejerciera la supervisión de las obras y porque la Entidad Contratante no permitió a Acciona Agua dejar las salvedades correspondientes para poder reclamar todos los daños y perjuicios causados por EMCALI. Ante esta coyuntura, EMCALI puso en riesgo la integridad, seguridad y funcionamiento de la PTAR de Cañaveralejo, pues prefirió privar a Acciona Agua de discutir judicialmente el derecho a los sobrecostos, por encima de firmar el necesario y urgente otrosí que garantizara la optimización de la PTAR.

En consecuencia, la ejecución del Contrato se reanudó el 29 de abril de 2020 y el plazo contractual se venció el 5 de mayo de 2020, sin que EMCALI decidiera suscribir el Otrosí No. 2 que diera viabilidad a garantizar la sostenibilidad y eficiencia de la PTAR, y que permitiera continuar con la ejecución de las obras hasta el 30 de diciembre de 2020.

El periodo de liquidación del Contrato tuvo una duración de un año, contado a partir del 6 de mayo de 2020. Durante este periodo, EMCALI informó a Acciona Agua su intención de que se suscribiera un acuerdo de transacción que permitiera la ejecución de ciertas actividades prioritarias objeto del Contrato, y que eran necesarias para garantizar la funcionalidad de la PTAR.

El documento de transacción debidamente firmado fue enviado por Acciona Agua a EMCALI el 18 de diciembre de 2020, pero el mismo nunca fue devuelto a Acciona Agua, por lo que la transacción quedó sin vigor. En la comunicación respectiva, Acciona Agua concluyó: “Reiteramos que es urgente hacer el

correspondiente mejoramiento de la PTAR de Cañaveralejo, y no hacerlo puede implicar una urgencia de condiciones catastróficas. Por ende, Acciona Agua manifiesta su absoluta y completa voluntad para que puedan llevarse a cabo las actividades necesarias a efectos de que la PTAR de Cañaveralejo opere con normalidad”.

El plazo de liquidación del Contrato se venció sin que EMCALI firmara el acuerdo de transacción. Del mismo modo, entre las partes no se suscribió acta de liquidación bilateral al Contrato.

Como consecuencia de todo lo anterior, y conforme se detalla en las pretensiones y en el juramento estimatorio, Acciona Agua reclama una suma no inferior a cincuenta y un mil cuarenta y tres mil quinientos sesenta y cinco millones setecientos tres mil setenta y siete pesos (**\$43.565.703.077**), discriminada de la siguiente manera:

<b>Ítem</b>	<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
1	Valor de la factura FV AC023.	\$288.181.219
2	Intereses calculados desde la fecha en que debía pagarse la factura FV AC023 y hasta el 31 de enero de 2022.	\$80.637.970
3	Intereses calculados desde la fecha en que debían pagarse las facturas FV AC016, FV AC017, FV AC020 y FV AC021 y hasta la fecha de su pago efectivo.	\$84.914.961
4	Obras contractuales ejecutadas por Acciona Agua y no pagadas por EMCALI.	\$3.688.681.765
5	Intereses calculados desde la fecha en que debían pagarse las obras contractuales ejecutadas por Acciona Agua y no pagadas por EMCALI, con corte a 31 de enero de 2022.	\$1.244.608.134
6	Obras adicionales ejecutadas por Acciona Agua, por ser necesarias para dar cumplimiento al Contrato, y no pagadas por EMCALI.	\$487.959.699
7	Intereses calculados desde la fecha en que debían pagarse las obras adicionales ejecutadas por Acciona Agua, por ser necesarias para dar cumplimiento al Contrato, y no pagadas por EMCALI, con corte a 31 de enero de 2022.	\$209.600.442
8	Inventario de equipos suministrados por Acciona Agua para la optimización de la PTAR-C y no pagados por EMCALI.	\$25.415.813782
9	Intereses calculados desde la fecha en que debía pagarse el inventario de equipos suministrados por Acciona Agua para la optimización de la PTAR-C y no pagados por EMCALI, con corte a 31 de enero de 2022.	\$8.575.324.680
10	Mayores costos de administración en los que incurrió Acciona Agua para la ejecución del Contrato, la etapa de suspensión, la fase de liquidación y para la custodia y mantenimiento de los equipos suministrados por Acciona Agua y no recibidos por EMCALI.	\$2.816.088.329

<b>Ítem</b>	<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
11	Utilidad dejada de percibir por Acciona Agua.	\$649.322.714
12	Costos de liquidación del Patrimonio Autónomo constituido para la amortización del anticipo, en los términos de la cláusula sexta del Contrato.	\$24.569.382
<b>Total</b>		<b>\$43.565.703.077</b>

*Hasta el momento que terminó el Contrato, e incluso durante la etapa de liquidación, la PTAR-C continuaba siendo operada por EMCALI, sin que la ejecución del Contrato hubiera interferido en dicha operación.*

*En este momento, y a pesar de que el plazo del Contrato se encuentra vencido, así como el término para su liquidación, Acciona Agua continúa encargándose del cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, insumos y bienes suministrados a EMCALI para la PTAR-C.”*

### **3.- La contestación de la demanda y las excepciones de mérito**

El día 2 de junio de 2022 EMCALI contestó la reforma de la demanda arbitral<sup>48</sup> mediante la cual se opuso a todas las pretensiones de la reforma de la demanda inicial, se refirió a los hechos contenidos en la misma y propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. Falta de requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual imputable a EMCALI.
2. Excepciones al juramento estimatorio
3. No amortización del anticipo y uso inadecuado del anticipo. desconocimiento de la cláusula sexta del contrato.
4. Nadie está obligado a lo imposible: EMCALI no podía ejecutar labores de la interventoría ni interferir en su accionar.
5. Excepción de contrato no cumplido: ACCIONA AGUA incumplió el contrato de obra ocasionando el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de EMCALI.
6. ACCIONA AGUA es responsable por los riesgos que se ocasionaron durante la ejecución del contrato.
7. ACCIONA AGUA no puede alegar su propia culpa.
8. ACCIONA AGUA no puede ir en contravía de sus propios actos.
9. Excepción genérica.

<sup>48</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 53.



#### **4. La demanda de reconvención presentada por EMCALI - pretensiones**

La parte Convocada solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, que se transcriben tal y como fueron presentadas en la demanda de reconvención<sup>49</sup>:

##### **A. PRETENSIONES DECLARATIVAS.**

*PRIMERA. Que se declare que ACCIONA SAU – SUCURSAL COLOMBIA ha incurrido en la violación del principio de conmutatividad y en el incumplimiento de varias de las obligaciones a su cargo contenidas en el Contrato de Obra No. 300-GAA- CO-1250-2017, cuyo objeto era la “optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”, celebrado con EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE – E.S.P.*

*SEGUNDA. Que se declare que las obligaciones que se contenían en el contrato No. 300- GAA-CO-1250-2017 eran de resultado, de tal manera que el único cumplimiento de dichas obligaciones es desarrollar íntegramente el objeto contractual establecido.*

*TERCERA. Que se declare que la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “los retrasos que se deriven por falta de información y claridad por parte del contratista serán de su absoluta responsabilidad. No se aceptan actas de pago de suministros antes de que se haya verificado su correspondiente instalación, y para el pago final de las cantidades ejecutadas requerirá del recibo a satisfacción del interventor” fue incumplida de parte de ACCIONA en cuanto no instaló y puso en funcionamiento los equipos necesarios para cumplir con el objeto del contrato.*

*CUARTA. Que se declare que la obligación contenida en el numeral segundo de la cláusula octava del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “El contratista desarrollará el objeto del contrato conforme a las especificaciones y/o requerimientos técnicos contenidos en los términos de referencia” fue incumplida de parte de ACCIONA.*

*QUINTA. Que se declare que la obligación contenida en el numeral tercero de la cláusula octava del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “Cumplir con lo estipulado en las CEC, CGC y en la propuesta presentada entregando la obra contratada de acuerdo con los criterios de calidad, exigibles, los diseños, los planos y las especificaciones de construcción que hacen parte del pliego de condiciones, con sujeción a los precios unitarios estipulados y dentro de los plazos establecidos” fue incumplida.*

*SEXTA. Que se declare que la obligación contenida en el numeral once de la*

---

<sup>49</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 6

cláusula octava del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “Atender los requerimientos que imparta el interventor del contrato, quien se encargará de la vigilancia y control, tendientes a la buena ejecución del objeto contractual” fue incumplida de parte de ACCIONA.

SÉPTIMA. Que se declare que la obligación contenida en el numeral once de la cláusula octava del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “Tramitar aquellos permisos que sean necesario para la ejecución de los trabajos que resulten adicionales a los que entre EMCALI. Así mismo asumirá los pagos que por concepto de estos trámites se genere.” Fue incumplida de parte de ACCIONA, toda vez que la empresa contratista no tramitó los permisos que le correspondían para realizar el objeto del contrato ante las autoridades ambientales competentes.

OCTAVA. Que se declare que la obligación contenida en el numeral trece de la cláusula octava del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “Todas las contenidas en el alcance del objeto y a lo largo de este contrato” fue incumplida de parte de ACCIONA.

NOVENA. Que se declare que la obligación contenida en el numeral primero de la cláusula octava del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “Suministrar y mantener, en las etapas que resulten pertinentes durante la ejecución de la obra y hasta la entre de las misma, el personal ofrecido y requerido para la ejecución del objeto contractual. En todo caso, el contratista deberá contar con los profesionales o técnicos requeridos para cumplir con el objeto contractual, con la dedicación en tiempo requerida” fue incumplida de parte de ACCIONA por incluir personal no capacitado para desarrollar el objeto contractual.

DÉCIMA. Que se declare que Acciona incumplió con el objeto contractual y este, como experto y conforme a la Clausula Primera conocía la forma de ejecutar el trabajo y sus especificaciones. En este mismo sentido, La Clausula Sexta del Contrato consagró que los riesgos que se deriven por la falta de información y claridad del contratista son de su responsabilidad. Lo anterior teniendo en cuenta que, el objeto contractual consiste en una obligación de resultado y, en ese orden de ideas, no procede el reconocimiento de gastos causados por suministros toda vez que, Acciona cumple con el contrato cuando entregue en funcionamiento y probada la PTAR-C “los retrasos que se deriven por falta de información y claridad por parte del contratista serán de su absoluta responsabilidad. No se aceptan actas de pago de suministros antes de que se haya verificado su correspondiente instalación, y para el pago final de las cantidades ejecutadas requerirá del recibo a satisfacción del interventor”.

UNDÉCIMA. Que se declare que EMCALI no debía asumir los eventuales daños derivados de la falta de uso o mantenimiento de equipos que por causa o con culpa de ACCIONA no estén al servicio del proyecto. Lo anterior debido a que los equipos no fueron instalados y no cuentan con un recibido a satisfacción, hecho que despeja cualquier responsabilidad de parte de EMCALI frente al deber de custodia y cuidado, tal y como se encuentra indicado en los artículos 1730, 1880, 1882 y 1884 del Código Civil colombiano, entre otros referentes normativos aplicables a la cuestión arriba explicada.

**B. PRETENSIONES DE CONDENAS.**

*DUODÉCIMA. Condenar a ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de ONCE MIL MILLONES QUINIENOS SESENTA (sic) MIL TRESCIENTOS DOS MIL PESOS Y SEISCIENTOS TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$11.560.302.632) por concepto de saldo anticipo sin amortizar.*

*DÉCIMA TERCERA. Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de CUATROSCIENTOS (sic) VIENTI (sic) CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVEESCIENTOS (sic) SETENTA Y TRES PESOS (\$425.656.973) por concepto de valor mayor facturado.*

*DÉCIMA CUARTA. Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de CATORCE MIL MILLONES NOVEESCIENTOS (sic) NOVENTA Y UN MIL QUINIENOS NOVENTA MIL PESOS Y QUINIENOS OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 14.991.590.586) por concepto de clausula penal.*

*DÉCIMA QUINTA. Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de NUEVE MIL MILLONES SETESCIENTOS (sic) DIECINUEVE MIL CUATROSCIENTOS (sic) DIEZ PESOS Y SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$9.719.410.668) por concepto de nueva contratación para ejecutar obras faltantes.*

*DÉCIMA SEXTA. Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de CIENTO DIECIOCHO MIL MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y UN MIL PESOS Y SESENTA Y SESIS (sic) CENTAVOS (\$ 118.332.161.046) por concepto de mayor pago de tasa ambiental.*

*DÉCIMA SÉPTIMA. Que el tribunal realice la liquidación del Contrato No. 300-300GAA- CO-1250-2017, incluyendo los rubros en los que se declara que ACCIONA AGUA SAU- SUCURSAL COLOMBIA adeuda sumas de dinero contra EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE – ESP, así como en todos aquellos rubros en los cuales resulte condenado ACCIONA SAU, conforme a lo que se pruebe en el proceso.*

*DÉCIMA OCTAVA. Que se condene en costas a la empresa ACCIONA AGUA SAU - SUCURSAL COLOMBIA*

*DÉCIMA NOVENA. Que se condene a ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- al pago de las agencias en derecho.*

**5. Hechos planteados por EMCALI**

Los hechos que soportan las pretensiones de la parte Convocante en reconvención

están relacionados en el texto de la demanda de reconvención y se resumen así<sup>50</sup>:

Inicialmente, refirió que el día 14 de diciembre de 2017 las Empresas Municipales de Cali – EMCALI, y ACCIONA SAU – sucursal Colombia suscribieron el contrato número 300-GAA-CO-1250-2017 con el objeto de amortizar las mejoras de la infraestructura existente de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, y que su valor fue pactado en la suma de \$74.957.952.932, con un plazo de ejecución de veinticinco (25) meses, contados a partir de firmar la respectiva acta de inicio.

Agregó que en el objeto de adelantar las obras consistentes en: 1) unidad de potencia hidráulica de cámara de derivación, 2) cámara de rejillas gruesas, 3) estación de bombeo de tornillo, 4) estructura de tratamiento preliminar, 5) sistema de sedimentadores primarios, 6) sistema de espesador de lodos en concreto reforzado, 7) edificio de digestión, 8) sistema de digestores, 9) edificio de deshidratación, 10) sistema transportador de biosólidos, 11) patio de lodos, 12) sistema de generación eléctrica de 2000KW, 13) sistema de tuberías de lodo primario, 14) vulnerabilidad estructural de todo el sistema de tratamiento, evaluación y reforzamiento, 15) vías de acceso, 16) sistema de instrumentación y control tipo SCADA, 17) sistema eléctrico, 18) laboratorio de aguas residuales, 19) sistema de red contra incendio, 20) los demás aspectos técnicos contenidos en la especificación técnica 1010.

Posteriormente, indicó que de acuerdo con lo previsto en la cláusula segunda se incorporaron en el contrato los términos de referencia de competencia abierta, sus adendas y la propuesta del contratista donde se señala tener pleno conocimiento de la forma de ejecución del contrato.

Añadió que el día 18 de diciembre de 2017 se suscribió entre EMCALI e IDOM *Consulting, Engineering, Architecture* SAU – sucursal Colombia, el contrato de interventoría número 300-GAA-CI-1267-2017, con el objeto de “*Realizar la Interventoría Técnica, Administrativa, Financiera, y Legal del contrato que surja del Proceso de Contratación No. 900-GAE-CA-430-2017, cuyo objetivo es la*

---

<sup>50</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 6.

*Optimización de las Mejoras de la Infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo*” y las partes firmaron el acta de inicio el día 23 de diciembre de 2018.

Destacó que a través del memorando número 300-GAA-01362-17 de 21 de diciembre de 2017 el gerente de la unidad estratégica de negocio de acueducto y alcantarillado designó al director de aguas residuales y al jefe de departamento de tratamiento, ingenieros Carlos Alfonso de los Ríos y Gilberto Sepúlveda Cárdenas, en calidad de supervisores del contrato número 300-GAA-CO-1267-2017.

Señaló que el acta de inicio del contrato número 300-GAA-CO-1267-2017, se suscribió el día 5 de febrero de 2018 y posteriormente se emitió el otrosí número 1 al contrato referenciado, por medio del cual se acordó modificar el anexo del contrato denominado “*FORMULARIO DE CANTIDADES Y PRECIOS*”, sin alterar el presupuesto del contrato, así:

*I) suprimir 11 ítems del contrato y reducir la cantidad del ítem 3.5 de cuatro a dos unidades (II) adicionar o incorporar 27 ítems al contrato (III) Desglosar el pago de los ítems 3.4, 17.7, 17.8, 17.9, 17.9, 17.11, 17.12, 17.15, 17.16, 17.17 y 19.1 del contrato; todo ello, con el fin de remunerar la ejecución de las unidades funcionales recibidas a satisfacción por la interventoría (IV) desglosar los pagos del ítem 14.1 de manera que se remunere realmente la ejecución de las unidades funcionales del capítulo 14*

Enfatizó que el incumplimiento del contrato referido por parte de ACCIONA SAU – sucursal Colombia, se documentó a través de las actas de comité de obra, comunicados, informes, entre otros, haciendo referencia al oficio número 2019-21382-0581-EM de 4 de julio de 2019, por medio del cual IDOM alertó a la compañía de seguros el atraso en la ejecución de la obra, a su vez, citó el oficio 2019-21382-0668-EM de 30 de agosto de 2019 por el cual se puso en evidencia el incumplimiento de la asociación Acciona en sus obligaciones ambientales, especificando los ámbitos:

*4.1. Entregas del Plan de Acción y Cumplimiento Ambiental (PACA) 4.2. Entrega de documentos del Sistema de Gestión Seguridad y Salud en el trabajo (SG-SST) y sus aplicativos anexos 4.3. Campamento de interventoría. 4.4. Entrega del Programa General del Trabajo. 4.5. Incumplimiento sistemático en los plazos parciales de ejecución del contrato.*

Con estos mismos fundamentos citó múltiples comunicaciones emitidas por IDOM en su gestión de interventoría, y EMCALI en calidad de contratante, las cuales se relacionan a continuación:

- Oficio número 2019-21382-0750-EM de 25 de octubre de 2019 “3. *Incumplimiento en la entrega definitiva del cronograma de trabajo y solicitud de reprogramación*”, enfatizada en el plan de general de trabajo técnicamente útil para el proyecto, entre otros, i) suministros, instalación, prueba y puesta en servicio moto-generadores de energía a gas, ii) sistemas contra incendio, iii) sedimentadores, iv) digestores.
- Oficio número 2020-21382-0844-AC de 23 de enero de 2020 por el cual se declaró el incumplimiento del ítem 12.6. (suministro, instalación, prueba y puesta en servicio de moto-generadores de energía a gas, incluye retiro moto-generadores existentes) que debió realizarse entre el 18 de mayo de 2018 y 23 de enero de 2020.
- Oficio número 2020-21382-0854-AC de 29 de enero de 2020 en el que se efectuó el requerimiento a Acciona Agua que la obra debió entregarse el día 2 de julio de 2018, teniendo en cuenta el programa general de trabajo (PGT).
- Oficio número 2020-21382-0855-EM de 29 de enero de 2020 de IDOM a través del cual manifestó a los ingenieros Carlos Gallego y Gilberto Sepúlveda, supervisores del contrato de interventoría que existía incumplimiento contractual de parte de Acciona Agua SAU por el atraso en la ejecución de la obra.
- Oficio número 2020-21382-0856-TER de 29 de enero de 2020 de IDOM por medio del cual comunicó a la Compañía Nacional de Seguros Colombia que se declaraba el incumplimiento contractual del contratista como consecuencia del atraso en la ejecución de la obra, relacionada con las obras civiles del digestor a).
- Oficio número 2020-21382-0857-AC de 30 de enero de 2020 de IDOM dirigido al ingeniero Jorge Andrés Díaz Salazar, relacionado con las obras del digestor e), comunicación que fue reiterada a través del oficio 2020-21832-0884-EM de 10 de febrero de 2020.
- Informe de interventoría de 30 de enero de 2020 emitido IDOM por medio

del cual declaró el incumplimiento, al advertir que el contrato se ejecutó hasta el 58%, lo que dio origen a las mesas de negociaciones con Acciona.

- Oficio número 2020-21382-0858-EM de 31 de enero de 2020 dirigido a EMCALI, en el que manifestó el incumplimiento de obras civiles del digestor e).
- Oficio número 2020-21382-0859-TER de 31 de enero de 2020 dirigido a la Compañía de Seguros Colombia, por el cual señaló el incumplimiento tipificado en el contrato imputable a Acciona Agua SAU.
- Oficio número 2020-21382-0860-EM de 31 de enero de 2020 de IDOM a través del cual informó al doctor Andrés Felipe Trujillo Flórez, director contractual EMCALI la actualización de los incumplimientos del contratista previstos en el ítem 12.6 moto-generadores, capítulo 8 – digestor a) capítulo 8 – digestor e).
- Oficio 2020-21382-0877-AC de 6 de febrero de 2020 de IDOM por medio del cual efectuó advertencia al contratista con el fin de presentar soluciones derivadas sobre el avance de obra.
- Oficio número 2020-21382-0878-EM de 6 de febrero de 2020 de IDOM, por el cual manifestó la declaración de incumplimiento al contratista.
- Memorando número 9200101732020 de 18 de febrero de 2020 emitido por el director contractual de la gerencia de área de abastecimiento empresarial por medio del cual remitió a la dirección jurídica de EMCALI la información sobre el trámite sancionatorio.
- Memorando número 3330100332020 de 19 de febrero de 2020 expedido por el jefe de departamento de tratamiento de la unidad estratégica de negocio de acueducto y alcantarillado, por medio del cual comunicó al gerente de área de abastecimiento empresarial el incumplimiento del contrato 300-GAA-CO-1250-2017 en relación con las obras civiles del digestor e).
- Oficio número 2020-21382-0904-AC de 20 de febrero de 2020 emitido por IDOM a través del cual informó al contratista el incumplimiento del contrato relativo a las obras civiles sedimentador 7, con un atraso de 242 a 120 días, contados a partir del 20 de enero de 2020, asimismo advirtió de las multas derivadas de dicho incumplimiento.
- Oficio número 2020-21382-0905-EM de 20 de febrero de 2020 emitido por IDOM por el cual le informó a EMCALI la declaración de incumplimiento del

contrato relativo a las obras civiles sedimentador 7.

- Informe final proferido por IDOM el día 22 de febrero de 2020 por medio del cual advirtió los incumplimientos registrados al contratista correspondientes a los siguientes ítems:

- Entrega del plan de acción y cumplimiento ambiental (PACA) (8.2.)

Fecha requerida de entrega: 5 de febrero de 2018

Fecha real de entrega: 22 de marzo de 2018

Días de retraso: 45

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: leve;

- Sistema de seguridad social SG-SST (8.3)

Fecha requerida de entrega: 5 de febrero de 2018

Fecha real de entrega y matriz de riesgo: 22 de mayo de 2018

Días de retraso: 106

Fecha de entrega del plan de emergencia: 1 de junio de 2018

Días de atraso: 116

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: leve

- Campamento de interventoría (8.4)

Fecha requerida de entrega: 5 de marzo de 2018

Fecha real de entrega: 25 de mayo de 2018

Días de retraso: 82

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: moderada

- Entrega del programa general de trabajo PGT (8.5)

Fecha requerida de entrega del PGT: 5 de febrero de 2018

Fecha de entrega atendiendo las observaciones de interventoría: 28 de



junio de 2018

Días de retraso: 144

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: grave

- Reprogramación (8.6)

Fecha requerida de entrega: 12 de junio de 2019

Fecha de entrega (incompleta): 16 de agosto de 2019

Días de retraso: 65

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: grave

Como base de la reprogramación se impartió el trámite relacionado con los comités de obra 35 de 21 de marzo de 2019, 35 de 28 de marzo de 2019, 37 de 10 de abril de 2019, 39 de 14 de mayo de 2019, oficio 2019-21382-AC de 24 de abril de 2019, oficio CO05C1-DP-CR-AAG-IDO-0473 de 20 de junio de 2019 relacionada con la afectación de la línea base, el otrosí No. 1.

- Director del proyecto del contratista (8.7)

Plazo señalado: 4 de diciembre de 2018

Registro de incumplimiento por parte de la interventoría: 5 de diciembre de 2018 - Días transcurridos desde la fecha de corte de informe: 444

- Ingeniero civil residente (8.8)

Discontinuidad en el cargo de ingeniero residente de obra civil, se dividió en dos aspectos en cuenta a los requerimientos de los términos de referencia de EMCALI: 1. Incumplimiento de 28 días, sin asignación del cargo al inicio del contrato (5 de febrero de 2018), 2. Incumplimiento de 88 días, sin asignación del cargo al reemplazo del ingeniero Joya por ingeniera Campo. Registro de total de vacancia: 116 días.

- Suministro, instalación, prueba y puesta en servicio de moto generadores de energía a gas (8.9.)

Fecha de inicio del ítem 12.6 según PGT: 18 de mayo de 2018

Fecha de inicio real de actividad: 27 de junio de 2019

Días de atraso: 405 en la definición del equipo por parte del contratista

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: gravísima

Incumplimiento respecto a la entrega del equipo en el plazo contractual:

Fecha entrega equipo debidamente probado según PGT: 23 de enero de 2020

Fecha de vencimiento del plazo contractual: 4 de marzo de 2020

Días de atraso: 41

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: gravísima

Incumplimiento respecto a la entrega a EMCALI del equipo debidamente probado según RPGM;

Fecha de entrega según reprogramación: 7 de septiembre de 2020

Días de atraso según reprogramación: 228

Imputabilidad del contratista: total

Gravedad del atraso: gravísima

- Capítulo 8 - obras civiles del digestor a (8.10)

Fecha de entrega digestor a): 8 de noviembre de 2018

Plazo de ejecución 85 días

Fecha teórica de entrega digestor a por Acciona: 1 febrero de 2019

Fecha teórica de entrega digestor a por Acciona: 19 diciembre de 2019

Días de atraso a 20 de julio de 2019: 321

Gravedad del atraso: gravísima

El análisis de ejecución de las obras civiles internas de reparación, impermeabilización y reforzamiento estructural del digestor a, a partir del día 1 de junio de 2019, con los mismos tiempos y secuencias propuestos por Acciona en su PGT concluyen en el resultado de atraso:

Fecha de firma del otrosí 1: 1 de junio de 2019

Fecha teórica inicio de intervenciones civiles en digestor a: 1 de junio de 2019

Plazo de ejecución: 85 días

Fecha teórica de entrega digestor a por Acciona: 25 agosto de 2019

Fecha real de entrega digestor a por Acciona: 19 de diciembre de 2019

Días de atraso: 116

Gravedad del atraso: gravísima

Obras civiles de digestor E (8.11)

Fecha de entrega digestor E por EMCALI: 26 de enero de 2019

Plazo de ejecución: 92 días

Fecha inicio actividades digestor E por Acciona: 27 enero de 2019

Fecha programada entrega digestor E por Acciona: 29 abril 2019

Fecha real de entrega del digestor E por Acciona: 22 enero de 2020

Días de atraso a 20 de julio de 2019: 268

Gravedad del atraso: gravísima

Fecha de firma del otrosí 1: 1 de junio de 2019

Fecha teórica inicio de intervenciones civiles en digestor e: 1 de junio de 2019

Plazo de ejecución: 85 días

Fecha teórica de entrega digestor E por Acciona: 25 agosto de 2019

Fecha real de entrega digestor E por Acciona: 19 diciembre de 2019

Días de atraso: 116

Gravedad del atraso: gravísima

○ Capítulo 5 – obras civiles sedimentador 6 (8.12)

Fecha requerida de inicio sedimentador 6: 11 de mayo de 2018

Plazo de ejecución según PGT: 109 días (según *MS project*)

Fecha teórica de entrega sedimentador 6: 28 de agosto de 2019

Días de atraso al 20 de enero de 2020: 541

Gravedad del atraso: gravísima

Términos contados a partir de la segunda fecha -otrosí 1 de 30 de mayo de 2018 y según PGT del contratista:

Fecha requerida de inicio sedimentador 6: 1 de junio de 2019

Plazo de ejecución según PGT: 109 días (según *MS project*)

Fecha teórica de entrega sedimentador 6: 18 de septiembre de 2019

Días de atraso al 20 de enero de 2020: 124

Gravedad del atraso: gravísima

Las medidas adoptadas para advertir el atraso relacionado con el ítem antes referenciado se efectuaron a través del oficio 2018-21382-0218-AC de 11 de septiembre de 2018, comités de obra número 17 de octubre de 2018, 18 de 24 de julio de 2018, 19 de 8 de agosto de 2018, 20 de 23 de agosto de 2018, 21 de 28 de agosto de 2018, 22 de 13 de septiembre de 2018, 23 de septiembre de 2018, 24 de febrero de 2018, 25 de 10 de octubre de 2018

- Obras civiles sedimentador 8 (8.13)

Fecha inicio Sedimentador 8 según primera entrega EMC: 22 de mayo de 2018

Plazo de ejecución según PGT: 111 días (según *MS project*)

Fecha teórica de entrega sedimentador 8: 9 de sept de 2018

Días de atraso al 20 de enero de 2020: 497

Gravedad del atraso: gravísima

Fecha de inicio Sedimentador 8 segunda entrega EMC: 15 de agosto de 2018

Plazo de ejecución según PGT: 111 días (según *MS project*)

Fecha teórica de entrega sedimentador 8: 4 de diciembre de 2018

Días de atraso al 20 de enero de 2020: 412

Gravedad del atraso: gravísima

- Obras civiles sedimentador 7 (8.14)

Fecha de inicio sedimentador 8 entrega EMC: 6 de mar de 2019

Plazo de ejecución según PGT: 109 días (según *MS project*)

Fecha teórica de entrega sedimentador 8: 23 de junio de 2019

Días de atraso al 20 de enero de 2020: 211

Gravedad del atraso: gravísima

- Oficio número 2020-21382-911 de 24 de febrero de 2020 emitido por IDOM dirigido a EMCALI, por el cual actualizó los incumplimientos del contratista, en relación con el capítulo 5, así:

Sedimentador 6: oficios 2020-21382-877-AC, 2020-21382-0878-EM, 2020-21382-0879-TER.

Sedimentador 8: oficios 2020-21382-883-AC, 2020-21382-0884-EM, 2020-21382-0885-TER.

Sedimentador 9: oficios 2020-21382-0904-AC, 2020-21382-0905-EM, 2020-21382-0906-TER.

- Memorando número 1400114552020 de 24 de febrero de 2020 expedido por la dirección jurídica de EMCALI, por medio del cual remitió al director contractual de la gerencia área de abastecimiento empresarial los memorandos relacionados con los incumplimientos del contrato 300-GAA-CO-1250-2017.

A su vez, aseveró que el día 28 de febrero de 2020 las partes de común acuerdo suscribieron el acta de suspensión número 1 durante los días 2 a 24 de marzo de 2020, periodo en el que el contratista se comprometió a la entrega de un plan de trabajo y cronograma.

Agregó que en cumplimiento a las medidas de orden público decretadas por el gobierno nacional relacionadas con la emergencia sanitaria adoptada a través del Decreto 457 de 22 de marzo de 2020, se limitó el acuerdo suscrito con antelación, por lo que en efecto las partes de común acuerdo suspendieron el contrato durante el período comprendido entre el día 25 de marzo de 2020 a 13 de abril de 2020.

En este orden de ideas, resaltó que con posterioridad las partes suscribieron el acta de suspensión número 3, con el objeto de ampliar el plazo del contrato de obra número 300-GAA-CO-1250-2017 entre los días 22 de abril de 2020 y 3 de mayo de

2020.

Posteriormente, afirmó que Acciona Agua SAU – sucursal Colombia, solicitó el día 6 de mayo de 2020 la suspensión del contrato número 4, condicionada a los ajustes del cronograma una vez desaparezcan los efectos de la pandemia denominada covid-19, indicando así que EMCALI que procedió a proyectar el acta de suspensión desde el día 6 de mayo de 2020 hasta 7 de junio de 2020, documento que no fue suscrito por el contratista. Bajo estas condiciones, destacó que Acciona Agua buscaba una ampliación para el beneficio de sus intereses y así asegurar un cobro por mayor permanencia, toda vez que el cronograma era incierto.

En relación con los ítems 4.1, 4.2 y 4.10 en lo atinente a la reparación y rehabilitación interna de estructuras de concreto, impermeabilización interna del tanque de concreto con poliurea y construcción de acceso a cámara de integración para la evacuación de arena de 900 mm de diámetro con tapa de acero inoxidable y empaque de silicona, se hizo imposible su ejecución, toda vez que dichas actividades requerían una parada total de la planta, situación que no había sido autorizada por la Corporación Autónoma Regional del Valle CVC y el Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente -DAGMA-.

Reiteró que era obligación de Acciona Agua SAU – sucursal Colombia, tener conocimiento sobre la pausa de la PTAR y la cantidad de tiempo que debía mantener en ese estado, con base en lo pactado, siendo imperativa la entrega del programa general de trabajo lo que conllevó a que IDOM *Consulting, Engineering, Architecture* SAU – sucursal Colombia, declarará el incumplimiento contractual.

Respecto a los permisos y licencias que se debían tramitar señaló que se encontraban contenidas en las obligaciones previstas en la cláusula novena del contrato número 300-GAA-CO-1250-2017 **“Tramitar aquellos permisos que sean necesarios para la ejecución de los trabajos que resulten adicionales a los que entregue EMCALI. Así mismo, asumirá los pagos que por concepto de estos trámites se genere”**. (Se destaca)

Adicionalmente expuso que de acuerdo con la cláusula sexta del contrato se

estableció la responsabilidad civil contractual por parte contratista ante la existencia de retrasos que se deriven por la falta de información y claridad por parte del contratista, por lo que consideró que es de pleno resorte la confección de estudios y diseños de los equipos a instalar y poner en funcionamiento no se advirtió que debía pararse la operación de la PTAR por lo menos por término de un (1) mes, condición imposible por parte de la entidad dado los efectos ambientales que de ello se derivaría.

Finalmente, indicó que en respuesta al oficio CO05C1-DP-CR-AAR-EMC-0992 el gerente general de EMCALI le informó al representante legal de Acciona Agua SAU – sucursal Colombia la entrega del anticipo del 20% del contrato en la cuantía de \$14.991.590.586 y el contratista mediante 15 actas de pago sólo logró amortizar \$3.431.287.952, quedando un remanente de \$11.560.302.634 a favor de la entidad; en virtud de lo anterior, no es procedente autorizar el retiro de los equipos que se encuentra en la PTAR-C.

## **6. Excepciones o medios de defensa de ACCIONA AGUA**

Las excepciones, oposiciones o medios de defensa propuestas por la parte Convocante, según la contestación a la demanda de reconvención, son las siguientes<sup>51</sup>:

1. Inexistencia del incumplimiento. Cumplimiento del contrato por parte de Acciona Agua.
2. Incumplimiento de EMCALI al contrato
3. Excepción de contrato no cumplido. EMCALI incumplió sus obligaciones contractuales, y por tal motivo impidió a Acciona Agua ejecutar el contrato de forma completa y dentro del plazo inicialmente previsto.
4. Compensación
5. Mala fe de EMCALI
6. Genérica

## **7. Intervención y concepto final del Ministerio Público**

---

<sup>51</sup> Cuaderno principal del expediente digital – Archivo 21.

El Tribunal destaca la activa participación del Ministerio Público durante todo el trámite arbitral, y la presentación de su concepto verbal y escrito en la correspondiente Audiencia de Alegaciones. En este concepto, el Ministerio Público hizo un detallado análisis de los antecedentes de la controversia, de la naturaleza y régimen jurídico del contrato materia de arbitraje y de los principios de la contratación estatal, para finalmente incorporar un análisis del caso concreto. Con ocasión de este particular examen, revisó las disposiciones contractuales y las legales aplicables, la jurisprudencia administrativa y constitucional, así como el acervo probatorio, habiendo concluido, en síntesis: *“que existieron procederes contractuales de ambas partes que alcanzan a consolidar incumplimientos contractuales mutuos, independientemente de la connotación de los mismos; graduación que el panel arbitral tendrá en cuenta para el momento de precisar la cuantificación de las condenas de la demanda principal y de reconvención*<sup>52</sup>.

### **CAPÍTULO III**

#### **PRESUPUESTOS PROCESALES**

##### **1. Presupuestos procesales generales**

Previo al análisis de fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que encuentra debidamente establecidos los presupuestos para proferir el Laudo arbitral y no observa circunstancia alguna que pudiera ser constitutiva de nulidad y que amerite retrotraer la actuación surtida. En efecto:

- a. Tanto la parte Convocante como la parte Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido debidamente representadas al proceso.
- b. Ambas partes actuaron por conducto de apoderados debidamente

---

<sup>52</sup> Cuaderno principal del expediente digital –Archivo 106.



- autorizados y reconocidos por el Tribunal como tales.
- c. El Tribunal se integró e instaló en debida forma.
  - d. Se consignaron oportunamente las sumas que les correspondían, tanto por concepto de gastos, como por concepto de honorarios.
  - e. Las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y las Partes tenían capacidad para actuar en el trámite arbitral.
  - f. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas para el efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.
  - g. No se advierte causal de nulidad que afecte la actuación.

## **2. Control de legalidad**

En lo que atañe al control de legalidad, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto la importancia y alcance de dicha figura, concluyendo que superadas las etapas procesales sin que las partes aleguen las posibles irregularidades, estas no podrán ser alegadas con posterioridad, al respecto se resalta:

*Así que, si de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, “Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrearán nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas”, desde el instante mismo se enteraron los intervinientes de la irregularidad invalidante debieron propender por su regularización, de lo que prescindieron para apelar la sentencia, convalidando así cualquier inconformidad.<sup>53</sup> (Subrayado fuera del texto)*

Sumado a la referida postura jurisprudencial, la doctrina ha expuesto de manera muy clara los efectos que produce el control de legalidad y su eficacia en el saneamiento del proceso, lo que se destaca a continuación:

### **6. QUÉ EFECTOS PRODUCE EL CONTROL DE LEGALIDAD**

*Entre las consecuencias que puede producir el control de legalidad, cabe destacar las siguientes:*

#### *6.1 Convalidar irregularidades*

*En tanto se haya podido descubrir irregularidades susceptibles de*

---

<sup>53</sup> CSJ, Cas. Civil, Sent. jul. 18/2016 Rad. SC9706-2016 M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

*convalidación y la parte afectada haya manifestado su conformidad, la actuación se entiende convalidada y por siguiente queda conjurado el riesgo de que en el futuro se alegue la nulidad por esa razón.*

(...)

### *6.3 Impedir alegación ulterior de vicios*

*En tanto haya sido convalidada la actuación, o corregidos los vicios, queda proscrita la alegación futura con fines de invalidación.*

### *6.4 Comprometer al juez y a las partes con la eficacia de la actuación*

*En definitiva, el control de legalidad obliga al juez y a las partes a reconocer que el proceso está depurado de los vicios observados, y por lo tanto no es legítimo estudiarlos de nuevo y mucho menos decretar la nulidad con fundamento en ellos.<sup>54</sup> (Se destaca)*

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se surtió el control de legalidad del proceso en audiencias realizadas el 31 de agosto de 2022 (finalizada la audiencia de conciliación) 28 de septiembre de 2022 (primera audiencia de trámite), 9 de mayo de 2023 (cierre de etapa probatoria) y 14 de junio de 2023 (concluida la etapa de alegaciones), oportunidades en las que el Tribunal realizó el siguiente control de legalidad de este trámite, y en las que las partes y el Ministerio Público, validaron tal conclusión y expresaron que no existe vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

*De conformidad con los artículos 42, numeral 12 y 132 del Código General del Proceso, en ejercicio del control de legalidad, el Tribunal advierte que no existen vicios ni irregularidades que generen la nulidad de lo actuado en la etapa de este arbitraje que concluye con el cierre de la etapa probatoria*

*Interpeladas las partes por el Tribunal sobre el alcance de este control de legalidad manifestaron no tener objeción ni observación alguna.*

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal concluye que el trámite arbitral goza de integridad y corrección, sin que al momento de dictar el laudo se hubiese advertido ninguna causal de nulidad del proceso, ni una irregularidad que lo pueda afectar.

---

<sup>54</sup> Rojas Gómez, Miguel Enrique. *El control de legalidad*. en la obra “XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Publicaciones Universidad Libre. Primera Edición, 2016, p. 434 y 435.

## **CAPÍTULO IV**

### **EVALUACIÓN DE LA CONTROVERSIA - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **A. LA DEMANDA DE ACCIONA AGUA**

##### **1. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS RELATIVAS AL CONTRATO 300-GAA-CO-1250-2017**

###### **1.1. Pretensión sobre los estudios previos del Contrato**

###### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En la pretensión primera de la demanda, solicita la parte convocante lo siguiente:

*“1.1. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP elaboró y redactó los estudios previos del Proceso de Selección No. 900-GAE-CA-0430-2017, las Condiciones Generales de Contratación, las Condiciones Específicas de Contratación y el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.*”

ACCIONA puso de presente que EMCALI publicó las Condiciones Específicas de Contratación y las Condiciones Generales de Contratación del proceso contractual No. 900-GAE-CA-0430-2017, en su plataforma de contratación, en el mes de agosto de 2017.

Indicó que para la planeación del Proceso de Selección, EMCALI contrató una consultoría técnica, ambiental y económica denominada “Estudios y diseños básicos para la ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) de Cañaveralejo a Tratamiento Secundario” con Hazen and Sawyer.

###### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI señaló que durante el proceso de selección se realizó audiencia de precisión de términos y visita técnica y se dio la posibilidad de presentar observaciones a los términos de referencia.

###### **c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

No existe discusión entre las partes respecto del hecho de que la Convocada fue quien elaboró y redactó los estudios previos del proceso de selección, así como las condiciones de contratación. Ello aparece acreditado, en primer lugar, con el documento denominado “CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE EMCALI CGC- EMCALI O CGC”<sup>55</sup>, el denominado “TÉRMINOS DE REFERENCIA – CONDICIONES ESPECÍFICAS DE LA CONTRATACIÓN DE EMCALI”<sup>56</sup>, y con el contrato número 300-GAA-CC-0249-2012 celebrado entre EMCALI y H&S<sup>57</sup>, que fueron aportados por las Partes, y que corresponden a documentos elaborados en papelería de EMCALI. También se observa que en la consideración tercera del contrato 300-GAA-CO-1250-2017 se mencionó que para el proyecto se contrató una consultoría técnica, ambiental y económica denominada "*Estudios y diseños básicos para la ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) de Cañaveralejo a Tratamiento Secundario*".

Igualmente aparece demostrado con la respuesta a los hechos 21 y 22 de la reforma a la demanda: en el primero de ellos la Convocada aceptó que el 31 de agosto de 2017 a las 18:30 se publicó en su portal de contratación el proceso contractual número 00-GAE-CA-0430-2017 (también se registró además en la consideración 12 del Contrato que origina el proceso); y, al responder el hecho siguiente, reconoció que para ese proceso de selección contrató a la firma Hazen and Sawyer, como consultor técnico.

No existiendo entonces controversia entre las partes respecto de esta circunstancia fáctica, el Tribunal accederá a lo solicitado en la pretensión 1.1. de la demanda.

## **1.2. Pretensión sobre la responsabilidad en la planeación del proyecto**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En segundo lugar, la Convocante solicita:

---

<sup>55</sup> Archivo 1.2. de las pruebas aportadas con la demanda.

<sup>56</sup> Archivo 1.3. de las pruebas aportadas con la demanda.

<sup>57</sup> Prueba 1. Cuaderno de pruebas 8 – documentos aportados por Emcali con la contestación inicial de la demanda.

*“1.2. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP era el responsable de la planeación del proyecto para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”.*

Sostuvo que la etapa de planeación del Proceso de Selección, se fundamentó en una consultoría técnica, ambiental y económica denominada “Estudios y diseños básicos para la ampliación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR) de Cañaveralejo a Tratamiento Secundario” contratada por EMCALI con Hazen and Sawyer.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI sostiene que los oferentes en el proceso de selección del proyecto para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”, pudieron realizar observaciones a los términos de referencia y realizar una visita al proyecto.

#### **c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

De conformidad con lo previsto en el Manual de Contratación de EMCALI, aportado como prueba con la demanda, las normas de ese Manual resultan aplicables a todos los contratos que celebre la Entidad. En ellas, específicamente en el capítulo 1 del título II, artículo 18, se dispone que “(...) *En consecuencia, cada uno de los procesos de contratación – con excepción de la contratación de emergencia-, estará precedido de la correspondiente planeación estratégica para la selección de la oferta más favorable para EMCALI.*”

Coincide esta disposición del Manual con la consideración tercera del contrato, en la cual se reconoce que se contrató una consultoría técnica, ambiental y económica para la preparación del proceso de selección, por lo cual también deberá accederse a lo solicitado en la pretensión segunda de la demanda reformada.

### **1.3. Pretensión sobre la completitud y certidumbre de los estudios, diseños e ingeniería básica**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

A renglón seguido solicita la parte Convocante:

*“1.3. Que, en virtud de la pretensión anterior, se declare que los estudios, diseños e ingeniería básica que debía elaborar Empresas Municipales de Cali EICE – ESP para la ejecución del proyecto “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo” debían ser completos y ajustados a la realidad actual de ese momento de la PTARC”.*

Acciona Agua manifestó que, desde el inicio del Contrato, se advirtió que el contenido de las Especificaciones Técnicas establecidas por EMCALI durante el Proceso de Selección diferían de las encontradas en la PTAR-C, y que la PTAR requería de trabajos adicionales que no estaban dentro del alcance contractual de Acciona Agua, por lo que no tenían especificaciones técnicas.

Agregó que “varias de las actividades establecidas contractualmente por EMCALI no eran consistentes con las verdaderas necesidades encontradas en la PTAR-C, por lo que las Especificaciones Técnicas no describían realmente lo que, en realidad, exigía la PTAR-C, y ello llevó a que, durante la ejecución del Contrato, fuera necesario definir el verdadero alcance sobre la base de lo verdaderamente existente, lo que desvirtuó por completo el concepto de optimización establecido en la cláusula primera del Contrato”.

Sostuvo que ello dio lugar a que se presentaran discrepancias en la definición de los alcances técnicos, y que tuvieron que resolverse oficialmente mediante cartas de aclaración o aprobación, y modificaciones contractuales.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI señaló que, en el informe final de Interventoría de marzo de 2020, específicamente en el punto 3 “EJECUCIÓN DEL PROYECTO POR ÍTEM CONTRACTUAL” se indica en el cuadro que el Anexo 12 contenía las especificaciones técnicas del contrato.

Sostuvo que las especificaciones técnicas que se tenían eran las adecuadas y las que se compadecían de la realidad de la PTAR-C.

### **c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

Indicó que las modificaciones se realizaron como una complementación a lo que inicialmente se definió en las Especificaciones Técnicas y no porque existiesen discrepancias con lo previsto en dichas especificaciones. A efectos de resolver esta pretensión, lo primero que advierte el Tribunal es que de conformidad con lo previsto en el anexo número 2 de las Condiciones Específicas del proceso, era EMCALI el encargado de suministrar a los oferentes las especificaciones técnicas, y así lo hizo, como da cuenta el documento denominado “Especificaciones técnicas del contrato 300-PS-1606 -2020, Sección 1010”, que fue aportado por la Convocada y que se encuentran en el cuaderno de pruebas número 2 del expediente, archivo 4.

No se encontró dentro de la prueba documental la entrega formal de la ingeniería básica del Proyecto, pero el Tribunal concluye, a partir de lo previsto en el párrafo primero de la cláusula que determina el alcance del contrato, que aquella era parte de los documentos a entregar al contratista, por cuanto dentro de sus obligaciones se especificó de manera clara que su tarea era “realizar la ingeniería de detalle, incluyendo planos de taller, la cual será sometida a la revisión y aprobación previa de la interventoría antes de su implementación final en obra.”<sup>58</sup>

En efecto, si en el contrato se convino como obligación a cargo de la Convocante la entrega de la ingeniería de detalle, sin hacer mención a la ingeniería básica como parte de las prestaciones a cargo del Contratista, el Tribunal deduce, como es usual en este tipo de procesos de contratación, que la ingeniería básica sería a cargo de la entidad Convocada.

Establecido lo anterior, es claro que en este Contrato, como en todos los procesos de contratación, la información que el contratante suministra a los oferentes, debe coincidir con la realidad que estos van a encontrar al momento en que, alguno de ellos, ya como contratista, comience a ejecutar el objeto para el cual fue beneficiario del proceso de selección. Constituye esa conducta no solamente el cumplimiento

---

<sup>58</sup> Párrafo primero del párrafo primero (sic) de la cláusula primera del contrato.

del deber de buena fe propio de la etapa precontractual —sobre el cual el Tribunal ahondará en acápites posteriores—, como lo ordena el artículo 863 del Código de Comercio, sino también un desarrollo de las cargas implícitas en la contratación y específicamente la denominada carga de información en favor de la contraparte contractual.

A riesgo de que resulte obvio, la formación del consentimiento en cualquier negocio jurídico debe estar precedida de un cruce de informaciones veraces que permitan a los contratantes tener la certeza de que para la celebración del contrato, pudieron evaluar y considerar todos aquellos hechos y aspectos relevantes que les permitan formar parte del negocio jurídico con la certeza de que lo informado es lo que la realidad del negocio contempla y debe contemplar.

Y resulta tan relevante la necesidad de que la información precontractual sea correcta y el comportamiento de las partes se enmarque dentro de la buena fe, que precisamente por ello, el citado artículo 863 del Código de Comercio prevé claramente que en caso de incumplimiento de ese deber, quien lo desatienda está en la obligación de indemnizar los perjuicios que con ello pueda causar.

En ese sentido, para el Tribunal es claro, como se solicita en la pretensión, que los estudios, diseños e ingeniería básica, debían ser completos y ajustados a la realidad actual de ese momento de la PTAR-C, y en ese sentido la pretensión 1.3. habrá de prosperar.

#### **1.4. Pretensión sobre la información suministrada**

##### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

Se solicita igualmente por la Convocante que el Tribunal declare:

*“1.4. (...) que Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia presentó su oferta en el marco del Proceso de Selección No. 900-GAE-CA-0430-2017, con base en la información suministrada por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP.”*

##### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**



EMCALI insistió que los oferentes tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre los términos de referencia y presentar observaciones a los mismos. De igual forma, puso de presente que se realizó visita técnica al proyecto.

### **c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

Para efectos de resolver esta petición, basta con analizar la comunicación de 11 de octubre de 2017<sup>59</sup> mediante la cual la demandante remitió su oferta a la convocada, pues en ella claramente se registra lo siguiente *“Una vez analizadas las Condiciones de Contratación del presente proceso con todos sus anexos, especificaciones y en general todos los documentos que forman parte de la misma, los cuales manifestamos conocer y aceptar en su totalidad, presentamos la propuesta al proceso de contratación del asunto.”*

No aparece acreditado en el expediente que la propuesta elaborada por ACCIONA haya sido preparada y elaborada con sustento en documentos distintos a aquellos contenidos en las condiciones publicadas por EMCALI, ni tampoco existe declaración alguna —de todas aquellas que se recaudaron—, que lleve al Tribunal a considerar que para elaborar esa oferta, la Convocante tuvo en consideración documentos distintos a aquellos que le fueron entregados por la contratante. Por ello, también se abrirá paso la prosperidad de la pretensión que aquí se analiza.

## **1.5. Pretensiones relativas al contrato y su naturaleza**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En las pretensiones 1.5, 1.6 y 1.7, solicita la parte Convocante lo siguiente:

*“1.5. Que se declare que entre Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia y Empresas Municipales de Cali EICE – ESP se celebró el Contrato No. 300-GAA-CO-1250- 2017 cuyo objeto consistía en la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”.*

---

<sup>59</sup> Documento número 1 de la Carpeta número 110, contenida en el cuaderno de pruebas número 14, documentos aportados con la reforma a la demanda principal,

1.6. Que se declare que el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 se encuentra sometido al Derecho Privado.

1.7. Que se declare que el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 era un contrato de obra a precios unitarios.”

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

ACCIONA manifestó que el contrato se regiría por la resolución JF-0043 de 2016

así como las leyes civiles y comerciales, las leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y

En la contestación de la demanda, la parte Convocada acepta la existencia del

1341 de 2009.

Contrato, así como su fecha de celebración.

Sobre el régimen del Contrato, EMCALI sostuvo que el mismo estaba regido por el derecho privado, no obstante, resaltó que, conforme lo dispone el Manual de Contratación de la entidad, su actividad contractual se encuentra sometida a los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Indicó que el contrato se rige por las normas establecidas en la cláusula vigésima séptima de dicho acto jurídico.

Respecto a su naturaleza, afirmó “(...) es plausible concluir que el contrato en cuestión materializa un suministro”.

#### **c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

No existe duda respecto de la celebración del Contrato número No. 300-GAA-CO-1250-2017 y las partes no han manifestado controversia al respecto. En efecto, al contestar el hecho 30 de la Demanda Reformada, la Convocada acepta la existencia del Contrato, así como su fecha de celebración, el 14 de diciembre de 2017.

Igualmente, obra en el expediente, en el archivo 1.4. del cuaderno de pruebas número 1, el texto íntegro del Contrato debidamente suscrito por los representantes de las Partes; documento respecto del cual no ha habido objeción

alguna por ninguno de los extremos del proceso, lo cual permite que se abra paso la pretensión 1.5 de la demanda principal reformada.

En cuanto al régimen al cual se somete el contrato, resulta necesario precisar, en primera medida, que EMCALI es una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios.

Lo anterior permite entender el ámbito legal negocial al que están sometidas las partes en sus relaciones obligatorias, si se tiene de presente que el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia dispone que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y en este caso a la Ley 142 de 1994.

Ese estatuto legal, en su artículo 17, sobre la naturaleza de estas empresas, señala que *“son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. Parágrafo. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones deberán adoptar de empresa industrial y comercial del Estado”*.

Igualmente, se reglamenta en el artículo 31 de la referida Ley 142, el régimen contractual de las empresas estatales que prestan servicios públicos, según el cual *“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.”*

Tampoco puede pasarse por alto la previsión contenida en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que dispone que *“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la*

*contratación estatal*”.

Sobre la base de esas normas, en concordancia con lo convenido por las Partes en la cláusula vigésima séptima del contrato, es claro para el Tribunal que por tratarse de una empresa estatal prestadora de servicios públicos domiciliarios con carácter de Empresa Industrial y Comercial, se deberá dar aplicación, como regla general, a las normas del derecho privado previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil, con remisión preferente a las disposiciones de la Ley 142 de 1994, y como es obvio, a la Constitución Política de Colombia, para resolver las controversias que aquí se ventilan.

En desarrollo de lo anterior, la doctrina especializada<sup>60</sup> sobre el tema, ha precisado que uno de los aspectos más sobresalientes en materia de régimen aplicable a las empresas de servicios públicos consiste en su régimen contractual, el cual, según lo establecen los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994, es el propio del derecho común, y sólo excepcionalmente se aplicarán las reglas del derecho público.

Con sustento en la reglamentación legal, los contratos que celebran las empresas de servicios públicos se someten a las reglas del derecho común, lo cual significa que:

- Para la selección del contratista no se requerirá aplicar como procedimiento la licitación, ni la contratación directa a que se refiere la Ley 80 de 1993. Sin embargo, en el caso de entidades estatales, mixtas o en las que los particulares administren recursos del Estado, como es el caso de la Convocada, el proceso de selección debe atender los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.
- Por regla general, los contratos se perfeccionarán con la expresión válida del consentimiento de las partes, sin que se requiera documento escrito, salvo que la ley civil o comercial así lo exijan. En ese sentido, no se aplica lo

---

<sup>60</sup> La información sobre el régimen contractual de las E.S.P., que se cita a continuación, fue tomada de la obra “Servicios Públicos Domiciliarios, Proveedores y Régimen de Controles”, del autor Carlos Alberto Atehortúa Ríos, Universidad Externado de Colombia.

previsto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993<sup>61</sup>.

- Los requisitos de validez del contrato y las causales de nulidad son los previstos en la legislación civil y comercial, y no los contenidos en la Ley 80 de 1993.
- Salvo en los casos a que se refiere el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en estos contratos no deben pactarse cláusulas excepcionales.
- Para los efectos de la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, se aplicarán las reglas propias del derecho privado y no las del derecho administrativo.

Sobre el régimen jurídico aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“El régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios y la jurisdicción que conoce de sus controversias, de acuerdo con las variaciones que al respecto ha introducido la ley, ha tenido la siguiente evolución legislativa y jurisprudencial: 1. La ley 142 de 1994, en el art. 31, al referirse a “los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos” a los que se refiere dicha ley, remitió al parágrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, remisión que, paradójicamente, significó que tales contratos no estarían sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, en el inciso segundo, dicho artículo establecía: “Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”. Esta forma tan ambigua de regular el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en la práctica se traducía en mantener el criterio de las cláusulas exorbitantes para definir no sólo la normatividad aplicable al fondo de la controversia sino el juez del contrato, que había establecido el decreto ley 222 de 1983 y que quiso eliminar la ley 80 de 1993 con la categoría única de contrato estatal = juez administrativo (arts. 2, 32 y 75). La Sala Plena de esta Corporación, precisó que los actos y los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios están sometidos, por regla general, al derecho privado, sus conflictos deben dirimirse ante la jurisdicción ordinaria y sólo se aplica el derecho público como régimen excepcional. Allí se concluyó que sólo los contratos de prestación de servicios regulados en el art. 128 de la ley 142 de 1994, los que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación (art. 31) y los contratos especiales enunciados en el artículo 39.1, estarían sometidos al derecho público y a la jurisdicción administrativa. 2. La ley 446 de 1998 le asignó competencia a la jurisdicción administrativa para conocer de los “contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio” (art. 40). La Sección Tercera de esta*

---

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de julio de 2023, Rad. 56376.

*Corporación, reiteró que los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios controlables por esta jurisdicción eran los ya definidos por la Sala Plena, por cuanto la ley 489 de 1998 no varió la situación de dichas empresas, toda vez que en el art. 84 remitía al régimen jurídico dispuesto para las mismas por la ley 142 de 1994. 3. La ley 489 de 1998 integró a la administración pública y al sector descentralizado por servicios a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (arts. 38, 39 y 68). La Sección Tercera, con fundamento en la norma anterior, señaló que esta jurisdicción controla “otra clase de contratos propios del giro ordinario de las empresas prestadoras de servicios públicos” que tuvieran una finalidad vinculada directamente a la prestación del servicio, “no obstante no contener cláusulas excepcionales al derecho común o exorbitantes como las calificó el art. 31 de la ley 142 de 1994, ni referirse a la relación jurídica empresa-usuario (art. 128), ni ser el de concesión de recursos naturales o del medio ambiente (art. 39.1)”, así tales contratos se rigieran por el derecho privado, por cuanto no es “el tipo de régimen legal el que determina el juez del contrato”. Se reiteró la tesis de los contratos estatales especiales para referirse a aquellos que celebran las entidades públicas que no obstante estar sometidos al derecho privado o a un régimen especial, diferente al previsto por la ley 80 de 1993, son controlados por el juez administrativo. Allí se encuentran las universidades públicas, cuyo régimen de contratación es el previsto en la ley 30 de 1992, las empresas oficiales del sector de los servicios públicos domiciliarios (ley 142 y 143 de 1994) y las empresas sociales del Estado (ley 100 de 1993). El anterior planteamiento permitió también que la Sección Tercera conociera del recurso de anulación de laudos arbitrales que dirimieron controversias contractuales en las que estaban involucradas entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en cuyos contratos no se habían pactado cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común. 4. La ley 689 de 2001 modificó el art. 31 de la ley 142 de 1994 y aclaró la confusión que había con la remisión que el original artículo 31 hacía al parágrafo 1º del art. 32 de la ley 80 de 1993, en cuanto aquí ya expresamente señala que los contratos que celebran las entidades estatales que prestan servicios públicos, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De otra parte, se corrigió la imprecisión en que incurrió el art. 31 de la ley 142, que había sido puesto de presente por la Sección Tercera al señalar que cuando se incluían cláusulas exorbitantes “todo lo relativo a tales cláusulas” se regía, en cuanto fuera pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y “los actos” en los que se ejercitaran esas facultades estaban sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual significaba que sólo se regía por la ley 80 de 1993 y se sometía a la jurisdicción administrativa lo relativo a las cláusulas y los actos en los que se ejercitaran los poderes exorbitantes. Es claro que la ley 689 de 2001 expresamente asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo sólo el control de los contratos que contengan cláusulas exorbitantes y el de los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas del sector, razón por la cual los demás deben ser controlados por la jurisdicción ordinaria”<sup>62</sup>*

Sobre este particular, en reciente decisión, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>63</sup>, unificó su jurisprudencia en torno a la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 23 de julio de 2004, Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00006-01 (26725).

<sup>63</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de septiembre de 2020, Radicación número 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003).

domiciliarios y la naturaleza de los actos precontractuales de dichos prestadores, en los siguientes términos:

*“- Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.*

*- Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa”.*

En dicha decisión el Alto Tribunal reitera que en virtud de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, la regla general de los actos y contratos de los prestadores de servicios públicos es el derecho privado, y que salvo los casos previstos en la ley<sup>64</sup>, dichos prestadores, no pueden proferir actos administrativos.

En síntesis, se accederá a la prosperidad de la pretensión 1.6. declarando que el régimen legal aplicable al contrato objeto de este proceso, es el del derecho privado.

Finalmente, para resolver la controversia sobre el tipo contractual, resulta necesario analizar cuál es el alcance del objeto contratado. En el párrafo primero de la cláusula primera, las partes convinieron lo siguiente:

*“PARÁGRAFO PRIMERO. - ALCANCE DEL OBJETO: En desarrollo del objeto contractual le corresponde al contratista lo siguiente: Realizar las obras civiles, montajes y suministros para la optimización integral de los siguientes componentes del sistema de tratamiento de aguas residuales - planta Cañaveralejo, incluye costos directos e indirectos, puesta en marcha; todo de conformidad con las especificaciones técnicas contenidas en el Anexo 2 de estos términos de referencia. 1) Unidad de potencia hidráulica de cámara de derivación. 2) Cámara de rejillas gruesas. 3) Estación de bombeo de tornillo. 4) Estructura de tratamiento preliminar. 5) Sistema de sedimentadores primarios. 6) Sistema de espesador de lodos en concreto reforzado. 7) Edificio de digestión. 8) Sistema de digestores. 9) Edificio de deshidratación. 10) Sistema transportador de biosólidos. 11) Patio de lodos. 12) Sistema de generación eléctrica de 2000KW. 13) Sistema de tuberías de lodo primario. 14) Vulnerabilidad estructural de todo el sistema de tratamiento, evaluación y reforzamiento. 15) Vías de acceso. 16) Sistema de instrumentación y control tipo SCADA. 17) Sistema eléctrico. 18) Laboratorio de aguas residuales. 19) Sistema de Red Contra Incendio. 20) Los demás aspectos técnicos contenidos en la especificación técnica 1010. PARAGRAFO PRIMERO: El contratista deberá realizar la ingeniería de*

---

<sup>64</sup> La Ley 142 de 1994 contempla la posibilidad de proferir actos administrativos en las situaciones previstas en el artículo 33

*detalle, incluyendo planos de taller, la cual será sometida a la revisión y aprobación previa de la interventoría antes de su implementación final en obra.”*

No se encuentra en la legislación comercial una regulación específica del “*contrato de obra*”, por lo cual las referencias legales se encuentran en el Código Civil; no obstante lo cual, por la generalidad de sus estipulaciones, los desarrollos principales sobre la materia, en el derecho privado, se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Ciertamente, esa Corporación considera que el contrato de obra es aquel “*por el cual una persona asume para con otra, el compromiso de efectuar un trabajo material determinado, bajo un precio, sin que ello implique una relación de subordinación o de representación, destacando entonces, su carácter de consensual, siendo suficiente para su perfección, el solo acuerdo sobre las condiciones de la construcción y su pago*”<sup>65</sup>.

Analizado el objeto contratado por EMCALI, se advierte que en él se configuran los elementos enunciados por la Corte como constitutivos de un contrato de obra. En efecto, el grueso del objeto contratado era la construcción y/o adecuación de los componentes principales del sistema de tratamiento de aguas residuales de la planta de tratamiento de Cañaveralejo, esto es, la ejecución de unos trabajos materiales determinados, sin que mediara entre las partes relación alguna de subordinación o de representación, todo ello a cambio de un precio.

No puede entenderse que por el hecho de que para la ejecución íntegra de esos trabajos resultara necesario el suministro de algunos equipos, el contrato se “transformara” en un contrato de esa naturaleza, pues resulta usual en la mayoría de contratos de obra que para el adecuado uso de las obras construidas, quien las realiza también se encuentre en la obligación, por ejemplo, de entregar ascensores, plantas eléctricas, etcétera, lo cual, desde ningún punto de vista, desvirtúa la naturaleza del objeto contractual ni con ello la naturaleza del negocio jurídico.

Recordemos adicionalmente que es de la esencia del contrato de suministro, la

---

<sup>65</sup> Así lo definió la Corte Suprema de Justicia en el pie de página No. 24 de la Sentencia SC5568-2019. Magistrado Ponente: Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.



entrega periódica de unos bienes, tal como lo define el artículo 968 del Código de Comercio, elemento que no se configura en este caso, y por ello, la simple mención que puedan haber hecho las partes en el texto contractual, de la obligación de proveer algunos equipos bajo el empleo del verbo “suministrar”, no tiene el alcance que la ley le otorga al contrato de suministro que se caracteriza, como ya se dijo, por el cumplimiento de una prestación periódica durante un plazo establecido por las partes. La existencia de una mención relacionada con el “suministro” de equipos, debe ser entendida como la entrega junto con las obras de unos equipos instalados y necesarios para el adecuado funcionamiento de esas obras, pero no puede ser considerada como una obligación que el contratista tenga que cumplir repetidamente durante un lapso, sino que se refiere a la entrega, por una vez, de unos implementos que complementan la obra contratada.

Las labores materiales priman en el objeto y en las obligaciones del contrato que origina esta controversia, y por ello el Tribunal considera que el negocio jurídico es un contrato de obra, y no de suministro como desacertadamente lo concluyó en sus alegaciones la Convocada al afirmar que “(...) *es plausible concluir que el contrato en cuestión materializa un suministro*”, todo lo cual será declarado en la parte resolutive de esta decisión, como se solicita en la pretensión 1.6.

Finalmente, en relación con la modalidad de pago, es importante precisar, en primer lugar, que las partes en la cláusula quinta del Contrato remiten al documento denominado “anexo” para efectos de la determinación de los precios y cantidades de las actividades a ejecutar. En ese anexo, se observa una relación detallada de todos y cada uno de los ítems a ejecutar para el cumplimiento del contrato, expresados en unidades o medidas, y el precio por cada uno de ellos, documento que permite concluir, sin necesidad de mayores análisis, que se trata de un contrato bajo la modalidad de precios unitarios, pues cada una de las actividades que lo componen está individualizada en cantidades y precio.

Recordemos que en atención al carácter oneroso que rige al encargo de hacer una obra, han surgido una pluralidad de modalidades de remuneración. La Corte Suprema de Justicia ha considerado al respecto:

*“En dicha especie de negocio jurídico [el de obra], la remuneración resulta ser*

*un elemento cardinal, respecto del cual ha surgido una serie de modalidades que, aunque extendidas en la contratación pública, en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad de los contratantes, no están vedadas para la negociación entre particulares.*

*Así, son conocidas como formas de pago, las de “precio global”, “llave en mano”, “administración delegada”, “reembolso de gastos” y “precios unitarios”.<sup>66</sup>*

Esta última modalidad —la de precios unitarios— se caracteriza porque en ella las partes determinan, al momento de su celebración, un precio inicial por cada labor a ejecutar, y el valor final será el que resulte de multiplicar el precio acordado para cada ítem por el total de las actividades ejecutadas.

La forma como se pactó el pago de las actividades, esto es, cada una con un precio individualizado y con una unidad o medida, constituye una característica propia e inequívoca de las obras contratadas bajo la modalidad de precios unitarios, por lo cual igualmente se accederá a lo solicitado en la pretensión 1.7. de la demanda principal reformada.

## **1.6. Pretensiones sobre el término de duración del contrato y el plazo para su liquidación**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En las pretensiones 1.8. y 1.9. de la demanda principal reformada, solicita la convocante lo siguiente:

*“1.8. Que se declare que el plazo del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 se extendía entre el 5 de febrero de 2018 y el 5 de mayo de 2020.*

*1.9. Que se declare que el plazo de liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-12502017 se extendió entre el 6 de mayo de 2020 y el 5 de mayo de 2021.”*

Acciona puso de presente que el 28 de febrero de 2020, se suscribió el acta de suspensión número 1 al contrato, la cual se extendió hasta el 25 de marzo de 2020, posterior a esta fecha, se suscribieron dos suspensiones adicionales “la última de

---

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia. SC505-2022. Sentencia de 17 de marzo de 2022. Magistrada Ponente: Dr. Hilda González Neira.

las cuales se extendió hasta el 29 de abril de 2020”<sup>67</sup>.

En la contestación de la reforma a la demanda, la contratista manifestó que EMCALI no mencionó el acta de suspensión que amplió la segunda suspensión entre el 14 y el 21 de abril de 2020<sup>68</sup>. Asimismo, indicó que el contrato se reanudó el 4 de mayo de 2020 y venció el día 5 siguiente<sup>69</sup>.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

entre el 2 y el 24 de marzo de 2020, el 25 de marzo de 2020 y el 13 de abril de 2020, y entre los días 22 de abril de 2020 y 3 de mayo de 2020. EMCALI puso de presente que la suscripción de las actas de suspensión no alteró el plazo inicialmente acordado. Indicó que se dieron tres suspensiones

#### **c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

A efectos de resolver esas peticiones, procede el Tribunal, en primer lugar, a realizar un recuento fáctico de lo sucedido con ocasión de la celebración y suspensiones del contrato.

En la cláusula tercera, las partes convinieron como plazo de ejecución del negocio jurídico, un término de 25 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio.<sup>70</sup> Este último documento fue suscrito el 5 de febrero de 2018 como se aprecia en la prueba documental 1.7. del cuaderno de pruebas número 14, de suerte que el plazo inicial del Contrato vencía el 5 marzo de 2020.

Ahora bien, el 28 de febrero de 2020 las partes suspendieron el contrato entre el 2 y el 24 de marzo de ese año, como da cuenta el Acta de Suspensión Número 17<sup>71</sup>, de manera que la suspensión inició tres (3) días antes del vencimiento del plazo contractual.

Vencida esta primera suspensión, fue acordada una segunda suspensión hasta el

---

<sup>67</sup> Hecho 352, escrito de reforma a la demanda subsanada.

<sup>68</sup> Contestación al hecho 31.3.

<sup>69</sup> Contestación al hecho 32.17

<sup>70</sup> Archivo 1.4. del cuaderno de pruebas 1.

<sup>71</sup> Archivo 1.5. del cuaderno de pruebas 6.

día 13 de abril de 2020, como se observa en el documento denominado Acta de Suspensión Número 2<sup>72</sup>. Esta última suspensión fue objeto de *ampliación* desde el día 14 de abril de 2020, también sin solución de continuidad, hasta el día 20 de abril de 2020, tal como lo indicó el Acta de Ampliación de Suspensión Temporal firmada el mencionado día 14 de abril<sup>73</sup>.

Finalmente, habiéndose reanudado el cómputo del término de vigencia del Contrato el día 21 de abril, en esta misma fecha se suspendió nuevamente el contrato entre el 22 de ese mes y el 3 de mayo de 2020<sup>74</sup>, es decir que el día 21 de abril transcurrió sin suspensión, de manera que debe restarse a los tres (3) días que faltaban para la expiración del plazo al momento de pactarse la primera suspensión.

Así las cosas, restándole tan solo 2 días de vigencia al Contrato, y sin que se hubieren acordado suspensiones adicionales, se tiene que el primer día de reanudación fue el 4 de mayo de 2020, y el segundo el día 5 de mayo de 2020; fecha esta la cual corresponde, entonces, al vencimiento del Contrato, y coincide con lo manifestado por las Partes en sus escritos procesales, así como en el documento denominado “*Informe Final de Apoyo a la Liquidación*” elaborado por la firma Gandini y Orozco en diciembre de 2020 y el acta de prórroga del término del plazo de liquidación.

En tal sentido, habrá de accederse al reconocimiento de la Pretensión 1.8 de la Demanda Reformada.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que en su alegato de conclusión la parte Convocada sostiene que las suspensiones no alteran el plazo inicialmente acordado, considera necesario el Tribunal efectuar algunas precisiones en relación con los efectos de las suspensiones contractuales y el plazo negocial.

En primer término, es cierto que mientras las partes no modifiquen la cláusula contentiva del plazo inicialmente acordado, este se mantiene en los términos

---

<sup>72</sup> Archivo 1.5. del cuaderno de pruebas 6.

<sup>73</sup> Prueba 9 del cuaderno de pruebas 2, página 130.

<sup>74</sup> Archivo 1.7. del cuaderno de pruebas 6.

convenidos. Sin embargo, no pueden pasarse por alto los efectos jurídicos de las suspensiones que durante el término de ejecución convengan los contratantes. La figura de la suspensión contractual es una herramienta comúnmente utilizada en los contratos, que tiene como consecuencia la no ejecución de las obligaciones a cargo de las partes durante ese lapso. Y si bien ella no constituye, en estricto sentido, una modificación del plazo contractual, sí tiene unas implicaciones en este último, consistentes en que se deja de contabilizar el tiempo pactado para la ejecución durante todo el periodo de la suspensión. Una vez terminada la suspensión, el conteo del término contractual se reinicia. En otras palabras, no es que se reforme el plazo, sino que el vencimiento de este se corre en el tiempo.

En lo que se refiere a la pretensión 1.9. de la demanda, el Tribunal considera lo siguiente:

En la cláusula vigésima segunda del contrato, las partes convinieron que la liquidación debía realizarse dentro de los 6 meses siguientes a su terminación. Si la vigencia del Contrato se extendió hasta el 5 de mayo de 2020, ello quiere decir que el plazo (inicial) de liquidación inició el día 6 de mayo de 2020 y transcurrió hasta el día 5 de noviembre de 2020.

Ahora bien, la Convocante sostiene que la Convocada manifestó su intención de ampliar por 6 meses más el plazo de liquidación, tal y como consta en el Oficio 1000580872020 de 28 de octubre de 2020<sup>75</sup>, a lo cual la Convocada sostiene que se atiene al tenor literal del mismo.

Obra en el expediente el documento denominado “*ACTA DE PRÓRROGA DEL TÉRMINO DEL PLAZO DE LIQUIDACIÓN*”<sup>76</sup>, que aparece elaborado el día 28 de octubre de 2020, cuyo numeral 2 denominado “*ACUERDO DE PRÓRROGA*” estipuló: “*Con la suscripción del presente documento las partes expresan su voluntad y común acuerdo de prorrogar el plazo de liquidación, hasta el día **05 de mayo de 2021**, y en consecuencia deciden: PRORROGAR de común acuerdo el término del plazo de liquidación del contrato (...), por seis (6) meses más (...) hasta el 05 de mayo de 2021,*

---

<sup>75</sup> Prueba 18 del cuaderno de pruebas número 15.

<sup>76</sup> Archivo 1.93 del cuaderno de pruebas número 14.

*y dentro del cual se realizarán todas las actividades tendientes a finiquitar la etapa de liquidación de común acuerdo”.*

Corolario de lo anterior es que también prospera la pretensión 1.9., en los términos en que se encuentra planteada.

### **1.7. Pretensiones sobre la idoneidad y pertinencia de los estudios, diseños e ingeniería básica**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En la pretensión 1.10 de la demanda principal reformada y en su subsidiaria, se solicita se declare que los estudios, diseños e ingeniería básica que entregó la Convocada a la Convocante o bien eran inidóneos para la ejecución de las obligaciones, o ellos no podían ser ejecutados en el plazo de 25 meses pactado en el contrato. El texto de esas pretensiones es el siguiente:

*“1.10. Que se declare que los estudios, diseños e ingeniería básica entregados por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo” no permitan la ejecución de las obligaciones del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 a cargo de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia.*

*Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 1.10: Que se declare que los estudios, diseños e ingeniería básica entregados por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia para la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo” no podían ejecutarse en el plazo de veinticinco (25) meses establecidos en el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.”*

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI señaló que en el Informe Final de Interventoría de marzo de 2020, específicamente en el punto 3 “EJECUCION DEL PROYECTO POR ÍTEM CONTRACTUAL” se indica en el cuadro que el Anexo 12 contenía las especificaciones técnicas del contrato.

Sostuvo que las especificaciones técnicas que se tenían eran las adecuadas y las que se compadecían de la realidad de la PTAR-C.

**c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

En el punto 3 del Informe Final de Interventoría<sup>77</sup> de marzo de 2020, aportado por la Convocada con la contestación a la Demanda, se hace un registro de la ejecución del contrato con corte al 22 de febrero de ese año, fecha en la que se tenía pactada inicialmente su terminación y, específicamente, se presenta un cuadro con las condiciones en las que inicialmente se estructuró el Proyecto por parte de EMCALI, el alcance original de cada ítem, el estado de avance y algunas observaciones.

Ese documento, elaborado por la firma IDOM, da cuenta de varias deficiencias en los estudios y diseños de EMCALI. Se registraron, por ejemplo, la existencia de varios Ítems sin especificación técnica o con especificaciones insuficientes; en relación con algunos conceptos, actividades o estructuras, se indicó que no habían sido contempladas en el alcance original del Contrato y que, por ello, debieron ser introducidas mediante otrosí; y, finalmente, respecto de otros puntos, se indicó que debieron ser eliminados.

Ese informe del Interventor IDOM, firma escogida por la Convocada, evidencia una deficiencia en los estudios, diseños e ingeniería por parte de EMCALI, sin embargo, no existe soporte probatorio suficiente para concluir que esas deficiencias eran de tal magnitud que imposibilitaban la ejecución íntegra del contrato. La resolución de la petición que aquí se analiza, pasa por la necesidad de que exista una prueba técnica idónea que permita al Tribunal concluir, con soporte científico, que el contrato no podía ejecutarse. La forma como está planteada la pretensión décima principal, se encamina a que el Tribunal declare que era imposible llevar a cabo la ejecución contractual, no obstante el informe de interventoría no puede ser entendido como sustento de una imposibilidad absoluta de ejecución.

Tampoco aparece ello acreditado con la prueba pericial aportada por la convocante, por lo cual el Tribunal carece de sustento probatorio suficiente para acceder a la prosperidad de lo solicitado en la forma como está planteado en la pretensión décima principal.

---

<sup>77</sup> Archivo 2 cuaderno de pruebas número 15.

Refuerza la anterior conclusión, lo afirmado por el testigo Alfonso González, quien en su declaración señaló:

*“Sí era viable realizar el objeto contractual, lógicamente todo proyecto tiene pequeños ajustes que es normal en el día a día, pequeños ajustes en las especificaciones técnicas que se dieron durante la ejecución del contrato, de las actividades contractuales y que es una práctica habitual que la interventoría revise y apruebe determinadas desviaciones que de hecho se produjeron durante la ejecución del contrato. Para ir ahí, la propia EMCALI manifestó que las necesidades reales de la planta no eran las que se habían adjudicado y por eso quiso reformular el contrato. Eso no significa que no se pudiese ejecutar el contrato como tal, sino que las necesidades de EMCALI eran distintas.”*

Por lo anterior, si bien aparece acreditado que los diseños iniciales fueron objeto de algunos cambios, le resulta imposible al Tribunal concluir, sobre la base de la prueba aportada, que el contrato no podía ejecutarse y por lo tanto negará la pretensión décima principal y pasará a abordar el estudio de la petición que fue planteada como subsidiaria de aquella.

En el referido Informe Final de Interventoría, en el capítulo 7 denominado “*Lecciones aprendidas*” la firma IDOM concluye que el plazo de 25 meses previsto para la ejecución del contrato era insuficiente, habida cuenta de que la reparación de cada uno de los digestores por parte del Contratista tomaba entre 6,5 y 7,5 meses, por lo que siendo 5 los que debían ser objeto de esa actividad, se requería un plazo de entre “*32,5 y 37,5 meses para la intervención completa de toda la batería de Digestión Anaeróbica*”. Agrega que si bien EMCALI formuló una solución bajo la cual se necesitaba de un plazo inferior (entre 26 y 31 meses) este en todo caso excedía el tiempo inicialmente previsto para la ejecución del contrato<sup>78</sup>.

Así las cosas, para el Tribunal es claro que los diseños e ingeniería básica entregados por EMCALI no podían ser ejecutados, como lo indicó la Interventoría, en el plazo de 25 meses previsto en el contrato, razón por la cual habrá de abrirse paso a la pretensión décima subsidiaria de la demanda principal.

### **1.8. Pretensiones sobre entrega y uso del anticipo**

---

<sup>78</sup> Folio 119 del informe final de interventoría.



**a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En la pretensión 1.11. de la demanda principal reformada, la convocante solicita al Tribunal declare que “(...) *Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, en el marco del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, invirtió correcta y completamente el anticipo entregado por Empresas Municipales de Cali EICE – ESP.*”

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

En contraposición a esa petición, EMCALI propuso la excepción que intituló “*No amortización del anticipo y uso inadecuado del anticipo. Desconocimiento de la cláusula sexta del contrato.*” Y en la demanda de reconvencción solicitó, en su pretensión duodécima, “*Condenar a ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de ONCE MIL MILLONES QUINIENTOS SECENTA (sic) MIL TRESCIENTOS DOS MIL PESOS Y SEISCIENTOS TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$11.560.302.632) por concepto de saldo anticipo sin amortizar.*”

**c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

Corresponde entonces al Tribunal determinar la naturaleza del pago efectuado por EMCALI a ACCIONA, el monto pagado, el valor invertido y si esta última debe o no reintegrar suma alguna.

Sobre el particular, en el numeral primero de la cláusula sexta del contrato denominada “FORMA DE PAGO” las partes pactaron lo siguiente: “1) *Anticipo reembolsable: EMCALI entregará un anticipo reembolsable del veinte por ciento (20%) del valor del contrato. Suscrita el acta de inicio, el contratista tendrá cinco (5) días hábiles para la constitución de una FIDUCIA O PATRIMONIO AUTONOMO IRREVOCABLE para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 y de lo estipulado en el Manual de Pagos La Tesorería de EMCALI desembolsará el anticipo en la cuenta asignada por la Fiduciaria, una vez el interventor del contrato asignado por EMCALI solicite su pago adjuntando los soportes necesarios, entre los que se encuentran el Acta de Inicio del contrato y el programa de inversión para el*

*manejo del anticipo elaborado por el contratista y aprobado por el interventor. Todo pago que la Fiduciaria realice al contratista deberá hacerse conforme al Plan de Inversiones y debe estar autorizado por el interventor de EMCALI y por el Fideicomitente (contratista). Los costos financieros que se generen por la constitución de la Fiducia o Patrimonio Autónomo deberán ser sufragados por el contratista. Toda vez que EMCALI es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo, los rendimientos que los mismos generen le pertenecen a EMCALI y se imputarán a su favor en la cuenta que EMCALI determine. La constitución del patrimonio autónomo para el manejo del anticipo no eximirá al contratista de presentar la garantía del buen manejo y correcta inversión del anticipo.”*

No se advierte discusión entre las Partes en relación con el hecho de que los dineros entregados por virtud de la mencionada cláusula constituyan un anticipo, en los términos en que la contratación pública y privada se ha entendido. Este concepto constituye un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos entregados a ese título solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato.

Para el manejo del anticipo, normalmente es necesario contar con un plan de inversión o utilización de los recursos, que permita a la Entidad Estatal identificar las actividades necesarias para su amortización.

Tampoco aparece en la Demanda Reformada, en la de Reconvención ni en sus contestaciones, discusión alguna entre las partes respecto del valor entregado a título de anticipo, por lo cual no advierte el Tribunal que en relación con ese tema sea necesario resolver alguna controversia.

Corresponde entonces analizar la forma como el anticipo se invirtió, a efectos de establecer si ello se realizó correctamente, en los términos solicitados en la pretensión 1.11 de la Demanda Reformada.

Obran en el expediente las siguientes pruebas que resultan relevantes a efectos de establecer si se cumplió adecuadamente la inversión del anticipo.

- La comunicación de 10 de marzo de 2018 2018-21382-AC-0019 mediante la cual la Interventoría aprobó el plan de inversión en su versión 479.
- Correo electrónico de 15 de agosto de 2018, enviado por el señor Leonardo Ledesma Montaña, del departamento Económico Financiero de Acciona a Carlos Alberto Rojas de IDOM, con el flujo del anticipo a 13 de agosto de ese año. En ese documento, se indica que para ese mes, se habían invertido \$547.346.557 del total de \$14.991.590.586, entregados a título de anticipo<sup>80</sup>.
- La comunicación 2018-21382-0185-AC<sup>81</sup> de fecha 14 de agosto de 2018, recibida el 16 de ese mes por la Convocante, mediante la cual IDOM aprueba la reprogramación de la forma de invertir el anticipo, como consecuencia del cambio en el cronograma general del Proyecto.

Esa reprogramación se dio así:

CODIGO	DESCRIPCIÓN	VALOR	abr-18	may-18	jun-18	jul-18	ago-18	sep-18	oct-18	nov-18	dic-18	ene-19	feb-19	mar-19	TOTAL	
EQMEC	Suministro e Instalación de Equipos Mecánicos	P				36.414.000	597.893.213	580.551.589	109.614.883	1.979.584.619	519.937.060	2.815.159.690	289.006.429		6.927.662.583	46,21%
		E														
CIVIL	Suministro e Instalación de Estructura Metálica / Obra Civil	P		13.121.803	36.874.839		128.408.115	495.257.370	98.759.291	132.258.142	473.175.534	931.529.205	144.595.543	812.911.431	3.261.891.273	21,76%
		E														
TUBERIA	Suministro e Instalación de Redes	P						43.453.453	21.806.512	160.612.795	12.170.284	296.027.438	268.543.516	85.921.310	886.635.308	5,91%
		E														
EDELEC	Suministro e Instalación de Equipos Eléctricos	P						305.012.002	1.036.580.113	410.668.970		217.250.834	633.446.445	658.069.843	3.262.028.207	21,76%
		E														
ESTUDIO	Patología y Vulnerabilidad Estructural	P		273.640.500	63.867.800											
		E						48.678.438			74.817.283	33.042.333	116.098.753	43.228.608	653.373.215	4,36%
TOTAL		P		286.762.303	100.742.139	36.414.000	720.801.328	1.472.953.852	1.266.860.899	2.683.124.526	1.080.100.161	4.293.009.500	1.451.690.686	1.599.131.192	14.991.590.586	100,00%
		E														
		%		1,91%	0,67%	0,24%	4,81%	9,83%	8,45%	17,90%	7,20%	28,64%	9,68%	10,67%		

- Comunicación 2018-21382-0765-AC<sup>82</sup> de fecha 31 de agosto de 2019, mediante la cual la Interventoría aprueba una nueva modificación en la forma de invertir el anticipo en el sentido de “realizar la conciliación de los rubros por especialidad”. En ese documento, se modificó la distribución del gasto del anticipo, así:

<sup>79</sup> Archivo ESF\_066.3 Programa de Inversión Anticipo aprobado R1 aportado con el dictamen pericial financiero. Cuaderno de pruebas número 14

<sup>80</sup> ESF\_066.1 Correo aprobación Programa de Inversión aportado con el dictamen pericial financiero. Cuaderno de pruebas número 14

<sup>81</sup> ESF\_066.5 Reprogramación Inversión del Anticipo R1 aportado con el dictamen pericial financiero. Cuaderno de pruebas número 14

<sup>82</sup> ESF\_066.4 Programa de Inversión aprobado R3 aportado con el dictamen pericial financiero. Cuaderno de pruebas número 14

CODIGO	DESCRIPCIÓN	VALOR		TOTAL A FECHA CORTE
EQMEC	Suministro e Instalación de Equipos Mecánicos	8.802.423.029	P	\$ 8.802.423.029 58,72%
			E	\$ 8.508.575.641 56,76%
CIVIL	Suministro e Instalación de Estructura Metálica / Obra Civil	3.537.452.719	P	\$ 3.537.452.720 23,60%
			E	\$ 3.537.452.719 23,60%
TUBERIA	Suministro e Instalación de Redes		P	
			E	
EQELEC	Suministro e Instalación de Equipos Eléctricos	1.888.986.792	P	\$ 1.888.986.792 12,60%
			E	\$ 1.856.494.027 12,38%
ESTUDIO	Patología y Vulnerabilidad Estructural	762.728.046	P	\$ 762.728.045 5,09%
			E	\$ 760.250.787 5,07%
<b>TOTAL</b>		14.991.590.586	P	<b>\$ 14.991.590.586 100,00%</b>
			E	<b>\$ 14.662.773.173 97,81%</b>

Se advierte a partir de las anteriores pruebas documentales, que el Plan de Inversión del Anticipo se modificó en varias oportunidades, lo cual pone en evidencia que las programaciones de la obra sufrieron reiterados cambios durante la ejecución del Contrato.

Sin embargo, y a pesar de los cambios, el dictamen pericial financiero aportado como prueba por la Convocante, pone en evidencia que esa parte invirtió un total de \$ 14.991.590.586, en la forma en que se discrimina en los siguientes cuadros:

Periodo	Valor (COP)
<b>2018</b>	<b>\$ 2.168.909.445</b>
Trimestre 2	\$ 423.918.442
Trimestre 3	\$ 529.873.247
Trimestre 4	\$ 1.215.117.756
<b>2019</b>	<b>\$ 12.822.681.141</b>
Trimestre 1	\$ 2.641.488.632
Trimestre 2	\$ 1.947.876.804
Trimestre 3	\$ 5.717.908.278
Trimestre 4	\$ 2.515.407.427
<b>Total</b>	<b>\$ 14.991.590.586</b>

Proveedor	Valor (COP)	%
ITAU CORPBANCA COLOMBIA SA*	\$ 2.626.952.710	17,52%
ABC INGENIERIA	\$ 1.378.146.271	9,19%
ADECO - S.C.C.	\$ 1.357.577.587	9,06%
DHL GLOBAL	\$ 1.346.712.480	8,98%
ACCIONA AGUA**	\$ 1.105.223.870	7,37%
PEGSA LTDA	\$ 985.903.787	6,58%
HINCACOM SAS	\$ 779.579.045	5,20%
EATON INDUSTRIES	\$ 699.994.571	4,67%
CONSORCIO VIP ANCLA	\$ 674.312.072	4,50%
SP5 SAS	\$ 636.482.578	4,25%
SP5 SOLUCIONES	\$ 455.723.602	3,04%
SIEMENS S.A.	\$ 366.430.284	2,44%
TU VENTANA CALI SAS	\$ 354.021.526	2,36%
PROING S.A.	\$ 304.542.834	2,03%
UNIKA INGENIERIA SAS	\$ 229.353.703	1,53%
FERNANDO ARIAS MUÑOZ	\$ 198.622.369	1,32%
MONTAIND	\$ 190.478.122	1,27%
COLPOZOS SAS	\$ 167.432.335	1,12%
GILBERTO PEÑA CELI	\$ 140.475.184	0,94%
HERNAN ESCOBAR	\$ 125.204.587	0,84%
CEIINC SAS	\$ 118.044.600	0,79%
COENFRIAR BIOCLIMA SAS	\$ 108.671.009	0,72%
WILLIAM WALTEROS GALINDO SAS	\$ 104.923.229	0,70%
SAURUX S.A.S.	\$ 99.992.251	0,67%
DC TECHNOLOGY SERVICES	\$ 79.155.898	0,53%
KSB COLOMBIA SAS	\$ 50.989.713	0,34%
APLIARQUI SA	\$ 49.996.642	0,33%
ENDRESS + HAUSSER COLOMBIA SAS	\$ 46.990.975	0,31%
EL Y T INGENIERIA SAS	\$ 32.492.768	0,22%
EI&T INGENIERIA SAS	\$ 29.347.319	0,20%
INGENIERO CIVIL CONSULTOR SAS	\$ 27.266.140	0,18%
CARGUEMOS SAS	\$ 18.250.650	0,12%
CLAREAR INGENIERIA LTDA	\$ 15.697.500	0,10%
INGETRANS LTDA	\$ 15.128.000	0,10%
INGESER Y CIA SAS	\$ 14.105.901	0,09%
AGNIS SAS	\$ 11.900.000	0,08%
GERS S.A.	\$ 11.780.000	0,08%
EDILCA INGENIERIA SAS	\$ 10.904.013	0,07%
SESMACOL SAS	\$ 10.350.000	0,07%
COINDTEC SAS	\$ 5.503.302	0,04%
INDUSTRIAS REBRA	\$ 4.111.439	0,03%
METROINSTRUMENTS SAS	\$ 1.413.600	0,01%
FERRETERIA BARBOSA	\$ 1.406.120	0,01%
<b>Total</b>	<b>\$ 14.991.590.586</b>	<b>100%</b>

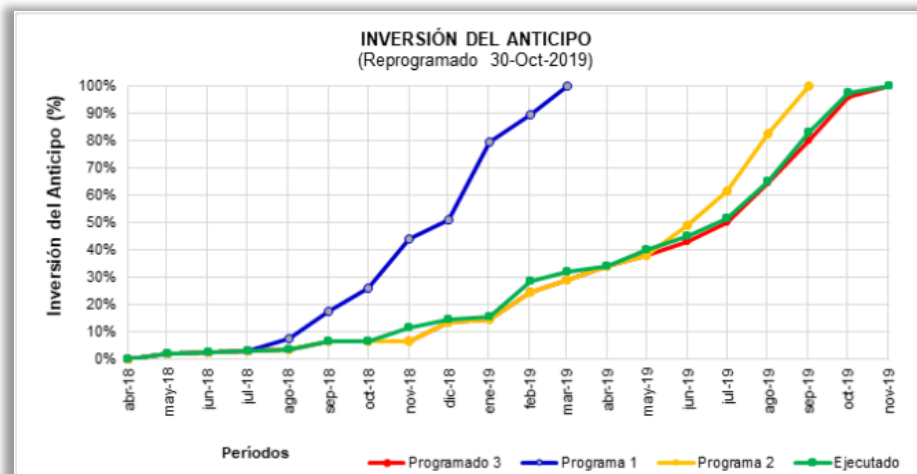
También obran en el expediente las comunicaciones enviadas por la Interventoría a Fiduciaria Bogotá, mediante las cuales se aprobaron los giros con cargo al fideicomiso FIDUBOGOTÁ - ACCIONA AGUA S A U SUCURSAL COLOMBIA No. 76432, abierto para el manejo de los recursos del anticipo, documentos que sirvieron de soporte al perito para plasmar la conclusión antes mencionada.

Esos documentos le permiten al Tribunal concluir que, en efecto, el anticipo fue íntegra y correctamente invertido por el contratista, pues si se repasa el procedimiento contemplado en la cláusula 16 del contrato de fiducia<sup>83</sup>, constituido para el manejo de los recursos del anticipo, se advierte que para que los pagos del anticipo se hicieran, era necesaria la aprobación previa de la Interventoría.

Refuerza esta conclusión del Tribunal el contenido del Informe Final de Interventoría<sup>84</sup>, documento que en su numeral 2.6 analiza la forma en que se invirtió el anticipo y concluye presentando una gráfica que evidencia la inversión efectiva versus lo programado, en los siguientes términos:

<sup>83</sup> ESF\_021 aportado como anexo del dictamen financiero que obra en el cuaderno de pruebas número 14.

<sup>84</sup> Archivo 2 del cuaderno de pruebas número 15.



Como puede observarse, la gráfica de inversión programada, versus la inversión efectiva, son muy cercanas la una a la otra, y adicionalmente en el mismo capítulo concluyó la Interventoría que la suma total invertida por el contratista ascendió a **\$14.991.590.586**.

Ese valor coincide con la conclusión del dictamen pericial financiero aportado por la Convocante, razón por la cual el Tribunal encuentra prueba suficiente para concluir que el anticipo entregado a ACCIONA fue íntegra y correctamente invertido en la obra, lo cual abre paso a la prosperidad de la pretensión 1.11 de la Demanda Reformada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Convocada propuso respecto de esta pretensión la excepción denominada “*No amortización del anticipo y uso inadecuado del anticipo. Desconocimiento de la cláusula sexta del contrato*”, para el Tribunal es claro que, con los argumentos hasta aquí expuestos, la defensa no se encuentra probada, toda vez que el anticipo se invirtió íntegramente y de forma adecuada. En cuanto a la alegación exceptiva relacionada con la no amortización del anticipo, el Tribunal advierte que no es necesario efectuar su estudio como medio de defensa, toda vez que la pretensión se limitó a que se analizara lo ocurrido con la inversión y no lo referente a la amortización.

Resta por analizar en este capítulo lo solicitado en la pretensión duodécima de la Demanda de Reconvención en la cual se solicita lo siguiente: “*Condenar a ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de ONCE MIL*

*MILLONES QUINIENTOS SECENTA (sic) MIL TRESCIENTOS DOS MIL PESOS Y SEISCIENTOS TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$11.560.302.632) por concepto de saldo anticipo sin amortizar”.*

Lo primero a precisar es que el Tribunal no encuentra una pretensión declarativa relativa a la falta de amortización que preceda a esa condena. Sin embargo, dentro de las facultades interpretativas de la demanda, es claro que esa solicitud no puede ser negada de plano por esa omisión, y bien por el contrario dentro de las facultades interpretativas de la demanda, que la ley otorga al juez (art. 42.5 CGP), corresponde en un caso como este establecer si aparece acreditado en el expediente que el valor reclamado en la mencionada pretensión quedó, en efecto, pendiente de ser amortizado.

Para ese efecto, conviene precisar de manera muy sencilla la diferencia entre los conceptos de inversión y amortización del anticipo.

El primero de ellos se refiere al hecho de que los dineros entregados al contratista a ese título deben aparecer todos utilizados en el contrato y más precisamente en aquellas actividades que fueron definidas en el plan de inversión del anticipo.

La amortización, como es sabido, se refiere a la circunstancia de que del valor total de cada una de las facturas que remite el contratista por concepto de ejecución de obra, una parte se destina a justificar y soportar el anticipo invertido, y otra parte se destina al pago de la obra efectivamente realizada. Esa modalidad de ejecución conlleva a que, en la práctica, cuando el contratista presenta una factura, no recibe un pago equivalente al valor total de la misma, pues un porcentaje de esa suma ya lo recibió a título de anticipo, y la función de la factura en relación con ese concepto, es simplemente legalizar el derecho que le asiste al contratista de percibirlo como parte de su remuneración.

En la cláusula sexta del contrato, las partes describieron ese procedimiento, precisando que del valor de cada acta de obra ejecutada se descontaría la proporción correspondiente a la amortización del anticipo, y que con el último pago se terminaría de amortizar el saldo pendiente de ese rubro.

En la página 17 del Dictamen Financiero aportado por la Convocante, obra un cuadro con las facturas emitidas por ACCIONA. La suma total de los valores registrados en esa tabla, aparece en la pestaña número 2.1 del cuadro en Excel denominado ESF\_006 y aportado con el dictamen<sup>85</sup>. La tabla y el valor total es el siguiente:

Nº de Certificación	Fecha Factura	Costo Directo	A (25%)	I (1%)	U (3%)	Total factura	Anticipo (20%) Amortización Anticipo
Fra 057 (JULIO- 10)	10/07/2018	\$ 66.302.447	\$ 16.575.612	\$ 663.024	\$ 1.989.073	\$ 85.530.156	-\$ 17.106.031
Fra 064 (AGOSTO-10)	4/09/2018	\$ 523.418.482	\$ 130.854.621	\$ 5.234.185	\$ 15.702.554	\$ 675.209.842	-\$ 135.041.968
Fra 068 (SEPTIEMBRE- AGOSTO-10)	22/10/2018	\$ 149.798.089	\$ 37.449.522	\$ 1.497.981	\$ 4.493.943	\$ 193.239.535	-\$ 38.647.907
Fra 073 (OCTUBRE- NOVIEMBRE-10)	1/12/2018	\$ 255.990.425	\$ 63.997.606	\$ 2.559.904	\$ 7.679.713	\$ 330.227.648	-\$ 66.045.530
Fra 079 (NOVIEMBRE- DICIEMBRE-10)	13/12/2018	\$ 460.702.483	\$ 115.175.621	\$ 4.607.025	\$ 13.821.074	\$ 594.306.203	-\$ 118.861.241
Fra 084 (DICIEMBRE- 20 ENERO)	1/01/2019	\$ 528.540.088	\$ 132.135.022	\$ 5.285.401	\$ 15.856.203	\$ 681.816.713	-\$ 136.363.343
Fra 088 (FEBRERO-20 MARZO)	5/05/2019	\$ 80.355.935	\$ 20.088.984	\$ 803.559	\$ 2.410.678	\$ 103.659.156	-\$ 20.731.831
Fra 092 (20 MARZO 20 ABRIL)	21/05/2019	\$ 394.484.336	\$ 98.621.084	\$ 3.944.843	\$ 11.834.530	\$ 508.884.793	-\$ 101.776.959
Fra 093 (20 ABRIL 20 MAYO)	19/06/2019	\$ 1.575.427.422	\$ 393.856.856	\$ 15.754.274	\$ 47.262.823	\$ 2.032.301.375	-\$ 406.460.275
Fra 094 (20 ABRIL 20 MAYO)	19/06/2019	\$ 358.636.988	\$ 89.659.247	\$ 3.586.370	\$ 10.759.110	\$ 462.641.714	-\$ 92.528.343
Fra 095 (20 ABRIL 20 MAYO)	19/06/2019	\$ 1.538.601.352	\$ 384.650.338	\$ 15.386.014	\$ 46.158.041	\$ 1.984.795.744	-\$ 396.959.149
Fra 096 (20 ABRIL 20 MAYO)	19/06/2019	\$ 13.563.700	\$ 3.390.925	\$ 135.637	\$ 406.911	\$ 17.497.173	-\$ 3.499.435
Fra 004 (20 JUNIO 20 JULIO)	18/07/2019	\$ 627.580.015	\$ 156.895.004	\$ 6.275.800	\$ 18.827.400	\$ 809.578.219	-\$ 161.915.644
Fra 003 (20 JUNIO 20 JULIO)	18/07/2019	\$ 249.233.242	\$ 62.308.310	\$ 2.492.332	\$ 7.476.997	\$ 321.510.882	-\$ 64.302.176
Fra 005 (20 JULIO 20 AGOSTO)	20/08/2019	\$ 658.681.043	\$ 164.670.261	\$ 6.586.810	\$ 19.760.431	\$ 849.698.545	-\$ 169.939.709
Fra 007 (20 JULIO 20 AGOSTO)	20/08/2019	\$ 432.260.946	\$ 108.065.236	\$ 4.322.609	\$ 12.967.828	\$ 557.616.620	-\$ 111.523.324
Fra 009 ( 20 AGOSTO 20 SEPTIEMBRE)	23/09/2019	\$ 467.049.795	\$ 116.762.449	\$ 4.670.498	\$ 14.011.494	\$ 602.494.235	-\$ 120.498.847
Fra 010 ( 20 AGOSTO 20 SEPTIEMBRE)	23/09/2019	\$ 121.275.653	\$ 30.318.963	\$ 1.212.759	\$ 3.638.276	\$ 156.445.850	-\$ 31.289.170
Fra 011 ( 20 SEPTIEMBRE a 20 OCTUBRE)	23/10/2019	\$ 425.881.201	\$ 106.470.300	\$ 4.258.812	\$ 12.776.436	\$ 549.386.749	-\$ 109.877.350
Fra 015 ( 20 SEPTIEMBRE a 20 OCTUBRE)	23/10/2019	\$ 498.264.872	\$ 124.566.218	\$ 4.982.649	\$ 14.947.946	\$ 642.761.685	-\$ 128.552.337
Fra 016 ( 20 OCTUBRE a 20 NOVIEMBRE)	22/11/2019	\$ 1.747.877.838	\$ 436.969.459	\$ 17.478.778	\$ 52.436.335	\$ 2.254.762.411	-\$ 450.952.482
Fra 017 ( 20 OCTUBRE a 20 NOVIEMBRE)	22/11/2019	\$ 12.887.050	\$ 3.221.762	\$ 128.870	\$ 386.611	\$ 16.624.294	-\$ 3.324.859
Fra 020 ( 20 NOVIEMBRE 20 DICIEMBRE-2019)	10/12/2019	\$ 828.615.324	\$ 207.153.831	\$ 8.286.153	\$ 24.858.460	\$ 1.068.913.768	-\$ 213.782.754
Fra 021 (20 NOVIEMBRE 20 DICIEMBRE-2019)	10/12/2019	\$ 1.284.136.789	\$ 321.034.197	\$ 12.841.368	\$ 38.524.104	\$ 1.656.536.458	-\$ 331.307.292
Fra 023 ( 20 DICIEMBRE-2019 AL 20 ENERO 2020)	17/02/2020	\$ 223.396.294	\$ 55.849.073	\$ 2.233.963	\$ 6.701.889	\$ 288.181.219	-\$ 57.636.244
<b>Avance facturado</b>		<b>\$ 13.522.962.005</b>	<b>\$ 3.380.740.501</b>	<b>\$ 135.229.620</b>	<b>\$ 405.688.860</b>	<b>\$ 17.444.620.987</b>	<b>-\$ 3.488.924.197</b>

Observa el Tribunal que del total del anticipo, el perito de ACCIONA concluye que la Convocante solamente amortizó el anticipo por una suma de **\$3.488.924.197**, mediante la expedición de 25 facturas que se emitieron en el curso del Contrato.

Ahora bien, y tal como se analizará posteriormente, conforme al Dictamen Técnico y Financiero —ambos contestes entre sí—, se logra establecer que el valor de los equipos suministrados asciende a \$25.415.813.781 (Costo Directo + AIU), sobre el cual debe efectuarse un descuento del 20%, en cuantía de \$5.083.162.756, por concepto de la amortización del anticipo.

Así las cosas, el valor total amortizado por concepto de anticipo, luego del reconocimiento que hará este Tribunal sobre el valor de los equipos, asciende a **\$8.572.086.953**.

Por lo anterior, encuentra demostrado el Tribunal que la Convocada no amortizó la

<sup>85</sup> Se transcribe la tabla en lo pertinente.



suma de **\$6.419.503.633**<sup>86</sup> del anticipo, a pesar de que este, como se indicó, fue invertido adecuadamente.

En consecuencia, el Tribunal accederá parcialmente a la pretensión duodécima de la Demanda de Reconvención, en el sentido de condenar a ACCIONA a pagar el valor del anticipo no amortizado, esto es, la suma de **\$6.419.503.633**.

### **1.9. Pretensiones sobre el incumplimiento contractual**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En su pretensión principal 1.12 la Convocante solicita se declare el incumplimiento del Contrato, por conductas que enrostra a la Convocada y que se resumen así: i) la falta de colaboración y ayuda para la ejecución contractual; (ii) la falta a las obligaciones de diligencia, respuesta y gestión; (iii) no llevar a cabo una correcta dirección y supervisión de las labores a cargo del interventor, IDOM; (iv) la falta de entrega de las áreas en debida forma para la ejecución del Contrato; y (v) la falta de entrega de las áreas dentro de los tiempos establecidos en el Plan de Trabajo. Por su parte, la pretensión principal 1.13 busca que se declare el incumplimiento del Contrato por parte de EMCALI, derivado de las acciones y omisiones en que incurrió, que generaron atrasos en la ejecución del mismo.

La Demandante sustentó las pretensiones de incumplimiento contractual de la Convocada mediante el relato de distintos sucesos acaecidos desde los albores de la relación contractual y durante su desarrollo.

Así, inició por señalar los antecedentes históricos a los que se remonta la construcción y operación de la PTAR de Cañaveralejo cuatro décadas atrás, cuya propiedad y operación es de la Convocada, actividad esta última que desempeña desde diciembre del año 2003.

Refirió los antecedentes relativos a la apertura del proceso contractual 900-GAE-CA-0430-2017, originario del Contrato que ocupa la atención de este Tribunal, y

---

<sup>86</sup> Esta cifra es el resultado de sustraer al total del anticipo entregado el valor amortizado de que da cuenta el dictamen pericial.

del cual resultó adjudicataria la Convocante, para posteriormente referir algunos pormenores de su clausulado, entre ellos su sujeción a unas Especificaciones Técnicas para la ejecución, el esquema de riesgos estipulado, la forma de pago (que incluía la regulación sobre el anticipo), las obligaciones a cargo de ambas partes, y la existencia de un interventor.

Sobre este último aspecto de la interventoría, realizó un recuento sobre los antecedentes de la contratación de la firma IDOM CONSULTING ENGINEERING, ARCHITECTURE SAU – SUCURSAL COLOMBIA —habida cuenta, además, de haber sido el único proponente interesado en el proceso contractual abierto para tal fin (900-GAE-CA-0431-2017)—, y describió el objeto del contrato de interventoría, las obligaciones del interventor, la duración del contrato y su cuantía.

En lo que respecta a la ejecución del Contrato refirió que desde el inicio de la relación contractual, tanto la Contratista como el Interventor pusieron de presente a la Convocante que las Especificaciones Técnicas que sirvieron de referencia durante la fase precontractual, eran diferentes a las realmente encontradas en la PTAR, requiriéndose trabajos adicionales no contemplados en el alcance del Contrato, los cuales, por esta misma circunstancia, carecían de Especificaciones Técnicas; trayendo consigo que durante la ejecución del Contrato se fuera definiendo el alcance real de su objeto. Manifestó que varias de estas diferencias solo pudieron ser conocidas por la Convocante *“luego de suscrita el Acta de Inicio, cuando al Contratista **se le permitió el acceso a la PTAR-C**”*<sup>87</sup> (Se destaca)

Señaló que esta circunstancia fáctica implicó, desde entonces, una secuencia de discrepancias sobre el alcance desde el punto de vista técnico, que fueron objeto de consecutivas aclaraciones, nuevas aprobaciones y modificaciones contractuales, que desembocaron en la suscripción del Otrosí No. 1, cuya aprobación, necesaria para su perfeccionamiento, tomó tiempos excesivos en ser manifestada por parte de EMCALI.

Presentó una tabla descriptiva de al menos 139 ítems de las Especificaciones

---

<sup>87</sup> Hecho 68 de la Demanda Reformada.

Técnicas que sufrieron algún tipo de ajuste durante la vigencia del Contrato; especificaciones que inicialmente fueron elaboradas por la firma Hazen & Sawyer y que se incorporaron al Contrato al tenor del numeral 1.1 del Anexo 2 de las Condiciones Específicas de Contratación (CEC), pese a lo cual no fueron entregadas en su totalidad por EMCALI, y las que se entregaron no se correspondían con la realidad del proyecto, todo lo cual constituye, en criterio de la Convocante, “*un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de EMCALI*”<sup>88</sup>, que además se exteriorizó en la propuesta de la Convocada de efectuar una reformulación del objeto contractual, materializada en la eliminación de ítems ya existentes y la inclusión de otros adicionales.

Manifestó que las referidas modificaciones fueron materia de profusas discusiones y requirieron que se presentaran varias aclaraciones por parte de EMCALI, hasta llegarse al proyecto de Otrosí No. 1 que, en todo caso, debía mantener el valor inicial del Contrato; reformulación del objeto y otrosí que tomaron ocho meses del Contrato en analizarse, sin que se hubiere procedido a una prórroga del mismo.

Refirió que en dicho Otrosí se ajustaron algunas actividades, se suprimieron algunos ítems contractuales ejecutados por EMCALI y se incluyeron actividades adicionales sin modificar el precio del Contrato. A su vez, describió algunas de las principales estipulaciones que en él se consignaron, con especial referencia a la reserva que hizo sobre la posibilidad de reclamar mayores permanencias.

Señaló que con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 1 (y casi un año y medio después de iniciado el Contrato), EMCALI comunicó a ACCIONA la forma como se procedería a la entrega de las unidades de tratamiento de la PTAR, habiéndose referido puntualmente a los **digestores**, cuya entrega sería de 3,5 meses, lo cual, indica la Convocada, era contrario a lo que fue informado por la Convocada en el proceso de selección; tiempos que en su momento fueron tenidos en cuenta por la Convocante en la elaboración del cronograma de trabajo.

Trajo a colación una comunicación de la interventoría emitida con ocasión de lo informado por EMCALI sobre la entrega de los digestores, donde la primera indicó

---

<sup>88</sup> Hecho 72 de la Demanda Reformada.

que teniendo en cuenta el tiempo de intervención de cada uno de los cinco digestores (entre 3 y 4 meses), el plazo del contrato de 25 meses sería insuficiente para la intervención completa de la batería de digestión, requiriéndose al menos entre 32,5 y 37,5 meses para tal fin, a lo cual EMCALI ofreció la posibilidad de disminuir el tiempo de entrega de los digestores bajo una condición específica de trasvasado de lodos, lo cual permitiría reducir la ejecución a 31 meses.

Se refirió la Convocante al que considera es un incumplimiento de la Convocada en la obtención de los permisos ambientales, necesarios para lograr la detención completa de la PTAR durante 33 días, según el cronograma de trabajo que aprobó la interventoría; atribución de responsabilidad en su tramitación que le enrostra a EMCALI en virtud de lo concluido por la Interventoría sobre este particular en una comunicación del 6 de junio de 2019, conforme a la cual el trámite de los permisos debía hacerse por parte del propietario del servicio y del vertimiento (Sección 5 del Decreto 1076 de 2015), y en virtud de compromisos que EMCALI asumió en un Acta de Comité del 16 de marzo de 2018; aspectos omisivos de la Convocada que en criterio de la Convocante incidieron en la dilatación de la ejecución del Contrato.

Ahora bien, en lo que respecta a la pretensión 1.13 sobre los **atrasos** que imputa a EMCALI, señaló que los incumplimientos observados de parte de esta última generaron atrasos de diversa índole, cuya demostración se propuso mediante el dictamen pericial técnico que aportó con su Demanda Reformada, y al amparo del cual indicó que lograron establecerse atrasos clasificados en *no excusables* (donde ACCIONA es la única responsable), *compensables y excusables* (donde pese a existir atraso, este se imputa solo a EMCALI), *excusables* (donde la Convocante habría tenido derecho a una extensión del plazo contractual —y no necesariamente el reconocimiento de costos por mayor plazo—, y que a su turno se subdividían en *compensable y concurrentes*), y finalmente atrasos por *fuerza mayor, caso fortuito o evento eximente de responsabilidad* (aspectos imprevisibles para ambas partes que, por tanto, las exoneran de cualquier responsabilidad). El análisis de dichos atrasos por parte de la Convocada lo realizó mediante una metodología de *ventanas*, habiendo identificado **seis (6)** que se resumen a continuación:

1. La primera ventana, correspondiente al periodo de negociación del Otrósí

- No. 1, con una extensión de 269 días, de los cuales **139 corresponden a atrasos**, y en la cual se adicionaron varios ítems no previstos inicialmente, se generaron demoras en la definición de los equipos Motogeneradores por la falta de acuerdo entre las la Convocante y el interventor sobre la esencialidad o no de las marcas de los equipos, y se evidenció un extenso término empleado por EMCALI para el estudio de patología y de vulnerabilidad del Sedimentador 6; aspectos que en criterio de la Convocante fueron la causa originaria de los subsiguientes atrasos en el Plan de Trabajo y que son imputables exclusivamente a EMCALI.
2. La segunda ventana, con una extensión de 61 días, de los cuales **34 corresponden a atrasos**, se atribuye a trabajos adicionales desarrollados en los desarenadores y el sedimentador 6, donde además se identificó una ruta crítica cuya terminación tuvo retrasos que, según la Convocante, fueron propiciados por los requerimientos de la interventoría, al que se agregó la necesidad de definir la construcción de una sobrelosa de los sedimentadores; aspectos todos los cuales son imputables exclusivamente a EMCALI, según la Convocante.
3. La tercera ventana se extendió por espacio de 120 días, de los cuales **59 corresponden a atrasos** (6 que imputa a EMCALI, y 53 que son concurrentes y, por tanto, compensables), originada en varios frentes de obra consistentes en Tanques Sedimentadores Primarios, Motogeneradores Eléctricos a Biogás y el Sistema de Instrumentación y Control, sobre los cuales existieron demoras en la definición de nuevas actividades de rehabilitación por parte de EMCALI, una extensa discusión sobre la construcción de una losa en el piso de los sedimentadores, a la que se sumó la instrucción del interventor para la impermeabilización de los tanques sedimentadores (sobre la que luego se retractó), la necesidad de aplicar morteros de mayor espesor en el sedimentador 8; actividades adicionales que por ser tales, requerían legalizarse.
4. La cuarta ventana tuvo una duración de 92 días, pero representó atrasos por **320 días**, originados en la incorporación de las actividades adicionales

que hicieron parte del Otrosí No. 1 suscrito entre las Partes el 7 de junio de 2019; atrasos representados principalmente en la terminación del Digestor E por la inclusión de actividades adicionales (fruto del otrosí), aumento en los tiempos de entrega de las estructuras por parte de EMCALI, el ajuste de la secuencia en las actividades de impermeabilización en la reparación e intervención de las estructuras en concreto, el sellado de juntas en el piso y muros de dicho Digestor y el vaciado previo a patología en los Digestores B, C, D y E; retrasos que la Convocante imputa exclusivamente a EMCALI.

5. La quinta ventana tuvo una extensión de 153 días, de los cuales **99 días de retraso** le son imputados a EMCALI por la Convocante, y estuvo compuesta por actividades en los Tanques Digestores de Lodos del Digestor E, que requerían de una actividad de sellado de cúpulas por parte de EMCALI que, según lo refiere la Convocante, fue pospuesta y retrasada por aquella, lo que trajo consigo, además de extensiones en los tiempos de ejecución, baja productividad en los trabajos de impermeabilización y perjuicios tanto económicos, como en tiempo de ejecución para el subcontratista de ACCIONA encargado de la aplicación de la poliurea.
6. La sexta y última ventana se extendió por 91 días, de los cuales **77 corresponden a atrasos**, todos imputados a EMCALI por parte de la Convocante, producidos fundamentalmente en el vaciado previo a patología del Digestor D, actividad que estaba a cargo de EMCALI y que nunca realizó.

Añadió la Convocante que con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 1 el día 7 de junio de 2019, se empezó a discutir entre ella, el interventor y EMCALI la suscripción de un nuevo otrosí (Otrosí No. 2), necesario para el ajuste de las Especificaciones Técnicas, y también dados los incumplimientos generales de las obligaciones de Interventoría y EMCALI, los retrasos en la entrega de estructuras y en la aprobación de procedimientos, y la necesidad de acometer actividades sobre la PTAR que diferían de las inicialmente previstas.

Señaló que dentro de esta tarea de discusión se sostuvieron más de 10 reuniones que incluyeron a los Supervisores, y se intercambiaron profusas comunicaciones entre todos estos intervinientes, seguido de lo cual la interventoría presentó su

justificación del Otrosí No. 2, quien además remitió sendas comunicaciones en las cuales ofreció certeza acerca de que la entidad contratante procedería a prorrogar el contrato hasta el 30 de diciembre de 2020.

Puntualizó que en ese devenir de conversaciones se sucedieron cuatro (4) suspensiones al Contrato, en el curso de los cuales se produjeron varios borradores del referido Otrosí No. 2 y acaeció, también, el vencimiento del contrato de interventoría, lo que impedía la reanudación del Contrato, hechos a los que se sumó la definitiva falta de suscripción del mencionado otrosí, que la Convocante atribuye a la negativa de la Convocada de acceder a que se le permitiera incluir salvedades que posteriormente podrían ser reclamadas judicialmente, ocurriendo finalmente el vencimiento del Contrato el día **5 de mayo de 2020** sin la firma de otrosí adicional alguno.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada negó que las Partes del Contrato y la Interventoría hubieran puesto de manifiesto que las especificaciones técnicas sobre las que se desarrolló el proceso de selección difirieran de las encontradas en la PTAR, y que esta requiriese trabajos adicionales a los que contemplaba el alcance contractual. Al respecto, indicó que las especificaciones técnicas eran adecuadas y se compadecían con la realidad de la PTAR, de suerte que, en criterio de la Convocada, no es cierto lo afirmado por la Convocante acerca de la falta de correspondencia y de completitud de dichas especificaciones.

Agregó que EMCALI hizo entrega completa de la documentación y especificaciones de los equipos y que el estado de la PTAR fue conocido por la Convocante con ocasión de la inspección que hizo en la visita técnica que tuvo lugar en las instalaciones de la PTAR, a la cual asistieron los interesados en el proceso contractual, incluido ACCIONA.

Negó que hubiere existido algún tipo de manifestación sobre *reformulación* del proyecto por parte de la Interventoría o de EMCALI, y que la discusión del Otrosí No. 1 hubiere consumido los tiempos que alega la Convocante. Reiteró que en

ningún caso la suscripción del Otrosí No. 1 hubiere obedecido a incumplimiento alguno de EMCALI o de la Interventoría, ni que se hubiere establecido entre las partes la necesidad de ampliar el plazo contractual, siendo esta tan solo una posibilidad que se planteó, siempre que así lo avalara la interventoría.

Señaló que lo manifestado por la Convocante acerca de los cálculos efectuados por la Interventoría relativos a la intervención de los Digestores no son ciertos, y que lo que se observa es el incumplimiento de la Convocante de sus obligaciones frente a tales elementos de la PTAR, en tanto tres de los cinco de que consta quedaron sin intervenir por la Contratista.

Refirió ser parcialmente cierto lo indicado por la Convocante acerca de los nuevos tiempos informados por EMCALI para la entrega de las unidades a ser intervenidas, pero negó que el impacto de estas nuevas fechas afectaran el cronograma en los 419 días que la Convocante invoca a partir del dictamen técnico aportado, el cual anunció sería rebatido mediante un dictamen pericial de contradicción (el cual nunca fue finalmente aportado por esta Parte).

Indicó que en ningún caso EMCALI adquirió el compromiso de obtener los permisos ambientales requeridos para lograr la detención total de la PTAR por espacio de 33 días. En criterio de la Convocada se trataba de un riesgo compartido que se dejó en cabeza de ACCIONA, aun cuando en la contestación al hecho 102 de la Demanda Reformada da por cierto lo referido por la Interventoría en la comunicación 2019-21382-0546-EM acerca de que *“(…) en la segunda categoría consideramos que el trámite de los permisos los debe adelantar el propietario del servicio y del vertimiento, en consideración que es la única entidad competente para ello por ser el titular del permiso, teniendo en cuenta que, de conformidad con la Sección 5 del Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015, el titular del permiso de vertimiento es el propietario o poseedor que presentó la solicitud ante la entidad (…) quien será la persona encargada de cumplir con los requerimientos de la autoridad ambiental y presentar ante ella los planes de cumplimiento y riesgo, así como atender las solicitudes y modificaciones que deban realizarse bajo el amparo del permiso de vertimiento, por ser su titular”*.

Tachó de afirmaciones subjetivas la mayoría de las manifestaciones de la Convocante donde enrostra responsabilidad a la Convocada por los atrasos sufridos en el cronograma del proyecto, y se pronunció sobre cada una de las



“ventanas” sobre las que la Convocante estructuró el análisis de los atrasos evidenciados a lo largo del iter contractual, habiendo nuevamente anunciado la aportación de un dictamen pericial de contradicción para controvertir las extensiones de los periodos de atraso y la imputabilidad en su causación (el cual, como ya se indicó, no lo aportó), sin perjuicio de lo cual elevó algunas manifestaciones sobre los siguientes aspectos particulares:

- i. Señaló que la vinculatoriedad de marcas específicas de los equipos que debía proporcionar ACCIONA fue clara para la Convocante, quien aceptó dicha exigencia.
- ii. No aceptó que hubiere existido una mayor duración de 173 días en la actividad “*Sedimentador 6 – Estudio detallado de patología y vulnerabilidad estructural*” a cargo de EMCALI.
- iii. Refirió que el Cronograma Línea Base que sirve de sustento al dictamen pericial técnico que aportó la Convocante, no permite identificar los componentes de dicho cronograma.
- iv. Negó que se hubiere materializado algún tipo de riesgo relacionado con los estudios de patología, por cuanto el mismo no se contempló contractualmente, pues no se trataba de un aspecto que no pudiera ser anticipado, habiendo afirmado que el mismo consiste realmente en un riesgo de variación de las cantidades de obra.
- v. Negó que hubiere existido algún tipo de aprobación explícita de la Interventoría sobre las actuaciones de ACCIONA para la rehabilitación de la estructura.
- vi. También negó que la Interventoría hubiere ordenado a la Convocante acometer obras de impermeabilización interna del Sedimentador 8, y que luego hubiera existido un cambio de criterio de la Interventoría para no ejecutar dicha obra.
- vii. Rebatió las conclusiones de la Convocante acerca de los atrasos por causa del Digestor E, que sustentó mediante el Informe Final de Interventoría, a partir de lo cual afirma que la responsabilidad exclusiva de tales atrasos es de la Convocante, habida cuenta de que era a ACCIONA a quien le correspondía realizar las intervenciones civiles de rehabilitación, lo que incluía preparar las superficies mediante su

lavado.

- viii. Concluyó que la manifestación de la Convocante, según la cual no pudo ejecutar el alcance del Contrato dentro del plazo establecido por causas atribuibles exclusivamente a EMCALI, corresponde a una apreciación subjetiva de aquella.

Por lo demás, la Convocada refirió sobre la mayoría de los hechos en que se dividió el análisis de las ventanas de atrasos, que los mismos carecían de prueba que los acreditara, y que sería presentado un dictamen pericial de contradicción que daría cuenta de las imprecisiones en los cálculos de la extensión de tales atrasos y en la determinación de la imputabilidad de los incumplimientos (dictamen de contradicción que, se recuerda, nunca se aportó por su parte).

En lo que respecta a la negociación del Otrosí No. 2, negó la mayoría de los hechos invocados por la Convocante sobre esta temática, habiendo indicado sobre algunos de ellos que la Convocante hizo una interpretación equivocada de las comunicaciones intercambiadas entre las Partes en tal negociación, habiendo solo aceptado el contenido de algunas comunicaciones que la Convocante invocó en su demanda, a lo que agregó que las negociaciones fueron extensas en virtud de la complejidad de los ítems faltantes de ejecución y ajuste, mas no por lo esgrimido por la Convocante.

### **c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

A partir de la narración de hechos planteada por la Convocante y la contestación a los mismos por parte de la Convocada, procede el Tribunal a presentar sus consideraciones frente a las pretensiones que son materia de este acápite, debiendo iniciar por el análisis del Contrato que es materia del presente arbitraje y los demás documentos contractuales que guardan relación con el mismo, como sigue:

#### **i) El Contrato 300-GAA-CO-1250-2017**

El Contrato al que se ha hecho mención incorporó como aspectos relevantes frente a la controversia, los siguientes que destaca el Tribunal:

## 1. Objeto

El objeto del contrato está contenido en la cláusula primera, y consiste en la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo.” (en adelante la “PTAR” o “PTAR-C”).

En el párrafo primero de la misma cláusula, se estableció el alcance del objeto y se asignaron algunas actividades a cargo del contratista, quien debía realizar obras civiles, montajes y suministros para la optimización integral de 19 componentes del sistema de tratamiento de aguas residuales de la PTAR-C, habiéndose estipulado que también se incluían los costos directos e indirectos, así como la puesta en marcha, todo de conformidad con las Especificaciones Técnicas del Anexo 2 de los términos de referencia.

Asimismo, no huelga reiterar que el mismo párrafo relativo al alcance del objeto refirió que *“el contratista deberá realizar la ingeniería a detalle, incluyendo planos de taller, la cual será sometida a revisión y aprobación previa de la interventoría antes de su implementación final en obra”*.

## 2. Plazo de ejecución

En la cláusula tercera se pactó que el plazo o término de ejecución del contrato era de 25 meses, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio<sup>89</sup>.

## 3. Forma de pago

En la cláusula sexta se establecieron las siguientes 3 formas de pago:

- i) Anticipo reembolsable: EMCALI entregaría un anticipo del 20% del valor del contrato mediante el giro a un patrimonio autónomo irrevocable constituido por el Contratista para el manejo de dichos recursos, con el que se garantizara su aplicación exclusiva a la ejecución del contrato. La cláusula ratificó en cabeza de EMCALI la propiedad de los recursos y de sus rendimientos.

---

<sup>89</sup> 5 de febrero de 2018.

- ii) Pagos parciales: A su vez, EMCALI pagaría el 95% del valor del contrato a través de actas parciales autorizadas por el Interventor de acuerdo con la ejecución, y de forma mensual, sobre las cuales se descontaría la proporción correspondiente a la amortización del anticipo, cuyo saldo se amortizaría en el último de estos pagos.
- iii) Saldo: Se pagaría al Contratista una vez ocurriera la ejecución del 100% de la obra y se presentaran todos los “requisitos” y documentación relativa al contrato junto con el ajuste a las garantías, a solicitud del Interventor, previo a la elaboración del acta de recibo final, entre otros aspectos necesarios para que se pudiera producir el pago final a favor del Contratista.

#### **4. Obligaciones Generales y Específicas del Contratista**

A partir del análisis de la cláusula novena del Contrato, se aprecian relevantes las siguientes obligaciones generales:

*“2) El CONTRATISTA desarrollará el objeto del contrato conforme a las especificaciones y/o requerimientos técnicos contenidos en los términos de referencia. 3) Cumplir con lo estipulado en las CEC, CGC y en la propuesta presentada entregando la obra contratada de acuerdo con los criterios de calidad exigibles, los diseños, los planos y las especificaciones de construcción que hacen parte del pliego de condiciones, con sujeción a los precios unitarios estipulados y dentro de los plazos establecidos. 4) Adoptar las medidas ambientales, sanitarias, forestales, ecológicas e industriales necesarias para no poner en peligro a las personas, a las cosas o al medio ambiente y garantizar que así lo hagan, igualmente sus subcontratistas y proveedores. (...) 6) Son por cuenta exclusiva del CONTRATISTA todos los gastos que demande la preparación y correcta ejecución de las actividades objeto de esta contratación. (...) 9) Aportar todos los documentos necesarios para la liquidación, con el fin de dar cumplimiento a la Ley. (...) 11) Tramitar aquellos permisos que sean necesarios para la ejecución de los trabajos, que resulten adicionales a los que entregue EMCALI. Así mismo asumirá los pagos que por concepto de estos trámites se genere.”*

Asimismo, adoptan relevancia como obligaciones específicas, las contenidas en la cláusula octava del Contrato, las siguientes:

*“8.4 – OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA CONSERVACIÓN Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: (...) 2) El CONTRATISTA deberá realizar un Plan de Acción y Cumplimiento Ambiental PACA, donde se determinen los riesgos de carácter ambiental y se elaboren los procedimientos de control y mitigación de daños que se pudieran presentar en la ejecución de los trabajos del presente proceso de selección. Este documento deberá ser entregado al interventor con anterioridad a la iniciación de los trabajos para su respectiva revisión y aprobación. 8.5 – OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LOS EQUIPOS, HERRAMIENTAS, MAQUINARIA Y MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN: 1) Ejecutar la obra con todos los equipos, maquinaria, herramientas, materiales y los demás elementos*

necesarios. 2) Suministrar todos los equipos, maquinaria, herramientas, materiales e insumos en las fechas indicadas en la programación detallada de la obra, cumpliendo oportunamente, entre otros aspectos, con el envío y recepción de los mismos en el sitio de la obra. (...)

## 5. Obligaciones del Contratante

Dentro de la cláusula décima del Contrato, adquieren relevancia para el análisis del Tribunal, las siguientes obligaciones de la Entidad Contratante:

*“1) Suministrar al contratista la información y/o descripción, especificaciones técnicas, permisos y demás documentos que sean necesarios para el adecuado desarrollo del objeto contractual. 2) Asignar la interventoría. 3) Desprender las acciones contractual y legalmente establecidas de manera oportuna a los contratistas por incumplimiento parcial o total de los contratos que suscriba para la ejecución del proyecto. (...)”*

## 6. Sanciones y terminación del Contrato

En las cláusulas subsiguientes a la décima quinta —ésta última referida a la cláusula penal— se estipularon otros remedios, tales como cláusulas excepcionales, multas, la aplicación de sanciones, y otras facultades unilaterales como la terminación, modificación e interpretación unilateral, así como la caducidad.

### ii) El Otrosí No. 1

Tal como tuvo oportunidad de mencionarse, mediante el Otrosí No. 1 se hicieron varias modificaciones al Anexo “FORMULARIO DE CANTIDADES Y PRECIOS” contenido en el Contrato inicial, al suprimirse 11 ítems, añadirse otros 27 y también, al ordenarse el pago de otros ítems de acuerdo con los valores unitarios establecidos en el mismo Otrosí.

La cláusula quinta consignó la salvedad acerca de que el Otrosí no generaría modificación alguna al valor del Contrato, y su cláusula octava contempló la facultad de ampliar el plazo para la ejecución de las actividades incluidas en el Otrosí (cláusula segunda), siempre con una previa justificación avalada por la Interventoría y la Supervisión del Contrato en cuestión.

### **iii) Las vicisitudes de la ejecución contractual**

Con fundamento en lo reseñado líneas atrás, el Tribunal puede afirmar con grado de certeza —alcanzada a partir del análisis de la posición de las Partes, el acervo documental arrimado al proceso, y las declaraciones de los representantes y testigos— que, en efecto, existió una atropellada ejecución contractual evidenciada desde el nacimiento del Contrato, que impidió la consecución de su objeto, por diversas causas que enseguida se identifican y analizan, dada su relevancia para la determinación de la responsabilidad de las Partes y su consecuencia en el reconocimiento de las pretensiones económicas enfiladas en sus escritos procesales.

En primer lugar, debe llamarse la atención acerca de una realidad que surgió tan pronto como se dio inicio a la ejecución del Contrato, consistente en la idea de reformular el objeto contractual, por motivo de que el alcance de los trabajos no se acompañaba con la real necesidad de la optimización de la PTAR, perseguida con el Contrato. Ello fue así, según lo relatan los testigos Alfonso González Garrido, Francisco Flores Fernández y Jorge Díaz Salazar, todos contestes en sus afirmaciones acerca de la noción de reformulación introducida desde el inicio del Contrato, a saber:

- **Declaración del testigo Alfonso González Garrido:**

*“En los primeros 7 u 8 meses del contrato EMCALI manifestó y quiso reformular el contrato en base a que las necesidades de la planta durante esos años habían cambiado y los requerimientos de actuación en la planta eran distintos a los que se había contratado. Esta reformulación aproximadamente era del 30% del valor del contrato, en una primera declaración de EMCALI, de intenciones digamos”.*

- **Declaración del testigo Francisco Flores Fernández:**

*“(…) hay una parte que es la más sustancial que es la que se refiere a la reformulación, donde no nos hizo falta advertir a EMCALI porque fue EMCALI el que vino mostrándonos unas nuevas necesidades derivadas de lo que ellos entendían que era la situación de la planta y tengo cuidado en decir “lo que ellos entendían o manifestaban” porque esas fueron sus manifestaciones de necesidades, no las nuestras, nosotros ni siquiera tuvimos la opción de hacer ningún análisis adicional para valorar si lo que EMCALI en ese momento estaba pidiendo era razonable o irrazonable, solo veíamos delante nuestro a un cliente y propietario*

de la planta que manifestaba unas determinadas necesidades que nosotros, pues de alguna manera, valorábamos o le atendíamos técnicamente o le explicábamos los pro, los contras, o los términos contractuales al respecto. Y hay otra parte pequeña, donde efectivamente de los estudios que se hicieron en su momento por la compañía Hazen and Sawyer, se detectaron algunos errores, inconsistencias o incongruencias, como prefiera llamarlo, que hubo que solucionar mediante solicitudes de aclaración, nada excesivamente raro en un contrato. Lo raro fue que el plazo de respuesta de estas solicitudes era larguísimo.”

- **Declaración del testigo Jorge Díaz Salazar:**

“Cuando iniciamos todo el proceso para poder ejecutar el contrato, efectivamente nos encontramos con la situación en que EMCALI puso sobre la mesa una reformulación del mismo. Me explico para los miembros del tribunal ¿qué es la reformulación? Las premisas que inicialmente consideraba EMCALI para poder salir el proyecto, era que el proyecto se conservara a valor C, es decir cambiar unas actividades del proyecto por otras que fueron priorizadas por ellos y que no estaban consideradas contractualmente pero que no afectaron el presupuesto del contrato (...) EMCALI priorizó la posibilidad de una reformulación del contrato; esa reformulación del contrato, doctor Anzola, fue discutida desde marzo, que fue nuestra acta de inicio, hasta el mes de octubre ¿qué pasó? en esa reformulación, esa reformulación inicialmente estaba planteada por 21,000 millones de pesos, esa reformulación contemplaba el cambio de numerosas actividades y sobre todo de unas actividades que eran muy preponderantes en el contrato (...)”.

Lo afirmado por los testigos guarda correspondencia con lo acreditado documentalmente en la comunicación 2018-21382-0151-AC<sup>90</sup> remitida por el Interventor, IDOM, a ACCIONA, en la cual se refiere a informaciones presentadas por EMCALI en el Comité de Obra No. 18 del **17 de julio de 2018** (5 meses luego de iniciada la ejecución contractual), sobre actividades o ítems que podrían afectar el *alcance general* del Contrato; información que sería base de un *plan de acción* para lograr la **“reformulación completa del Proyecto (...) según las necesidades planteadas por EMCALI hasta la fecha”**. (Se destaca)

De lo anterior, es dable para el Tribunal concluir que está acreditado lo que afirma la Convocante acerca de que el planteamiento de una reformulación del alcance del objeto contractual se dio desde el inicio de la ejecución del mismo, habiendo de destacar que a partir de las pruebas recaudadas en el trámite del proceso, no se

---

<sup>90</sup> Prueba 1.60 de la Demanda Reformada.

tiene noticia de que dicha noción de reformulación haya provenido de la Convocante de forma directa.

Con todo, dicha situación no pasa desapercibida para el Tribunal para derivar análisis acerca de que la conducta contractual de las Partes pudo *propiciar* tal necesidad de reformulación, pues si bien los testimonios y la comunicación que acaban de citarse dan cuenta de una conducta de auspicio de la Convocada en este sentido, suscitan también en el Tribunal la necesidad de evaluar la conducta desplegada por ACCIONA, como aportante causal en el resultado de reformulación contractual, por incuria.

Ciertamente, ello puede afirmarse, dado que las pruebas allegadas al proceso permiten observar que la Convocante tuvo una oportunidad plena de conocer de primera mano las instalaciones de la PTAR que sería objeto de intervención, como se constata a partir de la lectura del Acta de Audiencia de Precisión de Términos<sup>91</sup>, que da cuenta, entre otros aspectos, de la **visita técnica** que realizaron los proponentes interesados, entre los que se encontraba ACCIONA, sobre la que se indicó lo siguiente:

7. VISITA TECNICA

Se realiza el recorrido de los puntos a intervenir en la planta de Tratamiento de Aguas Residuales Cañaveralejo – PTAR-C, con el fin de que los proponentes interesados revisen y verifiquen directamente las condiciones del lugar, los aspectos geográficos, sociales, administrativos, tecnológicos, transporte, dado que con base en estos aspectos, los interesados formularan sus propuestas.

Claramente el objeto de dicha visita era que los interesados constataran, *in situ*, entre otras cosas, “*las condiciones del lugar*” y los aspectos “*administrativos*”, “*geográficos*” y “*tecnológicos*”, pues ellos servirían de base para que “*los interesados formularan sus propuestas*”.

De lo anterior emana la importancia que revestía dicha visita para la obtención de un conocimiento acerca de la materialidad del objeto contractual; conocimiento que aunado a los documentos técnicos puestos a disposición de los oferentes, le habrían permitido a ACCIONA, como experta multinacional reconocida en materia de agua, plantear observaciones, comentarios, advertencias, solicitar aclaraciones,

---

<sup>91</sup> Prueba 40 de la Contestación de la Demanda Reformada.



ampliación de información técnica y, en definitiva, formarse un criterio razonado y suficiente sobre la dimensión de las actividades a las que se comprometía en caso de resultar adjudicatario del Contrato; nada de lo cual ocurrió ni siquiera de forma somera, pues el acervo documental que informa el expediente permite evidenciar que ACCIONA no emitió ningún tipo de pronunciamiento en ningún sentido, como sí lo hicieron varios de los demás interesados que, dicho sea de paso, eran actores del mercado sin el amplio reconocimiento que en el medio tiene la Convocante, que pese a ello demostraron un comportamiento bastante más diligente, esmerado, cauteloso, previsorio, pertinente y eficaz en dicha etapa precontractual; reproche conductual que se formula máxime al tratarse de la planta de tratamiento de aguas residuales de una de las principales ciudades capitales del país, cuya función también repercutiría en la preservación del tercer río en importancia nacional; comportamiento que, se itera, no encuentra una explicación valedera al provenir de un renombrado profesional experto y avezado en la materia, que solo podría comprenderse por una deliberada subestimación del alcance y de la finalidad última perseguida con el Contrato, circunstancia merecedora de reproche por la ya indicada calidad de firma experta en materia de acueductos, de suerte que su deber de diligencia es más exigente, al tratarse de un deudor profesional.

Ciertamente, la doctrina y la jurisprudencia enseñan sobre las cargas de información, diligencia y sagacidad exigibles de los contratantes, lo siguiente:

*“(…) la existencia del deber de información no es contradictoria con la carga que a los contratantes se asigna de informarse adecuadamente respecto de la materia sobre la que vayan a contratar, para lo cual habrá que analizar las circunstancias concretas de las partes, su entorno, sus aptitudes y sus particulares posibilidades de “autoinformarse”, para determinar hasta dónde llega el deber de informar y dónde empieza el terreno de las cargas que tienen las partes en la contratación, en particular las cargas de “sagacidad” y “conocimiento”<sup>92</sup>*

*“Por el solo hecho de observar una conducta reconocida como dispositiva, el sujeto asume ciertos riesgos y, por lo mismo, para su propia seguridad y para la obtención cabal de los resultados prácticos a que aspira, tiene el deber de emplear el medio más apropiado, de ser sagaz, advertido, diligente, previsorio, cauto y, por supuesto, de seguir fielmente las instrucciones de ley.*

---

<sup>92</sup> Solarte Rodríguez, A. (2004). LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA. *Vniversitas*, 53(108), 281-315. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>

*“Del negocio han de surgir ciertas consecuencias, como puente que es entre la necesidad individual y su satisfacción, y para que esos efectos sean precisamente los que persigue el autor, a este le incumbe el deber de discernir, de estar atento, de ser claro en sus medios de expresión, de obrar correctamente.*

*“En muchas oportunidades se presentan confusiones, ambigüedades, problemas, que bien podrían haberse evitado con algo de previsión y curia, y cuyos resultados nocivos los recibe quien, habiendo creado los riesgos, por ende, asume sus consecuencias.*

*“No se trata aquí de reducción de la autonomía, sino antes bien de recomendaciones o consejos a los particulares a fin de evitarles tropiezos en su ejercicio”.*

(...)

*“Cargas de advertencia, sagacidad y previsión: El sujeto negocial debe ser cauto, previsivo, cuidadoso, en una palabra, sagaz. Es esta una regla, más que jurídica, de experiencia, que adquiere en esa materia contornos singulares. Quien se comporta ante los demás debe pensar que sus actos (declaraciones o comportamiento), al ser observados, pueden ser tenidos como disposición de intereses, sin que él haya pensado o se haya propuesto tal cosa, y que si por descuido o ignorancia suscitó eventualmente confianza legítima en el carácter negocial que su obrar aparentaba, quedará vinculado aun a su pesar. Y quien dispone de sus intereses debe prever, mirar al futuro y contemplar las más de las vicisitudes por las que puede pasar su regulación y, en consecuencia, precaverse contra los trastornos eventuales, ajustando el contenido del negocio a esa previsión y haciéndolo inconfundible”<sup>93</sup>.*

A su vez, con respecto al deber secundario de conducta consistente en la colaboración, la doctrina también ha reseñado que:

*“En las relaciones contractuales es habitual que las partes deban cooperar para que las prestaciones puedan ser cumplidas. De manera más concreta, se ha entendido que en múltiples ocasiones el acreedor tiene el deber de colaborar; así, un caso típicamente citado por los autores extranjeros es la recepción del pago de una obligación de dar que se le ofrece por el deudor, de manera tal que, si el acreedor no recibe dicho pago, el primero no podrá liberarse del vínculo obligatorio. Pero fuera de este, hay una serie de situaciones en que las partes deben colaborar”<sup>94</sup>.*

*“Hay aquellos que sustentan que la cooperación del acreedor constituye una verdadera obligación, como es el caso de Falzea, de modo que además de los efectos propios de la mora del acreedor, se permite al deudor exigir al acreedor su cumplimiento, y si este no cumple, se genera un caso de incumplimiento contractual. Para otros, en cambio, constituye siempre una carga contractual, como es la opinión de Cattaneo, que aunque reconoce que es un fenómeno muy frecuente, su inobservancia solo generaría mora del*

---

<sup>93</sup> Hinestrosa Forero, Fernando. 2015. Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. I. Universidad Externado de Colombia (marzo, 2016), p. 391 y 392.

<sup>94</sup> Prado López, Pamela. La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual. Revista de Derecho. (dic. 2016), p. 60.

*acreedor. También de carga la califica Cabanillas Sánchez. En un tercer grupo, se sitúan aquellos autores que tienen una opinión matizada, esto es, que, atendidas las circunstancias, a veces tiene la naturaleza de carga y otras de deber al interior de la relación obligatoria, como Caballero Lozano y Lamarca. (...) En lo que toca a los derechos internos, la tendencia ha sido reconocer en forma progresiva la necesidad de que el acreedor colabore o coopere con el cumplimiento del deudor, especialmente al reglamentar la mora creditoris. Así, en forma incipiente se aprecia la importancia de la colaboración del acreedor en el CC italiano de 1942, la que se encuentra tratada a propósito de la mora del acreedor en el art. 1206, en la norma siguiente se regulan los efectos de la mora. El CC portugués de 1966 sigue esta misma tendencia de positivar a la colaboración dentro de la regulación de la mora creditoris.*<sup>95</sup>

Pues bien, el anterior análisis sobre la incuria de la Convocante evidenciada desde la fase primigenia del Contrato —y acertadamente destacada por la Convocada en sus alegatos de conclusión—, constituye en criterio del Tribunal una de las causas eficientes del cúmulo de desaciertos mutuos que se avizoraron desde la formulación del objeto contractual y del alcance de sus obligaciones para hacerlo efectivo, hasta la inconclusa ejecución que se hizo patente a la finalización de su vigencia.

No obstante lo anterior, el Tribunal encuentra que un superlativo reproche de conducta merece el comportamiento contractual de la Convocada, quien como estructuradora del proceso contractual y definidora de su objeto, erró por completo en su formulación, así como en la dirección del proceso de ejecución contractual, en abierta desatención de los deberes que le vienen impuestos por el hecho de su naturaleza pública y por la función inherente que le es propia por su pertenencia a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel territorial.

Lo así evidenciado por el Tribunal surge de las múltiples piezas de convencimiento documentales analizadas de forma conjunta con los demás medios probatorios (periciales y testificales), y en especial contrastadas con el dictamen pericial técnico aportado por la Convocante, sobre lo cual pasa a ocuparse el Tribunal a continuación.

Así, en primer término, debe reiterarse que lo ocurrido con relación a la *reformulación* del objeto contractual planteada desde los albores de la relación

---

<sup>95</sup> *Ibid.* p. 65-68.

contractual, no conduce sino a afirmar la inadecuada planeación contractual que afectó estructuralmente la ejecución del Contrato, aspecto que indudablemente resulta atribuible a la Convocada, según se constata en diversa documentación aportada al proceso, que permite al Tribunal afirmar sin dubitación la anotada responsabilidad.

Sobre este particular, debe destacarse lo referido por la propia Interventoría en la comunicación del 18 de julio de 2018<sup>96</sup>, en la que se incorporan los ítems a adicionar, sustraer y revisar para lograr, se itera, la “*reformulación completa del Proyecto, según las necesidades planteadas por EMCALI hasta la fecha*”.

Tales conclusiones de IDOM fueron puestas de manifiesto incluso por la misma entidad Convocada en el Informe de Supervisión que acompañó como prueba documental, en el cual se lee que, no habiéndose siquiera culminado el perfeccionamiento del Otrosí No. 1, ya se vislumbraba que sería necesaria la suscripción de un segundo otrosí, a saber:

*“Antes de culminar la legalización del otrosí No 1 ya se identificaba la necesidad de adelantar un nuevo otrosí que contemplara la inclusión de cambios en los alcances de algunos ítems aprobados por la interventoría y la inclusión de actividades de obra nuevas requeridas para la funcionalidad de las obras ya contratadas, según consta en las actas de comité de obra correspondientes.”<sup>97</sup>*

Entre otros aspectos que para este Panel Arbitral denotan la ineficiencia del aspecto de planeación del Contrato, lo constituye el hecho de haber empleado como referencia técnica para la estructuración del mismo, unos estudios contratados por la Convocada con una considerable anterioridad —de años— para fundamentar los aspectos técnicos de la necesidad de optimización de la PTAR. Se refiere el Tribunal, pues, a los estudios contratados con la firma Hazen & Sawyer, sobre los cuales basta simplemente recordar lo anotado por la Interventoría en su Informe Final para la Liquidación<sup>98</sup> para confirmar el sustento de lo afirmado por el Tribunal sobre el inadecuado insumo que fue tenido en cuenta por la entidad contratante

---

<sup>96</sup> Identificada como comunicación 2018-21382-0151-AC. Prueba 1.60 de la Demanda Reformada.

<sup>97</sup> Prueba 3 de la Contestación a la Demanda Reformada, página 35.

<sup>98</sup> Prueba 2 Contestación de la Demanda Reformada, página 125.

para estructurar los términos de referencia del Contrato, elemento adicional de negligencia inexcusable, al provenir de una empresa pública de la relevancia de EMCALI.

Similar situación ocurrió con el plazo que estimó la Convocada para la ejecución del Contrato, el cual, según lo refirieron la Interventoría<sup>99</sup> y la firma Gandini y Orozco<sup>100</sup>, resultaba **impracticable**, todo lo cual ha debido resultar evidente para la entidad contratante, como lo pusieron de manifiesto dichos informes; pese a lo cual el limitado plazo se fijó en los escasos 25 meses en comento, contribuyendo así a que la programación del proyecto optimizador tuviera que forzarse para encajar en una reducida e irrealista línea de tiempo.

Es por lo anterior que no son de recibo para el Tribunal las afirmaciones de la Convocada cuando en la sustentación de la Excepción No. 6, refirió: *“De lo anterior se deduce que bajo ninguna circunstancia el cambio de las especificaciones técnicas por parte de EMCALI fueron imprevisibles para la demandante. Ella en cumplimiento de sus obligaciones como contratista fue la encargada de evaluar en la etapa precontractual toda las especiaciones que ofrecía EMCALI así como de los posibles altercados y vicisitudes que pudiera implicar intervenir una planta de tratamiento de aguas residuales como lo era la de Cañaveralejo”*.

Ciertamente, si bien a la Convocante le asistían unos deberes de diligencia e información propia, en ningún caso los mismos podían reemplazar la actividad de planeación suficiente e idónea que le era exigible a la entidad pública encargante de la obra, ni tampoco le habrían permitido vislumbrar que el objeto contractual sería completamente *reformulado*, amén de lo cual el Tribunal declarará no probada la Excepción No. 6 propuesta por la Convocada en su escrito de contestación a la Demanda Reformada, en especial si se tiene en cuenta que el riesgo que alega la Convocada que se trasladó a ACCIONA consistía en uno de *variación de cantidades de obra*, variación que se debe entender ocurriría dentro del marco normal de la ejecución de un contrato que mantuviera durante su vigencia el mismo alcance del objeto primigenio, y no frente a uno *reformulado*,

---

<sup>99</sup> Prueba 2 Contestación de la Demanda Reformada, página 119.

<sup>100</sup> Prueba 1 Contestación de la Demanda Reformada, páginas 112 y 113.

donde necesariamente tal reformulación desbordaría cualquier previsión de *variación* a la que hacía referencia el Riesgo No. 10 invocado por la Convocada como mecanismo exceptivo de defensa.

Esta inadecuada planeación contractual repercutió también en situaciones de incertidumbre e indefinición del alcance de las obligaciones específicas de las Partes, como ocurrió, *verbi gratia*, en el tema de la tramitación de los permisos ambientales. Justamente, fue materia de discusión entre las Partes lo relativo a quién era el encargado de la tramitación de los permisos ambientales para la detención total de la PTAR-C por espacio de 33 días, habiéndose encontrado por parte del Tribunal que la Interventoría conceptuó que dicha obligación correspondía al propietario de la PTAR, quien por demás es responsable del vertimiento<sup>101</sup>. No de otra forma se entiende, entonces, la razón por la cual fue EMCALI quien finalmente tramitó dichos permisos, como se relata en el informe de supervisión<sup>102</sup> así: “Ante tal ***vacío***, la gestión institucional de la consecución de los permisos ambientales con la CVC debió ser asumidos en su totalidad por EMCALI con algún acompañamiento de la interventoría y no por el contratista”. (Se destaca)

De suerte que, si bien dicha controversia resultó definida en el curso de la ejecución del Contrato, ocupó la atención de las Partes por importantes espacios de tiempo que bien podrían haber sido empleados en la efectiva materialización de las restantes obligaciones contractuales.

Pero las deficiencias en el comportamiento contractual de EMCALI se evidenciaron también a partir del ya socorrido Informe de Interventoría, que destacó varias falencias operativas al interior de la entidad Convocada, que repercutían en la ralentización de la toma de decisiones, y en general de los procesos internos de aprobación, cuya dinámica resultaba esencial para el engranaje de la tríada de funciones que implicaban a EMCALI, ACCIONA y el Interventor.

La primera de las deficiencias operativas se halla en una notoria falta de coordinación de la entidad Contratante con la Interventoría, debido a una

---

<sup>101</sup> Prueba 1.1. de la Contestación a la Demanda de Reconvención.

<sup>102</sup> Prueba 3 de la Contestación a la Demanda Reformada, página 33.

divergencia en la interpretación del alcance de las funciones asignadas a ese ente contractual, sobre lo cual se referirá el Tribunal luego de la siguiente conceptualización que sobre la figura enseña la legislación y la jurisprudencia del Consejo de Estado. En este sentido, la Ley 1474 de 2011 en su artículo 83, inciso tercero, señala:

“La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen...”.

Por su parte, el máximo tribunal de la justicia administrativa ha disertado lo siguiente:

“[T]iene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato.”

“[L]a Sección Tercera ha caracterizado la interventoría como un contrato íntimamente relacionado en su objeto con el de obra respecto del cual ejerce su actividad el interventor, y como un contrato que a pesar de lo anterior, resulta independiente de éste en aspectos específicos como la prórroga y el incumplimiento, esto es, que la prórroga de la obra no implica de suyo la del interventor y que el incumplimiento del contrato de obra jamás significa por sí solo el incumplimiento del de interventoría.”

Teniendo claro lo anterior, y descendiendo al caso concreto, se tiene que el Contrato celebrado entre ACCIONA y EMCALI estuvo dotado de la figura de interventoría desde su inicio, en virtud del contrato No. 300-GAA-CI-1267-2017 suscrito entre esta última e IDOM, cuya función principal consistía en:

*“Controlar, verificar y exigir el cumplimiento de las actividades técnicas, administrativas, financieras y jurídicas del contrato que surja del proceso No. 900-GAE-CA-430-2017, durante la ejecución, terminación y culminación exitosa del mismo, teniendo en cuenta el cumplimiento de las actividades propias del proyecto de Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Plata de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo, de acuerdo con todas las normas, especificaciones y procedimientos establecidos por EMCALI”.*<sup>103</sup>

A su vez, el Contrato de Interventoría se encontraba sujeto a supervisión por parte de EMCALI, conforme a su cláusula décima, cuyo literal *a)* establece el marco general de la actuación de dicho supervisor así: *“a) Vigilar que se ejecute el objeto contractual en un todo de acuerdo con los términos de referencia, la oferta y el*

---

<sup>103</sup> Prueba 6 de la Contestación a la Demanda Reformada.

*contrato(...)*<sup>104</sup>.

De acuerdo con la norma contractual que acaba de examinarse, resulta innegable la función de vigilancia que tenía EMCALI sobre la ejecución del Contrato de Interventoría —este último que, al propio tiempo, comportaba la supervisión del Contrato de Obra—, de manera tal que no es de recibo lo pretextado por la Convocada cuando afirma una ajenidad en cuanto a las funciones atribuidas a la Interventoría y sus deberes de velar por el correcto cumplimiento del Contrato de Obra, pues en últimas la comprobación de este aspecto suponía, a su vez, una confirmación de que las obligaciones del Contrato de Interventoría se estaban cumpliendo adecuadamente.

Muestra de las situaciones que logró identificar el Tribunal que le han permitido formular los anteriores reproches, se evidencia, por ejemplo, en la controversia que durante la ejecución del Contrato ocurrió respecto de las marcas de los equipos de los Motogeneradores, donde en versión de la Convocante la Interventoría porfió en exigir que se trataran de la marca CATERPILLAR<sup>105</sup>, discusión que finalmente se habría definido en la forma alegada por la Convocante, esto es, mediante lo acordado en la Reunión Gerencial realizada el 8 de octubre de 2018, donde EMCALI estableció que “*en lo pertinente a los equipos se debe exigir el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas y no las marcas*”<sup>106</sup>. Dicha discusión tomó alrededor de **141 días**<sup>107</sup>, apreciándose así, tanto en este caso puntual de las marcas de los equipos, como en múltiples más, la consumación de importantes periodos de discusión que, se itera, ralentizaban de forma exagerada la toma de decisiones y, de suyo, distrajeron la ejecución contractual en aspectos que, de haber sido interpretados en la forma que el propio Contrato y las comunicaciones de la Interventoría orientaban, habrían evitado el enfrascamiento en discusiones reiterativas o superfluas sobre temas para los que el Contrato y sus documentos conformantes preveían un tratamiento específico<sup>108</sup>; parálisis que también habrían

---

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> Prueba Anexo GPS-010 del dictamen técnico aportado por la Convocante.

<sup>106</sup> Prueba Anexo GPS-011 del dictamen técnico aportado por la Convocante.

<sup>107</sup> Dictamen técnico, página 45.

<sup>108</sup> Ciertamente, de la lectura de lo conceptuado por la Interventoría en la comunicación 2018-21382-0092-EM, se deduce que la Contratista contaba con la alternativa de decantarse por otros fabricantes que reunieran iguales o superiores características a las de la marca ya mencionada (Prueba Anexo GPS-010, Dictamen Pericial Técnico)



podido evitarse, o al menos morigerarse en su extensión, si la Convocada se hubiere mostrado diligente para identificar y atender con mayor inmediatez las vicisitudes que afectaban la buena marcha del Contrato, procurando reconducirlas para solventar de forma expedita tales sucesos.

Sobre este último aspecto llama la atención del Tribunal que, pese al cúmulo de incumplimientos que la Convocada enrostra a la Convocante en sus escritos de contestación de demanda y de demanda de reconvención, no milita en el expediente una sola prueba que conduzca a evidenciar la imposición efectiva de algún tipo de sanción de las contempladas en el Contrato en contra de ACCIONA, aspecto de desidia en el control de la ejecución contractual que, sea cual fuere su causa (pues como se indicó en el Informe de Interventoría<sup>109</sup> las multas consagradas resultaban inaplicables por exorbitadas), resultan inaceptables al provenir de una entidad pública como EMCALI.

En razón de lo anterior, el Tribunal accederá al reconocimiento de los ordinales (ii) y (iii) de la pretensión 1.12 de la Demanda Principal, y tendrá por no probada la Excepción No. 4 formulada por la Convocada en su escrito de contestación a la Demanda Reformada.

Con todo, no huelga señalar que el Tribunal advierte que varios de los informes arrimados al proceso por la Convocada buscan trasladar la responsabilidad de la frustración del cometido contractual también a la firma interventora, sobre lo cual el Tribunal no puede desarrollar un juicio de atribución, toda vez que dicha firma de interventoría no hizo parte del presente proceso, ni tampoco se solicitó como pretensión de la Demanda de Reconvención una declaratoria en tal sentido, de manera que el análisis del Tribunal se limita al examen de la conducta de las personas jurídicas que fueron parte del presente proceso y no se extenderá a declarar responsabilidades de sujetos que no conformaron la litis del trámite arbitral.

De otra parte, y dentro del lastre de la indebida planeación y ejecución se cuenta también el mayor tiempo que llevó la entrega de los Digestores a la Convocante

---

<sup>109</sup> Prueba 2 de la Contestación de la Demanda, página 113.  
Página 96 de 270

sobre la que ya se refirió tangencialmente el Tribunal en líneas anteriores, de lo cual da cuenta la comunicación del 30 de julio de 2019<sup>110</sup> de EMCALI, donde informó que los hitos de entrega supondrían periodos de 3,5 meses, cuando tales actividades requerían en realidad de entre 6,5 y 7,5 meses según lo comunica la Interventoría en su Informe Final de Liquidación<sup>111</sup>. Ello trajo como consecuencia, a su vez, que el término del contrato debiera haber sido muy superior a los 25 meses concedidos para la intervención de las diferentes unidades de la PTAR-C, evidenciándose así mayores tiempos de ejecución no previstos inicialmente, en este caso de ejemplo, para la entrega de tales Digestores. Asimismo, en lo que respecta a las condiciones físicas que se evidenciaron en la entrega de tales áreas de intervención, el dictamen pericial técnico aportado por la Convocante dio cuenta de la negligencia de la Convocada en el alistamiento y entrega en condiciones a la Convocante de dichas áreas, como quedó manifestado en el numeral 341 del subcapítulo de análisis de causa-efecto de los retrasos de la Ventana 4, a saber:

*“341. Se incluyó como adicional la actividad Id 8.01.1C11 “Preparación de Superficie DIG C” que, aunque no hacía parte del Otrosí N°1, era necesaria ejecutar puesto que las estructuras a intervenir debían ser entregadas en óptimas condiciones y debido a que EMCALI no las estaba entregando de esta forma, ACCIONA tuvo que realizar actividades adicionales de limpieza para poder intervenir esta estructura, debido a que EMCALI, como se indicó antes, no estaba realizando estas labores en los digestores intervenidos hasta ese momento. Lo anterior, con excepción del Digestor C donde nunca se intervino, más allá de hacer el estudio de patología. Esto fue informado por ACCIONA mediante comunicaciones desde el mes de mayo de 2018, por lo que esta actividad de duración 35 días generó un atraso de esta magnitud y se le asignó a EMCALI”*

Similar situación se evidenció a partir de lo narrado por el testigo Osbert Orozco Pérez<sup>112</sup>, quien preguntado por el apoderado de EMCALI acerca de la detención de la PTAR, respondió:

*DR. OROZCO: Es perfectamente claro, al iniciar el trabajo se llegó a un acuerdo entre las partes para decir si yo voy a instalar un barrelodos, lo necesito que esa parte esté hidráulicamente seca y fuera del servicio, **EMCALI dice yo puedo poner ese reactor o ese sedimentador o ese barrelodos fuera de servicio en 40 días, me comprometo a entregarle a ACCIONA el sitio para que instale los equipos en 40 días, hubo casos que se demoró 300 días o 240 días**, ahí ya se puede medir la dificultad del contratista de no poder avanzar en el contrato, porque entre otras cosas se estableció en el contrato de que se pagaría cuando estuviese instalado y funcionando, entonces el contratista, en instalarlo, ni podía cobrarlo, ni podía ponerlo en funcionamiento, ocurrían las tres cosas, por qué no lo*

---

<sup>110</sup> Oficio 3330581762019.

<sup>111</sup> Prueba 2 de la Contestación a la Demanda Reformada, página 119.

<sup>112</sup> [Minuto 45:23] Cuaderno de pruebas 19, folio 8 – Osbert Orozco 14 ABR 2023.

*hacia EMCALI, por qué no lo hizo EMCALI **por falta de planificación en la operación de la planta para hacer reparada.***” (Se destaca)

Por razón de lo expuesto, el Tribunal accederá al reconocimiento de la pretensión 1.12 en lo que respecta a los ordinales (iv) y (v).

De otra parte, la negociación del Otrosí No. 2 también permitió evidenciar, una vez más, que persistió una necesidad de ajustar el contrato a las reales necesidades del servicio público. En todo caso, al igual que lo ocurrido con el Otrosí No. 1, para el Tribunal la suscripción del primero, y la pretendida formalización del segundo, no constituyeron más que fórmulas acordadas por las Partes para remediar de forma provisional, en la práctica, una problemática estructural del Contrato, que no resultaba pasible de ser enmendada, habida cuenta de hallarse afectado *ab initio* por las vicisitudes que vienen de relatarse.

Ahora bien, en lo que respecta a las “*ventanas*” de incumplimiento en las que se dividió el análisis pericial de los atrasos ocurridos, el Tribunal acoge el resultado del estudio presentado por el perito técnico, en cuanto refiere a la extensión de los periodos de atrasos, sin que sean de recibo las oposiciones que la Convocada enfiló de forma no idónea en contra de dicho dictamen, toda vez que estas solo presentan discrepancias de orden fáctico o conceptual, que no acreditó debidamente, como cuando afirmó que la línea base utilizada en el dictamen no tenía forma de ser comprobada, pese a lo cual, y **habiéndosele otorgado múltiples oportunidades para hacerlo, la Convocada no aportó dictamen técnico de contradicción, que constituiría en este caso la prueba idónea para controvertir las afirmaciones del perito técnico de ACCIONA, a la vez que desistió expresamente de su oportunidad procesal para interrogar a dicho perito.**

En atención a lo así acreditado, el Tribunal accederá al reconocimiento de la pretensión 1.13, y tendrá por no probada la Excepción No. 1 propuesta por EMCALI en su escrito de contestación a la Demanda de Reconvención.

Por lo demás, debe el Tribunal referirse a la manifestación que en sus alegatos de conclusión elevó la Convocada, acerca de que el Informe Final de Liquidación de la firma Gandini y Orozco “*tiene vocación de peritaje por su experticia y conocimiento*”,

habiendo de indicar este Panel Arbitral que tal afirmación resulta del todo desacertada, si se tiene en cuenta que el régimen de la prueba pericial, contenido, entre otros, en el art. 226 del Código General del Proceso, solo permite otorgar el carácter de prueba pericial a aquella que reúna sus requisitos<sup>113</sup>, ninguno de los cuales se advierte en el referido Informe. En adición, el Tribunal recuerda que la prueba en mención fue aportada y decretada como documento, razón por la cual tampoco se surtió respecto de ella la natural contradicción en audiencia que le es propia a la pericial.

Así entonces, a partir de lo consignado por el perito técnico de ACCIONA, se encuentra plenamente establecido que el plazo de ejecución del contrato resultaba impracticable, en razón de lo cual, entre otros hechos, las partes discutieron la posibilidad de ampliar su vigencia hasta el 30 de diciembre de 2020, como lo

---

<sup>113</sup> **Artículo 226. Procedencia.** (...) *El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.*

*Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.*

*El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:*

- 1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.*
- 2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.*
- 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
- 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.*
- 5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.*
- 6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.*
- 7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.*
- 8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*
- 9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.*
- 10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.*

confirma el oficio 3000868012019<sup>114</sup> remitido por EMCALI a ACCIONA de fecha 8 de noviembre de 2019, en el cual la primera manifestó que:

Teniendo en cuenta la importancia de la obra para la ciudad y las implicaciones que acarrearía terminar el contrato en el estado en el que se encuentra para iniciar un nuevo proceso de contratación, con base en los escenarios de terminación entregados por la interventoría y la propuesta entregada por el contratista ACCIONA AGUA SAU SUCURSAL COLOMBIA, Emcali ha determinado conceder prórroga al contrato No. 300 GAA-CO-1250-2017 hasta la fecha máxima del 30 de diciembre de 2020.

Con todo, dicha ampliación del plazo contractual se encontraba sujeta a su formalización mediante otrosí, tal como lo afirmaron las partes en el Acta de Suspensión No. 2, pero dado que no se logró la suscripción de dicho otrosí, tampoco se perfeccionó la mencionada prórroga.

Ahora bien, el Tribunal debe llamar la atención acerca de que también se encuentra acreditado a partir del dictamen pericial técnico aportado por la Convocante, y a partir de la valoración fáctica y probatoria emprendida por el Tribunal, que ambas Partes contribuyeron causalmente en la extensión del plazo inicial del Contrato y en los atrasos advertidos en su ejecución, por lo que el Tribunal considera que, a partir de la reseña de los antecedentes fácticos que han sido relatados, se produjo lo que en materia jurídica se denomina **conurrencia de culpas**, figura consagrada en el ordenamiento jurídico nacional por el artículo 2357 del Código Civil que, reza: *"La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"*. Este mismo razonamiento fue manifestado con suficiencia en el concepto del Ministerio Público rendido al interior de este proceso.

La aceptación de la figura de la conurrencia de culpas en materia de responsabilidad *contractual* se ha introducido desde los análisis realizados por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 11 de diciembre de 1940, donde disertó sobre el particular: *"bien es verdad que en los contratos también cabe culpa de una y otra de las partes, conurrencia que no puede pasar inadvertida ni quedar sin efecto, so pena de sacrificar la equidad; pero este fenómeno no podría entenderse reglamentado por disposición que exclusivamente mira a la culpa aquiliana, sino que ha de resolverse, en su caso, a la luz de las disposiciones que regulan los contratos"*

---

<sup>114</sup> Prueba 1.104

*y atienden a la simetría contractual*<sup>115</sup>; postura que es recogida por el tratadista OSPINA FERNÁNDEZ, en los siguientes términos: “los dictados de equidad en que se inspira la mencionada regla, determinan la necesidad de aplicarla también en el campo de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones. La concurrencia de culpas entre el acreedor y el deudor debe ser atendida para fijar el monto de la indemnización por el incumplimiento de la obligación y aun para negarla cuando la culpa del acreedor neutralice totalmente la del deudor, quien, se repite, sólo responde del dolo y de la culpa grave concurrentes, todo sujeto al prudente juicio del sentenciador”<sup>116</sup>.

Así las cosas, para este Tribunal Arbitral resulta clara la aplicación del criterio de concurrencia de culpas en el caso examinado, donde se discute la responsabilidad contractual de las Partes, en especial si se tiene en cuenta que el art. 1616 del Código Civil previene que cuando el acreedor contribuye con su culpa a la causación del daño generado por el incumplimiento, la condena a cargo del deudor debe ser reducida, ponderando para ello la aportación o incidencia que en el resultado final tiene la culpa de cada uno. Ciertamente, cuando la norma en cita señala que “si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero sí hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”, forzoso es concluir, que sea que se verifique o no la existencia de dolo, el deudor siempre responde por los perjuicios que ocasiona con su comportamiento. De manera que si el resultado pernicioso final se produjo como consecuencia, parcial, de la culpa del acreedor, este también debe asumir la parte que le corresponde, lo cual no constituye *per se* una sanción, sino una consecuencia natural por el hecho de que la parte del daño que proviene de su actuar no es consecuencia directa del incumplimiento del deudor.

Ahora bien, en casos como el que se analiza, corresponde al administrador de justicia determinar el grado de participación que tanto el deudor como el acreedor tuvieron en la causación del daño para efectos de fijar las condenas o reparaciones

---

<sup>115</sup> Citada por J. SUESCÚN MELO en Derecho Privado- Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo, Legis, Bogotá, 2005, T. I., p. 171.

<sup>116</sup> Régimen General de las Obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, 1976, p. 154.

a que haya lugar, sobre lo cual la doctrina chilena —cuyo ordenamiento civil comparte los mismos aspectos medulares que el colombiano— refiere: *“Mas no existe ningún medio de medir la causalidad, tal cual ella es concebida para el Derecho y, en definitiva, como se observa en la jurisprudencia, tanto chilena como extranjera, una amplia latitud habrá de dejarse al juez. Y será común observar que el viejo criterio de la gravedad de las culpas respectivas, por mucho que ha sido criticado por apartarse de los fines reparatorios de la responsabilidad, para acercarse a la idea de sanción, será siempre influyente en la decisión, como no han dejado de notarlo algunos doctrinadores, desde que, en no poca medida, la influencia causal depende de dicha gravedad, que se convierte así en un índice de eficacia causal”*<sup>117</sup>

Idéntica postura se identifica en la jurisprudencia del Consejo de Estado [Incluir jurisprudencia encontrada por Dr. Gómez sobre reconocimiento parcial de utilidad, etc.]

Así pues, analizadas las pruebas que reposan en el expediente, el Tribunal encuentra que en ellas aparecen demostradas diferentes actuaciones de la Convocante y de la Convocada que contribuyeron a los atrasos y a la mayor extensión del plazo contractual, como reiteradamente ha sido expuesto por este Panel Arbitral.

Dichas causas de mayores tiempos de ejecución y atrasos fueron identificadas por el perito técnico, y permiten concluir que en su gran mayoría consisten en eventos atribuibles a la conducta de la Convocada. Sin embargo, el Tribunal dentro de su actividad de valoración fáctica y probatoria considera que no se compadecería con la realidad de la ejecución contractual proceder a atribuir casi de forma única y exclusiva a EMCALI la responsabilidad en su causación, pues resulta inobjetable que la Convocante también incurrió en actuaciones que generaron dichos atrasos —aunque evidentemente en bastante menor medida que los incurridos por la Convocanda—, conforme ha sido expuesto líneas atrás.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal considera, luego de ponderar el cúmulo de aspectos fácticos que han sido reseñados, vistos en conjunto con el material probatorio que informa el expediente, que EMCALI no debe sino asumir una

---

<sup>117</sup> Sobre la culpa de la víctima y la relación de causalidad en Responsabilidad Civil, Aída Kemelmajer de Carlucci- Directora, Ed. Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2007, ps. 149 y 150.

responsabilidad del setenta por ciento (70%) del valor de los **costos indirectos** producidos por tales mayores tiempos de ejecución y atrasos. El treinta por ciento (30%) restante sobre dicho concepto indemnizatorio debe ser asumido por ACCIONA. En consecuencia, se condenará a EMCALI a pagar las sumas que más adelante son objeto de liquidación, y se declarará parcialmente probada la excepción número 7 propuesta por la Convocada en su escrito de contestación a la Demanda Reformada.

### **1.10. Pretensiones sobre pagos a favor de Acciona y no efectuados por EMCALI**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En sus Pretensiones principales 1.14 y 1.17. ACCIONA AGUA solicita, en su orden, que se declare que EMCALI incumplió el Contrato 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a ACCIONA la totalidad de las obras, actividades y suministros realizados por esta última, y las obras adicionales ejecutadas por Acciona por ser necesarias para la correcta ejecución del Contrato.

La Convocante sustenta las pretensiones anteriormente relacionadas, con fundamento en los hechos consignados en el que denominó “TERCER GRUPO DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA”.

Sobre esta temática, la Convocante señaló:

- **Hechos relacionados con las obras ejecutadas por ACCIONA AGUA y no pagadas por EMCALI:**

Afirma la Convocante que durante el desarrollo del contrato se ejecutaron cantidades de obra en treinta y tres (33) ítems contractuales, incluyendo las cantidades de obra establecidas en el Otrosí No. 1 “...que, sin embargo, el cobro y respectivo pago de estos no pudo formalizarse”. Relaciona los ítems afectados señalando:



**Ítem 4.10:** “*CONSTRUCCIÓN DE ACCESO A CÁMARA DE INTEGRACIÓN PARA LA EVACUACIÓN DE ARENAS DE 900 MM (36”) DE DIÁMETRO CON TAPA PERNADA EN ACERO INOXIDABLE Y EMPAQUE DE SILICON*” (Prueba: Apéndice GPS-001 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Afirma que en razón a que no se pudo ejecutar la instalación y el montaje del ítem, ACCIONA no pudo cobrarlo y recuperar el costo de la ingeniería de detalle; que los trabajos no se pudieron ejecutar en su totalidad porque EMCALI no consiguió los permisos necesarios para la parada total de la PTAR como estaba fijado en el cronograma, lo que era imprescindible para ejecutar la obra.

**Ítem 5.4:** “*DESMONTE Y RE-INSTALACIÓN DEL DOMO EN ALUMINIO EN SEDIMENTADORES*” (Prueba: Apéndice GPS-002 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Luego de referirse a diferentes aspectos técnicos, señala que en el desarrollo del proyecto se presentaron inconvenientes con la aprobación por parte de la interventoría del subcontratista designado por ACCIONA que insistió en que debían contratar al fabricante original que hizo los Domos en el año 1999; después de meses de discusión, finalmente la interventoría aprobó al contratista inicialmente presentado por Acciona: “Tu Ventana” (Prueba: Comunicación CO05C1-DP-Cr-AAG-IDO-0644 del 16 de octubre de 2019). Los meses que se tomó la Interventoría generaron atrasos en la ejecución del ítem, así como en la instalación de los barrelos, pues eran actividades interdependientes, toda vez que era necesario llevar a cabo el desmonte de las estructuras de los domos para instalar los barrelos, y ahí sí, llevar a cabo la reinstalación de los Domos. En razón a la terminación del plazo “...hubo unos pernos que alcanzaron a ser adquiridos e importados por Acciona Agua, los cuales eran requeridos para reinstalar los elementos de los domos; sin embargo, no pudieron ser finalmente instalados y se encuentran en las instalaciones de la PTAR.” (Prueba: Factura JO King 30-00052012).

**Ítem 5.8:** “*INSTALACIÓN Y PRUEBA DEL SISTEMA BARRELOS DE LODOS EN ACERO AL CARBONO-INCLUYE BARRENATAS*” (Prueba: Apéndice GPS-003 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda).

Hace referencia a inconvenientes que imposibilitaron la terminación de actividades en los SED-6, SED-7 y SED-8, por lo que ACCIONA solicitó el reconocimiento de los costos y gastos derivados del montaje parcial realizado en obra, correspondiente a los barrelodos en los sedimentadores mencionados. Reitera la misma situación del ítem anterior respecto de la demora de la Interventoría. A continuación, hizo la explicación técnica y relacionó las actividades que ACCIONA alcanzó a ejecutar. (Págs. 103 a 105 de la reforma a la demanda). Concluye: *“En consecuencia, deben reconocerse las actividades ejecutadas por Acciona Agua, relacionadas con la instalación y prueba del Sistema Barredor de Lodos en Acero al Carbono-incluyendo Barrenatas en los SED-6, SED-7 y SED-8”*.

**Ítem 4.18:** *“SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE UNIDAD DIFUSORA DE AIRE EN DESARENADORES”* (Prueba: Apéndice GPS-004 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Aduce que *“Los difusores en el Desarenador No. 6 fueron instalados, recibidos por EMCALI y puestos en servicio, tal como se puede comprobar en la obra o en el acta de entrega firmada por EMCALI (Acta de Entrega de Estructuras- Unidades Difusoras de Aire en Desarenador No. 6); sin embargo, tales actividades no fueron reconocidas por la interventoría, ni pagadas por EMCALI”*.

**Ítem 5.13:** *“AC, JUNTA PERIMETRAL PISO- MURO SEDIMENTADORES”* (Prueba: Apéndice GPS- 005 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Afirma que de los informes de patología y vulnerabilidad (Comunicación 2019-21382-0453-AC. Informe supervisión sobre adenda del informe de patología y vulnerabilidad del SED-6 ver. Del 29 de marzo de 2019) se detectó que una junta de unión presentaba un gran deterioro por lo que era necesario realizar un nuevo tratamiento que asegurase el correcto comportamiento y estanqueidad de dicha junta, y que la junta piso-muro fue ejecutada en su totalidad por el Contratista, con la supervisión de la interventoría, pero quedó pendiente por facturar la ejecución de 44.20 ml, es decir, la totalidad del ítem.

**Ítem 15.2:** *“AC, INGENIERIA DETALLADA DE NUEVA VÍA DE ACCESO”* (Prueba: Apéndice GPS-006 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Señala que EMCALI solicitó construir un nuevo acceso

vehicular a la PTAR, requiriendo la presentación de un nuevo precio el cual fue aprobado por la interventoría y formalizado mediante el Otrosí No. 1. ACCIONA ejecutó los diseños de acuerdo con los requerimientos —y con mayor alcance, ya que durante la ejecución de los diseños EMCALI requirió dos accesos y diseño de portería—, los que fueron radicados en el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de la Alcaldía de Santiago de Cali. IDOM recibió copia del radicado, sin embargo, no hizo el reconocimiento y no autorizó el pago de esta actividad.

**Ítems 17.3 al 17.6:** “*SUMINISTRO, INSTALACIÓN, PRUEBA Y PUESTA EN SERVICIO DEL SWITCHGEAR-GIS 34.5 Kv*” (Prueba: Apéndice GPS-007 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Debido a que en el formulario de Precios y Cantidades, los ítems considerados para estas actividades estaban considerados en el ítem con cantidad de uno (1), y en razón a que no se pudieron ejecutar en su totalidad, ACCIONA no pudo cobrar parte de los ítems y recuperar los costos en que incurrió. Después de relacionar las actividades desarrolladas, afirma ACCIONA que llevó a cabo la ingeniería, inspección y verificación para la instalación del Switchgear GIS 34.5 Kv, que fueron entregadas para aprobación a la interventoría antes del inicio de las actividades de instalación del equipo según consta en correo electrónico del 31 de enero de 2020 (CO05C1-IE-CE-AAG-IDO-0067), con el que envió la ingeniería de detalle y los planos de detalle. Sin embargo, IDOM no gestionó el correspondiente pago.

**Ítem 16.1:** “*SUMINISTRO, INSTALACIÓN, PRUEBA Y PUESTA EN SERVICIO DE COMPONENTES PARA LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA SCADA*” (Prueba: Apéndice GPS-008 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Al igual que en el caso anterior, en el Formulario de Precios y Cantidades estas actividades estaban consideradas como un ítem con cantidad uno (1). ACCIONA realizó la entrega de la documentación de ingeniería desarrollada y los entregables a la interventoría, actividades que se materializaron en informes de ingeniería de detalle, planos, procedimientos y especificaciones técnicas entregadas a IDOM para revisión y aprobación, previo al inicio de los trabajos de suministro e instalación. Afirma que debido a que no se pudo ejecutar la totalidad del ítem, ACCIONA no pudo cobrar parte del ítem y recuperar el costo de la

ingeniería de detalle.

**Ítem 8.7:** “*LADRILLO AISLANTE*” (Prueba: APÉNDICE GPS-009 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Este ítem correspondía al cambio de los ladrillos exteriores dañados del Digestor de Lodos D. En razón a que las continuas dilataciones y contracciones térmicas causaron fracturas y fisuras en los ladrillos, fue necesario el reemplazo por unidades con las mismas dimensiones y similar tonalidad. La especificación técnica 4220-Mampostería y Trabajos Afines no daba un lineamiento específico para estos trabajos, por lo que ACCIONA tomó en consideración el Estudio de Patología y Reforzamiento Estructural del Digestor D de Himcacon en diciembre de 2018. ACCIONA llevó a cabo el suministro e instalación de ladrillo aislante en la fachada del Digestor D, incluyendo la limpieza bajo la supervisión de IDOM, sin embargo, su cobro no fue autorizado por la Interventoría.

**Ítem 5.18:** “*AC. DEMOLICIÓN DE PRECISIÓN DE MURO DE CONCRETO EN ESPACIO REDUCIDO*” (Prueba: Apéndice GPS-010 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda). Acciona realizó las demoliciones en los SED-7 y SED-8, de acuerdo con la descripción contractual del ítem hasta el cierre de la entrega final de estructuras de los sedimentadores. Concluidos la mayoría de los trabajos surgió la negativa del Ingeniero residente de IDOM para reconocer el pago de los trabajos ya ejecutados, argumentando que la demolición ejecutada había sido de unos espesores menores a 10 cm. Desde el corte de agosto de 2019, IDOM se negó a reconocer el pago de los trabajos ya ejecutados. El 12 de octubre de 2018, ACCIONA entregó el APU de la demolición (comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-IDO-0172) que no se refería a una altura o profundidad de demolición fija, sino que establecía el valor “hasta” como un máximo. Después de varias mesas de trabajo con la interventoría, el 7 de diciembre de 2018, ACCIONA remitió un nuevo APU con la misma descripción ya señalada. En las mesas de trabajo celebradas con EMCALI y la Interventoría durante las suspensiones del contrato y donde se estaba negociando la prórroga del contrato con las actividades que se podían desarrollar hasta 31 de diciembre de 2020, se llegó a un principio de acuerdo para descomponer el ítem de demolición de muro por espesores para futuras demoliciones. Los APU con la desagregación solicitada

fueron entregados por ACCIONA el 24 de abril de 2020 para que fueran aprobados e incluidos en el Otrosí No. 2.

**Ítem 5.17:** “AC. SELLADO JUNTA DILATACIÓN NUEVA SOBRELASA DE CONCRETO” (Prueba: Apéndice GPS-011 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Se refiere a trabajos ordenados por EMCALI que no hacían parte del alcance del contrato, por lo que ACCIONA debió presentar los correspondientes APU que fueron aprobados por la interventoría y formalizados mediante el Otrosí No. 1. ACCIONA realizó el sellado de todas las juntas en las nuevas sobrelosas de concreto en los SED-6. SED-7 y SED-8, de acuerdo con la descripción del ítem contractual, pero *“El pago no fue formalizado por la Interventoría debido a la suspensión de su contrato y posterior finalización de éste”*

**Ítem 5.23:** “AC APLICACIÓN MORTERO DE REPARACIÓN ESPESOR 20MM” (Prueba: Apéndice GPS-012 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Afirma que ACCIONA realizó la aplicación de 17.53 m<sup>2</sup> de mortero de reparación en el cono central del SED-8, conforme a la descripción del ítem contractual, pero su pago no fue formalizado por la Interventoría debido a la suspensión de su contrato y posterior finalización de éste. (Memorando de cálculo de obra ejecutada del 30 de noviembre de 2019 en SED-8).

**Ítem 5.25:** “APLICACIÓN MORTERO DE REPARACIÓN ESPESOR 40 MM.” (Prueba Apéndice GPS-013 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) ACCIONA realizó la aplicación de 99.19 m<sup>2</sup> de mortero de reparación en el cono central del SED-8 y en el canal perimetral, conforme a la descripción del ítem contractual, pero su pago no fue formalizado por la Interventoría debido a la suspensión de su contrato y posterior finalización de éste. (Memorando de cantidades de obra ejecutada del 30 de noviembre de 2019 en SED-8 y memoria de cálculo de cantidades de obra ejecutada del 6 de marzo de 2020 en SED-8).

**Ítem 5.24:** “APLICACIÓN MORTERO DE REPARACIÓN ESPESOR 30 MM” (Prueba: Apéndice GPS-014 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la

reforma de la demanda.) ACCIONA realizó la aplicación de 293.88 m<sup>2</sup> de mortero de reparación en el cono central del SED-8 y en el canal perimetral, conforme a la descripción del ítem contractual, pero su pago no fue formalizado por la interventoría debido a la suspensión de su contrato y posterior finalización de éste. (Cfr. Memorando cálculo de cantidades de obra ejecutada del 30 de noviembre de 2019 en SED-8 y memoria de cálculo de cantidades de obra ejecutada del 6 de marzo de 2020 en SED-8).

**Ítem 5.1:** “*REPARACIÓN Y REHABILITACIÓN INTERNA DE ESTRUCTURAS DE CONCRETO*” (Prueba: Apéndice GPS-015 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda) Estas actividades fueron ejecutadas por ACCIONA, estuvieron bajo la supervisión de la Interventoría, tal como consta en las memorias de cálculo (Reparación y Rehabilitación de Estructuras de Concreto para los Sedimentadores 6, 7 y 8) y en la lista de verificación de entrega (Acta de entrega de Estructuras- Sedimentador No. 6 del 20 de febrero de 2020, Acta de Entrega de Estructuras Sedimentador 7 del 20 de febrero de 2020 y Aprobación de inicio y Entrega de Actividades-Reparación y Rehabilitación Interna de Estructuras de Concreto en el Sedimentador No.8 del 4 de abril de 2019), pero no fue formalizado su cobro por renuencia de la Interventoría.

**Ítem 5.2:** “*IMPERMEABILIZACIÓN INTERNA DE TANQUES DE CONCRETO CON POLIUREA*” (Prueba: Apéndice GPS-016 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda) Esta actividad incluyó la aplicación del tramo final del muro del tanque interno del SED-6, de una longitud total de 4.10 m, la cual fue llevada a cabo bajo la supervisión de IDOM (Memorando de cálculo de las áreas de impermeabilización interna de tanques de concreto con poliúrea en el SED 6). No obstante, dichas aplicaciones de poliúrea no fueron liquidadas por la Interventoría, ni pagadas por EMCALI.

**Ítem 5.3:** “*INTERVENCIÓN Y REFORZAMIENTO DE ESTRUCTURAS DE CONCRETO CON HOJA DE FIBRA DE CARBONO UNIDIRECCIONAL IMPRIMACIÓN Y RESINA EPÓXICA*” (Prueba: Apéndice GPS-017 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Todo el ítem fue ejecutado bajo las recomendaciones del Informe de Patología realizado por Hincacom, comentado y

aprobado por la Interventoría. Se puede comprobar su realización en el sitio de obra tal como consta en las memorias de cálculo.

**Ítem 5.12:** “*AC TRATAMIENTO DE FISURAS EN SUPERFICIES DE CONCRETO MAYORES A 1MM HASTA 8MM*” (Prueba: Apéndice GPS-018 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) ACCIONA realizó las reparaciones de estas fisuras, bajo la supervisión de IDOM, a pesar de lo cual no fueron liquidadas ni pagadas por EMCALI.

**Ítem 5.16** “*AC, CORTE JUNTA DILATACIÓN SOBRELAS CONCRETO*”. (Prueba: Apéndice GPS-019 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Las actividades de corte y limpieza de la junta de dilatación de sobrelosa existente, fueron supervisadas por IDOM, y en las Actas de Cantidades de obra ejecutada, se puede evidenciar su ejecución mediante la aprobación dada por los ingenieros de la INTERVENTORÍA, Jorge Córdoba y Sebastián Diosa.

**Ítem 5.15:** “*FUNDICIÓN EN CONCRETO PLÁSTICO BOMBEADO DE 5000 PSI CON FIBRA SINTETICA DE POLIESTER Y MICROSILICE*” (Prueba: Apéndice GPS-020 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Esta actividad no fue establecida en el diseño original de la compañía H&S, ni como solución técnica del Estudio Patológico de los sedimentadores primarios contratado por ACCIONA, sin embargo, fue ordenada por EMCALI. ACCIONA, desde el inicio de la actividad manifestó que el volumen real superaría el teórico debido a las irregularidades de las sobrelosas existentes, por lo que solicitó el pago en función de las guías de remisión del proveedor de concreto del volumen que arrojaría la topografía real, es decir, la diferencia de volúmenes entre la superficie sobre la que se ejecutaría la nueva sobrelosa y la superficie final de la nueva sobrelosa. Ambas alternativas fueron rechazadas por la Interventoría que no autorizó el pago del volumen de concreto realmente puesto en obra, sino que se limitó a reconocer el volumen teórico para 5 cm de espesor. Es decir, hubo una diferencia de 161,20 m<sup>3</sup> no reconocidos injustificadamente. Señala que en la mesa de trabajo adelantada el 26 de marzo de 2020 —reuniones durante la suspensión del contrato para suscribir el otrosí 2— la Interventoría comunicó a ACCIONA que autorizarían el pago de los

volúmenes de concreto obtenidos en las dos topografías; posteriormente, IDOM cambió de opinión. Terminados los trabajos de fundición de las sobrelosas, la Interventoría se negó a firmar las actas de los trabajos ejecutados, por lo que ACCIONA no ha llegado a cobrar ni siquiera el volumen teórico de los Sedimentadores SED 6 y 8, pues solo se pagó el 7.

**Ítem 4.25:** “*SUMINISTRO E INSTALACIÓN REMATE CONTRA POLIUREA CON MAPEBAND TPE DE 17 CM EN SEDIMENTADORES Y DESARENADORES, INCLUYE ANDAMIOS*” (Prueba: Apéndice GPS-021 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) ACCIONA ejecutó conforme a la descripción del ítem contractual y bajo la supervisión de la Interventoría, sin que ésta aceptara el pago de la cantidad reclamada, cuya justificación fue que se pagaría con cargo al Otrosí No. 2.

**Ítem 8.15.** “*AC SELLADO DE JUNTA CONSTRUCCIÓN EXISTENTE EN PISO DIGESTORES CON COLOCACIÓN DE MALLA ANTIFRACTURA*” (Prueba: Apéndice GPS-022 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) De acuerdo con las recomendaciones de Patología de Hincacom fue necesario rehabilitar las juntas existentes en muros y losas. El informe de la recomendación fue remitido a la interventoría y aprobado por ésta. ACCIONA preparó los APU que fueron aprobados por la interventoría e incluidos en el Otrosí No. 1. Antes del inicio del trabajo, IDOM solicitó una nueva solución que también fue aprobada pero no se incluyó en el Otrosí No. 1, no obstante, se ejecutaron las reparaciones, conforme a las indicaciones de la interventoría.

Teniendo en cuenta la aprobación de los APU por parte de la Interventoría, ACCIONA ejecutó los trabajos bajo la supervisión de ésta en los Digestores A y E, sin embargo, IDOM no aceptó reconocer el pago de las cantidades que se reclamaban debido a que no fue suscrito el Otrosí No. 2, en el que se incluía este ítem.

**Ítem 8.16:** *AC SELLADO DE JUNTA CONSTRUCCIÓN EXISTENTE EN MURO DE DIGESTORES CON COLOCACIÓN DE MALLA ANTIFRACTURA.* (Prueba: Apéndice GPS-023 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma



de la demanda.) Aduce que la interventoría aprobó los APU por lo que Acciona ejecutó los trabajos bajo la supervisión de ésta en los Digestores A y E, sin embargo, IDOM no aceptó reconocer el pago de las cantidades que se reclamaban debido a que no fue suscrito el Otrosí No. 2 donde se incluía este Ítem.

**Ítem 8.17:** *SELLADO DE JUNTA EXISTENTE EN PISO DIGESTOR CON MAPENET.* (Prueba: Apéndice GPS-024 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Aduce que la Interventoría aprobó los APU por lo que acciona ejecutó los trabajos bajo la supervisión de ésta en los Digestores A y E, sin embargo, IDOM no aceptó reconocer el pago de las cantidades que se reclamaban debido a que no fue suscrito el Otrosí No. 2 donde se incluía este Ítem.

**Ítem 8.18:** *AC, SELLADO DE JUNTA. EXISTENTE EN MURO DIGESTOR CON MAPENET.* (Prueba: Apéndice GPS-025 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Aduce que la Interventoría aprobó los APU, por lo que acciona ejecutó los trabajos bajo la supervisión de ésta en los Digestores A y E, sin embargo, IDOM no aceptó reconocer el pago de las cantidades que se reclamaban debido a que no fue suscrito el Otrosí No. 2 donde se incluía este Ítem.

**Ítem 8.14** *AM SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE TUBERIA DE ACERO AL CARBON CLASE 40 Y 6” EN DIG. E NO INCLUYE ANDAMIOS.* (Prueba: Apéndice GPS-026 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Argumenta que se generó un nuevo ítem y la Interventoría aprobó el APU 8.14 AM, por lo que ACCIONA ejecutó los trabajos en el Digestor E. Este ítem quedó incluido en el Otrosí No. 2, el cual por razones imputables a EMCALI no fue suscrito.

**Ítem 8.19** *AC INTERVENCIÓN Y REFORZAMIENTO DE ESTRUCTURAS DE CONCRETO CON HOJA DE FIBRA DE CARBONO UNIDIRECCIONAL, IMPRIMACIÓN Y RESINA EPOXICA DE 600 GR/CM2.* (Prueba: Apéndice GPS-027 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Afirma que IDOM dijo que este ítem contractual se pagaría con el Otrosí No. 2 donde se incluía, pero dicho documento contractual no se firmó. Adicionalmente, señala que al revisar las actas facturadas ya había autorizado el pago de 222.2 m<sup>2</sup> (114,8 m<sup>2</sup>-

Digestor A y 107,4m<sup>2</sup>- Digestor E) de reforzamiento de estructuras de concreto con hoja de fibra de carbono unidireccional, imprimación y resina epóxica de acuerdo con el ítem contractual 8.4

**Ítem 17.28** *AE OBRAS ADICIONALES LINEA DE ALIMENTACIÓN ELECTRICA 34.5 KV.* (Prueba: Apéndice GPS-028 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Aduce que la Interventoría aprobó el nuevo ítem el 9 de octubre de 2019 mediante comunicación 2019.21382.0732-AC. ACCIONA avanzó en la ejecución de estos trabajos bajo la supervisión de IDOM, que alcanzó a firmar un Acta de Avance parcial de la ejecución.

**Ítem 19.2** *AM NIVELACIÓN DE BASE DE BOMBA PARA INSTALACIÓN DE BOMBA DE POZO PROFUNDO.* (Prueba: Apéndice GPS-029 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Aduce que el APU correspondiente fue debidamente aprobado por la Interventoría. El pago de esta actividad estaba incluido en el Otrosí No. 2 que no se suscribió.

**Ítem 4.13** *SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE EQUIPO COMPACTADOR DE BASURAS EN PRETRATAMIENTO.* (Prueba: Apéndice GPS-033 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Argumenta que a pesar de ejecutarse todos los estudios, EMCALI no pagó ninguno de los desarrollados por ACCIONA, en contravía de los postulados de la buena fe y la confianza legítima.

**Ítem 11.4:** *SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE SISTEMA DE ALMACENAMIENTO DE BIOSÓLIDO CON CAPACIDAD DE 300M<sup>3</sup>, FABRICADA EN ACERO A36, ANTICORROSIVO Y PINTURA EPOXICA (INCLUYE 3 TOLVAS DE 100M<sup>3</sup>)* (Prueba: Apéndice GPS-042 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Señala que los estudios presentados por ACCIONA fueron aprobados por la Interventoría. IDOM emitió la “no objeción” a los mismos; no obstante, al no haberse podido realizar la cimentación de los silos ni su instalación por causas no imputables a ACCIONA, ésta no pudo cobrar este ítem.

**Ítem 17.1 RECONFIGURACIÓN DE LINEA DE ALIMENTACIÓN SUB-ESTACIÓN SAN LUIS PTAR (INCLUYE RETIRO DE ELEMENTOS DE LINÉA EXISTENTE)** (Prueba: Apéndice GPS-042 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Afirma que esta actividad fue ejecutada con la debida autorización y supervisada por IDOM, pero no pudieron ser finalizadas por motivos ajenos a ACCIONA. Relaciona las actividades que ejecutaron: ingeniería de detalle, servicios de la Gerencia de Energía para la aprobación del proyecto, servicio del estudio de Coordinación de Protecciones y servicio de RETIE.

**Ítem 21.1 PRUEBAS Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO.** (Prueba: Apéndice GPS-049 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.) Aduce que este ítem era de ejecución múltiple, ya que las pruebas y puesta en marcha de cada equipo se realizaron a medida que se iban instalando. Que con base en la postura de EMCALI y la Interventoría, donde solo era posible cobrarlos al terminar el 100% del ítem, ACCIONA propuso que se hiciera la descomposición del ítem en el Otrosí No. 1, pero la interventoría no lo incluyó, aunque sí se hizo la descomposición del ítem 21.1 para el Otrosí No. 2, que no llegó a suscribirse.

Finaliza el Convocante la relación de estos hechos con un cuadro resumen (Págs. 146 y 147) en el que relaciona los 33 ítems y el costo directo por actividad en cada uno de ellos, para un valor total de **obra contractual ejecutada y no pagada de \$2.992.886.380.**

- **Hechos relacionados con el inventario de equipos suministrados por ACCIONA:**

En los hechos 740 a 747, la Convocante afirma que suministró equipos a EMCALI que no pudieron ser instalados por circunstancias atribuibles a la Convocada, por lo cual su pago no puede estar supeditado a su instalación. Indicó que los equipos se encuentran en la PTAR, salvo dos generadores que se encuentran en la Zona Franca de Cali. (Prueba: Anexo GPS-147 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la Reforma de la demanda).

Igualmente, señala que en el Informe de Supervisión de EMCALI del 21 de octubre

de 2020, se evidencia que EMCALI era consciente y sabía que ACCIONA había comprado equipos que no se alcanzaron a instalar, que en el Anexo 7 del Informe citado, EMCALI mencionó un escenario No. 2 en el cual presentaban su disposición de recibir los equipos solamente suministrados, como se muestra en el encabezado de la tercera hoja: “SUMINISTROS QUE EMCALI NO TENDRÍA OBJECCIÓN DE RECIBIR DE ACCIONA INSTALADOS O SOLO SUMINISTRO”.

Señala que los equipos suministrados por ACCIONA, cuya compra fue autorizada por la Interventoría y que no alcanzaron a ser instalados, hicieron parte de las negociaciones del Otrosí No. 2 del Contrato y del contrato de transacción que se iba a firmar durante la etapa de liquidación del Contrato, lo que denota que EMCALI era consciente de su existencia, de su “tallaje a la medida” para la PTAR, y que no se habían instalado por circunstancias no imputables a ACCIONA.

Culminó diciendo que: “Del Acta de Entrega e inventario de materiales firmada con el subcontratista ADECO, los cuales serían utilizados en la rehabilitación de sedimentadores, éstos deben ser reconocidos por Emcali a Acciona Agua”, y seguidamente incluyó una tabla en la que detalló la descripción de los equipos y su valor.

- **Hechos relacionados con obra adicional ejecutada, aprobada pero no pagada por EMCALI:**

Señala la Convocante que durante la ejecución de las obras se presentaron cantidades de obra en varios ítems extracontractuales que fueron ejecutadas por Acciona pero que por distintas razones aducidas por EMCALI, el cobro y respectivo pago no pudo formalizarse, y se refirió puntualmente a los siguientes:

**Ítem 2.1** “REPARACIÓN Y REHABILITACIÓN INTERNA DE ESTRUCTURA DE CONCRETO (REJILLAS GRUESAS) Y 8.1 REPARACIÓN Y REHABILITACIÓN INTERNA DE ESTRUCTURAS DE CONCRETO (DIGESTORES DE LODOS)” (Prueba: Apéndice GPS-030 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)

De acuerdo con la recomendación en la Sección 3500 Reparación de Concreto de las Especificaciones Técnicas, en primera instancia, era necesario preparar las superficies de concreto con una limpieza de superficie, para luego aplicar el mortero de reparación de acuerdo con las indicaciones del informe de patología.

Acciona debió realizar varias extracciones de lodos, limpiezas y evacuaciones de agua a lo largo del plazo contractual, actividad que no hacía parte del alcance del Contrato, lo cual puso en conocimiento de la Interventoría y solicitó espacios para resolver este aspecto, sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo.

Para no afectar la programación de obra, y teniendo en cuenta que estas actividades eran necesarias para ejecutar los Ítems contractuales 2.1 y 2.8, Acciona se vio obligada a realizar el retiro y disposición final de estos lodos en las instalaciones de la PTAR según indicación de EMCALI, mediante la utilización de un *VACTOR* o camión de succión por vacío y motobomba.

Ni los formularios de precios y cantidades, ni las Especificaciones Técnicas incluían la actividad de vaciado y limpieza de las estructuras, por lo tanto, esta era una actividad adicional para Acciona Agua, y que era imperativo ejecutar para poder llevar a cabo los Ítems contractuales 2.1 y 8.1.

La Interventoría y EMCALI, para determinadas estructuras, solicitaban cotización a Acciona Agua para su limpieza, tal como quedó establecido para el SED-8 en el Otrosí No.1 al Contrato, y como fue requerido para el Digestor A, aunque sobre estas estructuras, EMCALI decidió realizar el vaciado por sus propios medios, siendo su obligación hacerlo. El tema de vaciado fue tratado en diferentes Comités de Obra y la obligación de limpieza por parte de EMCALI fue ratificada por la Interventoría el 17 de septiembre de 2018, mediante comunicación 2018-213820228-AC.

**Ítem 3.8** “*SUMINISTRO, INSTALACIÓN, PRUEBA Y PUESTA EN SERVICIO DE ARRANCADORES SUAVES DE BOMBAS TORNILLO (INCLUYE RETIRO DE ARRANCADORES EXISTENTES)*” (Prueba: Apéndice GPS-031 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)

Afirma que mediante un Acta se le indicó a Acciona Agua la inclusión de la protección para las tarjetas electrónicas contra la corrosión por el sulfuro de hidrógeno (H<sub>2</sub>S) presente en el cuarto eléctrico de Estación de Bombas Tornillo. Que Acciona cotizó este adicional no incluido en las Especificaciones Técnicas ni en el alcance contractual, y presentó un APU con el valor de los nuevos equipos (relés) requeridos por EMCALI y, que la Interventoría no dio respuesta ni aprobó el nuevo APU, pero sí aprobó la Hoja de Datos de los arrancadores con los nuevos relés con protección “*conformal coating*” requeridos. También aprobó el Acta de Entrega de los Arrancadores Suaves una vez fueron suministrados por Acciona Agua (Documento CO05C1-IE-AC-1005. Acta de Entrega de los Arrancadores Suaves del 29 de mayo de 2019. Acta de Comité Electromecánica EM-12 del 27 de agosto de 2018).

**ÍTEM 4.1** “REPARACIÓN Y REHABILITACIÓN INTERNA DE ESTRUCTURAS DE CONCRETO” (Prueba: Apéndice GPS-032 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)

En el Contrato quedaron establecidas dentro del alcance las actividades de preparación y rehabilitación interna estructuras de concreto y, en este caso, las estructuras de tratamiento preliminar desarenadores, durante la ejecución de las actividades se presentaron sobrecostos relacionados con las inundaciones generadas en el Desarenador No. 4 y el Desarenador No. 2. Las inundaciones se presentaron durante la ejecución de los trabajos, lo que ocasionó la paralización y el *stand-by* de personal, herramientas y equipos, al igual que la posterior limpieza de todas las superficies en contacto con el agua, se necesitaron seis días de trabajo de una cuadrilla compuesta por un oficial y tres ayudantes, y en el Desarenador No. 2, 4 operarios y un día de trabajo.

**Ítem 5.11 y 7.5** “SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE MEDIDOR DE CAUDAL ELECTROMAGNÉTICO DE 6” PARA LODOS CON CONVERTIDOR PARA INSTALACIÓN EN PARED, DATALOGER PARA ALMACENAMIENTO DE 4800 REGISTROS, SALIDA ANALÓGICA 420MA, PRECISIÓN 0.2%” (Prueba: Apéndice GPS-034 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la

demanda.)

Para la ejecución de estos ítems, Acciona debía remitirse a la Especificación Sección 11350, pero se evidenció que ésta no correspondía a los Medidores de Caudal tipo Electromagnéticos, sino a medidor de caudal en canales abiertos. También, en el Formulario de Precios y Cantidades, la descripción del ítem relaciona lo siguiente: “*Suministro, Instalación y Prueba de Medidor de Caudal electromagnético de 6” para Lodos con Convertidor para Instalación en Pared, Dataloger para Almacenamiento de 4800 Registros, Salida Análoga 4-20mA, precisión 0.2%*”. En dicho formulario, en la mayoría de los ítems electromecánicos, se consignaba textualmente: “*(incluye retiro de...)*”.

Para estos ítems no aparecía esta descripción, motivo por el cual se solicitó el reconocimiento de estas actividades, las cuales no fueron consideradas en el valor incluido en el Formulario de Precios y Cantidades, actividad que fue ejecutada por Acciona Agua, tal y como consta en las Actas de Entrega de Equipos debidamente firmadas por Acciona Agua e Idom.

**Ítem 5.28** “*AC, SUMINISTRO E INSTALACIÓN GEOTEXTIL NO TEJIDO SOBRE BANDA MAPEBAND TPE EN JUNTA PERIMETRAL PISO-MURO EN SEDIMENTADORES*” (Prueba: Apéndice GPS-035 del Dictamen Pericial Técnico aportado como Prueba 4.1 de la Reforma de la Demanda.)

ACCIONA propuso instalar un geotextil no tejido para separar la junta de expansión de la poliurea, puesto que ambos materiales tenían diferentes funciones y propiedades físicas. La Interventoría por medio de una anotación en bitácora, autorizó el suministro e instalación del geotextil no tejido entre el muro y la sobrelosa de concreto existente y el correspondiente APU, por lo que ACCIONA realizó estos trabajos en los SED-6, SED-7 y SED-8.

Estas actividades se encontraban incluidas en el Otrosí No. 2 al Contrato, el cual, por razones imputables a EMCALI, no fue firmado.

**Ítem 7.6.** “*SUMINISTRO INSTALACIÓN Y PRUEBA DE BOMBACENTRIFUGA*”

*HELICOIDAL PARA RECIRCULACIÓN LODOS DIGERIDOS (INCLUYE RETIRO DE BOMBAS EXISTENTES)* que corresponde al “Suministro Instalación y Prueba de Bomba Centrifuga Helicoidal para recirculación Lodos Digeridos (Incluye Retiro de Bombas Existentes)”. (Prueba: Apéndice GPS-036 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)

Después de la ejecución de este ítem, que incluyó el reemplazo y entrega de estas bombas, la Interventoría solicitó la *“Orientación, ajuste y alineación de soportes de las tuberías”*, que no hacía parte del alcance contractual. En virtud de lo anterior, se llevó a cabo una reunión entre Acciona Agua e Idom para explicar técnicamente la imposibilidad de reorientar, ajustar y alinear los soportes originales de las tuberías; esto debido a que siempre habían estado ancladas, colgando de la losa de concreto de cada uno de los edificios de digestión. Debido a las numerosas filtraciones, las tuberías se encontraban en mal estado y no permitían realizar una instalación funcional de los soportes existentes.

Para dar una solución a este requerimiento, Acciona propuso fabricar nuevos soportes que estarían anclados a las bases de concreto de las bombas, también, la implementación de un recubrimiento aislante térmico para el colector. De acuerdo con la solución planteada, Acciona inició la fabricación de los soportes, pero, debido a la suspensión del contrato de la Interventoría y al vencimiento del plazo contractual, no se pudo finalizar en su totalidad esta actividad.

**Ítem 7.7.** *“SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE PANEL DE CONTROL EN BOMBAS DE RECIRCULACIÓN DE LODOS”* (Prueba: Apéndice GPS-037 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)

Para la ejecución del ítem 7.7, de acuerdo con el Anexo 12 “Planos, Especificaciones Técnicas y Características Equipos Principales y/o Elementos por ítem”, se tomó como documento base el Plano M-38 al M-45, M-84 al M-90, en el cual aparecía la ubicación de los paneles de control de las Bombas de Recirculación de Lodos en el área de Digestión y en la Especificación Técnica Sección 1010, la cual correspondía a una descripción general de los ítems del Contrato, pero no a una especificación de los paneles. En el Formulario de precios y cantidades, este ítem 7.7 se



relacionaba de la siguiente manera: “*Suministro, Instalación y Prueba de Panel de Control en Bombas de Recirculación de Lodos*”. Aunque en la mayoría de los ítems electromecánicos aparecía textualmente lo siguiente: “*(incluye retiro de...)*”, particularmente para el ítem 7.7 no lo especificaba. Teniendo en cuenta que el alcance de este Ítem no incluía el retiro de los paneles de control existentes, Acciona solicitó a EMCALI considerar este valor. Acciona Agua retiró los cuatro paneles de control de los Digestores A, B, C, E. Una vez desinstalados, éstos fueron entregados el 26 de julio de 2019 a la Interventoría.

**Ítem 8.2.** “ *IMPERMEABILIZACIÓN INTERNA DE TANQUES DE CONCRETO CON POLIÚREA*” (Prueba: Apéndice GPS-038 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)

Durante la intervención y vaciado de los Digestores A y E realizada por ACCIONA, EMCALI, de manera unilateral, decidió efectuar reparaciones en las cúpulas, retirando parte de los elementos de éstas, lo que ocasionó problemas de estanqueidad y filtraciones que afectaron los trabajos efectuados en la poliurea ya instalada y en los trabajos de aplicación de poliurea pendientes de ejecutar. En diferentes Comités de Obra, EMCALI se comprometió a volver a sellar las cúpulas de los Digestores que abrieron, debido a que EMCALI no selló las cúpulas, el agua lluvia ingresó a través de los huecos que ésta abrió, lo cual provocó dos situaciones: (i) las aguas que escurrieron por las cúpulas ingresaron a los tanques y contaminaron el mortero de reparación que se había aplicado, lo cual afectó el pH requerido para la correcta aplicación de la poliurea, y, (ii) el agua que ingresó provocó el aumento de la humedad del sustrato por encima de los valores recomendados por el fabricante de la poliurea, teniendo en cuenta que, al mismo tiempo que se acumulaba el agua, ésta se evaporaba y aumentaba los valores de humedad del sustrato.

Por lo anterior, empezaron a aparecer ampollas y pinholes, o pequeños cráteres en la poliurea. ACCIONA informó sobre la presencia de derrames de lodos biológicos procedentes del espesador de lodos los que producían gases tóxicos (gas metano) que ingresaban al digestor generando afectaciones en los procedimientos de aplicación de la Poliurea, situación que fue ratificada por la

Interventoría a EMCALI en Comité de Obra donde indicó que “... los reboses de la cámara del Espesador se siguen presentando de manera permanente” (Acta de comité de obra CO-043 del 30 de julio de 2019) sin que EMCALI procediera a corregir el problema. Dado lo anterior, el APU inicialmente previsto no era suficiente para cubrir las modificaciones indicadas y, por esto, fue necesario realizar el balance donde se comparaba el APU contractual con nuevos APU’s del nuevo imprimante que fue necesario aplicar en los Digestores A y E para corregir los problemas anteriormente descritos. De manera que el APU se hizo mayor al considerar este escenario en el que hubo acciones adicionales, ajenos a la voluntad de ACCIONA, y que permitiesen garantizar la integridad de las facilidades.

**Ítem 8.10.** “SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE SISTEMA ROTAMIX PARA MEZCLA EN DIGESTORES”. (Prueba: Apéndice GPS 039 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1 de la Reforma de la demanda.) Afirma que el suministro, instalación y prueba se entregó según oficio 2018-21382-0152-AC, comunicación que tenía por objeto socializar el alcance del suministro el cual solo hace referencia al equipo de mezcla y el panel de mando y control, es decir, que no consideró la acometida eléctrica para realizar las pruebas del sistema. Ante la imposibilidad de realizar la prueba del sistema por falta de la acometida eléctrica, en el sitio de la instalación se ejecutaron labores relacionadas con la ejecución de un punto eléctrico en los CCM con la capacidad requerida para acometer los ensayos de funcionamiento del equipo.

Por lo anterior, desde el comité de obra electromecánica (Acta EM-07 del 18 de julio de 2018), ACCIONA socializó su propuesta alternativa de solución para contar con las acometidas eléctricas, para poder llevar a cabo las pruebas del sistema, propuesta que fue aprobada y ACCIONA ejecutó esos trabajos alternativos, actividades que consistieron en suministro de conductores, construcción de canalizaciones y protecciones eléctricas, los cuales no formaban parte ni del APU contractual ni de las especificaciones técnicas 1010.

**ÍTEM 8.11.** *SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE VÁLVULA DE PRESIÓN Y VACÍO CON ARRESTALLAMA EN DIGESTORES.* (Prueba: Apéndice GPS 040 del Dictamen

Pericial Técnico aportado como prueba 4.1 de la Reforma de la demanda.) El suministro e instalación de este ítem se encontraba previsto en la Especificación Técnica 11350, sin embargo, ni la especificación ni los documentos contractuales mencionaban las actividades relacionadas con el desmontaje de los equipos existentes.

**Ítem 10.4.** *SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE SISTEMA DE TORNILLO TRANSPORTADOR DE LODO DESHIDRATADO CON CAPACIDAD DE 13M3.* (Prueba: Apéndice GPS 041 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1 de la Reforma de la demanda.). EMCALI solicitó que el tornillo C tuviera una compuerta para desviar el fango deshidratado hacia el Green House, compuerta que no formaba parte del alcance contractual. Para determinar la ubicación exacta hubo que realizar un levantamiento topográfico. (Comunicación 2019-21382-0556-Ac del 13 de junio de 2019).

**Ítem. 17.22.** *RECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA EXTERIOR DE PUESTA A TIERRA CON LA IMPLEMENTACIÓN DE PARARRAYO DESIONIZADOR DE CARGA ELECTRICA PDCE.* (Prueba: Apéndice GPS 044 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1 de la Reforma de la demanda.) La ejecución de este ítem fue iniciada con la entrega de la ingeniería de detalle por parte de ACCIONA y en la que se solicitó autorización para inicio de actividades con base en dicha ingeniería, lo cual fue aprobado formalmente por la Interventoría (comunicación 2019-21382-0808-AC del 17 de diciembre de 2019), que coincidió con ACCIONA en que era necesario realizar las siguientes actividades, con el fin de asegurar que las especificaciones técnicas cumplieren con la normatividad vigente por lo que ACCIONA ejecutó el diseño del sistema exterior de puesta a tierra y protección integral de descargas atmosféricas directas (Apantallamiento) en la PTAR C.

**Ítem 17.24.** *SUMINISTRO, INSTALACIÓN, PRUEBA Y PUESTA EN SERVICIO DEL SISTEMA DE POTENCIA ININTERRUMPIDA UPS USO EN CENTRO DE CONTROL Y CUARTO ELECTRICO PRINCIPAL 20KVA.220V.* (Prueba: Apéndice GPS 045 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1 de la Reforma de la demanda.) El retiro y desmontajes de la UPS, banco de baterías y transformador no se encontraba contemplado dentro de este ítem, sin embargo, ACCIONA se vio

obligado a hacerlo con el fin de evitar el impacto en la ejecución del Ítem (Documento CO05CA-IE-AC-2001.Acta de equipo desmontado del 5 de abril de 2019).

**Ítem 17.26.** *AE, SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE BANCO DE BATERIAS QUE ALIMENTAN LAS CARGAS DC A 125 V. (Prueba: Apéndice GPS-046 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)*

Debido a que EMCALI, el 2 de marzo de 2020, solicitó la suspensión del Contrato y teniendo en cuenta que para ese momento se estaba negociando el Otrosí No. 2, y para ello se requería prorrogar el contrato con la Interventoría, se suspendió la ejecución del ítem, esto aunado a la situación del COVID 19, generaron nuevas suspensiones sin que al final se pudiera suscribir el Otrosí No. 2. Al final terminó el plazo contractual sin que se pudiera materializar la instalación del banco de baterías. A las baterías fue necesario hacerles una recarga por razón del tiempo de almacenamiento, costo que se le informó a EMCALI. El 13 de agosto de 2020, las baterías fueron reingresadas después de realizar la recarga y entregar el Informe del Proceso con los resultados y conclusiones.

**Ítem 19.1** *READECUACIÓN DE LOS SISTEMAS DE POZOS PROFUNDOS DE LA PLANTA. INCLUYE SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE LAS BOMBAS DE POZO PROFUNDO, MANTENIMIENTO Y OPTIMIZACIÓN POZOS PARA LA RED DE AGUA DE SERVICIO. (Prueba: Apéndice GPS-047 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)*

Este ítem no estaba incluido en el alcance contractual, actividad que ACCIONA desarrolló por requerimiento de EMCALI.

**Ítem 20.1.** *SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PRUEBA DE BOMBA CENTRÍFUGA HORIZONTAL DE CARCASA PARTIDA, DE DOBLE SUCCIÓN, CON MOTOR ELÉCTRICO PARA AGUA DE LA RED DE CONTRAINCENDIOS (2500 GPM @ 115 PSI) INCLUYE BOMBA JOCKEY. (Prueba: Apéndice GPS-048 del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1. de la reforma de la demanda.)*

Después de múltiples discusiones sobre el tipo de sistema contra incendios, la interventoría solicitó a ACCIONA desarrollar un diseño conceptual SCI incluyendo los edificios. ACCIONA desarrolló la ingeniería conceptual para aplicar en la PTAR, entregó un informe técnico e hizo una presentación del diseño para EMCALI e Idom. ACCIONA solicitó el reconocimiento económico debido, el cual era necesario realizar porque EMCALI, dentro de sus obligaciones, no entregó ingeniería básica ni información sobre el alcance de estos trabajos.

A continuación, la Convocante incluye un cuadro resumen de la obra ejecutada y no pagada por EMCALI con los respectivos costos.

En sus alegatos de conclusión, la Convocante ratifica los hechos consignados en la reforma de la demanda, señalando adicionalmente que *“EMCALI no contradijo lo dicho en el Peritaje Técnico ni presentando un dictamen de contradicción, ni interrogando al Perito Técnico, por lo que existen suficientes evidencias que dan cuenta de las actividades adicionales ejecutadas por Acciona Agua”*.

Adicionalmente, en cuanto a la falta de pago de las actividades contractuales, afirma que se trata de actividades ejecutadas por ACCIONA en virtud de lo establecido en el Contrato, y que EMCALI se ha beneficiado de las mismas.

Respecto del inventario de equipos suministrados, argumentó que estos no pudieron ser instalados por circunstancias imputables a EMCALI, hizo referencia a la declaración del testigo técnico Osbert Orozco Pérez, quien en su declaración señaló:

*“DR. IBÁÑEZ: Cuénteles por favor al tribunal si lo recuerda ¿Cuáles son los hechos o cuáles fueron las causas para que esos equipos no se instalaran?”*

*DR OROZCO: Las causas de esos equipos no se instalaran muchas veces aun cuando ya el equipo había llegado Emcali no podía entregar las instalaciones para que el contratista retirara el equipo viejo e instalara el equipo nuevo, entonces decía que no, te lo voy a entregar dentro de 45 días **y llegaron entregas pasando moras de 360 días al año entrante, le entregaron los equipos o las instalaciones para la que hicieron que **hacía imposible que Acciona pudiera instalar los equipos aun siendo, aun estando ya comprados y en el sitio de la obra, eso fue una de las dificultades mayores que se presentaron****”*

Adujo que en el Informe de Supervisión de EMCALI del 21 de octubre de 2020, emitido por Carlos Alfonso Gallego de Los Ríos y Gilberto Sepúlveda Cárdenas (Prueba: Anexo GPS-568. Informe Final de Supervisión de Emcali, octubre 21 de 2020, del Dictamen Pericial Técnico aportado como prueba 4.1 de la Reforma de la Demanda), se evidencia que EMCALI era consciente y sabía que ACCIONA había comprado equipos que no se alcanzaron a instalar:

*“Por otra parte, en la PTAR quedaron dispuestos en diferentes sitios de la planta, equipos adquiridos por el contratista que no se alcanzaron a ser instalados, por un valor de \$25.328.359.127. En el anexo N° 7 se relacionan estos equipos”*

Finalmente, respecto del valor de los equipos suministrados, hace referencia a la declaración del ingeniero Alfonso González Garrido, quien al ser preguntado por el apoderado de la Convocante sobre si este valor de los equipos ha sido verificado por alguien bajo el siguiente interrogante: “... ¿Quién ha podido revisar si los equipos han sido comprados y cuánto han valido?”, respondió:

*“Ese valor está sacado en base a los A.P.U. del propio contrato y ese valor fue avalado tanto por informe de IDOM, de la interventoría, como la de Gandini Orozco que era la interventoría que se contrató en el periodo de liquidación y por el perito técnico GPS”.*

En relación con los 16 Ítems de obra adicional afirma que el valor indicado se fijó de acuerdo con el APU construido con la Interventoría y con las facturas entregadas por Acciona Agua

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada sustentó su oposición sobre los hechos relacionados con las obras ejecutadas por ACCIONA y no pagadas por EMCALI, y obra adicional ejecutada, aprobada pero no pagada por EMCALI señalando, respecto de los consignados en los numerales 402 a 738, que en algunos casos no se trata de hechos sino de transcripciones del dictamen pericial aportado por esta, de descripciones, argumentaciones de la Convocante, o que no le constan y que por lo tanto se atiene a lo que se pruebe. En algunos manifiesta no estar probados, y en otros, afirma que son parcialmente ciertos, por lo que se atiene al contenido de las comunicaciones en cita y, finalmente, a lo que resulte probado.

En cuanto al hecho 467, manifiesta que no es cierto. Hace referencia a la respuesta 28 a las observaciones a los términos de referencia y finalmente afirma que: *“de acuerdo con lo establecido por la interventoría, EMCALI no podía prever la condición del digestor en el momento fue entregado a ACCIONA no podía informar de su condición real de colmatación y las características en las que se encontraba. A pesar de esto, EMCALI realizó un proceso de vaciado y limpieza, lo cual se aprecia en el estado que finalmente se entregó la estructura y que fue registrado en el Estudio de Patología de HINCACOM / ACCIONA.”*

Sobre los hechos 740 a 747, señaló igualmente que en algunos casos se trató de hechos no probados, o no ser hechos sino afirmaciones, o ser parcialmente ciertos y que se atendería a lo que resulte probado en el presente proceso.

Respecto de algunos hechos subsiguientes, manifiesta que no son ciertos por cuanto se tratan de una reproducción de fragmentos del Dictamen Pericial Técnico aportado por la Convocante, *“el cual será controvertido mediante dictamen pericial de contradicción en la oportunidad que corresponda”*; dictamen de contradicción que la convocada nunca aportó.

En sus alegatos de conclusión, el apoderado de la Convocada aborda de manera conjunta las pretensiones 1.14, 1.15, 1.16 y 1.17. de la demanda reformada.

En relación con las pretensiones citadas afirma: *“... sea lo primero señalar que, los valores por obras ejecutadas, por facturas presentadas y por intereses moratorios al no pago de las facturas presentadas carecen de sustento toda vez que el contratista se comprometió a una obligación de resultado, consistente en potencializar la PTAR-C y en ese orden de ideas, entregarla en funcionamiento y probada en el término pactado. Asumiendo como experto técnico y conocedor de los requisitos que implicaba su repotencialización, el riesgo de la misma conforme a la Cláusula Primera del contrato ...”*

Señala que a esta situación se refiere la Clausula Sexta del Contrato.

**c. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

El Tribunal examinó las pruebas documentales consistentes en el Informe Final de Interventoría (o “Informe de Interventoría”)<sup>118</sup> y, el Dictamen Técnico rendido por GLOBAL PROJECT STRATEGY-GPS<sup>119</sup>, referente a las pruebas aportadas con la reforma de la demanda.

A partir de la valoración probatoria, este Panel Arbitral entra a pronunciarse sobre cada uno de los ítems objeto de reclamo, en el mismo orden en que fueron presentados:

- **Sobre los “Hechos relacionados con las obras ejecutadas por Acciona Agua y no pagadas por Emcali”**

**Ítem 4.10.** De acuerdo con el Informe de Interventoría este trabajo no se ejecutó en su totalidad por cuanto no se pudo hacer la parada de la PTAR<sup>120</sup>.

En el Informe Técnico de GPS<sup>121</sup>, se concluye que ACCIONA realizó el diseño de la brida ciega para el manhole, y este fue entregado a la interventoría que la aprobó. En concepto del perito GPS, Acciona tiene derecho al reconocimiento de la ingeniería de detalle desarrollada por un valor en la factura de Team Ingeniería de **\$1.904.000.**

Encontrándose probado el desarrollo de esta actividad de acuerdo con los anexos del dictamen técnico aportado por la Convocante, el cual no fue objetado técnicamente por la demandada, este panel arbitral declarará la prosperidad de la pretensión de este ítem.

**Ítem 5.4.** En el informe final de interventoría, IDOM dice que se ejecutó

---

<sup>118</sup> Ubicado en la carpeta No. 15 de las pruebas aportadas con la Contestación de la Reforma de la Demanda.

<sup>119</sup> Ubicado en la carpeta No. 14 de pruebas del expediente digital.

<sup>120</sup> Pág. 48.

<sup>121</sup> Apéndice 001.



parcialmente<sup>122</sup>, asegura que el ítem no contaba con la correcta especificación técnica por lo que debió ser complementado con otros.

Por su parte, en el Dictamen técnico de GPS<sup>123</sup>, se concluye que ACCIONA realizó los cálculos estructurales para el desmonte del Domo, y que estos fueron entregados y aprobados por IDOM, dando lugar al reconocimiento de los mismos por un valor de **\$211.841.945**.

Este dictamen no fue objeto de contradicción por parte de la Convocada. En consecuencia, el Tribunal declarará la prosperidad del reconocimiento de este ítem.

**Ítem 5.8.** En el Informe Final de Interventoría<sup>124</sup>, IDOM sostiene que este ítem fue ejecutado parcialmente por parte de ACCIONA.

En el Dictamen Técnico de GPS<sup>125</sup>, se concluye que ACCIONA no pudo terminar las actividades relacionadas con la instalación de los barrelos de los Sedimentadores 6, 7 y 8, debido a retrasos en la aprobación y legalización de nuevas actividades, no obstante, considera que a partir de la información analizada hay lugar al reconocimiento parcial de los avances realizados por un valor de **\$719.420.983**.

El Tribunal pudo corroborar que hubo una ejecución parcial tanto de lo señalado en el Informe Final de Interventoría como en el dictamen técnico y sus anexos. Teniendo en cuenta, además, que el dictamen no fue objetado por la Convocada, procederá al reconocimiento de esta pretensión.

**Ítem 4.18.** IDOM en su Informe Final de Interventoría<sup>126</sup> concluye que sobre este ítem se realizó una ejecución parcial y, a su vez, que los difusores con brazos fijos fueron aprobados en mesas de trabajo entre el contratista y EMCALI.

En el Dictamen técnico, Apéndice GPS 004, se concluyó que ACCIONA ejecutó la instalación, pruebas y puesta en funcionamiento de los difusores del desarenador

---

<sup>122</sup> Pág. 54.

<sup>123</sup> Apéndice 002.

<sup>124</sup> pág. 55.

<sup>125</sup> Apéndice 003.

<sup>126</sup> Pág. 49

No. 6, dando lugar al reconocimiento por estos trabajos en un valor de \$ **40.272.030**.

El Tribunal observa que en los anexos al dictamen se encuentra soporte del Acta de Entrega, por lo cual accederá a la pretensión formulada en este ítem.

**Ítem 5.13.** En el Informe Final de Interventoría IDOM concluye que este ítem fue ejecutado parcialmente. Dentro de esta ejecución, se realizó adicionalmente, el proceso de rehabilitación total de la junta de expansión de piso-muro, en los vasos principales de los Sedimentadores 6, 7 y 8.

El Dictamen Técnico de GPS<sup>127</sup>, concluye que ACCIONA ejecutó el 100% de la junta perimetral piso-muro del Sedimentador 6, quedando pendiente de pago en este ítem 44.20 milímetros, por lo cual tiene derecho a que se le reconozca un monto de \$ **7.991.183**.

El Tribunal observa que en los anexos al dictamen se encuentran soportes de dicha ejecución, por lo cual accederá a la pretensión formulada en este ítem.

**Ítem 15.2.** En el Informe Final de Interventoría<sup>128</sup>, IDOM certifica la ejecución parcial de este ítem, describiendo que el proyecto de arquitectura se encuentra en un 100% finalizado, quedando como pendientes algunos permisos y diseños.

En el Dictamen Técnico de GPS<sup>129</sup>, se concluye que ACCIONA ejecutó los diseños del alcance contractual de este ítem, pero que la autorización para el cobro de éstos quedó pendiente, por lo cual considera que hay lugar al reconocimiento económico en su favor de \$ **51.316.250**.

El Tribunal observa que en los anexos al dictamen se encuentran soportes de la ejecución, por lo cual accederá a la pretensión formulada en este ítem.

---

<sup>127</sup> Apéndice 005.

<sup>128</sup> Pág. 83.

<sup>129</sup> Apéndice 006.

**Ítems 17.3 al 17.6.** En el Informe Final de Interventoría<sup>130</sup>, se concluye que ACCIONA realizó la ingeniería de detalle, las pruebas de fábrica y el suministro de SWITCHGEAR GIS de conformidad a ET Y HD.

Por su parte, el dictamen técnico de GPS<sup>131</sup>, concluye que estas actividades fueron realizadas, por lo que tiene derecho al reconocimiento de un valor de **\$ 19.260.011**.

Encontrando probado tanto en el Informe de Interventoría como en el dictamen pericial técnico la realización de estas actividades, el Tribunal reconocerá el valor reclamado en estos Ítems.

**Ítem 16.1.** En el Informe de Interventoría<sup>132</sup>, IDOM relaciona las siguientes actividades: *1. Suministro Hardware:* Se han aprobado aproximadamente un 80% de los equipos. El contratista no ha presentado un reporte de los equipos comprados; *2. Software:* Se aprobó el software presentado por el Contratista en el Documento Especificaciones Técnicas del Sistema de Control Rev.D y se envió un listado de las licencias que el Contratista debe actualizar; *3. Instalación:* 0%; *4. Prueba y Puesta en Servicio:* 0%.

Por su parte, en el dictamen técnico de GPS, Apéndice 008, se concluye que ACCIONA tiene derecho al reconocimiento de la ingeniería de detalle desarrollada en el sistema Scada por un monto de **\$416.202.670** como costo directo.

El Tribunal observa que en los anexos al dictamen se encuentran soportes de la ejecución, y teniendo en cuenta que el Dictamen Técnico no fue objetado por la Convocada, se accederá a la pretensión formulada en este ítem.

**Ítem 8.7.** En el Informe Final de Interventoría<sup>133</sup>, IDOM señala que ACCIONA realizó la reposición de los sectores de las fachadas de los Digestores A, B, C, D y E, lo que corresponde al 70% de las cantidades del contrato.

---

<sup>130</sup> Pág. 86.

<sup>131</sup> Apéndice 007.

<sup>132</sup> Pág 84.

<sup>133</sup> Pág. 70.

El dictamen técnico de GPS<sup>134</sup>, concluye que ejecutó 52,95 m2 de ladrillo aislante en el Digestor D, por lo que tiene derecho a que se le reconozca un monto de **\$9.562.505,25**.

Encontrando probado tanto en el Informe de Interventoría, como en el dictamen pericial, la realización de estas actividades, el Tribunal reconocerá la reclamación de este ítem.

**Ítem 5.18.** En el Informe Final de Interventoría se concluye que sobre este ítem se dio una ejecución parcial realizando las demoliciones en los Sedimentadores 6, 7 y 8, debiendo ser revaluada esta actividad por patología. A su vez, que no se realizó ninguna actividad en los sedimentadores del 1 al 5.

Por su parte, el dictamen técnico de GPS<sup>135</sup>, corrobora que ACCIONA realizó las demoliciones necesarias para la rehabilitación de los sedimentadores 7 y 8, por lo que estas actividades deben serle reconocidas en un valor de **\$212.231.585**.

Encontrando probado tanto en el informe de interventoría como en el dictamen pericial la realización de estas actividades, el Tribunal reconocerá la reclamación de este ítem.

**Ítem 5.17.** IDOM en su Informe Final sobre este ítem, concluye que se realizó una ejecución parcial únicamente sobre los sedimentadores 6, 7 y 8.

En el Dictamen Técnico de GPS<sup>136</sup>, se concluye que ACCIONA realizó el sellado de las juntas de dilatación de las sobrelosas sobre los Sedimentadores 6, 7 y 8, por lo cual tiene derecho a un reconocimiento económico de **\$18.642.416**.

Encontrando probado tanto en el Informe de Interventoría, como en el dictamen pericial. la realización de estas actividades, el Tribunal reconocerá la reclamación de este ítem.

---

<sup>134</sup> Apéndice 009.

<sup>135</sup> Apéndice 010.

<sup>136</sup> Apéndice 011.

**Ítem 5.23.** IDOM, en su informe final concluye sobre este ítem que se realizó una ejecución parcial, únicamente sobre los sedimentadores 6, 7 y 8 dejando por fuera el resto de los mismos.

Por su parte, en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 0012, se concluye que al haberse ejecutado los trabajos de este ítem respecto de la reparación de 20MM en el cono central del SED No. 8, ACCIONA tiene derecho a que se le reconozca un valor de **\$4.294. 675.**

El Tribunal, tanto de lo señalado en el Informe Final de Interventoría como en el dictamen técnico y sus anexos, pudo corroborar que hubo una ejecución parcial. Teniendo en cuenta además que el dictamen no fue objetado por la Convocada, procederá al reconocimiento de esta pretensión.

**Ítem 5.25.** IDOM en su informe final concluye que sobre este ítem se realizó una ejecución parcial únicamente sobre los sedimentadores 6, 7 y 8 dejando por fuera el resto de los mismos.

Por su parte, en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 0013, se concluye que al haberse ejecutado los trabajos de este ítem respecto de la reparación de 40MM en el cono central del SED No. 8, Acciona tiene derecho a que se le reconozca un valor de **\$39.688.002.**

El Tribunal, tanto de lo señalado en el informe final de interventoría como en el dictamen y sus anexos, pudo corroborar que hubo una ejecución parcial. Teniendo en cuenta además que el dictamen no fue objetado por la demandada, procederá al reconocimiento de esta pretensión.

**Ítem 5.24.** IDOM, en su informe final concluye que sobre este ítem se realizó una ejecución parcial únicamente sobre los sedimentadores 6, 7 y 8 dejando por fuera el resto de los mismos.

Por su parte, en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 0014, se concluye que al haberse ejecutado los trabajos de este ítem respecto de la reparación de 30MM en

el cono central del SED No. 8, ACCIONA tiene derecho a que se le reconozca un valor de **\$ 95.447.522.**

El Tribunal, tanto de lo señalado en el informe final de interventoría como en el dictamen y sus anexos, pudo corroborar que hubo una ejecución parcial. Teniendo en cuenta además que el dictamen no fue objetado por la demandada, procederá al reconocimiento de esta pretensión.

**Ítem 5.1.** En el informe final de Interventoría, a Pág. 52, Idom certifica que ACCIONA finalizó el 100% de los muros y canales, y cámaras de agua clarificadas de los SED 6, 7 y 8.

En el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 0015, se concluye que ACCIONA realizó estas actividades por lo que debe reconocérsele un valor de **\$ 51.871.330.**

Encontrando probado tanto en el informe de interventoría como en el dictamen pericial la realización de estas actividades, el Tribunal reconocerá la reclamación de este ítem.

**Ítem 5.2.** La Interventoría en su Informe Final a Pág. 53, concluye que este ítem fue ejecutado a conformidad respecto de los SED 6 y 7 quedando pendiente el 50% respecto del área del SED No. 8. No se realizó esta actividad respecto de los SED 1 a 5.

En el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 016, se concluye que ACCIONA tiene derecho al reconocimiento de esta actividad respecto del SED No. 6 lo cual asciende a un monto económico de **\$7.247.187.**

Encontrando probado tanto en el Informe de Interventoría como en el dictamen pericial técnico la realización de esta actividad, el Tribunal reconocerá la reclamación de este ítem.

**Ítem 5.3.** En el Informe Final de la Interventoría a pág. 53, se concluye que de este ítem se realizaron ejecuciones respecto de los SED 6, 7 y 8, quedando pendiente el

resto de ellos.

Por su parte, en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice GPS 017, se da cuenta de, que estas actividades se realizaron respecto del SED No. 8 por lo cual ACCIONA tiene derecho a un reconocimiento económico de **\$11.817.286**.

Encontrando probado tanto en el informe de interventoría como en el dictamen pericial la realización de esta actividad, el Tribunal reconocerá la reclamación de este ítem.

**Ítem 5.12.** En el Informe Final de Interventoría a Pág. 56, IDOM concluye que las actividades de sellamiento de fisuras entre 1 y 8 mm de este ítem fueron ejecutadas parcialmente respecto de los SED 6, 7 y 8 quedando por fuera el resto de ellos.

Por su parte, en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 018, se concluye que estas actividades fueron realizadas respecto del Digestor A por lo cual Acciona tiene derecho al reconocimiento económico de **\$7.196. 393**.

El Tribunal al observar los anexos soporte del Dictamen de GPS no encontró prueba que soporte la realización de esta actividad en el Digestor A, ya que se encuentra una memoria de cálculo pero esta no está firmada por ninguna de las partes ni la Interventoría, por lo cual no accederá a esta reclamación.

**Ítem 5.16.** La Interventoría en su Informe Final, a Pág. 56 concluye que este ítem fue ejecutado parcialmente respecto de los SED 6, 7 y 8 quedando por fuera el resto de ellos.

Por su parte, el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 019, concluye que Acciona ejecutó esta actividad respecto de los SED 6, 7 y 8, por lo cual tiene derecho a un reconocimiento económico de **\$42.622.385**.

El Tribunal, tanto de lo señalado en el informe final de interventoría como en el dictamen y sus anexos, pudo corroborar que hubo una ejecución parcial. Teniendo en cuenta además que el dictamen no fue objetado por la demandada, procederá

al reconocimiento de esta pretensión.

**Ítem 5.15.** La Interventoría en su informe final a Pág. 56, concluye que este ítem fue ejecutado parcialmente respecto de los SED 6, 7 y 8 quedando por fuera el resto de ellos.

Por su parte, el dictamen técnico de GPS Apéndice 020 concluye que ACCIONA ejecutó esta actividad respecto de los SED 6,7 y 8 por lo cual tiene derecho a un reconocimiento económico de **\$267.616.019**.

El Tribunal, tanto de lo señalado en el Informe Final de Interventoría como en el dictamen y sus anexos, pudo corroborar que hubo una ejecución parcial. Teniendo en cuenta además que el dictamen no fue objetado por la demandada, procederá al reconocimiento de esta pretensión.

**Ítem 4.25.** En el Informe Final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que Acciona Agua actuó con observancia del principio de buena fe contractual en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo, actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 021, están cuantificadas en un monto de **\$915.090**.

**Ítem 8.15.** En el informe final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que Acciona Agua actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 022, están cuantificadas en un monto de **\$ 7.733.772**.



**Ítem 8.16.** En el Informe Final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que ACCIONA actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2, en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 023, están cuantificadas en un monto de **\$ 11.018.435.**

**Ítem 8.17.** En el informe final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que Acciona Agua actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 024, están cuantificadas en un monto de **\$ 23.751.966.**

**Ítem 8.18.** En el informe final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que ACCIONA actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 025 están cuantificadas en un monto de **\$ 43.424.288.** Sin embargo, en el dictamen financiero rendido por el perito Esfinanzas, a página 26, tabla 9, se valora la ejecución de este ítem en **\$2.929.841.**

Teniendo en cuenta la disparidad entre las cifras que traen los dictámenes, y al ser ambos aportados por la parte convocante este Tribunal acogerá la menor de ellas, a saber: **\$2.929.841**

**Ítem 8.14.** En el Informe Final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que ACCIONA actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2, en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 026 están cuantificadas en un monto de **\$ 23.335.800.**

**Ítem 8.19.** En el Informe Final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que Acciona actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 027, están cuantificadas en un monto de **\$77.520.913,80.**

**Ítem 17.28.** En el informe final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que ACCIONA actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 028, están cuantificadas en un monto de **\$ 303.884.925.**

**Ítem 19.2.** En el informe final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que ACCIONA actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo; actividades que en el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 029, están cuantificadas en un monto de **\$ 7.506.875.**

**Ítem 4.13.** En el Informe Final de Interventoría Pág. 48, IDOM afirma que el equipo fue suministrado y que ACCIONA presentó una propuesta de acople con el otro equipo adquirido por EMCALI, que debía ser revisada y aprobada por ésta lo cual no efectuó.

De acuerdo con lo anterior, el Dictamen Técnico, en su Apéndice GPS 033, concluye que al realizar ACCIONA la ingeniería de detalle tiene derecho a su reconocimiento por valor de **\$6.820.265.**

De acuerdo con los soportes del Dictamen Técnico de GPS, se logra establecer que esta actividad fue realizada por ACCIONA AGUA y, teniendo en cuenta que el Dictamen no fue objetado, el Tribunal accederá al pago de la ingeniería de detalle realizada.

**Ítem 11.4.** En el informe final de interventoría Pág. 78, IDOM afirma que el sistema de almacenamiento fue aprobado y se encuentra fabricado no obstante en el estado del mismo aparece como “no ejecutado”.

En el Dictamen Técnico de GPS Apéndice 042, se concluye que esta actividad fue ejecutada en lo relacionado con el estudio de suelos para dimensionar la cimentación de los silos en la nueva ubicación indicada por EMCALI, así como el cálculo y diseño estructural para demoler parcialmente el edificio del patio de lodos y que por ende ACCIONA tiene derecho al reconocimiento económico de **\$20.997.500.**

El Tribunal corrobora que en los anexos al Dictamen Técnico de GPS se encuentra la aprobación por parte de la Interventoría a los trabajos indicados en este Apéndice, en consecuencia, procede el reconocimiento solicitado.

**Ítem 17.1.** En el informe final de Interventoría, IDOM a pág. 85 concluye que lo ejecutado es: 1) Elaboración y presentación proyecto reconfiguración de la línea de 34,5 kV a la Gerencia de Planeación de Energía de EMCALI. 2) Presentación informe CO05C1-IE-IN-1701 Diseño cambio de conexión línea PTARC34.5 kV. 3) Instalación malla de tierra pórtico. 4) Construcción banco de ductos entre pórtico y edificio eléctrico. 5) Hincado de postes del nuevo pórtico.

El Dictamen Técnico de GPS, en el Apéndice 043 (Se aclara que el Apéndice 042 citado por la Convocante no corresponde, por lo que se considera el 043 que refiere al Ítem 17.1), concluye que ACCIONA tiene derecho a que le sea reconocida la ingeniería desarrollada por un monto de **\$45.762.939**.

De acuerdo con los soportes del Dictamen Técnico de GPS, se logra establecer que esta actividad fue realizada por ACCIONA y, teniendo en cuenta que el Dictamen no fue objetado, el Tribunal accederá al pago de la ingeniería de detalle realizada.

**Ítem 21.1.** En el informe final de interventoría, IDOM a página 94, señala que respecto de este ítem se realizaron actividades parciales de puesta en marcha de los equipos instalados y probados.

A su turno, el Dictamen Técnico de GPS, en el Apéndice 049, concluye que ACCIONA tiene derecho a que le sean reconocidas estas pruebas y puesta en funcionamiento de los equipos instalados por un monto de **\$90.818.480**, cuyo reconocimiento y pago se formalizaría a través del Otrosí No. 2.

El Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que ACCIONA actuó con observancia del principio de buena fe contractual, en el iter de celebración del Otrosí No. 2 en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del

mismo.

- **Sobre los “Hechos relacionados con el inventario de equipos suministrados por ACCIONA AGUA”**

Este Tribunal encuentra que en el Dictamen Técnico de GPS, aportado por la Convocante y no controvertido por la Convocada, en la página 141 y siguientes se relacionan los equipos suministrados por ACCIONA a EMCALI, que deben ser reconocidos, y que se hizo una verificación al sitio de la obra con el fin de confirmar el inventario. Dicho dictamen aporta las evidencias fotográficas de lo anterior, y especifica su valor.

Asimismo, se tiene en cuenta que existe prueba testimonial por parte del testigo técnico de EMCALI, Osbert Orozco Pérez, que permite concluir al Tribunal que los equipos fueron entregados y que resultaban indispensables para el proyecto.

Igualmente, resultó crucial para el esclarecimiento de este aspecto fáctico, la declaración de Alfonso González Garrido, quien sostuvo que el valor de los equipos fue calculado con base en los APU del propio Contrato, y que dicho valor con posterioridad fue avalado por la Interventoría.

En el Informe Final de Supervisión de EMCALI del 21 de octubre de 2020, se da fe de que esa entidad conocía que ACCIONA había comprado los equipos, pero que no se alcanzaron a instalar. Ciertamente, en el Anexo 7 de dicho informe se da cuenta de que EMCALI manifestó su disposición para recibirlos, y que la Interventoría autorizó a ACCIONA para efectuar su compra.

Este Panel Arbitral también pudo evidenciar que el pago de los equipos hizo parte de las negociaciones del Otrosí No. 2 y del contrato de transacción que, los cuales como ya se ha ilustrado con suficiencia, finalmente no se celebraron, y en cuyas negociaciones ACCIONA actuó con apego al principio de la buena fe contractual.

Ahora bien, en cuanto al soporte probatorio de la cuantificación económica de los equipos suministrados a EMCALI, el Tribunal encuentra que en el Dictamen Financiero rendido por el PERITO Esfinanzas (página 32 del citamen), se formuló la pregunta No. 7, así:

*¿Existen Equipos que ACCIONA haya comprado pero no ha podido entregar y que EMCALI no haya reconocido? Desde el punto de vista financiero, ¿cuáles son las implicaciones de no haber facturado los equipos en su momento?*

La respuesta ofrecida fue la siguiente:

*“De acuerdo con el dictamen del perito técnico, ACCIONA compró una serie de equipos que no han podido ser entregados, cuyo valor se detalla a continuación”, y presentó la siguiente tabla:*

Tabla 16. Balance de inventario de equipos pendientes por facturar.

INVENTARIO EQUIPOS A SUMINISTRAR				
ÍTEM	DESCRIPCIÓN	CTD.	VALOR UNITARIO (SEGÚN APU)	VALOR TOTAL (SEGÚN APU)
3.4	Cojinetes Superiores e Inferiores en Bombas Tornillo No. 1 y 2	3	\$ 309.912.594	\$ 929.737.783
3.5	Suministro, Instalación y Prueba de Salpicaderas Laterales en Bombas Tornillo	2	\$ 66.890.000	\$ 133.780.000
4.13	Suministro, Instalación y Prueba de Equipo Compactador de basuras en Pretratamiento	1	\$ 344.434.507	\$ 344.434.507
4.14	Suministro, Instalación y Prueba de Equipo Clasificador de Arenas en Desarenador (1ª ud)	1	\$ 146.141.600	\$ 146.141.600
4.14	Suministro, Instalación y Prueba de Equipo Clasificador de Arenas en Desarenador (1ª ud)	1	\$ 120.650.000	\$ 120.650.000
4.16	Suministro, Instalación y Prueba de las Bombas de Cavidad Progresiva para Dosificación de Polímero -TPQA (Incluye Retiro de Bombas Existentes)	1	\$ 10.217.911	\$ 10.217.911
4.18	Suministro, Instalación y Prueba de Unidad Difusora de Aire en Desarenadores	5	\$ 8.054.406	\$ 36.244.827
4.20	Suministro, Instalación y Prueba de Unidad paquete de aire acondicionado de 7.5 Toneladas de refrigeración en edificio de sopladores, incluyendo termostatos, termómetros y detectores de humo	1	\$ 56.038.700	\$ 56.038.700
4.21	Suministro, instalación y prueba de sistema eléctrico y sistema de conexión a cuarto de control equipo clasificador de arenas en desarenador	1	\$ 676.905.455	\$ 676.905.455
4.24A M	Optimización sistema de Dosificación de Cloruro Ferrico comprendiendo Suministro, Instalación y Prueba de Bombas Dosificadoras de Membrana con un Caudal Máximo de 514 l/hr (Incluye Retiro de Bombas Existentes)	3	\$ 32.887.060	\$ 98.661.180
5.8	Sistema Barredor de Lodos en Acero al Carbono - Incluye Barrenatas	8	\$ 903.490.578	\$ 7.227.924.624
6.1	Suministro, Instalación y Prueba de Sistema de Remoción de Natas en Acero al Carbono en Espesador por Gravedad	1	\$ 60.960.946	\$ 60.960.946
6.3	Reparación y Rehabilitación de Tornillo Transportador de Basura en Acero al Carbono	1	\$ 11.104.200	\$ 11.104.200
8.11	Válvula de Presión y Vacío con Arrestallama en Digestores	2	\$ 29.430.764	\$ 58.861.528
9.6	Suministro, Instalación y Prueba de Bombas Dosificadoras de Polímero (Incluye Retiro de Bombas Existentes)	1	\$ 27.114.775	\$ 27.114.775
9.8	Suministro, Instalación y Prueba de Unidad paquete de aire acondicionado de 10 Toneladas de refrigeración en edificio de deshidratación, incluyendo termostatos, termómetros y detectores de humo	1	\$ 65.937.500	\$ 65.937.500
10.4	Bandas transportadoras A-A' (estimación ya que fue un cambio solicitado por EMCALI)	1	\$ 51.063.631	\$ 51.063.631
11.4	Sistema de Almacenamiento de Biosólido (Incluye 3 Tolvas de 100m3)	1	\$ 730.303.992	\$ 730.303.992
12.6	Moto-generadores de Energía a Gas	2	\$ 2.553.375.702	\$ 5.106.751.403

33

INVENTARIO EQUIPOS A SUMINISTRAR				
ÍTEM	DESCRIPCIÓN	CTD.	VALOR UNITARIO (SEGÚN APU)	VALOR TOTAL (SEGÚN APU)
12.7	Suministro, Instalación y Prueba de Unidad paquete de aire acondicionado de 15 Toneladas de Refrigeración en Edificio Eléctrico Principal, Incluyendo Termostatos, Termómetros y Detectores de Humo	\$ 1	\$ 90.539.000	\$ 90.539.000
17.1	Reconfiguración de Línea de Alimentación Sub Estación San Luis - PTAR	\$ 1	\$ 476.988.251	\$ 476.988.251
17.3	Switchgear GIS 34.5kV en SF6 con C.B en vacío y seccionador de tierra	\$ 1	\$ 1.705.570.200	\$ 1.705.570.200
17.4	Terminales para cable en Switchgear 34.5kV GIS	\$ 1	\$ 5.452.800	\$ 5.452.800
17.5	Relés de protección en Switchgear 34.5kV	\$ 1	\$ 134.503.160	\$ 134.503.160
17.6	Sistema de medida en Switchgear 34.5kV	\$ 1	\$ 56.215.290	\$ 56.215.290
17.12	Suministro, Instalación, Prueba y Puesta en Servicio de Relés de protección de las Celdas +L3 y +L7 (Incluye Retiro de Elementos Existentes)	\$ 1	\$ 46.995.600	\$ 46.995.600
17.25	TELEVIGILANCIA	\$ 1	\$ 1.372.200.900	\$ 1.372.200.900
17.26 AE	Suministro instalación y prueba de banco de baterías que alimentan las cargas DC a 125 V	\$ 1	\$ 48.917.925	\$ 48.917.925
Varios	ADECO	\$ 1	\$ 69.370.344	\$ 69.370.344
<b>Total Costo Directo</b>				<b>\$ 19.899.588.031</b>

Fuente: Cláusula Cinco - Formulario de Precios y Cantidades del Contrato<sup>74</sup>, Cláusula Primera, Cláusula Segunda y Cláusula Tercera del Oficio No. 1<sup>75</sup>. Las cantidades efectivamente ejecutadas fueron calculadas en el Dictamen Pericial Técnico de GPS<sup>76</sup>.

Enseguida, y al aplicar lo establecido en la Cláusula Sexta del Contrato sobre la Forma de Pago, el Perito le aplica el valor del AIU (administración: 25%, imprevistos: 1% y utilidad:1%), obteniendo como resultados los expresados en la Tabla 17, así:

**Tabla 17. Costo directo e indirecto sobre equipos no facturados**

<b>TOTAL COSTO DIRECTO</b>	<b>\$</b>	<b>19.899.588.031</b>
Administración: (25%)	\$	4.974.897.008
Imprevistos: (1%)	\$	198.995.880
Utilidad: (3 %)	\$	596.987.641
<b>TOTAL</b>	<b>\$</b>	<b>25.670.468.560</b>

Fuente: Elaboración propia.

De igual forma, el Dictamen realiza unos descuentos sobre los ítems 4.20, 9.8 y 17.12, ya que “(.) durante el desarrollo del proyecto se presentaron pagos por estos ítems sin que se hubiera completado su ejecución, como lo menciona el Dictamen pericial técnico por Global Project Strategy en el capítulo 5.4”, arrojando los siguientes resultados (Tabla N°. 19):

**Tabla 19. Descuentos aplicados al costo directo de los ítems de Inventario de Equipos**

Ítem	Tipo	Costo directo equipo	AIU Descontado	Valor neto
4.20	Inventario	-\$ 65.889.657	-\$ 19.108.001	-\$ 67.998.126
9.8	Inventario	-\$ 75.504.716	-\$ 21.896.368	-\$ 77.920.867
17.12	Inventario	-\$ 56.012.433	-\$ 16.243.606	-\$ 57.804.831
<b>Total Inventario</b>		<b>-\$ 197.406.806</b>	<b>-\$ 57.247.974</b>	<b>-\$ 203.723.824</b>

Costo Directo Sin Descuentos	\$	19.899.588.032
Descuentos por excedentes	-\$	197.406.806
<b>Costo Directo Neto</b>	<b>\$</b>	<b>19.702.181.226</b>

Fuente: Elaboración propia.

Finalmente, para el Perito Esfinanzas el valor final a reconocerle a Acciona Agua por concepto de los equipos suministrados a Emcali es de \$20.536.374.849, producto de tomar el costo directo, sumarle el AIU y restarle el 20% del valor de amortización del anticipo, como se ilustra a continuación:

Tabla 20. Liquidación de intereses sobre inventario de maquinaria y equipos pendientes por facturar.

Liquidación sobre Inventario	
Directo	\$ 19.702.181.226
AIU	\$ 5.713.632.555
Anticipo (-20%)	-\$ 5.083.162.756
<b>Valor ítem</b>	<b>\$ 20.536.374.849</b>
Interés (T1: TU)	\$ 8.575.324.680
Interés (T2: TIBC)	\$ 6.133.409.239
Interés (T3: TICCx2)	\$ 4.179.490.867
Interés (T4: IPC)	\$ 1.722.356.337

Fuente: Elaboración propia.

A partir de la tabla previamente reproducida, se tiene entonces que el valor de los equipos suministrados asciende a \$25.415.813.781 (Costo Directo + AIU), sobre el cual debe efectuarse un descuento del 20% (\$5.083.162.756), correspondiente a la amortización del anticipo, para un total a reconocer por este concepto de **\$20.536.374.849**. Valga aclarar que esta disminución del 20% del anticipo se encuentra reflejada en los análisis realizados por el Tribunal en acápites precedentes sobre la no amortización del anticipo, y constituye un aspecto que se contemplará en el guarismo final de la decisión sobre las pretensiones liquidatorias del Contrato elevadas por ambas Partes.

De conformidad con los argumentos expuestos, el Tribunal encuentra que la pretensión 1.14, en lo que hace relación al incumplimiento del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, por parte de EMCALI por el no pago de los equipos aquí relacionados que fueron suministrados por ACCIONA y no pagados por aquella, está llamada a prosperar.

- **Sobre los “Hechos relacionados con obra adicional ejecutada, aprobada pero no pagada por Emcali”:**

**Ítem 2.1.** En el Informe Final de Interventoría, en cuanto a la limpieza de los digestores no se encuentra pronunciamiento por parte de la misma respecto de si se ejecutó o no.

Por su parte, el dictamen técnico de GPS en su Apéndice 030, deja en claro que la extracción de lodos, limpiezas y evacuación de agua era una actividad que no hizo parte del alcance contractual y sobre la cual no hubo acuerdo en su



reconocimiento por parte de la interventoría.

Por lo anterior, el Tribunal observa que fue una actividad ejecutada a cuenta y riesgo de la Convocante, por lo cual no se declarará la prosperidad respecto de este ítem.

**Ítem 3.8.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 44 se certifica que se ejecutaron ciertas actividades respecto de este ítem, quedando pendientes otras de ellas, por lo cual el estado del mismo es “en ejecución”.

Por su parte, en el dictamen de GPS Apéndice 031, se hace un análisis sobre lo que efectivamente ejecutó ACCIONA, donde se concluye que tiene derecho a que le sean reconocidos los trabajos asociados con el cambio de Relé EMR 300 a EMR 4000 con protección “*conformal coating*” contra corrosión de las tarjetas electrónicas por un monto de **\$47.208.872.**

El Tribunal acoge el Dictamen pericial toda vez que de los anexos del mismo se concluye que fueron actividades realizadas por ACCIONA bajo la supervisión de Idom, y por lo tanto, accederá a su reconocimiento

**Ítem 4.1.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 45 se concluye que esta actividad fue ejecutada al 100% en lo que respecta a la rehabilitación de muros y fondos de los desarenadores 1 al 6. No obstante, consideran que quedó pendiente de ejecución la rehabilitación de la cámara de integración y el canal de transición a los canales de rejillas fina.

Por su parte, en el dictamen de GPS Apéndice 032, se hace alusión a un sobrecosto relacionado con las inundaciones en los desarenadores 2 y 4.

Encuentra el Tribunal que el sobrecosto si bien está conforme con el APU de sobrecostos no se encuentra aprobado por la interventoría, razón por la cual no accederá a su reconocimiento.

**Ítems 5.11 y 7.5.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 55 se concluye que

los ítems 5.11 y 7.5 fueron ejecutados en su totalidad quedando pendiente el suministro de la documentación contractual y su respectivo dossier, sin incluir nada respecto de trabajos adicionales de desmonte y retiro de medidores de caudal electromagnéticos de 6”.

Por su parte, en el dictamen técnico de GPS, Apéndice 034, se reclama el reconocimiento de estos trabajos adicionales por un valor de **\$653.332** por el ítem 5.11 y, **\$163.333**, por el 7.5, para un total de **\$816.665**.

El Tribunal pudo corroborar en los anexos del dictamen pericial de GPS que la interventoría recibió los trabajos adicionales a que se hace referencia. En consecuencia, encuentra procedente su reconocimiento.

**Ítem 5.28.** En el Informe Final de Interventoría no encuentra el Tribunal un análisis respecto de las actividades mencionadas por la Convocante.

No obstante lo anterior, el Tribunal declarará la procedencia del reconocimiento de las actividades relacionadas en este ítem toda vez que ACCIONA actuó con observancia del principio de buena fe contractual en el iter de celebración del Otrosí No. 2, en virtud de lo cual ejecutó estas actividades que esperaba fueran pagadas con la firma del mismo y que en el Dictamen Técnico, Apéndice 035, están cuantificadas en un monto de **\$1.384.211**, como costo directo.

**Ítem 7.6.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 66 se indica que la ejecución de este ítem fue parcial toda vez que está pendiente la prueba de las bombas de los digestores A y E y, a su vez, resolver lo relacionado con los manómetros y los motores de las bombas del Digestor E.

Por su parte, en el dictamen técnico de GPS en el Apéndice 036 se concluye que los trabajos relacionados con la fabricación de nuevos soportes, como la implementación de un recubrimiento aislante para el colector deben ser reconocidos a favor de Acciona por un monto de **\$2.060.489**.

El Tribunal considera que al no existir reconocimiento por parte de la interventoría,

no procede su reconocimiento.

**Ítem 7.7.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 66 se concluye que este ítem fue ejecutado teniendo como resultado la aprobación del equipo, su instalación y puesta en funcionamiento.

En el dictamen Técnico de GPS, Apéndice 037, se da cuenta que para la ejecución de este ítem debía realizarse previamente el retiro y desmonte de los cuatro paneles de control en bombas de recirculación de lodos en el área de digestión.

En Tribunal encuentra que en efecto esta actividad fue ejecutada por ACCIONA y dichos paneles fueron entregados a la interventoría como consta en las Actas de Entrega que se aportan como anexos en el Dictamen de GPS por lo que Acciona tiene derecho a que le sean reconocidos estos trabajos por un monto de **\$937.988**.

**Ítem 8.2.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 68, se concluye que respecto de este ítem se ejecutó el 100% en lo que respecta a los muros y fondos de los Digestores A y E, dejando sin ejecución los Digestores B, C y D.

En el Dictamen Técnico de GPS, Apéndice 038, se concluye que dados los comités de obra donde EMCALI se comprometió al sellamiento de las cúpulas, actividad que no ejecutó, ACCIONA debió aplicar poliúrea con el fin de mitigar las afectaciones causadas por los índices de humedad, pH y gases tóxicos. Por esta razón, se concluye que respecto de los trabajos realizados en los Digestores A y E tiene derecho a un reconocimiento económico de **\$194.929.159**.

De acuerdo con lo anterior este Tribunal acogerá lo sostenido en el dictamen de GPS toda vez que la conducta de ACCIONA, estuvo circunscrita al deber de mitigación del daño y, por lo tanto, tendrá derecho al reconocimiento económico dictaminado por el perito GPS el cual no fue objeto de contradicción.

**Ítem 8.10.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 71 se concluye que de este ítem se realizó una ejecución parcial toda vez que las pruebas del sistema ROTAMIX resultaron fallidas.

En el dictamen técnico de GPS, Apéndice 039, se solicita el reconocimiento de un perjuicio económico a favor de Acciona al no poder facturar las actividades relacionadas con el suministro, instalación y prueba del sistema ROTAMIX que asciende a un monto de **\$24.775.596.**

El Tribunal encuentra que en el anexo GPS 039 consta un acta de comité entre ACCIONA e IDOM donde se revisó la propuesta de instalación de acometidas para ROTAMIX y en el anexo GPS 397, el informe sobre su instalación; teniendo en cuenta los documentos señalados y que el dictamen no fue objetado por EMCALI, accederá a su reconocimiento.

**Ítem 8.11.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 71 se concluye que la ejecución de este ítem fue parcial toda vez que se aprobó el montaje de las válvulas en los Digestores A y D, pero quedó pendiente la instalación de la válvula en un digestor así como su calibración.

El dictamen técnico de GPS en el Apéndice 040 concluyó que los trabajos relacionados con este ítem se realizaron bajo la supervisión y aprobación de la Interventoría pero que no estaba contemplado en las especificaciones el desmontaje de la válvula de presión y vacío con arrestallamas, y que por este concepto debe reconocerse a ACCIONA la suma de **\$2.066.932.**

El Tribunal encuentra en los soportes anexos al dictamen, las Actas de Entrega de los equipos desmontados por lo cual declarará la prosperidad de este reconocimiento al ser una actividad ejecutada y recibida por la interventoría.

**Ítem 10.4.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 76 se concluye que esta es una actividad no ejecutada toda vez que se aprobó el suministro de las bandas transportadoras pero los demás elementos de transporte no lo fueron debido al alto costo de los adicionales presentados por ACCIONA en este ítem.

El dictamen técnico de GPS, Apéndice 041, da cuenta de las actividades realizadas por ACCIONA, sin embargo, no encuentra el Tribunal aprobación de las mismas

por parte de la interventoría razón por la cual no accederá al reconocimiento de esta pretensión.

**17.22.** En el informe final de interventoría a pág. 89 se concluye que este es un ítem no ejecutado toda vez que el contratista presentó un estudio de apantallamiento para la PTAR-C pero planteaba el suministro e instalación de todos los elementos nuevos requeridos para los sistemas de conexión a tierra y protección contra descargas atmosféricas.

El Dictamen Técnico de GPS en el Apéndice 044 concluye que la Interventoría autorizó esta actividad como adicional y que por ende ACCIONA tiene derecho al reconocimiento económico por un monto de **\$17.250.000**.

No obstante lo anterior, el Tribunal encuentra que, en la comunicación referida por la Convocante y que se aporta en el dictamen como anexo GPS 132, la Interventoría no dio su aprobación formal para dicha ejecución sino que se puso a disposición para revisar la propuesta más conveniente para ser presentada a EMCALI, por esta razón, no se accederá a esta pretensión.

**Ítem 17.24.** En el Informe Final de Interventoría a pág. 90 se concluye que este ítem fue ejecutado con la novedad de que se requirió una actividad adicional no contemplada en el contrato, esta era el suministro e instalación de un transformador de aislamiento trifásico.

En el dictamen técnico de GPS, Apéndice 045, se concluye que ACCIONA tiene derecho al reconocimiento económico por haber ejecutado esta actividad adicional como se soporta en el anexo GPS 133, Acta de equipo desmontado del 5 de abril de 2019 firmada por la Interventoría.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal accederá la petición de pago de esta actividad por el monto de **\$ 4.388.151**, establecido en el dictamen pericial.

**Ítem 17.26.** En el informe final de interventoría a pág. 90 se concluye que este ítem fue ejecutado de forma completa y el equipo incluido en el Otrosí No. 1.

El dictamen técnico de GPS en el Apéndice 046, señala que ACCIONA realizó la recarga de las 63 baterías actividad que no estaba contemplada en el ítem contractual 17.26; por lo anterior, afirma que tiene derecho al reconocimiento económico por un valor de **\$4.725.900**.

Este Tribunal considera que si bien ACCIONA era responsable del suministro de las baterías no lo era de su recarga y EMCALI no ejecutó esta actividad generando el posible detrimento de las mismas. En este sentido, y como bien lo comunicó en múltiples ocasiones ACCIONA a la Interventoría y a EMCALI, no fue atendido su requerimiento por lo cual debió mitigar el daño de las mismas, por estos motivos el Tribunal accederá a su reconocimiento.

**Ítem 19.1.** En el informe final de interventoría a pág. 93 se concluye que este ítem se encuentra ejecutado realizando el mantenimiento de los pozos 1 y 2 y el montaje de las respectivas bombas.

El dictamen técnico de GPS Apéndice 047, señala que por instrucciones de EMCALI se le ordenó a ACCIONA ejecutar estas pruebas de agotamiento de los pozos profundos no previstas inicialmente en el ítem 19.1.

Este Tribunal, en consecuencia, considera se debe reconocer el monto económico de su ejecución correspondiente a **\$10.948.000**, dado que se encuentran los soportes en los anexos al dictamen de GPS, por lo que se accederá a esta pretensión.

**Ítem 20.1.** En el informe final de interventoría a pág. 93 se concluye que este ítem no fue ejecutado y a su vez, que no se realizó ninguna actividad.

El Dictamen Técnico de GPS en el Apéndice 048, concluye que ACCIONA realizó el diseño conceptual para el sistema de protección contra incendios y que por ende tiene derecho a que se le reconozca un monto de **\$23.800.000**.

Revisados los anexos que presenta el dictamen este Tribunal se percata de que

hubo discusión entre las partes en torno al diseño conceptual de este ítem, y no se encontró prueba de que se le haya ordenado la ejecución a ACCIONA, razón por la cual no declarará la prosperidad de esta reclamación.

En adición al Informe Final de Interventoría y al Dictamen Técnico rendido por el perito GPS, el Tribunal pudo corroborar que las cifras económicas establecidas en este último fueron validadas en el Dictamen Financiero rendido por el perito Esfinanzas<sup>137</sup>, como obra en el expediente digital, carpeta de pruebas No. 14

Por lo anterior, el Tribunal accederá parcialmente a las pretensiones principales 1.14 y 1.17 de la demanda reformada de ACCIONA y, en consecuencia, declarará no probada, en lo pertinente, la excepción No. 2, titulada “EXCEPCIONES AL JURAMENTO ESTIMATORIO”.

La parte resolutive del Laudo recogerá las anteriores determinaciones.

**1.11. Pretensiones sobre no pago a ACCIONA de mayores costos de administración debido a suspensiones, extensión de la etapa de liquidación y custodia y mantenimiento de equipos**

**a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En la Demanda Reformada, en relación con las suspensiones, señaló que el 28 de febrero de 2020, las partes suscribieron Acta de Suspensión N°1 al Contrato la cual se extendió entre el 2 de marzo de 2020 y el 25 de marzo del mismo año, con el propósito de firmar acuerdos sobre las alternativas que permitieran dar continuidad a la ejecución del contrato. Posteriormente, el 25 de marzo de 2020, suscribieron dos suspensiones adicionales, la última se extendió hasta el 29 de abril de 2020. Que antes de finalizar la suspensión, EMCALI informó que se acogía a las medidas preventivas por la emergencia del COVID 19, por lo que consideró necesario ampliar la suspensión. Que las Partes llegaron a un acuerdo para reanudar el Contrato el 21 de abril de 2020 pero que este compromiso tuvo que postergarse en razón a que se había vencido el contrato con la interventoría.

---

<sup>137</sup> Páginas 21 a 32.

Finalmente, la ejecución se reanudó el 24 de abril de 2020 y el plazo contractual se venció el 5 de mayo de 2020.

En relación con la etapa de liquidación, indica que desde la finalización del plazo contractual, ACCIONA manifestó a EMCALI su disponibilidad para llegar a los acuerdos necesarios para la liquidación del contrato; que la etapa de liquidación, de acuerdo con lo establecido en el contrato, era de seis (6) meses. Que por acuerdo entre las partes, el tres (3) de noviembre de 2020, suscribieron Acta de Ampliación del plazo para la liquidación del contrato por seis (6) meses, toda vez que consideraban viable la celebración de un contrato de transacción que finalmente no se firmó.

Respecto de la custodia y mantenimiento de equipos, aduce que ACCIONA suministró equipos los cuales no pudieron ser instalados por circunstancias imputables a EMCALI.

En el juramento estimatorio a página 149 de la demanda reformada, la Convocante estimó el valor de esta pretensión en \$2.816.088.329 **o la que resultare probada**. En sus alegatos de conclusión, respecto de los mayores costos de administración, la Convocante afirma que los costos directos por los precios unitarios generaban un cargo de administración del 25% y que éstos fueron mayores para ACCIONA por causas no atribuibles a la misma, por lo cual el Tribunal debe reconocer el 25% adicional sobre los costos directos por concepto de administración y adicionalmente los mayores costos que por este concepto tuvo que asumir. Relaciona los montos a los que llegó el perito financiero, una vez realizado el análisis de la información contable, información de costos que no fue censurada por EMCALI.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

En relación con los hechos relativos a las suspensiones del contrato, la Convocada manifiesta que son hechos no probados y que por lo tanto se atiene a lo que se pruebe.



Sobre la ampliación del término para la liquidación del contrato afirma que es parcialmente cierto por cuanto:

*“... Ahora, la ampliación del plazo obedeció únicamente a las consideraciones jurídicas y fácticas contenidas en el acta de prórroga del término de plazo de liquidación del 28 de octubre de 2020, y no a las que manifiesta la convocante en la descripción de este hecho.*

*De cualquier manera, me atengo a lo que conste en el expediente contractual y se encuentre debidamente probado en el curso del proceso...”*

En cuanto al no recibo de los equipos suministrados por ACCIONA, señala que son afirmaciones del contratista que serán controvertidas y, que se atiene a lo que resulte probado.

Como se señaló al estudiar las pretensiones anteriores, en sus alegatos de conclusión la Convocada abordó conjuntamente con aquellas, su argumentación sobre la pretensión objeto de consideración en este acápite.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

De lo que se puede corroborar de los hechos de la demanda y de su contestación, así como de los documentos contractuales, en efecto, entre las partes se suscribieron tres suspensiones al contrato que generaron mayores costos de administración para el contratista; así mismo, durante el término de liquidación, inicial y su ampliación, y con posterioridad a la misma, el Contratista debió asumir la guarda y custodia de los equipos no recibidos por EMCALI.

Para resolver esta pretensión el Tribunal se remite al Dictamen Financiero rendido por el perito Esfinanzas, aportado como prueba por la Convocante, toda vez que el mismo no fue objetado por la Convocada, quien tampoco presentó dictamen sobre la materia ni ejerció el derecho de contradicción al perito.

En el Dictamen Financiero rendido por el perito Esfinanzas, a página 40 se desarrolló la respuesta a la pregunta 9 sobre los Costos Administrativos, cuyo texto es el siguiente: *¿En qué costos incurrió ACCIONA desde la primera suspensión del Contrato hasta el periodo de custodia y mantenimiento?*

La respuesta del perito estuvo encaminada a demostrar, fruto de un análisis de la contabilidad y los libros auxiliares del centro de costos de la PTAR Cañaveralejo de ACCIONA entre los años 2018 y 2021, que ésta incurrió en mayores costos administrativos durante las suspensiones del contrato, durante la etapa de liquidación contractual y su extensión, hasta el periodo de custodia y mantenimiento.

Fruto del análisis realizado, el Dictamen llega a una liquidación de estos costos que ascienden a la suma de: \$3.232.509.773,20, discriminados de la siguiente manera (Tabla No. 26):

**Tabla 26. Liquidación de Costos Indirectos Administrativos posterior al periodo contractual**

PERIODO		COSTOS ADMINISTRATIVOS	
Suspensiones	2 marzo /2020 - 4 mayo /2020	489.427.761,84	
Liquidación	Contractual	5 mayo /2020 - 4 noviembre /2020	1.131.769.322,49
	Extendido	5 noviembre /2020 - 4 mayo /2021	1.123.328.474,01
Custodia y Mantenimiento	5 mayo/2021 - 31 agosto/2021	1.209.477.503,86	
Total post contractual		3.954.003.062,20	
Costos del proceso arbitral (-)		721.493.289,00	
TOTAL POST CONTRACTUAL NETO		<b>3.232.509.773,20</b>	

Fuente: Libros auxiliares del centro de costos PTAR Cañaveralejo años 2018,2019,2020 y 2021<sup>98</sup>.

Cabe anotar que los costos de administración constituían un componente de la remuneración contractual como está probado en el anexo denominado “*Formulario de cantidades y precios*” por lo cual, ante el no reconocimiento de estos costos, el Tribunal encuentra procedente la pretensión declarativa 1.15. y tendrá por no probada la Excepción No. 2 propuesta por la Convocada en su escrito de contestación a la Demanda Reformada, en lo que respecta a esta pretensión.

Ahora bien, debe señalarse que, tal como se indicó, la cuantía que por este concepto se probó conforme al Dictamen Financiero —que no fue objetado por la Convocada— es de \$3.232.509.773,20, pero por efecto de la concurrencia de culpas que ha reconocido este Tribunal, únicamente procede el reconocimiento de una suma equivalente al 70% de dicho monto, esto es, la suma total de **\$2.262.756.841,24**, todo lo cual será indicado al momento de examinar las pretensiones de condena, y en la parte resolutive del presente laudo.

### **1.12. Pretensión sobre no pago a ACCIONA de las facturas presentadas junto con sus correspondientes intereses de mora**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En el escrito de demanda, la Convocante refiere que a la fecha existe el impago de una factura (FV AC 023), y la ausencia de pago de intereses moratorios frente a cuatro facturas pagadas tardíamente por la Convocada.

En los alegatos de conclusión, la Convocante hace referencia a que de acuerdo con el Peritaje Financiero y Contable aportado por esa Parte, durante la ejecución del Contrato ACCIONA presentó 25 facturas, de las cuales 20 fueron pagadas por EMCALI oportunamente, 4 presentaron mora, y 1, a pesar de haber sido aceptada, todavía no ha sido pagada por EMCALI.

Respecto de las 4 facturas que presentaron mora, en el Dictamen Financiero se calcularon los intereses desde el día siguiente al vencimiento de la fecha para el pago, hasta el día de su pago efectivo, concluyendo que por este concepto EMCALI adeuda a ACCIONA **\$84.914.961**.

Frente a la factura impagada (**FV AC 023**), el Dictamen Financiero determinó el valor de los intereses de mora con corte a 31 de enero de 2022, que asciende a la suma de **\$80.637.970**, y afirma que los intereses deberán ser pagados hasta la fecha de pago efectivo de la factura.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada por su parte, en la contestación a la demanda reformada en lo relativo a las pretensiones, se opuso a todas y cada una de ellas —declarativas y de condena— formuladas por ACCIONA. Por lo anterior, se opone a la pretensión antes expuesta.

#### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

En el Dictamen Financiero rendido por el perito Esfinanzas, a página 18 se

desarrolló la respuesta a la Pregunta 3, cuyos interrogantes planteaban: *¿Existen facturas presentadas por ACCIONA que hayan sido aceptadas por EMCALI pero que no registren su pago a la fecha? ¿A qué monto ascienden dichas facturas?, Desde el punto de vista financiero, ¿cuál es el impacto de no haber recibido el pago de esta factura oportunamente?*

La respuesta del perito estuvo encaminada a demostrar, teniendo en cuenta la contabilidad, los extractos bancarios de ACCIONA, así como la facturación emitida, que, en efecto no se ha recibido el pago de la Factura No. AC 023 a la fecha del dictamen. Asimismo que, su no pago, contraviene lo estipulado en la Cláusula Sexta del Contrato sobre la forma de pago, dando lugar a su reconocimiento con intereses, así:

*“La factura de serie FV AC 023 pendiente de pago fue radicada ante la interventoría el dieciocho (18) de febrero de dos mil veinte (2020) junto con el Acta de Entrega de Equipos y la Memoria de Cálculo suscrita conjuntamente por IDOM, en su calidad de interventor. El plazo máximo para el pago de las facturas se estableció en la Clausula Sexta del contrato: Forma de Pago, II) Pagos Parciales del Contrato en donde estipula lo siguiente:*

*“...conforme los avances de ejecución del objeto contractual evaluados conjuntamente entre el contratista y el interventor del contrato. El avance de la ejecución se realizará con una periodicidad mensual. Del valor de cada acta de obra ejecutada se descontará la proporción correspondiente a la amortización del anticipo. ... Una vez radicada la factura con los soportes por parte del contratista, el interventor tendrá un plazo de cinco (5) días hábiles para revisarla, aceptarla o devolverla. El interventor contará con dos (2) días hábiles después de haber firmado el acta de recibo y aceptación de factura para radicarla con los soportes de pago en la Tesorería de EMCALI. Los pagos se realizarán a los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación del acta de pago en la Dirección de Tesorería de EMCALI.”*

*De acuerdo con lo anterior, toda factura debería pagarse dentro de los veintisiete (27) días hábiles siguientes a la radicación, lapso que incluye los cinco (5) días hábiles que tiene el interventor para objetarla; para este caso no se tiene reporte de objeción alguna. Por lo anterior esta factura debió ser pagada como máximo el día veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020)”.*

De acuerdo con el perito financiero, el no pago oportuno de la factura genera un impacto a ACCIONA equivalente al costo de oportunidad (intereses) incurrido entre la fecha en que debía haber recibido el pago de la factura según lo establecido en el Contrato y la fecha en la que lo reciba. El dictamen calculó dicho impacto con corte a treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte dos (2022), como sigue:

Tabla 5. Cálculo de intereses a 31 de enero de 2022 para FV AC023.

Ítem	FV AC023 No Pagada
Fecha Radicación	17/02/2020
Fecha efectiva de pago (estimada)	31/01/2022
Fecha de corte	31/01/2022
Fecha de liquidación de intereses	<b>26/03/2020</b>
Días	584
Valor neto Factura	\$ 187.807.700
Interés (T1: TU)	\$ 80.637.970
Interés (T2: TBC)	\$ 57.638.609
Interés (T3: ICCx2)	\$ 39.425.254
Interés (T4: IPC)	\$ 13.688.540

Fuente: Elaboración propia.<sup>31</sup>

En lo que respecta al valor de la factura analizada, el dictamen presenta el siguiente análisis:

Tabla 4. Factura de Venta AC023, sin pago a la fecha

FV-AC023	
<b>Costo Directo</b>	<b>\$ 223.396.294</b>
Administración (25%)	\$ 55.849.074
Imprevistos (1%)	\$ 2.233.963
Utilidad (3%)	\$ 6.701.889
Costo Total	\$ 288.181.219
Amort. Anticipo (-20%)	<b>-\$ 57.636.244</b>
<b>Total factura</b>	<b>\$ 230.544.975</b>

Fuente: Factura AC023 emitida por ACCIONA

A partir de la tabla previamente reproducida, se tiene que el valor de la factura asciende a \$288.181.219, sobre el cual ya se efectuó el descuento por la amortización del anticipo por un valor de \$57.636.244, para un total a pagar de \$230.544.975, tal como consta en la tabla de aportada en el Dictamen Financiero (página 17), sobre la amortización del anticipo.

Sobre lo anterior, el Tribunal encuentra que EMCALI, conforme al Dictamen Financiero aportado como prueba por la Convocante y no controvertido por la Convocada, se encuentra en mora de atender la obligación contenida en este título valor, y por tanto procederá a su reconocimiento. Sin embargo, dado que, tal como se evidencia en la tabla sobre amortización del anticipo relacionada en el acápite 1.8 en el que se resolvió sobre la pretensión 1.11, el monto del descuento por concepto de anticipo sobre esta factura ya fue tenido en cuenta en el cálculo del

valor total del anticipo amortizado a la fecha, por lo que no resulta procedente un nuevo descuento por dicho concepto sobre la factura analizada; aspecto que se verá reflejado en el guarismo final de la decisión sobre las pretensiones liquidatorias del Contrato elevadas por ambas Partes.

Así las cosas, el valor que será reconocido por concepto de la factura AC 023 es de **\$288.181.219**.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios por el no pago a tiempo de esta factura, se considera que al no haber existido aceptación expresa de la misma, de acuerdo con lo prevenido en la cláusula Sexta del Contrato, su exigibilidad surge solamente a partir del presente laudo, pues solo desde entonces se puede predicar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible.

Finalmente, teniendo en cuenta que este Dictamen no fue objetado por la Convocada, que tampoco presentó dictamen alguno de contradicción, ni controvertió al perito, este Tribunal acoge lo sustentado en el mismo respecto de las cuatro facturas que fueron aceptadas (facturas FV AC 016, FV AC 017, FV AC 020, FV AC 021), tramitadas y pagadas tardíamente, y por tanto procederá al reconocimiento del interés moratorio solicitado respecto de estas facturas desde el día siguiente al vencimiento de la fecha para el pago, hasta el día de su pago efectivo, en cuantía de **\$84.914.961**.

Dicho valor resulta de la aplicación de la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera respecto de los valores impagados y la altura de la mora, conforme a la siguiente tabla donde la fila T1: TU (tasa de usura) arroja los siguientes valores:

Tabla 6. Cálculo de intereses a fecha de pago para facturas pagadas por EMCALI con retraso.

Ítem	FV AC016 Pagada Tarde	FV AC017 Pagada Tarde	FV AC020 Pagada Tarde	FV AC021 Pagada Tarde
Fecha Radicación	22/11/2019	22/11/2019	10/12/2019	10/12/2019
Fecha efectiva de pago (tardía)	11/02/2020	11/02/2020	11/02/2020	11/02/2020
Fecha actual	31/01/2022	31/01/2022	31/01/2022	31/01/2022
Fecha oportuna de pago	13/12/2019	13/12/2019	22/01/2020	22/01/2020
Días	60	60	20	20
Valor Neto Factura	\$ 1.469.428.663	\$ 10.834.052	\$ 696.611.103	\$ 1.079.564.810
Interés (T1: TU)	\$ 60.218.311	\$ 361.857	\$ 9.544.036	\$ 14.790.757
Interés (T2: TBC)	\$ 41.754.343	\$ 250.879	\$ 6.618.803	\$ 10.257.412
Interés (T3: TICC2)	\$ 27.378.785	\$ 164.855	\$ 4.326.481	\$ 6.704.913
Interés (T4: IPC)	\$ 12.252.100	\$ 63.805	\$ 2.581.777	\$ 4.001.078

Fuentes: Elaboración propia.<sup>42</sup>

En consecuencia, declarará la prosperidad parcial de la pretensión 1.16, y en consecuencia, tendrá por no probada la Excepción No. 2 planteada por la Convocada en su escrito de contestación a la Demanda Reformada, en lo que respecta a esta puntual pretensión.

La parte resolutive del Laudo recogerá la anterior determinación.

### **1.13. Pretensión sobre la utilidad dejada de percibir por parte de ACCIONA**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En la Pretensión principal 1.18 ACCIONA solicita que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE-ESP incumplió el Contrato 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a Acciona Agua SAU sucursal Colombia la utilidad dejada de percibir en el mismo.

En síntesis, el Tribunal observa en la reforma de la demanda inicial subsanada, que Acciona Agua solicita sea declarado el incumplimiento por parte de EMCALI, toda vez que este no pagó a la Convocante la utilidad dejada de percibir, que según lo tasado por la demandante asciende a la suma de \$649.322.714 o la que resulte probada en el proceso.

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada por su parte, en la contestación a la demanda reformada en lo relativo a las pretensiones, se opuso a todas y cada una de ellas–declarativas y de condena– formuladas por Acciona Agua. Por lo que se opone a la pretensión antes expuesta.

**Alegatos de conclusión:**

En su escrito de alegatos de conclusión, Acciona Agua manifiesta que, según lo dispuesto en la Cláusula Quinta del Contrato, la utilidad a favor de Acciona Agua correspondería al 3% sobre los costos directos, es decir, igual a \$1.743.208.208, lo anterior teniendo en cuenta el Dictamen Financiero y Contable aportado como Prueba 4.2 de la Demanda Reformada, para efectos de calcular la utilidad dejada de percibir por parte de Acciona Agua, derivada de los incumplimientos de EMCALI. El Perito Financiero y Contable descontó del valor anteriormente referido, el porcentaje de utilidad reconocido dentro de las facturas efectivamente pagadas, “... *es decir el 3% de utilidad calculado sobre el costo directo de los ítems o actividades ejecutadas, de acuerdo con estipulado en la Cláusula Sexta*”.

Concluye la Convocante en sus alegatos que el Tribunal puede considerar que ACCIONA no puede cobrar el 100% de la utilidad dejada de percibir, sino únicamente aquella sobre lo que efectivamente ejecutó del Contrato. En este sentido, el Peritaje Financiero y Contable establece como valor de la utilidad dejada de percibir a favor de Acciona Agua la suma de \$649.322.714.

Por su parte, EMCALI en su escrito de alegatos de conclusión manifiesta que la pretensión 1.18 no tiene vocación de prosperidad toda vez que de la Cláusula Décima del Contrato – obligaciones del contratante - no se desprende de manera clara y expresa la obligación de garantizar la obtención de una utilidad, y en consecuencia, que sea exigible el pago de esta. Además, aun cuando hubiese sido incorporado en el Formulario de Cantidades y Precios, la Convocada señala pronunciamientos del Consejo de Estado que disponen que no es una obligación garantizar y asegurar el pago de la utilidad esperada por el Contratista menos aún



cuando la no ejecución del 100% del proyecto obedece a incumplimientos por parte de ACCIONA.

Finalmente, manifiesta que ACCIONA efectuó una mala administración de los riesgos asignados a su cargo, riesgos con los cuales decidió correr a sabiendas de que podía de una u otra forma, en virtud del *alea*, normal afectar la obtención de esta utilidad.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Respecto a este punto, el Tribunal encuentra en el dictamen Financiero del Perito Esfinanzas que, de la obra ya ejecutada por ACCIONA y, por ende, de aquellas que ya se facturaron y se pagaron, el contratista efectivamente recibió su utilidad. La cuestión a resolver, gira entonces, en torno a aquella utilidad esperada de las obras que no pudieron ejecutarse fruto del incumplimiento de la Convocada, según lo sostiene la Convocante.

En relación con lo alegado por las Partes frente al reconocimiento de la utilidad esperada, este Tribunal considera que la Interventoría en su Informe Final, Capítulo 8, concluyó que ACCIONA incumplió el contrato en lo referente a la “Entrega del Plan de Acción y Cumplimiento Ambiental (PACA)”; el “Sistema SG-SST; lo atinente al “Campamento de la Interventoría”; la “Entrega del Programa General de Trabajo”; la “Reprogramación”; el “Director del Proyecto del Contratista”; y el “Ingeniero Civil Residente”. De acuerdo con lo anterior, no podría un contratista que incumplió en cierto grado el contrato, ser beneficiario de su utilidad y ii) toda vez que, en la Matriz de Riesgo del Contrato, se asignaron a cargo del contratista los siguientes riesgos que en virtud del *alea* normal afectaron la obtención de esta utilidad, tales como el riesgo por variación de cantidades; alteraciones al programa de trabajo por causas imputables al contratista; falta de Idoneidad de personal e incumplimiento en tiempos de entrega.

De igual forma, el Consejo de Estado al referirse a la utilidad esperada, ha sostenido que si bien es un derecho del contratista cumplido, no puede predicarse cuando el mismo ha contribuido en todo o en parte al incumplimiento del contrato y por ende, a la no realización de la obra en su totalidad, en una postura

plenamente coincidente con los análisis efectuados en capítulos anteriores de este laudo sobre la concurrencia de culpas que se predica de las Partes en este caso:

*“La Sala no encuentra de recibo lo considerado por la primera instancia, en el sentido de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad pública no implicaba una afectación a la utilidad esperada, pues no hay duda de que, como lo advierte el apelante demandante, existe una relación causal directa entre la ausencia del deber de planeación de la entidad que conllevó a la inviabilidad económica de ejecutar la etapa de obra y la posibilidad de que el contratista percibiera la utilidad válidamente esperada de su ejecución, puesto que aquella causa impidió el cabal cumplimiento del acuerdo. **Sin embargo, es claro que la falta al deber de planeación no fue la única causa que derivó en la frustración de la fase de obra. Concurrentemente, el contratista con su conducta permisiva y complaciente, y más allá de las discusiones iniciales prestó su consentimiento libre y sin condicionamientos para la modificación del alcance y dimensiones del objeto del contrato, lo que redundó en el aumento del presupuesto estimado en más del 50% del valor original, y así contribuyó de manera eficiente a la imposibilidad de desarrollar el proyecto**”.*<sup>138</sup> (Negrilla fuera de texto)

Ahora, en lo relacionado con el reconocimiento de la utilidad esperada en el caso analizado en la sentencia antes citada, el Consejo de Estado graduó dicho reconocimiento en un 50%, conforme al grado de culpa que halló acreditado para cada parte, así:

*“Es claro que la responsabilidad contractual de la entidad estatal que se halla comprometida en los hechos descritos da lugar al reconocimiento de los perjuicios que su incumplimiento en la obligación de permitir la adecuada ejecución de la obra pudo haber acarreado al contratista. Pese a lo anterior, en modo alguno puede constituirse un reconocimiento pleno de la utilidad esperada, pues al haber confluído la conducta del contratista en la producción del resultado nocivo, tal circunstancia, en criterio de la Sala, impone la reducción en un 50% del monto de los perjuicios pretendidos. (...) La Sala reconocerá el 50% del valor de la utilidad proyectada para la fase de obra del contrato (...) como perjuicio causado al contratista (...), por razones imputables a la antijuridicidad de la conducta de la entidad pública”.*<sup>139</sup>

De acuerdo con lo anterior, y tomando en cuenta que en el presente caso existe concurrencia de culpas conforme ha sido ampliamente expuesto por el Tribunal, lo que generó que no se alcanzara el 100% de la ejecución del contrato, el Tribunal, declarará la prosperidad parcial de esta pretensión, en cuantía del setenta por ciento (70%) del valor pretendido, con base en lo soportado en el dictamen pericial de Esfinanzas, debiendo declarar parcialmente probada la Excepción No. 7 y no probada la Excepción No. 2, planteadas en el escrito de contestación a la Demanda

---

<sup>138</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 25000-23-36-000-2017-02136-01(64033). Actor: CONSORCIO PROYECTAR 2014. Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL

<sup>139</sup> Ibidem

Reformada presentado por EMCALI.

#### **1.14. Pretensión sobre la no entrega de la información para la liquidación del Patrimonio Autónomo**

##### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La Convocante en su escrito de Demanda, luego de describir la exigencia contractual de la constitución de un patrimonio autónomo para el manejo del anticipo, señaló que dirigió múltiples comunicaciones a EMCALI para que este procediera a informarle el destino de los rendimientos de los recursos que hicieron parte de dicho fideicomiso, de manera que el mismo pudiera ser liquidado ante el agotamiento de tales recursos; comunicaciones que permanecieron incontestadas por EMCALI, a la fecha. Por lo anterior, formula en su pretensión 1.19 la petición para que el Tribunal declare que EMCALI incumplió el Contrato la no proceder a entregar la información necesaria para proceder a liquidar el patrimonio autónomo.

##### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI, por su parte, contestó la Demanda indicando que los hechos resultaban ser parcialmente ciertos, pero que se atenía a lo que resultara probado a partir del contenido de la cláusula SEXTA del Contrato. En sus alegatos de conclusión refirió que la liquidación del patrimonio autónomo no resulta procedente hasta tanto se decida en este laudo arbitral lo atinente a la amortización del anticipo.

##### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Conocidas las posiciones de las Partes, el Tribunal encuentra que el Contrato no reguló ningún aspecto atinente a la liquidación del patrimonio autónomo constituido para el buen manejo del anticipo.

En efecto, la única regulación que se evidencia acerca de este procedimiento liquidatorio es la hallada en las cláusulas 19 y 20 del contrato fiduciario suscrito entre ACCIONA y Fidubogotá el día 2 de marzo de 2018<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Anexo ESF 021 del Dictamen Financiero.

Siendo ello así, esto es, al no haber existido una estipulación puntual en el Contrato 300-GAA-CO-1250-2017 relativa a la forma como debía procederse a la liquidación del contrato de fiducia, pues la única regulación existente es la contenida en el contrato fiduciario del cual no hizo parte EMCALI, resulta improcedente lo peticionado por ACCIONA en esta pretensión, por cuanto, se itera, la falta de entrega de la información que echa en falta la Convocante no constituye un incumplimiento del Contrato traído a este arbitraje, al haberse establecido la regulación de dicha liquidación exclusivamente en el contrato de fiducia del cual no hizo parte la Convocada.

Con todo, dado que como lo afirma la Convocada el presente laudo arbitral resolverá sobre la temática del anticipo, el Tribunal Arbitral exhorta a las Partes a que, una vez sea dictado el presente laudo arbitral, procedan de buena fe a la liquidación de dicho contrato fiduciario; habiendo de advertir que el Tribunal no puede emitir algún tipo de decisión declarativa o de condena sobre este aspecto, al no haber sido solicitado por las Partes, y por cuanto la sociedad fiduciaria Fidubogotá no hizo parte del presente litigio, de suerte que ninguno de los efectos de este laudo arbitral puede extenderse contra ella.

Por motivo de lo anterior el Tribunal no accederá al reconocimiento de la pretensión 1.19 de la Demanda Reformada, y en su lugar declarará parcialmente probada la Excepción No. 1 de la contestación a la Demanda Reformada, en lo que respecta estrictamente a esta pretensión.

**1.15. Pretensión sobre la no entrega del 100% del proyecto por causas que no imputables a ACCIONA**

**a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La Convocante solicita en la pretensión 1.20 de su Demanda Reformada, que se declare que una vez llegado el vencimiento del plazo del Contrato, no pudo entregar el 100% del proyecto por causas que no le son imputables.

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada se opuso en sus alegatos de conclusión a la prosperidad de esta pretensión, habiendo indicado que quien incumplió el contrato con sus actuaciones y omisiones fue ACCIONA, y que con ello afectó gravemente la ejecución, motivo que le impidió entregar el 100% del proyecto dentro del plazo previsto. Sustentó su posición en el Informe Final de Interventoría IDOM, del cual se socorrió mediante la transcripción literal del punto octavo de dicho Informe, contentivo del listado de incumplimientos considerados tales por el referido interventor.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Examinadas las posiciones de las Partes, el Tribunal encuentra necesario señalar lo que probatoriamente quedó acreditado acerca del porcentaje de ejecución que alcanzó el Contrato.

Así, corresponde traer a colación lo manifestado por los peritos que elaboraron el dictamen técnico aportado por ACCIONA, ingenieros Bernardo Gamboa y Rubén Pulgar, al ser interrogados por los miembros del Panel Arbitral, cuya declaración, por ilustrativa, se transcribe a continuación:

*“DR. PARRA: Gracias ingeniero y la sexta pregunta que tiene el panel para ustedes es la siguiente dentro de esta experticia hay un aspecto que no logramos dilucidar con claridad y tiene que ver con el **porcentaje de cumplimiento de la obra ejecutado por ACCIONA**, por qué afirmamos eso como panel, porque en una parte de la experticia se afirma que la interventoría dice que ACCIONA cumplió en un 58% más adelante ustedes en la experticia afirman que el cumplimiento en porcentaje de ACCIONA es del 60%, pero en otra parte el dictamen se refieren a una concurrencia en retrasos del 7.28%, podrían ustedes ingenieros explicarle a este panel arbitral ¿cuál es la razón de esas diferencias en primer lugar y en segundo lugar cuál es el porcentaje exacto de cumplimiento que ustedes como expertos le atribuyen ACCIONA AGUA en estos trabajos por favor?*

*DR. GAMBOA: Entonces yo aprovecho para aclarar la diferencia entre lo que es el análisis de cronograma y lo que es el avance medido por ejecución de actividades, entonces el análisis que nosotros hacemos de cronograma en lo que decía Rubén de la metodología que aplicamos encontramos que había una concurrencia de ciertos días es decir, este análisis que nosotros hacemos de cronograma básicamente lo que busca establecer es si se hubiese llegado a una negociación de una ampliación de plazo el análisis de cronograma debería concluir que el constructor debería tener un derecho a extensión de 728 días de los cuales no recuerdo la cifra de 53 eran no compensables y el resto eran*

*compensables pero esto es un ejercicio puramente de los días de atraso y de los días en los cuales se podría terminar la obra sí, ya entrando específicamente al avance efectivamente está lo que nosotros decimos y es que el avance era de 60.1% y lo que dice la interventoría era el 58% y ese avance básicamente medido sobre las actividades ejecutadas financieramente dentro del contrato es decir, ahí había actividades de compra, había actividades de suministros, de equipos y demás que no generan tener un avance económico porque están dentro del costo de la obra pero no necesariamente están incluidos dentro del avance físico porque muchas no se habían ejecutado la instalación entonces, no hay una correlación necesariamente en ese avance económico y en ese avance de pago y de trabajo ejecutado con el cronograma que hace referencias a días en los cuales por distintos impactos se debe prorrogar el contrato para su terminación, es decir si uno lo mira la productividad hacia el final del contrato iba a ser muy poca, iba a ser solo trabajo de ejecución porque ya todas las compras estaban realizadas todos los avances iban a ser muy pocos comparado con el avance que se llevaba y se lo había logrado hasta ese momento.*

*DR. PARRA: El Ingeniero Rubén había pedido la palabra ingeniero adelante.*

*DR. PULGAR: Si, simplemente para aclarar que en la ventana 3 nosotros detectamos una concurrencia de 53 días, es decir, que ambas partes construyeron con el retraso de forma simultánea 53 días al dividir esos 53 días entre los 728 días de retraso es que se obtiene el 7.28, 725 perdón, se obtiene el 7.28 días de concurrencia que no tiene nada que ver como el ingeniero aclara que no tiene nada que ver con el avance logrado al momento de la terminación.*

*DR. PARRA: Una pregunta para aclarar de lo que ustedes han dicho, entonces ¿la afirmación que se hace sobre la adquisición de equipos por parte de ACCIONA da lugar a un cumplimiento financiero distinto de un cumplimiento material, hay dos cumplimientos allí que se puedan advertir?*

*DR. GAMBOA. Hay un cumplimiento de avances sí, entonces digamos que nuestro análisis es que lo voy a poner en el primer objetivo de nuestro análisis pericial es establecer números de días de atrasos y ahí es donde se llega lo que le comentábamos anteriormente y a los días de concurrencia y ahí está claro el tema, el segundo o uno de los dos segundo, tercer objetivo de nuestro dictamen era establecer cuál era el avance real que es el que se estableció en 60% y el otro objetivo ya era hacer una cuantificación de los trabajos y de los equipos que se han comprado y los trabajos que se habían ejecutado y no se habían reconocido.*

*DR. PARRA: Pero el porcentaje que ustedes determinan es de 60%*

DR. GAMBOA: *Correcto.*

(...)”.

A partir de lo expuesto por los referidos peritos, el Tribunal encuentra razonable el criterio de medición de avance expuesto por los ingenieros expertos, y dado que su dicho y explicaciones no fueron controvertidos por EMCALI —habida cuenta del desistimiento expreso de su apoderado para ejercer el interrogatorio de contradicción—, para el Tribunal resulta claro que el Contrato alcanzó una altura de ejecución del sesenta punto uno por ciento (60.1%), por lo cual en principio lo enunciado en la pretensión de la Convocante resultaría plausible en su afirmación de que el proyecto no alcanzó la ejecución esperada del 100%.

Sin embargo, el Tribunal debe remontarse a lo ya discurrido ampliamente en anteriores apartados de este laudo arbitral, para recordar que la frustración del objeto contractual estuvo precedida de una concausalidad atribuible a ambas partes de manera concurrencial, en los porcentajes que ya ha señalado el Tribunal. Por dicho motivo, no se abre paso la pretensión de la Convocante, toda vez que de acuerdo con los razonamientos profusamente sustentados en antecedencia, no puede afirmarse que en la inejecución completa del objeto contractual no haya incidido la culpa de la Convocada.

Por lo anterior, el Tribunal no accederá al reconocimiento de la pretensión 1.20, y reconocerá parcialmente probada la Excepción No. 7 propuesta por EMCALI en su escrito de contestación a la Demanda Reformada.

### **1.16. Pretensión sobre la no entrega del 100% del proyecto por causas que no le son imputables**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La Convocante solicita en la pretensión 1.21 de su Demanda Reformada que se declare que debido a que ACCIONA se vio obligada a realizar actualizaciones, reajustes, modificaciones, complementaciones y adiciones a los diseños del

proyecto que constituía el objeto del Contrato, debió incluir en el presupuesto del proyecto nuevos Análisis de Precios Unitarios (APU).

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada se opuso a la pretensión de la Convocante, habiendo señalado en sus alegatos de conclusión que *“en vista que todo lo que alega la Convocante, corresponde revisar lo atinente a los presuntos nuevos Análisis de Precios Unitarios que supuestamente debió incluir en el presupuesto del proyecto, sin embargo **dentro de su alegación no probó y no se encuentra el sustento o constancia de esta situación (...)**”*.

#### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

De acuerdo con lo reproducido por la Convocada en su escrito de alegatos de conclusión, en el cual transcribió el del Informe de Interventoría elaborado por IDOM, se evidencia en los numerales 8.12 y 8.13 un apartado idéntico en ambos de ellos, que reza:

*“Sin excepción, **todas las actividades nuevas no consideradas en la ingeniería entregada por EMCALI al Contratista requirieron la elaboración y negociación de nuevos Análisis de Precios Unitarios (APU) entre ACCIONA e IDOM**”<sup>141</sup> (Se destaca)*

Así las cosas, no resulta necesario formular mayores disertaciones de orden jurídico para tener por acreditado lo solicitado por la Convocante en su pretensión, razón por la cual accederá a su reconocimiento. Dado que la Convocada no enderezó ninguna excepción para controvertir esta pretensión, no procede formular ninguna mención adicional al respecto.

### **1.17. Pretensiones sobre la no suscripción del Otrosí No. 2 y el Acuerdo de Transacción**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

---

<sup>141</sup> Páginas 104 y 110 de los alegatos de conclusión



En sus Pretensiones principales 1.22 y 1.23. ACCIONA, solicita, en su orden, que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE-ESP incumplió el Contrato 300-GAA-CO-1250-2017 al no suscribir el otrosí No. 2 que pretendía prorrogar el plazo contractual y reconocer actividades ejecutadas por ACCIONA obrando así en contra del principio de buena fe contractual.

En los hechos relacionados en el escrito de demanda, numeral “XII. PROYECTOS DE OTROSÍ No. 2 AL CONTRATO”, la Convocante señala que la prórroga del contrato se discutió desde el inicio de la ejecución contractual toda vez que, desde los primeros meses, EMCALI propuso una reformulación del contrato que afectaba gran número de ítems como consta en las comunicaciones de la Interventoría 2018-21382-0118AC y 2018-21382-0151-AC del 9 y 19 de julio de 2018, respectivamente y, que sólo hasta el 5 de septiembre de 2018, EMCALI manifestó la no conveniencia de seguir con la reformulación, entre otras razones, por el posible desequilibrio económico. (Hechos 322 a 324)

Que, desestimada la reformulación del Contrato, se acordó suscribir un Otrosí para formalizar la eliminación de una serie de ítems que habían sido ejecutados por EMCALI antes de la firma del Contrato, y para la adición de otros necesarios para su ejecución; otrosí que ya ha sido relatado, se firmó el 7 de junio de 2019. (Hechos 325 y 326)

Hace referencia a que durante los primeros meses de ejecución del Contrato, la interventoría no aprobó ninguna hoja de datos de los equipos que proponía ACCIONA, argumentando la obligatoriedad de marcas determinadas, lo que contradecía las especificaciones técnicas, lo señalado por EMCALI en la etapa precontractual y las normas del proceso de selección. Cita al efecto el numeral 1.02 de la Sección 1010- Alcance y Requerimientos Generales, así como la respuesta dada por EMCALI durante la etapa de observaciones al proceso de selección, Respuesta EMCALI No. 236, afirmando que con base en lo señalado por EMCALI, atendió requerimientos de subsanación durante el proceso de selección indicando que si bien se presentaban fichas técnicas de los ítems contractuales, las mismas podían modificarse durante la elaboración de la ingeniería de detalle. (Hechos 327 a 333)

Señala que sólo hasta el 8 de octubre de 2018 EMCALI, en reunión con el Gerente de Acueducto y Alcantarillado, los Supervisores, el Interventor y a través de funcionarias de la Secretaría General, resolvió que en cuanto a los equipos se debían exigir las Especificaciones Técnicas y no las marcas y, que hasta ese momento muchos equipos no contaban con la aprobación del interventor lo que impidió la compra y fabricación. Además, que la mayoría de los equipos electromecánicos tuvieron que ajustarse durante la etapa de ingeniería de detalle, acorde con la realidad de la PTAR-C, razón por la cual ACCIONA remitió diversas solicitudes de aclaración a la Interventoría, que demoraron mucho tiempo en responderlas. (Hechos 334 al 336)

Que el 24 de octubre de 2018, mediante comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-IDO-0177 (prueba 1.18 de la reforma de la demanda) ACCIONA manifestó a EMCALI y a la Interventoría que las afectaciones antes señaladas, tenían incidencia en el plazo contractual, tal y como aparecía en el “Cronograma de Trabajo Afectado” que anexó, lo que justificaba un atraso del 9.24% *“provocado por EMCALI y la Interventoría”*. Así mismo, remitió comunicaciones mensuales sobre el control de avances junto con el cronograma contractual afectado (prueba 1.75 de la reforma de la demanda) y, en la comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-IDO-0549 del 6 de agosto de 2019, presentó una reprogramación que evidenciaba la necesidad de una prórroga hasta el 23 de agosto de 2021. (Hechos 337 y 338)

Que, en el año 2019, ante la evidencia de la necesidad de prorrogar el contrato, tuvieron más de diez reuniones con el Gerente de Acueducto y Alcantarillado, los supervisores y el interventor y se dio un cruce de correos electrónicos, entre ACCIONA, IDOM y EMCALI, (prueba 1.77 de la reforma de la demanda), en virtud de los cuales se acordaron los APU’S a adicionar como parte del Otrosí 2, *“y que finalmente, por desidia de EMCALI nunca se pagaron a Acciona Agua”*. En una de esas reuniones se requirió a Acciona, presentar un cronograma *“en (Sic) base a unos alcances concretos definidos por la Interventoría y EMCALI con el propósito de concluir las obras al 30 de diciembre de 2020”*, el cual fue entregado por ACCIONA, vía correo electrónico el 15 de noviembre de 2019. (Hechos 339, 340 y 341)

El 6 de noviembre de 2019, con comunicación 2019-21382-0797-EM, la interventoría presentó sustentación y justificación del Otrosí No. 2, las actividades que debían incorporarse, los cuadros de cantidades y el proyecto de Otrosí a suscribirse entre las partes. IDOM, mediante comunicación 2019-21382-0782-AC, dio traslado a Acciona del consecutivo de EMCALI en el que el Gerente de Unidad Estratégica de Negocio, comunicaba al director de la Interventoría que *“había determinado **conceder** la prórroga del contrato No. 300GAA-CO-1260-2017 hasta el 30 de diciembre de 2020 y que, como consecuencia de la reunión sostenida el 23 de octubre de 2019. EMCALI había tomado la determinación de no iniciar procesos sancionatorios, sino la concertación del Otrosí que permitiera la terminación de la obra...”*, lo cual, afirma, consta en el Acta de Seguimiento Gerencial No. 7 del 23 de octubre de 2019. Para el mes de diciembre tenían el documento de prórroga del contrato muy avanzado, el que se denominó Otrosí 2 que estuvo a punto de firmarse. (Hechos 342,343 y 344).

En enero de 2020, sostuvieron diferentes reuniones y el día 17, la Interventoría en comunicación 2020-21382-0838-EM, sustentó nuevamente el Otrosí 2, *“teniendo en cuenta lo acordado en las reuniones conjuntas de revisión realizadas el 14-Ene-2020 y el 17-Ene-2020.* (Hechos 345 y 346)

El 28 de febrero de 2020, suscribieron acta de suspensión del contrato No. 1, la cual se extendió entre el 2 y el 25 de marzo de 2020, con el propósito de firmar los acuerdos que permitieran dar continuidad a la ejecución del contrato, manteniendo reuniones para buscar las alternativas para dicho efecto. (Hecho 347 y 348)

El 9 de marzo de 2020, ACCIONA entregó el plan de trabajo y el cronograma para la ejecución del contrato hasta el 31 de diciembre de 2020 (Comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0851). (Hecho 349).

La finalidad del Acta de Suspensión No. 1 no se cumplió toda vez que a pesar de contar con la programación, el cronograma de trabajo y el documento que formalizaba la prórroga, EMCALI alegó no poder hacerlo porque no tenía Interventoría por lo que primero debía prorrogar ese contrato. (Hecho 350)

Ante la urgencia de prorrogar el contrato y los efectos de no optimizar la PTAR, Acciona dejó claramente establecido que la responsabilidad ante una intempestiva terminación del Contrato, era imputable única y exclusivamente a EMCALI (comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0856 del 27 de marzo de 2020). (Hecho 351)

Con posterioridad al 25 de marzo de 2020, se suscribieron dos suspensiones adicionales, la última hasta el 29 de abril de 2020. El 16 de abril de 2020, ACCIONA presentó nuevamente el cronograma y el plan de trabajo actualizados. Afirma que durante las suspensiones era claro que el contrato debía prorrogarse, incluso, para reconocerle a ésta los mayores costos por extensión del plazo contractual. La necesidad de la prórroga se justificaba en: (i) los incumplimientos de la interventoría y de EMCALI, de sus obligaciones, modificación de especificaciones técnicas, retrasos en la entrega de estructuras, aprobación de procedimientos etc.; y, (ii) que la PTAR requería intervenciones completamente diferentes a las planeadas inicialmente. (Hecho 352 a 355)

EMCALI se acogió a las medidas de aislamiento por COVID 19, por lo que se debió extender la suspensión. ACCIONA, dada su preocupación por la ejecución del contrato, puso como requisito para que la suspensión fuera efectiva, que durante este tiempo continuaran las mesas de trabajo conjuntas para llegar a un acuerdo sobre la firma del Otrosí de ampliación del contrato; durante esta etapa se produjeron borradores de Otrosí, ampliando el plazo hasta el 30 de diciembre de 2020, acordaron: (i) cronograma de ejecución de obras con el nuevo plazo; (ii) las actividades que se ejecutarían y las que no, teniendo en cuenta el plazo y el presupuesto y, (iii) respecto de los sobrecostos EMCALI consideró que no tenía obligación de pagarlos y Acciona dejó como salvedad que los reclamaría.

Las partes acordaron reanudar la ejecución del contrato el 21 de abril de 2020, sin embargo, este compromiso tuvo que postergarse debido a que EMCALI advirtió que el contrato con la Interventoría había vencido y se estaba gestionando la nueva contratación, lo que estaba programado para el 2 de mayo de 2020, pero esta no fue contratada y el Otrosí tampoco pudo firmarse poniendo en riesgo la ejecución de las obras de la PTAR. La razón por la cual no se firmó el Otrosí fue porque

ACCIONA decidió incluir salvedades para poder reclamar judicialmente los sobre costos y mayores valores que se causaran ya que jurisprudencialmente se ha establecido que deben quedar en los documentos contractuales, no hacerlo, generaba que sustancialmente no se estudiara en sede judicial su reclamación. (Hechos 357 a 364)

ACCIONA actuó de buena fe en el desarrollo del contrato y particularmente, en la negociación del Otrosí No. 2, a tal punto que tuvo la voluntad de suscribirlo sin los reconocimientos económicos, con el único requisito de que se le permitiera reclamarlos ante el juez del contrato. Anota que en la firma del Otrosí No. 1, EMCALI sí permitió dejar la salvedad de reclamación judicial lo que no permitió “*de forma arbitraria e injusta*” la nueva administración. EMCALI prefirió no discutir el tema de los sobre costos, ni siquiera en sede judicial, pretendió que el contratista ejecutara las prestaciones del contrato a pérdida sin que se respetara el equilibrio económico del contrato. De la negociación del Otrosí N°2 quedó evidencia desde noviembre de 2019, no se suscribió por causas imputables exclusivamente a EMCALI que durante todo este tiempo “*dio la confianza de que el Contrato se iba a prorrogar, pero al final, y sin justificación alguna, declinó*”. (Hechos 365 a 370)

La ejecución del contrato se reanudó el 29 de abril de 2020 y el plazo contractual venció el 5 de mayo de 2020. (Hecho 371)

Con base en los anteriores hechos, formula las siguientes pretensiones:

*“1.22. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE-ESP incumplió con su deber de buena fe en la ejecución del contrato N° 300-GAA-CO-1250-2017, teniendo en cuenta que, sabiendo de la necesidad y urgencia de suscribir un Otrosí No 2 con el fin de prorrogar el plazo y reconocer las actividades ejecutadas por Acciona Agua SAU-Sucursal Colombia, no lo hizo, poniendo en grave riesgo la sostenibilidad, integridad y estabilidad de la PTAR de Cañaveralejo, y causando perjuicios a Acciona Agua SAU-Sucursal Colombia.”*

*“1.23. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE-ESP vulneró el principio de la buena fe teniendo en cuenta que, durante la negociación del Otrosí No 2, dio absoluta confianza a Acciona Agua SAU-Sucursal Colombia de que el mismo se iba a suscribir y, al final, traicionó esa confianza en perjuicio del proyecto y de Acciona Agua SAU- Sucursal Colombia.”*

En los alegatos de conclusión se refirió a las “*Pretensiones sobre la Mala Fe de EMCALI*”, afirmando que el comportamiento de mala fe por parte de la Convocada

afecta, no sólo los legítimos intereses de ACCIONA, sino que puso en grave peligro a la PTAR-C. Que a pesar de haber sido aprobado, EMCALI no suscribió el Otrosí N° 2 que tenía como fin “...la inclusión de nuevos ítems contractuales que ya habían sido ejecutados por Acciona Agua y la prórroga del plazo del contrato hasta el 30 de diciembre de 2020, con el fin de solucionar los incumplimientos en que incurrió EMCALI”. Señala que en comunicación 3000868012019, EMCALI indicó que iba a firmar el Otrosí N° 2 y lo hizo en señal de buena fe ya que ésta había requerido la ejecución de actividades adicionales y necesitaba conocer la suerte de los procesos sancionatorios por lo que dice: que va a firmar el otrosí y que no se van a iniciar procesos sancionatorios en contra de ACCIONA.

Reitera que en diciembre de 2019 ya estaba convenido el citado Otrosí pero que al ingresar una nueva administración, tuvieron que volver a negociar los acuerdos alcanzados, que desde la primera versión constaba una salvedad, que el documento no constituía transacción y por ende, ambas partes conservaban el derecho a demandar.

Se refiere nuevamente a las suspensiones del contrato y su finalidad. Itera que el otrosí 2 no se firmó porque Acciona decidió, como es su derecho, incluir salvedades para poder reclamar judicialmente los sobrecostos y mayores valores que se causaran, hace referencia a las versiones de Otrosí No. 2 del 27 y 29 de abril de 2020.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

En el escrito de contestación a la Demanda Reformada, el apoderado de la Convocada, frente a este punto, afirma que los hechos 322 a 325, no son ciertos ateniéndose a lo que se encuentre en el expediente y resulte probado. Respecto del 325, reconoce que se suscribió el Otrosí No. 1, al cual se atiene en los términos contemplados en su contenido.

Al hecho 326, indica ser parcialmente cierto, reafirmandose en la suscripción del Otrosí No. 1. Al hecho 327, afirma no ser cierto ateniéndose a lo que resulte probado. Al 328, argumenta no ser un hecho sino un ejercicio argumentativo de la

Convocante. Al 329, lo considera parcialmente cierto, en los términos de lo contenido en la sección 1010-Alcance y requerimientos generales, la cual transcribe, para afirmar finalmente atenerse a lo que se pruebe.

Respecto del hecho 330, sostiene que no es cierto ya que en la etapa de observaciones no se le preguntó a EMCALI *“sobre la posibilidad de ajustar las especificaciones técnicas durante el desarrollo del contrato”* como lo afirma el Convocante, que la verdadera observación 236, consistió en preguntar: *“si se debe entregar junto con la propuesta las especificaciones técnicas”*, transcribiendo textual dicha pregunta en los anteriores términos, a lo que EMCALI respondió: *“EMCALI deberá contar como mínimo con las FICHAS TÉCNICAS DE LOS EQUIPOS CON LOS CUALES EL OFERENTE HACE SU PROPUESTA y en el desarrollo de la ingeniería de detalle se presentarán las especificaciones definitivas. (Fuente: Dirección de Aguas Residuales- Gerencia de Acueducto y Alcantarillado)”* Igualmente, afirma, se atiene a lo que se encuentre debidamente probado en el curso del proceso.

Al hecho 331, considera que no es cierto porque ACCIONA partió de una interpretación errónea de la respuesta dada por EMCALI relacionada en el hecho anterior, ya que la pregunta no era la que ACCIONA señaló sino lo ya aclarado. Del mismo modo, señala atenerse a lo que se pruebe.

Al hecho 332, afirma ser parcialmente cierto en los términos y la integralidad de la comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-IDO-0083 del 9 de julio de 2019. Sin embargo, se atiene a lo que se pruebe.

Al hecho 333, señala no ser un hecho sino una apreciación subjetiva, por lo tanto, se atiene a lo que se pruebe. Al 334, sostiene es un hecho no probado, por cuanto la Convocante no indica con precisión el documento o prueba de su afirmación, por lo que se atiene a lo que se pruebe. Al 335, afirma no ser cierto toda vez que la Convocante aportó equipos no ofertados, faltando al principio de buena fe al asegurar que conocía todas las especificaciones técnicas del contrato. Se atiene a lo que resulte probado. Al 336, considera que es un hecho no probado por cuanto la Convocante no indica con precisión cuáles fueron las solicitudes de aclaración a la interventoría ni que la respuesta haya tardado mucho tiempo, se atiene a lo que

se pruebe. Al 337, afirma que no es cierto por lo que se atiene a lo que se pruebe.

Los hechos 338 y 339, estima son parcialmente ciertos; el 340, que es un hecho no probado; el 341, no le consta a su representada; el 342 parcialmente cierto; el 343, parcialmente cierto en los precisos términos de la comunicación No. 2019-21382-0782-AC; los 344 y 345, que son hechos no probados; el 346, ser parcialmente cierto; el 347 que es un hecho no probado; el 348, hecho no probado toda vez que la Convocante no se refiere a los documentos soporte o que prueban su dicho. En todo caso, frente a los anteriores hechos, se atiene a lo que conste y se pruebe en el proceso.

Al hecho 349, señala ser parcialmente cierto, de conformidad con la comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0851 del 9 de marzo de 2020; al 350, que no constituye un hecho sino argumentaciones y apreciaciones subjetivas; el 351, es parcialmente cierto, en el entendido que ACCIONA en comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0856 del 27 de marzo de 2020 consignó un capítulo denominado *“La no firma del Acta de suspensión, así como la no prorroga [sic] del Contrato, serán hechos imputables única y exclusivamente a EMCALI”*, lo que estima son consideraciones subjetivas de la Convocante que carecen de respaldo; frente a los hechos 352 y 353, afirma, no le constan a su representada; el 354, lo considera no probado porque la Convocante no indica con precisión los soportes o documentos que sustentan su afirmación. En todo caso, frente a los anteriores hechos, se atiene a lo que conste y se pruebe en el proceso.

Al hecho 355, sostiene que no es un hecho sino argumentaciones sin fundamento de la Convocada, por lo que solicita al Tribunal no considerarlo; al 356, considera es una mera apreciación de la Convocante; los hechos 357 a 361, los considera no probados; frente al 362 afirma no ser un hecho sino una apreciación subjetiva de la Convocante. En todo caso, frente a los anteriores hechos, se atiene a lo que conste y se pruebe en el proceso.

Respecto del hecho 363, estima que no es cierto, que es contrario a la lógica toda vez que ya se había firmado el Otrosí 1 donde se aceptó dicha disposición, invoca como argumento lo señalado en la comunicación del 26 de marzo de 2020, que



transcribe, en la que EMCALI explica a la Convocante por qué no era procedente firmar el Otrosí N°2; continua afirmando: “... *La principal razón de la no suscripción fue el mutuo desacuerdo, aunado con la emergencia sanitaria que se vivía con ocasión de la Pandemia del Covid-19. Esta es una muestra de mala fe con la que actuó la Convocante.*”

En cuanto a los hechos 364 y 365 considera que no son hechos sino apreciaciones subjetivas de la Convocante. A los hechos 366 y 367, considera no ser ciertos, reiterando lo contestado frente al hecho 363.

En relación con el hecho 369, que considera no ser cierto, argumenta que las negociaciones se extendieron por la complejidad de los ítems faltantes por ejecutar y ajustar, no por lo que preceptúa la Convocante, además que parte de lo señalado por la Convocante son apreciaciones subjetivas, ateniéndose finalmente a lo que se pruebe. El 370, señala que no es cierto, reiterando lo dicho frente al 363, ateniéndose a lo que resulte probado. Al 371, afirma que es una mera apreciación subjetiva ateniéndose a lo que resulte probado.

En sus alegatos de conclusión, la Convocada señala: “*Sobre el principio de buena fe objetiva y su debido cumplimiento por parte de EMCALI en relación con el proyecto de Otrosí No. 2*” que, teniendo en cuenta que en las pretensiones 1.22. y 1.23, se alega incumplimiento del principio de buena fe, las aborda conjuntamente manifestando que no están llamadas a prosperar toda vez que las razones por las cuales EMCALI no suscribió el Otrosí No. 2, obedecieron a motivos de interés general, en beneficio de la entidad y del proyecto y que quien si evidenció una conducta contraria al principio de buena fe objetiva fue ACCIONA.

Aduce que la suscripción de otrosíes no es una obligación legal ni contractual y que una entidad como EMCALI debe analizar este tipo de negocios en función del interés general ya que, conforme a su manual de contratación, su actividad contractual se encuentra sometida a los principios de la función pública consagrados en el artículo 229 de la Constitución política.

Recuerda las razones por las que EMCALI decidió no suscribir el proyecto de Otrosí

2 y que constan en comunicación del 6 de mayo de 2020, prueba aportada con la contestación de la demanda. Exp. 15 Págs. 2 a 4., en las que se consigna que el 27 de abril de 2020, EMCALI remitió a ACCIONA, el proyecto de Otrosí para su estudio y que el 29 de abril, ACCIONA envió la propuesta de Otrosí que estarían en condiciones de firmar.

Frente a la anterior propuesta, EMCALI evidenció: (i) desacuerdos sin punto de partida entre las partes respecto del registro de salvedades y (ii) que constató que ACCIONA había introducido notorios cambios al proyecto, destacando que, “*La fabricación, transporte e instalación de los equipos se ha visto notablemente afectada por la pandemia mundial del COVID 19. El efecto de la pandemia persiste en estos momentos por lo que no es posible valorar ahora el impacto de la misma en el plazo de los trabajos. El cronograma de trabajos deberá ajustarse una vez desaparezcan totalmente sus efectos*”. Señala que para EMCALI, es de extrañar, toda vez que en muchas formas se le reiteró a Acciona acerca de la complejidad logística para el cumplimiento del cronograma en la forma acordada. Más adelante se afirma:

*“... Acciona desnaturaliza el alcance logrado en discusiones respecto del contenido del párrafo único de la cláusula primera del proyecto de Otrosí No. 2, estableciendo en subrayado y en negrilla lo siguiente:*

**Cláusula Primera:** *Prorrogar el plazo del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, hasta el 30 de diciembre de 2020, inclusive. **Parágrafo: Teniendo en cuenta la emergencia sanitaria actual y la imprevisibilidad de sus efectos y consecuencias, las cuales están siendo analizadas a nivel global, las partes acuerdan que el cronograma sea dinámico, en virtud de lo cual, podrá ser actualizado por el Contratista en el momento que lo considere oportuno y necesario para el desarrollo del proyecto,** EMCALI se encargará de su revisión y validación en un plazo máximo de diez (10) días.”*

*“El desacuerdo en las salvedades y lo que hemos llamado con justa razón imposición de Acciona a condiciones la ejecución del contrato en la forma que lo ha hecho, sin desconocer que registra acertadamente la imposibilidad para las partes de asegurar vía cronograma la ejecución del contrato en el plazo propuesto, lo cual es determinante para que el Otrosí No. 2, fuere viable su suscripción, sin olvidar como lo hemos manifestado en una parte anterior que no ejecutar el ACADA y SGD, SISTEMA CONTRA - INCENDIOS Y MOTOGENERADORES, le restan razón de ser al contrato y al otrosí No. 2...”*

Aduce que el Secretario General de EMCALI durante su declaración, manifestó otras razones adicionales al señalar que el proyecto de otrosí que se venía discutiendo con la anterior administración y que ellos retomaron, “*...implicaba una cantidad de concesiones al contratista sin contrapartida beneficiosa para la entidad o sea concretamente implicaban otorgarles un otorgamiento (Sic) del plazo, reconocerles dinero por*

*mayor permanencia y cuestiones imprevistas, pero sobre todo porque teníamos la advertencia técnica de que el plan de trabajo no era ejecutable porque el plan de trabajo para ser ejecutable requería parar el funcionamiento de la planta completamente por más de 30 o 45 días, entonces eso sumado al contexto a los antecedentes de retraso e incumplimiento entre (Sic) el contratista pues nos hizo razonar que no era prudente acceder a las pretensiones de alargamiento del contrato con las condiciones que imponía el contratista.”*

Y más adelante, dijo: “... creo que eran tres meses más que inicialmente iban a necesitar para ejecutar no la totalidad de las obras inicialmente contratadas, sino una parte que permitiera mantener esa planta en operación disminuyendo un poco el nivel de estrés en el que esa planta actualmente tiene que funcionar ...”

Preguntado sobre lo que les había sido informado por la parte técnica respecto de las alternativas que existían, manifestó: “... las alternativas eran no ejecutar la totalidad de lo convenido en el contrato, resignarse a hacer las intervenciones más inmediatas, renunciar a una cantidad de operaciones técnicas que garantizaban reforzamientos y aspectos de estabilidad de la obra y el funcionamiento de la planta a las que habría que haber renunciado y hacer una intervención parcial que si no garantizaba la optimización que era lo que se había contratado si garantizara el funcionamiento de la planta con menos estrés...”.

Concluye el apoderado de la Convocada que con las modificaciones allegadas por Acciona en el proyecto de Otrosí No. 2 pretendía imponer una modificación del plazo de tal manera que no se tuviese certeza de la evolución y progreso del proyecto lo que iba en contravía con las exigencias de la Nación, que financiaba el contrato. Señala que quien si violó el principio de la buena fe objetiva fue Acciona y para sustentar lo dicho, hace referencia al concepto de buena fe objetiva partiendo de lo dispuesto en el artículo 871 del Código de Comercio.

De otra parte, vale la pena resaltar que el concepto del agente del Ministerio Público, se refirió al tema al señalar: “Una muestra de esa falta del estudio de ingeniería de detalle es sin lugar a dudas que desde que se suscribió el acta de inicio del contrato, febrero 4 de 2018, se inicio una fase de mesas de trabajo negociaciones entre las partes con la participación de la interventoría, ello tendiente a propender por una reformulación del objeto contractual, que si bien finalmente no se culminó satisfactoriamente, si permite colegir que las condiciones contractuales sobre las cuales se había realizado el proceso de selección

y que había permitido presentar la propuesta seleccionada, no contaban con la claridad y el detalle requerido.

*“Esa pretendida reformulación del contrato, que ante su fracaso retomo parte de la discusión para condensarla en el otro sí No. 01, no fue producto de algunos tiempos cortos, en absoluto dado que más de un semestre fue dedicado a estos menesteres, sin que la necesidad de los ajustes fuesen el punto de distanciamiento finalmente, sino factores tales como la extensión del plazo del contrato y el componente de desequilibrio contractual...”*

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

De las pruebas aportadas y practicadas dentro de este proceso arbitral resulta evidente que desde el año 2019, entre las Partes se adelantaron negociaciones tendientes a la celebración del Otrosí No. 2 al Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.

Lo anterior consta, entre otros, en: (i) el cruce de correos electrónicos, entre ACCIONA, IDOM y EMCALI, (prueba 1.77 de la reforma de la demanda), los que dan cuenta de que entre las partes existió una negociación, así como un intercambio de elementos técnicos, con apoyo y visto bueno de la interventoría, respecto de lo que debía contener el Otrosí No. 2; (ii) la comunicación 2019-21382-0782-AC en la que EMCALI, manifiesta su visto bueno para prorrogar el contrato hasta el 30 de diciembre de 2020, y la elaboración del Otrosí No. 2. Señala expresamente que fruto *“(...) de la reunión sostenida el 23 de octubre de 2019, EMCALI tomó la determinación de no iniciar procesos sancionatorios por los retrasos presentados a la fecha, sino la concertación del Otrosí que posibilita la terminación de la obra y el cual contendrá reglas claras de apremio que permitan sancionar de ahora en adelante los incumplimientos que se llegaron a presentar”*; y, (iii) Comunicación 2020-21382-0838-EM, en la que IDOM justifica de manera técnica a EMCALI las razones por las cuales debe aprobarse el Otrosí No. 2, los ítems nuevos que deben ser incluidos, y envía una minuta de éste.

Ahora bien, en los alegatos de conclusión el apoderado de la Convocada hace referencia a las razones por las que EMCALI decidió no suscribir el proyecto de Otrosí 2, y que constan en comunicación del 6 de mayo de 2020, prueba aportada

con la contestación de la demanda, en la que se consigna que el 27 de abril de 2020 EMCALI remitió a ACCIONA el proyecto de otrosí para su estudio, y que el 29 de abril ésta envió la propuesta de otrosí que estarían en condiciones de firmar, frente a la cual había desacuerdos.

Si se tiene en cuenta que el plazo del contrato venció el 5 de mayo de 2020, se concluye con facilidad que la citada comunicación se emitió una vez expirado el plazo y que, por lo tanto, las negociaciones para la celebración del Otrosí No. 2 se adelantaron hasta el último momento de vigencia del término para la ejecución contractual.

El artículo 83 de la Constitución Política consagra el principio de buena fe, en los siguientes términos:

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

El Consejo de Estado, en concepto de fecha 17 de abril de 1996<sup>142</sup> precisó el alcance de esta disposición así:

*“... El artículo 83 de la Constitución parte de un supuesto de carácter objetivo muy preciso: cuando en la vida nacional se cumplan actuaciones de los particulares o de las autoridades públicas todas estas personas deben ceñirse a "los postulados de la buena fe" con lo que se quiere significar que quienes así actúen deben acogerse a proposiciones "cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesario para servir de base en ulteriores razonamientos". Realmente son supuestos que se establecen para fundar una demostración.*

*Tal normatividad consagra, en primer término, un deber para toda persona: ceñirse a los postulados de la buena fe; es un imperativo categórico que se proyecta en dos maneras: por los particulares cuando actúan frente al Estado, o por este cuando en ejercicio de la función pública, desarrolla su propia actividad frente a los particulares.*

*En tal orden de ideas es menester establecer diferenciación entre la idea abstracta y escueta de buena fe y el principio general del derecho que lo contempla. La buena fe a secas obedece a un concepto incluido en normas jurídicas tendientes a precisar supuestos de hecho en casos particulares. Pero el principio general del derecho engendra una apreciación jurídica de contenido más amplio tendiente a que toda persona que en razón de su actividad ejecute actos jurídicos lo haga*

---

<sup>142</sup> Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. Diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación número 811-1996

*motivado por una actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa, lo que jurídicamente implica la honradez de toda relación jurídica manifestada en su doble dirección: el ejercicio del derecho de buena fe o el cumplimiento de la prestación derivada de la obligación que la causa, lo que debe también ejecutarse de buena fe.”*

Asimismo, la Corte Constitucional en sentencia C-1194/08<sup>143</sup> señala sobre el principio de la buena fe lo siguiente:

*“La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.<sup>[5]</sup>*

*En este orden de ideas la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*

En el derecho contractual, la expresión “buena fe”, tradicionalmente ha cumplido dos funciones principales:

*“La primera: sirve para que la jurisprudencia incluya obligaciones adicionales en los contratos, más allá del texto escrito -como ha sido el caso de las obligaciones de seguridad y de información y consejo-*

*La segunda: se usa como regla de segundo nivel que le permite al juez evaluar si un contratante, en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus prerrogativas contractuales, procedió de manera prudente y justificada. Se trata, entonces, de una suerte de control moral que hace el juez respecto de las actuaciones de los contratantes.*

*Por último, la jurisprudencia le ha dado también un alcance como criterio interpretativo. En este orden de ideas, “dentro de las normas interpretativas se alude a la buena fe objetiva, entendida como la corrección negocial que le impone al intérprete investigar el significado del contrato que sea congruente con la confianza recíproca que tuvieron las partes al realizar el negocio, lo que presupone en ellas un comportamiento leal y correcto, conforme a la racionalidad, cuestión que vincula de modo inseparable a los usos, en tanto estos representan las expectativas legítimas, ordinarias y, por ende, objetivas, que las partes de un contrato pueden tener en un momento dado, conforme al mercado específico de que se trate”<sup>144</sup>.*

La Corte Constitucional en Sentencia C-865 de 2004, sobre la materia, manifestó:

*“(…) la buena fe envuelve la rendición de las partes a la palabra obligada dentro de los compromisos celebrados y se entiende comprendida, como parte integral e inescindible de la relación jurídica, establecida entre las partes”*

*Por otra parte, encuentra este panel que en sede arbitral<sup>145</sup>, se estableció que el*

---

<sup>143</sup> C.C. Sentencia C-1194/08. Expediente D 7379. M.P: Dr. Rodrigo Escobar Gil

<sup>144</sup> Franco Victoria, Diego. *Interpretación de los contratos civiles y estatales*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 169-170.

<sup>145</sup> Laudo de fecha 23 de noviembre de 2020. Ecopetrol Vs Chevron Petroleum Company Sucursal Coloombia. Expediente 15568

correcto cumplimiento del principio de buena fe contractual, va ligado también al de no ir en contra de los actos propios, en efecto dijo el citado laudo:

(...) “2.11.2.23.- Al fin de cuentas, la doctrina de los actos propios, entre otras denominaciones y manifestaciones, predicable de las entidades públicas y privadas, se reitera, al igual que de los particulares, en general, así como del universo procesal, persigue la evitación de contradicciones emergentes del cambio inequívoco de actitudes o de posiciones que, por sus connotaciones e incidencia, válidamente pudieron suscitar confianza legítima y razonable en cabeza de un sujeto determinado que, a posteriori, deviene sorprendido por tan inesperada mutación comportamental o argumentativa, según fuere el caso. Bien se ha manifestado, en desarrollo del conocido principio de no contradicción, que ‘una cosa no puede ser y no ser a la vez’.

En últimas, lo que se pretende entonces evitar es que irrumpa una contradicción con implicaciones jurídicas (trascendente), habida cuenta que, per se, ella no surge por generación espontánea, puesto que como se ha resaltado por la doctrina especializada, “La contradicción necesita una acción”<sup>146</sup>.

Es por ello que la Corte Suprema de Justicia, entre numerosos pronunciamientos, ha señalado que, “... referir a la doctrina de los actos propios, es reclamar la exigencia de un comportamiento coherente; de ahí que, la concreción de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permite precisar si lo cumplido estaba en la misma línea de lo que, otrora, se ejecutó. Realizado este ejercicio, si lo acaecido no correspondió a lo que en el pasado inmediato tuvo lugar; si no hay puentes comunicantes entre una y otra conducta que la mantenga en su esencia, significa que el acto propio no fue respetado y, contrariamente, el proceder desplegado contradijo su inmediato antecedente, esto es, vulneró el principio analizado ...”.

“Cumple resaltar que el objetivo último [de la doctrina]...; el fin, esencial, por lo demás, es evitar que con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente”<sup>147</sup>.

2.11.2.24.- En el ámbito administrativo, con toda precisión y pertinencia, el Consejo de Estado, en torno a la vigencia de la ‘doctrina de los actos propios’, ha establecido que, “Al respecto, debe observarse que el principio de la buena fe implica un deber de comportamiento que incorpora el respeto al acto propio, el cual inadmite un comportamiento que pese a su licitud resulta contradictorio con la primera conducta realizada. Por ello no se puede ir contra los actos propios. Se trata entonces, de una limitación al ejercicio de derechos que podrían ser ejercidos lícitamente pero, en las circunstancias concretas del caso resultan una extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, el Consejo de Estado ha sostenido que la doctrina de los actos propios “consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever” y mediante cita de la jurisprudencia española sostuvo: “La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel

---

<sup>146</sup> Dimitri Houtcieff. *Le principe de cohérence en la matière contractuelle*, T. II, Presses Universitaires D’Aix Marseille, 2001, p. 759.

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de enero de 2001.

acto: y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 17 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos'. Por su parte, la Corte constitucional ha señalado: La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción. El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el venire contra factum proprium, según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos"<sup>148</sup>.

De igual manera, el Consejo de Estado, en Sentencia del 13 de agosto de 1992, ya había expresado que, "Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor KARL LARENZ, enseña:

*'El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene mas remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...'* (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

*"La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales, que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Solo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual...".* (Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, considera este Tribunal que las constancias y documentos sobre las negociaciones del Otrosí No. 2, previamente analizados, constituyen material probatorio contundente para la acreditación de circunstancias que dieron lugar a una alteración sobreviniente de la confianza

---

<sup>148</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de Noviembre de 2014.



jurídica razonable y previamente inculcada, razón por la cual encuentra que están llamadas a prosperar las pretensiones 1.22 y 1.23 de la demanda principal reformada, en cuanto a la vulneración del principio de buena fe por parte de la Convocada, y tendrá por no probada la Excepción No. 8 del escrito de contestación a la Demanda Reformada.

Atendiendo a lo anterior, el Tribunal declarará la prosperidad de estas pretensiones.

La parte resolutive del Laudo recogerá la anterior determinación.

- **En relación con la suscripción del acuerdo de transacción**

- a. Posición de la Convocante**

La Convocante solicita en la pretensión 1.24 lo siguiente: *“Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP vulneró el principio de la buena fe teniendo en cuenta que, durante la negociación del Contrato de Transacción que se iba a celebrar en el marco de la Liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, dio absoluta confianza a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia de que el mismo se iba a suscribir, y, al final, traicionó esa confianza en perjuicio del proyecto y de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia”.*

Conforme lo establecido en los hechos relacionados en el escrito de la reforma de la demanda subsanada, numeral *“XIII. HECHOS OCURRIDOS DURANTE LA ETAPA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO”* la Convocante señala que, a partir del día siguiente a la finalización del plazo contractual, ACCIONA manifestó a EMCALI su absoluta disponibilidad y voluntad para llegar a los acuerdos necesarios en el marco de la etapa de liquidación del Contrato. Así mismo, pone de presente que la etapa de liquidación, inicialmente, y de acuerdo con lo establecido en el Contrato, era de seis (6) meses.

Que, durante esa primera etapa de seis (6) meses, comprendida entre el 6 de mayo y el 5 de noviembre de 2020, sólo se produjo una reunión con EMCALI para discutir el contenido del acta de liquidación. Esta reunión se llevó a cabo el 19 de mayo de 2020 en las oficinas de la Gerencia de Acueducto y Alcantarillado de EMCALI. En dicha reunión se acordó celebrar una segunda sesión de trabajo para la liquidación

del Contrato, que se llevaría a cabo el día 3 de junio de 2020, durante la cual estaba previsto hacer un recorrido por la PTAR con los funcionarios designados por EMCALI para verificar el inventario de los equipos acopiados.

Sin embargo, la reunión fue aplazada por EMCALI mediante la remisión de un correo el día 2 de junio, indicando que se informaría oportunamente a ACCIONA de la nueva fecha.

Señala ACCIONA que desde el 2 de junio de 2020 no volvió a recibir comunicación o requerimiento alguno por parte de EMCALI para continuar con el proceso de liquidación, en los términos establecidos en el Manual de Contratación de EMCALI y que ACCIONA, por su parte, realizó las solicitudes y envió la documentación que permitiera el recibo de las obras y la liquidación bilateral del contrato.

Que, los días 26 y 27 de mayo de 2020 se enviaron las comunicaciones CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0867163 y CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0890164, respectivamente, donde se hacía entrega del inventario de equipos adquiridos por ACCIONA dentro del Contrato y que estaban pendientes de ser recibidos por EMCALI durante el periodo contractual. El 12 de junio siguiente, ACCIONA envió correo electrónico manifestando su total y absoluta disponibilidad para realizar las reuniones, mesas de trabajo y seguimientos que fueran necesarios para la liquidación del contrato.

Señala que, ACCIONA le hizo llegar al Gerente General de EMCALI un archivo Excel de propuesta de liquidación. Posteriormente, el 1º de septiembre de 2020, y tras el nombramiento del Dr. Joaquín Pablo Collazos Aldana como Gerente de Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado, ACCIONA le remitió por correo electrónico la propuesta de liquidación que ya había sido presentada el 16 de junio anterior.

Que, el 28 de septiembre de 2020 se produjo una conversación entre el Gerente General de EMCALI, Dr. Juan Diego Flórez, y el Director de Construcción de Colombia de ACCIONA, el Ing. Francisco Flores Fernández, sobre la propuesta de liquidación enviada por ACCIONA el 16 de junio de 2020. Como resultado de dicha

conversación, ACCIONA envió el 29 de septiembre archivo de propuesta de liquidación actualizada. Por lo anterior, el 28 de octubre de 2020, ACCIONA recibió de EMCALI la comunicación 1000580872020165 mediante la cual expresó su voluntad de ampliar el plazo de liquidación del Contrato en un plazo de seis (6) meses.

ACCIONA manifestó a EMCALI que no tenía ningún inconveniente en la ampliación del plazo de liquidación, siempre que el mismo se realizara con miras a lograr acuerdos técnicos y económicos sobre la ejecución del Contrato; sin embargo, aclaró que, si la PTAR se encontraba en riesgo inminente de falla, tal situación no era atribuible a la conducta de ACCIONA.

Conforme al acuerdo dado entre las partes, el 3 de noviembre de 2020 suscribieron un acta con el fin de ampliar el plazo de liquidación bilateral del Contrato por seis (6) meses, hasta el 5 de mayo de 2021. Posterior a la firma de la ampliación del plazo de liquidación, EMCALI informó a ACCIONA que su intención era que, durante ese periodo, se suscribiera un acuerdo de transacción que permitiera, en el marco de lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la ejecución de ciertas actividades prioritarias objeto del Contrato, y que eran necesarias para garantizar la funcionalidad de la PTAR.

El 15 de septiembre de 2020 realizaron una visita de revisión a la PTAR en la cual se estableció que había componentes y elementos que requerían intervención inmediata “.. *para evitar la materialización de una emergencia sanitaria y los consecuentes impactos ambientales*”, tal como así lo expuso el Departamento de Tratamiento de EMCALI a la Gerencia en memorando con consecutivo 3330522502020 del 29 de septiembre de 2020.

Lo anterior fue reiterado en la comunicación con consecutivo 3300571842020 del 23 de octubre de 2020, enviada por la Dirección de Aguas Residuales de EMCALI a la Gerencia General de esa entidad, en la cual se expuso que de manera paralela se había contemplado la posibilidad de realizar obras urgentes para garantizar el funcionamiento normal de la PTAR-C y evitar una situación de emergencia sanitaria e impactos ambientales por los vertimientos de todas las aguas residuales

domésticas de la Ciudad, que irían al río Cauca sin previo tratamiento.

Esta situación fue puesta de presente por la Gerencia de EMCALI a ACCIONA el 28 de octubre de 2020, según consecutivo 1000580872020169, por lo que se empezó a trabajar conjuntamente en la firma de un Acuerdo de Transacción. En tal escenario, se empezó a trabajar con la parte técnica, la jurídica y la financiera, a efectos de lograr tener el documento final de transacción.

Es así como la primera versión del Acuerdo de Transacción se envió por EMCALI a ACCIONA el 5 de noviembre de 2020 y, a partir de allí, se llevaron a cabo reuniones entre las partes los días 11, 12, 13, 16 y 17 de noviembre de 2020, de lo cual resultó el texto que se envió por parte de ACCIONA a EMCALI en comunicación del 17 de diciembre de 2020.

Sin embargo, ACCIONA manifestó que no recibió respuesta alguna de parte de EMCALI sobre la firma del Acuerdo de Transacción por lo que, nuevamente, dejó a salvo su responsabilidad ante la negligencia de parte de la Gerencia de EMCALI, indicando que cualquier urgencia que ocurriera en la PTAR de Cañaveralejo sería de responsabilidad exclusiva de EMCALI.

El 18 de diciembre de 2020, fue enviado el documento de transacción debidamente firmado por ACCIONA a EMCALI, y el mismo nunca fue devuelto a ACCIONA, por lo que la transacción quedó sin vigor. (Comunicación CO05C1-DP-CR- AAG-EMC-0949170). Ante la no firma del acuerdo de transacción, a partir de febrero de 2021 ACCIONA nuevamente tuvo noticias de EMCALI, pero única y exclusivamente para discutir un proyecto de acta de liquidación bilateral.

El 17 de febrero de 2021, tuvieron una primera reunión en la que EMCALI entregó un proyecto de acta de liquidación e invitó a ACCIONA a que hiciera sus comentarios y salvedades sobre el particular, so pena que, de no llegar a un acuerdo, la decisión sobre la liquidación del Contrato la adoptarían las autoridades judiciales competentes. Manifestó ACCIONA, que, de forma insistente, requirió documentos que se referían como anexos en el proyecto de acta de liquidación, siendo las respuestas de EMCALI omisivas hasta la reunión sostenida el 15 de abril

de 2021, casi dos meses después, cuando EMCALI hizo entrega de esta.

El 31 de marzo de 2021 ACCIONA entregó a EMCALI, el proyecto de acta de liquidación con sus comentarios, observaciones y salvedades. Sobre el proyecto de acta enviada por ACCIONA, EMCALI nunca se pronunció (Comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0971171). Después de la presentación de las observaciones realizadas al proyecto de liquidación, sólo se llevó a cabo una reunión, la cual tuvo lugar en las instalaciones de EMCALI el 15 de abril de 2021. En dicha reunión, las partes manifestaron estar dispuestas en llegar a acuerdos que fueran beneficiosos para la PTAR.

En virtud de lo anterior, ACCIONA presentó una proposición de mesas de trabajo conjuntas que se fueran desarrollando por temas. Propuesta a la que EMCALI se pronunció señalando que no le era posible reunirse porque en Cali se habían extremado las medidas de confinamiento como consecuencia del tercer pico del COVID-19, y cuando Acciona Agua manifestó que las reuniones se podían llevar a cabo de manera virtual, EMCALI no volvió a pronunciarse, dejando vencer el plazo de liquidación bilateral del contrato.

Con base en los siguientes hechos, ACCIONA formula sus pretensiones relacionadas con el acuerdo de transacción solicitando que se condene a EMCALI de la siguiente manera:

*“1.24. Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP vulneró el principio de la buena fe teniendo en cuenta que, durante la negociación del Contrato de Transacción que se iba a celebrar en el marco de la Liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, dio absoluta confianza a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia de que el mismo se iba a suscribir, y, al final, traicionó esa confianza en perjuicio del proyecto y de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia”.*

Adicionalmente, ACCIONA se pronunció en su escrito de alegatos de conclusión en el apartado “VIII. PRETENSIÓN 1.24” poniendo de presente, en primer lugar, que la Pretensión 1.24 se refiere a la vulneración por parte de EMCALI del principio de la buena fe ante la no suscripción del acuerdo de transacción que se iba a firmar en la fase de liquidación del Contrato.

Respecto a lo anterior, el Tribunal observa que la parte convocada reiteró lo

sustentado en los hechos de la demanda inicial reformada, entre los hechos 372 y 401 referidos a la fase liquidación del contrato y las situaciones presentadas en torno a la suscripción del acuerdo de transacción.

En este escrito, señala lo manifestado por el Testigo Francisco Flores Fernández, como funcionario de Acciona Agua:

*“Por aquella época sí nos empezaron a manifestar nuevamente su voluntad de llegar a un acuerdo de transacción y al menos quedarse con los equipos que, como le dije cuando me preguntó el presidente, están allí acopiados en la planta desde hace ya, pues era más o menos de aquella época. Los equipos están suministrados o finalizados antes de la finalización del plazo del contrato, entonces la mayoría de esos equipos lleva allí desde el año 2020. Sin embargo, nuevamente en los seis (06) meses en los que extendimos el plazo de prórroga del contrato y tras varias, no sé si fueron dos o tres versiones distintas de un acuerdo de transacción, pues incluso yo creo que la última se la enviamos firmada por nuestra parte, ya como final de aceptación, sin embargo, tampoco se firmó ese acuerdo de transacción, acabó aquel plazo y pues lamentablemente estamos en esta fase de demanda arbitral”.*

Exponen igualmente en sus alegatos lo dispuesto por Alfonso González Garrido como funcionario de Acciona Agua:

*“Doctor Leiva: ¿Y qué pasó con esa propuesta de transacción? ¿ACCIONA la aceptó? ¿la negó? ¿qué pasó con esa negociación de esa transacción?”*

*Alfonso González: Durante esos meses estuvimos negociando ese acuerdo transaccional, era por un importe aproximado de quince mil millones (\$15.000.000.000), hubo distintas reuniones y distintas propuestas tanto desde el punto de vista técnico del alcance de la obra que quería ejecutar EMCALI, los equipos que querían que les suministrásemos como desde la parte jurídica, hubo como tres (03) o cuatro (04) versiones de cada documento, finalmente se llegó al documento final jurídico, ACCIONA lo firmó y lo entregó en las oficinas de EMCALI por ventanilla única el dieciocho (18) de diciembre de 2020, pero nunca recibimos ninguna respuesta por EMCALI a ese acuerdo transaccional, cuando era un acuerdo transaccional propuesto y solicitado por la propia EMCALI.”*

Por su parte, señaló el Testigo técnico Osbert Orozco Pérez que, ni siquiera la firma que él representa, encargada de adelantar el ejercicio de liquidación del Contrato, tuvo conocimiento de las razones por las cuales EMCALI no firmó el acuerdo de Transacción, siendo este beneficioso a sus intereses y defendían la protección de la PTAR-C:

*“DR. IBÁÑEZ: Una cuestión ya hacia el final de su de su participación es cuando usted entrega el informe se lo presenta a EMCALI ¿cuál fue la respuesta o cuál fue el efecto que tuvo una vez usted lo presentó, es decir usted señalaba en su informe todas estas causas, ¿cómo se vio reflejado en una decisión posterior de EMCALI si usted recuerda?”*

*DR. OROZCO: En eso estaban por llegar a un acuerdo, a una transacción en la cual EMCALI adquiriría alguno de los equipos que estaban ya en la planta porque*

*ya estaban allí y salirlos a comprar hoy a un precio diferente y el trámite y EMCALI ya había gastado una plata invirtiendo en esos equipos, era una recomendación sana y estaba tratando de llegarse a un acuerdo con ACCIONA que era los equipos que ya están en la planta EMCALI los paga y le pago para que los instalen y suspendemos el contrato ahí, no sé razones de orden jurídico impidieron de que esa acta de transacción se negociara, pero era un acta de transacción por 17,000 millones de pesos pero no intervine y solamente asistí a una junta directiva donde se discutió el tema y se aprobó, es más se ordenó o se recomendó por parte del comité directivo EMCALI hacer una declaratoria de emergencia ambiental para proteger el río y con esos equipos evitar un daño ambiental, en resumen déjeme Instalar los equipos que están en el sitio yo se los instalo por 27,000 millones y quedamos ahí, eso fue como el 19 de diciembre, 17 de diciembre, nosotros entregamos nuestro informe el 20 de diciembre y desde ahí no volvimos a tener ni pregunta, ni llamada, ni consulta, nada de ninguna de las partes.”*

Alega ACCIONA en su escrito que lo anterior muestra una absoluta falta de diligencia y una desidia con los intereses generales que representa EMCALI en la prestación de servicios públicos. En efecto, y siendo advertido EMCALI por parte de ACCIONA, la Interventoría, las autoridades ambientales y las autoridades disciplinarias sobre la emergencia que atraviesa la PTAR-C, la gestión por parte de la Convocada ha sido absolutamente inexistente. En este sentido, téngase en cuenta, por ejemplo, que habiendo transcurrido tres (3) años desde la finalización del Contrato, EMCALI todavía no ha realizado gestión alguna para llevar a cabo las obras de optimización de la PTAR-C y cesar la situación de grave emergencia que ésta atraviesa.

En los anteriores términos, ACCIONA concluye en sus alegaciones que están plenamente demostrados los Hechos que dan lugar a declarar la prosperidad de la Pretensión 1.24 de la Demanda Reformada.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

Ante el hecho 372 de la demanda contesta que el mismo no le consta. Por su parte manifiesta que el hecho 373 Es parcialmente cierto frente al contenido en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.

Para los hechos 374 a 376 dispone que los mismos se tratan de hechos no probados toda vez que la Convocante no señala cuales son los soportes que sustentan su afirmación y, en cuanto a los hechos 377 y 378 establece que no le constan.

Así mismo, manifiesta separadamente que el hecho 379 es parcialmente cierto,

frente a las pruebas aportadas en las comunicaciones CO05C1-DP- CR-AAGEMC-0867 y CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0890.

Dispone la Convocada que el hecho 380 no le consta y que el hecho 381 es un hecho no probado en cuanto a que la Convocante no soporta lo que allí manifiesta toda vez que no indica con precisión cual es el archivo Excel y cuál fue el medio o forma en que presuntamente le hizo llegar dicha información al Gerente General de EMCALI, ni cuenta con soporte de ello. Igualmente, los hechos 382 y 383 se contestan estableciendo que no le constan a su representada.

El hecho 384 se contesta como parcialmente cierto, solamente bajo el entendido de los precisos términos contenidos en el Oficio 1000580872020. El hecho 385 de la demanda no le consta. Contesta el hecho 386 como parcialmente cierto, en el sentido que en efecto existe un acta de prórroga del término del plazo de liquidación. Dispone que lo que no es cierto es que: i) La convocante en su dicho manifestó que la ampliación iría hasta el 5 de mayo de 2021. Sin embargo, de acuerdo con el contenido del acta en cuestión la fecha de terminación del plazo de ejecución iba hasta el 5 de mayo de 2020; y ii) la ampliación del plazo obedeció únicamente a las consideraciones jurídicas y fácticas contenidas en el acta de prórroga del término de plazo de liquidación del 28 de octubre de 2020, y no a las que manifiesta la convocante en la descripción de este hecho.

Por su parte, el hecho 387 se contesta como un hecho no probado y los hechos 388 y 389 como parcialmente ciertos. En cuanto a los hechos 390 y 391 EMCALI manifiesta que son hechos no probados, mientras que los hechos 392 al 394 no le constan.

El hecho 395 lo contesta como un hecho no probado, porque no se señala el soporte que sustenta lo dicho por la convocante en relación con la presunta reunión y el presunto proyecto de acta de liquidación. Manifiesta a su vez, que el hecho 396 no es un hecho, sino una mera apreciación subjetiva por parte de Acciona Agua.

En cuanto al hecho 397 lo responde como no probado, ya que de acuerdo con el documento que obra en las pruebas aportadas por la convocante, si bien mediante



comunicación CO05C1- DP-CR-AAG-EMC-0971 del 30 de marzo de 2020 se manifestó que AA adjuntaba su versión de la que debería ser el acta de liquidación bilateral a suscribir, no se evidencia de ninguna manera que en efecto se haya entregado a EMCALI el proyecto de acta de liquidación con observaciones, comentarios y salvedades como lo afirmo la Convocante, pues no se encuentra que se haya adjuntado la referida versión del acta de liquidación. Lo único que se aporta es la precitada comunicación que no es suficiente para comprobar con certeza que en efecto se haya realizado la entrega del proyecto de acta.

El hecho 398 se contestó haciendo referencia a que no le consta a la representada EMCALI, mientras que el hecho 399 se da como un hecho no probado.

Finalmente, EMCALI responde al hecho 400 como no cierto estableciendo que Acciona no propuso tal cosa; y al hecho 401 se pronunció diciendo que no es cierto, que Acciona nunca propuso dichas reuniones. Es parcialmente que fueron varios los intentos de lograr una liquidación bilateral. Sin embargo, EMCALI nunca se encontró satisfecha con los borradores de actas que proyectaba la demandante, pues, existen ciertos montos cobrados por los cuales no se lograba un acuerdo. No es cierto que no se pudiera concretar una transacción y posteriormente la liquidación de manera bilateral por culpa imputable a EMCALI pues fue por mutuos desacuerdos los cuales se han venido reflejando en este litigio. Aunado a lo anterior, la Convocante no aporta constancia de las comunicaciones las cuales sustentan sus apreciaciones.

En lo relativo a las pretensiones, EMCALI se opone A TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES –declarativas y de condena– formuladas por ACCIONA AGUA SAU - SUCURSAL COLOMBIA, en calidad de CONVOCANTE, de conformidad con las razones de hecho y de derecho que se expresarán a lo largo del presente escrito de contestación de la reforma a la demanda, así como en concordancia con las excepciones propuestas por EMCALI. En ese sentido, se solicitará respetuosamente que las excepciones se declaren probadas por el Honorable Tribunal.

Por su parte, la convocada se pronunció en su escrito de alegatos de conclusión manifestando que la pretensión 1.24 no está llamada a prosperar, pues el principio de buena fe se predica de la ejecución del Contrato y del cumplimiento de lo

pactado, luego a lo que está obligado EMCALI es a ejecutar lo pactado con el Contratista.

Dispone también en su escrito que, los elementos esenciales de la transacción de conformidad con la Corte Suprema de Justicia son:

*“ El artículo 2469 del Código Civil, que se ocupa de la noción de la transacción, expresa que “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. De esta definición, que le ha merecido la crítica de ser incompleta, la doctrina de la Corte tiene sentado que son tres los elementos estructurales de la transacción, a saber: a) la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes; y c) su voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado (Casación Civil de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y 480; 6 de junio de 1939, XLVIII, 268; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135). Teniendo en cuenta estos elementos, se ha definido con mayor exactitud la transacción, expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual” (CSJ SC, 29 oct. 1979, G. J. t. CLIX, pp. 301 a 305)”*

Señala EMCALI, que la transacción es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, por lo que no se puede alegar mala fe cuando la voluntad de una de las partes no confluye debido a que percibe que lo que se propone en el acuerdo es lesivo a sus intereses en armonía con el interés general que le asiste en este caso a EMCALI garantizar.

Concluye la convocada que, no es de recibo las pretensiones de ACCIONA bajo estas circunstancias, de tal manera que el suscrito manifiesta que buena fe no es allanarse a los intereses que únicamente benefician a ACCIONA, en los precisos y estrictos términos de la línea jurisprudencial decantada por el Consejo de Estado, que ya se ha descrito con suficiencia previamente.

Valga nuevamente destacar lo conceptuado sobre esta temática por la Procuraduría 18 Judicial Administrativa, en cuanto a la suscripción del acuerdo de transacción. Aduce que durante la fase de liquidación contractual se propendió por lograr un acuerdo transaccional que permitiera resolver las controversias y ejecutar algunas actividades prioritarias del contrato con el fin de propender por la funcionalidad de la PTAR. Contrato de transacción que fue acordado, firmado y remitido por la convocante a la convocada el día 18 de diciembre de 2020, sin que ésta finalmente

formalizara dicho acuerdo. Establece que por las posturas radicales de ambas partes no fue posible concretar el proceso que se buscaba.

El Ministerio Público pone de presente en su escrito que si bien no censura la postura de no llegar a la transacción, independientemente de los motivos que se adujesen, el solo intento y la suscripción de esos borradores, permiten colegir que existían falencias de ambas partes, algunas con más contundencia que otras, en las posturas que habían sostenido durante toda la ejecución contractual, perdiendo la oportunidad legal que les asistía de haber transado esas diferencias, claro está con los reconocimientos mutuos a que hubiere lugar.

Lo anterior, dado por una indebida planeación que en ningún momento fue objeto de reparo o subsanación integral, toda vez que la entidad contratante pretendiendo sostener una postura radical dejó pasar las oportunidades legales que le asistían para enmendar esas falencias, como habría podido hacerlo en la reformulación pretendida o aún en la misma fase de liquidación o de la transacción que igualmente fuere fallida.

Esas falencias en la preparación y dirección contractual afectan la actividad contractual y por ende se consolidan en un incumplimiento de la entidad contratante, lo cual conlleva a unas consecuencias indemnizatorias a su cargo. De igual forma, existen unas actuaciones contractuales de la parte contratista – hoy convocante, que igualmente afectaron la ejecución oportuna de las actividades encomendadas, sin que sus justificaciones y explicaciones alcancen a sanear esa falencia contractual, consolidándose un incumplimiento de parte.

Por todo lo anterior, para la Agencia del Ministerio Público, existieron procederes contractuales de ambas partes que alcanzan a consolidar incumplimientos contractuales mutuos, independientemente de la connotación de los mismos; graduación que el panel arbitral tendrá en cuenta para el momento de precisar la cuantificación de las condenas de la demanda principal y de reconvención.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Este Tribunal pudo corroborar que en efecto ACCIONA recibió de EMCALI la comunicación con consecutivo No. 1000580872020165 mediante la cual se le

expresó su voluntad de ampliar el plazo de liquidación del Contrato en seis (6) meses. Allí se puede verificar, entre otras cosas, que EMCALI deseaba celebrar dicha ampliación para poder lograr el Acuerdo de Transacción.

Así se colige en el considerando N°. 7, donde se da cuenta de la reunión de gerencia del 27 de octubre de 2020 sostenida entre las partes, en la cual el Ing. Oscar Hincapié como Director de Aguas Residuales de EMCALI, y a la vez como supervisor del contrato, advirtió que uno de los propósitos de la ampliación del plazo contractual era la de celebrar el Acuerdo de Transacción con Acciona. Se transcribe textualmente así:

*“7. Que en reunión de Gerencia del día 27 de octubre de 2020, el Ingeniero Osacar Andrés Hincapie – Director de Aguas Residuales de EMCALI y en su calidad de Supervisor del Contrato referido, advirtió que el plazo de liquidación se encuentra próximo a vencerse por lo que **sería oportuno ampliar el mismo de manera bilateral, a efectos de lograr la celebración del acuerdo de transacción propuesto por el Contratista, y evitar la causación de una situación de calamidad pública por la posible omisión en toma de medidas para funcionamiento de la PETAR-C**”.* (Negrilla fuera de texto).<sup>149</sup>

De la misma manera quedó consignado en el considerando No. G del Acta de Ampliación de prórroga del término del plazo de liquidación del contrato de obra del 28 de octubre de 2020.

Dicho lo anterior, y procediendo a analizar lo atinente a la no celebración del Contrato de Transacción, se puede colegir de la Comunicación COO5C1-DP-CR-AAG-EMC-0949 obrante en el expediente, que Acciona Agua manifestó haber enviado una primera versión del Acuerdo de Transacción a EMCALI el 5 de noviembre de 2020 y, a partir de allí, se llevaron a cabo reuniones entre las partes los días 11, 12, 13, 16 y 17 de noviembre de ese año, de lo cual resultó el borrador final que le fue radicado a EMCALI el 18 de diciembre y recibido en la entidad con N° de consecutivo 100273452020.

Finalmente, del material probatorio obrante el expediente, el Tribunal corrobora que entre las partes de la presente controversia, en primer lugar, hubo voluntad para suscribir el Acuerdo de Transacción, al punto que fue un motivo determinante para celebrar el acta de ampliación el plazo de liquidación contractual, que como

---

<sup>149</sup> Esto se puede colegir en la prueba 1.92, de la Carpeta de Pruebas No. 14 del expediente digital sobre las pruebas aportadas con la reforma de la demanda principal.

se expresó, no fue finalmente firmada por Acciona; en segundo lugar, que fruto de esta voluntad, y de actos que así lo ratificaron, existió una negociación entre las partes en virtud de la cual se llevaron a cabo mesas y reuniones de trabajo para concretar un borrador final, el cual fue enviado por el contratista a la contratante; y que solo al final de dicha negociación EMCALI decidió no proceder a la firma del mismo, por lo que la transacción no se pudo concretar.<sup>150</sup>

Del trámite arbitral, también resultan relevantes para corroborar la anterior conclusión, los testimonios Francisco Flores Fernández, Alfonso González Garrido, y el de Osbert Orozco, como testigo técnico y consultor externo de EMCALI, quien así lo manifestó en su declaración: *“(…) no sé razones de orden jurídico impidieron de que esa acta de transacción se negociara, pero era un acta de transacción por 17,000 millones de pesos pero no intervine y solamente asistí a una junta directiva donde se discutió el tema y se aprobó (…)”*.<sup>151</sup>

Dicho lo anterior, este tribunal arbitral, tomando en consideración los fundamentos de derecho atinentes al principio de buena fe contractual, expuestos en el acápite precedente donde se trató lo referente al Otrosí No. 2, logra concluir que si bien el principio de autonomía de la voluntad de las partes permitiría entender que una presunta retractación de no suscribir el Acuerdo de Transacción por parte de EMCALI no tendría consecuencia alguna al obrar en ejercicio de su libertad contractual, la buena fe tiene una función particular y es la de servir como un límite a esta autonomía.

Sobre el particular, tanto la jurisprudencia civil ordinaria, como la de lo contencioso administrativo, ha elaborado un precedente frente a lo que se define como un abuso del derecho a contratar para brindar protección a las partes en la etapa precontractual o de negociaciones, que conducirán a la futura celebración de un contrato.

Como se explicó en los fundamentos de derecho referentes al Otrosí No. 2, para el

---

<sup>150</sup> Esto se puede colegir en la prueba 1.95, de la Carpeta de Pruebas No. 14 del expediente digital sobre las pruebas aportadas con la reforma de la demanda principal.

<sup>151</sup> Carpeta de Pruebas No. 19 del expediente digital sobre las pruebas practicadas durante el trámite arbitral.

principio de la buena fe el comportamiento de las partes es lo que determina si es posible hablar de una confianza fundada y legítima que incluso se puede apreciar a un mayor alcance cuando se ha discutido la mayor parte del contenido contractual y se ha establecido por las mismas el objeto a contratar. Es por esto, que Acciona Agua sí tenía una expectativa legítima frente a la celebración del Acuerdo de Transacción dado que la negativa a firmar por parte de EMCALI se presentó en una etapa final, y sin justificación alguna, frustrando así la posibilidad de preaver controversias presentes y futuros litigios al respecto.

Conforme con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, es claro para el Tribunal, que, EMCALI vulneró el principio de buena fe durante la negociación del Contrato de Transacción, pues sus actos le dieron la suficiente confianza a Acciona Agua de que el mismo iba a suscribirse durante la etapa de liquidación del contrato, sin que llegara a buen término por las razones ya ilustradas. Atendiendo a lo anterior, el Tribunal declarará la prosperidad de esta pretensión, y tendrá por no probada la Excepción No. 8 del escrito de contestación a la Demanda Reformada.

La parte resolutive del Laudo recogerá la anterior determinación.

### **1.18. Pretensión sobre los perjuicios a Acciona por conceptos demostrados en el proceso**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En el numeral 1.25 del tercer grupo de pretensiones declarativas de la reforma de la demanda subsanada, Acciona solicita: *“Que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP, como consecuencia de los incumplimientos contractuales en los que incurrió, ocasionó perjuicios a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia por los conceptos y montos que resulten demostrados en el presente proceso arbitral”*.

La Convocada por su parte, en la contestación a la demanda reformada en lo relativo a las pretensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones – declarativas y de condena– formuladas por Acciona Agua. Por lo que se opone a la pretensión antes expuesta.

Reafirmó en sus alegatos de conclusión lo solicitado en la pretensión 1.25 de la demanda reformada en cuanto a que los incumplimientos ocasionados por EMCALI generaron perjuicios a Acciona expuestos a lo largo del proceso.

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI se pronunció respecto de la pretensión 1.25 en sus alegatos de conclusión, de manera conjunta con las pretensiones 1.26 y 1.27 teniendo en cuenta que estas están relacionadas por la forma en la cual fueron solicitadas. De acuerdo con lo anterior, manifiesta la Convocada que estas pretensiones no están llamadas a prosperar, toda vez que no es de recibo el uso del precepto “de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso arbitral” teniendo en cuenta que lo que se pretende, en últimas, es el reconocimiento de estirpe económico que no cumple con los requisitos dispuestos en el artículo 206 del C.G.P.

También manifiesta la Convocada que se configuró la excepción “Falta de requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual imputable a EMCALI” esto debido a que no existe responsabilidad alguna de esta en el Contrato No. 300- GAA-CO- 1250-2017 cuyo objeto consistía en la “Optimización para las mejoras de la infraestructura existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”, toda vez que, como expone la demandante en su escrito de demanda, la interventoría fue quien en múltiples ocasiones generó demoras en las contestaciones entre los requerimientos que le presentaba a la convocante y sus respuestas.

Expone EMCALI que la consecuencia directa del incumplimiento contractual es la responsabilidad frente al contrato, y, por consiguiente, la obligación de reparar los daños ocasionados por las conductas desplegadas. No obstante, para la configuración de la responsabilidad contractual se deben verificar la presencia de requisitos que deben ser concomitantes y plenamente probados en el proceso, cuya carga probatoria corresponde a quien la alega, por lo que la doctrina establece que las condiciones requeridas son: *1. La existencia de un contrato válidamente celebrado; 2. El incumplimiento de una o más obligaciones contractuales; 3. El perjuicio o daño generado; 4. Un vínculo de causalidad entre conducta y daño.*

De acuerdo con el último requisito, la Convocada enfatiza en que el vínculo de causalidad o nexo causal -como también se le puede denominar- hace referencia a que es indispensable e imperioso que entre el perjuicio sufrido por el acreedor y el incumplimiento doloso o culposo del deudor exista un claro nexo, es decir, lo uno debe ser consecuencia necesaria del otro.

EMCALI concluye sus alegatos manifestando que no se puede endilgar a ella la responsabilidad por el incumplimiento al contrato de obra suscrito con ACCIONA porque el cumplimiento de los compromisos adquiridos por parte de EMCALI fue satisfecho a cabalidad y, de acuerdo con lo pactado en el contrato, no existen omisiones de parte del contratante de las que se pueda concluir que fueron las razones por las cuales el contrato no prosperó en sus metas propuestas. Finalmente, reitera que fue la Convocante quien reiterativamente faltó a sus obligaciones contractuales ya que como se ha repetido constantemente se presentaron un gran número de demoras en la ejecución del contrato que le son imputables a la misma, probándose de esta manera que, quien realmente desatendió los compromisos adquiridos fue ACCIONA AGUA.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Respecto de esta pretensión el Tribunal considera que en razón a que como quedó demostrado a lo largo de este laudo, existió concurrencia de culpas entre las partes que generó la no ejecución del proyecto objeto del contrato en su totalidad, los perjuicios reclamados por Acciona serían procedentes en cuanto se le hayan causado por el respectivo incumplimiento de la Convocada.

No obstante lo anterior, no se encuentra en la demanda del presente trámite, ni en los dictámenes aportados por la Convocante una tasación y valoración por tal concepto, requisito necesario para que proceda su reconocimiento, por lo cual no está llamada a prosperar esta pretensión.

Atendiendo a lo anterior, y aun cuando la Convocada no enfiló una excepción concreta para desvirtuar la pretensión, el Tribunal no declarará la prosperidad de la misma.

La parte resolutive del Laudo recogerá la anterior determinación.



**1.19. Pretensión sobre reconocimiento y pago de perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra y en general del daño emergente y lucro cesante**

**a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En el numeral 1.26 del tercer grupo de pretensiones declarativas de la reforma de la demanda subsanada, Acciona solicita: *“Que, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso arbitral, se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP está obligado a reconocer y pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra, y en general del daño emergente y el lucro cesante”*.

La Convocada por su parte, en la contestación a la demanda reformada en lo relativo a las pretensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones – declarativas y de condena– formuladas por Acciona Agua. Por lo que se opone a la pretensión antes expuesta.

Reafirmó en sus alegatos de conclusión que deberá declararse la prosperidad de la pretensión 1.26 de la demanda reformada en cuanto a que se declare que EMCALI deberá reconocer y pagarle los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra, el daño emergente y lucro cesante.

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI por su parte, se opuso a esta pretensión reafirmando lo señalado en la contestación de la demanda reformada.

**c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Tal como se señaló al estudiar la pretensión 1.25 anterior, dentro del expediente no se encuentra prueba alguna respecto de perjuicios por mayor permanencia en obra relacionados con daño emergente y lucro cesante.

En efecto, revisados tanto el Dictamen Técnico de GPS como el Dictamen Pericial Financiero de Esfinanzas, se observa que en los mismos no existe pronunciamiento sobre los conceptos antes señalados, razón por la cual se estima que esta pretensión no tiene vacación de prosperidad.

Atendiendo a lo anterior, y tal como se analizó para el caso de la pretensión 1.25, aun cuando la Convocada no dirigió tampoco una excepción concreta que ataque la prosperidad de la pretensión, la misma no se abre paso y por tanto será denegada.

La parte resolutive del Laudo recogerá la anterior determinación.

### **1.20. Pretensión sobre el reconocimiento y pago de daños y perjuicios causados en la etapa de liquidación del contrato**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En el numeral 1.27 del tercer grupo de pretensiones declarativas de la reforma de la demanda subsanada, Acciona solicita: *“Que, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso arbitral, se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP está obligado a reconocer y pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia los daños y perjuicios causados durante la etapa de liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017”*.

La Convocada por su parte, en la contestación a la demanda reformada en lo relativo a las pretensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones – declarativas y de condena– formuladas por Acciona Agua. Por lo que se opone a la pretensión antes expuesta.

Reafirmó en sus alegatos de conclusión que deberá reconocerse lo dispuesto en la pretensión declarativa 1.27 en cuanto al reconocimiento y pago de los daños y perjuicios causados en la etapa de liquidación del contrato.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI por su parte, se opuso a esta pretensión reafirmando lo señalado en la contestación de la demanda reformada.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Tal como se señaló al estudiar las pretensiones anteriores, dentro del expediente no se encuentra prueba alguna respecto de perjuicios causados durante la etapa de liquidación del contrato.

En efecto, revisados tanto el Dictamen Técnico de GPS como el Dictamen Pericial Financiero de Esfinanzas, se observa que en los mismos no existe pronunciamiento sobre el concepto antes señalado, razón por la cual se estima que esta pretensión no tiene vocación de prosperidad.

Atendiendo a lo anterior, y pese a que la Convocada no enderezó argumento exceptivo alguno sobre este aspecto, el Tribunal no declarará la prosperidad de esta pretensión.

La parte resolutive del Laudo recogerá la anterior determinación.

#### **1.21. Pretensión sobre el reconocimiento de gastos, costos y expensas derivados del cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, bienes e insumos**

##### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En el numeral 1.28 del tercer grupo de pretensiones declarativas de la reforma de la demanda subsanada, Acciona solicita: *“Que, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso arbitral, se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP está obligado a reconocerle a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia todos los gastos, costos y expensas derivados del cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, bienes e insumos suministrados por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia en virtud del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.”.*

La Convocada por su parte, en la contestación a la demanda reformada en lo

relativo a las pretensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones – declarativas y de condena– formuladas por Acciona Agua. Por lo que se opone a la pretensión antes expuesta.

Reafirmó en sus alegatos de conclusión se refiere a la custodia de los equipos por ella suministrados, teniendo como referencia el Testimonio de Francisco Flores Fernández que, sobre la utilidad no económica de éstos, concluyó:

*“Doctor Guzmán: Uno de sus planteamientos es que se adquirieron unos equipos que se colocaron a disposición de EMCALI, lógicamente no se pudieron instalar y lógicamente tampoco colocar en funcionamiento, que esos equipos reposan hoy en la planta de tratamiento de aguas residuales de EMCALI. Si esos equipos fueron adquiridos en el año 2020, llevaban dos, tres años o más desde que se adquirieron, ¿esos tienen algún nivel de obsolescencia, pueden perder su uso o pueden quedar ya obsoletos frente a nuevas tecnologías o nuevos requerimientos que podía tener hoy la planta?”*

*Francisco Flores: No, vista la tipología de los equipos suministrados, quizá me equivoque con algún componente electrónico como cámaras de vigilancia o algún sistema así un poco más específico y más electrónico, pero la mayoría de los sistemas son sistemas pensados para una vida útil de quince (15) años o veinte (20) años, no son obsoletos a los dos (02) o tres (03) años.”*

Igualmente, y sobre el cuidado y custodia de los equipos, señaló el Testigo Alfonso González Garrido:

*“Doctor Leiva: ¿Y dónde están esos equipos ingeniero? Alfonso González: La gran mayoría están allí, en la propia PTAR de Cali.*

*Doctor Leiva: ¿Y quién cuida y quién se ocupa de la conservación y el cuidado de esos equipos?”*

*Alfonso González: ACCIONA es la que está haciendo la custodia de los mismos. En este punto, cabe señalar, que ACCIONA requirió, solicitó a EMCALI retirar esos equipos para llevarlos a una bodega y tenerlos ahí almacenados, pero EMCALI se negó a dejar, ni los pudimos instalar ni nos dejó sacarlos de la planta.”*

Considera Acciona en sus alegatos que la indemnización de los perjuicios a su favor debería ser plena e integral, ya que los perjuicios que ha sufrido devienen de incumplimientos contrastados por parte de EMCALI.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

EMCALI, por su parte, alega que la pretensión 1.28 no tiene vocación de prosperidad, pues se encuentra probada la excepción “ACCIONA AGUA NO PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA”.

Expone la Convocada, que, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula Primera del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 y su anexo, la obligación del Contratista era la de entregar los equipos instalados y en funcionamiento. Manifiesta también que los equipos no fueron instalados y dejados en funcionamiento por lo que no cuentan con un recibo a satisfacción y que la obligación prevista en el contrato fue incumplida; situación que exime de cualquier responsabilidad a EMCALI frente al deber de custodia y cuidado, tal como se encuentra señalado en los artículos 1730, 1880, 1882 y 1884 del Código Civil.

Finalmente concluye que Acciona no puede pretender el reconocimiento de los conceptos indicados en la pretensión en cuestión toda vez que los gastos, costos y expensas derivados del cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, bienes e insumos suministrados por Acciona Agua tuvo lugar justamente por el incumplimiento de las Obligaciones contractuales del Contratista.

Se destaca, también, que para el Agente del Ministerio Público, en su concepto existieron procederes contractuales de ambas partes que alcanzan a consolidar incumplimientos contractuales mutuos, independientemente de la connotación de los mismos; graduación que el panel arbitral tendrá en cuenta para el momento de precisar la cuantificación de las condenas de la demanda principal y de reconvención.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

De acuerdo con las consideraciones realizadas por el Tribunal al pronunciarse sobre la pretensión principal 1.15, en la que Acciona solicita que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE-ESP incumplió el Contrato 300-GAA-CO-1250-2017 al no pagar a Acciona Agua SAU sucursal Colombia los mayores costos de administración debido a las suspensiones, la etapa de liquidación y para la custodia y mantenimiento de los equipos suministrados por Acciona y no recibidos por EMCALI, que llevaron a la declaración efectuada en el sentido de que Acciona tiene derecho a dicho reconocimiento económico, este Tribunal itera que Acciona tiene derecho al reconocimiento de los gastos, costos y expensas derivados del cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, bienes e insumos

suministrados por esta y no recibidos por EMCALI.

Atendiendo a lo anterior, el Tribunal declarará la prosperidad parcial de esta pretensión, en el porcentaje señalado en el presente laudo, teniendo en cuenta que como ha quedado establecido a lo largo del mismo, en la ejecución del contrato 300-GAA-CO-1250-2017, existió una concurrencia de culpas y en consecuencia Acciona Agua tendrá derecho al reconocimiento económico del setenta por ciento (70%) de esta pretensión con base en lo determinado por el Dictamen Financiero elaborado por la firma “Esfanzas”, por lo cual el Tribunal declarará probada parcialmente la Excepción No. 7, y no probada la Excepción No. 2, propuestas por EMCALI en la contestación a la Demanda Reformada.

## **2. PRETENSIONES CONDENATORIAS DE LA DEMANDA REFORMADA**

### **2.1. Pretensión sobre el pago por concepto de daños y perjuicios**

La Convocante solicita como pretensión condenatoria 2.1 *“Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma de \$43.565.703.077 o la que resulte probada en el proceso por concepto de daños y perjuicios”*.

Sobre este particular, el Tribunal se remonta al análisis que presentó respecto de la pretensión declarativa 1.27, para señalar también en esta oportunidad, que respecto de la causación de *daños y perjuicios* de manera genérica, tampoco existió acreditación por dicho concepto a partir de ninguno de los dictámenes que aportó con su escrito de Demanda Reformada.

Justamente, lo que el Tribunal ha podido constatar a partir del análisis de esta pretensión de condena, es que el monto deprecado corresponde a la sumatoria del total de las demás pretensiones condenatorias, sobre las cuales el presente laudo arbitral se pronunciará de forma separada para cada una de ellas, de manera que si se efectuara un reconocimiento global desde la primera de estas pretensiones condenatorias, se descartaría el necesario análisis pormenorizado de cada una de

las restantes condenas que por conceptos particulares formuló la Convocante, o se podría incurrir en un doble reconocimiento de valores que se hallan incorporados en esta primera pretensión condenatoria global.

Así pues, teniendo en cuenta que el Tribunal no reconocerá la prosperidad total de las restantes pretensiones condenatorias, no puede acceder al reconocimiento de la pretensión 2.1 que aquí se analiza, todo lo cual será objeto de pronunciamiento en la parte resolutive del presente laudo.

Del mismo modo, y en lo que respecta a la pretensión subsidiaria, y subsidiaria de la subsidiaria de la 2.1, corresponde emitir idéntica decisión, esto es, no se accederá a su reconocimiento. Lo anterior, habida cuenta de que el Tribunal accedió al reconocimiento de la pretensión 1.12, cuyas subsidiarias declarativas eran correlativas de estas condenatorias subsidiarias, por lo que el Tribunal no procedió al estudio de aquellas, y en consecuencia tampoco podría hacerlo respecto de las subsidiarias de condena sobre las que aquí se ocupa el Tribunal.

## **2.2. Pretensión sobre el pago por concepto de administración y utilidad**

La Convocante solicita como pretensión condenatoria 2.2 *“Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma de \$3.465.411.043 o la que resulte probada en el proceso por concepto de administración y utilidad.*

A efectos de resolver sobre esta pretensión, el Tribunal advierte que se presenta la misma situación que con la pretensión inmediatamente anterior. En efecto, ha podido constatarse a partir del análisis de esta pretensión de condena, que el monto deprecado corresponde a la sumatoria del total de los conceptos de administración y utilidad, sobre los cuales el presente laudo arbitral se pronunciará de forma separada para cada una de ellas, de manera que si se efectuara un reconocimiento global de la presente, se impediría el análisis individualizado de cada una de dichas dos condenas, que separadamente volvió a formular la Convocante en sus pretensiones subsidiaria de la condenatoria 2.2

(administración) y en la 2.3 (utilidad), e incluso se podría incurrir en un doble reconocimiento por el contenido de la mencionada pretensión condenatoria 2.3.

Así pues, teniendo en cuenta que el Tribunal no reconocerá la prosperidad total de los montos sobre los que versan dichos conceptos (administración y utilidad), habida cuenta del descuento que se realizará en cuantía del porcentaje de concurrencia de culpas, no puede acceder al reconocimiento de la pretensión 2.2 que aquí se analiza, todo lo cual será objeto de pronunciamiento en la parte resolutive del presente laudo.

### **2.3. Pretensión subsidiaria de la pretensión 2.2 sobre administración**

En la forma que se anunció al decidir sobre la pretensión 2.2 anterior, corresponde al Tribunal ocuparse de resolver lo solicitado por la Convocante en la pretensión subsidiaria de la condenatoria 2.2, a saber: *“Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma de \$2.816.088.329 o la que resulte probada en el proceso por concepto de administración”*.

Dada la íntima correlación existente entre la pretensión analizada y lo decidido por el Tribunal al resolver sobre la pretensión declarativa 1.15 de la Demanda Reformada, resulta claro que entre las partes se suscribieron tres suspensiones al Contrato que generaron mayores costos de administración para el contratista, al tiempo que durante el término de liquidación, inicial y su ampliación, y con posterioridad a la misma, el Contratista debió asumir la guarda y custodia de los equipos no recibidos por EMCALI, conforme se expuso en acápite precedente.

Asimismo, ha de reiterarse que, en razón a que los costos de administración constituían un componente de la remuneración contractual como está probado en el anexo denominado *“Formulario de cantidades y precios”*, su impago durante la vigencia del Contrato torna procedente el reconocimiento de los mismos en esta sede arbitral. Si bien la cuantía que por este concepto se probó conforme al Dictamen Financiero —que no fue objetado por la Convocada— es de



\$3.232.509.773,20, por efecto de la concurrencia de culpas que ha reconocido este Tribunal, únicamente procede el reconocimiento de una suma equivalente al 70% de dicho monto, esto es, la suma total de **\$2.262.756.841,24**, todo lo cual será indicado en la parte resolutive del presente laudo.

#### **2.4. Pretensión sobre el pago por concepto de utilidad dejada de percibir**

Mediante la pretensión condenatoria 2.3, la Convocante solicitó: *“Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma de \$649.322.714 o la que resulte probada en el proceso por concepto de la utilidad dejada de percibir por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia SAU, ante la imposibilidad de poder ejecutar el 100% del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017”.*

Una vez más debe señalarse que la mencionada pretensión condenatoria guarda inescindible correlación con lo decidido por el Tribunal al resolver sobre la pretensión declarativa 1.18 de la Demanda Reformada, a partir de lo cual el Tribunal concluyó sobre la procedencia del reconocimiento de la utilidad esperada dejada de percibir, cuya cuantía ascendió, conforme al Dictamen Financiero —que no fue objetado por la Convocada— a \$649.322.714, que por efecto de la concurrencia de culpas que ha reconocido este Tribunal, únicamente debe proceder el reconocimiento de una suma equivalente al 70% de dicho monto, esto es, la suma total de **\$454.525.899,80**, todo lo cual será indicado en la parte resolutive del presente laudo.

#### **2.5. Pretensión sobre el pago por concepto de daños y perjuicios durante la etapa de liquidación**

La Convocante solicita como pretensión condenatoria 2.4 *“Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma de \$2.255.097.796 o la que resulte probada en el proceso*

*por concepto de daños y perjuicios causados durante la etapa de liquidación del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017.”.*

Sobre este particular, el Tribunal hace expresa remisión al análisis que presentó respecto de la pretensión declarativa 1.27, donde concluyó que dentro del expediente no se encuentra prueba alguna respecto de perjuicios causados durante la etapa de liquidación del contrato, pues tanto el Dictamen Técnico de GPS como el Dictamen Pericial Financiero de Esfinanzas, omitieron cualquier pronunciamiento sobre este puntual concepto.

Por lo anterior, el Tribunal no accederá al reconocimiento de esta pretensión condenatoria, lo cual será indicado en la parte resolutive del presente laudo.

**2.6. Pretensión sobre el pago por concepto de cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, insumos y bienes suministrados por Acciona**

La Convocante solicita en su pretensión condenatoria 2.5 *“Que, como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia la suma de \$1.209.477.503 o la que resulte probada en el proceso por concepto de cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, insumos y bienes suministrados por Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia causados desde el vencimiento del plazo del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 y hasta la fecha del Laudo Arbitral.*

De nuevo el Tribunal aprecia una estrecha ligazón entre la pretensión analizada y lo decidido por el Tribunal al resolver sobre la pretensión declarativa 1.15 de la Demanda Reformada, donde tuvo oportunidad de concluirse que Acciona tiene derecho al reconocimiento de los gastos, costos y expensas derivados del cuidado, mantenimiento y guarda de los equipos, maquinaria, bienes e insumos suministrados por esta y no recibidos por EMCALI..

Ahora bien, debe señalarse que este rubro correspondiente a la *“Custodia y Mantenimiento”* de equipos hizo parte del cálculo total de los denominados *“Costos*

*Indirectos Administrativos Posterior al Periodo Contractual*” que consta en la Tabla 26 del Dictamen Financiero aportado por la Convocante, cuyo valor total fue previamente reconocido por este Tribunal al analizar la pretensión subsidiaria de la condenatoria 2.2 por concepto de administración, y respecto de la cual se aplicó el descuento que corresponde por la ya reiterada concurrencia de culpas entre las Partes.

Así las cosas, de llegar a accederse a esta pretensión 2.5, se incurriría en un doble reconocimiento del mencionado rubro de custodia y mantenimiento de equipos, razón por la cual el Tribunal denegará esta pretensión condenatoria, bajo el entendido de que su valor ya se encuentra reconocido mediante la prosperidad de la pretensión subsidiaria de la condenatoria 2.2. De lo anterior dará cuenta la parte resolutive del presente laudo arbitral.

**2.7. Sobre la pretensión de condena 2.6 de “responder ante todas las autoridades y organismos judiciales competentes por la sostenibilidad, estabilidad, operación y mantenimiento de la PTAR”**

**a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

Formuló la Convocante su pretensión condenatoria 2.6 en los siguientes términos: *“Como consecuencia de las Pretensiones Declarativas que sean reconocidas por el Tribunal Arbitral, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a responder ante todas las autoridades y organismos judiciales competentes por la sostenibilidad, estabilidad, operación y mantenimiento de la PTAR de Cañaveralejo”*.

La parte Convocante puso de presente que hasta el momento en que terminó el Contrato, e incluso durante la etapa de liquidación, la PTAR-C continuaba siendo operada por EMCALI, sin que la ejecución del Contrato hubiera interferido en dicha operación.

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La parte Convocada indicó que la operación de la planta se ha visto interferida por los actos de ACCIONA, y por ello se le solicitó que entregara los equipos para que la PTAR pudiera funcionar en debida forma.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Este Panel Arbitral pone de presente que en virtud del principio de relatividad de los contratos, establecido en el artículo 1602 del Código Civil, este solo surte efectos entre los contratantes y, en principio, no puede vincular a terceros, ni menos aún puede disponer sobre normas de orden público, como son las relativas las competencias de las autoridades judiciales o los entes de control la cual está definida por ley.

Por tanto, el pacto arbitral suscrito por las partes tiene como fin que un panel arbitral dirima las controversias surgidas entre ellas, sin que ello lo habilite para invadir la órbita de las competencias asignadas a las autoridades judiciales y administrativas en el ordenamiento jurídico.

Aunado a lo anterior, las responsabilidades de carácter fiscal, disciplinario, penal, entre otras, deben determinarse en cada caso particular por la autoridad competente, y operan conforme a la ley y no en virtud del contrato.

En consecuencia, se reitera que lo dispuesto en la presente decisión tiene efectos *inter partes*, y por tanto no es viable que este Tribunal se pronuncie respecto del alcance de decisiones que compete a otras autoridades judiciales u organismos administrativos.

Así las cosas, la pretensión no está llamada a prosperar.

## **2.8. Pretensiones sobre el pago de intereses corrientes, moratorios y la tasa a aplicar**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

Según lo expuesto por ACCIONA en su Demanda Reformada, se evidencia que la misma solicita como pretensiones No. 2.7, 2.8 y subsidiaria de la 2.8 lo siguiente:

*“2.7. Que sobre las sumas de dinero que se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar intereses corrientes desde que se causaron y hasta la fecha del laudo”.*

*“2.8. Que sobre las sumas de dinero que se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, desde la ejecutoria del laudo y hasta que se realice el pago total de lo adeudado”.*

Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 2.8: *“Que sobre las sumas de dinero que se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia, se condene a Empresas Municipales de Cali EICE – ESP a pagar a favor de Acciona Agua SAU – Sucursal Colombia intereses a la tasa que fije el Tribunal, desde la época que fije el Tribunal”.*

En su escrito de alegatos de conclusión, ACCIONA se pronuncia en el numeral “XIV. PRETENSIÓN 2.7 Y PRETENSIÓN 2.8” solicitando que, estando probadas las Pretensiones de Condena referidas en el Sexto Grupo de Pretensiones, se condene a EMCALI a pagar intereses corrientes desde que se causaron y hasta la fecha del Laudo.

De manera subsidiaria, solicita la Convocante que se condene a EMCALI al pago de intereses de mora a la tasa máxima legal permitida, desde la ejecutoria del Laudo y hasta que EMCALI realice el pago total de lo adeudado. Y solicita al Tribunal que, subsidiariamente, sea este Tribunal quien señale la tasa a ser aplicada sobre las sumas que resulte condenada EMCALI, y fije el momento a partir del cual se genera su causación.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

A lo anterior, EMCALI se pronunció indicando que la pretensión 2.7 no tiene vocación de prosperidad, pues no se encuentra configurada la presencia de una

deuda líquida y por lo tanto exigible.

Igualmente, respecto de la pretensión 2.8, manifiesta que tampoco tiene vocación de prosperidad, pues en caso de que el tribunal condene a EMCALI, los intereses deberán ser liquidados conforme a lo dispuesto legalmente.

En sus alegatos de conclusión, EMCALI reiteró que las pretensiones 2.7 y 2.8 de la Demanda Reformada no tienen vocación de prosperidad, pues no se encuentra configurada la presencia de una deuda líquida y por lo tanto exigible, y porque los intereses de una eventual condena contra EMCALI, deberán ser liquidados conforme a lo dispuesto legalmente.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Sobre el tema de los intereses, el Tribunal considera pertinente remitirse a lo señalado en las disposiciones civiles y comerciales pertinentes. Así, el Código Civil colombiano en el art. 1617, el cual regula la indemnización por mora en las obligaciones de dinero, establece el denominado *interés legal*, en la medida que opera por virtud de la ley, a falta de estipulación de las partes involucradas en un negocio jurídico:

*“Artículo 1617. Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: i) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos. El interés legal se fija en seis por ciento anual. ii) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo, iii) Los intereses atrasados no producen interés. iv) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.*

Por otro lado, encontramos el ***interés bancario corriente***, el cual se define como la tasa efectiva anual de referencia que en promedio suelen cobrar las entidades financieras sobre los nuevos créditos, y el cual encuentra su asiento en el art. 884 del Código de Comercio, que reza:

**“Artículo 884: Límite de intereses y sanción por exceso.** Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72, Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”.

Por último, encontramos los denominados **intereses moratorios**, los cuales debe pagar el deudor que ha incumplido una obligación, desde que se le ha constituido en mora de cumplirla y hasta el momento de su cabal cumplimiento. Este tipo de interés es susceptible de ser fijado por las partes, pero en caso de silencio, será equivalente a **una y media veces del bancario corriente**.

En cuanto hace a los intereses remuneratorios, en las obligaciones pecuniarias, civiles o comerciales, impera el principio de su no causación<sup>152</sup>, menos mientras penda la exigibilidad de la prestación, y por lo tanto, en línea de principio, no se presumen ni devengan *per se*, salvo estipulación legal<sup>153</sup> o negocial<sup>154</sup> expresa en contrario que así lo establezca.

Los intereses, bien remuneratorios, ora moratorios, exigen la preexistencia de una obligación clara, cierta e indiscutible, cuyo monto además esté determinado o sea determinable.

Por consiguiente, cuando antes de la sentencia judicial se presente la incertidumbre sobre la existencia de la obligación o su cuantía, no es posible concluir el derecho al pago de intereses, tanto cuanto más porque el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de su causación, y en particular, de la mora (*in illiquidis mora non fit*), razón por la cual, en su ausencia, no proceden.<sup>155</sup>

Por otro lado, la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo ha diferenciado entre el incumplimiento de una obligación debidamente contraída y preexistente, sobre la cual se ha constituido en mora a la parte deudora, generando así intereses

---

<sup>152</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de noviembre de 1989, “[l]a obligación de pagar intereses remuneratorios como fruto de las prestaciones dinerarias no opera ipso iure, como acontece con los intereses moratorios (artículo 883 del Código de Comercio), sino que es incuestionablemente necesario que la obligación de pagarlos dimanase de un acuerdo entre las partes o de una disposición legal que así lo determine”.

<sup>153</sup> *Ad exemplum*, artículos 884 a 886, 942, 1163, 1251, 1271, 1388 C. de Co.

<sup>154</sup> Para el préstamo de dinero, en lo civil, los arts. 1617, [1], 2221, 2.230 y 2232 C.C. exigen la estipulación para su devengo y si se pagan así no estén pactados, no podrán repetirse ni imputarse al capital (art. 2233 c c). A diferencia, en lo mercantil, el art. 1163 del C. de Co., disciplina la causación de intereses *ex lege*, “*salvo pacto expreso en contrario*”. En consecuencia, en el mutuo civil es menester convenir el interés, esto es pactarlo expresamente, y en el mercantil, no es necesario, actuando por disposición de ley, es decir, debe pactarse que no se causen.

<sup>155</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de septiembre de 1984, Gaceta Judicial. Tomo 176 pág. 288; sentencia de 10 de junio de 1995, Expediente 4540.

moratorios; y la declaratoria o el reconocimiento del incumplimiento de una obligación en sede judicial, sobre la cual no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios con anterioridad a la ejecutoria de la providencia.

Así se sostuvo por la Sección Tercera en Sentencias del 24 de febrero de 2005 y 24 de abril de 2013:

*“Sobre el concepto de los intereses se pronunció la Corporación, estableciendo que: “En palabras de la doctrina, los ‘intereses’ son los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de obligación pecuniaria (sea de restituir, sea de pagar el precio de un bien o de un servicio), durante el tiempo que perdure la deuda, en cálculo sobre la base de una cuota o porcentaje del capital o ‘principal’”<sup>156</sup>.*

*Ahora bien, que una condena genere intereses es una afirmación que necesita cierta claridad, porque: i) una cosa son los intereses que se deben por una deuda preexistente a un proceso judicial, y ii) otra la declaración de una deuda constituida apenas en la providencia judicial. En el primer caso el juez no declara la existencia de la obligación, la reconoce como preexistente y vinculante entre dos personas; mientras que en el segundo caso el crédito y la deuda apenas la declara la providencia judicial, es decir que el juez no dispone que existía sino que existe a partir de la ejecutoria de la providencia –en virtud de determinados hechos de donde se derivará el crédito-.(...)*

*De esta manera, es lógico que si una sentencia reconoce que el deudor no canceló un crédito - que tenía fecha de vencimiento- no sólo ordenará pagar el capital –si aún se debe- sino también los intereses de mora sobre él. **Pero si la misma sentencia declara una obligación nueva como reconocer una suma de dinero por concepto de la configuración de la teoría de la imprevisión-, el juez ordenará pagar la suma que compensa el daño, pero no ordenará el pago de intereses sobre la misma, porque esta obligación apenas la creó la providencia judicial, de allí que de ese pago aún no se puede predicar la mora.**<sup>157</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

De igual forma, la Ley 1437 de 2011, en sus artículos 192 y 195 reguló lo concerniente al cumplimiento de sentencias por parte de las entidades públicas y el trámite para el pago de condenas, así:

**“ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.** (...) Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

*Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código. (Se subraya)*

*Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud. (...)*”

---

<sup>156</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2005, Rad. 21.120.

<sup>157</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 24 de abril de 2013. C. P.: Enrique Gil Botero. Radicado No. 0800123310001995907701 (23441).



**“ARTÍCULO 195. TRÁMITE PARA EL PAGO DE CONDENAS O CONCILIACIONES.** El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial (...). (Se subraya)

En virtud de lo anterior, dando aplicación a los criterios legales citados, y habida cuenta de la inexistencia de sumas líquidas y ciertas con anterioridad a la expedición del laudo arbitral, ni plenamente exigibles hasta que se encuentre ejecutoriado el presente Laudo arbitral, el Tribunal declara que no hay lugar al reconocimiento de ningún interés remuneratorio sobre aquellas sumas de dinero causadas, por las que sea condenada EMCALI.

No obstante, sobre los valores que versen las condenas a que acceda el Tribunal, habrá lugar al pago de intereses comerciales moratorios a la tasa más alta permitida por la Superintendencia Financiera a partir del día siguiente al vencimiento del plazo cierto para el pago de las obligaciones impuestas en la condena, sin que esta se haya cancelado, y hasta el día del pago total.

De acuerdo con lo anterior, no se declarará la prosperidad de las pretensiones 2.7 y 2.8 de la Demanda Reformada.

### **3. PRETENSIÓN LIQUIDATORIA**

#### **3.1. Pretensión sobre la liquidación del contrato**

##### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE Y LA CONVOCADA**

Tanto la parte Convocante como la parte Convocada, formularon la pretensión de liquidación del Contrato en sus pretensiones 3 y Décima Séptima, respectivamente, de manera que no se advierte controversia alguna en cuanto al pedimento que elevan al Tribunal en este sentido.

## b. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Teniendo en cuenta lo pretendido por ambas partes, conviene recordar que la liquidación del negocio jurídico ha sido entendida como aquella posterior a la ejecución del contrato, en que se realiza la rendición final de cuentas con fundamento en el desarrollo del mismo, se determinan las acreencias a favor o en contra de cada parte o se declaren a paz y salvo, según sea el caso.

Sobre la fase de liquidación, el Consejo de Estado ha considerado que “la liquidación del contrato constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial<sup>158</sup>”.

En el caso particular, el periodo de liquidación del Contrato tuvo una duración de un año, contado a partir del 6 de mayo de 2020. El plazo de liquidación del Contrato se venció sin que EMCALI firmara el acuerdo de transacción al que ya se ha referido ampliamente este Panel Arbitral. Del mismo modo, entre las partes no se suscribió acta de liquidación bilateral al Contrato.

Para efectos de determinar las sumas a liquidar, se hace necesario, en primer lugar, determinar la sumatoria de los reconocimientos realizados por concepto de obras ejecutadas no pagadas y de obras adicionales, conforme a lo resuelto en el numeral 1.10. de estas consideraciones:

Concepto	A favor de ACCIONA	A favor de EMCALI
Obras ejecutadas no pagadas	\$2.852.246.786	
Obras adicionales ejecutadas	\$292.181.474	
Mayores costos de administración debido a suspensiones, extensión de la etapa de liquidación y custodia y mantenimiento de equipos	\$3.232.509.773,20 -30% = \$2.262.756.841,24	
No pago a ACCIONA de la factura FV AC023	\$288.181.219	

<sup>158</sup> Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, Rad. 28881.

Intereses moratorios sobre las 4 facturas pagadas tardíamente	\$84.914.961	
Utilidad dejada de percibir por parte de ACCIONA	\$649.322.714 - 30% = \$454.525.899,80	
Equipos suministrados	\$20.536.374.849	
Anticipo no amortizado		\$6.419.503.633
Subtotal antes de compensación	\$26.771.182.030,04	\$6.419.503.633
<b>TOTAL luego de compensación</b>	<b>\$20.351.678.397,04</b>	<b>\$0.00</b>

Se pone de presente que en virtud de lo establecido en el artículo 1714 del Código Civil<sup>159</sup>, y además por haber sido invocada esta excepción por ambas Partes, se aplica la **compensación** entre las deudas a cargo de las Partes del contrato, tal como lo refleja la tabla de liquidación anterior.

De esta forma, se accede a las pretensiones 3 de la Demanda Reformada y Décimo Séptima de la Demanda de Reconvención, en el sentido de liquidar el contrato en los términos expuestos, por lo cual se condenará a EMCALI a pagar a ACCIONA la suma de **\$20.351.678.397,04**.

## **B. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

### **1. PRETENSIONES DECLARATIVAS**

#### **1.1. Pretensión PRIMERA**

##### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

Que se declare que ACCIONA SAU – SUCURSAL COLOMBIA ha incurrido en la violación del principio de conmutatividad y en el incumplimiento de varias de las obligaciones a su cargo contenidas en el Contrato de Obra No. 300-GAA CO-1250-2017, cuyo objeto era la “Optimización para las mejoras de la infraestructura

---

<sup>159</sup> **ARTICULO 1714. <COMPENSACION>**. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

## **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

existente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo”, celebrado con EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE – E.S.P.

Acciona puso de presente que cumplió con todas sus obligaciones contractuales, en la medida que así lo permitieron las condiciones y los propios incumplimientos de EMCALI.

Resaltó que “el principio de conmutatividad, entendido como la correspondencia que debe existir entre las obligaciones de las partes en un contrato bilateral, fue violado por EMCALI, ya que: (a) no cumplió con sus obligaciones relativas a la planeación del proyecto, la entrega de las estructuras para su intervención por parte de Acciona Agua, la obtención de los permisos ambientales, dilató la respuesta a las observaciones y requerimientos de Acciona Agua, violó el principio de la buena fe al no suscribir las prórrogas que requería el Contrato para su correcta ejecución, y contó con una Interventoría deficiente y arbitraria; (b) no cumplió con su obligación de pago de las obras, suministros y actividades ejecutadas efectivamente por parte de Acciona Agua, y (c) pretende endilgar a Acciona Agua daños que fueron producidos exclusivamente por la misma EMCALI como operador de la PTAR-C”.

Asimismo, sostuvo que quien verdaderamente incumplió el Contrato fue EMCALI, directamente, y por conducto de su Interventora.

## **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

En aras de resolver la pretensión elevada por el demandante en reconvencción en relación con el incumplimiento de Acciona Agua de las obligaciones a su cargo y del principio de conmutatividad del negocio jurídico, se reitera lo analizado en acápite precedente, en relación con el incumplimiento mutuo de las partes respecto a las obligaciones contenidas en el contrato No. 300- GAA-CO-1250-2017.

Tal como se consideró al resolver las pretensiones 1.12 y 1.13. de la demanda reformada, para el Tribunal es claro que en el caso concreto procede la aplicación del criterio de concurrencia de culpas de ambas partes, en la medida en que el

En tal sentido, y como se indicó, el Tribunal declarará probados en contra de EMCALI, los incumplimientos consistentes en: (ii) no atender las obligaciones de diligencia, respuesta y gestión; (iii) no llevar a cabo una correcta dirección y supervisión de las labores a cargo del interventor, IDOM; (iv) la falta de entrega de las áreas en debida forma para la ejecución del Contrato; y (v) la falta de entrega de las áreas dentro de los tiempos establecidos en el Plan de Trabajo, todos ellos reclamados en la pretensión 1.12 de la demanda reformada y accederá al reconocimiento de la pretensión 1.13, consistente en “*que se declare que Empresas Municipales de Cali EICE – ESP incumplió el Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017, porque con sus actuaciones y omisiones generó atrasos en la ejecución del Contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017*”; no obstante, el Tribunal consideró que para efectos de la tasación de los perjuicios reclamados por Acciona Agua, EMCALI debe asumir una responsabilidad del setenta por ciento (70%) del valor de los mismos, y el treinta por ciento (30%) restante debe ser asumido por ACCIONA.

En efecto, se reitera que esta última decisión se fundamentó en que Acciona Agua tuvo una oportunidad de conocer de primera mano las instalaciones de la PTAR que sería objeto de intervención en la visita técnica que realizaron los proponentes interesados, entre los que se encontraba ACCIONA.

La actuación de Acciona, evidenciada desde la fase previa del contrato, constituyó una de las causas eficientes que dio lugar a la inconclusa ejecución del objeto contractual.

En ese sentido y con sustento en los análisis ya realizados con ocasión de los incumplimientos de la convocada, se accederá parcialmente a la prosperidad de la Pretensión Primera de la Demanda de Reconvencción, en atención a que en capítulo anterior se ha concluido que existieron también incumplimientos de ACCIONA que concurrieron en la causación de los daños que las partes reclaman. Por lo anterior, el Tribunal tendrá por probadas, parcialmente, las Excepciones Nos. 1, 3.2 y 3.3 propuestas por ACCIONA en su contestación a la Demanda de Reconvencción

## **1.2. Pretensión SEGUNDA**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

Que se declare que las obligaciones que se contenían en el contrato No. 300- GAA-CO-1250-2017 eran de resultado, de tal manera que el único cumplimiento de dichas obligaciones es desarrollar íntegramente el objeto contractual establecido.

Acciona agua se opuso a la pretensión, al considerar que las obligaciones del Contrato celebrado eran bilaterales, conmutativas y sinalagmáticas, por lo que, para su efectivo y oportuno desarrollo requerían un cumplimiento correlativo.

Reiteró que EMCALI debía: (i) planear correctamente el proyecto, teniendo en cuenta las necesidades de la PTAR-C y su operación; (ii) para que Acciona Agua pudiera intervenir las estructuras de la PTAR- C, requería un diseño básico óptimo de las mismas, con Especificaciones Técnicas completas, y que las mismas se entregaran oportunamente; (iii) debía obtener los permisos correspondientes para la ejecución de los trabajos; (iv) había que tener en cuenta la operación de la PTAR-C; (v) debía contar con una Interventoría idónea, apta y capaz de cumplir con sus obligaciones de supervisión; (vi) debía pagar las obras, suministros y actividades ejecutados por Acciona Agua, y (vii) en general, debía responder oportunamente a los requerimientos contractuales, a las peticiones que se le presentaban y a las sugerencias que se ideaban para poder desarrollar eficazmente el objeto contractual. Al no cumplirse con estas previsiones, de total responsabilidad de EMCALI, esa entidad no podía exigir el cumplimiento de un resultado.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Sea lo primero establecer que en un contrato como el que da origen a este proceso, no resulta posible determinar que todas las obligaciones son de resultado como se desprende de la forma en que está planteada la pretensión.

Si bien es cierto, la construcción de la obra contratada sí constituye por sí misma una obligación de resultado, el contrato da cuenta de otras que no pueden gozar

del mismo calificativo. En ese sentido, y atendiendo a que en la pretensión se solicita una declaración genérica de que todas las obligaciones son de resultado, no puede despacharse favorablemente.

Pero adicionalmente, para resolver la segunda parte de la petición, el Tribunal se remite a lo resuelto en el acápite anterior al resolver la pretensión 1.1. y reitera lo manifestado al analizar las pretensiones 1.12 y 1.13 de la demanda principal reformada en el sentido de considerar que el contrato No. 300- GAA-CO-1250-2017, implicaba pretensiones conmutativas y sinalagmáticas, y que, si bien se presentaron algunos incumplimientos por parte de ACCIONA, en especial en la etapa precontractual, los graves incumplimientos de las obligaciones contractuales a cargo de EMCALI, así como la inadecuada planeación del negocio jurídico, impidieron la ejecución del objeto contractual en debida forma. En ese sentido tampoco podrá accederse a la prosperidad de la segunda parte de la pretensión.

Se itera que, en el presente caso, se encuentra plenamente demostrado, conforme a lo expuesto ampliamente al resolver las pretensiones de la demanda principal, que EMCALI erró tanto en la formulación del proyecto al configurarse una inadecuada planeación del negocio jurídico y un indebido establecimiento del plazo contractual, así como en la dirección del negocio jurídico durante la ejecución contractual, lo cual contribuyó en gran medida a que no se pudiera cumplir la obligación de construcción contratada.

En tal sentido no está llamada a prosperar la pretensión. En consecuencia, el Tribunal encuentra probada la Excepción No. 3.1 de la contestación a la Demanda de Reconvención.

### **1.3. Pretensión TERCERA**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La Convocante en Reconvención solicita como pretensión tercera *“Que se declare que la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato No. 300-GAA-CO-1250-2017 que establece “los retrasos que se deriven por falta de información y claridad por parte del contratista serán de su absoluta responsabilidad. No se aceptan actas*

*de pago de suministros antes de que se haya verificado su correspondiente instalación, y para el pago final de las cantidades ejecutadas requerirá del recibo a satisfacción del interventor”* fue incumplida de parte de ACCIONA en cuanto no instaló y puso en funcionamiento los equipos necesarios para cumplir con el objeto del contrato.

La Convocante en Reconvención solicita al Tribunal declarar que la obligación contenida en la cláusula sexta del contrato, referente a que los retrasos por falta de información y claridad por parte del contratista serán de su responsabilidad, fue incumplida por ACCIONA por no haber instalado ni puesto en funcionamiento los equipos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato. Refirió que en la confección del estudio y diseños de los equipos a instalar, la Convocada no advirtió que se requeriría de al menos un mes de parada completa de la PTAR, condición que era imposible de aceptar para EMCALI, toda vez que ello generaría efectos ambientalmente considerables, y además, que no contaban con los permisos por parte de las autoridades ambientales para una parada total durante todo ese tiempo. Señaló que por dicha circunstancia, EMCALI insistió en hacer paradas intermitentes de la operación, pero que ACCIONA AGUA no accedió a los mismos, generando así la frustración del objeto contractual. Por otra parte, agrega que EMCALI no debería asumir los eventuales daños que se deriven por falta de uso o mantenimiento de equipos que por “causa o culpa” de ACCIONA AGUA no están al servicio del proyecto, ya que no fueron instalados y no cuentan con recibido a satisfacción por parte de la Convocante.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

ACCIONA se opone a la pretensión alegando que el incumplimiento de dicha cláusula estaba supeditado a que EMCALI cumpliera con sus obligaciones contractuales. Manifestó que hubo equipos suministrados por ACCIONA pero que no pudieron ser instalados por responsabilidad exclusiva de EMCALI. Por otra parte, alega que, ante los incumplimientos de la Entidad Contratante, ésta decidió no sancionar a la Convocada, ni inició acciones por los supuestos incumplimientos endilgados por la Interventoría, sino que EMCALI decidió crear mesas de trabajo para dar prórroga del contrato de



manera que pudiera terminar de ejecutarse, acorde con las necesidades de la PTAR.

Manifiesta que la única razón alegada por la Convocante para no firmar el otrosí que permitiera ejecutar el proyecto fue su negativa a permitir que ACCIONA reclamara los sobrecostos, la mayor permanencia en obra, ineficiencias de EMCALI, entre otros, y agrega la Convocada que el riesgo que se generó en la operación de la PTAR-C debe ser asumido íntegramente por EMCALI y además, debe pagarle “todos los suministros, equipos, actividades y obras ejecutadas en virtud del contrato”.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Dado que la controversia que subyace de esta pretensión gira en torno a la determinación del responsable de la tramitación de los permisos ambientales, y la entrega e instalación de equipos a cargo de ACCIONA, el Tribunal se remite a las pruebas obrantes en el expediente para desentrañar la realidad de la ejecución contractual frente a estos aspectos puntuales.

Así, en primer término, en lo que respecta a la tramitación de los permisos ambientales el Tribunal ya tuvo oportunidad de referirse en acápites precedentes donde se examinó la conducta de las partes, en punto de evidenciar las tardanzas que se produjeron para la definición de la parte contractual a la que correspondía la tramitación de los permisos ambientales para la detención total de la PTAR-C por espacio de 33 días, debiéndose aquí reiterar que el Tribunal pudo constatar que la Interventoría conceptuó que dicha obligación correspondía al propietario de la PTAR, quien por demás es responsable del vertimiento<sup>160</sup>, y que solo en virtud de tal raciocinio es que logra entenderse la razón por la cual fue EMCALI quien finalmente tramitó dichos permisos, como se relata en el informe de supervisión<sup>161</sup> así: “Ante tal ***vacío***, la gestión institucional de la consecución de los permisos ambientales con la CVC debió ser asumidos en su totalidad por EMCALI con algún acompañamiento de la interventoría y no por el contratista”. De suerte, pues, que si

---

<sup>160</sup> Prueba 1.1. de la Contestación a la Demanda de Reconvención.

<sup>161</sup> Prueba 3 de la Contestación a la Demanda Reformada, página 33.

no se hubiera tratado de permisos cuya tramitación se encontraban a cargo de la entidad contratante, el Tribunal no encontraría explicación distinta para justificar la razón por la cual procedió a su tramitación; todo lo cual resulta igualmente coincidente con lo destacado por ACCIONA en el numeral 38.5 de su contestación a la Demanda de Reconvención.

Habiéndose descartado así la responsabilidad de la Demandada en Reconvención respecto de la tramitación de los permisos ambientales para la detención de la PTAR por espacio de 33 días, corresponde al Tribunal dilucidar la siguiente controversia planteada respecto del suministro, instalación, recibo y pago de los equipos que se encontraban a cargo de ACCIONA.

Así, el Tribunal infiere que el reparo de la Demandante en Reconvención pareciera consistir en la falta de instalación de los equipos dentro de la vigencia del término del Contrato (no obstante no existir una prueba directa en este proceso sobre la causa concreta de dicha falta de recibo), lo que conllevó la imposibilidad de su recibo por parte de la entidad estatal. Sobre este respecto, el Tribunal reconoce que, en efecto, dicha instalación no se verificó dentro del plazo del contrato, y aunque las Partes no ofrecen en sus escritos procesales mayores señas sobre las razones de orden fáctico que ocasionaron que ello hubiera ocurrido así, para el Tribunal resulta claro que, pese a que el suministro o entrega de los equipos sí se verificó ocurrida a favor de EMCALI, su instalación no logró realizarse en el plazo inicial convenido, lo cual habría podido ocurrir si se hubiera dado la suscripción del otrosí que formalizaría la extensión del plazo contractual, el cual, según lo relatan las Partes, estuvo a punto de perfeccionarse, de no haber sido por la reticencia de EMCALI para proceder a ello.

En línea con lo anterior, fue solicitada de oficio por el Tribunal, y aportada por las Partes la comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-EMC-0992 de fecha 30 de agosto de 2021, remitida por ACCIONA a EMCALI, mediante la cual la primera ratifica a EMCALI que la propiedad de los equipos es de esta última, dado que estos le fueron suministrados en cumplimiento de una de las obligaciones del Contrato, que contaron además con la aprobación previa de EMCALI para proceder a dicha compra, pese a lo cual —refirió textualmente— “*EMCALI, ni recibió los equipos, ni*

los pagó, ni los operó y los mismos se encuentran abandonados en la PTAR de Cañaveralejo, como bien lo reseñó Acciona Agua en varias de sus comunicaciones.”. La misma comunicación analizada refiere que, pese a la propiedad que le asiste a EMCALI sobre los equipos, esta última ha compelido a la primera a acometer su mantenimiento, por lo cual ACCIONA solicita *“el acceso a la PTAR-C y permitir el retiro de los equipos para su mantenimiento y almacenamiento”*, lo cual, afirmó, sería cobrado en todo caso en el presente proceso arbitral.

En respuesta a esta comunicación, EMCALI remitió el 14 de septiembre de 2021 el Oficio 1000453772021<sup>162</sup>, mediante el cual puso de manifiesto que la existencia del presente Tribunal de Arbitramento limitaba su autonomía para decidir sobre el asunto. Añadió que a la Contratista le fue entregado un anticipo del 20% del valor del contrato, pendiente de amortización, y que el retiro de los equipos se tornaba improcedente hasta que este Tribunal decidiera sobre la materia *“o en su defecto, hasta tanto ACCIONA S.A.U., proceda a la devolución de los \$11.560.302.634 (...)”*, esto es, hasta tanto se produjera la restitución del saldo del monto del anticipo pendiente de amortización, sin perjuicio de lo cual EMCALI continuaría coordinando el ingreso de ACCIONA a las instalaciones de la PTAR para las actividades de *“cuidado y mantenimiento a que haya lugar sobre los equipos, que se encuentran a su cargo (...)”*.

A partir del análisis de las comunicaciones cruzadas entre las Partes, el Tribunal destaca varios aspectos que considera relevantes para definir lo relativo a la entrega de los equipos, en los términos de la pretensión propuesta en la Demanda de Reconvencción.

El primero de dichos aspectos consiste en señalar que logró evidenciarse una actuación diligente de parte de ACCIONA al evitar la extensión del perjuicio que se causaría de haberse producido el abandono de los equipos mientras culmina el presente trámite arbitral, lo cual se constata a partir de sus manifestaciones por las cuales solicitó poder retirar y realizar el mantenimiento de los equipos de forma directa, sin perjuicio de los recobros a que posteriormente hubiere lugar.

---

<sup>162</sup> Prueba 1.105 de la Demanda Reformada.

En segundo término, para el Tribunal es claro que EMCALI no rebatió lo afirmado por ACCIONA en su comunicación, acerca de que la propiedad de los equipos fuere de la entidad estatal, amén de su entrega en cumplimiento de una de las obligaciones del Contrato, habiendo simplemente empleado en su comunicación de respuesta un eufemismo que no permite concluir nada en contrario, cuando afirmó que permitiría continuar los ingresos a la PTAR para el mantenimiento y cuidado de los equipos “*que se encuentran a su cargo*” (con referencia a ACCIONA).

Asimismo, llama la atención del Tribunal que en la primera parte del oficio de respuesta EMCALI hubiere afirmado, so pretexto del presente Tribunal de Arbitramento, una absoluta falta de autonomía para alcanzar algún acuerdo respecto de los equipos, pero que a renglón seguido hubiere indicado que el retiro de los mismos se permitiría si se evidenciaba el pago del saldo del anticipo pendiente de amortización. Ello, en criterio del Tribunal, constituye una clara contradicción del argumento de la Convocante en Reconvención que utilizó para simplemente pretextar e impedir el retiro de los equipos, en lo que a juicio de este Tribunal constituyó también un ejercicio ilegítimo de una especie de *retención*, que si bien no logra identificarse con el supuesto del art. 2417 del Código Civil, —habida cuenta de que la cosa pertenece en este caso al acreedor—, sí le permite al Tribunal recordar la proscripción de este tipo de comportamientos en materia contractual, salvo que los mismos hubieren sido expresamente pactados o consentidos entre las Partes, nada de lo cual se evidencia en el caso concreto.

De esta forma, lo que se evidencia en criterio del Tribunal es la ostensible falta de colaboración y ayuda necesaria de parte del contratante beneficiario de la obra para alcanzar algún tipo de solución mancomunada para permitir la instalación de los equipos y su consiguiente recibo, de suerte que el deudor de la prestación pudiese cumplir efectivamente con la obligación que por diversos medios estuvo dispuesto a satisfacer, y conjurar así el ejercicio de conductas que rocen la retaliación, que solo logran inducir la relación contractual en un bucle de indefinición, en este caso sobre la recepción de los equipos, pues resulta claro que si el acreedor no permite de ninguna forma su instalación, tampoco podrá ocurrir su recibo, y de esa forma no existirá la posibilidad de finiquitar este aspecto operativo y práctico de la relación contractual.

Por motivo de lo anterior, no prospera la pretensión Tercera de la Demanda de Reconvención, y se declararán probadas las excepciones números 2, 3.8 (parcialmente) y 5 (parcialmente), formuladas por la Convocada en Reconvención.

A su vez, los mismos razonamientos que han sido expuestos en el análisis de esta pretensión de la Demanda de Reconvención, le permiten al Tribunal acceder al reconocimiento del ordinal (i) de la pretensión 1.12 de la Demanda Principal Reformada y tener por no probadas la excepciones números 1 y 8 planteada por la Convocada en su contestación a la Reforma de la Demanda Principal, en lo que respecta a esta puntual pretensión.

De todo lo anterior dará cuenta la parte resolutive del presente laudo.

#### **1.4. Pretensión CUARTA**

##### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La Demandante en Reconvención pretende que se declare que fue incumplida por ACCIONA la obligación contenida en el numeral segundo de la cláusula octava del contrato, referente a que el contratista desarrollaría el objeto del contrato de acuerdo con las especificaciones y/o requerimientos técnicos contenidos en los términos de referencia.

Como fundamento de esta pretensión, señala varios apartados del Informe Final de Interventoría<sup>163</sup>, habiéndose remitido a su Capítulo 8, donde trató el incumplimiento del ítem 12.6 relativo al suministro, instalación, prueba y puesta en servicio de los Motogeneradores de Energía a Gas, habiendo señalado, en síntesis, que la Hoja de Datos que suministró con la comunicación CO051C1-DP-CR-AAG-IDO-0258 respecto de un equipo “GUASCOR SIEMENS” correspondía a un equipo distinto del que hizo parte de la propuesta, sobre el cual se estructuró su precio, por lo cual la Interventoría no hizo aprobación del mismo.

---

<sup>163</sup> PRUEBA 2 DEMANDA DE RECONVENCIÓN

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

ACCIONA se opone a la pretensión toda vez que desarrolló y ejecutó el contrato acorde a las Especificaciones Técnicas y los requerimientos técnicos establecidos en el contrato. También, resalta que fue ella quien completó las Especificaciones Técnicas, pues las ofrecidas por la entidad contratante presentaban desviaciones o eran susceptibles de ser ajustadas a la realidad de la operación de la PTAR-C. Refirió que ante la negativa de la Interventoría para admitir el equipo SIEMENS, ofreció un equipo JENBACHER, según había sido sugerido por la Interventoría, y a pesar de que el equipo presentaba desviaciones en las Especificaciones Técnicas.

**c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Pese a que la Convocante en Reconvención no presentó con claridad la relación entre los hechos que invoca como incumplimiento y la pretensión formulada —habida cuenta de que la mayoría de los aspectos que enrostra como incumplimientos derivan de una transcripción completa y literal del numeral 8 del Informe de Interventoría, que realizó en el Hecho 26 de la Demanda de Reconvención—, el Tribunal en su deber de desentrañar la controversia logra evidenciar que el reproche de EMCALI en cuanto a esta puntual pretensión se centró fundamentalmente en el aspecto de la entrega del equipo Motogenerador de Energía a Gas por parte de ACCIONA, sobre el cual la reconviniante refirió que el ofrecimiento de un equipo *GUASCOR SIEMENS* no se compadecía con el ofertado por aquella, sobre el cual se estructuró el precio del Contrato.

Sobre este particular, el Tribunal evidenció, a partir de lo narrado por las Partes, que ante la negativa de la Interventoría para admitir el equipo SIEMENS, ACCIONA ofreció una alternativa de equipo de la marca JENBACHER que, según lo manifestó la propia EMCALI, fue finalmente aprobado por la Interventoría, como lo relató la propia Demandante en Reconvención al reproducir lo dicho por la Interventoría sobre este aspecto (habida cuenta, se itera, de la transcripción literal del Informe de Interventoría en el Hecho 26 de su Demanda): “7. En respuesta a lo anterior, con

nuestra Comunicación No. 2019-21382-0589- AC del 15-Jul-2019, **la Interventoría aprobó el equipo marca JEMBACHER**, Modelo JMS 320 D828 480 V, presentado por el Contratista con Carta CO05-DP-CRAAGIDO-0499 del 27-Jun-2019 para el cumplimiento del suministro de grupos electrógenos del Ítem 12.6, de acuerdo con la Hoja de Datos No. CO05C1-IMHD1206 RB.” (Se destaca)

De esta forma, para el Tribunal es claro que, aun con los retrasos que conllevó la discusión sobre la marca de equipo admisible —circunstancia que se presentó en múltiples otras ocasiones como lo advirtió el Tribunal al analizar las vicisitudes de la ejecución del Contrato—, la Convocada en Reconvención sí dio cumplimiento a la entrega del equipo que, conforme a los lineamientos de la Interventoría, reunía los requisitos de Especificaciones Técnicas, y por tanto no puede predicarse el incumplimiento de ACCIONA en este sentido.

Del mismo modo, la Convocada en Reconvención alegó haber dado cumplimiento a las Especificaciones Técnicas requeridas en el Contrato, y haber procedido al ajuste de aquellas que precedieron la iniciación del Contrato, que lo requirieron durante la ejecución contractual, lo cual encuentra sustento para el Tribunal a partir de lo identificado por el dictamen pericial técnico aportado por ACCIONA. Sobre dicha afirmación, valga recordar que las Especificaciones Técnicas iniciales fueron modificadas por las Partes mediante el Otrosí No. 1, habida cuenta de lo acordado entre ellas en el Otrosí No. 1, y por tanto resultaría improcedente afirmar que ACCIONA no dio cumplimiento a unas especificaciones que, con posterioridad a su estipulación, fueron modificadas en virtud de la *reformulación* del alcance del Contrato acordado entre ambos contratantes.

Por consiguiente, al no existir evidencia puntual y concreta sobre un incumplimiento determinado y preciso de las Especificaciones Técnicas, el Tribunal no encuentra habilitación probatoria para acceder al reconocimiento de la pretensión Cuarta de la Demanda de Reconvención, y en su lugar procederá a tener por probadas las Excepciones 3.1 y 5 (parcialmente) planteadas por ACCIONA en su contestación a la Demanda de Reconvención.

## **1.5. Pretensión QUINTA**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

Solicita la Convocante en Reconvención que se declare que la obligación consagrada en el numeral tercero de la cláusula Octava del Contrato, que establecía que el Contratista debía cumplir con lo estipulado en las CEC, las CGC y en la propuesta presentada, entregando la obra contratada de acuerdo con los criterios de calidad exigibles, los diseños, los planos y las especificaciones que hicieron parte del pliego de condiciones, con sujeción a los precios unitarios estipulados, y en los plazos establecidos, fue incumplida por ACCIONA.

Una vez más el Informe de Interventoría socorrido en sus anteriores pretensiones reconvencionales, fue utilizado en esta oportunidad para argumentar su postura, sin un análisis específico sobre la pretensión concreta deprecada.

### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

ACCIONA, por su parte, se opuso a la prosperidad de la pretensión, bajo el entendido de que desarrolló y ejecutó el Contrato conforme con lo establecido en las CEC, las CGC, la propuesta de Acciona Agua, y los requerimientos de calidad exigibles. Puntualizó que ACCIONA incluso completó las Especificaciones Técnicas que tenían desviaciones o que debían ajustarse a la realidad de la operación de la PTAR-C.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

A partir del análisis del numeral 8.7 del Informe de Interventoría reproducido por la Convocante en Reconvención para sustentar su pretensión, el Tribunal pudo evidenciar algunas menciones a oficios remitidos por dicho interventor a ACCIONA, por petición de EMCALI, en el cual le requiere, por ejemplo, la presentación de documentos que reúnan las exigencias de EMCALI referidas en el Anexo 11 de las



CEC.

Sin embargo, no se tiene mayor noticia, a partir de lo indicado en el extensísimo informe reproducido por la Convocante en Reconvención, de que ACCIONA no hubiera dado cumplimiento final a tales requerimientos, habiendo de reiterar que la Convocante en Reconvención no especificó cuál o cuáles de tales CEC y CGC resultaron incumplidas por ACCIONA.

En cualquier caso, ha de reiterarse la argumentación expuesta por el Tribunal al dilucidar las vicisitudes que afectaron la ejecución contractual, en el sentido de que la reformulación del Contrato alteró por completo el contenido de las prestaciones que resultaban exigibles a la luz de las Condiciones Generales y Específicas de Contratación, a la vez que la propuesta presentada por la Contratista, toda vez que la misma fue presentada con base en los requisitos del pliego de condiciones que, se itera, perdió su carácter de norma toral del proceso contractual con ocasión de la reformulación del objeto que se materializó mediante el Otrosí No. 1 suscrito entre las Partes. No huelga reiterar que dicha reformulación trajo consigo un replanteamiento de las especificaciones técnicas de la contratación y un nuevo análisis de precios unitarios (APU), y que ambas partes fueron conscientes de la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del Contrato (aunque nunca se formalizó tal entendimiento común).

En este sentido, al estar dirigida la pretensión de la Convocante en Reconvención a que se declare el incumplimiento de las obligaciones de la Contratista a la luz de los pliegos de condiciones, los precios unitarios estipulados y los plazos de ejecución inicialmente establecidos por la entidad contratante, los cuales informaron la fase precontractual, el Tribunal no puede acceder a su prosperidad, pues ello comportaría el desconocimiento de la inusitada realidad fáctica y jurídica de la ejecución contractual que se evidenció en el caso concreto con el replanteamiento del objeto contractual. En tal virtud, el Tribunal encuentra también probadas, en lo que respecta a esta pretensión, las excepciones 3.1 y 5 (parcialmente) formuladas por ACCIONA en su escrito de contestación a la Demanda de Reconvención.

## 1.6. Pretensión SEXTA

### a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Solicita la Convocante en esta pretensión, que se declare que la obligación contractual a cargo de ACCIONA, de atender los requerimientos que le impartiera el interventor del Contrato, fue incumplida por la Convocada en Reconvención.

Señaló algunos apartes, nuevamente del Informe de Interventoría que transcribió de forma textual, para referir que en su numeral 8.6 IDOM reseñó “(...) *la falta de atención a los requerimientos de la Interventoría orientados a la necesidad de contar con programas remediales y una reprogramación ajustada a la realidad del Proyecto*”, entre otros comportamientos de ACCIONA que se asimilan en lo fundamental al que acaba de mencionarse.

### b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

La Convocada en Reconvención se opuso a la pretensión de EMCALI, indicando que siempre atendió los requerimientos de la Interventoría, y que cuando esta última impartía instrucciones incorrectas, arbitrarias o por fuera del objeto contractual, fueron respondidas por ACCIONA. Agregó que aquellos requerimientos sobre los cuales la Interventoría afirmó haber sido incumplidos por ACCIONA, obedecieron a que se trataban de instrucciones ajenas y alejadas a lo que establecía el Contrato y a lo requerido para la optimización de la PTAR.

### c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal en su actividad de esclarecimiento fáctico, tuvo oportunidad de constatar varios oficios de la Interventoría como la Comunicación CO05C1-DP-CR-AAG-IDO-0549 en el que dicho ente señaló: “*La Obligación General No. 5 de la Cláusula Novena del Contrato 300-GAA-CO1250- 2017 establece: “Atender los requerimientos que imparta el Interventor del contrato quien se encargará de la vigilancia y control, tendientes a la buena ejecución del objeto contractual”, **obligación que ACCIONA ha incumplido al no atender nuestros reiterados y***

**documentados requerimientos**<sup>164</sup>.

A su vez, la propia Convocada en su réplica frente a la pretensión que se analiza, reconoció haber desatendido instrucciones que, a su juicio, no se correspondían con las reales necesidades del Contrato; conducta que, en criterio del Tribunal, abren paso a la pretensión en la forma que ha sido planteada por la Convocante en Reconvención, aunque de forma parcial, pues en todo caso no existe registro de que dichos incumplimientos hayan sido sobre la totalidad de requerimientos e instrucciones de la Interventoría. Por lo anterior, el Tribunal reconocerá parcialmente la Pretensión Sexta de la Demanda de Reconvención, y en consecuencia tendrá por probada parcialmente, en lo que hace a estos incumplimientos, la Excepción 1 de la Contestación a la Demanda de Reconvención, y por probada parcialmente la Excepción No. 2 también de la Contestación a la Demanda de Reconvención, en lo que respecta a que las falencias en la actividad de la Interventoría llevaban a la desatención de sus instrucciones.

### **1.7. Pretensión SÉPTIMA**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La pretensión Séptima de la Demanda de Reconvención persigue que fue incumplida la obligación de ACCIONA de *“tramitar aquellos permisos que sean necesario para la ejecución de los trabajos que resulten adicionales a los que entre EMCALI”*.

Sobre el particular, refirió que siendo del absoluto resorte de ACCIONA la confección de estudios y diseños de los equipos a instalar y poner en funcionamiento, no advirtió a EMCALI que ello requeriría una detención de la PTAR de al menos un mes, lo cual resultaba de imposible aceptación para EMCALI por los perniciosos efectos que ello conllevaba, y por la completa falta de permisos otorgados por las autoridades ambientales para realizar la parada por tan prolongado periodo, habiendo recordado que para contrarrestar tales efectos, EMCALI insistió en realizar detenciones intermitentes de máximo una semana.

---

<sup>164</sup> Prueba 1.139 de la Demanda Reformada.

**b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada formuló oposición a la pretensión indicando que ACCIONA siempre gestionó y obtuvo los permisos que le eran exigibles en el marco de sus obligaciones. Señaló que quien incumplió con la obligación de tramitación de permisos fue EMCALI, al no gestionar los que le correspondían, en especial el relativo a la autorización para la parada de la PTAR para la ejecución de varios ítems contractuales, habida cuenta de que ACCIONA solo debía tramitar aquellos permisos que no le estuvieran expresamente asignados a EMCALI, por lo que, al encontrarse establecido en cabeza de esta última la consecución de los permisos ambientales, de ninguna forma ACCIONA puede resultar incumplida por su falta de tramitación. Agregó que al ser EMCALI el dueño de la PTAR y de los vertimientos, la solicitud que hubiere realizado ACCIONA habría sido rechazada al no provenir del propietario y titular de los permisos ambientales de vertimiento, esto es, EMCALI; todo lo cual se sustenta en el PGT que fue aprobado por EMCALI y la Interventoría, en el cual se contemplaba la parada total de 33 días de la PTAR, y aduce que existen varias actas que dan cuenta de los incumplimientos de EMCALI frente al PACA.

**c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Para efectos de resolver la pretensión analizada, baste con remitirse a lo ya examinado y reiterado por el Tribunal al momento de decidir sobre la pretensión 1.12 de la Demanda Principal Reformada, y Tercera de la Demanda de Reconvención, en el sentido de que el responsable de la tramitación de los permisos ambientales para obtener la autorización de la detención de la PTAR por espacio de 33 días, era EMCALI; sin que sea necesario volver sobre las mismas consideraciones ya expuestas por el Tribunal, en aras de la siempre valiosa concreción y brevedad.

De esta forma, el Tribunal no accederá a la pretensión formulada por la Demandante en Reconvención, y en su lugar declarará probadas las excepciones 2, 3.3 y 5 (parcialmente) formuladas por ACCIONA en su escrito de contestación a

la Demanda de Reconvención.

### **1.8. Pretensión OCTAVA**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

Solicita EMCALI se declare el incumplimiento de ACCIONA frente a la obligación del numeral 13 de la cláusula Octava del Contrato, que establece que serían obligaciones principales de ACCIONA *“Todas las contenidas en el alcance del objeto y a lo largo de este contrato”*.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

ACCIONA, por su parte, se opuso a la prosperidad de la pretensión, habiendo aducido que dio cumplimiento a la totalidad de las obligaciones establecidas en el Contrato.

#### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

El Tribunal interpreta a partir de la posición de la Convocante en Reconvención, que su pretensión se enfila a que se declare que ACCIONA incumplió la totalidad de las obligaciones a su cargo, en tanto ellas en su conjunto hacían parte del objeto contractual.

De acuerdo con los análisis alcanzados por el Tribunal al momento de examinar las pretensiones de la Demanda Principal, fundamentalmente, es claro que el Tribunal reconoció el cumplimiento imperfecto de ACCIONA de varias de las obligaciones a su cargo, razón por la cual la pretensión reconvencional solo prosperará parcialmente, en tanto no se acreditó un incumplimiento total de las prestaciones que tenía a su cargo la Demandada en Reconvención. Así las cosas, también prosperará solo parcialmente la excepción 1 propuesta por ACCIONA en la contestación a la Demanda de Reconvención.

De la anterior determinación dará cuenta la parte resolutive del presente laudo.

## **1.9. Pretensión NOVENA**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La pretensión Novena reconvenicional busca la declaración de incumplimiento de ACCIONA frente al numeral primero de la cláusula Octava del Contrato que reza: *“Suministrar y mantener, en las etapas que resulten pertinentes durante la ejecución de la obra y hasta la entre de las misma, el personal ofrecido y requerido para la ejecución del objeto contractual. En todo caso, el contratista deberá contar con los profesionales o técnicos requeridos para cumplir con el objeto contractual, con la dedicación en tiempo requerida.*

Lo anterior, habida cuenta de que, según la Demandante en Reconvenición, existió una discontinuidad en el cargo del Ingeniero Residente de Obra Civil, que se evidenció en 28 días sin asignación del cago al inicio del Contrato, y otros 88 días sin realizar un reemplazo de este mismo cargo, de suerte que se registró una vacancia de 116 días del mismo.

Idéntica postura manifestó frente al Director del Proyecto, de quien señaló existió un incumplimiento de 444 días por la no provisión del cargo con el personal adecuado para ello.

### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada en Reconvenición refirió que en todo momento mantuvo el personal establecido en los documentos contractuales, el cual contaba con la cualificación profesional requerida por EMCALI, habiéndose evidenciado que existió una interpretación equivocada de EMCALI y la Interventoría respecto de los documentos contractuales, al hacer exigencias de imposible cumplimiento en relación con el personal mínimo requerido para la obra.

En sus alegatos de conclusión reprodujo los testimonios de los profesionales sobre los cuales orbitó esta controversia puntual, quienes afirmaron haberse encontrado con la cualificación necesaria para la asunción de los cargos de que trata esta pretensión.

**c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

A partir de las pruebas obrantes en el expediente, y en específico el Informe de Interventoría socorrido por la Convocante en Reconvención y los testimonios que como defensa invocó ACCIONA, para el Tribunal es claro que existió de parte de esta última una discrepancia ab initio respecto de los requisitos exigidos por EMCALI y la Interventoría para la provisión de los cargos de Director del Proyecto y de Ingeniero Residente de Obra, que afectó dicha asignación de personal en los periodos que refiere el Informe de IDOM.

Esta particular circunstancia trajo como consecuencia, según lo refirió el Informe de Interventoría invocado por EMCALI —nada de lo cual no fue controvertido puntualmente por ACCIONA—, que el cargo Ingeniero Civil Residente se hubiera suplido con 31 días de retraso frente a la fecha establecida por la Interventoría, mientras que en lo que respecta al cargo de Directo del Proyecto ocurrió una declaratoria de incumplimiento por parte del Interventor. Lo anterior resulta suficiente para el Tribunal tener por acreditados los hechos en que la Convocante en Reconvención basa su pretensión.

Asimismo, si bien los testigos ratificaron su propia aptitud para desempeñar los cargos de que trata esta pretensión, ni sus dichos ni la actividad argumentativa de la Convocada en Reconvención permiten establecer un paralelo comparativo entre lo que era exigido contractualmente, lo que exigían EMCALI y la Interventoría, y las acreditaciones profesionales que demostraran que resultaban aptos conforme a lo requerido contractualmente, de manera que tampoco cuenta el Tribunal con ningún elemento de juicio que le permita concluir algo distinto a lo que viene de mencionarse.

Con todo, teniendo en cuenta que para el caso del Ingeniero Civil Residente se tiene noticia de que el cargo fue provisto —aunque con el atraso ya mencionado—, el Tribunal procederá a declarar la prosperidad parcial de esta Pretensión, y a declarar probada, también parcialmente, la Excepción No. 1 propuesta por ACCIONA en su contestación a la Demanda de Reconvención.

## **1.10. Pretensión DÉCIMA**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En esta pretensión, EMCALI solicita la declaratoria de incumplimiento de ACCIONA frente al objeto contractual, por cuanto este comportaba una obligación de resultado, pues este como experto conocía la forma de ejecutar el trabajo y sus especificaciones, de suerte que no procede el reconocimiento de gastos causados por suministros, por cuanto la Convocada en Reconvención solo se entendía cumplida en sus obligaciones cuando entregara en funcionamiento y probada la PTAR, todo ello en virtud de la cláusula del Contrato que refería: *“los retrasos que se deriven por falta de información y claridad por parte del contratista serán de su absoluta responsabilidad. No se aceptan actas de pago de suministros antes de que se haya verificado su correspondiente instalación, y para el pago final de las cantidades ejecutadas requerirá del recibo a satisfacción del interventor”*.

En apoyo de su tesis, EMCALI se refirió a las obligaciones como tipología especial donde solo existe cumplimiento cuando se alcanza el resultado cometido, y donde el incumplimiento hace presumir la culpa, habiendo equiparado dicho tipo obligacional al de una obligación *de seguridad* en el caso concreto.

Conforme a dicha interpretación, recordó que, por ejemplo, la temática de la no instalación y recibo a satisfacción de los equipos hace evidente el incumplimiento de ACCIONA, con lo cual se despeja cualquier obligación de EMCALI de custodia y cuidado frente a los mismos.

### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

La Convocada se opuso a lo expuesto por EMCALI, en atención a que, en su criterio, dio cumplimiento a todas las obligaciones que le imponía el Contrato, y por tanto es merecedor del pago de todas las actividades, obras, suministros y equipos ejecutados y provistos para el desarrollo del objeto del Contrato, sin que EMCALI pueda aprovechar su propio incumplimiento en perjuicio del Contratista, habiendo puntualizado que ACCIONA no se



encontraba obligado a entregar probada y funcionando la PTAR, pues esta ya se encontraba en funcionamiento y operación desde antes de suscribirse el Contrato.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Dada la estrecha relación existente entre el razonamiento expuesto por la Convocante en Reconvención en esta pretensión, y el argumento que reveló en la Pretensión Segunda también de la Demanda de Reconvención, el Tribunal se remitirá a dicho análisis para ratificar su postura acerca de que no todas las obligaciones que consagró el Contrato eran de resultado.

A su vez, el Tribunal se remite a los análisis efectuados en punto del reconocimiento de las actividades, obras, ejecuciones, suministros y equipos que proveyó en el curso del Contrato, respecto los cuales, donde existió evidencia de su cumplimiento conforme al dictamen pericial técnico que no resultó controvertido por EMCALI, serán reconocidos por el Tribunal en favor de la Convocada en Reconvención, pues lo contrario implicaría auspiciar un enriquecimiento de la entidad estatal a costa del contratista; situación que no encuentra amparo a la luz de la legislación y jurisprudencia nacionales.

En consecuencia, el Tribunal accederá parcialmente a esta pretensión, pues la misma refiere a la declaratoria de incumplimiento de ACCIONA frente al objeto del contrato, el cual, como ha sido ampliamente reiterado, sí se verificó aunque de forma parcial. Por lo anterior, el Tribunal tendrá por probadas parcialmente la Excepciones No. 2 y 3 propuestas por ACCIONA en su contestación a la Demanda de Reconvención, dada la concurrencia de los incumplimientos, y tendrá por probada parcialmente la Excepción No. 1, habida cuenta de que la Convocada en Reconvención también incurrió en incumplimientos, conforme a lo expuesto por el Tribunal en el presente laudo arbitral.

### **1.11. Pretensión UNDÉCIMA**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En su Pretensión Principal UNDÉCIMA, la Convocante en reconvención solicita se declare que EMCALI no debía asumir los eventuales daños derivados de la falta de uso y mantenimiento de equipos que por causa o con culpa de ACCIONA no estén al servicio del proyecto.

En la pretensión undécima declarativa de la Demanda de Reconvención interpuesta por EMCALI, la entidad contratante solicita: *“Que se declare que EMCALI no debía asumir los eventuales daños derivados de la falta de uso o mantenimiento de equipos que por causa o con culpa de ACCIONA no estén al servicio del proyecto. Lo anterior debido a que los equipos no fueron instalados y no cuentan con un recibido a satisfacción, hecho que despeja cualquier responsabilidad de parte de EMCALI frente al deber de custodia y cuidado, tal y como se encuentra indicado en los artículos 1730, 1880, 1882 y 1884 del Código Civil colombiano, entre otros referentes normativos aplicables a la cuestión arriba explicada.”*

En los Hechos 8, 9 y 10 de la demanda de reconvención, el apoderado de EMCALI señala que en el comunicado de Interventoría No. 2019-21382-0750-EM del 25 de octubre de 2019 se destacan una serie de incumplimientos contractuales, entre ellos, *“...lo concerniente a 1. Suministros, instalación, prueba y puesta en servicio de Moto- generadores de Energía a GAS 2. Sistemas contra incendio 3. Sedimentadores 4. Digestores.”*

En el hecho 9, hace referencia al comunicado No. 2020-21382-0844-AC del 23 de enero de 2020 en el que la interventoría declaró el incumplimiento del ítem 12.6 *“Suministro, instalación, prueba y Puesta en Servicio de Moto-generadores de Energía a gas. Incluye retiro de Moto-Generadores existentes que debió realizarse entre el 18 de mayo de 2018 y el 23 de enero de 2020”* en el que IDOM señaló: *“No hay una razón válida para que el Contratista no entregue este equipo, debidamente instalado y probado, el día de hoy 23 de enero de 2020, tal como está previsto en el PGT”*, concluyendo en la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de esa interventoría.

En el hecho 10., afirma que la Interventoría de forma reiterada se refirió al Ítem 12.6, relaciona la comunicación No. 2020-21382-0844-AC del 23 de enero de 2020 en la que la interventoría señala que por la gravedad de este

incumplimiento considera que existe mérito para que EMCALI EICE ESP estudie la aplicación de las sanciones contractuales a ACCIONA AGUA SAU.

En su escrito de alegatos de conclusión, EMCALI en el capítulo “III. SOBRE LA PÉRDIDA POR LOS BIENES NO INSTALADOS DE ACCIONA” desarrolla lo relacionado con la pretensión Undécima aludiendo al artículo 1730 del Código Civil refiriendo en primer lugar que, si el bien perece en poder del deudor se presume que será su culpa:

*“ARTICULO 1730. PRESUNCION DE CULPA DEL DEUDOR. Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya.”*

Igualmente, refiere el artículo 1731 en cuanto a que si el deudor está en mora de hacer entrega del bien y este perece, también se obliga a su indemnización:

*“ARTICULO 1731. PERDIDA POR CULPA DEL DEUDOR O DURANTE LA MORA. Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.”*

Concluye EMCALI en sus alegatos, que teniendo en cuenta que la interventoría IDOM no efectuó recibo final de las obras, si el bien perece, las consecuencias generadas por su pérdida son propias del deudor dado que, por su culpa, éste estaba en mora de entregar toda vez que el objeto del contrato consiste en una obligación de resultado.

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

Por su parte, Acciona Agua se opone a la pretensión undécima planteada por EMCALI, de la siguiente manera: “Nos oponemos a esta pretensión, en la medida que: (i) Acciona Agua cumplió el Contrato celebrado con EMCALI; (ii) en virtud de lo anterior, suministró los equipos requeridos para la optimización de la PTAR-C; (iii) si los mismos no fueron instalados fue por la propia negligencia de EMCALI, que no cumplió con las obligaciones a su cargo dentro de los plazos establecidos y, derivado de ello, impidió que Acciona Agua desarrollara el objeto contractual, y, (iv) por ende, EMCALI debe asumir todos los costos, gastos y perjuicios derivados del mantenimiento y custodia de los equipos que suministró Acciona Agua y que EMCALI no permitió instalar para la optimización de la PTAR”.

Acciona Agua por su parte, en los alegatos de conclusión se refiere a esta pretensión señalando que EMCALI olvida que los costos derivados de la custodia, mantenimiento y vigilancia de los equipos derivaron de su propio incumplimiento, que en circunstancias normales, habría sido su instalación lo que le hubiera permitido a Acciona desligarse de su responsabilidad como propietario. Asimismo, afirma que EMCALI hizo todo lo posible para no recibir los equipos y proceder a su instalación.

Se destaca, nuevamente, que para la Agencia del Ministerio Público existieron procederes contractuales de ambas partes que alcanzan a consolidar incumplimientos contractuales mutuos, independientemente de la connotación de los mismos; graduación que el panel arbitral tendrá en cuenta para el momento de precisar la cuantificación de las condenas de la demanda principal y de reconvención.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

En síntesis, el Tribunal observa en la Demanda de Reconvención, que EMCALI solicitó se declarara que los daños derivados de la falta de uso y mantenimiento de los equipos que por causa o con culpa de ACCIONA AGUA no estén al servicio del proyecto, no podrán ser asumidos por la Demandante en Reconvención, toda vez que los mismos no fueron recibidos a satisfacción por la entidad, lo que la desliga del deber de custodia y cuidado. A su vez, ACCIONA AGUA se opuso a la pretensión alegando que cumplió el contrato celebrado con EMCALI al suministrar los equipos requeridos, y en tanto afirma que los equipos no fueron instalados por una negligencia imputable a EMCALI, por lo que es este quien debería asumir los costos derivados del mantenimiento y custodia de los mismos.

Finalmente, observa el Tribunal que ACCIONA AGUA solicita en su escrito de alegatos de conclusión sobre el particular, que se declare no probada la Pretensión Undécima de la Demanda de Reconvención manifestando que a pesar de que EMCALI alegó no tener responsabilidad alguna derivada de la custodia, vigilancia o administración de los equipos suministrados, este no tuvo en cuenta que estos costos tuvieron origen en sus propios incumplimientos.

Así mismo, expone en estos mismos alegatos que, en circunstancias normales, habría sido la instalación de los equipos lo que permitiría a ACCIONA AGUA desligarse de su responsabilidad como propietario. Sin embargo, señala que EMCALI hizo todo lo posible para no permitir que ACCIONA AGUA instalara los equipos suministrados, por lo que su responsabilidad frente a la custodia deriva de su propio incumplimiento y de los conceptos de indemnización plena consagrados en nuestra legislación.

Encuentra este Panel Arbitral que en el Dictamen Técnico del perito GPS<sup>165</sup> se analizan los *“equipos suministrados a reconocer por EMCALI – inventario de equipos”*. Fruto de dicho análisis, se llega a la conclusión de que conforme al cronograma base del proyecto (Aportado con el anexo GPS-144) ACCIONA sufrió perjuicios por su no instalación, por un valor de \$19.899.588.031<sup>166</sup>.

De igual forma, en el Dictamen Financiero rendido por el perito Esfinanzas<sup>167</sup> al responder a la pregunta No.7 sobre si existían equipos que ACCIONA compró pero que no fueron entregados a EMCALI, se concluyó, a partir de un balance de inventario de equipos pendientes por facturar que el costo total directo era de \$19.899.588.031; valor que coincide con el arrojado en el Dictamen Técnico. Debe resaltarse que ninguno de estos dictámenes fue objetado por parte de EMCALI.

De los dictámenes citados el Tribunal puede colegir que, en efecto, los equipos adquiridos por ACCIONA correspondían a ítems contractuales. No obstante, no es posible determinar la causa exacta y precisa que originó su no instalación y, por ende, la falta de recibo por parte de la Interventoría y la entidad estatal.

En las pruebas anteriormente referidas, así como en el expediente en general, no se encuentran pruebas fehacientes que permitan a este Tribunal conocer con grado de certeza las circunstancias de modo, tiempo y lugar que llevaron al no recibo de cada uno de los ítems correspondientes a los equipos adquiridos por ACCIONA AGUA.

---

<sup>165</sup> Pág. 141.

<sup>166</sup> Tablas: No. 42 titulada, *“Resumen de equipos suministrados a reconocer por EMCALI”* Págs 142 a 148; Tabla 43 *“Resumen de equipos suministrados a reconocer por EMCALI”* págs 149 a 155; Tabla No.44 *“Valor del costo directo del inventario de equipos”*. Págs 156 a 157.

<sup>167</sup> Pág. 32

Para el Tribunal, siendo que tanto la parte Convocante en Reconvención como la Convocada se exculpan afincándose en la exoneración de su propia culpa, pero sin presentar el sustento probatorio suficiente que lleve al Tribunal a encontrar demostrada la diligencia de uno o del otro, debe entonces abstenerse de declarar probada la pretensión y, por ende, ratificar su criterio acerca de la concurrencia en la causación de los efectos perniciosos que afectaron al Contrato.

Por lo expuesto, no se accede a esta pretensión y se declararán probadas las excepciones números 2, 3.8 (parcialmente) y 5 (parcialmente), formuladas por la Convocada en Reconvención.

## **2. PRETENSIONES CONDENATORIAS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

### **2.1. Pretensión DUODÉCIMA**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La Demandante en Reconvención solicita mediante esta pretensión lo siguiente:

*“Condenar a ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de ONCE MIL MILLONES QUINIENTOS SECENTA [sic] MIL TRESCIENTOS DOS MIL PESOS Y SEISCIENTOS TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$11.560.302.632) por concepto de saldo anticipo sin amortizar”.*

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

Por su parte, ACCIONA, pese a haber afirmado el correcto uso e inversión del anticipo, no se opuso de forma expresa a la procedencia de esta pretensión condenatoria.

#### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Dado que el Tribunal al resolver sobre la pretensión 1.11 de la Demanda Reformada, emprendió igualmente el análisis respecto de esta pretensión

reconvencional, procede en esta oportunidad a remitirse al análisis allí alcanzado, y por tanto accederá parcialmente a la pretensión duodécima de la demanda de reconvencción, en el sentido de condenar a ACCIONA a pagar el valor del anticipo no amortizado, esto es, la suma de **\$ 11.502.666.389**

## **2.2. Pretensión DÉCIMA TERCERA**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

La Demandante en Reconvencción solicita mediante esta pretensión lo siguiente:

*“Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de CUATROSCIENTOS [sic] VIENTI [sic] CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVEESCIENTOS [sic] SETENTA Y TRES PESOS (\$425.656.973) por concepto de valor mayor facturado”.*


### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

Por su parte, ACCIONA en su escrito de contestación a la Demanda de Reconvencción señaló que Acciona Agua cobró por obra ejecutada, de acuerdo con la la cláusula sexta del Contrato, por lo que si existiera un mayor valor facturado por su parte, el mismo habría de compensarse con los costos, gastos y perjuicios que debe pagar EMCALI a ACCIONA AGUA como consecuencia de los incumplimientos de aquella.


En sus alegatos de conclusión, señaló que solo puede existir condenas respecto de conceptos y valores que gocen de certeza.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

En relación con la suma de \$425.656.973 que la Convocante en Reconvencción atribuye a un *“mayor valor facturado”*, el Tribunal encuentra que la misma fue referida en algunos apartados del informe de apoyo a la liquidación elaborado por la firma Gandini y Orozco, como en el del numeral 10.4 denominado *“Saldo a favor de EMCALI”*, así:

INFORME FINAL APOYO A LA LIQUIDACIÓN		
	Contrato 300-PS-1606-2020 EMCALI EICE E.S.P.	Fecha: diciembre 30 de 2020
		Página 228 de 241
Detalle	Valor	%
Por concepto de saldo anticipo sin amortizar	\$11.560.302.632	96,40%
Por mayor valor facturado	\$425.656.973	3,60%
Total a reintegrar	\$11.985.959.607	
Contrato	\$74.957.952.932	16,00%
CONCEPTO	VALOR	
Saldo anticipo pendiente de amortizar	\$ 11.560.302.632	
Por mayor valor facturado	\$ 425.656.973	
Aplicación Cláusula Penal 20%	\$ 14.991.590.586	
Por nueva contratación para ejecutar obras faltantes	\$ 9.719.410.668	
Mayor Pago Tasa Ambiental	\$ 118.332.161.046	
<b>TOTAL</b>	<b>\$155.029.121.905</b>	

En adición, encuentra el Tribunal en el mismo informe algunas alusiones a la cuantía reclamada, bajo el título de “Diferencia a Reintegrar por parte de Acciona” (Fila final de la Tabla 41 “Información de acta final de obra pendiente de pago”), y un último cuadro donde nuevamente se invoca dicho valor junto con el saldo del anticipo sin amortizar, para efectuar el cálculo de lo que considera el informe es el saldo a favor de EMCALI, a saber:

INFORME FINAL APOYO A LA LIQUIDACIÓN		
	Contrato 300-PS-1606-2020 EMCALI EICE E.S.P.	Fecha: diciembre 30 de 2020
		Página 105 de 241
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Saldo a favor de EMCALI</li> </ul>		
<p>Teniendo en cuenta el valor ejecutado y los dineros girados por EMCALI por anticipo y facturación autorizados por IDOM, queda un saldo a reintegrar por parte de ACCIONA de:</p>		
Detalle	Valor	
Por concepto de saldo anticipo sin amortizar	\$ 11.560.302.632	
Valor a reintegrar a EMCALI por pagos en exceso en la facturación	\$425.656.974	
<b>TOTAL A REINTEGRAR ACCIONA A EMCALI</b>	<b>\$11.985.959.606</b>	

El Tribunal debe señalar que son estas las **únicas** referencias que se encuentran en el informe mencionado acerca del valor reclamado en esta pretensión de condena, sin que exista algún tipo de desglose o nota acerca de la causa y la forma



como se arribó a dicho valor.

Lo anterior, aunado al hecho de que la Convocante en Reconvención no formuló ninguna pretensión declarativa que anteceda a esta pretensión condenatoria, conduce a que el Tribunal se encuentre desprovisto de cualquier elemento de valoración para corroborar la procedencia del valor reclamado, de suerte que el ejercicio de sana crítica realizado por el Tribunal frente a este medio probatorio documental del cual emana la cifra pretendida, le permite concluir que no existe claridad ni certeza respecto del concepto y el monto que se reclama, y por tanto no accederá al reconocimiento de esta pretensión.

### **2.3. Pretensión DÉCIMA CUARTA**

#### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

El demandante en reconvención propone las siguientes pretensiones de condena:

*“DÉCIMA CUARTA*

*Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI (Sic) la suma de CATORCE MIL MILLONES NOVESENTOS (Sic) NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA MIL PESOS Y QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 14.991.590.586) por concepto de clausula penal.”*

En la demanda de reconvención, EMCALI se limitó a elevar la pretensión Décima Cuarta en los términos citados.

EMCALI sostiene de forma general en sus alegatos de conclusión que, conforme a las pretensiones declarativas que se encuentren probadas en el presente trámite arbitral, y de acuerdo con el Informe de Supervisión de Ghandini y Orozco, se condene a Acciona Agua a pagar por concepto de cláusula penal un valor de \$14.991.590.586

#### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

En la contestación de la demanda de reconvención, Acciona se opuso expresamente a esta pretensión, manifestando que no había incumplido el contrato.

Por su parte, Acciona Agua manifestó en sus alegaciones finales que, al ser las multas y la cláusula penal, una potestad exclusiva de la administración pública, esto es, de EMCALI, y como esta no procedió durante la vigencia del contrato a declarar su incumplimiento y hacer efectiva la pena, no podría pretenderlo en el presente trámite. Asimismo, y en seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto, sostiene que, EMCALI hace una indebida acumulación de pretensiones al reclamar al tiempo una indemnización de perjuicios y la cláusula penal.

En conclusión, pide al Tribunal que declare “no probada la Pretensión Décima Cuarta de la Demanda de Reconvención porque EMCALI la *acumuló* con la indemnización integral, como si estuviera buscando enriquecerse sin justa causa, a costa de Acciona Agua”.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Frente a este punto, el Tribunal encuentra que en el contrato N° 300-GAA-CO-1250-2017, se pactó, la siguiente cláusula:

*Décima Quinta-Penal: En caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas del contrato por parte del contratista, autoriza a EMCALI para exigirle el pago de la suma equivalente al 20% del valor del contrato a título de pena, sin necesidad de requerimiento alguno ni constitución en mora. Adicional al cobro de la pena EMCALI podrá pedir: a) El cumplimiento de la obligación incumplida, ya que con el pago de la pena no se entiende extinguida aquella b) indemnización de perjuicios que no se alcancen a cubrir con el valor de la pena. PARÁGRAFO: El contrato presta merito ejecutivo, constituyendo una obligación clara, expresa y actualmente exigible; por consiguiente, el cobro de la presente cláusula penal podrá ser efectuado directamente a través de la compensación de las sumas que EMCALI le deba al contratista por cualquier concepto, o con la presentación por vía de un proceso ejecutivo, de un ejemplar del presente documento acompañado de la manifestación de incumplimiento”*

De la cláusula transcrita se infiere claramente que la pena fue pactada como una prerrogativa para la administración pública toda vez que el Contratista no está considerado como sujeto activo de la misma.

Sobre este punto, refiriéndose a las multas, el Consejo de Estado señaló:

*“Esta consideración, conlleva a un análisis adicional, en el caso que ocupa a la Sala: ¿La imposición unilateral de multas pactadas, por parte de la entidad estatal contratante, constituye entonces una exorbitancia administrativa? La respuesta debe ser afirmativa, en concordancia con lo sostenido por la Sala en la sentencia de 20 de octubre de 2005. Sin duda alguna las multas que se analizan, son contempladas por el estatuto de la contratación estatal, como una capacidad de la entidad frente al contratista privado y no viceversa. Es entonces la naturaleza*

*pública [de] una de las partes del contrato, la que justifica que en virtud de la función de dirección control y vigilancia, resulten procedentes las multas. La Ley 80 de 1993 como se observó no contempla a la imposición de multas como una cláusula excepcional, pero consagra la posibilidad de que pueda ser pactada. Si en desarrollo de ello, una entidad estatal la impusiera unilateralmente, ésta tendría la posibilidad de recibir un precio, a través de descuentos o cobros ejecutivos, posibilidad ésta que de manera alguna le resultaría viable al contratista. Se insiste en que esta posibilidad, debe concebirse dentro de la filosofía del rol que le corresponde a la entidad estatal en la ejecución del contrato, para con ello cumplir su objeto, que de una u otra manera guarda relación directa con los fines del Estado. Esta finalidad le ha servido en un caso similar, a la Corte Constitucional, para determinar la exorbitancia de una imposición de multas y la necesidad de la configuración legal de la misma. Es la condición entonces de la entidad estatal en relación con el contrato, entendido como instrumento para el cumplimiento de la función administrativa que le es propia, lo que justificaría la existencia de una prerrogativa pública consistente en la imposición unilateral de una multa, al contratista. Esta prerrogativa, sin embargo, según se anotó, debería estar contemplada en la ley, y en caso de ser así, con su ejercicio se verificaría una evidente exorbitancia administrativa.... a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado "la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas". El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley. Vale la pena advertir, que, de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella...".168*

De acuerdo con lo anterior, este panel arbitral considera que la cláusula penal fue pactada como una facultad en cabeza de la administración, de la cual EMCALI no hizo uso en su oportunidad, por lo tanto, la titularidad para la aplicación de la misma la tenía exclusivamente EMCALI, razón por la cual este Tribunal, sin mediar declaratoria de incumplimiento total por parte de EMCALI no podrá entrar a aplicar dicha pena.

En consecuencia, esta pretensión no está llamada a prosperar y así se declarará.

---

<sup>168</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

## **2.4. Pretensión DÉCIMA QUINTA**

### **a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE**

En su pretensión Décima Quinta, la Convocante en Reconvención solicita: “*DÉCIMA QUINTA. Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de NUEVE MIL MILLONES SETESCIENTOS DIECINUEVE MIL CUATROSCIENTOS DIEZ PESOS Y SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$9.719.410.668) por concepto de nueva contratación para ejecutar obras faltantes*”.

En dicha demanda reconvectiva, EMCALI se limitó a elevar la pretensión Décima Quinta en los términos citados.

La Convocante en reconvención se limitó en sus alegatos a reiterar esta pretensión.

### **b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA**

En la contestación de la demanda de reconvención, Acciona se opuso expresamente a esta pretensión, manifestando lo siguiente: “Solicitamos que se niegue esta pretensión, teniendo en cuenta que: (i) si se causaron costos por concepto de una *nueva contratación* para las obras faltantes, los mismos no son imputables a Acciona Agua, sino a los propios incumplimientos de EMCALI, y su terquedad para impedir la celebración de un otrosí al Contrato; (ii) la referida *nueva contratación* nunca ha existido, por lo que se trata de un perjuicio inexistente, y (iii) porque no existe soporte o prueba alguna de este costo reclamado por EMCALI”.

ACCIONA alegó que “*no obra prueba alguna que acredite que dicha suma hubiera sido gastada o se hubiera convertido en un perjuicio para EMCALI. Por el contrario, dentro del expediente del Arbitraje obran pruebas suficientes que acreditan que, luego de la salida de Acciona Agua, en virtud de la terminación y liquidación del Contrato, inexistentes han sido las actuaciones de EMCALI encaminadas a contratar las obras para la optimización de la PTAR-C*”. Adicionalmente, sostiene que el cálculo realizado en el Informe de Gandini & Orozco, es meramente hipotético y teórico y que no tiene ningún soporte en información contable de EMCALI, por lo que esta pretensión no estaría llamada a prosperar.

### **c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Frente a este punto, el Tribunal encuentra que la única prueba técnica que hace referencia a esta pretensión en el expediente, es la relacionada con el Informe de Liquidación efectuado por Gandini y Orozco Ltda. Ingenieros. A página 226 se concluye lo siguiente:

*“Ante la no ejecución total del contrato, EMCALI deberá iniciar nuevamente los trámites ante el Ministerio de Vivienda para la consecución de recursos para posteriormente realizar un nuevo proceso de contratación. Se estima que durante el año 2021 se realizarán todos los trámites ante el Ministerio de Vivienda para que a finales de año se esté iniciando un nuevo proceso de contratación por un valor de \$70.235.304.738, y la ejecución se realizará durante los años 2022 y 2023.*

*Para esta contratación se calculan los nuevos costos en que debe incurrir EMCALI por la no ejecución total del contrato 300-GAA-CI-1250-2017, así:*

**Concepto**

*Por costos directos de EMCALI:*

*Por trámites ante el Ministerio de Vivienda. Valor: \$3.511.765.237*

*Por costos administrativos de la ejecución del nuevo contrato. Valor: \$6.207.645.431*

*Por costos del personal de supervisión de la ejecución del nuevo contrato. Estos costos se estiman en un 5% del valor total de la contratación a realizar. Por la realización de la contratación de una nueva interventoría de obra. Valor: \$9.719.410.668.”*

Respecto de lo anterior, el Tribunal considera que la conclusión realizada por la firma Gandini y Orozco parte de suponer que es Acciona el único responsable de incumplimiento del Contrato 300-GAA-CI-1250-2017, y que, por ende, hay un perjuicio para EMCALI que se manifiesta en la necesidad de hacer nuevas contrataciones por obras faltantes. No obstante, dicha conclusión es errada, pues como se ha sostenido en el presente Laudo, al existir concurrencia de culpas, no podría imputársele a Acciona este hecho de forma exclusiva.

Adicionalmente, en dicho informe no se observa un análisis que permita comprender al Tribunal, la relación de causalidad entre el cálculo realizado y la conducta de Acciona Agua durante la ejecución del Contrato, por lo que no se cumplen los elementos de la responsabilidad.

De igual forma, tampoco existe soporte adicional ni sustentación o elaboración por parte del demandante en reconvención en su demanda

## 2.5. Pretensión DÉCIMA SEXTA

### a. POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

Solicita en su Demanda de Reconvención: “DÉCIMA SEXTA. Condenar al pago por parte de ACCIONA AGUA SAU -SUCURSAL COLOMBIA- a favor de EMCALI la suma de CIENTO DIECIOCHO MIL MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y UN MIL PESOS Y SESENTA Y SESIS CENTAVOS (\$118.332.161.046) por concepto de mayor pago de tasa ambiental.”

La Convocante en reconvención se limitó en sus alegatos a reiterar esta pretensión.

### b. POSICIÓN DE LA CONVOCADA

En la contestación de la demanda de reconvención, Acciona se opuso expresamente a esta pretensión, manifestando lo siguiente: “Esta pretensión debe desecharse porque: (i) un mayor pago por concepto de tasa ambiental que deba pagar EMCALI se sustenta única y exclusivamente en los propios incumplimientos de la Entidad Contratante; (ii) el operador de la PTAR es EMCALI; (iii) el sustento de esta pretensión se basa en una mera hipótesis, y carece por completo de una realidad contrastada, y (iv) EMCALI no ha tenido que pagar una mayor tasa ambiental por la operación de la PTAR-C, por lo que mal hace en trasladar un perjuicio inexistente a Acciona Agua”.

Adicionalmente, manifiesta que el cálculo hecho por Gandini & Orozco es falaz en la medida que “(...) hasta mayo de 2020, momento en que finalizó el Contrato celebrado entre Acciona Agua y EMCALI, no se había causado una mayor tasa ambiental a cargo de EMCALI. Del mismo modo, y para los años 2021, 2022 y 2023, no se ha generado tampoco una mayor tasa retributiva a cargo de EMCALI (...)”.

Por su parte, el Convocado en Reconvención alegó que esta pretensión no se encuentra llamada a prosperar ya que no contiene un solo hecho en la demanda de reconvención que se soporte, y además, que el Informe de “(...) Gandini & Orozco simplemente incluyó unos valores referidos por EMCALI por concepto de recálculo de Tasa Ambiental en \$35.038.475.694 para el año **2021**, \$41.658.625.439 para el año **2022**, y \$41.635.059.913 para el año **2023**, sin que hubiera hecho evaluación o comprobación alguna de los mismos”.

Asimismo, que dicho Informe no explicó “(...) cuál es la realización de causalidad entre este cálculo y el comportamiento de Acciona Agua en ejecución del Contrato, sin que se demuestre la responsabilidad de Acciona Agua en esos mayores costos por Tasa Ambiental”.

**c. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

El Tribunal encuentra que la única prueba técnica que hace referencia a esta pretensión en el expediente, es la relacionada con el Informe de Liquidación efectuado por Gandini y Orozco Ltda Ingenieros. A página 227 y 228 se concluye lo siguiente respecto de la tasa ambiental:

*Como se expresa en la cláusula decima sexta – “Cláusulas excepcionales: Este contrato de no ser cumplido por el contratista en la forma pactada, puede traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en los niveles de calidad y continuidad debidos, se entienden incluidas las cláusulas excepcionales a que refiere el artículo 14 de la ley 80 de 1993, en concordancia con el literal b) del artículo 1 de la Resolución CRA 293 de 2004. El no cumplimiento del PSMV por la no ejecución total de las obras incluidas dentro del contrato 300-GAA-CI-1250-2017, llevará al Departamento Administrativo de Gestión medio ambiente – DAGMA a la reliquidación del valor del factor regional correspondiente a los años de incumplimiento”.*

Como consecuencia de lo anterior, el informe afirma que EMCALI tiene un sobrecosto por tasa ambiental, entre los años 2021 y 2023, que asciende a \$118.332.161.046.

Respecto de lo anterior, el Tribunal considera que la conclusión realizada por la firma Gandini y Orozco parte de suponer que es Acciona el único responsable de incumplimiento del Contrato 300-GAA-CI-1250-2017, y que por ende, hay un perjuicio para EMCALI en el mayor pago de la tasa ambiental. No obstante, dicha conclusión es errada, pues como se ha sostenido en el presente Laudo, al existir concurrencia de culpas, no podría imputársele a Acciona este hecho de forma exclusiva.

Adicionalmente, en dicho informe no se observa un análisis que permita

comprender al Tribunal, la relación de causalidad entre el cálculo realizado y la conducta de Acciona Agua durante la ejecución del Contrato, por lo que no se cumplen los elementos de la responsabilidad. De igual forma, tampoco existe una sustentación o elaboración por parte del demandante en reconvención en su demanda.

Por lo expuesto esta pretensión no está llamada a prosperar.

## **2.6. Pretensión DÉCIMA SÉPTIMA**

Corresponde a la pretensión de liquidación, la cual fue elevada en los siguientes términos:

*“Que el tribunal realice la liquidación del Contrato No. 300-300GAA CO-1250- 2017, incluyendo los rubros en los que se declara que ACCIONA AGUA SAU SUCURSAL COLOMBIA adeuda sumas de dinero contra EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE – ESP, así como en todos aquellos rubros en los cuales resulte condenado ACCIONA AGUAS SAU, conforme a lo que se pruebe en el proceso”.*

Dicha pretensión fue resuelta conjuntamente con la solicitud de liquidación elevada por la parte Convocante en la Demanda Principal, en el acápite 3 – “*Pretensión Liquidatoria*” de esta decisión.

## **C. EXCEPCIONES**

Tratado lo relativo a las Pretensiones, excluyendo las correspondientes a Costas del Proceso y Agencias en Derecho a las que se refirieron ACCIONA en sus pretensiones 2.9 y 2.10 de la Demanda Reformada, y EMCALI en sus pretensiones Décima Octava y Décima Novena de su Demanda de Reconvención —las cuales serán abordadas posteriormente por el Tribunal—, y establecido el resultado de las mismas, el Tribunal consigna lo que sigue sobre las Excepciones planteadas por las Partes, precisando que:

- a. Su estudio es una función de la **conducencia puntual** de su evaluación;
- y



- b. Un parámetro para determinar la conducencia o no de estudiar las Excepciones, se puede encontrar en la Sentencia de la Corte Suprema del 11 de junio de 2001, donde se expuso:

*[E]n los eventos en que **el derecho no alcanza a tener vida jurídica**, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, **la excepción no tiene viabilidad.***

*“De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido **y por indagar si al demandante le asiste.** Cuando esta sugerión inicial es **respondida negativamente, la absolución del demandado se impone;** pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, **entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.**”<sup>169</sup>*

A tono con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe recordar el Tribunal que, cuando el juez concluye conforme al ordenamiento jurídico y la valoración de las pruebas, que no están presentes los elementos propios de la pretensión del demandante, en dicho supuesto, se hace innecesario abordar el estudio de las excepciones del demandado<sup>170</sup>.

Empero, como puede verse, a lo largo de las consideraciones de este laudo se han venido examinando no solamente las pretensiones de la Convocante sino también las respectivas excepciones presentadas por la Convocada, haciendo propio para el despacho negativo de las mismas la argumentación contenida en el respectivo análisis, al cual se remite nuevamente en aras de la concreción de este Laudo, razón por la cual, todas las definiciones correspondientes a las unas y a las otras, se integran como parte inescindible de las decisiones adoptadas sobre las mismas.

A su turno, y con relación a las Pretensiones que fueron **denegadas**, el Tribunal,

---

<sup>169</sup> *Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006*, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406

<sup>170</sup> SC, 9 dic. 2011, rad. n.º 1992-05900-01 y SC, 14 jul. 2021, rad. n.º 2929-2021.

en línea con la Sentencia antes citada, prescindirá de pronunciarse sobre las Excepciones que hubieren sido enderezadas contra ellas, sin perjuicio de las referencias puntuales que sobre ellas haya consignado.

**(1). EXCEPCIONES INTERPUESTAS POR EMCALI FRENTE A LA DEMANDA REFORMADA**

Por otra parte, el Tribunal considera pertinentes las anotaciones que siguen sobre las Excepciones planteadas por la Convocada:

- a. En cuanto a la Excepción No. 1 denominada “*Falta de requisitos para la configuración de la responsabilidad contractual imputable a EMCALI*”, se tiene que la misma se dirigió a controvertir de forma total la responsabilidad contractual que le fue imputada a esta última por la Convocante. Habida cuenta de que el Tribunal consideró una concurrencia de culpas en la proporción que ya ha sido anotada, esta excepción no tuvo vocación de prosperidad total sino solamente parcial.
- b. En lo que respecta a la Excepción No. 2 denominada “*Excepciones al juramento estimatorio*”, el Tribunal encuentra que pese a su denominación, la misma se enfiló a enervar totalmente la pretensión relativa a los pagos reclamados por la Convocante, relativos a facturas impagadas, equipos y maquinarias suministrados, trabajos ejecutados, AIU, entre otros. En atención a que el Tribunal encontró precedente el reconocimiento de varios de estos conceptos y negó la naturaleza de la obligación de resultado, esta excepción prospera solo parcialmente.
- c. La Excepción No. 3 denominada “*No amortización del anticipo y uso inadecuado del anticipo. desconocimiento de la cláusula sexta del contrato*” fue integralmente englobada por una excepción de compensación la cual ha encontrado acreditada el Tribunal y en ese sentido, se declara su prosperidad.
- d. Excepción No. 4 denominada “*Nadie está obligado a lo imposible: EMCALI no podía ejecutar labores de la interventoría ni interferir en su accionar*” se encaminó a señalar que EMCALI ostentaba una posición de completa ajenidad respecto de la función de la Interventoría. Sin embargo, como

fue expuesto en la parte motiva de este Laudo, se tuvo por acreditada el incumplimiento de algunos deberes de dirección y supervisión por parte de la Convocada, en cuanto hace relación a la actividad de la Interventoría, razón por la cual la excepción solo prospera parcialmente.

- e. La Excepción No. 5 denominada “*Excepción de contrato no cumplido: ACCIONA AGUA incumplió el contrato de obra ocasionando el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de EMCALI*” esta excepción está llamada prosperar parcialmente debido a que el Tribunal encontró acreditada una concurrencia de culpas.
- f. La Excepción No. 6 denominada “*ACCIONA AGUA es responsable por los riesgos que se ocasionaron durante la ejecución del contrato*” busca rebatir la responsabilidad pretendida por ACCIONA por las deficiencias en la planeación del Contrato. Al haber encontrado el Tribunal que le asiste responsabilidad conjunta a las partes por la indebida atención de sus cargas precontractuales, la excepción prospera parcialmente, pese a que esta misma excepción no guarda fuerza enervadora frente a las Pretensiones 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y la subsidiaria de la 1.10.
- g. La Excepción No. 7 denominada “*ACCIONA AGUA no puede alegar su propia culpa*” está llamada a prosperar parcialmente, habida cuenta de lo expuesto por el Tribunal sobre la concurrencia de culpas, en el análisis de la responsabilidad contractual que ha sido materia del presente Laudo.
- h. En lo que hace a la Excepción No. 8 denominada “*ACCIONA AGUA no puede ir en contravía de sus propios actos*”, debe indicarse que el Tribunal no encontró probado, en cuanto se refiere a la Convocante, el rompimiento de la presunción del principio de buena fe que se predica de todos los actos y negocios jurídicos, y en consecuencia esta excepción no está llamada a prosperar.
- i. Frente a la Excepción No. 9 denominada “*Excepción genérica*” el Tribunal no encontró acreditada ninguna excepción innominada ni tampoco supuestos de prescripción o nulidad relativa, y por ende se desestima su prosperidad.

**(2). EXCEPCIONES INTERPUESTAS POR ACCIONA AGUA FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

De otra parte, el Tribunal considera pertinentes las anotaciones que siguen sobre las Excepciones planteadas por la Convocada en Reconvencción:

- a. La Excepción No. 1 denominada “*Inexistencia del incumplimiento. Cumplimiento del Contrato por parte de Acciona Agua*”, se encuentra llamada a prosperar solo parcialmente, habida cuenta de que ACCIONA no logró acreditar el cumplimiento total de las obligaciones contractuales a su cargo.
- b. En lo que respecta a al Excepción No. 2 denominada “*Incumplimiento de Emcali al Contrato*”, su prosperidad se aprecia solamente parcial, toda vez que tampoco se demostró un incumplimiento total de las obligaciones de EMCALI, aunado a la concurrencia de culpas que encontró acreditada el Tribunal.
- c. La Excepción No. 3 denominada “*Excepción de contrato no cumplido. Emcali incumplió sus obligaciones contractuales, y por tal motivo impidió a Acciona Agua ejecutar el contrato de forma completa y dentro del plazo inicialmente previsto*” fue dividida por ACCIONA en varios subcomponentes, de los cuales el Tribunal solo encontró probado totalmente el 3.1, en lo que hace a la responsabilidad que le asiste a EMCALI en la formulación de la ingeniería básica y las especificaciones técnicas entregadas y los ajustes sufridos. Los subcomponentes 3.2, 3.3 y 3.8 de la excepción se probaron solo parcialmente, en atención a los análisis del Tribunal acerca de la concurrencia de culpas que ya ha sido mencionada.
- d. La Excepción No. 4 denominada “*Compensación*” se ha encontrado acreditada para el Tribunal, y en ese sentido se declara su prosperidad.
- e. En lo que hace relación a la Excepción No. 5 que se denominó “*Mala fe de Emcali*”, el Tribunal encontró probados algunos desaciertos conductuales en cuanto se refiere a la Convocante en Reconvencción, los cuales, en todo caso, no comportan una inobservancia total del principio de buena fe que se predica de las relaciones jurídicas, y en consecuencia

esta excepción está llamada a prosperar solo parcialmente.

- j. Respecto de la Excepción No. 6 denominada “*Genérica*”, el Tribunal no encontró acreditada ninguna excepción innominada ni tampoco supuestos de prescripción o nulidad relativa, y por ende se desestima su prosperidad.

**E. LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA DEMANDA REFORMADA Y LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

De conformidad con el procedimiento del arbitraje nacional consagrado en la Ley 1563 de 2012 acordado por las partes para el presente proceso, en los asuntos no regulados se aplican las disposiciones del Código General del Proceso, cuyo artículo 206 prevé que “*Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. (...)*” y el derecho de la parte contraria a objetarlo.

La Parte Convocada objetó el juramento estimatorio de la Demanda Reformada, habiendo señalado que la cuantía pretendida no encuentra respaldo probatorio claro ni suficiente.

Como se observa, la objeción comporta estrictamente un disentimiento respecto de la procedencia intrínseca de las pretensiones, por cuanto en su criterio la Demandante no tiene derecho al reconocimiento de las sumas pretendidas por carecer de sustento probatorio, y que los cálculos carecen de un soporte razonado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Demandante en Reconvención también estimó bajo la gravedad de juramento la indemnización de los perjuicios que considera haber padecido, el cual a su turno fue objetado por la Demandada en Reconvención.

El legislador, en el artículo 206 del Código General del Proceso, establece sanciones para ciertos casos en los que el monto de la estimación supera el monto de la condena o cuando no hay condena por falta de demostración del perjuicio de la

siguiente forma:

*“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. (...)” (Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).*

*PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. (Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014).*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.*

Contempla así la anterior disposición sanciones en dos eventos a saber: (i) el exceso en la estimación de los perjuicios frente a lo que resulte probado y (ii) la falta total de prueba en relación con los mismos. Por tratarse de sanciones, la interpretación es restrictiva y no procede su aplicación en otros supuestos.

Así las cosas, el valor por el que finalmente condenará el Tribunal varía respecto de lo pretendido, tanto en la Demanda Reformada como en la de Reconvenición, bajo el entendimiento de que ello se debió a que las respectivas Demandantes, respecto de las sumas reclamadas, derivaron su convencimiento de la prosperidad de los reclamos y así intentaron probarlo, adjuntando, en el caso de la Demandante inicial, desde el comienzo un dictamen pericial técnico que respaldaba las cifras pretendidas, y en el caso de la Demandante en Reconvenición mediante documentos de contenido financiero, de manera que las negativas de las condenas no están atadas a negligencia, o intención manifiesta de las Partes de desconocer el deber de estimar sus pretensiones despojadas de cálculos carentes de proporción.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma mencionada, señaló que la sanción en ella consagrada “*no procede cuando su causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar*

*de que su obrar haya sido diligente y esmerado*<sup>171</sup>.

Precisó la Corte que: *“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable”, pero “si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración”, para lo cual debe tomarse en cuenta si la contingencia a que está sujeto el medio de prueba existía antes de iniciar el proceso y era conocida por la parte.*

Agregó la Corte que cuando se está *“ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”.*

Por lo anterior, considera el Tribunal que no procede la aplicación de la sanción prevista por el artículo 206 del Código General del Proceso.

#### **F. LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES**

El procedimiento aplicable en la presente controversia, prevé en el artículo 280 del Código General del Proceso que *“[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”.*

---

<sup>171</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-157/13 de 21 de marzo de 2013. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

El Tribunal considera pertinente señalar que las partes y los apoderados procuraron sustentar con firmeza sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso, y que durante el presente trámite su comportamiento se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su disposición para atender de la mejor manera los requerimientos del Tribunal para el adecuado desarrollo del proceso, por lo cual, no hay lugar a deducir indicio alguno de su conducta.

#### **G. COSTAS DEL ARBITRAJE**

Como aparece en la Demanda y en la Reconvención, ambas Partes solicitaron de manera expresa la condena en costas de su contraparte.

El artículo 365 del Código General del Proceso, norma de procedimiento aplicable al arbitraje nacional, establece:

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

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

*“2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.(...)”*

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

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

En el presente Arbitraje, es claro que algunas pretensiones de las demandas prosperaron y otras no, así mismo, algunas excepciones interpuestas frente a la demanda principal prosperan y otras no, esto es, prosperan parcialmente las demandas principal y de reconvención y por esa circunstancia con fundamento en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, norma de



procedimiento acordada por las partes, considerando que la conducta de ambas partes se caracterizó por sus esfuerzos en sus respectivas posiciones, con decoro y diligencia, se abstendrá de condenar en costas.

En consecuencia, la parte resolutive del Laudo recogerá la anterior decisión.

## VII. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre **ACCIONA** (Demandante y Demandada en Reconvención), y **EMCALI** (Demandada y Demandante en Reconvención), habilitado por las Partes y por autoridad de la ley, en decisión unánime

### RESUELVE:

#### A. SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL Y LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

##### A.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS DE ACCIONA AGUA

1. **Declarar** la prosperidad total de las Pretensiones 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8, 1.9, 1.10 (subsidiaria), 1.11, 1.12, 1.13, 1.15, 1.21, 1.22, 1.23 y 1.24, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
2. Como consecuencia de la prosperidad total de la Pretensión 1.12, **declarar** que se prescinde de pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias de la misma.
3. **Declarar** la prosperidad parcial de las Pretensiones 1.14, 1.16, 1.17, 1.18 y 1.28, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
4. **Declarar** que no prosperan las Pretensiones 1.10 (principal), 1.19, 1.20, 1.25, 1.26 y 1.27, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

A.2 EXCEPCIONES FORMULADAS POR EMCALI CONTRA LA DEMANDA

1. De conformidad con lo señalado en este Laudo, y adicional al pronunciamiento sobre determinadas excepciones, **declarar no probadas** las Excepciones Nos. 3 (en cuanto se refiere estrictamente a la no inversión correcta y completa del anticipo), 8 y 9.
2. **Declarar probadas parcialmente** las Excepciones 1, 2, 4, 5, 6 y 7, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
3. **Declarar probada** la excepción de compensación invocada de manera autónoma en la argumentación de la Excepción No. 3.

A.3. PRETENSIONES DE CONDENA FORMULADAS POR ACCIONA

1. **No acceder** a la Pretensión 2.1 ni a ninguna de sus subsidiarias, por lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.
2. **No acceder** a la Pretensión 2.2 por lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo, comoquiera que dicho valor engloba el total de los conceptos de administración y utilidad, al haber sido esta utilidad también reclamada en la pretensión condenatoria 2.3.
3. **Acceder parcialmente** a la Pretensión Subsidiaria 2.2, en cuantía del 70% de la suma que resultó probada, y por tanto **condenar** a EMCALI a pagar a favor de ACCIONA la suma que por concepto de administración se reconoce en el acápite 3 “*Pretensión Liquidatoria*” de la parte motiva del presente laudo.
4. **Acceder parcialmente** a la Pretensión 2.3, en cuantía del 70% de la suma que resultó probada, y por tanto **condenar** a EMCALI a pagar a favor de ACCIONA la suma que por concepto de utilidad dejada de percibir se reconoce en el acápite 3 “*Pretensión Liquidatoria*” de la parte motiva del presente laudo.

5. **No acceder** a la Pretensión 2.4 por lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.
6. **No acceder** a la Pretensión 2.5 toda vez que el valor reclamado por concepto de custodia y mantenimiento de equipos se encuentra incorporado en el valor total reconocido en la Pretensión Subsidiaria 2.2, conforme al Dictamen Financiero aportado por ACCIONA.
7. **No acceder** a la Pretensión 2.6, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.
8. **No acceder** a la Pretensión 2.7, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.
9. **No acceder** a la Pretensión 2.8, por lo expuesto en la parte motiva de este Laudo.
10. **No acceder** a la Pretensión Subsidiaria de la Pretensión 2.8, por lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.
11. **No acceder** a las Pretensiones 2.9 y 2.10, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.
12. **Acceder** a la Pretensión 3, en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo. En consecuencia, **condenar** a EMCALI a pagar a ACCIONA AGUA S.A.U. – SUCURSAL COLOMBIA, la suma de veinte mil trescientos cincuenta y un millones seiscientos setenta y ocho mil trescientos noventa y siete pesos con cuatro centavos (\$20.351.678.397,04).

**B. SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS**

*B.1 PRETENSIONES DECLARATIVAS DE EMCALI*

1. **Declarar** la prosperidad parcial de las Pretensiones Primera, Sexta, Octava, Novena y Décima, por lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.

2. **Denegar** las Pretensiones Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Séptima y Undécima, por lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.

B.2. EXCEPCIONES FORMULADAS POR ACCIONA CONTRA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1. **Declarar no probada** la Excepción 6, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.
2. **Declarar probadas parcialmente** las Excepciones 1, 2, 3.2, 3.3, 3.8 y 5, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
3. **Declarar probadas totalmente** las Excepciones 3.1 y 4, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Laudo.

B.3. PRETENSIONES DE CONDENA FORMULADAS POR EMCALI

1. **Acceder parcialmente** a la Pretensión Duodécima, y en consecuencia **condenar** a ACCIONA al pago a favor de EMCALI de la suma que por concepto de saldo del anticipo sin amortizar se reconoce en el acápite 3 “*Pretensión Liquidatoria*” de la parte motiva del presente laudo.
2. **No acceder** a la Pretensión Décima Tercera, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
3. **No acceder** a la Pretensión Décima Cuarta, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
4. **No acceder** a la Pretensión Décima Quinta, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
5. **No acceder** a la Pretensión Décima Sexta, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
6. **Acceder** a la Pretensión Décima Séptima, en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo, y de conformidad con lo decidido en el numeral

12 del acápite “A.3. *Pretensiones de Condena formuladas por ACCIONA*” de la parte resolutive del presente Laudo.

7. **No acceder** a las Pretensiones Décima Octava y Décima Novena, por lo expuesto en el presente Laudo.

C. SOBRE COSTAS DEL PROCESO

**Abstenerse de imponer** condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

D. SOBRE LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

**Declarar** que no procede la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.

E. SOBRE EL PLAZO PARA EL PAGO DE LAS SUMAS DE LAS CONDENAS

De conformidad con la ley aplicable y el procedimiento acordado por las partes, las condenas impuestas en esta decisión deberán ser pagadas ejecutoriadas el Laudo Arbitral, para lo cual se dará cumplimiento a lo dispuesto normativamente en materia de pago de sentencias o laudos arbitrales contra entidades públicas o asimiladas. Los intereses moratorios se causarán a partir del vencimiento del término anterior y hasta que se verifique su pago en integridad.

F. SOBRE HONORARIOS DE LOS ÁRBITROS

En firme este laudo se causará el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente, a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal, y a

devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1743 de 2014, descontar del pago final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria el valor correspondiente a la contribución especial arbitral y consignarla a la orden del Consejo Superior de la Judicatura

G. SOBRE NOTIFICACIÓN Y DEPÓSITO DEL LAUDO

De conformidad con el procedimiento contemplado en la Ley 1563 de 2012 para el arbitraje nacional, el presente Laudo se profiere y notifica en audiencia. Una vez ejecutoriado conforme a dicho procedimiento, se ordena remitir el presente Laudo al Centro de Arbitraje para que proceda a su depósito.

Este Laudo constituye la **decisión plena** de todas las Pretensiones y Excepciones sometidas al Tribunal Arbitral en este proceso. Por consiguiente, todas las Pretensiones y Excepciones que no hayan sido reconocidas de manera expresa se consideran **denegadas**.

Dictado en audiencia por medios electrónicos de conformidad con la ley, el trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) y notificado en audiencia en la misma fecha.

**LUIS HERNANDO PARRA NIETO**

PRESIDENTE

**ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ**

ÁRBITRO

**ENRIQUE GIL BOTERO**

ÁRBITRO