

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

GRUPO G. COMERCIAL S. A

VS.

CENTRO AGUAS S.A. E.S.P.

Pacto Arbitral

Se compone de:

La cláusula compromisoria contenida en la CLAUSULA DECIMA SEXTA que obra a folio 33 del cuaderno no. 1 y que se encuentra incorporada al contrato no. C-170-01 denominado OUTSOURCING, cuyo tenor es el siguiente: CLÁUSULA COMPROMISORIA.- Las partes acuerdan que en el evento de que en el desarrollo de este contrato surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, que no se pueda solucionar de común acuerdo, se convocará a un Tribunal de Arbitramento cuyo domicilio será la ciudad de Cali, el Tribunal estará encargado por tres (3) árbitros abogados, designados uno cada una de las partes y el tercero por los dos primeros, el fallo del Tribunal será en derecho y por lo tanto obliga a las partes. Los Arbitramento que ocurrieren se regirán por lo dispuesto en el Código de Comercio y en las demás normas que regulen, modifiquen adiciones la materia. El fallo será proferido en derecho.

1. ANTECEDENTES . Convocatoria

*La Sociedad **Grupo G. Comercial S.A.**, con fecha 30 de septiembre de 2.002 (cuaderno no. 1) solicitó la convocatoria de Tribunal de Arbitramento, con el objeto de decidir las controversias surgidas con **Centro Aguas S.A. E.S.P.**, inicialmente según el tenor de la demanda en los contratos no. C-170-01 (Outsourcing) y C-24-02 (captura de cupones) de fechas de emisión en su orden noviembre 14 de 2001 y marzo 4 de 2002.*

Una vez admitida se corrió traslado de ella a la entidad convocada **Centro Aguas S.A. E.S.P.** quien le dio contestación oponiéndose a la prosperidad de sus pretensiones, proponiendo excepciones de mérito y demanda de reconvención. (Cuadernos no. 1, 2 y 3 del expediente).

2. Conciliación

En el cumplimiento de lo dispuesto en el decreto No. 1818 de 1998, las partes y sus apoderados acudieron a la audiencia de conciliación señalada por el Tribunal de Arbitramento, la cual fracasó al no existir ánimo conciliatorio respecto de las controversias materia de desacuerdo, quedando agotado el trámite inicial del presente proceso arbitral. (acta no. 6 de fecha julio 29 de 2003 y acta no. 8 de agosto 29 de 2003, auto no. 17 de agosto 29 de 2003, cuaderno no. 5 de actas del expediente).

Se destaca que este procedimiento de la etapa prearbitral se ajustó a los lineamientos del fallo de la Honorable Corte Constitucional plasmados en la sentencia no. C-1038 de calenda noviembre 28 de 2002, Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Montealegre Lynett.

3. Arbitros

Con base en el pacto arbitral de común acuerdo entre las partes, fueron designados en sorteo verificado ante la dirección del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, como árbitros los Doctores **Carlos Arturo Cobo García, Humberto Bueno Cardona** y **Alvaro Pio Raffo Palau** quienes aceptaron el nombramiento dentro del término legal. (acta s/n de fecha 18 de febrero de 2003, incorporada al cuaderno no. 2 del expediente).

4. Instalación

Con fecha 25 de marzo de 2003, se instaló en la sede del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias suscitadas entre las partes ya mencionadas. (acta no. 1, cuaderno no 5 de actas).

5. Presidente Y Secretario

Fue designado como Presidente el Doctor **Carlos Arturo Cobo García**, quien aceptó el cargo y como secretaria la Doctora **Yilda Choy**

Pazmín, cuyo nombre forma parte de la lista oficial de secretarios del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, quien aceptó el cargo y se posesionó del mismo con fecha 8 de mayo de 2003. (acta no. 2, cuaderno no. 5 del expediente).

6. Sede

El Tribunal fijó su sede para el Desarrollo del Proceso Arbitral en el Centro de **Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali**, ubicado en la Calle 8 no. 3-14, piso 4 de esta ciudad, habiendo señalado las sumas de dinero a cancelar para honorarios de árbitros, secretario y gastos de funcionamiento los cuales fueron consignados oportunamente por la parte convocante. (Acta No. 1 de marzo 25 de 2003, cuaderno no. 5 del expediente).

7. Actuaciones

En el curso del trámite inicial del Tribunal anotado se presentaron las siguientes actuaciones para destacar:

- Con fecha de Octubre 31 de 2002, presento el abogado apoderado de la parte convocada escrito denominado **"Improcedencia en el Nombramiento de los Árbitros por las Partes"** otro denominado **Impuesto De Timbre** en el que solicita se acredite el pago del impuesto de timbre del contrato y un escrito titulado **"Competencia del Tribunal de Arbitramento Frente al Contrato N. C-24-01"**, argumentando que en este contrato no existe la cláusula compromisoria
- El día 21 de Marzo de 2003, se recibe en la Cámara de Comercio escrito suscrito por el apoderado de la parte convocante Doctor **Luis Jahir Polanco Moreno**, en donde según su escrito, adiciona la demanda en relación con el Good Will solicitado en la petición principal y subsidiaria señalando en concreto su valor en la suma de \$ 1.562.850,00, teniendo en cuenta las causales enunciadas en el hecho 15 de la demanda y manifestando que queda sin efecto el nombramiento que hizo de árbitro en cabeza del Doctor **Roberto Cruz Caicedo**, teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional.
- En Marzo 27 de 2003, presentó el apoderado de la parte convocada Doctor **Francisco Javier Gil Gómez**, recurso de reposición en contra

del Auto No.1. notificado a los asistentes en estrados el día 25 de Marzo de 2003, solicitando se revoque el auto en mención invocando la violación al debido proceso, imputable al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y que se discriminen los honorarios y gastos por los contratos C- 170-01 y C-24-02, y los que corresponden a la demanda de reconvencción.

8. Trámite

*El proceso se desarrolló en veinticinco (25) sesiones anteriores a la presente, en las cuales se practicaron las pruebas solicitadas por las partes. El Tribunal recepcionó dieciséis (16) testimonios y los interrogatorios de parte a los representantes legales de la convocante y convocada, decretó la práctica de dos dictámenes periciales para el cual designo dos peritos contadores, quienes rindieron su experticio, que posteriormente fue objeto de solicitudes de aclaraciones e inclusive de objeción por error grave formulada por los señores apoderados de la parte convocante y convocada. Hubo igualmente petición de Acción de Tutela colocada a instancia de la parte convocada ante el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que se surtió con el Honorable Magistrado Sustanciador Doctor **Oscar Valero N.**, habiendo sido despachada desfavorablemente a los intereses de la accionante, en providencia de fecha 29 de marzo de 2004, siendo luego impugnada ante el Honorable Consejo de Estado, en donde se ventilo y fue confirmada la providencia inicial, con ponencia del Honorable Magistrado Doctor **Juan Ángel Palacio Hincapié** de fecha 10 de junio de 2004, expediente no. 76001233100020040079501.*

9. Alegatos

Concluido el debate probatorio se señaló el día 30 de julio de 2004, para llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones de las partes, en la cual cada una de ellas a través de sus apoderados alegaron de conclusión y se señaló el día 26 de agosto de 2004, a las 3:00 p.m. para llevar a efecto la audiencia de juzgamiento o emisión de laudo (acta no. 25, autos nos. 50, 51 de fecha 30 de julio de 2004, cuaderno no. 5 de actas del expediente).

10. Audiencia De Fallo

Agotada la tramitación establecida para el proceso arbitral acorde a la normatividad vigente, el Tribunal procede a examinar y decidir en esta

audiencia de fallo las controversias planteadas en la demanda, en su contestación, en la demanda reconvencción y su contestación.

11. Presupuestos Procesales

Antes de entrar a decidir sobre el fondo se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y poder así proferirse un laudo de mérito. En efecto, las partes acreditaron su existencia legalmente y su representación, además actuaron por medio de sus apoderados judiciales, quienes fueron debidamente reconocidos en el proceso. El Tribunal asumió competencia para conocer las controversias que hoy se deciden, mediante providencia de fecha mayo 8 de 2003 (acta no. 2 del cuaderno no. 5 de actas del expediente) y que fue objeto de recurso de reposición por la parte convocada, quedando en firme la postura del Tribunal en auto no. 8 de fecha 29 mayo de 2003 (acta no. 3, cuaderno no. 5 de actas del expediente).

12. Oportunidad del Laudo

Según lo describe la ley 23 de 1991, artículo 103 el término duración de un proceso arbitral, debe ser de seis (6) meses, contados a partir de la primera de fecha de tramite.

La primera audiencia de trámite se inició el día 8 de mayo de 2003 (acta no. 2 del cuaderno no. 5 de actas del expediente) y concluyó el día 29 de agosto de 2003 (acta no. 8, cuaderno no. 5 de actas del expediente).

El término del presente proceso arbitral fue suspendido por solicitud de las partes desde el día 17 de octubre de 2003 hasta el día 6 de octubre de 2003 (acta no. 8, cuaderno no. 5 de actas del expediente) y luego se suspendió a instancia de las partes desde el día 7 de noviembre de 2003 hasta el día 22 de enero de 2004 y luego se presentó nueva suspensión desde el día 17 de marzo de 2004 hasta el día 14 de abril de 2004 por decisión del H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y luego ante impugnación de Acción de Tutela ante el H. Consejo de Estado, se suspendió el proceso arbitral desde el 20 de abril de 2004, hasta el día 16 de julio de 2004.

Acorde a las suspensiones ejecutadas a instancia de las partes y por decisiones judiciales ya descritas, el computo de los términos dentro de los cuales debe proferirse este laudo, se encuentra en tiempo oportuno y por tanto no constituye motivo de irregularidad alguna.

13. Lo Debatido Por Las Partes

*La Sociedad **Grupo G. Comercial S.A.** como parte convocante en el presente proceso arbitral, impetró en resumen ante el Tribunal para su decisión las siguientes **peticiones o pretensiones**:*

*“Que la parte demandada sea declarada responsable patrimonialmente por la terminación unilateral, arbitraria e ilegal del contrato C-170-01, celebrados con la sociedad **Grupo G Comercial S.A.***

*Que como consecuencia de tal evento la parte demandada sea condenada a pagar al **Grupo G. Comercial S.A.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral los siguientes valores:*

- a) El lucro cesante consistente en el dinero que dejó de percibir desde el momento en que se produjo la terminación abrupta e injusta del contrato por parte de Centroaguas S.A. E.S.P., por que de no haber mediado dicha terminación, la parte convocante había recibido el valor total del contrato, que se habría causado hasta el día del vencimiento normal del plazo.

Lucro cesante por el contrato C-170-01 la suma de \$1.482'971.000

Y por el contrato C-24-02 la suma de 2.521.337

SUBTOTAL \$ 1.485.492.337

- b) Daño emergente así:

- Por concepto de la demanda ejecutiva del **Grupo G Comercial S.A** contra **Centroaguas S.A** que se tramita en el Juzgado 1 Civil del Circuito de Tulúa por capital, intereses y costas: \$ 320.000.000

- Por las prestaciones sociales pagadas (hecho 9-b) 18.827.533
- Por las indemnizaciones Laborales (hecho 9-b) 55.587.984
- Por indemnización en el contrato de arrendamiento del local comercial ubicado en Tulúa en la Cra.28 No.27-48 local 110 piso 1: \$5.493.000
- Por el contrato de Asesoría Jurídica con el doctor Carlos Alberto Oviedo: \$44.444.444
- Por indemnización de los contratos reseñados en el hecho E: \$11.802.000
- Por gastos laborales reseñados en el hecho 9F Durante 28 meses 14 días a razón de \$5.920.000 mensuales: \$168.720.000
- Por prestaciones sociales (hecho 9F): \$736.148
- Por aportes para fiscales (hecho 9F):\$ 944.974
- Cobro de la DIAN por concepto de IVA e intereses De mora a 30 de agosto de 2002: \$78.824.000
- Gastos laborales entre julio 2.2002 y julio: \$22-200(Salario y parafiscales) (hecho 9 a): \$ 10.227.665

SUBTOTAL \$ 715.607.738

TOTAL Lucro Cesante + Daño Emergente.....\$ 2.201.100.075

- c) Corrección monetaria sobre la suma de \$715.607.738 (valor de daño emergente) de acuerdo con IPC certificado por el Dane, o en subsidio el pago de los intereses de mora más altos señalados por la Superintendencia Bancaria desde el 30 de Junio de 2002 hasta el pronunciamiento del laudo.
- d) Que se condene a pagar a favor del **Grupo G. Comercial S.A.** el Good Will, entendido como la utilidad proyectada que resulte probada desde junio 30 de 2002 hasta el día 16 de noviembre de 2004, de conformidad con el comportamiento histórico del contrato C-170-01, durante el tiempo en que duro su ejecución”.
- e) Que se reconozca sobre las pretensiones dinerarias la corrección monetaria”. (cuaderno No.1 del expediente)

Las anteriores pretensiones la fundamenta la actora en los siguientes hechos relevantes que se sintetizan así:

- *Que entre las partes convocante y convocada se celebrou un contrato Outsourcing No. C 170-01 con fecha 16 de Noviembre del 2.001.*
- *Que el objeto de dicho contrato consistió en realizar actividades operativas relacionadas con la gestión comercial de los servicios de acueducto y alcantarillado prestados por CENTRO AGUAS S.A E.S.P, en la ciudad de Tuluá.*
- *Que estando vigente tal contrato y en plena ejecución, el gerente encargado y representante legal señor URI TABACZNIK, dirigió con fecha 2 de Julio del 2.002 a la representante legal del GRUPO G. COMERCIAL S.A, doctora MARIA FERNANDA ZAPATA una carta en donde tal entidad daba por terminado en forma unilateral y anticipada el aludido contrato, alegando la inobservancia de ciertos actos de tipo técnico.*
- *Que tal terminación unilateral del contrato No. C-170-01 fue verificada en forma intempestiva, ilegal y arbitraria, dado que no se cumplieron con el lleno de unos requisitos previos pactados en la cláusula novena del mentado contrato, como también de que no había convenio entre las partes sobre la terminación anticipada del referido contrato.*
- *Que en el momento de darse por terminado unilateralmente el contrato No. C-170-01, la convocada se encontraba en mora de pago frente al convocante, con relación a una serie de facturas originadas en la ejecución de diversos actos y por diferentes conceptos, según se conoce de un auto No. 65 de mandamiento de pago emitido por el Juzgado primero Civil del Circuito de Tuluá en donde obra como parte ejecutante GRUPO G COMERCIAL S.A y como demandada CENTRO AGUAS S.A. E.S.P.*
- *Que tal incumplimiento y la consecuente responsabilidad civil de la convocada derivan en una serie de actos a cargo de la convocante como son: mantenimiento de la actividad de la empresa, con relación a la presencia de un personal administrativo y operativo entre el primero y el 22 de Julio del 2.002, en donde hubo de pagárseles salario, bonificaciones, auxilio de transporte;*

terminación de contratos de trabajo junto con el pago de indemnizaciones; entrega anticipada de inmueble dado en arrendamiento, lo cual trajo consigo el reconocimiento y pago de una cláusula penal estimada en la suma de \$5.493.000.00, el contrato de un asesor jurídico para estudiar la situación sobrevenida a la empresa y preparación de acciones jurídicas con el doctor CARLOS ALBERTO OVIEDO por valor de \$44.444.444.00, igualmente el hecho de haber cancelado por terminación unilateral de un contrato de accesoria laboral con el doctor EDUARDO RIVADENEIRA, en monto de \$450.000.00; el pago igualmente de contratos de mantenimiento de equipos de computo por valor de \$4.320.000.00, arrendamiento de equipo de computo y comunicaciones por valor de \$3.863.000.00, arrendamiento de mueble y enseres en monto de \$1.164.000.00.

- *Que el contrato No. C-170-01 se ejecuto durante 228 días y su terminación unilateral trajo consigo un lucro cesante que ascendió a la suma \$1.428.971.00.*
- *Que tal terminación unilateral del contrato No. C-170-01 represento para la parte convocante la perdida de clientela, de imagen corporativa que fue recogida por otra empresa competidora llamada RADIAM LTDA.*
- *Finalmente que la DIAN liquido a cargo del GRUPO G COMERCIAL S.A, a 30 de Agosto de 2002, la suma de \$78.824.000.00 por concepto de IVA e intereses moratorias que dicha entidad debe pagar sucesivamente.*

a).- Excepciones de la Convocada

Las funda el señor apoderado de la convocada en las siguientes:

1. - Cumplimiento Contractual de la Demandada

Esta excepción se funda en que: "...la sociedad Centroaguas S.A. E.S.P. dio cumplimiento a cada una de las estipulaciones contractuales consignadas en el contrato C-170-01 y tanto en ello así que en los hechos de la demanda no se señala una sola estipulación o cláusula que no haya sido cumplida cabalmente por la contratante...".

2.- Inexistencia de Responsabilidad Contractual y de la Obligación De Indemnizar

La fundamenta en que: “... no existe nexo de causalidad alguna entre la suma solicitada en la demanda y la terminación de un contrato, es más, la mayoría hacen alusión a riesgos propios de la actividad empresarial, no de la actividad contractual..”

3.-Exposición Imprudente Al Daño- Culpa Exclusiva De La Víctima

La edifica en: “que la celebración constituye una exposición imprudente al daño”

4- Mala Fe

La basa en: “.. el comportamiento desplegado por la parte demandante constituye un acto de mala fe, en la medida que invoca una demanda por supuesto incumplimiento de la sociedad contratante cuando las condiciones y reglas contractuales estaban claramente delimitadas antes de la presentación de su propuesta donde inequívocadamente acepto la oferta de contrato de la sociedad CENTRO AGUAS S.A. E.S.P. y en dicha aceptación (oferta de octubre de 2001) asume libremente varias obligaciones que inmediatamente se celebra el contrato son sistemáticamente incumplidas.

5.-Falta De Competencia

Se presenta según la convocada. “...en la existencia simultáneamente en el Juzgado Primero Civil del Circuito del Municipio de Tuluá de una demanda ejecutiva frente a la actual convocatoria de Tribunal de Arbitramento y en lo que se refiere a las pretensiones relacionadas con el contrato No. C-24-02 por ausencia de cláusula compromisoria y compromiso en relación con el mismo”.

6.-Pleito Pendiente

La funda la parte convocante en “... el cobro de las facturas presentadas en el proceso Ejecutivo que se adelanta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tulúa”.

7.-Compensación

La finca en "...se decrete la compensación teniendo en cuenta el anticipo no amortizado y los rendimientos del mismo". (cuaderno no. 2 del expediente. Contestación a la demanda)

b).- Demanda de reconvención presentada por la Convocada

La hace consistir la convocada en:

Pretensiones Principales

*"Primera: Que se declare el incumplimiento por parte de **Grupo G Comercial S.A** del contrato C-170-01"*

"Segunda: Que como consecuencia de la declaratoria anterior se declare que la terminación del Contrato C-170-01 fue legítima, justa y adecuada a derecho".

*"Tercera: Que como consecuencia de la declaratorias anteriores se condene a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** al pago a favor de **Centro Aguas S.A. E.S.P.** de la cláusula penal sancionatoria pactada en el contrato, equivalente al 20% del valor total del contrato, es decir, a la suma de Trescientos Setenta y Cinco Millones Ochenta y Cuatro Mil Pesos (\$375.084.000,00) debidamente indexados desde el 30 de junio de 2.002 hasta la fecha de pago"*

*"Cuarta: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** al pago a favor de la sociedad **Centro Aguas S.A. E.S.P.** de los perjuicios y/o reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden y perjuicios en que ésta incurrió, y los perjuicios derivados de la utilización del anticipo por parte de la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** la actualización deberá hacerse de conformidad con la variación IPC-*

Los perjuicios serán los que resulten de la tasación que realicen los peritos en la oportunidad procesal correspondiente",

*"Quinto: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene a la Sociedad **Grupo G Comercial***

S.A. al reembolso del anticipo entregado, con los rendimientos correspondientes, previa deducción del valor amortizado válidamente hasta la fecha de terminación del contrato. La suma a reembolsar será en consecuencia Ciento Sesenta y Un Millones Cuatrocientos Noventa y Cuatro Mil Quinientos Pesos (\$161.494.500,00), más los respectivos rendimientos”.

“Sexta : Que se ordene a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** cancelar el monto actualizado que se defina en el laudo a favor de **LA Sociedad Centro Aguas S.A. E.S.P.**, dentro de los 30 días siguientes a la fecha del Laudo que ponga fin a este proceso reconociendo para dicho período intereses remuneratorios a la tasa del interés bancario corriente, y que a partir de transcurridos los mencionados 30 días, sobre las sumas aún adeudadas se causen intereses moratorios a al tasa del doble del interés bancario corriente”.

“Séptima: Que se condene a la sociedad Grupo G Comercial S.A. al pago de las costas del trámite arbitral y las agencias en derecho.”

Pretensiones Subsidiarias

“Primera: Que se declare el incumplimiento por parte de Grupo G Comercial S.A. del contrato C-170-01.

“Segunda: Que como consecuencia de la declaración anterior se declare que la terminación del Contrato C-170-01 fue legítima, justa y adecuada a derecho.”

“Tercera: Que como consecuencia de las declaratorias anteriores se condene a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** al pago a favor de **Centro Aguas S.A. E.S.P.** de la cláusula penal pactada en el contrato, equivalente al 20% del valor total del contrato, es decir, a la suma de Trescientos Setenta y cinco Millones Ochenta y Cuatro Mil pesos (\$375.084.000.00), debidamente indexados desde el 30 de junio de 2.002 hasta la fecha del pago, como tasación anticipada de perjuicios.”

“Cuarta: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** al pago a favor de la **Sociedad Centroaguas S.A. E.S. P.**

de los perjuicios y/o reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden y perjuicios en que esta incurrió, y los perjuicios derivados de la utilización del anticipo por parte de la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.**, que excedan el Monto de la Cláusula Penal. La actualización deberá hacerse de conformidad con la variación del IPC.

Los perjuicios serán los que resulten de la tasación que realicen los peritos en la oportunidad procesal correspondiente, y solo procederá su reconocimiento en aquello que exceda la cuantía de la cláusula penal”.

“Quinto: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento se condene a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** al reembolso del anticipo entregado, con los rendimientos correspondientes, previa deducción del valor amortizado válidamente hasta la fecha de terminación del contrato. La suma a reembolsar será en consecuencia Ciento Sesenta y Un Millones Cuatrocientos Noventa y Cuatro Mil Quinientos Pesos (\$161.494.500,00), más los respectivos rendimientos.”

“Sexta: Que se ordene a la Sociedad GRUPO G COMERCIAL S.A. cancelar el monto actualizado que se defina en el laudo a favor de LA SOCIEDAD CENTRO AGUAS S.A. E.S.P. dentro de los 30 días siguientes a la fecha del Laudo que ponga fin a este proceso reconociendo para dicho período intereses remuneratorios a la tasa del interés bancario corriente, y que a partir de transcurridos los mencionados 30 días, sobre las sumas aún adeudadas se causen intereses moratorios a la tasa del doble del interés bancario corriente”.

“Séptima: Que se condene a la Sociedad GRUPO G COMERCIAL S.A. al pago de las costas del tramite arbitral y las agencias en derecho”. (*cuaderno no. 3 del expediente*).

c).- Excepciones del Demandado en Reconvención

Contra tal demanda la parte demandada o sea GRUPO G COMERCIAL S.A., a través de su apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos y propuso las siguientes excepciones de mérito:

“Falta de Legitimación en la Causa”; “Excepción de Contrato no Cumplido”; “Falta de Competencia del Tribunal de Arbitramento”.

De ellas con fecha 25 de junio de 2.003, el señor apoderado de **Centroaguas S.A.**, describió el traslado pertinente con la fundamentación de su oposición a tales excepciones. (cuaderno no. 4 del expediente).

14. Objeción por error grave de los dictámenes periciales a pedido de la parte convocada

Antes de examinar las pretensiones y sus hechos y la demanda de reconvencción y su oposición, el tribunal encuentra viable y determinante examinar previamente las objeciones por error grave impetradas por el señor apoderado de la parte convocada, dado que nos permitirá fijar si las experticias conculcadas adquieren o no el carácter de plena prueba para su consideración más adelante

Ahora bien, y como quiera que la ley 23 de 1.990, en su artículo 113 en concordancia con el numeral 6 del artículo 238 del C.P.C. dispone que en los procesos arbitrales las objeciones por error grave deben decidirse en el laudo, por esta razón, procede el Tribunal a analizar el tema en mención, pero con la sola referencia a la objeción por error grave presentada por el señor apoderado de la parte convocada, dado que la objeción presentada por el señor apoderado de la parte convocante fue desistida por el mismo, para lo cual se indica:

Adentrándonos en el asunto que nos ocupa, encontramos que la parte convocada y convocante en su oportunidad solicitaron al Tribunal la práctica de dictámenes periciales sobre diversos aspectos de las controversias en que se fundamenta este litigio. En audiencia celebrada el día 29 de agosto de 2.003, (acta no. 18. Cuaderno no. 5 del expediente), el Tribunal designó como peritos a **Eduardo Carvajal Cano y José Fidel Sandoval Sandoval**.

Una vez posesionados con fecha septiembre 16 de 2.003 (acta no. 9. Cuaderno no. 5 del expediente), el Tribunal les fijó la fecha del 31 de octubre de 2.003 para la entrega en su orden del experticia asignado, que luego se extendió en su plazo en mérito de las suspensiones del

proceso. Puesto en conocimiento el dictamen del perito **Eduardo Carvajal Cano**, fue objeto de aclaraciones por las partes en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 238, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil. (acta no. 17. Cuaderno de actas no. 5 del expediente).

El dictamen del perito **José Fidel Sandoval**, fue igualmente objeto de aclaraciones una vez se puso en conocimiento, presentándose discrepancias conceptuales en varios aspectos. (acta no. 17. Cuaderno de actas no. 5 del expediente). Este dictamen fue objeto de objeción por error grave de parte del señor apoderado de la parte convocada, una vez se escucharon las aclaraciones del mismo. En igual forma por parte del mismo apoderado, se presentó objeción por error grave al dictamen del perito **Eduardo Carvajal Cano**, una vez leídas sus aclaraciones.

El Tribunal frente a las objeciones planteadas por el señor apoderado de la parte convocada, expuso su punto de vista y no decretó la intervención y presencia de un tercer perito, al no ser necesaria y viable, según su criterio, al desatar el recurso de reposición. Esta es la oportunidad procesal para la decisión de las objeciones presentadas, pues de ellas dependerá que las pruebas periciales puedan ser apreciadas como tales al momento de decidir el presente proceso arbitral.

La ley procesal se encarga de fijar el marco del error grave, bajo la consideración de que no es cualquier yerro, ni cualquier divergencia o discrepancia o apreciación subjetiva la que pueda ser tomada en cuenta para fundamentar la objeción. El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282/89, artículo 1º numeral 110, dice al respecto:

“4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas (516 inc 8º).

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108 por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para

practicarlas el dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complementen o aclare. (516 inc.8º)

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare. (Ley 446 de 1998, arts. 9º, 10)''.

El Tribunal estima que los experticio de los peritos **José Fidel Sandoval** y **Eduardo Carvajal Cano**, no contienen ningún error grave como a continuación se analizará:

Experticio de Eduardo Carvajal Cano (cuadernos siete /siete - dos del expediente)

En los cuadernos nos. 7 y 7-2 del expediente aparecen glosados la experticia rendida por el señor perito contador Eduardo Carvajal Cano, junto con escrito de aclaraciones y complementaciones rendidos igualmente, el cual fue objeto de objeción por error grave a través de escrito del señor apoderado de la parte convocada, en el cual se vislumbra y conoce lo siguiente:

- El dictamen fue rendido por tal perito de conformidad al cuestionario señalado en el auto no. 18 conocido como decreto de pruebas, de calenda agosto 29 de 2003, incorporado en el acta no. 8, que se encuentra debidamente ejecutoriado, una vez se definió el recurso presentado por el señor apoderado de la parte convocada.
- El perito aportó a cada pregunta del cuestionario emitido por el Tribunal los medios probatorios o soportes, que le dan validez y seguridad a las conclusiones emitidas.
- Frente a las aclaraciones solicitadas por el señor apoderado de la parte convocada, en escrito de fecha enero 19 de 2004, el perito dio en veintisiete (27) numerales respuestas y aclaraciones claras y amplias, que convirtieron el dictamen rendido en una prueba plena dentro de la valoración probatoria.

- La experticia conforme a su tenor literal trajo como significado que éste sólo se fundamentó en el contrato no. C-170-01 y no en otros contratos.
- El dictamen en los términos señalados por el Tribunal corresponde a la ubicación de la pérdida del Good Will como perjuicio experimentado con ocasión de la ruptura contractual y no como se pretende establecer por el objetante, como la fijación de un Good Will. Es preciso poner de manifiesto, que si bien el objetante discrepa del valor estimado por el perito como lucro cesante, ninguna observación planteó respecto a las cifras consideradas en el dictamen, como base o fundamento de su conclusión.

No es cierto que el citado auxiliar de la justicia al momento de calcular los eventuales perjuicios (sumas dejada de percibir desde junio 30 de 2.002 al 16 de noviembre de 2.004) este partiendo de un ingreso bruto: Como se podrá constatar en dicho dictamen, el citado perito efectúa una operación matemática que va desde los ingresos brutos, a los cuales les hace las deducciones correspondientes a la suma de **ochocientos setenta y un mil novecientos tres mil treinta y tres pesos M/cte (\$871'903.033.00)**. Si la situación se presentara como lo indica el objetante, estaríamos hablando de un lucro cesante cuya cuantía asciende a la suma de **Un Mil Setecientos Veintitrés Millones Cuatrocientos Catorce Mil Novecientos Treinta y Cuatro Pesos M/cte (\$1.723'414.934.00)**. Veamos:

Como se denota del texto del dictamen pericial que nos ocupa, para el período que va desde la fecha de terminación abrupta del contrato, esto es desde el 1 de julio de 2.002 se estiman unos ingresos brutos totales de \$336'825.432.00, a los cuales se les debe deducir unos costos por \$80'127.000.00 y unos gastos 85'956.000.00 para dar una utilidad con corte al 31 de diciembre de 2.002 de **\$170'742.432.00.** Para el período que va desde el 1 de enero al 31 de diciembre del 2.003, se estiman unos ingresos brutos totales de \$721'008.516.00, a los cuales se les debe deducir unos costos por \$ 171'952.542.00 y unos gastos 184'461.566.00 para dar una utilidad de **\$ 364'594.398.00.** Para el período que va desde el 1 de enero al 16 de noviembre de 2.004 fecha en que terminaba la vigencia del contrato ya citado se estiman unos ingresos brutos totales de \$665'580.986.00, a los cuales se les debe deducir unos costos por \$158'733.690.00 y unos gastos de \$ 170'281.092.00 para dar una utilidad con corte al 31 de diciembre de 2.002 de **\$336'566.203.00.**

*Referente a la liquidación que hace el perito del Good Will (puntos 2, 3, 4 y 5 de la objeción), debe llamarse la atención que en este punto, lo que el auxiliar de la justicia se limitó, fue a cumplir con el cuestionario planteado por la parte que solicitó la prueba, y en lo que corresponde a la determinación como perjuicio hecha por el Dr. **Carvajal Cano**, el Tribunal se ocupará en su momento oportuno, para concluir si el valor liquidado en este punto, corresponde o no a un verdadero perjuicio por la conducta antijurídica de la parte convocada.*

*Tal como lo señaló el Tribunal en su momento la experticia se elaboró acorde a los diversos elementos que en la jurisprudencia y doctrina logran determinar la presencia del Good Will, lo cual se conoce con claridad en fallo de la Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de julio 27 de 2001, expediente no. 5860, Magistrado Ponente Doctor **Jorge Antonio Castillo Rugeles**, y que se condensa de la siguiente manera para su fijación: **“La excelente ubicación en el mercado, la calidad del servicio prestado, confianza como cliente del sistema financiero, clientela presente, clientela potencial, trato dispensado a los usuarios, buena relación con el personal de empleados y trabajadores, estabilidad laboral, confianza debida a un buen desempeño gerencial”.***

*De otro lado, el objetante considera que existe error grave por el hecho que el perito calculó como perjuicio la corrección monetaria, perdiendo de vista que en la demanda primigenia se solicita que se condenara este rubro o en su defecto que se condenase a la demandada a pagar intereses moratorios, de conformidad con lo previsto en la ley 45 de 1990. Lo que no podía hacer, entonces, era actualizar el valor de la indemnización y a la vez imponer la obligación de sufragar intereses moratorios, porque como lo tiene dicho la Corte, no son **“acumulables intereses de mora y corrección monetaria”**, considerando, desde luego, que el deterioro monetario **“se entiende incluido en los intereses legales de mora”**.*

Las presuntas objeciones sobre las cuales el apoderado de la parte convocada pretende determinar como causas de error grave, son inexistentes, no se ajustan a los derroteros señalados por la Corte Suprema de Justicia en los diferentes fallos ya relacionados, en especial en destacar el alcance y magnitud de los presuntos errores que lleguen a establecer un erróneo dictamen.

Además, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, desde tiempo atrás y en diversas oportunidades:

“El error grave ha de ser de naturaleza tal, que al estar debidamente comprobado de base para dar su dictamen, esto es, que si no hubiese sido por tal error el dictamen no habría sido el mismo”. (Sent. 25 de Septiembre de 1939). “Si se objeta un dictamen pericial por error grave, los correspondientes reparos deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos” (Sent. De Septiembre 10 de 1941). subrayas nuestras)...“El error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad, y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado”. (Sent. de 1947) “Un error, en la cantidad no es razón para una objeción de error grave.” (Sent. Septiembre de 1947). “Lo que caracteriza, pues y distingue el error grave de las demás objeciones que pueden presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atribuciones, por otros que no tiene, o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven”(Sent. Junio de 1957).“...Es el hecho de cambiar las calidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por atrás que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, (C.S.J., Sala de Casación Civil. Auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446 magistrado Sustanciador doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss.)”

*No encuentra el Tribunal en las observaciones hechas por el señor apoderado de **Centroaguas S.A E.S.P.**, que se den los resultados invocados por el mismo, por cuanto en un hipotético caso de que se encontraran deficiencias en los resultados, estas, no logran inducir a que se considere erróneo el dictamen rendido, tal como, en la etapa*

probatoria de este Arbitramento este Tribunal dio a conocer su criterio ante reparos del mismo objetante.

*Las observaciones sobre el método empleado para calcular el monto de la indemnización y la cuantificación del good will no son más que discrepancias del apoderado de la convocada con el perito **Eduardo Carvajal Cano** basado en la técnica que el empleó, circunstancia que no puede descalificar el dictamen y es misión del Tribunal analizar los fundamentos y conclusiones del experticia pudiendo acogerse o apartarse de él, en la medida de las facultades que se otorga los principios de la sana crítica.*

*Por lo anterior, no prospera la objeción por error grave planteado por el señor apoderado de **CentroAguas S.A. E.S.P.***

Experticio de José Fidel Sandoval Sandoval.- (cuaderno No. Ocho del expediente)

Con fecha 29 de Octubre del 2003 se presentó el experticio solicitado, el cual fue objeto de solicitud de aclaraciones por parte del señor apoderado de la parte convocada con fecha febrero 4 del 2004 y finalmente fue objetado por error grave de la misma parte ya destacada.

*Este dictamen verificado por el perito en las oficinas de **CentroAguas S.A. E.S.P.** .. en Tuluá fue rendido en forma clara y precisa en relación con el cuestionario remitido por el Tribunal de Arbitramento, en donde el experto destacó que utilizó en su dictamen la norma de auditoria aceptadas en el medio sobre estados financieros de cualquier empresa. El perito explicó una a una las preguntas del cuestionario ya anotado, que posteriormente aclaró sobre el alcance del término “perdida de imagen”, “la valoración de un intangible como el good will”, “la ubicación de la empresa **CENTROAGUAS** en el mercado”, según cuestionario del señor apoderado de la parte convocada en donde concluyó que “... mi peritazgo no es el escenario técnico adecuado para valorar al good will de **CentroAguas S.A. E.S.P.**.” (Cuaderno No.8, folio 044 del expediente)*

Ciertamente en las preguntas y cuestionamientos que hace el señor apoderado de la parte convocada no busca en ningún momento contradecir o desvirtuar las conclusiones a que llega el mentado perito, e inclusive trata de llevarlas a conclusiones no solicitadas por el Tribunal y finalmente se amplía en puntos como la fijación de perjuicios por

*afectación del good will, cuando en el cuestionario señalado por el Tribunal, los perjuicios que se invocan a señalar por el perito tienen relación únicamente con el presunto incumplimiento por parte del **Grupo G Comercial S.A.** del contrato No. **C-170-01.***

*Se tiene entonces, que el error grave es algo objetivo y no subjetivo y los puntos sobre los cuales se hacen las objeciones al dictamen del perito **José Fidel Sandoval Sandoval**, no tienen la entidad o magnitud para considerarse como errores graves y prosperen las objeciones que en ese sentido se proponen por la parte convocada a través de su apoderado, por lo que no se acogerán éstas y **se declaran imprósperas tales objeciones.***

15. Consideraciones Del Tribunal

De la demanda Introdutoria

*Atendiendo los antecedentes señalados no encontramos que en la demanda introductoria se plantea una acción de responsabilidad contractual donde el convocante solicita que, mediante el laudo del caso la parte demandada **Centroaguas S.A E.S.P.** sea declarada responsable patrimonialmente por la terminación unilateral, arbitraria e ilegal del contrato C-170-01, celebrados con la sociedad actora y que como consecuencia de dicha declaración la parte demandada sea condenada a pagar al **Grupo G. Comercial S.A.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral las sumas de dinero señaladas en el escrito de convocatoria a este tribunal.*

*El Profesor y exmagistrado Doctor **Javier Tamayo Jaramillo**, en su obra. “Culpa Contractual” Editorial Temis, define la Culpa y la hace consistir en el “**dolo, la imprudencia, la impericia, la negligencia, o la violación de reglamento que impiden al deudor cumplir correctamente su obligación**”. En nuestro ordenamiento positivo determina que toda persona que causa un daño a otra está obligado a repararlo, independientemente que haya sido causado de forma voluntaria, por negligencia o por omisión. Los orígenes de las actuaciones que pueden derivar en una responsabilidad civil son muy variadas. Por ejemplo, puede derivar del incumplimiento de un contrato o de una acción u omisión involuntaria, sin que exista ninguna relación jurídica anterior. Puede, a su vez, ser la consecuencia de un acto de la persona que lo causa, o de quienes dependen de él directamente.*

En todos estos casos, la acción u omisión, ya sea voluntaria o no, no ha sido correcta, y esto ha derivado en una situación que perjudica a otra u otras personas. Esta situación es demostrable y, por tanto, existe un culpable o responsable. Por el contrario, puede darse el caso de que la persona sea culpable, no por una actuación demostrable sino porque concurren una serie de circunstancias, reguladas por ley, que asignan la responsabilidad. La única forma de eludir la responsabilidad en estos casos es demostrar que la causa de la que se le responsabiliza ha sido fortuita.

*En ese orden de ideas, la responsabilidad contractual supone una obligación concreta, **preexistente**, formada por la convención o contrato de las partes y que resulta violada por una de ellas. Para esta clase de responsabilidad la culpa es la causa o fuente de una obligación de indemnizar el daño causado. Encontrándonos ante una acción delimitada por la responsabilidad Civil contractual, el principio general determina que el causante del incumplimiento debe reparar íntegramente los perjuicios, pero solo aquellos estén en relación de causalidad con el hecho contractual.*

Los elementos de la responsabilidad civil, sea esta contractual o extracontractual son:

1º Antijuridicidad

2º Daño

3º Relación de Causalidad Entre el Daño y el Hecho

4º Responsabilidad

*Cuando hablamos de **antijuridicidad** estamos indicando que es contrario a la ley. Es sinónimo de ilicitud, aunque abarca la violación del deber impuesto contractualmente. La antijuridicidad en el cumplimiento contractual supone la existencia de un contrato válido, y se manifiesta por el daño causado al Acreedor con negligencia o imprudencia en la observancia del específico deber jurídico establecido convencionalmente. Este incumplimiento está regulado normativamente en cuanto al modo, lugar y tiempo de la ejecución de la prestación, con independencia de la imputabilidad del deudor que supone la concurrencia de otro elemento que es la culpa o el dolo.*

*Cuando hacemos referencia al **Daño** estamos hablando sobre invadir las facultades ajenas. Es un menoscabo al patrimonio de un tercero y el*

autor de ese menoscabo debe un resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior. Es el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral). El **Daño Patrimonial** esta integrado por el daño emergente (perjuicio efectivamente sufrido) y el lucro cesante (ganancia de la que fue privado el damnificado) y debe ser constatada o constatable. No se tiene en cuenta el daño hipotético o eventual. Puede ser actual y determinado o futuro y determinable.(atr.1613 del C.C)

Por su parte **la relación de causalidad** implica que entre la conducta y el daño debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto. El nexo causal se rompe cuando aparecen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, entre otras posibles pero ante su presencia es indispensable para la configuración de la responsabilidad civil; Cuando se incoa una acción de responsabilidad contractual, no puede limitarse a solicitar el reconocimiento de unos perjuicios derivados de la actuación del demandado, sino que debe además, debe demostrar que existe un nexo de causalidad entre el daño y la conducta del generador del daño.

Descendiendo al asunto que nos concita, encontramos que la sociedad **Centroaguas S.A** abrió una licitación privada **con el propósito de celebrar en el futuro un contrato privado** y no una licitación pública, hecho que señaló de antemano el marco jurídico de la negociación que dicha empresa pretendía celebrar. Resultando importante en este orden de ideas, significar a las partes, que el Tribunal de acuerdo con lo aducido en los hechos de la demanda por la parte convocante y su contestación por la parte convocada, a los hechos segundo, tercero, concluye que la etapa precontractual y la etapa contractual son de acuerdo a la intención de las partes en el presente caso, dos etapas totalmente distintas, independientes, sin que exista un carácter accesorio en la conexidad y sin que permita como se pretende por la parte convocada a través de su distinguido apoderado en su alegato de conclusión, traer al plenario como factores de incumplimiento del contrato No. C-170-01 aspectos relacionados en el pliego de condiciones (Etapa precontractual), como: la toma de lectura en terreno con terminales portátiles, análisis de crítica, impresión masiva de facturas, postcrítica y reparto de facturas y correspondencia, falta de experiencia en el desarrollo de proyectos para la gestión comercial de empresa de servicios públicos, infraestructura incompleta de equipos e

instalaciones para desarrollar el contrato No. C-170-0, falta de personal de planta, que posteriormente van a tener trascendencia en palabras de la parte convocada en la ejecución del contrato, como por ejemplo: en la ausencia de informes sobre los consumos reales, sobre informes de facturación, errores en las liquidaciones, actualización completa de los predios a revisar, reporte oportuno y permanente de los fraudes y conexiones no legalizadas, la no ejecución de la actualización ni optimización de las rutas de lectura, elaboración de informes sobre causales de no entrega de facturas, pago del impuesto de timbre, etc.

*Al examinar detenidamente el contenido del pliego de condiciones que sirvió de oferta previa a la celebración del contrato y el texto del contrato celebrado, encontramos que se trata de un contrato **consensual** (Art. 1.500 del C.C.). Teniendo en cuenta que el Código Civil no establece reglas para la etapa precontractual, es necesario recurrir a las del Código de Comercio (Libro III título I capítulo 3º. Art. 845-864).*

*Dice el Art. 845 del Código de Comercio **“Que la oferta o propuesta es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio...”**. En consecuencia, la mera oferta no forma parte en sí misma del contrato que a la postre se celebra, es un acto previo a la formación de ese futuro contrato, en donde a través de la aceptación del destinatario o destinatarios se configura la relación contractual, se consolida el contrato. A pesar de ello la propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación (Art. 846 Inc. 2º Co. Co). La aceptación del destinatario puede ser pura y simple cuando este adhiere sin reparos al contenido de la oferta, pero también puede contener modificaciones y adiciones a la propuesta original. Por esa razón el Art. 860 del código de Comercio establece que en las licitaciones públicas o privadas **“el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado de que no haya postura mejor”**.*

De todo lo anterior se deduce que en los contratos privados que se celebran mediante el trámite previo de la oferta regulada en el Código de Comercio una cosa es la etapa precontractual y otra la etapa contractual. La primera termina cuando el destinatario de la oferta la acepta con o sin modificaciones, o simplemente la rechaza. La segunda etapa nace con la celebración del contrato entre el oferente o proponente y el destinatario y continúa con el período de ejecución dentro del cual puede

haber cumplimiento, incumplimiento, mora u otras circunstancias que alteran la subsistencia o estabilidad del contrato.

*La prevalencia del pliego de condiciones sobre el resto de las estipulaciones contractuales definitivas es un principio de derecho público que no tiene aplicación en el ámbito del derecho privado, en el cual predomina el libre ejercicio de la voluntad. En las relaciones privadas prevalece el consentimiento libre de las partes y la consolidación de los elementos esenciales contenidos en la definición legal del contrato celebrado, como el objeto y el precio en el contrato de compraventa. En el ámbito del derecho privado el juzgador determinará la prevalencia de unas obligaciones sobre otras solamente cuando exista **evidente contradicción entre unas y otras**. No habrá prevalencia cuando el contenido de unas obligaciones sirve de complemento a otras o cuando las obligaciones acordadas nunca figuraron en la oferta y constituyen por ende elementos adicionados a la propuesta inicial del contrato.*

*En el caso particular del contrato C-170-01, es evidente que al pliego de condiciones contenido en la oferta del anotado contrato, la sociedad **Grupo G. Comercial S.A.** como oferente le adicionó al responderla otras propuestas que fueron plasmadas en el contrato que al final se celebró. Se observa que de acuerdo con el pliego de condiciones “**el alcance de la licitación privada es la contratación de las actividades operativas de lectura, análisis de crítica, impresión masiva, postcrítica, reparto de facturas y correspondencia. La cobertura contempla los usuarios actuales (36.200) y potenciales de los servicios de acueducto y alcantarillado prestados por CENTROAGUAS S.A. E.S.P.**” (1.2 alcance).*

*Habida consideración de que las diferencias surgidas entre las partes del presente proceso tuvieron su origen en la ejecución del contrato de **Outsourcing** que ellas celebraron entre si el 16 de noviembre del 2001, a juicio del Tribunal importa establecer a ciencia cierta el marco jurídico de dicha convención. Por que según sea él de derecho publico o de derecho privado, bien distinto serán el sentido y el alcance de varias de sus estipulaciones y diversas las consecuencias que de ellas hayan de seguirse.*

Es necesario resaltar que el marco jurídico del contrato No. C-170-01 no es el establecido en la Ley 80 de 1993 para los contratos que celebra el Estado con particulares o con otras Entidades Públicas. El Art.32 de la

Ley 142 de 1994 (Ley de servicios públicos) establece como regla general que **“los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”**. (Lo repintado es nuestro)

Esta norma dispone, además, que los actos de las empresas de servicios públicos solo se regirán por normas distintas de las del derecho privado **“cuando la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario”**. El Art. 3º de la Ley 689 de 2001, al modificar el Art. 31 de la Ley 142 de 1994, estableció perentoriamente que **“...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”**.

Se concluye, que si las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refieren las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001 no están sujetas al estatuto general de contratación pública regulado en la Ley 80 de 1993 y las normas que la adicionan y complementan, hay razón suficiente para deducir que los contratos celebrados entre dos **sociedades anónimas privadas** como son **CENTROAGUAS S.A. E.S.P. y GRUPO G. COMERCIAL S.A.** no se regirán por las normas del estatuto de contratación de la administración pública, aunque la finalidad contractual consista en la prestación o administración de servicios públicos domiciliarios en un lugar determinado de la geografía nacional. El Art. 39 de la Ley 142 de 1994 regula algunos contratos especiales, tales como el de Concesión de aguas; el de Acceso al aspecto electromagnético, el de Administración Profesional de Acciones, el de Interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos mediante el pago de peaje y otros más. De acuerdo con el Art. 4º de la Ley 689 de 2001, **todos los contratos especiales** consagrados en el Art. 39 de la Ley 142 de 1994 **“se regirán por el derecho privado”**, **salvo los contratos de que tratan el parágrafo del Art. 39 y el numeral 39.1 de la Ley 142 de 1994, los cuales regulan el contrato de concesión de aguas”**.

En el presente caso que es materia de pronunciamiento de este Tribunal tenemos lo siguiente:

- Según el Art. 14 de la Ley 142 de 1994 (14.7) la empresa privada de servicios públicos “es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.
- De conformidad con los respectivos certificados de existencia y representación legal de las sociedades convocante y convocada, **GRUPO G. COMERCIAL S.A.** es una entidad totalmente privada o de creación particular cuyos socios son personas particulares cuya comparecencia física es irrelevante en el trámite arbitral, mucho más si se tiene en cuenta que tratándose de sociedades anónimas solamente aparece en la Cámara de Comercio el registro de los miembros de la Junta Directiva, toda vez que sus socios, por razones obvias no son de conocimiento público. Por su parte, la sociedad **CENTROAGUAS S.A. E.S.P.** es una empresa privada de servicios públicos, pues el 80% de su capital está en cabeza de inversionistas privados y el 20% pertenece al Municipio de Tulúa. De conformidad con la ley 142 de 1994 las sociedades particulares pueden tener por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios, conforme a los dictados de la actual constitución política de Colombia.
- Sus actos y contratos se rigen por las normas del derecho privado. No son por consiguiente, en esencia, actos administrativos que puedan ser objeto de estudio por parte de la jurisdicción contencioso administrativa (art.32 de la ley 142 de 1994). El Art. 3º de la Ley 142 de 1994 establece de modo excepcional la posibilidad de que en ciertos contratos las comisiones de regulación puedan hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales o exorbitantes en los contratos que celebren las entidades privadas con el propósito de prestar o satisfacer servicios públicos. Solo en tales casos dichos contratos se someterán al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección III- expediente 16661. Ponente Dr. **Ricardo Hoyos Duque** –Marzo 9/2000).

Observa el Tribunal que en el contrato C-170-01 no aparece ninguna cláusula exorbitante o excepcional como la de caducidad, por ejemplo, u otras que son comunes en los contratos de la administración pública con los particulares respecto de la ejecución de obras públicas. Por consiguiente, estamos frente a un contrato sometido en su totalidad a las

reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria y cuyas diferencias han sido sometidas al Tribunal de Arbitramento por voluntad expresa de las partes contenida en la cláusula compromisoria que obra en el contrato C-170-01.

Salta a la vista entonces, que dicho contrato sigue estando bajo la órbita del derecho privado, y por esa razón la jurisdicción competente para conocer de él es la ordinaria, pero que por voluntad unánime de las partes expresadas en la cláusula compromisoria ha sido traído al estudio de este Tribunal de Arbitramento.

*Se advierte además que el objeto del mentado contrato No. C-170-01 no se contrae en ninguna de sus partes a la **“concesión de aguas, que si estaría sujeto al derecho público en todas sus partes”**. En el caso particular que es materia de pronunciamiento de este Tribunal tenemos lo siguiente a manera de conclusión:*

No obstante el contrato anotado tiene una eventual vinculación al interés público, dado que se encuentra orientado a la prestación de un servicio público lo cierto y concreto es que ninguna de las dos entidades contratantes y contratista es de naturaleza pública, ni ostentan esa calidad, por lo tanto, estamos ante un típico contrato de derecho privado. Y como corolario de lo anterior, al darse sentido al art. 822 del C.C sobre la aplicación por analogía de los principios que gobiernan las obligaciones y los contratos del derecho civil al derecho mercantil, se tiene que estamos ante un contrato atípico en su regulación, el cual es de naturaleza bilateral, consensual, principal, conmutativo, de ejecución sucesiva, regido por los principios fundamentales del derecho privado como son la buena fe, la equidad, la autonomía de la voluntad, el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad civil.

En conclusión, la parte convocada involucra como si fuera un todo las condiciones del pliego en la etapa precontractual y las obligaciones surgidas a cargo de las partes en la etapa contractual, pese a que inicialmente en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvenición, la parte convocada solo se refiere al incumplimiento contractual. Para el Tribunal es claro y preciso que la parte convocante en su escrito de solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento para nada invoco en los hechos lo referente a la parte precontractual o de la oferta del contrato dado que de acuerdo a su tenor literal, el problema suscitado o las diferencias nacidas entre las partes

contratantes estaban circunscritas solamente a la ejecución del contrato No. C-170-01.

En resumen para el Tribunal, de acuerdo a lo conocido en el cuerpo de la demanda, su contestación a la misma, el problema jurídico debatido se circunscribe exclusivamente a un presunto incumplimiento contractual, en donde para nada es significativa la etapa precontractual y así se expresa, dado que el apoderado de la parte convocada lo plantea de manera diferente en su alegato de conclusión.

*Ahora bien, para este Tribunal es claro que nos encontramos ante un contrato bilateral que supone el acuerdo de dos o más voluntades que crea obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. Cada una de ellas es acreedora y deudora al mismo tiempo. Aunque las obligaciones no siempre deban cumplirse simultáneamente. Bajo esa premisa, tenemos que el contrato No. C-170-01 base de esta litis, que se suscribió el 14 de noviembre de 2.001 tenía por objeto la realización a partir del 1° de diciembre del mismo año, “de las actividades operativas relacionadas con la gestión comercial de los servicios de acueducto y alcantarillado” prestado por **Centroaguas S.A. E.S.P.** en la ciudad de Tulúa consistentes en la toma de lectura en terreno con terminales portátiles, el análisis de críticas mediante análisis y definiciones de aquellos consumos a facturar, que presenten desviaciones significativas frente al consumo promedio, después del proceso de lectura y relectura; la impresión masiva de las facturas a repartir a los usuarios a partir del 16 de noviembre de 2.001; el trabajo de postcrítica.*

*Este pacto contractual, por ser bilateral y haber sido celebrado validamente constituye Ley para los contratantes la sociedad **Grupo G. Comercial S.A.** y **Centroaguas S.A. E.S.P.** siendo cada uno acreedor y deudor al mismo tiempo, pacto contractual que se desarrollo desde el 1 de diciembre de 2.001 hasta el 2 de julio de 2.002, fecha en que el señor **Uri Tabacznik** en su calidad de Gerente encargado de la convocada da por terminado el contrato base de esta acción en forma unilateral.*

*En dicha comunicación dirigida por el señor **Uri Tabacznik** a la señora María Fernanda Zapata, Representante Legal de sociedad **Grupo G. Comercial S.A.** indica como razones para la terminación del contrato, el incumplimiento de tipo técnico en la calidad ofrecida en la propuesta, y el supuesto convenio de terminar el contrato No. C-170-01 el 31 de mayo, pero que por imposibilidad ante la falta de la información*

necesaria para adelantar la liquidación del contrato se había acordado presuntamente el 30 de junio de 2.002.

Debemos resaltar como elemento de importancia sustancial que en el texto del contrato No. C-170-01 aportado a la demanda de convocatoria consta que en la **cláusula décima quinta** denominada “**arbitramento o pericia técnica**” se estableció una metodología para dirimir todas las diferencias de carácter exclusivamente técnico y económico que se suscitaran en relación con el contrato con dos períodos bien claros: Primero una decisión de la subgerencia comercial y de sistemas de **Centroaguas S.A. E.S.P.** y segundo, en caso de desacuerdo con esa decisión, rendiría dictamen un grupo de tres expertos, uno designado por cada parte y el tercero designado de común acuerdo por las partes. El dictamen del grupo de expertos sería definitivo u obligatorio para las partes. En el párrafo de dicha cláusula se acordó que la experticia podría ser realizada por un solo árbitro o experto **designado de común acuerdo** (lo repintado es nuestro)

Esta cláusula décimo quinta debe compaginarse con la cláusula novena, donde se determina que el incumplimiento de las obligaciones “**nacidas de este contrato**” faculta a la parte cumplida a darlo por terminado previo requerimiento en el cual se indicarán las causas de terminación, (Lo subrayado es nuestro). Tanto la cláusula novena como la cláusula décimo quinta constituyen leyes del contrato que solamente pueden ser invalidadas por consentimiento mutuo o por causas legales, según el Art. 1602 del Código Civil aplicable por extensión según el art.822 del C.Cio.

Siendo así, debemos analizar si la conducta asumida por la sociedad **Grupo G. Comercial S.A.** representada por el señor **Uri Tabacznik** esta enmarcada en los parámetros de la **antijuridicidad** por haber violado el deber impuesto en un contrato validamente convenido entre las partes y si se le han generado a la contraparte contractual un menoscabo al patrimonio (**Daño**) existiendo una relación causa efecto (**nexo causal**) entre uno y otro. Si esta ecuación se da, generaría a cargo de quien violo las cláusulas contractuales la obligación de resarcir el daño emergente (perjuicio efectivamente sufrido) y el lucro cesante (ganancia de la que fue privado el damnificado) que hayan sido constatados en el desarrollo de este trámite arbitral.

Así las cosas, para este Tribunal esta cabalmente demostrado en la plenaria la conducta **antijurídica** de la convocada cuando la sociedad **Centroaguas S.A. E.S.P.** por intermedio del señor **Uri Tabacznik** dio

por terminado el contrato No. C-170-01, lo que deriva en que, soportado en el artículo 177 del C.P.C. la sociedad convocada debió probar que se agoto los procedimientos indicados en las cláusulas décimo quinta y novena del pluricitado contrato, a fin de evitar el daño causado por la inobservancia del específico deber jurídico establecido convencionalmente. Esta situación fáctica fue ratificada por el señor **Tabacznik** (Representante Legal de la sociedad convocada para la apoca de la terminación del contrato) en la audiencia dentro de la cual el Tribunal le recibió su declaración como testigo de la parte convocada. Ni la declaración del **Señor Carlos Alberto Potes**, (Gerente de la convocada para la época en que se celebro el contrato) ni lo manifestado al Tribunal por la **Señora Isabel Cristina Vigoya Linares** interventora del contrato No. C-170-01 dan fe de que la sociedad **Centroaguas S.A. E.S.P**, haya agotado el procedimiento convenido en las cláusulas novena y décima quinta del referido contrato denominada “**arbitramento o pericia técnica**”. Por el contrario, en su declaración el señor **Uri Tabacznik** (Pág. 6 de la desgrabación de su declaración) a la pregunta del Presidente del Tribunal reconoce que la existencia de una comisión de peritos sin la presencia de algún representante de **Grupo G. Comercial S.A.** y solamente se les invitaba “**a escuchar las definiciones de esa comisión o las opiniones de esa comisión**”, y admitió en su declaración, haber sido la persona que en representación de la convocada envió la carta por la cual **Centroaguas S.A. E.S.P**, le comunica a **Grupo G. Comercial S.A.** la terminación contrato No. C-170-01 (Pág. 7 y 8 de la desgrabación de su declaración) la cual según su decir, no respondía a la recomendación de algún comité. Sea la oportunidad para anotar que las demás declaraciones rendidas en este asunto, no adicionan ningún elemento nuevo al punto focal de la discusión planteada, y que remite a determinar la forma y manera como se dio por terminado el contrato materia de esta litis.

Tampoco la parte convocada demostró que la existencia de un consentimiento mutuo de las partes respecto de la terminación del contrato No. C-170-01, mucho más cuando la sociedad **Centroaguas S.A. ESP** mediante la declaración de quien era su representante legal en el momento de la terminación del contrato expresó que esta fue **unilateral**, que no especificó las causas de ella y que no se ciñó al procedimiento establecido para tal efecto en el contrato. Es indudable que quien hizo caso omiso del procedimiento establecido en el contrato para su terminación y no señaló las causas de ella, negándole a la otra parte la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, no está habilitado o legitimado para invocar en un proceso judicial o arbitral posterior

causal alguna de terminación que pudo y debió esgrimir en el procedimiento contractual que fue objeto de violación por parte suya.

En relación con esa terminación unilateral, el Tribunal proclama que esta clase de conducta unilateral no es de recibo en el derecho privado, correspondiendo únicamente a las facultades exorbitantes que se reconocen en el terreno del derecho público a la administración, en razón de los altos intereses que ella representa. Consiguientemente, encuentra el tribunal que no es posible que una de las partes, de manera independiente, ponga término a un contrato, así sea con fundamento en el invocado incumplimiento de la otra.

*No puede entonces atender las razones planteadas por la parte convocada como excepciones de fondo que pretenden enervar las pretensiones de la demanda denominadas como **“cumplimiento contractual de la demandada”** e **“incumplimiento contractual de la sociedad Grupo G. Comercial S.A.”** ya que no existe en la plenaria prueba de la existencia de incumplimientos imputables a la convocante y más bien esta debidamente probado que fue la sociedad **Centroaguas S.A. E.S.P**, quien en comunicación de fecha 2 de Julio del 2002 suscrita por **Uri Tabacznik** puso término, de manera unilateral, al referido contrato, y no le dio aplicación lo convenido en el contrato en lo que hace referencia a la forma de terminar el contrato, violando así el principio universal del derecho que determina que el contrato legalmente celebrado **“es Ley para las partes”**. Igual suerte deben correr la excepciones perentorias de **“inexistencia de responsabilidad contractual y de la obligación de indemnizar”** **“exposición imprudente al daño.- culpa de la víctima y “Mala fe”** habida cuenta que su sustento y razón de ser están íntimamente vinculadas a los medios exceptivos ante citados.*

*Las excepciones de **“pleito pendiente”** y **“falta de competencia”** propuestas por la parte convocada, se le debe significar que para que se configure dichos medio exceptivos se requiere que en un segundo proceso se deduzca la misma pretensión que se ejercita en el asunto que nos ocupa, vale decir, que haya perfecta identidad jurídica entre los sujetos, el objeto y la causa de las dos demandas, o como ha dicho la Corte, que la segunda demanda quede comprendida dentro de la primera. Viéndolo de esta manera, el cobro de unas facturas por intermedio de un proceso ejecutivo adelantado por la convocante, en contra de la convocada y tramitado ante un Juez Civil del Circuito de Tulúa, no deriva identidad jurídica entre los sujetos, el objeto y la causa*

de las dos demandas, hecho que hará despachar favorable este medio exceptivo. No se puede indicar igualmente que existe carencia de competencia del tribunal, cuando lo que se debate en el proceso ejecutivo adelantado ante el Juez Civil del Circuito de Tulúa es totalmente diferente en esencia a lo aquí debatido.

Ahora bien, no esta demás recordar que la excepción de “**pleito pendiente**” y “**falta de competencia**” están consideradas como excepciones previas las cuales, al no ser posible plantearlas como tal en el tramite arbitral, se debió proponer como razones de la reposición contra el auto que admite la solicitud de convocatoria, y la parte pasiva en este asunto guardo silencio en la instancia procesal correspondiente.

Debatido lo anterior, y sabido que, para este Tribunal existió una terminación unilateral e inconsulta del contrato No. C-170-01 por cuenta de **Centroaguas S.A. E.S.P.** que deriva sin ninguna duda a declararla responsable patrimonialmente, debemos entra a estudiar si la parte convocante, cumpliendo con el principio de la carga de la prueba, demostró o no la relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño y la cuantificación de este último para así proceder a liquidar el importe del daño emergente y del lucro cesante.

Previo a este análisis encontramos que en el Diccionario de Ciencia Jurídicas, Políticas, Sociales, Víctor de Santo. Editorial Universidad Buenos Aires 1996 se ha definido el **daño emergente** como el Detrimento, menoscabo o destrucción material de bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. El daño emergente, la pérdida de sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, se traduce en una disminución de su patrimonio; mientras que la categoría opuesta, **el lucro cesante**, se configura principalmente, por la privación de aumento patrimonial por la supresión de la ganancia esperable.

En ese estado de cosas, encontramos que la parte convocante ha solicitado a este Tribunal que, como consecuencia de la terminación unilateral, arbitraria e ilegal del contrato C-170-01, se declare a sociedad **Grupo G Comercial S.A.” responsable patrimonialmente** de los daños causados a la convocante condenándola a que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo le cancele un lucro cesante por valor de \$1.482'971.000.00 correspondiente al “**dinero que dejó de percibir desde el momento en que se produjo la terminación abrupta e injusta del contrato por parte de Centroaguas S.A. E.S.P.,**

por que de no haber mediado dicha terminación, la parte convocante había recibido el valor total del contrato, que se habría causado hasta el día del vencimiento normal del plazo”

Como daño emergente solicita que se condene a la convocada a pagar la suma de \$320'000.000.00 Por concepto de la demanda ejecutiva del **Grupo G Comercial S.A** contra **Centroaguas S.A E.S.P.** que se tramita en el Juzgado 1 Civil del de Tuluá, correspondiente a capital e intereses; la suma de 18'827.533.00 por las prestaciones sociales pagadas; la suma de \$55'587.984.00 por las indemnizaciones Laborales; por indemnización en el contrato de arrendamiento del local comercial ubicado en Tuluá en la Cra. 28No.27-48 local 110 piso 1 la suma de \$5.493.000.00; por el contrato de Asesoría Jurídica con el doctor Carlos Alberto Oviedo la suma de \$44'444.444.00; por indemnización de los contratos reseñados en el hecho E de la demanda introductoria \$11'802.000.00; por gastos laborales reseñados en el hecho 9F durante 28 meses 14 días a razón de \$5'920.000.00 mensuales \$168'720.000.00; por las prestaciones sociales (hecho 9F) \$736.148.00; por aportes para fiscales (hecho 9F) \$944.974.00; por cobro de la **Dian** por concepto de **Iva** e intereses de mora a 30 de agosto de 2002 \$78'824.000.00; por gastos laborales entre julio 2.2002 y julio 22-200(Salario y parafiscales) (hecho 9 a) \$10.227.665 para un total de \$ 715'607.738.00. Según lo solicitado por el actor, a este valor final del daño emergente solicita que se condene al convocado a pagar la corrección monetaria de acuerdo con IPC certificado por el DANE, o en subsidio el pago de los intereses de mora más altos señalados por la Superintendencia Bancaria desde el 30 de Junio de 2002 hasta el pronunciamiento del laudo. Solicita igualmente que se condene a pagar a favor del **Grupo G. Comercial S.A.** el **Good Will**, entendido como la utilidad proyectada que resulte probada desde junio 30 de 2002 hasta el día 16 de noviembre de 2004, de conformidad con el comportamiento histórico del contrato C-170-01, durante el tiempo en que duró su ejecución. Finalmente solicita que se reconozca sobre las pretensiones dinerarias la corrección monetaria. (cuaderno No.1 del expediente)

En ese orden de ideas procedemos a estudiar si la conducta antijurídica predicada a **Centroaguas S.A E.S.P.** significa un daño patrimonial para determinar el monto de la indemnización que resarza el menoscabo causado siempre y cuando exista plena prueba que demuestre el nexo causal con la terminación unilateral del contrato No. C-170-01, ya que una vez establecido el daño es importante saber cuál es la extensión del daño para determinar la indemnización que deberá cumplir o proveer el

deudor. La causa de este incumplimiento es lo que va a determinar el alcance o la extensión de la indemnización

Es claro para este tribunal que al romperse de manera abrupta el contrato C-170-01, se le han generado a la parte convocante un lucro cesante correspondiente a la privación de aumento patrimonial por la supresión de la ganancia esperable en el desarrollo contractual fallido por voluntad unilateral de **Grupo G. Comercial S.A.**, razón por la cual, este contratante debe reparar el lucro cesante causado, pero no como lo plantea la parte actora quien lo ha hecho consistir en el pago del “**valor total del contrato**” es decir el ingreso bruto desde la fecha de terminación abrupta del contrato, sino que estará delimitado por la utilidad esperada por la sociedad convocada desde el 1 de julio de 2.002 hasta el 16 de noviembre de 2.004

Fue así como en la experticia rendida en el proceso por el Dr. **Eduardo Carvajal Cano** se determina una utilidad esperada para **Grupo G. Comercial S.A.** con base a las condiciones del contrato, y aplicándole un incremento anual igual al **IPC** generando los siguientes resultados:

- Para el período que va desde la fecha de terminación abrupta del contrato, esto es desde el 1 de julio de 2.002 se estiman unos ingresos brutos totales de \$336'825.432.00, a los cuales se les debe deducir unos costos por \$80'127.000.00 y unos gastos \$ 85'956.000.00 para dar una utilidad con corte al 31 de diciembre de 2.002 de **\$170'742.432.00**
- Para el período que va desde el 1 de enero al 31 de diciembre del 2.003, se estiman unos ingresos brutos totales de \$721'008.516.00, a los cuales se les debe deducir unos costos por \$ 171'952.542.00 y unos gastos de \$ 184'461.566.00 para dar una utilidad de **\$ 364'594.398.00**
- Para el período que va desde el 1 de enero al 16 de noviembre de 2.004 fecha en que terminaba la vigencia del contrato ya citado se estiman unos ingresos brutos totales de \$665'580.986.00, a los cuales se les debe deducir unos costos por \$158'733.690.00 y unos gastos de \$ 170'281.092.00 para dar una utilidad con corte al 31 de diciembre de 2.002 de **\$336'566.203.00.**

Efectuada la anterior operación, tenemos que desde el 1 de julio de 2.002 hasta el 16 de noviembre de 2.004 a la sociedad **Grupo G.**

Comercial S.A. por la privación de aumento patrimonial generado por la supresión de la ganancia esperable en el desarrollo contractual fallido del contrato ha tenido un detrimento igual a **Ochocientos setenta y un mil novecientos tres mil treinta y tres pesos M/cte (\$871'903.033.oo) suma de dinero debidamente indexada con el IPC** que tiene un nexo causal directo con el contrato C-170-01 y con el acto antijurídico de terminación unilateral e arbitraria hecha por **Centroaguas S.A. E.S.P.** y ese será el valor que se tendrá como lucro cesante para los efectos del laudo.

No le cabe duda a este Tribunal que los medios de defensa alegados por la parte pasiva hasta aquí estudiados, no enervan las pretensiones de la demanda primigenia. No ocurre lo mismo con la excepción de “**compensación**” se deberá indicar que conforme lo ordena el artículo 1715 del C.C. este fenómeno legal opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores; es una de las formas de extinguir las obligaciones. En el caso en estudio, y tal como se desprende de la plenaria y en especial del dictamen pericial rendido por el Dr. **Eduardo Carvajal Cano**, está demostrado que **Centroaguas S.A. E.S.P** entregó el 14 de diciembre de 2.001 a la parte convocante **Grupo G. C Comercial S.A.** unas sumas de dinero correspondiente a \$ 187'542.000.oo en calidad de anticipo de contrato No. C-170-01, para ser amortizadas en el tiempo que durara el contrato, esto es hasta el 16 noviembre de 2.004; en este punto la experticia citada al desarrollar el cuestionario que las partes le indicaron, determinó que del total del valor, al momento de la terminación unilateral del referido pacto contractual, esto es el 1 de julio de 2.002, se había amortizado la suma de \$26'047.500.oo quedando pendiente la suma de \$161'494.500.oo lo que deriva sin ninguna duda que el valor dejado de ejecutar o amortizar es una suma de dinero que **Grupo G. C Comercial S.A.** le adeuda a **Centroaguas S.A. E.S.P.** y que deben ser reconocidos en el laudo bajo el fenómeno de la compensación, siendo procedente declarar probada esta excepción en la cuantía citada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el daño emergente lo hemos definido como la pérdida sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación que se traduce en una disminución de su patrimonio, el Tribunal encuentra que los valores relacionados por la parte actora como constitutivos de este rubro no tienen una relación de causalidad directa con el rompimiento del contrato C-170-01 y por

consiguiente no podrán ser atendidos en el laudo que aquí se despacha a saber:

- Lo que hace referencia a la demanda ejecutiva del **Grupo G Comercial S.A** contra **Centroaguas S.A E.S.P.** que se tramita en el Juzgado 1 Civil del de Tuluá, es un aspecto que si bien se ha tenido en cuenta para efectos de este laudo, no lo podemos considerar como pérdida derivada del rompimiento del pluricitado contrato, sin perder de vista adicionalmente que el trámite natural para su recaudo es el mismo proceso ejecutivo ya impetrado, y no el trámite arbitral que concluye con este laudo.
- Las prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pagadas **Grupo G Comercial S.A** a sus trabajadores, no necesariamente están ligadas al rompimiento del contrato que hiciera **Centroaguas S.A E.S.P.**, mas aún cuando la convocante esta en capacidad de contratar con otras entidades distintas a la convocada y poner a disposición de sus demás clientes el todo de su potencial laboral. En este punto, le asiste razón al apoderado de la convocada, quien en su alegato de conclusión resalta la improcedencia de esta solicitud por constituir una “**exposición al daño**” y no esta vinculado a la responsabilidad del ente social convocado.
- Es claro para este tribunal que entre **Grupo G Comercial S.A** y **Centroaguas S.A E.S.P.** no se pactó una exclusividad de tal suerte que al romperse el contrato no le fuera posible prestar los servicios que su objeto social le permita a otras entidades que así lo requieran. Igual se debe predicar de lo pagado por el contrato de Asesoría Jurídica con el doctor Carlos Alberto Oviedo; de la indemnización en el contrato de arrendamiento del local comercial ubicado en Tuluá en la Cra. 28No.27-48 local 110 piso 1; la sociedad convocante esta legalmente capacitada para contratar sus servicios con otras entidades, razón por la cual, los pagos aquí señalados no se han derivado de manera directa del rompimiento que del contrato C-170-01 hiciera **Centroaguas S.A E.S.P.** Estos dos últimos elementos (el contrato de asesoría y el de arrendamiento) no estaban determinados en el contrato C-170-01 como una obligación a cargo de **Grupo G Comercial S.A.** hecho que ratifica la falta de relación causal entre el hecho antijurídico y el daño que se pretende reparar.

En este punto, se le debe significar al apoderado de la parte convocada que, en lo referente al impuesto de timbre del contrato de

arrendamiento arrimado a la plenaria que echa de menos en su alegato de conclusión, ya fue tocado y resuelto por el tribunal, cuando igualmente se le solicito a la parte convocante que allegara la constancia de pago del impuesto de timbre del contrato C-170-01. Así las cosas, debe remitirse el referido profesional a las actuaciones surtidas en este tramite arbitral.

- *Igualmente, no existe un nexo causal que determine que de la terminación del contrato C-170-01 se haya derivado el no pago por parte de **Grupo G Comercial S.A** de las obligaciones Parafiscales (hecho 9F) y cobro de la **Dian** por concepto de **Iva** y sus intereses de mora.*

*Basado en lo anterior, debemos indicar sin ninguna duda que, no existe nexo de causalidad entre la terminación unilateral e inconsulta del contrato C-170-01 con los rubros antes citados, razón por la cual, este Tribunal no accederá a lo pedido por la parte actora quedando pendiente solamente analizar lo correspondiente al Good Will y su eventual detrimento por el hecho de la terminación abrupta del contrato C-170-01 por parte de **Centroaguas S.A E.S.P.***

Para iniciar el punto correspondiente al Good Will debemos indicar que, la valoración de una compañía consiste en proyectar los flujos de caja futuros para determinar la generación de efectivo y dar a conocer al inversionista la recuperación de su capital. La valoración de una sociedad, requiere la aplicación de métodos de cálculo que normalmente contemplan los siguientes conceptos:

*El valor sustancial de la empresa
El fondo de comercio (Good-Will)*

El valor sustancial viene determinado por la diferencia entre el activo real de la empresa y su pasivo exigible, aplicando criterios de valoración de precios de mercado. El concepto fondo de comercio surge de la consideración de la empresa como “negocio en marcha” y por tanto de su capacidad de generar beneficios futuros. Tanto las cifras utilizadas para el cálculo del valor sustancial como del fondo de comercio, requieren un estudio preliminar, realizado de acuerdo con unos criterios específicos, que garanticen la fiabilidad de la información que se va a utilizar en el método específico de valoración que se establezca.

*El Good-Will traduce “**clientela o buen nombre**”, los clientes se dirigen voluntariamente a este establecimiento debido a la calidad del servicio prestado y a su reputación. Es el factor específico de un negocio que ha sabido labrarse un nombre, un puesto, una clientela y una red de relaciones corresponsales de toda clase, sin que tales elementos puedan materializarse. Al Good-Will de los clientes se agrega el favor o confianza de los proveedores, empleados y el conjunto de quienes mantienen relaciones con el establecimiento.*

Para calcular el valor del intangible Good-Will debe hacerse una proyección de los flujos de caja sin tener en cuenta las cargas financieras y la amortización de la deuda durante un plazo justo; dicha proyección se puede definir con base en criterios como avances tecnológicos, grado de deterioro de los activos productivos, la posibilidad de aparición de productos sustitutos, etc. Todas las proyecciones deben realizarse a precios corrientes; es decir, teniendo en cuenta aspectos como la inflación, devaluación y aumento o disminución en el número de unidades para producir y vender. La tasa de descuento utilizada será una tasa de oportunidad de mercado que contemple el riesgo de acuerdo con la naturaleza del negocio y debe ser convenida entre las partes que analizan la transacción. Debe tenerse presente que a medida que aumente la tasa de descuento disminuye el valor del intangible “Good-Will”, en igualdad de las demás condiciones.

Ahora bien, se debe calcular el Good-Will con base en el flujo de caja y no con base en el estado de resultados, por que al adquirir un activo se espera que este genere beneficios en efectivo que sean independientes del grado de endeudamiento que dicho activo tenga, debido a que el hecho de tener o no acreencias no afecta para nada los ingresos y costos operativos, que en ultima instancia son los que determinan el concepto de Good-Will del negocio. (Dr. Gonzalo Armando Álvarez Gómez.- Universidad de Antioquia)

En el caso en comento, lo que pretende la convocante es que se condene a la parte convocada al pago de un detrimento patrimonial que afecto al “Good will” derivado de la terminación unilateral e injusta del contrato C-170-01, para lo cual el perito designado por el Tribunal desplegó la metodología que para tal fin había consignado la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de Casación Civil 5860 del 27 de Julio de 2.001, en la que actuó como Magistrado ponente el Doctor Jorge A. Castillo Rugeles en la cual se determina que para la valoración de la perdida del Good will se debe verificar, no solamente el perjuicio en

el nombre comercial del agravado, sino que adicionalmente se debe conjugar con la disminución de varios aspectos intangibles bien determinados como lo son las utilidades esperadas, la valoración de los bienes incorporales, la ubicación en el mercado, la experiencia de la compañía, la buena localización, la calidad del servicio, el trato al usuario, buena relación con los trabajadores, la confianza en el sector financiero entre otros, llegando en su experticia a cuantificar este rubro en la suma de \$871'903.043.00 derivado única y exclusivamente de el único aspecto "**medible**". Las utilidades esperadas. Y porque es el único aspecto "**medible**"?; pues muy simple; La convocante sociedad **Grupo G Comercial S.A.** es un ente jurídico constituido mediante escritura pública número 1483 corrida en la Notaria 16 del Circulo de Cali el 12 de septiembre de 2.001 inscrita bajo el 05995 del libro IX el 14 de septiembre de 2.001, que el día 16 de noviembre de 2.001 suscribió el contrato de Outsourcing con **Centroaguas S.A. E.S.P.** lo que deriva sin ninguna duda que no se puede predicar del convocante una excelente ubicación en el mercado, la calidad de servicio que ha prestado y el trato dispensado a los usuarios y demás elementos señalados por la jurisprudencia antes citada. Adicionalmente a lo anterior no existe prueba en el plenario de este proceso, que acredite que como consecuencia de su good will, **Grupo G. Comercial S.A.**, tiene otros clientes diferentes a **Centroaguas S.A. E.S.P.** y al decir de su apoderado en este negocio, **Grupo G. Comercial S.A.** sólo hizo gala de su incumplimiento contractual, en el lapso durante el cual tuvo relaciones comerciales con su representada.

No se entiende entonces como la parte convocante en su demanda introductoria solicita que "**se condene a pagar a favor del Grupo G. Comercial S.A. el Good Will, entendido como la utilidad proyectada que resulte probada desde junio 30 de 2002 hasta el día 16 de noviembre de 2004, de conformidad con el comportamiento histórico del contrato C-170-01, durante el tiempo en que duro su ejecución**", cuando dicho rubro corresponde al valor liquidado en la plenaria por concepto de lucro cesante. Nótese bien que el petitum hace referencia a la valoración del "Good Will" y no a la pérdida o disminución de este rubro por efectos de la terminación del ya tantas veces citado contrato C-170-01. Adicionalmente se debe resaltar que para que se genere un detrimento o disminución en la valoración del Good Will; debió existir previo a la terminación del contrato C-170-01 una tasación de este rubro, para que contra dicha cuantificación se pudiera comparar la disminución de este valor derivada de la ruptura unilateral del contrato.

Por las tantas razones expuestas, el Tribunal no acogerá la pretensión que hace relación a la solicitud de condenar a la convocada para el pago del “Good Will” cuantificado como las utilidades proyectadas desde junio 30 de 2002 hasta el día 16 de noviembre de 2004 como un elemento del daño emergente causado.

Ahora bien en lo que se refiere al factor K, de acuerdo a la ley 80 de 1993 y decretos reglamentarios, solamente es propia su consideración y fijación en contratos de la administración pública y más adelante dentro de la fijación de la naturaleza jurídica del contrato en el capítulo de las consideraciones, se establece por el Tribunal No. C-170-01 es un contrato de derecho privado y no de derecho público. El Tribunal tendrá en cuenta este análisis en la parte resolutive si fuera pertinente.

De la demanda de reconvención:

*Por el contrario, la acción impetrada por el convocado la sociedad **Centroaguas S.A. E.S. P.** solicita por vía de reconvención, que mediante laudo se declare entre otras, el incumplimiento por parte de **Grupo G Comercial S.A** del contrato C-170-01 y que como consecuencia de lo anterior se declare que la terminación del Contrato C-170-01 fue legítima, justa y adecuada a derecho, condenando a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** al pago a favor de **Centroaguas S.A. E.S. P.** de la cláusula penal sancionatoria pactada en el contrato, equivalente al 20% del valor total. A diferencia de la acción de la parte convocante (responsabilidad contractual) lo solicitado en la demanda de reconvención se centra en el eventual incumplimiento por parte de **Grupo G Comercial S.A** de sus obligaciones emanadas del contrato C-170-01 que deriva en una acción resolutoria de contrato bilateral, cuyo principal fundamento legal es el artículo 1546 del Código Civil. Esta acción tiende a aniquilar el contrato C-170-01 y a dejar las cosas en el estado en que se hallaban antes de la celebración del mismo.*

*Es evidente y así lo acepta el Tribunal, que el contrato que vinculó a las partes con fecha noviembre 19 del 2.001, es un contrato de carácter mercantil tanto por la calidad de las partes que lo suscribieron, como por la materia propia del mismo. Mas también lo es que se trata de un contrato bilateral pues en su virtud **Grupo G. Comercial S.A** se obligó para con **Centroaguas S.A E.S.P** a “...Realizar las actividades operativas relacionadas con la gestión comercial de los servicios de acueducto y alcantarillado prestados por **CENTROAGUAS** en la ciudad de Tuluá...” y a su vez **Centroaguas S.A. E.S.P** se obligó a*

pagar a **Grupo G Comercial S.A** el valor del contrato. Los contratos bilaterales son aquellos en que las partes contratantes se obligan recíprocamente, es decir, aquellos en que la prestación a cargo de una de las partes esta, por así decirlo compensada con la contraprestación que ella ha de cumplir en beneficio de la otra (Art. 1496 del C.C.).

Como característica propia de esta clase de acción podemos indicar que es personal porque sólo los contratantes pueden impetrarla y exige la intervención activa o pasiva de todos los que celebraron el contrato en el juicio en que se pretende la resolución del mismo y por consiguiente que es indivisible. Desde luego la viabilidad de la acción de que se trata requiere sine qua non que el contratante contra el cual se promueve haya incurrido en mora y que el actor por su parte, haya cumplido o allanándose a cumplir las obligaciones a su cargo **"en la forma y tiempo debidos"** .

De lo anterior se deduce sin lugar a dudas que la ley otorga al contratante que cumplió con sus obligaciones el derecho alternativo, de demandar la resolución o el cumplimiento, y que aquélla destruye el contrato, con efecto retroactivo, es decir, como lo ha dicho la Corte, **"que se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado que tenían antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada... no hay duda que el contrato resuelto queda retroactivamente anulado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte... obliga al juez a eliminarlo"**.

Reposa en el expediente la manifestación y prueba de la existencia de una demanda ejecutiva tramitada ante el Juzgado 1 Civil del Circuito de Tuluá para el cobro de una serie de facturas no satisfechas por la parte convocada en el desarrollo del contrato No. C-170-01, que fue de conocimiento de **CentroAguas S.A. E.S.P** a través de su apoderado quien con fundamento en ella propuso una excepción ya destacada en otro punto de este escrito.

Las pruebas testimoniales traídas al proceso dan noticia del desarrollo del objeto del contrato C-170-01 y nos plantean aspectos que debemos considerar, a fin de determinar si esta demostrado o no que la parte convocante incumplió del contrato C-170-01 como lo pregona el apoderado de la parte **Centroaguas S.A E.S.P.** en la demanda de reconvencción. Veamos:

- *Estudiando la declaración rendida por el señor **Carlos Eduardo Rojas Peláez** quien manifiesta haber sido empleado de **Grupo G Comercial S.A.**, desarrollando la función de lector en cumplimiento del contrato C-170-01, manifiesta conocer de manera directa de la existencia de reclamos de la ciudadanía por la labor que desarrollaba pero en su gran mayoría hacían referencia al alto costo del servicio; se refiriere al hecho que la mayoría de los clientes que reclamaban era porque se les cambiaba el medidor que se aumentaba el consumo.*
- *En lo que hace referencia a la declaración del señor **Eliécer Salazar** quien trabajó bajo las órdenes de **Grupo G Comercial S.A.** efectuando las labores de lector de los medidores de agua por medio de un portátil, manifiesta haber conocido directamente sobre la reclamación de unos usuarios habitantes de un barrio nuevo donde se les estaba cobrando servicios de alcantarillado cuando el barrio no tenía tal servicio.*
- *Por el contrario el señor **John Jairo Cataño**, manifestó ser supervisor de lectores por cuenta de **Grupo G. Comercial S.A.** indicando en su declaración que no se entero de la existencia de problemas ya que su labor era en el terreno.*
- *Es de suma importancia la declaración de la señora **Isabel Cristina Vigoya Linares** quien para la época del desarrollo del contrato actuó como Interventora designada por **Centroaguas S.A. E.S. P.** además de haber sido en gran parte del desarrollo del contrato que nos concita subgerente comercial y de sistemas de la sociedad convocada indica que ella directamente no reportó ninguna anomalía en la gestión realizada por **Grupo G. Comercial S.A.** en cumplimiento del contrato C-170-01 ni conoció que hayan existido inconvenientes ni conoce que los directivos de **Centroaguas S.A. E.S. P.** le haya hecho requerimientos a los directivos del convocada, sobre anomalías carácter técnico y económico en el cumplimiento de pacto contractual ya tantas veces citadas.*
- ***Jorge Alberto Gálvez Gálvez** quien manifiesta haber sido trabajador de **Grupo G. Comercial S.A.** desarrollando la labor de lectura y relectura de los contadores y repartición de las facturas correspondientes; dentro de su labor se encontraba la de realizar los procesos de crítica cuando subía o bajaba el consumo. En cuanto a la labor de repartición de facturas indica que en oportunidades salían*

facturas correspondientes a casas en proceso de demolición o ya demolidas, o lotes desocupados. Depone el testigo que se reportaban los problemas y en **Centroaguas S.A. E.S.P.** nunca le solucionaban los problemas. Resalta igualmente que la información necesaria para imprimir las facturas suministradas en diskette por la convocada había que devolverla para que fuera corregida.

- El señor **Eduardo Novo Gutiérrez** manifiesta haber sido trabajador de **Grupo G. Comercial S.A** desarrollando las funciones de Jefe de control y facturación quien indica que en el desarrollo de su labor tuvo problemas desde enero del 2.002 con el portátil ya que no eran suficientes para facturar.
- Desde su labor de atención a clientes de la firma **Centroaguas S.A. E.S. P.** la señora **Luz Nayibe Lozano Domínguez** manifiesta haber conocido inconvenientes en la labor desarrollada por la convocante los cuales se reflejaron en las reclamaciones en los procesos de crítica lectura o reparto.
- El testigo **Ricardo Alfonso Chamorro** manifestó trabajar en **Centroaguas S.A. E.S. P.** efectuando la labor de coordinador de sistemas manejando software que contenía la información comercial de la empresa, donde se genera la facturación derivada de la gestión generada por el desarrollo del contrato -170-01. Manifiesta que tuvo inconveniente desde la óptica del proceso de sistema por cuanto **Grupo G. Comercial S.A.** no tenía según su opinión, esta empresa no tenía cabalmente determinados sus procesos internos.-
- La declaración de parte del Señor **Luís Hernando Beltrán García** representante Legal de **Centroaguas S.A. E.S. P.** no tiene ninguna ingerencia en el punto que se debate ya que su labor en la empresa convocada se inicia desde el 8 de julio del 2.002 es decir 7 días después de haberse dado por terminado el contrato -170-01, lo que hace concluir que por no haber estado presente dentro de la ejecutoria de dicho acuerdo contractual, lo que pueda conocer sobre la ejecutoria del pacto contractual será de oídas.
- Por el contrario el señor **Luís Eduardo Lozano González** quien desarrolló actividades de lectura por cuenta de **Grupo G. Comercial S.A.** manifiesta que toda la información se entregó tiempo pero no recibía los informes de Centroaguas. Que la información que debía recibir de **Centroaguas S.A. E.S. P.** para subir a los terminales de

esos archivos llegan tarde o no llegaban a tiempo lo que generaba que se quedaban hasta la madrugada imprimiendo.

- Por último, la declaración de **Carlos Enrique Chaverra** quien desempeñaba la labor de auxiliar de crítica por cuenta de **Grupo G. Comercial S.A.** manifiesta que las inexactitudes en las lecturas eran normales y que el problema era el sistema de **Centroaguas S.A. E.S. P.** porque no recibía bien las lecturas.

Estos testimonios deberán ser valorados en conjunto con los demás medios de convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Por el contrario, no es de recibo para este tribunal, las observaciones que hace el apoderado de la Parte convocada en su alegato de conclusión, donde pretende que se les de poca credibilidad, por la realización de supuesto hechos cometidos en el transcurso de su intervención, indicando que tales personas llegaron “**con evidente preparación** “. No consta en las actas correspondientes que el apoderado de la parte convocada haya manifestado algún reparo sobre la forma en que los testigos de parte rindieron su testimonio, y solamente en su escrito de conclusión deja ver su inconformidad por estos supuesto hechos, que el tribunal considera irrelevantes. No le es dado a este Tribunal entrar a calificar cualquier situación personal o profesional de los testigos Carlos Alfonso Potes y la Señora Isabel Cristina Vigoya, circunstancia que además de formar parte del fuero personal de dichas personas, no es asunto sometido a arbitramento.

Recibida las declaraciones anteriores y revisado los demás medios probatorios, encontramos que no existe prueba rituada en la plenaria de este tramite Arbitral que derive, de parte de la convocante, un incumplimiento de sus obligaciones contractuales convenidas en el contrato C-170-01 y si bien las declaraciones testimoniales arrojadas al expediente dan noticia de algunas fallas en la labor desarrollada por la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** estas no alcanzan la importancia que deriven en un verdadero incumplimiento.

Prueba de ello es que, tal como esta demostrado en el proceso, la sociedad **Centroaguas S.A. E.S. P.** no hizo uso de la cláusula décima quinta denominada “**arbitramento o pericia técnica**” donde se estableció una metodología para dirimir todas las diferencias de carácter exclusivamente técnico y económico que se suscitaran en relación con el contrato.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación Civil del 11 de septiembre de 1.984 que **“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra”**

Como lo expresa **José Mélich Orsini** en su obra intitulada "La Resolución del Contrato por Incumplimiento", (Edición Temis, 1979, pág. 200). **“... el principio de la indivisibilidad del pago entre el acreedor y el deudor, resulta a menudo derogado por la voluntad de las propias partes, quienes han podido pactar el fraccionamiento del pago, ya sea inicialmente mediante cláusula expresa en el propio contrato, o bien ulteriormente en una forma tácita al acceder el acreedor a recibir pagos parciales, casos en los cuales se planteará más netamente la cuestión de sí la falta de cumplimiento de unas pocas o de una sola de las fracciones de la prestación así dividida, puede ser estimada como suficiente a los fines de conceder la resolución”**. Y añade que si bien una solución que se base únicamente en el mero criterio **“de la mayor proporción de la parte incumplida sobre la parte cumplida”** es la regla general y adecuada, sin embargo el criterio que debe guiar a los juzgadores **“tendrá que ser razonado a partir del argumento de que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente, teniendo en cuenta el interés del acreedor que se trata de satisfacer con la conducta del deudor, y que tal interés ha sido ya sustancialmente satisfecho, bastando por ello ahora con la vía del cumplimiento forzoso en especie o por equivalencia, para satisfacer ese residual interés insatisfecho”**

Lo que sí está plenamente probado en el proceso, es que la sociedad **Centro Aguas S.A. E.S. P.** no hizo uso de la cláusula décima quinta denominada **“arbitramento o pericia técnica”** donde se estableció una metodología para dirimir todas las diferencias de carácter exclusivamente técnico y económico que se suscitaban en relación con el contrato, lo que hace presumir que, existiendo inconvenientes posiblemente imputables a la Sociedad **Grupo G Comercial S.A.** éstas no alcanzan la importancia que deriven en un verdadero incumplimiento.

No esta demostrado en la plenaria que la sociedad convocada haya sometido a consideración de la subgerencia comercial y de sistemas de **Centro Aguas S.A. E.S.P** las diferencias de carácter exclusivamente técnico y económico narradas por los testigos antes citados, nacidas del desarrollo del contrato C-170-01 y mucho menos se probó que para darle una solución a los desajustes citados por los deponentes se haya conformado un grupo de tres expertos, uno designado por cada parte y el tercero designado de común acuerdo por las partes o en su defecto por un solo experto designado por las partes de común acuerdo, cuyo dictamen sería definitivo u obligatorio para las partes.

Esta cláusula décimo quinta debe compaginarse con la cláusula novena, donde se determina que el incumplimiento de las obligaciones "**nacidas de este contrato**" faculta a la parte cumplida a darlo por terminado previo requerimiento en el cual se indicarán las causas de terminación, (Lo subrayado es nuestro). Tanto la cláusula novena como la cláusula décimo quinta constituyen leyes del contrato que solamente pueden ser invalidadas por consentimiento mutuo o por causas legales, según el Art. 1602 del Código Civil.

La inobservancia por parte de **Centro Aguas S.A. E.S.P.** de la cláusula décimo quinta y novena del contrato C-170-01 por si, constituye un incumplimiento de suma importancia requerido por la ley, lo que determina sin ninguna duda que la parte convocada **Centro Aguas S.A. E.S.P.** no esta legitimada para solicitar que se declare el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de Sociedad **Grupo G Comercial S.A.**

Ahora bien, dispone el art. 870 del C.C. que en caso de **mora de una de las partes**, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorias y, de otra parte, el art.1546 del Código Civil prescribe que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado y que en tal evento "**podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios**".

En sentencia del 7 de abril de 1954, la Corte Suprema de Justicia sostuvo:

“La parte en contrato bilateral que se considere perjudicada por actos u omisiones de contraparte, no puede exigir de ésta directamente la indemnización de perjuicios, por falta de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, sino que debe demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, o pedir el cumplimiento del mismo, también con tal indemnización”.

En el marco teórico, de estar un contrato vigente o en período de ejecución, lo técnico sería que el demandante propusiera la terminación del contrato por incumplimiento de su contraparte o en su lugar, el cumplimiento del mismo, alternativas ambas derivadas del mencionado artículo 870 del C. de Cio. Solamente con apoyo en una de esas circunstancias, se puede haber pretendido la prestación indemnizatoria o, en su defecto, el pago parcial de lo ejecutado en el desarrollo del contrato pactado. Tal como lo tienen ampliamente establecido la doctrina y la jurisprudencia, una pretensión derivada de un contrato bilateral vigente, debe necesariamente edificarse sobre la elección de alguno de los dos extremos mencionados, en tanto solamente dicha elección abre la puerta a la respectiva solicitud.

Ha sido doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia, (Casación Civil, Sentencia de agosto 12 de 1.974), dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el art. 1546 del Código Civil, la de que solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas. Lo cual significa que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso.

Respecto de las pretensiones o súplicas subsidiarias el tribunal no entre en su estudio, toda vez que las tres primeras principales tienen igual contenido a las tres primeras subsidiarias y sí aquellas no están llamadas a prosperar como se ha dejado dicho a lo largo de este proveído en lo que respecta a la cuarta subsidiaria es del caso anotar que por tratarse de una condena que es consecuencia de las dos

primeras, tampoco deberá resultar próspera y así se decidirá en la parte resolutive.

Finalmente, sobre los fundamentos de la demanda de reconvención planteada por el señor apoderado de la parte convocada y las replicas aducidas por el señor apoderado de la parte demandada-convocante, se debe anotar adicionalmente que:

- a) La parte convocada y a su vez reconviniente afirma que adolece de objeto ilícito la forma estipulada en la cláusula compromisoria para el nombramiento de los árbitros y pide que en la etapa prearbitral se intente nombrar los árbitros de común acuerdo entre las partes. Como bien se conoce la Corte Constitucional declaró inexecutable la etapa prearbitral contenida en el Decreto 1818 de 1998, por lo tanto el Tribunal encuentra que no es procedente abrirle camino a una etapa que ya fue declarada inconstitucional y por lo tanto no tiene aplicación alguna.

Igualmente el Tribunal reitera que tal como lo da a conocer el expediente, los señores árbitros fueron designados **de común acuerdo** en la audiencia señalada al efecto, en donde **las partes se pusieron de acuerdo en la escogencia de los árbitros mediante sorteo** en presencia de la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio en ese entonces. Por lo tanto es una pretensión de la parte actora que no tiene fundamento alguno.

- b) De otro lado el Tribunal encuentra respecto a los hechos, en que la parte demandada pretende sustentar su demanda de reconvención que se encuentran todos ellos alusivos al **contenido de la oferta de contrato o en sus términos del pliego de condiciones, pero en ningún momento atacan o se refieren al problema jurídico del cumplimiento y terminación del contrato No. C-170-01,** aspecto que fue ampliamente considerado en una parte anterior de esta providencia.
- c) El Tribunal estima que acorde al texto de la demanda de reconvención lo que se plantea por la parte actora es una petición indebida cuando se alude a un presunto engaño en la experiencia y capacidad del oferente y se va al campo de la nulidad, lo cual indica que la verdadera pretensión a esgrimir sería la de una eventual nulidad del contrato y no como se entro a señalar de la existencia de

un cumplimiento contractual en el demandante y un incumplimiento de la parte demandada, hay una incongruencia en el petitum de la demanda.

- d) *Finalmente y como quiera que de la demanda principal se aceptaran parcialmente las pretensiones de la convocante y se negaran las excepciones de la convocada con excepción de la compensación, es válida la tesis que se proclama por el señor apoderado de la parte convocante, en sus alegatos en el sentido de que “...la solicitud del incumplimiento del contrato No. C-170-01 es extemporánea e impertinente, porque el presunto incumplimiento debió ser tramitado, discutido y decidido dentro del procedimiento previsto por las partes de manera expresa en el contrato para darlo por terminado. La parte demandada omitió ese procedimiento, y en su lugar tomó la decisión unilateral de dar por terminado el contrato, y ahora, dentro del proceso arbitral alega en contra del GRUPO G COMERCIAL S.A un presunto incumplimiento que debió tramitar en el procedimiento previsto en el contrato. No es posible que en este momento la parte demandada alegue en su favor su propia culpa”.*

*En conclusión, después de examinar profusamente el acervo probatorio allegado a la plenaria, no le queda ninguna duda al tribunal que la sociedad **Grupo G Comercial S.A** no incumplió de manera grave sus obligaciones derivadas del contrato C-170-01, siendo improcedente entonces que mediante este laudo se declare que la terminación unilateral del referido pacto contractual realizada el 1 de julio de 2.002 por **Centroaguas S.A. E.S.P.** fue justa, legítima y ajustada a derecho como lo pide la parte convocada en su demanda de reconvención*

*Siendo así, y habida cuenta que no existe prueba del incumplimiento de la parte convocante **Grupo G Comercial S.A.** pregonada por en el escrito de reconvención, y al estar plenamente comprobado que ha sido la Sociedad **Centro Aguas S.A. E.S.P.** quien dio por terminado unilateralmente el contrato C-170-01 e incumplió sus obligaciones contractuales, no prosperara las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención y así se declarara, siendo innecesario entrar a estudiar los medios exceptivos que oportunamente propuso la parte convocante referente a la reconvención.*

16. Parte resolutive

En razón de todo lo considerado, el Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. Declárense imprósperas las objeciones por error grave planteadas por el apoderado de la parte convocada, a las experticias rendidas por **José Fidel Sandoval Sandoval** y **Eduardo Carvajal Cano**, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de este proveído.*
- 2. Declárese responsable patrimonialmente a la sociedad **Centroaguas S.A. E.S.P.** por la terminación unilateral, arbitraria e ilegal del contrato C-170-01, celebrado con la sociedad **Grupo G Comercial S.A.***
- 3. Como consecuencia de la anterior declaración condénese a la parte convocada **Centroaguas S.A. E.S.P.** al pago a favor de **Grupo G Comercial S.A.** a título de lucro cesante por la suma de **ochocientos setenta y un millones novecientos tres mil treinta y tres pesos M/cte (\$871'903.033.00)** correspondiente a la privación de aumento patrimonial por la supresión de la ganancia esperable en el desarrollo contractual fallido por voluntad unilateral de la convocada.*
- 4. Niéguese las demás pretensiones de la demanda primigenia por las razones consignadas en la parte motiva de este laudo.*
- 5. Declárese probada la excepción denominada compensación propuesta por **Centroaguas S.A. E.S.P.** ordenándose que del valor citado en el punto 3 de la parte resolutive de este laudo, se deduzca la suma de \$161'494.500.00 correspondiente al valor dejado de ejecutar del anticipo entregado a **Grupo G. Comercial S.A.** por parte de **Centroaguas S.A. E. S. P.** para la ejecución del contrato C-170-01.*
- 6. La suma resultante de la condena citada en el punto 3 de la parte resolutive, menos la compensación citada en el acápite anterior, deberá ser pagada por **Centroaguas S.A. E.S.P.** a favor de **Grupo G. Comercial S.A.** en un término de 5 días hábiles, contados a partir de la fecha del presente laudo.*

7. Por las razones consignadas en este laudo, niéguese la totalidad de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvencción propuestas por **Centroaguas S.A. E.S.P.**
8. Como quiera que las excepciones de fondo prosperaron parcialmente, condénese a **Centroaguas S.A. E.S.P.** a cancelar a **Grupo G. Comercial S.A.** el 81.5% del valor de las costas del presente proceso, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de este laudo, las cuales se liquidan así:
- Honorarios de los Árbitros por la demanda principal la suma de **Treinta y cuatro Millones doce mil ciento setenta y cuatro pesos M/Cte (34'012.174.00).**
 - Honorarios de la Secretaria del Tribunal la suma de **Cinco Millones Seiscientos setenta y seis mil novecientos diez y nueve pesos con 50/100 m/cte (\$5'676.919.50).**
 - Gastos de funcionamiento del Tribunal la suma de **Dos millones ochocientos treinta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con 70/100 m/cte (\$2'838.459.70).**
 - Costos de administración del Tribunal la suma de **Dos millones ochocientos treinta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con 70/100 m/cte (\$2'838.459.70).**
 - Honorarios del perito Eduardo Carvajal Cano, la suma de **Tres millones doscientos sesenta mil pesos m/cte (\$3'260.000.00).**
9. Como quiera que las pretensiones de la demanda de reconvencción no prosperaron, condénese a la parte convocada, **Centro Aguas S.A. E.S.P.** al pago a favor de **Grupo G. Comercial S.A.** de las costas que dicha reconvencción generó, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de este laudo a saber:
- Honorarios de los Árbitros por la demanda de reconvencción la suma de **Doce millones trescientos cuarenta y nueve mil ochocientos pesos M/Cte (12'349.800.00).**

- El Iva generado por el rubro anterior correspondiente a **Un millón trescientos diez y nueve mil trescientos doce pesos m/cte (\$ 1.319.312.00)**.
 - Honorarios de la secretaria del tribunal la suma de **Dos millones cincuenta y ocho mil trescientos pesos m/cte (\$2'058.300.00)**.
 - Costos de administración del Tribunal la suma de **Un millón ochocientos treinta y cinco mil trescientos veinte pesos m/cte (\$ 1.835.320.00)**.
 - El Iva generado por el rubro anterior correspondiente a **Doscientos noventa y tres mil seiscientos cincuenta y un pesos m/cte (\$ 293.651.00)**.
 - Gastos de funcionamiento del Tribunal la suma de **Un millón ochocientos treinta y cinco mil trescientos veinte pesos m/cte (\$ 1.835.320.00)**.
10. Conforme lo ordena el Acuerdo 1887 de 2.003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijan las agencias en derecho a cargo de **Centroaguas S.A. E.S.P.** y a favor de **Grupo G. Comercial S.A.** en la suma Setenta y dos millones de pesos m/cte. (\$ 72.000.000.00), que deberán pagarse dentro de los 5 días siguientes a la fecha de este laudo.
11. Una vez en firme el presente laudo, ordénase la protocolización del presente laudo en una Notaria del Circulo de Cali.
12. Contra la presente providencia, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 160 y 163 del Decreto 1818 de 1998, solo procede su aclaración o complementación, igual que el recurso de anulación, que únicamente podrá ser interpuesto dentro de la ejecutoria de lo resuelto en ella. Transcurrida la ejecutoria cesan las funciones del Tribunal y, como tal, su competencia.

El presente laudo se notifica en estrados.

LOS ARBITROS,

**CARLOS ARTURO COBO GARCÍA
PRESIDENTE**

*Hoja No.54. CONTINUACION FIRMAS LAUDO TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO GRUPO G. COMERCIAL S.A.
V/S. CENTROAGUAS S.A. E.S.P. SANTIAGO DE CALI, AGOSTO 26 DE 2004.-*

HUMBERTO BUENO CARDONA

ALVARO PIO RAFFO PALAU

LA SECRETARIA,

YILDA CHOY PAZMIN

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Santiago de Cali, Agosto veintiséis (26) de dos mil cuatro (2004).

La presente copia del laudo arbitral del TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO GRUPO G. COMERCIAL S.A. V/S. CENTROAGUAS S.A. E.S.P., de fecha Agosto 26 de 2004, constante de cincuenta y cuatro folios (54) es fiel copia de su original y es primera copia que presta mérito ejecutivo .

La secretaria,

YILDA CHOY PAZMIN