

**VI CAPITULO**  
Empresa de servicios Públicos Distrital  
de Cartagena en Liquidación  
Contra Alcalis de Colombia Ltda, en Liquidación

**PARTES:** Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena en Liquidación contra  
Alcalis de Colombia Ltda en Liquidación

**FECHA:** 3 de febrero de 2003

**ARBITRO:** Dr. José Alejandro Bonivento Fernández (Presidente)  
Dr. Diego Moreno Jaramillo  
Dr. Wilson Toncel Gaviria

**SECRETARIA:** Dr. Fernando Pabón Santander

**FALLO:** En derecho

**PROTOCOLIZACION:**

**NORMAS CITADAS:** Art. 1955 – 57 – 58 C.C.

**TEMAS JURIDICOS PLANTEADOS:**

Contrato de Permuta

**LAUDO ARBITRAL****TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE****EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA - EN LIQUIDACION****Contra****ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. - EN LIQUIDACION**

Cartagena de Indias D.T. y C., tres (3) de Febrero de dos mil tres (2003).

**Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros José Alejandro Bonivento Fernández, Presidente, Diego Moreno Jaramillo, y Wilson Toncel Gaviria, con la Secretaria de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION, parte convocante, y ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, parte convocada.**

**El presente laudo se profiere en derecho y de manera unánime.**

**A. ANTECEDENTES DEL PROCESO****I. DESARROLLO DEL TRÁMITE.**

En Cartagena de Indias, el 25 de agosto de 1975 la COMPAÑIA COLOMBIANA DE ALCALIS – ALCO LTDA. y LAS EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA celebraron el Contrato contenido en la Escritura Pública 1167 de 25 de agosto de 1975 de la Notaría Tercera de Cartagena, cuyo objeto era la transmisión a título de permuta por parte de la primera y a favor de la segunda del derecho de dominio y posesión sobre el sistema de acueducto localizado entre la zona de Mamonal, la franja de terreno que va desde Mamonal hasta la estación de bombeo en la Ciénaga de Dolores y las zonas del sistema localizadas en la Ciénaga de Juan Gómez, junto con sus instalaciones y anexidades, usos y servidumbres. Por su parte, las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA se obligaron a entregar a su contratante 284'871.510 metros cúbicos de agua cruda en un plazo de treinta (30) años.

En la cláusula quinta del referido Contrato, en el "ARTICULO 5.02", que obra a folio 419 del expediente, se estipuló lo siguiente:

*"ARTICULO 5.02.- SOLUCIONES DE DIFERENCIAS.- Las diferencias que surjan entre las partes en relación con el cumplimiento, interpretación o aplicación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente por ellas, las resolverá un Tribunal de Árbitramiento (sic) integrado así: un árbitro designado por las EMPRESAS, un árbitro designado por LA CIA. y un tercer árbitro designado por el Director del Instituto de Fomento Municipal. El Tribunal funcionará en Cartagena, fallará en derecho y se regirá por las disposiciones de los Artículos 663 y siguientes del Código de Procedimiento Civil."*

El 27 de junio de 2001, con fundamento en la cláusula transcrita, LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA - EN LIQUIDACION mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitramento pactado, con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

El 28 de junio de 2001, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias admitió la solicitud de convocatoria arbitral y corrió traslado del auto admisorio a ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

El 7 de noviembre de 2001, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, mediante apoderado judicial designado para el efecto, presentó escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, aceptó unos hechos (1 y 11), aceptó parcialmente uno (2), negó uno (15), manifestó no constarle otro (17) y atenerse a lo que resultara probado en torno a los demás. De igual manera propuso las excepciones que denominó: prescripción de la acción, cosa juzgada, inexistencia de la obligación, inexistencia de la nulidad, cumplimiento de la obligación de transferencia del derecho de dominio surgida del contrato de permuta y falta de competencia del tribunal de arbitramento.

El 7 de noviembre de 2001, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION presentó escrito de demanda de reconvención con el objeto de que se hicieran las declaraciones y condenas que más adelante se transcriben.

El 15 de noviembre de 2001, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, corrió traslado a la parte convocante de la demanda de reconvención.

El 12 de diciembre de 2001, LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION, presentó escrito en el que contestó la demanda de reconvención y se pronunció sobre tales pretensiones.

Las partes fueron citadas por la Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias a la audiencia de conciliación del 18 de abril de 2002, y al no existir acuerdo entre las partes, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias dio por agotada la etapa conciliatoria.

El 5 de junio de 2002, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION presentó escrito de reforma a la demanda de reconvenCIÓN, del cual se corrió traslado el 9 de junio de 2002.

El 16 de julio de 2002, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION se pronunció sobre dicha reforma, escrito del cual el Tribunal corrió traslado en los términos de la ley.

## II. SINTESIS DEL PROCESO:

### 1.- Hechos en que se fundamenta la demanda:

Los hechos de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

Entre las partes se suscribió el Contrato contenido en la Escritura Pública No. 1167 de 25 de agosto de 1975, de la Notaría Tercera de Cartagena, el cual fue reformado posteriormente mediante la Escritura Pública No. 1564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera de Cartagena.

Según la demanda, entre julio de 1977 y julio de 1979 ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. tuvo que cerrar parte de sus instalaciones por problemas de contaminación, lo que redujo el consumo diario de metros cúbicos de agua por parte dicha sociedad.

Afirma la parte actora que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION propuso convertir en documento negociable el valor en pesos que resulte de multiplicar 111.000.000 metros cúbicos por el precio unitario que financieramente se actualizara.

Según la convocante, para diciembre de 1996 existía un saldo de agua pendiente por entregar de 109.658.866 metros cúbicos de agua, cantidad que asumió ACUACAR.

Apunta el demandante, que sólo hasta el 1º de octubre de 1976 ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION hizo entrega material a la demandante del acueducto.

A partir de diciembre de 1996, según la parte actora, "se suspendió unilateralmente" el suministro de agua a ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, sin que dicha circunstancia contara con el consentimiento de LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CARTAGENA.

Según la demanda, en noviembre de 1999 ante una solicitud de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION para que se reanude el suministro, LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS

DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION manifestó la necesidad de proceder a la terminación del contrato referido.

Señala el demandante, que según estudios económicos, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION cumplió con la obligación de pagar con agua cruda la prestación a su cargo e incluso suministró agua en exceso, por una cantidad equivalente a \$ 1.834.880.313. Por el contrario, agrega que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION "se encuentra en mora" de enajenar 32 de los 42 inmuebles relacionados en la Escritura 1167 de 25 de agosto de 1975.

**2.- Las Pretensiones de la demanda:**

**El demandante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:**

"1° Que se declare que el contrato de permuta contenido en la Escritura Pública No. 1.167 de agosto 25 de 1975 de la Notaria Tercera de Cartagena y reformado posteriormente por medio de la escritura pública No. 1.564 de junio 27 de 1986, otorgada en la Notaria Primera de Cartagena es NULO, habiéndose configurado en su lugar un CONTRATO DE COMPROVENTA CON PAGO DEL PRECIO A PLAZOS O POR INSTALAMIENTOS. Lo anterior por razón de "falta de equivalencia o conmutatividad en las prestaciones a cargo de cada parte" y "por no darse las prestaciones reciprocas de manera instantánea, esto es, al tiempo de celebrarse el contrato".

2° Que se declare que la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. EN LIQUIDACION, incumplió el CONTRATO DE COMPROVENTA CON PAGO DEL PRECIO A PLAZOS O POR INSTALAMIENTOS suscrito con las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA, hoy EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, contenido en la Escritura Pública No. 1.167 de agosto 25 de 1975 de la Notaria Tercera de Cartagena y reformado posteriormente por medio de la escritura pública No. 1.564 de junio 27 de 1986, otorgada en la Notaria Primera de Cartagena, al no cancelar la contraprestación a su cargo en los términos establecidos.

3° Que como consecuencia de ellos, se le ordene tomar las disposiciones correspondientes para que cumpla con las obligaciones que tiene contraídas para con la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, de la siguiente manera:

*Enajenar el derecho de dominio y posesión que tiene sobre los restantes inmuebles que conforman el sistema de acueducto localizado en la Zona de Mamonal, jurisdicción de Cartagena, la franja que de Mamonal va hasta la estación de Bombeo en la Ciénaga de Dolores y la Zona del sistema localizada en la Ciénaga de Juan Gómez, con sus instalaciones y anexidades, usos, costumbres y servidumbres, que en conjunto armónico, de bienes muebles e inmuebles formaban un cuerpo cierto, tal como se encuentra establecido en la escritura pública 1.167 de agosto 25 de 1975 de la Notaría Tercera de Cartagena.*

*Que cancele el valor correspondiente a los metros cúbicos de agua cruda suministrados en exceso a partir del 31 de agosto de 1990, los que deben ser cancelados al valor que para la fecha de pago se coticen comercialmente los mismos en la zona y estrato en que se ha suministrado.*

*Que cancele los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, liquidados a la tasa máxima autorizada por la ley, desde el momento en que se incurrió en mora y hasta que se verifique el pago total de la misma.*

*Que al efectuarse las anteriores condenas sean indexadas conforme al índice del precio al consumidor certificadas por el Dane.*

*4º Que se le condene al pago de las costas que genere este Tribunal, incluidas las agencias en derecho y todo gasto que implique el mismo.”*

### **3. La contestación de la demanda:**

El 7 de noviembre de 2001, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION mediante apoderado judicial designado para el efecto presentó escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a todas las pretensiones de la demanda, aceptó unos hechos (1 y 11), aceptó parcialmente uno (2), negó otro (15), manifestó no constarle otro (17) y atenerse a lo que resultara probado en torno a los demás.

De igual manera propuso excepciones de mérito, cuyos principales fundamentos se transcriben a continuación:

**3.1. Prescripción de la acción:** señala la parte pasiva que al haberse celebrado el contrato sub-júdice el 25 de agosto de 1975, el plazo que tenía la convocante para solicitar la declaratoria de nulidad del mismo vencía el 25 de agosto de 1995, es decir veinte (20) años después.

**3.2. Cosa juzgada:** apunta la convocada que la Escritura Pública 1564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera (1<sup>a</sup>) de Cartagena contiene el acuerdo de 3 de enero de 1986, que a su juicio constituye un contrato de transacción con efectos de cosa juzgada.

**3.3. Inexistencia de la obligación:** aduce la convocada que hasta tanto la convocante no cumpla con la entrega de la totalidad del agua a que se obligó en virtud del contrato, no puede exigirle el pago de la misma.

**3.4. Inexistencia de la nulidad:** señala la convocada que en el contrato materia de la litis no se verifica ninguna de las causales reseñadas en el artículo 1741 del Código Civil ni las de nulidad relativa. En consecuencia, el contrato es válido y no se convirtió en otro.

**3.5. Cumplimiento de la obligación de transferencia del derecho de dominio surgida del contrato de permuta:** apunta la demandada que en su momento cumplió con la obligación de transferir la propiedad de doce (12) predios y los "derechos posesorios" sobre otros cuarenta y dos (42), como consta en la misma Escritura Pública 1167 de 25 de agosto de 1975.

**3.6. Falta de competencia del tribunal de arbitramento:** invoca la convocada que el Tribunal no puede pronunciarse sobre la pretensión de nulidad del contrato, por ser "asunto de orden público".

#### **4.- La demanda de reconvención:**

Dentro de la oportunidad procesal conferida para el efecto, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION presentó demanda de reconvención, cuyos principales contenidos se presentan a continuación.

##### **4.1. Hechos en que se fundamenta la demanda de reconvención:**

Los hechos que constituyen el fundamento de la contrademanda se sintetizan de la siguiente manera:

4.1.1. Afirma el demandante en reconvención que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION dio cumplimiento a todas sus obligaciones adquiridas en virtud de la Escritura Pública 1167 de 25 de agosto de 1975.

4.1.2. En 1979, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION manifestó a su contratante que ha analizado la solicitud de revisar el contrato de permuta, para lo cual propuso unas bases, que según la contrademanda fueron rechazadas el 3 de julio de 1980.

4.1.3. Afirma el demandante en reconvención, que en 1984 la parte convocante solicitó de nuevo una renegociación del contrato "con el fin de restablecer la equidad entre las partes". Resultado de lo anterior fue la suscripción el 3 de enero de 1986 de un acta de acuerdo entre ellas.

4.1.4. El 27 de junio de 1986 se otorgó en la Notaría Primera de Cartagena la Escritura Pública 1564 que recoge el acuerdo al que se refiere el punto anterior.

4.1.5. El 28 de mayo de 1991 la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION manifiesta a ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION que con base en un estudio contratado por aquella, el contrato es nulo y se ha convertido en una compraventa con pago del precio a plazos, que ésta debe restituir el valor del agua entregada en exceso del precio y que ha incumplido con sus obligaciones relativas a la transferencia de los derechos sobre los inmuebles.

4.1.6. ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION celebró el 27 de julio de 1993 contrato de prestación de servicios con Redondo y Cía. Ltda. Mediante el cual entregó a título de arrendamiento a esta última la tenencia de la planta de tratamiento de agua y el embalse de Cartagena. A su vez, esta sociedad celebró contrato con la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION cuyo objeto era el tratamiento del agua cruda de la planta de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION y el suministro de agua potable a aquella.

4.1.7. En 1996 ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION celebró contrato de arrendamiento de la planta de tratamiento de agua de Mamonal (Cartagena) con ACUACAR S.A.

4.1.8. El 31 de diciembre de 1996, se elaboró un extracto de la cantidad de agua entregada por las Empresas a ALCALIS entre el 27 de diciembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1996, en el cual se estableció que el saldo pendiente por entregar a diciembre de 1995 era de 110.179.938 metros cúbicos y que a 31 de diciembre de 1996 quedó pendiente un saldo de 109.658.866 metros cúbicos.

4.1.9. Luego de múltiples ocasiones en que se reunieron las partes no pudieron llegar a un acuerdo en torno al asunto, que según la demanda de reconvención se refiere a la deuda que tiene la convocante con la convocada de 109.658.866 metros cúbicos de agua cruda, cuyo valor aproximado es de \$ 43.000.000.000.

#### **4.2. Las pretensiones de la demanda de reconvención:**

El demandante en reconvención solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

**"PRIMERA:** Se declare el incumplimiento por parte de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN - antes EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA- y/o del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, del contrato de permuta celebrado con ALCALIS DE COLOMBIA LTDA ALCO LTDA. - hoy ALCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN- mediante escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena, por el no pago del precio total convenido en dicha escritura pública, ratificado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se declare la RESOLUCIÓN del contrato de permuta contenido en la escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena, así como de la reforma del mismo contemplada en la escritura pública número 1564 de 27 de junio celebrados entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA ALCO LTDA. -hoy ALCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN- y las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA -hoy EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN-.

**SEGUNDA A:** Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la inscripción de la resolución del contrato de permuta celebrado entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. ALCO LTDA – hoy ALCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN- y las EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA –hoy EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN-, mediante escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente a cada uno de los predios en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria.

**SEGUNDA B:** Como consecuencia de la declaración de RESOLUCION, se ordene la restitución, por parte de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a favor de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. EN LIQUIDACION, de todos los bienes muebles e inmuebles objeto del contrato de permuta celebrado mediante la escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de Agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la Notaría Tercera del Círculo de Cartagena

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SEGUNDA:** Como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se ordene a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS dar cumplimiento al contrato de permuta contenido en la escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena celebrado entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA ALCO LTDA. –hoy ALCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN- y las EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA –hoy EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION-, ratificado y reformado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena, esto es, se les ordene el pago de 109'658.866 m<sup>3</sup> de agua cruda en la forma establecida en el citado contrato.

**SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SEGUNDA:** Como consecuencia de la declaración de incumplimiento y por imposibilidad de cumplir las pretensiones segunda o primera subsidiaria de la pretensión segunda, se ordene a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al pago en dinero efectivo, en favor de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA EN LIQUIDACION, del valor comercial correspondiente a 109'658.866 m<sup>3</sup> de agua cruda al momento de la expedición del laudo, de conformidad con lo establecido en el contrato de permuta contenido en la escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena celebrado entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. y las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA ratificado y reformado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena.

**TERCERA:** Se condene a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a indemnizar los perjuicios en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, sufridos por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. EN LIQUIDACION, como consecuencia del incumplimiento del contrato de permuta celebrado mediante escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de Agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la Notaría Tercera del Circulo de Cartagena, ratificado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena, consistentes en la pérdida del costo de oportunidad en la enajenación de 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda a partir del momento en que se presentaron los hechos constitutivos del incumplimiento hasta el día en que efectivamente se resarzan los perjuicios sufridos.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSION TERCERA:** Se condene a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a indemnizar los perjuicios en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, sufridos por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. EN LIQUIDACION, como consecuencia del incumplimiento del contrato de permuta celebrado mediante escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de Agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la Notaría Tercera del Circulo de Cartagena, ratificado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena, consistentes en la mora del pago de la cantidad de 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda a partir del momento en que se presentaron los hechos constitutivos del incumplimiento hasta el día en que efectivamente se resarzan los perjuicios sufridos.

**CUARTA:** Que las cantidades que constituyen el monto indemnizatorio se actualicen en su cuantía en consideración a la pérdida del poder adquisitivo del dinero (Inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del fallo final y definitivo, de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Nacional de Estadística – DANE.

**QUINTA:** Que para indemnizar el lucro cesante se condene a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, a pagar intereses sobre el valor del daño emergente actualizado para el periodo comprendido entre la época de causación del daño y la fecha del laudo, a la tasa que se determine como aquella que compense plenamente el perjuicio consistente en no haber recibido en la oportunidad prevista los ingresos provenientes de la ejecución del contrato de permuta y en consecuencia en no haberle podido dar a los mismos una destinación productiva.

**SEXTA:** Que la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS pagara a la sociedad demandante sobre las cantidades líquidas reconocidas en el laudo intereses moratorios a partir de la ejecutoria del mismo tal como lo prescribe el artículo 177 C.C.A.

**SEPTIMA:** Se condene a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al pago las costas y gastos del proceso, así como al pago de las agencias en derecho.

**OCTAVA:** Ejecutoriado el laudo se ordenará la protocolización del expediente en una Notaría de esta ciudad.”

El demandante en reconvención presentó reforma a sus pretensiones, texto que se transcribe a continuación:

**“PRIMERA:** Se declare el incumplimiento por parte de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN - antes EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA- y/o del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, del contrato de permuta celebrado con ALCALIS DE COLOMBIA LTDA ALCO LTDA. - hoy ALCALIS DE COLOMBIA EN LIQUIDACIÓN- mediante escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena, por el no pago del precio total convenido en dicha escritura pública, ratificado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se declare la RESOLUCIÓN del contrato de permuta contenido en la escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena, así como de la reforma del mismo contemplada en la escritura pública número 1564 de 27 de junio celebrados entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA ALCO LTDA. -hoy ALCALIS DE COLOMBIA LTDA EN LIQUIDACIÓN- y las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA –hoy EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN-.

**SEGUNDA A:** Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene la inscripción de la resolución del contrato de permuta celebrado entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. ALCO LTDA – hoy ALCALIS DE COLOMBIA LTDA EN LIQUIDACIÓN- y las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA –hoy EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN-, mediante escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente a cada uno de los predios en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria, y como consecuencia de ello volver las cosas a su estado original y levantar todas las inscripciones posteriores en especial los embargos practicados sobre algunos de dichos predios.

**SEGUNDA B:** Como consecuencia de la declaración de RESOLUCION, se ordene la restitución, por parte de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a favor de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. EN LIQUIDACION, de todos los bienes muebles e inmuebles objeto del contrato de permuta celebrado mediante la escritura pública número 1167 del veinticinco

(25) de Agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la Notaría Tercera del Círculo de Cartagena.

**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SEGUNDA:** Como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se ordene a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS dar cumplimiento al contrato de permuta contenido en la escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena celebrado entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA ALCO LTDA. –hoy ALCALIS DE COLOMBIA LTDA EN LIQUIDACIÓN- y las EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA –hoy EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIUQIDACION-, ratificado y reformado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena, esto es, se les ordene el pago de 109'658.866 m<sup>3</sup> de agua cruda en la forma establecida en el citado contrato.

**SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN SEGUNDA:** Como consecuencia de la declaración de incumplimiento y por imposibilidad de cumplir las pretensiones segunda o primera subsidiaria de la pretensión segunda, se ordene a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al pago en dinero efectivo, en favor de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA EN LIQUIDACION, del valor correspondiente a 109'658.866 m<sup>3</sup> de agua cruda, liquidados mediante la actualización al momento de la expedición del laudo, del precio de que trata el parágrafo del artículo 1.05 de la cláusula primera del contrato de permuta contenido en la escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la notaría tercera del círculo de Cartagena celebrado entre ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. y las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA ratificado y reformado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena. Esta actualización deberá hacerse en consideración a la pérdida del poder adquisitivo del dinero (Inflación) entre la época de celebración del contrato (1975) y la fecha del fallo final y definitivo, de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Nacional de Estadística – DANE.

**TERCERA:** Se condene a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION, y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a indemnizar los perjuicios en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, sufridos por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA. EN LIQUIDACION, como consecuencia del incumplimiento del contrato de permuta celebrado mediante escritura pública número 1167 del veinticinco (25) de Agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975) de la Notaría Tercera del Círculo de Cartagena, ratificado mediante la escritura pública número 1564 del 27 de junio de 1986 otorgada en la notaría primera del círculo de Cartagena, consistentes en la mora del pago de la cantidad de 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda a partir del momento en que se presentaron los hechos constitutivos del incumplimiento hasta el día en que efectivamente se resarzan los perjuicios sufridos, conforme lo señala el numeral 8 del artículo 4º de la ley 80 de 1993

**CUARTA:** Que la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS pagará a la sociedad demandante sobre las cantidades líquidas reconocidas en el laudo intereses moratorios a partir de la ejecutoria del mismo tal como lo prescribe el artículo 177 C.C.A.

**QUINTA:** Se condene a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA EN LIQUIDACION y/o al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS al pago las costas y gastos del proceso, así como al pago de las agencias en derecho.

**SEXTA:** Ejecutoriado el laudo se ordenará la protocolización del expediente en una Notaría de esta ciudad.\*

##### **5. Contestación de la demanda de reconvención y de su reforma:**

El 12 de diciembre de 2001, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION contestó la demanda de reconvención y se pronunció sobre las pretensiones de la misma.

El 16 de julio de 2002, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION descorrió el traslado de la reforma de la demanda de reconvención y propuso las excepciones de fondo, que denominó: falta de legitimación en la causa por activa; caducidad; culpa exclusiva de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION; cumplimiento del contrato; inexistencia de la obligación.

### **III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL**

#### **1.- Instalación:**

El 5 de junio de 2002 tuvo lugar la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento, el cual fue legalmente constituido. Los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente cancelados por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION en su totalidad (100%).

El 9 de julio de 2002 se inició la primera audiencia de trámite, diligencia en la que, entre otras decisiones, el tribunal asumió competencia mediante auto que se encuentra ejecutoriado. En dicha diligencia, el Tribunal estableció igualmente que EL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR, -cuya convocatoria al presente trámite fue solicitada por la demandante en reconvención-, no podían ser vinculadas a este litigio a través de la contrademandada y en consecuencia negó su intervención en el presente asunto, en los términos solicitados por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION. En suma,

en dicha diligencia, se precisó que la parte demandada en reconvención sería únicamente la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION.

El 9 de agosto de 2002, continuó la primera audiencia de trámite, oportunidad en la que el Tribunal decretó las pruebas del proceso.

## **2.- Pruebas.**

Mediante auto de 9 de agosto de 2002, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas en su totalidad, salvo las inspecciones judiciales solicitadas por la parte pasiva, ya que los documentos que serían objeto de dichas diligencias fueron allegados al proceso en atención a los oficios decretados por el tribunal.

El 9 de agosto de 2002, y habida cuenta de la petición conjunta de las partes en el sentido de que se designara un solo perito, el Tribunal nombró como experto al doctor Alfonso Osorio Rico para que practicara la prueba pericial de carácter contable decretada en el trámite. El perito tomó posesión del cargo el 3 de septiembre de 2002.

El mismo 3 de septiembre de 2002, el Tribunal recibió las declaraciones testimoniales de Hugo Antonio Redondo Bermúdez y de Alberto Pancracio Barroso Osorio. En la misma fecha tuvo lugar la declaración de parte del Representante Legal de la parte convocada, Juan Andrés Carreño Cardona.

El 3 de septiembre de 2002, el Tribunal aceptó el desistimiento presentado por las partes, con arreglo a la ley, de la declaración testimonial de Miguel Raad Hernández y del interrogatorio de parte del Representante Legal de la parte convocante, pruebas decretadas inicialmente por el Tribunal.

El dictamen pericial fue entregado oportunamente al Tribunal, y de dicha experticia se corrió traslado a las partes el 25 de septiembre de 2002.

Los oficios decretados por el Tribunal fueron remitidos y las correspondientes respuestas se encuentran incorporadas al expediente.

El 5 de noviembre de 2002, previas manifestaciones escritas de las partes en el sentido de que entendían evacuadas las pruebas y solicitaban citar a las alegaciones de conclusión, mediante auto notificado a los apoderados, el Tribunal declaró finalizada la instrucción del proceso y citó a la audiencia de conciliación y de alegatos, en el evento de que fracasara la primera.

### **3. - Alegatos de Conclusión.**

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el tribunal, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación y al no encontrar una fórmula de arreglo, se llevó a cabo en seguida la de alegatos de conclusión, la cual tuvo lugar el 27 de noviembre de 2002.

Por encontrarse reunidos todos los presupuestos procesales y al estar dentro del término establecido por el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, toda vez que la primera audiencia de trámite culminó el 9 de agosto de 2002 y el proceso fue suspendido entre el 4 de septiembre de 2002 y el 22 de septiembre de 2002, el Tribunal procede a pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada.

## **B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE PERMUTA:**

Cuando las partes fijan las reglas que han de regir las relaciones contractuales pueden hacerlo con sujeción a la ley, para lo cual ha de apreciarse el negocio de conformidad con los criterios legales y convencionales pertinentes, de suerte que la interpretación que se haga debe estar así conforme con lo previsto por los contratantes y de acuerdo con la ley. De esa manera el contenido negocial impone un entendimiento expedito y explícito de aceptación plena por entrar en juego el poder de autorregulación propio de las relaciones obligatorias contractuales. Es la voluntad creadora que se ubica y desarrolla en la misma ley. La existencia jurídica, pues, del contrato surge de las manifestaciones de voluntad de las partes.

Sin embargo, es posible y válido jurídicamente que las partes en un contrato persigan ciertos fines, y para ello acudan a moldear sus voluntades creadoras para alcanzar los propósitos de la relación obligatoria buscados al momento de su vinculación. Y por eso no siempre coinciden con el marco de la ley contractual, sin que esto comporte algún fenómeno perturbador de las relaciones jurídicas. El acto que surja es, por consiguiente, el resultado de una legítima y genuina expresión de la libertad contractual, con apoyo en el principio de la autonomía privada, en cuanto, claro está, no violenta el orden público, la imperatividad de las normas o las buenas costumbres.

La riqueza de los contratos radica, entonces, en que se puedan concertar, con efectos jurídicos patrimoniales, prestaciones sin que necesariamente encajen dentro de las categorías de los contratos que el ordenamiento disciplina y gobierna. La voluntad humana, como suele decirse, constituye por sí misma su propia ley y, por ende, crea y exterioriza el contenido negocial, al que deben someterse para el cumplimiento de la función práctica: su ejecución.

Por eso, los contratos innominados o los atípicos encuentran su respaldo en la determinación de la voluntad de las partes, e impuesto, las más de las veces, por las exigencias sociales y económicas del momento. Y los efectos jurídicos son los queridos por ellas. La falta de nombre o de regulación normativa o gobierno legal no altera su eficacia si no se quebranta, como ya se dijo, el orden público,

el carácter imperativo de las normas y las buenas costumbres. Todo lo contrario: la adaptación de la voluntad y su sinceridad se convierte en soporte insustituible de validez. Es tan determinante la voluntad de las partes, en la conformación de una relación jurídica, que debe procurarse, en lo posible, a la interpretación a favor del contrato ***-potius ut valet quam ut pereat-***, de manera que conduzca a convenir en su validez y no a prohijar su nulidad o invalidación.

Mueve a pensar, por tanto, que si un contrato no encaja con exactitud en los supuestos que la ley diseña para su nominación o tipicidad, pero en cambio, se reviste de otros elementos negociales, debe admitirse y reconocerse con los efectos queridos por los contratantes, y de llegarse a una interpretación, la pertinencia de acudir a los principios generales de los contratos y, en especial, a la analogía; o sea, la aplicación de las reglas de aquel contrato que muestra o evidencia similitud en su disposición con lo convenido por las partes.

Precisamente, el ordenamiento privado consagra una serie de normas que permiten la aplicación de aquellos criterios. Y ha sido el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el que ha servido para que se introduzcan figuras, formas o institutos contractuales que no están expresamente incorporados en los códigos, y de paso, se abra el compás de aplicación de disposiciones positivas. Preceptúa ese artículo:

*"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".*

Y se fortalece con el mandato del artículo 48 de la misma Ley 153:

*"Los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".*

Sin lugar a dudas, las reglas de interpretación de los contratos, que acoge el Código Civil en el Capítulo XIII del libro 4º, se convierten en instrumentos para considerar que es la voluntad de las partes la que debe identificar y proyectar el contenido negocial. Conocida con claridad la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, con el agregado que en los casos que no aparezca voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor se ajuste a la naturaleza del contrato o por la aplicación práctica que hayan hecho de las cláusulas del contrato. Y ese marco sirve para los contratos se interpreten en el sentido que se busque la producción de los efectos prestacionales y su eficacia y no de la invalidación del negocio, salvo que se incurra en la transgresión de los principios rectores varias veces citados: orden público, normas imperativas o buenas costumbres.

Como es sabido, el contrato de permuta o permutación en el ordenamiento privado es reconocido como el cambio recíproco de cosas o "...en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro", al decir del artículo 1955 del Código Civil. Y precisamente, esta última definición ha merecido crítica por no reflejar con exactitud el contenido negocial porque se admite

que, como parte de las cosas que se cambian, se dé dinero siempre que sea inferior a la cosa que integra la prestación de uno de los permutantes y, además, porque entre las cosas que se cambian pueden darse géneros y no necesariamente especie o cuerpo cierto.

Sin embargo, la crítica sobre las cosas que se cambian, cuerpos ciertos o géneros, no ha sido unánime por cuanto existe una corriente de interpretación que se apega al texto mismo del artículo 1955 el que, de manera expresa, señala las obligaciones de las partes de dar recíprocamente especie o cuerpo cierto, para concluir que no puede ser objeto de cambio los géneros. Mientras otra, tomando los preceptos que regulan particularmente el contrato de permuta (artículos 1957-1 y 1958 del Código Civil), considera que las cosas que se pueden vender se pueden cambiar y, es obvio, ser objeto de la compraventa la cosa de género siempre que se determine en cantidad; y, por otro lado, al contrato de permuta se le aplican las disposiciones de la compraventa en todo lo que no se oponga a la naturaleza de aquél.

Considera, con todo, el Tribunal que no es del caso tomar partido en favor de alguna de las interpretaciones comentadas ya que la discusión carece de influencia, con vista a este proceso arbitral, porque, cualquiera que sea la posición que se adopte, la conclusión, sobre ambas formas prestacionales, cuerpos ciertos o géneros, conduce a la validez y eficacia del contrato.

Si las cosas que recíprocamente se cambian son cuerpos ciertos, el contrato se rige por las reglas de la permuta (Título XXIV del Código Civil) y, por expresa extensión que éste hace, por las disposiciones de la compraventa siempre que no contradigan su naturaleza. Y esto es así, por lo que no merece discusión alguna.

Empero, si entre las cosas que se cambian hay géneros, se podría aplicar el mismo criterio precedente, si se acoge la interpretación amplia comentada. Incluso, para el evento que se considere que no encaja como contrato de permuta porque el supuesto negocial con que está revestido permite, por su conformación cercana a éste, que se sujeten a sus reglas y a las disposiciones de la compraventa. En otras palabras, si el contrato no puede caracterizarse como nominado o típico no impide que se acuda por vía de la analogía a la figura contractual que se aproxime o acerque; y si se colman los presupuestos del acto de cambiarse cuerpo cierto, en un extremo de la prestación y género en cantidad determinada en el otro, sea cual fuere el calificativo que se le dé al acuerdo de voluntades, no cabe duda que las reglas del contrato de permuta son las que deben aplicarse para los efectos sustanciales, e igualmente las normas de la compraventa por extensión, y todos aquellos preceptos del ordenamiento contractual privado.

#### **EL CONTRATO CONTENIDO EN LA ESCRITURA PUBLICA 1.167 DE 25 DE AGOSTO DE 1975:**

Con los precedentes conceptos generales, considera el Tribunal que debe proceder al análisis del contrato contenido en la escritura pública número 1.167 de 25 de agosto de 1975 de la Notaría Tercera de Cartagena, reformado por la escritura pública 1.564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera de Cartagena.

No cabe duda que las partes expresamente calificaron el contrato, recogido en la escritura pública 1.167 y reiterado en la escritura pública 1.564, como de permuta. Al convenir el objeto consignaron que la compañía, aquí la convocada inicialmente y después demandante en reconvenión, transfiere a título de permuta a favor de las Empresas, convocante en el proceso, el derecho de dominio y posesión que tiene y ejerce sobre el sistema de acueducto localizado entre la Zona de Mamonal, jurisdicción del Municipio de Cartagena, la franja que desde Mamonal va hasta la estación de Bombeo en la Ciénaga de Dolores y las zonas del sistema localizados en la Ciénaga de Juan Gómez, y que luego detallaron específicamente, a cambio de la entrega por las Empresas, a título de permuta, la cantidad de 276.804.824.96 metros cúbicos de agua cruda, captada del Acueducto materia de la permuta, primordialmente en un plazo máximo de 30 años, contados a partir de la fecha del acta de recibo del Acueducto. La cantidad y el plazo fueron reformados por la escritura 1.564 a 284.871.510 metros cúbicos de agua y sin el límite de 30 años, sino el requerido para que las Empresas Públicas paguen la totalidad del agua. Del mismo modo, las partes acordaron fijar el valor del metro cúbico de agua en el equivalente a \$ 0.55, que si bien se dijo era para los efectos fiscales, o contables, en ese momento se convertía en el precio de cada metro, como fuera admitido en el Acta de Acuerdo de 3 de enero de 1986, suscrita por las partes:

*"Para todos los efectos el valor del metro cúbico de agua cruda es de cincuenta y cinco centavos) \$055, valor que se mantendrá constante durante toda la vigencia del contrato".*

Por todo lo anterior, se evidencian los extremos prestacionales principales del contrato: la obligación de dar o entregar el sistema de Acueducto, muebles e inmuebles, por una parte, a cambio de dar o entregar los metros cúbicos de agua cruda determinados, por la otra parte, lo que permite caracterizarlo como bilateral y oneroso-conmutativo, en cuanto ambas partes contrajeron las obligaciones de cambio recíproco de cosas y, al mismo tiempo, midieron los alcances de los beneficios y afectaciones patrimoniales procurado por los contratantes. El hecho de convenir que la cantidad determinada de metro cúbico de agua se haría en un plazo inicial de 30 años y, modificado luego, con el tiempo necesario para cumplir con la totalidad de la entrega de la prestación a cargo de la Empresa convocante, no altera la característica de ser una sola obligación que se difiere en el tiempo; como, por ejemplo, cuando se pacta un precio en la compraventa y éste se ha de pagar a plazos o cuotas y no al contado.

No obstante que en la escritura 1.167 se hicieron otras declaraciones, a juicio del Tribunal, en nada se modifica el alcance obligacional acordado por los contratantes como expresión libre de su voluntad creadora. Empero se podrá alegar que el contrato allí contenido, que las partes denominaron permuta, no puede identificarse plenamente con esta categoría contractual por cuanto se cambia cuerpo cierto –sistema de acueducto integrado por bienes muebles e inmuebles – por género – determinados metros cúbicos de agua cruda - pues, como ya se expuso, la definición que brinda el Código Civil, en el artículo 1955, sólo se pueden dar mutuamente una especie o cuerpo cierto por otro y la cantidad de agua no puede reputarse como tal sino como género.

Ya el Tribunal hizo comentarios sobre las distintas corrientes de interpretación existentes en relación con el cambio de cosas si necesariamente debe comprender cuerpos ciertos o, también, puede convenirse géneros. Y reitera ahora, que ese es un punto que no genera, en el fondo, mayor influencia en esta controversia arbitral porque sea cual fuere la denominación o categorización del contrato, si se exterioriza y muestra que se estipuló el cambio de cosas que, por su determinación permite bien que se tenga como un contrato de permuta ora de contenido negocial similar a éste, lo cierto es que con cualquiera interpretación que se haga, se advierte un efecto común: las reglas de la permuta serían las aplicables y, por extensión, como previene el artículo 1958 del Código Civil, las disposiciones de la compraventa en todo lo que no se oponga a la naturaleza del contrato acordado. Entonces, la eficacia y validez del contrato contenido en la escritura pública 1.167 son, por ese aspecto, incontrovertibles.

No comparte el Tribunal la apreciación de la convocante en el sentido de que el contrato es de compraventa pues, como se sabe, este contrato, consiste en que una parte se obliga a dar una cosa (cuerpo cierto o género) a cambio de un precio, y este ha de ser, por regla general, dinero, o parte en dinero y parte en cosa, siempre que ésta no valga más que el dinero porque de ocurrir esto último sería permuta. Pues bien, si tanto la compraventa como la permuta se refieren al precio, existe una enorme diferencia en la prestación: en la compraventa es en dinero, mientras que en la permuta en las cosas que mutuamente se cambian, o como señala el artículo 1958 del Código Civil "...y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio".

Entonces, no se puede proclamar contrato de compraventa cuando en ninguno de los extremos prestacionales se conviene en dinero, y no se puede invocar que los metros cúbicos de agua determinados equivalen a dinero. Dinero, como se explica de manera simple, es la moneda que circula en un país y esto explica, al rompe, el rechazo de darle la naturaleza de compraventa al contrato contenido en la escritura pública 1.167.

Tampoco comparte el Tribunal que, en derredor del contrato en comento, se operó la conversión, porque este instituto participa del supuesto de la nulidad de un negocio que, por los fines perseguidos por los intervenientes, hace que se mute o cambie en otro, en cuanto exista la voluntad de las partes de permanecer vinculadas jurídicamente. En este caso, no se puede sostener que existe nulidad por la denominación que en uno u otro sentido le dieron las partes al contrato pues los términos prestacionales permiten reconocer la eficacia y la aplicación de determinadas reglas; y sin existir ningún fenómeno invalidatorio del negocio jurídico. Tan no es nulo que la misma EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION alega el incumplimiento del contrato, lo que hace suponer que el negocio es finalmente válido porque sólo se demanda la resolución o terminación de un contrato bilateral cuando no adolece de ningún defecto o irregularidad sustancial, al chocar los dos institutos: el de la nulidad y el de la resolución. Cuando se recaba la nulidad de un contrato es porque se estima la existencia de una irregularidad que se origina en el desconocimiento del valor legal del acto, por contravención de las prescripciones legales, mientras que el incumplimiento supone que el negocio colma todos los supuestos de validez sólo que los deberes no se atienden como lo han previsto las partes o consagra la ley, por virtud de la conducta de alguna de las partes contraria a derecho.

La nulidad que aduce la convocante en la demanda, sin mayor precisión conceptual, en el sentido de haberse configurado un contrato de compraventa con pago del precio a plazos o por instalamientos "...por falta de equivalencia o conmutatividad en las prestaciones a cargo de cada parte y por no darse las prestaciones reciprocas de manera instantánea, esto es, al tiempo de celebrarse el contrato...", tampoco la comparte el Tribunal. Ya se descartó que se hable de compraventa y de conversión del contrato. Se ha dicho, y se reitera, que las partes convinieron un negocio jurídico con alcances prestacionales que no evidencia ninguna irregularidad ni violenta el orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres; y en ningún caso el contrato consignado en la escritura pública 1.167 puede reputarse de compraventa por faltar un elemento esencial de este contrato, como es el precio en dinero.

También se distancia el Tribunal de la apreciación que hace la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACIÓN- en torno a la falta de equivalencia o conmutatividad y no darse las prestaciones reciprocas de manera instantánea como factores de invalidación del contrato, porque la equivalencia y la periodicidad en las prestaciones no son irregularidades de un negocio que lo pueda llevar a la nulidad, por no constituir defectos o vicios reconocidos por la ley para la declaración sancionatoria en tal sentido. Recuérdese que la nulidad es la sanción legal establecida por la omisión de alguno de los requisitos exigidos por la misma ley para imprimirlle valor al acto o contrato.

Es cierto que la conmutatividad es un principio de indiscutible alcance en los contratos de prestaciones reciprocas porque se considera que cuando las partes se vinculan a través de esos actos deben colocarse en un punto de igualdad, con una adecuada distribución de cargas y riesgos vinculados al contrato, pero sin representar o constituir un elemento esencial de valor. Por eso, la misma ley consagra algunas reglas en procura de remediar determinados actos en los que se rompe esa conmutatividad: la lesión enorme (con la rescisión de derecho estricto), la imprevisión, el restablecimiento del equilibrio económico, etc., y en ningún caso la nulidad relativa o absoluta de aquellos.

En ese orden de cosas, considera el Tribunal que el contrato contenido en la escritura número 1.167 satisface todos los requisitos de existencia y validez y por el carácter bilateral habilita que se estudie lo concerniente a su ejecución y, por tanto, definir si los factores de incumplimiento alegados, tanto en la demanda principal como en la de reconvenCIÓN, se ofrecen en este debate arbitral.

No está por demás advertir que la escritura pública 1.564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera de Cartagena, en nada cambia la conclusión anterior. Por el contrario: se convierte en una reafirmación de la voluntad de las partes contratantes de mantenerse vinculados a un negocio válido.

Resulta pertinente anotar que la escritura pública 1.564 es el resultado del acuerdo que el 3 de enero de 1986 habían formalizado las partes en los siguientes términos:

*"PRIMERO: Las partes confirman que el valor del Acueducto será la cantidad de \$ (sic) 284'871.510.00 (doscientos ochenta y cuatro millones ochocientos setenta y un mil quinientos diez) metros cúbicos de agua cruda establecida en el contrato original y que corresponde a la suma de los 276'804.824 metros cúbicos de agua contemplados en el Artículo 1-05 del contrato, más 8'066.686 metros cúbicos de agua contemplados (sic) en el artículo 5-06 del mismo.*

*SEGUNDO: Para todos los efectos el valor del metro cúbico de agua cruda es de (Cincuenta y cinco centavos) \$ 0.55, valor que se mantendrá constante durante toda la vigencia del contrato.*

*(...)"*

### **III. ALCANCE DEL OFICIO 040446 DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION:**

Antes de entrar en la materia de la responsabilidad y de las pretensiones debe precisar el Tribunal el contenido del oficio 040446 de 8 de noviembre de 1999 que, según la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION, contiene un acto administrativo que enerva las pretensiones de la demanda de reconvención de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACIÓN- por la declaración de terminación del contrato que allí se menciona, y que, por no haber sido recurrida, tiene la fuerza de su firmeza.

En comunicación de 6 de octubre de 1999 ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION le solicitó al Gerente Liquidador de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION que le certificara por escrito el volumen de agua cruda entregado y el pendiente de entrega. Con el oficio 040446, ésta respondió, manifestando: 1. Que según estudio jurídico de los abogados asesores "...se llegó a la conclusión que el contrato denominado de permuta, fue nulo por falta de equivalencia o conmutatividad en las prestaciones a cargo de cada parte y, por no darse las prestaciones recíprocas de manera instantánea". 2. Que el contrato de permuta se convirtió en compraventa al tenor de lo dispuesto en el artículo 904 del Código de Comercio con pago del precio a plazos o por instalamientos. 3. Que por estudio económico se pudo establecer que la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACIÓN – cumplió "...a cabalidad con la obligación de pagar el precio convenido en el contrato converso...". Para afirmar, finalmente: "Ahora bien, siendo esta nuestra posición, creemos que lo más conveniente es fijar fecha, hora y lugar para levantar un acta en donde se recoja la declaración de voluntad de las partes, con el fin de protocolizar la terminación del contrato por pago total de la obligación...".

La controversia que se ha sometido a la composición de este Tribunal descansa, básicamente, sobre el incumplimiento que cada parte le plantea a la otra alrededor del contrato consignado en la escritura pública 1.167. Y no es admisible que a una de las partes, con sujeción al pacto arbitral, se le impida alegar el incumplimiento de la relación obligatoria vinculante por tener la otra el carácter de entidad estatal, y ésta haya producido una manifestación o declaración respecto del contrato a la que le

quiere imprimir la fuerza de un acto administrativo definitivo y que, en su sentir, cierra el camino a cualquier discusión sobre el contrato.

Es cierto que la administración pública goza de ciertas prerrogativas para contratar, tal como fuera reconocido en el Decreto 150 de 1976, reiterado en el Decreto 222 de 1983 e incluido en la Ley 80 de 1993, para pactar cláusulas exorbitantes, ahora denominadas excepcionales, mediante las cuales pueden imponer un criterio unilateral: la caducidad, la terminación, la modificación, con los alcances que la misma ley reviste. Pero, en parte alguna, una posición jurídica sobre los alcances de un contrato, acertada o desacertada de un ente estatal, puede reputarse que tiene el carácter de acto administrativo definidor de situaciones contractuales, más concretamente de terminación de la relación obligatoria. En absoluto. Las diferencias negociales deben someterse, como lo previeron las partes, por la cláusula compromisoria, a la decisión de árbitros. Las apreciaciones que conduzcan a fijar una posición unilateral alrededor de un contrato no pueden convertirse en medio de extinción del mismo. Para que se convenga en la terminación unilateral de un contrato por un ente estatal se requiere que de manera expresa se estipule o pacte, salvo en aquellos contratos en que la ley dispone que vaya incluida y, además, ocurran los eventos también previstos en ella. Y nada de eso se presenta con la situación que arguye la convocante, en relación con el oficio 040446.

El hecho de que en el oficio 040446 se hubiese afirmado la terminación del contrato por parte de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION, dicha manifestación no puede ser entendida como un acto administrativo, pues éste surge como resultado de la función administrativa del Estado, y el oficio no es sino una manifestación unilateral alrededor del contrato, que no tiene la virtualidad requerida del acto administrativo.

Por esas breves consideraciones, el Tribunal desestima las apreciaciones que hace la convocante, en relación con el mencionado oficio 040446 de 8 de noviembre de 1999.

#### **LA LIQUIDACION DE LAS EMPRESAS INTERVINIENTES:**

La liquidación es un conjunto de operaciones que persigue o tiende a establecer el activo social de una empresa para pagar las obligaciones contraídas y puede alcanzarse cuando se entra en estado de disolución o por algún proceso concursal. Necesariamente se conserva la capacidad jurídica, sólo que se limita a las operaciones que conduzcan a la liquidación al mediar aquella circunstancia de buscar la realización de los bienes del deudor para la satisfacción de las obligaciones. Esa capacidad se mantiene hasta cuando termina el trámite de liquidación, que produce la consecuencia de la extinción de la personalidad jurídica, si se cubren todos los créditos.

Entonces, la liquidación de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA y la convocatoria a los acreedores, para hacerse parte en el proceso respectivo, en nada afecta esta actuación arbitral, ni le resta la legitimación a ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - para accionar alrededor del contrato contenido en la escritura pública 1.667, porque la existencia de un trámite de liquidación sirve para que la persona que tenga un crédito pueda

arimarse a él, en procura de ser reconocido como tal; y posteriormente, si fuere posible, se le satisfaga su crédito con el patrimonio a liquidar del deudor. Empero, esto no obsta para que se pueda demandar lo que tenga nexo con un contrato celebrado por una empresa en liquidación.

Con mayor razón, cuando se trata de un proceso en el que se persiguen declaraciones y condenas que, de resultar favorables, se convertirían en créditos a favor del reclamante y contra la empresa que se encuentre en liquidación. Como es sabido, los titulares de créditos pueden comparecer a un trámite de liquidación para hacerlos valer. Mas cuando no se trate de la obligación de pagar una suma de dinero sino de obligación de dar, hacer o no hacer deberá presentarse el acreedor para los efectos pertinentes, en procura reclamar el cumplimiento. Vale decir, el derecho de accionar que tiene un contratante, en torno a un negocio jurídico, no lo pierde durante el trámite de liquidación. Su personalidad jurídica se conserva. La legitimación para demandar es, por consiguiente, indiscutible. Del mismo modo, la pasiva resulta invulnerable.

Si ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION- fue citada al trámite de liquidación de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACIÓN- y no concurrió a él, en manera alguna le resta o quita la capacidad para reclamar alrededor del contrato contenido en la escritura pública 1.167.

Tampoco se pueden rechazar las pretensiones que giran sobre el contrato, que las partes denominaron de permuta, bajo el supuesto alegado por la parte convocante de la existencia del proceso liquidatorio de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACIÓN- en cuanto esta situación pueda implicar la imposibilidad de recibir la prestación a su favor, o sea, los metros cúbicos de agua, porque el estado en liquidación no impide que se puedan discutir los derechos que se derivan de una relación obligatoria.

Mientras una empresa se encuentra en estado de liquidación, mantiene vigente todos los derechos y asume las obligaciones. La capacidad para ejercer los derechos no desaparece por entrar en proceso de liquidación. De modo que, como demandado, puede intervenir válidamente, sin que medie ni sustancial ni procesalmente inconveniente de ninguna índole.

Afirma la empresa convocante que el proceso de liquidación de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACIÓN-, condujo a ésta, a suspender sus actividades y de esa manera no poder recibir el agua; y como corolario, que esa imposibilidad generaba un factor de exoneración de la obligación de entrega. Pues bien, esto no deja de convertirse en una argumentación sin valor probatorio, ni fundamento sustancial, porque, como se expuso, la sola situación de liquidación no es suficiente causa para construir un factor de liberación o exoneración de responsabilidad.

No acepta el Tribunal, tampoco, la tesis de la convocante de que el momento en que se decretó la liquidación de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, sirve para contar los plazos de caducidad de la acción de incumplimiento del contrato propuesta en la demanda de reconvención, pues ese acontecimiento no suministra elementos para constituir causal de extinción de las acciones contractuales, por ser completamente ajeno a éstas.

## V. OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

En el presente caso, las obligaciones bilaterales de las partes surgen del referido negocio jurídico celebrado entre ellas, tal como consta en la escritura pública No 1.167 otorgada el 25 de agosto de 1975 en la Notaría Tercera de Cartagena contentiva de un contrato de permuta celebrado entre la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE ALCALIS -ALCO LTDA- hoy en liquidación, y las EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA, antes, hoy EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES CARTAGENA - EN LIQUIDACIÓN -, obligaciones aquéllas fuente del conflicto que se dirime vía arbitral, en razón que las contratantes, una a otra, en forma correlativa, se endilgan incumplimientos de ciertas obligaciones nacidas del contrato mencionado.

Del estudio de la escritura pública No 1.167 otorgada el 25 de agosto de 1975 se aprecia sin dificultad cuales fueron las obligaciones a cargo de cada parte contratante, siendo estas las principales:

### 1.- Obligaciones Iniciales de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION:

Entre las obligaciones iniciales de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION se mencionan las siguientes:

La de transferir, a título de permuta, a favor de las Empresas Públicas, el derecho de dominio y la posesión sobre el sistema de acueducto ubicado en la Zona de Mamonal, Cartagena de Indias hoy Distrito Turístico y Cultural, en la franja que desde Mamonal va hasta la estación de bombeo en la Ciénaga de Dolores y las zonas del sistema localizado en la Ciénaga de Juan Gómez, junto con sus instalaciones y anexidades, usos, costumbres y servidumbres, que en un conjunto armónico de bienes muebles e inmuebles forman un solo cuerpo cierto.

Entre los bienes permutados se cuentan todos los que integran "el sistema de acueducto como las estaciones de bombeo de Dolores y Juan Gómez, con sus casas de bombas y construcciones auxiliares, equipos electromecánicos de bombeo, sistemas eléctricos y repuestos allí mantenidos. Igualmente todas las obras de regulación de ciénagas, líneas de transmisión eléctrica, la franja de terreno que parte de la Estación de Bombas de Dolores y llega hasta las instalaciones industriales de la Compañía en Mamonal. La carretera construida por la Compañía en la zona de terreno mencionada junto con las obras de arte que la complementan; la tubería de conducción de 45" que viene desde la Estación de Bombas del sitio denominado Dolores y llega hasta la abscisa k 28 + 910, o sea, hasta la cámara de inspección número señalado en el plano número 2-75-1."

Los bienes fueron detallados en la escritura mencionada de permutación que aparece a folios 409 a 425 del cuaderno No 1 del expediente y comprende, entre otros, la propiedad sobre doce (12) inmuebles; la posesión sobre veintitrés (23) inmuebles ubicados por el lado izquierdo, (oeste de la

línea de conducción, partiendo de las instalaciones de la compañía en Mamonal; la posesión sobre otros veintitrés (23) inmuebles ubicados por el lado derecho, (este de la línea de conducción, partiendo de las instalaciones de la compañía en Mamonal); acueducto de Mamonal, con casa de bombas de Dolores; línea de conducción de agua.

La obligación de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, de entregar los bienes que integraban el sistema de acueducto, permutados, debía cumplirse inmediatamente se suscribiera la escritura respectiva y debía hacerse constar en un acta especial la entrega y el recibo de las instalaciones que integran el sistema.

## **2.- Obligaciones iniciales de LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION:**

Entre las obligaciones iniciales principales, de las antiguas Empresas Publicas Municipales de Cartagena, hoy EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION, se pactaron las siguientes:

Entregar a ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, de manera prioritaria ante otros usuarios, la cantidad de 276.804.824.96 metros cúbicos de agua cruda captada del Acueducto materia de la permuta, metraje de agua inicial más intereses.

Adicional al anterior volumen de agua, las Empresas Publicas también se obligaron a entregar otros 8.066.686,18 metros cúbicos pero de manera condicionada a que Alcalis cancelare el valor de las obras de cerramiento del conjunto de ciénagas del acueducto de Mamonal contratadas por valor de cuatro millones cuatrocientos treinta y seis mil seiscientos setenta y siete pesos con cuarenta centavos (\$ 4.436.677,40); en total incluyendo la parte condicionada el volumen de agua cruda a suministrar por las Empresas Publicas a Alcalis fue de 284.871.510 metros cúbicos.

El plazo máximo acordado para la entrega del agua cruda se acordó en treinta (30) años contados a partir de la fecha del acta de recibo del Acueducto de la Compañía, con valor para efectos fiscales y contables de \$ 0,55 por metro cúbico de agua.

El agua materia de permuta se entregaría en suministros diarios no inferiores a sesenta y ocho mil (68.000) metros cúbicos multiplicados por el número de días que comprenda el semestre en consideración, sin importar que Alcalis no consumiera ese volumen diario; pero si en Alcalis surgiere necesidad de utilizar una cantidad de agua cruda superior al mínimo establecido, las Empresas tenían que atender ese requerimiento siempre y cuando la capacidad instalada del acueducto se lo permitiere

Señala el parágrafo primero del artículo 2.02 de la escritura contentiva de la permuta:

*"Las partes acuerdan que los abonos se liquidarán semestralmente en forma tal que el volumen corresponda a, por lo menos, estos sesenta y ocho mil metros cúbicos diarios multiplicados por el número de días que comprenda el semestre en consideración, no importa que la CIA no consuma ese volumen diario, por otro lado, si fuere mayor el consumo los abonos se harán por su volumen real".*

De otro lado, una vez que la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION hubiere hecho entrega de la totalidad del agua cruda más los intereses, mantenían la obligación de continuar atendiendo las necesidades de agua cruda de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, que debía venderla al costo de producción sin utilidad para aquella.

Si al vencimiento del plazo de entrega del agua, de treinta (30) años, aún quedare algún saldo a favor de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION, el agua faltante o sin entregar debía ser abonada por la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION hasta que se completaran las entregas convenidas más los intereses, pues también se pactó que éstas debían reconocer intereses a favor de su contratante de un cuatro por ciento (4%) semestral sobre los saldos de agua no entregados, intereses liquidados y abonados en metros cúbicos de agua cruda.

Por último, las partes acordaron revisar los costos de producción del agua cada cinco (5) años, contados a partir de la fecha de celebración del contrato, que fue la de otorgamiento de la escritura, a fin de establecer los reajustes a que hubiere lugar.

### **3.- Obligaciones subsiguientes de las partes:**

Las partes también suscribieron la escritura pública No 1.564 otorgada el 27 de junio de 1986 en la Notaría Primera del Círculo de Cartagena por la cual modificaron parcialmente las obligaciones iniciales de esta manera y dirimieron los conflictos surgidos en aquella oportunidad, en los siguientes términos:

- 3.1. Se condonaron los intereses causados y para el futuro la obligación que tenían las Empresas Públicas de reconocer intereses cesaba siempre y cuando cumplieren con su obligación de entrega.
- 3.2. Para efectos de abonar la deuda se tendrán en cuenta las cantidades de agua que Empresas Públicas entreguen y hayan entregado efectivamente a Alcalis durante la vigencia del contrato sin consideración de los consumos mínimos inicialmente acordados.
- 3.3. La vigencia del contrato también se modificó en el sentido de que será el tiempo requerido para que las Empresas Públicas paguen a Alcalis la totalidad de los metros cúbicos de agua cruda pactados, esto es, 284.871.510 metros cúbicos.

3.4. Las Empresas Públicas reconocieron y asumieron obligaciones dinerarias por valor del consumo de energía eléctrica requerida para el acueducto, garantizando su pago con prenda con tenencia en los términos del artículo 1.204 del Código de Comercio sobre las rentas provenientes de la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado y servicios varios de las empresas Ecopetrol, Abocol, Amocar, ingresos causados a partir del 1º de enero de 1988.

3.5. Las obligaciones reconocidas fueron:

La suma de \$ 415.607.239,26, cancelada por Alcalis y consolidada a 31 de diciembre de 1985 más intereses al 18% anual sobre saldos, suma que las Empresas debían reintegrar en el término de ocho (8) años a partir del 1º de enero de 1988 en la forma pactada en la escritura modificatoria de las obligaciones iniciales que obra a folios 426 a 429 del cuaderno No 1 del expediente.

Los consumos de energía a partir del 1º de mayo de 1985 tenía que cancelarlo las Empresas Públicas a la Electrificadora de Bolívar o a Corelca en la forma como acordara el pago en un término de 90 días a partir de la escritura modificatoria, liberando a Alcalis por tal concepto.

Se suprimieron las obligaciones de la entrega del agua en 30 años, los intereses semestrales sobre saldos de agua, y los reajustes por revisión cada 5 años de que trataban los artículos 2.02, 2.03 y 2.04 de la cláusula segunda de la escritura inicial.

## VI. LAS PRETENSIONES

### 1.- Pretensiones de LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION:

#### 1.1. De nulidad del contrato de permuta y conversión del negocio jurídico:

Como se transcribió en los antecedentes de este Laudo, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION persigue "que se declare que el contrato de permuta contenido en la escritura pública No. 1.167 de agosto 25 de 1975 de la Notaría Tercera de Cartagena y reformado posteriormente por medio de la escritura pública No. 1.564 de junio 27 de 1986 en la Notaría Primera de Cartagena es NULO, habiéndose configurado en su lugar un CONTRATO DE COMPRAVENTA CON PAGO DEL PRECIO A PLAZOS O POR INSTALAMIENTOS...", lo que haría pensar que la declaratoria que se invoca es una pretensión que se enfrenta con la segunda de declaratoria de incumplimiento del contrato con las consecuencias correspondientes.

Sin embargo, el Tribunal considera que la declaratoria de nulidad a que alude el escrito incoativo no se proyecta en el sentido de invalidar el negocio jurídico celebrado, sino llevarlo a la conversión en

otro y, por consiguiente, a mantener su validez para, en consonancia, recabar el incumplimiento. La cuestión se identifica así porque basta con interpretar toda la demanda para arribar a esa conclusión.

La apreciación anterior, con todo, no impide al Tribunal ocuparse del tema de la nulidad a que se refiere la convocante, porque, en cierta forma, la no aceptación sustancial deriva el efecto de rechazar la conversión del negocio de permuta en compraventa, como lo entiende aquella.

El Tribunal se detuvo en el análisis del contrato de permuta en general, y del negocio jurídico contenido en la escritura pública 1.167 en particular, concluyendo que no está afectado de ninguna irregularidad que permita, por consiguiente, identificar la existencia de alguna nulidad. Además, la discusión que pueda ofrecerse, sea o no contrato de permuta, resulta irrelevante, porque lo cierto es que las normas que regulan este acto son de aplicación en este asunto, sin que pueda mediar la estimación de defecto en su formación y, por extensión, las normas de la compraventa y los principios generales de la contratación.

Asimismo, los reparos que la empresa convocante le formula al contrato, de falta de equivalencia o comutatividad en las prestaciones a cargo de cada parte, no se acompaña con el contenido del contrato en cuanto, de manera expresa, las partes acordaron lo extremos prestacionales de entrega recíprocas de cosas, cuyas fuerzas económicas están lo suficientemente medidas en lo que les beneficia y afecta. Por eso, el Tribunal descartó que el contrato sea de compraventa ya que el precio en dinero no fue considerado como un elemento del negocio sino la entrega de determinados metros cúbicos de agua cruda. Si entre las cosas que se cambiaban, por razón de transcurrir el tiempo para el cumplimiento de la obligación de entregar la totalidad de los metros cúbicos de agua cruda, se alteraba el valor futuro de éstos, en nada afecta el alcance prestacional, buscado por los contratantes, en los términos planteados por la parte convocante. Recuérdese que el rompimiento del equilibrio o simetría obligacional, y la comutatividad es su punto de apoyo, tanto en la permuta de inmueble como en la compraventa, tiene un remedio jurídico sancionatorio: la acción rescisoria por lesión enorme, que como es sabido es una especie de nulidad de derecho estricto, o la imprevisión, como proclama el artículo 868 Código de Comercio, cuando se presente excesiva onerosidad en la prestación futura debido a circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles en los contratos de ejecución diferida.

También se aparta el Tribunal de la inconformidad de la Empresa convocante en el sentido "... por no darse las prestaciones reciprocas de manera instantánea, esto es, al tiempo de celebrarse el contrato", como argumento para la conversión del contrato en compraventa, porque el hecho de entregar determinados metros cúbicos de agua cruda no modifica el carácter de una obligación que solamente se difiere en el tiempo, sin cambiar su categorización contractual.

Lo expuesto lleva al Tribunal a concluir que no es del caso acceder a declarar la nulidad del contrato de permuta contenido en la escritura pública 1.167 de 25 de agosto de 1975 de la Notaría Tercera de Cartagena ni la configuración, por vía de la conversión, en compraventa.

## 1.2. De incumplimiento del contrato:

Como igualmente quedó expuesto, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION - solicita que se declare el incumplimiento por parte de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACIÓN - del contrato contenido en la escritura pública 1.167 de 25 de agosto de 1975 de la Notaría Tercera de Cartagena y reformado por medio de la escritura pública 1.564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera de Cartagena por "... no cancelar la contraprestación a su cargo en los términos establecidos...", y como consecuencia de esa declaración, se disponga que cumpla con las obligaciones "... de enajenar el derecho de dominio y posesión sobre los restantes inmuebles que conforman el sistema de acueducto..."; de cancelar "... el valor correspondiente a los metros cúbicos de agua suministrados en exceso a partir del 31 de agosto de 1990...", con los intereses de mora, y debidamente indexado.

Concreta la Empresa convocante, pues, dos supuestos de incumplimiento del contrato por parte de la convocada: no haber transferido el dominio y la posesión de algunos inmuebles y no haber pagado el exceso de agua suministrada. En ese mismo orden procede el Tribunal a estudiar los elementos de desatención aducidos.

### 1.2.1. La no enajenación de los inmuebles:

Ciertamente como se reseñó atrás, en el contrato consignado en la escritura pública 1.167, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - se obligó a transferir el derecho de dominio y la posesión sobre el sistema de acueducto situado en la zona de Mamonal detallándose los bienes inmuebles a disponer: **la propiedad** de doce (12) predios y la **posesión** de cuarenta y seis (46) inmuebles. Es decir, las partes de manera expresa demarcaron el ámbito de disposición de los bienes inmuebles, de manera común: derecho de dominio y posesión de doce (12) y la posesión de cuarenta y seis (46). Y en esa misma dirección señalaron el deber jurídico pertinente que debe considerarse y apreciarse para los efectos para saber si ese elemento de la responsabilidad civil contractual se ha desatendido o, por el contrario, se ha dado la satisfacción prestacional.

Arbitral, aparecen las inscripciones correspondientes, o sea, que se alcanzó por el modo de la tradición la transferencia de la propiedad de dichos inmuebles.

De igual manera, en la escritura pública 1.167 se conviene que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - transfiere los derechos posesorios sobre los predios que igualmente se relacionan. Y como es obvio, la transferencia, que versa la escritura pública citada, de cuarenta y seis (46) predios, es la posesión, que como se sabe, no es un derecho sino un hecho con consecuencia en derecho. Por lo tanto, por haberse acordado los extremos de esta prestación, que gira alrededor de la relación de hecho sobre los bienes, no se puede exigir que se transfiriera el derecho de dominio, puesto que eso no fue lo convenido o estipulado.

Vale decir, con lo anterior, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - cumplió con la entrega jurídica del dominio de los bienes a los que estaba obligado a transferir, y la entrega material de todos los predios se hizo como consta en el acta de 26 de agosto de 1977, que ratifica la entrega del sistema de acueducto hecha el día 1º de octubre de 1976.

En ese orden de ideas, concluye el Tribunal que Por eso, en la escritura pública 1.167 se relacionan con sus linderos las doce franjas de terreno cuyo dominio y posesión se transfieren. De igual forma, en los certificados expedidos por la Oficina de Registro, que se hacen visibles en este proceso ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - cumplió con la entrega jurídica y material de los inmuebles a que se obligó en los términos estipulados en la escritura pública 1.167.

#### **1.2.2. De no cancelar el exceso de agua suministrada por la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION:**

En parte alguna de la escritura 1.167 está consignada, a manera de obligación, que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - debe cancelar un valor mayor en el evento que se suministre más agua. Tampoco forma parte de la naturaleza del contrato. Y si eso es así no se le puede endilgar desatención a un contratante de un deber jurídico al que no está obligado, como pretende la convocante, enrostrarle a su contraparte. Esto sería suficiente para denegar la declaratoria de incumplimiento alegado.

Sin embargo, el Tribunal considera que se deben hacer algunas otras precisiones que conducen, necesariamente, a rechazar este incumplimiento.

Por ejemplo, la empresa convocante alega la entrega de exceso de agua en un determinado período y, por ese concepto, busca que se condene al pago de esa demasía. Empero, se quedó en la simple afirmación, sin aportar prueba alguna que permita aceptar que, en verdad, hubo la entrega de metros cúbicos de agua por encima de la previsión contractual, y la falta de prueba impide un pronunciamiento favorable sobre el particular.

Por otro lado, si en este proceso se ha discutido la cantidad de agua entregada y, como se precisará más adelante, lo que está reconocido es que no hubo la entrega de todos los metros cúbicos

convenidos de agua cruda por la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION, mal puede, al mismo tiempo, sostenerse que la entrega superó, en exceso, lo acordado.

Y si lo que pretende la parte demandante principal es que se mire el pago del agua por el valor comercial que en el transcurso del tiempo, en su manera de apreciar, se iba incrementando y, por ende, se operaba el fenómeno del exceso de valor, es una consideración que el Tribunal no puede compartir por cuanto el extremo de la prestación a su cargo no era el precio del agua sino una cantidad determinada de la misma, al que se le fijó un valor, sin alterar el contenido prestacional.

Aduce la empresa convocante en su escrito de alegatos que las pretensiones por ella alegadas tienen su fundamento en el estudio jurídico económico del contrato, que no fuera objetado, ni tachado de falso "lo cual demuestra la firmeza de sus fundamentos y la veracidad de sus elementos probatorios, por consiguiente, ruego a ustedes señores árbitros, tenerlo como plena prueba al momento de producir el Laudo Arbitral, porque está demostrado dentro del proceso, lo planteado en él..." .

No puede aceptar el Tribunal, como lo pretende la parte convocante, que se tenga como prueba el estudio jurídico económico elaborado por una firma de abogados y aportado al proceso, porque, en verdad, éste no contiene demostración alguna de los hechos alegados como soporte de sus pretensiones. Es claro que un escrito-concepto no refleja nada distinto que una opinión de la persona que lo suscribe, si apenas se limita a formular consideraciones críticas de distintas índoless. Es decir, no contiene ningún medio probatorio de recibo y aceptación. No pasa de ser una simple apreciación que, por tanto, cae en el campo de la especulación. Que haya obrado en el proceso y no haya sido tachado ni objetado, en nada altera esta conclusión. Para que una prueba cumpla el propósito de convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados debe cumplir los supuestos demostrativos indispensables para su acogimiento. Un documento privado proveniente de un tercero para ser apreciado debe ser de naturaleza dispositiva, representativa o declarativa. Y el escrito traído al proceso no contiene acto de voluntad para contraer obligaciones, ni representa ningún hecho o cosa, ni declara sobre hechos que tenga conocimiento la persona que lo emite o escribe.

También rechaza el Tribunal la afirmación que lo planteado en el concepto está demostrado en este proceso arbitral, porque, como ya se expuso, la parte convocante no probó ninguno de los factores o hechos de incumplimiento que le ha endilgado a la convocada. Si los hechos hubieran sido demostrados por medios probatorios idóneos, innecesario sería acudir a una opinión para fundamentar las pretensiones y los hechos que le sirven de causa ***petendi***.

Por lo manifestado, el Tribunal concluye que las pretensiones de la convocante no están llamadas a prosperar.

## 2.. Pretensiones de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA –EN LIQUIDACIÓN:

### 2.1. De incumplimiento en la entrega del agua:

Por su parte, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA –EN LIQUIDACIÓN- formuló demanda de reconvención en la que solicita declaraciones y condenas en términos que luego reformó, alrededor del contrato contenido en la escritura pública 1.167, por el incumplimiento de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA –EN LIQUIDACIÓN-, como se transcribió en los antecedentes de este Laudo.

Básicamente, la demandante en reconvención hace consistir el incumplimiento del contrato en la no entrega por la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA –EN LIQUIDACIÓN- de 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda.

La infracción de un contrato por incumplimiento -inejecución total o parcial, defectuosa o tardía- impone a la parte que agravia o quebranta esa relación negocial la obligación de responder por su conducta y comportamiento, concretamente, por el daño que le cause al otro contratante. Por tanto, el incumplimiento legitima al acreedor para optar por la ejecución específica de la prestación debida o por el sustituto en dinero cuando no fuere posible lo anterior. O bien, aniquilar el contrato con la consiguiente declaración de volver las cosas al estado anterior a la celebración del mismo. La bilateralidad de una relación obligatoria permite la alternatividad de la pretensión en cualquiera de esas dos direcciones.

Precisamente, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - en la primera pretensión de la demanda de reconvención solicita: I. Se declare el incumplimiento del contrato contenido en la escritura pública 1.167, ratificado en la escritura pública 1564 y como consecuencia de ello demande la resolución de dicho contrato, con la orden de inscripción de dicha resolución en la oficina de registro en los folios correspondientes de los inmuebles permutados y la restitución de todos los bienes, levantar las inscripciones posteriores en especial los embargos practicados en los inmuebles –pretensiones principales segunda A y segunda B -; II. Como consecuencia de la declaración de incumplimiento del contrato se ordene a la demanda en reconvención el pago de 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda en la forma establecida en el contrato –pretensión primera subsidiaria a la pretensión segunda; III. Como consecuencia de la declaración de incumplimiento del contrato se condene el pago en dinero efectivo del valor correspondiente a 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda, liquidados mediante la actualización al momento de la expedición del laudo del precio de que trata el párrafo del artículo 1.05 del contrato–pretensión subsidiaria a la pretensión segunda.

Como pretensiones tercera, cuarta, y quinta, comunes a las anteriores, pidió ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION: los perjuicios sufridos; intereses moratorios a partir del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. sobre cantidades líquidas que se reconozcan; y al pago de las costas y gastos del proceso, así como a las agencias en derecho.

El Tribunal no duda de la existencia y validez del contrato que es materia de esta controversia arbitral. La EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACIÓN -, se convirtió, frente a las obligaciones reciprocas de las partes, deudora en la entrega de los metros cúbicos de agua cruda. Esto es, asumió la calidad de deudora de esta prestación y, por consiguiente, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACIÓN - adquirió la condición de acreedora de la misma. Esa relación deudor – acreedor significa, desde el punto de vista probatorio, que la afirmación hecha por la convocada de que la empresa convocante no ha entregado el agua en los términos convenidos, deba ser desvirtuada por ésta, con la prueba del cumplimiento de la prestación a su cargo o con la demostración de la existencia de una causa extraña, por contener la afirmación el carácter indefinido.

Y lo cierto es que la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION no buscó demostrar ninguno de esos factores o elementos. Todo lo contrario, reconoce ciertos hechos que permiten colegir que no cumplió con la obligación de entregar la totalidad del agua cruda.

Por esta circunstancia, el Tribunal encuentra que, ciertamente, la convocante incumplió el contrato contenido en la escritura pública 1.167 de 25 de agosto de 1975 de la Notaría Tercera de Cartagena, reformado y ratificado mediante la escritura pública 1.564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera de Cartagena.

Además, para concluir sobre el incumplimiento de la demanda en reconvenión, el Tribunal tiene en cuenta los siguientes supuestos probados en este proceso arbitral.

Sin lugar a dudas, la propia convocante reconoce que no hizo entrega de la totalidad del agua cruda convenida, sólo que argumenta circunstancias de exoneración de responsabilidad sin respaldo probatorio alguno. En el punto décimo-cuarto de los hechos de la demanda principal señala:

*"DECIMO CUARTO.- Al mes de diciembre de 1996, según cálculos de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA., había un saldo pendiente por entregar de 109,658.866 metros cúbicos de agua, asumiendo entonces por razón de convenios existentes la empresa ACUACAR la obligación de suministrar el agua restante del contrato.*

*Esto no es totalmente exacto. Razones:*

*Observamos que ALCO transfirió el dominio del acueducto desde agosto 25 de 1975 mediante la E.P. No. 1.167, otorgada ese mismo año en al (sic) Notaría Tercera de Cartagena. Sin embargo, solo hasta el 1º de octubre de 1976 hizo entrega material del mismo a las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES. Durante este lapso de tiempo continuó su explotación, con un promedio mensual de 1.110.000 metros cúbicos por cada mes, que multiplicados por los 13 meses transcurridos nos arroja un parcial de 13,430.000 metros cúbicos. (Este dato es aceptado por ambas partes).*

Habida cuenta de que no existen actas del periodo comprendido entre el 31 de agosto de 1990 y el 31 de diciembre de 1996, de acuerdo a los cálculos antes mencionado y por sustracción de materia se deduce que el consumo en dicho periodo fue de 26,465.248 metros cúbicos.

Efectuando las operaciones matemáticas correspondientes, vemos como la cifra real que conforme a lo establecido primigeniamente en el contrato faltaba por suministrar a fecha diciembre 96 era de 96,228.866 metros cúbicos aproximadamente.

Teniendo en cuenta el estimativo de suministro entre diciembre de 1996 hasta octubre de 1999, dicha cifra se veía reducida a 83.597.866, faltando por cuantificar el agua suministrada a partir de octubre de 1999 hasta los actuales momentos.

Posteriormente, al asumir la empresa ACUACAR la operación del sistema de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Cartagena, la medición del consumo cambió sustancialmente, a tal punto que de promedios mensuales de entre 500.000 y 900.000 metros cúbicos de agua, entendiendo este descenso como producto de la merma de actividades industriales de dicha empresa, habida cuenta de su proceso de liquidación.

A partir del mes de diciembre de 1996, el suministro de agua a ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION se suspendió unilateralmente por parte de dicha empresa, decisión tomada por ellos sin aprobación de parte de las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CARTAGENA.

Es por ello al no ser aceptada dicha suspensión por parte de Las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES este periodo de tiempo será objeto de una facturación de agua estimada con base en los topes máximos y mínimos de facturación mensual, que nos arroja la cifra de 371.500 metros cúbicos de agua por mes.

Eso nos da un total de 12,631.000 suministrados desde diciembre de 1996 hasta el mes de octubre de 1999, cuando ALCALIS DE COLOMBIA solicita se reanude el suministro la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION y pide así mismo se le certifique el volumen de agua pendiente por entregar.”

Parte, entonces, la empresa convocante por reconocer que, si bien ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - ha alegado que aquélla no hizo la entrega de los 109,658.866 metros cúbicos del agua cruda, en diferentes épocas suministró una cantidad de ese elemento que reduce a 83'597.866 metros cúbicos el agua cruda no suministrada, lo que haría suponer que sería deudora de esta cantidad de metros cúbicos de agua. Sin embargo, como ya se expuso y se reitera, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION - no demostró los hechos que invoca, o sea se quedó en la simple afirmación, lo que permite al Tribunal concluir que, por falta de prueba en contrario, el agua no entregada asciende a la cantidad que se demanda y, además, sirve para que se insista en el incumplimiento del contrato por parte de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA -EN LIQUIDACIÓN -.

Algo más, la propia convocante en el hecho décimo-tercero de la demanda, se refiere a varias actas que sirven finalmente para acreditar que hasta el 31 de agosto de 1990, se hizo entrega de 148'747.414 metros cúbicos de agua, con un saldo por entregar de 136'124.114 metros cúbicos de agua cruda. Es decir, existe un reconocimiento, para un determinado período, de una cantidad por entregar superior al que alega la parte convocada en este proceso arbitral. Empero, como ésta contrajo su pretensión a una suma inferior, concretamente a 109'658.866 metros cúbicos, es del caso aceptar que se hizo la entrega de la diferencia resultante.

Si la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION -incumplió el contrato referido, procedería, como una consecuencia directa, la declaratoria de resolución, para que las cosas volvieran al estado anterior al contrato. Sin embargo, el Tribunal estima que no es procedente hacer un pronunciamiento en este sentido sino ordenar, como se hará en la parte resolutiva de este Laudo, que se pague el valor en dinero de la cantidad de agua dejada de entregar por la demandada en reconvención, debidamente actualizado, acorde con la pretensión segunda subsidiaria a la pretensión segunda de la contra demanda.

Por ello, el Tribunal procede a formular las consideraciones que lo llevan a la condena compensatoria de dinero del agua no entregada, como daño causado por la conducta antijurídica de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACIÓN -.

En verdad, el incumplimiento de un contrato bilateral permite a la parte cumplida demandar el cumplimiento o la resolución y en ambos casos al pago de los perjuicios causados y probados dentro del proceso. En este caso, la declaratoria de resolución traería consecuencias que atentan contra el interés social y general de una comunidad que no podría contar con los elementos necesarios para el consumo normal de agua, como elemento de primera necesidad. Si Cartagena se abastece del sistema del acueducto objeto del contrato, y las cosas han de volver al estado anterior, las empresas que prestan el servicio de agua no podrían satisfacer plenamente los requerimientos de la población. Considera el Tribunal que la declaratoria de resolución, como fuera pedida, podría llegar a ser gravemente lesiva de los requerimientos de los actuales usuarios del servicio público de agua, concepto éste que emerge con todas las implicaciones y que no puede ser desatendido por el reconocimiento de otros intereses individuales, que aunque legítimos, son de inferior jerarquía a los colectivos y bien pueden ser satisfechos de otra manera, igualmente legal y en consonancia con lo pedido por el demandante en reconvención.

Por lo dicho, no puede el Tribunal acceder a las pretensiones que se encaminan a la resolución del contrato, ni a la que conduzca al pago de la cantidad de agua adeudada, por la imposibilidad sobreviniente en su cumplimiento. Por eso, la pretensión que permite el pago en dinero en efectivo del equivalente del agua cruda dejada de entregar es la que se abre paso en este proceso arbitral, a razón de \$0.55 el metro cúbico, debidamente actualizados. Claro está que esta decisión produce el efecto consecuencial de extinguir las obligaciones derivadas del contrato contenido en las escrituras públicas 1.167 y 1564.

## VII. LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

### 1.- Formuladas por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION:

Como medio de defensa contra las pretensiones de la convocante y como quedó reseñado en los antecedentes de este Laudo, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACIÓN - propuso las excepciones que denominó: 1. De prescripción de la acción; 2. De cosa Juzgada; 3. De Inexistencia de la obligación; 4. De inexistencia de la nulidad; 5. Cumplimiento de la obligación de transferencia del derecho de dominio surgida del contrato de permuta; 6. Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento.

Pues bien, en los términos explicitados atrás, el Tribunal considera que las pretensiones de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION - no se abren paso, esto es, se denegarán. Entonces, esta decisión lleva a que se prescinda del análisis de las excepciones formuladas contra la demanda principal.

### 2.- Formuladas por la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION:

Por su parte, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION - frente a las pretensiones presentadas en la demanda de reconvenCIÓN de la convocada propuso las siguientes excepciones de mérito: 1. Falta de legitimación en la causa por activa; 2. Caducidad; 3. Culpa exclusiva de Ácalis de Colombia Ltda., en liquidación; 4. Cumplimiento del contrato; 5. Inexistencia de la obligación.

Si bien es cierto, las excepciones propuestas tienen su propia identificación, considera el Tribunal, en atención a que anteriormente se ocupó por separado de varios puntos que guardan relación con los medios de defensa formulados por la convocante, que los puede despachar en bloque o conjuntamente, como se ocupa a continuación.

Ya expuso el Tribunal que el trámite de liquidación de cualquier empresa, no le arrebata la personalidad que la acompaña hasta cuando no se extinga plenamente y, por consiguiente, mantiene la capacidad suficiente para demandar y ser demandada. Por eso, no es dable la argumentación exceptiva de falta de legitimación activa de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION para demandar, como lo hizo en este proceso arbitral.

También la caducidad le mereció al Tribunal un especial análisis, con la conclusión de que esta figura, propia de los contratos administrativos, no era de recibo en este asunto arbitral.

Argumenta la empresa convocante que las partes contratantes estaban en "imposibilidad física y jurídica de continuar con el cumplimiento de las obligaciones, así, Alcalis en imposibilidad de recibir el pago pactado y las Empresas Publicas de Cartagena de pagar lo adeudado", por encontrarse ambas

disueltas y en estado de liquidación," por lo que estima que debió darse la terminación y liquidación del referido contrato a partir de la fecha en que se generó la causal de terminación por aplicación del artículo 17.4 de la ley 80 de 1993 "terminación unilateral".

Asimismo sostiene que ÁLCALIS DE COLOMBIA LTDA. -EN LIQUIDACIÓN - fue disuelta en marzo de 1993 cuando se ordena su liquidación, y debía contarse a partir de allí el plazo de cuatro (4) meses para la liquidación bilateral y de dos (2) meses para la liquidación unilateral, para luego contar el de caducidad de la acción desde septiembre de 1993. Igualmente que el proceso de disolución y liquidación de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION - se inició en marzo de 1994 al expedirse el Acuerdo No. 05 de 1994, y por ello también la acción estaba caducada cuando se dio inicio al pleito.

El artículo 17 numeral 4 de la ley 80 de 1993 dispone: "De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:.... 4º) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato."

Además de no darse las circunstancias que permitieran la aplicación de la terminación unilateral, esta no opera *ipso jure*, pues debe ser declarada en acto administrativo debidamente motivado, el cual no se expidió. Entonces, no es posible admitir que al surgir la supuesta obligación de liquidar el contrato, por razón de que aquellas empresas iniciaron su trámite de liquidación, se deban contar los términos para ello y, luego, el de caducidad de la acción desde aquel momento.

Del mismo modo, el Tribunal descartó la culpa que la convocante le enrostra a ÁLCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACIÓN - tanto por la carencia de fuerza sustancial la imputación como de prueba en particular sobre el hecho alegado. La declaratoria de liquidación no impide que se pueda exigir el cumplimiento o la resolución de un contrato. Además, si ÁLCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - no estaba en disposición, como parte acreedora, de recibir del deudor la prestación respectiva, ha debido demostrar esa circunstancia de la esencialidad de términos, propia de la relación acreedor-deudor, y el proceso carece de prueba sobre el particular.

El Tribunal encontró probada la responsabilidad de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACIÓN - por no haber cumplido con la obligación de entregar la totalidad de metros cúbicos de agua cruda, con la consecuencia de tener que indemnizar el daño causado. Entonces, la conclusión del incumplimiento se evidencia en esta actuación arbitral.

Como también quedó consignado, la obligación que la convocada considera incumplida es la que gira en torno de la entrega de los metros cúbicos de agua convenida. El Tribunal concluye que, en puridad, la demandante dejó de entregar, ante la conducta que asumió de negarse a ello sin fundamento legal alguno válido, 109.658.866 metros cúbicos de agua. De esta manera, afirmar que no existe la obligación es desconocer la realidad sustancial y procesal que cubre este asunto.

En el alegato de conclusión, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION esgrime el argumento, que tampoco comparte el Tribunal, encaminado a sostener la inexistencia de la obligación: el carácter *intuitu personae* del contrato de permuta que, a su manera de ver, impide que se cumpla la obligación de entregar el resto de agua cruda porque ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - al dejar de operar no la puede utilizar para el uso propio de la actividad empresarial.

No se puede admitir un medio exceptivo que se afina en simples elucubraciones, sin respaldo fáctico y jurídico alguno. La liquidación de ALCALIS DE COLOMBIA LTDA., por sí misma, no puede constituirse en un factor o componente de extinción de la obligación de entregar los metros cúbicos de agua cruda, tal como se convino en la escritura pública 1.167, reformada por la 1.564, tantas veces citadas en este Laudo.

El Tribunal acoge la pretensión segunda subsidiaria de la pretensión segunda de la reforma de la demanda de reconvenCIÓN, en la que la que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - solicita que por el incumplimiento del contrato, la convocante pague el valor correspondiente a 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda y así se ha de acceder. Entonces, el planteamiento que se formula en el alegato de que se está cobrando por encima de lo que realmente se pactó, o sea el precio comercial del metro cúbico de agua, carece, igualmente, de fundamento.

## **VIII. LA CONDENA Y LA ACTUALIZACION. LOS PERJUICIOS. LOS INTERESES:**

### **1.- La condena y la actualización:**

Concluyó el Tribunal, al estudiar las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN, que la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION es responsable por el incumplimiento del contrato contenido en la escritura 1.167 y reformado con la escritura 1.564, en cuanto suspendió la entrega del agua cruda sin causa justificada. Y esa desatención, como es obvio, produce la consecuencia de tener que pagar, la parte deudora, en dinero los metros cúbicos de agua cruda que ha dejado de entregar, a razón de \$0.55 el metro cúbico; esto en consonancia con el contrato y con lo expresamente pedido por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION.

Precisamente el perito, en el dictamen presentado, que no fue objetado, y de acuerdo con lo solicitado por la parte reconviniente, cuantifica, con apoyo en fórmulas que señala, el valor presente de \$0.55 desde 25 de agosto de 1975 hasta el 31 de agosto de 2002, lo que arroja como valor presente la cifra de \$ 98.21. Y enseguida, tomando esta cifra hace la valoración de los 109'658.866 metros cúbicos de agua con base en la actualización del valor de \$0.55, hace la correspondiente operación de multiplicar los metros cúbicos de agua adeudados por el valor del metro cúbico de agua actualizado, lo que arroja un total de diez mil quinientos cincuenta millones quinientos once mil ciento cinco pesos (\$10.550.511.105.00) al 31 de agosto de 2002.

Como quiera que este laudo se profiere el 3 de febrero de 2003, el Tribunal toma los mismos elementos y fórmulas del dictamen para ajustar el valor de los metros cúbicos de agua dejados de entregar a 31 de diciembre de 2002, por ser esta la fecha del último informe del IPC, certificado por el DANE, lo que equivale a la suma de doscientos dieciocho millones novecientos noventa y ocho mil setecientos trece pesos (\$ 218'998.713).

De esta manera, la condena al pago en dinero de los 109'658.866 metros cúbicos se hará, por consiguiente, por la suma de diez mil setecientos sesenta y nueve millones quinientos nueve mil ochocientos dieciocho pesos (\$10'769.509.818).

## **2.- Los perjuicios:**

En la pretensión tercera, común a la principal y a las subsidiarias, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - pide que se condene a la demandada en reconvención, como consecuencia del incumplimiento del contrato de permuta a resarcir los perjuicios sufridos, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, consistentes en la mora en el pago de la cantidad de 109'658.866 metros cúbicos de agua cruda a partir del momento en que se presentaron los hechos constitutivos del incumplimiento hasta el día en que efectivamente se resarzan los perjuicios, conforme la previsión del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

Fuera del daño que se reconoce en este Laudo del valor presente de los metros cúbicos de agua cruda no entregados por la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION y por el cual se le condena a su pago, la demandante en reconvención no acreditó ninguna otra clase de perjuicios, como estaba obligada y era de rigor procesal, por virtud de la afirmación formulada en esa dirección. Por eso, y al no estar demostrados en el proceso, el Tribunal no accederá a otro reconocimiento de perjuicios.

## **3.- Los intereses:**

**En cuanto a los intereses, ALCALIS DE COLOMBIA LTDA.-EN LIQUIDACION - en su contra demanda solicita que, sobre las cantidades líquidas que se reconozcan en el Laudo, se paguen los intereses moratorios a partir de la ejecutoria del mismo como lo prescribe el artículo 177 C.C.A.**

El Tribunal estima que procede el reconocimiento de los intereses moratorios pedidos a partir de la ejecutoria del laudo, pero solamente éstos, porque la pretensión, en derredor del rendimiento del capital, se contrajo a ese aspecto, en la pretensión cuarta de la demanda de reconvención, no obstante que en la pretensión tercera se refiere a los perjuicios en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, no probados, aun cuando se refiera, en la parte final, al numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993. Por eso, se prescinde de mayores comentarios sobre el particular.

## IX.- COSTAS

Como quedó consignado anteriormente, no prospera la pretensión principal de la demanda de reconvención propuesta por ALCALIS DE COLOMBIA LTDA -EN LIQUIDACIÓN- sino parcialmente la segunda subsidiaria a la pretensión segunda en lo que concierne con el pago en dinero de la cantidad de metros cúbicos de agua cruda que la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARTAGENA -EN LIQUIDACIÓN- dejó de entregarle, sin perjuicios, como se expuso precedentemente. De igual manera, se destaca el comportamiento de las partes, la lealtad con que procedieron y la manera sencilla como llevaron el debate. Todo lo anterior le sirve al Tribunal para abstenerse de condenar en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392-5 del Código de Procedimiento Civil y artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Teniendo en cuenta que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA -EN LIQUIDACIÓN- cubrió la totalidad de los gastos de funcionamiento de este Tribunal, la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA -EN LIQUIDACIÓN- deberá restituirle a aquella el cincuenta por ciento (50%) de lo sufragado por ser de su cargo, más los intereses de mora contabilizados desde la fecha en que la convocante efectuó el pago, conforme se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia.

## C. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales entre LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA -EN LIQUIDACION -, por una parte, y ALCALIS DE COLOMBIA LTDA -EN LIQUIDACION -, por la otra, de que da cuenta el presente proceso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**Primero:** Niéganse las pretensiones formuladas en la demanda principal por LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA -EN LIQUIDACIÓN.

**Segundo:** Declarase que la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA -EN LIQUIDACIÓN incumplió el contrato contenido en la escritura pública 1.167 de 25 de agosto de 1975 otorgada en la Notaría Tercera de Cartagena y reformado en la escritura pública 1.564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera de Cartagena. En consecuencia, prospera la pretensión primera de la demanda de reconvención.

**Tercero:** Condenase a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA – EN LIQUIDACIÓN– a pagar a ÁLCALIS DE COLOMBIA LTDA –EN LIQUIDACIÓN-, por el incumplimiento del contrato referido, la suma de DIEZ MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$10'769.509.818) MONEDA CORRIENTE. Esta suma incluye los conceptos de actualización, en los términos consignados en la parte motiva de esta providencia. Sobre este monto, la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA-EN LIQUIDACION deberá pagar a partir de la ejecutoria de este Laudo, los intereses de mora a la más alta tasa del mercado. Como consecuencia, se declara la extinción del contrato contenido en la Escritura Pública 1.167 de 25 de Agosto de 1975 de la Notaría Tercera Cartagena, reformado con la Escritura Pública 1.564 de 27 de junio de 1986 de la Notaría Primera de Cartagena. Por tanto, prosperan la pretensión segunda subsidiaria a la pretensión segunda y la pretensión cuarta de la demanda de reconvención.

**Cuarto:** No se condena a otros perjuicios por no haberse demostrado. En consecuencia, no prosperan las pretensiones segunda, primera subsidiaria a la pretensión segunda y tercera de la demanda de reconvención, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

**Quinto:** Sin costas por las razones expuestas en la parte motiva. Con todo, la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DISTRITALES DE CARTAGENA –EN LIQUIDACIÓN –deberá pagar, a título de restitución, a ÁLCALIS DE COLOMBIA LTDA –EN LIQUIDACIÓN -, la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$ 235'939.750.00) MONEDA CORRIENTE, por concepto del cincuenta por ciento (50%) de gastos de funcionamiento y honorarios de este proceso arbitral, más los intereses de mora causados sobre esa suma a partir del veintisiete (27) de junio de dos mil dos (2002) y hasta que se verifique el pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este Laudo. En consecuencia, no prospera la pretensión quinta de la demanda de reconvención.

**Sexto:** Expídanse copias auténticas del presente laudo a cada una de las partes y al representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de Ley.

**Séptimo:** Protocolícese por el Presidente de este Tribunal el expediente contentivo del Laudo en una de las Notarías del Círculo de Cartagena, efecto para el cual se previene a las partes sobre su obligación de cubrir por mitades lo que faltare, si la suma decretada y recibida para esos efectos resultare insuficiente.

Notifíquese y cúmplase.

Cartagena de Indias, D.T. y C. tres (3) de Febrero de dos mil tres (2003).

La anterior providencia quedó notificada en estrados

**OSE ALEJANDRO BONVENTO FERNANDEZ**  
residente

**DIEGO MORENO JARAMILLO**  
Arbitro

**VILSON TONCEL GAVIRIA**  
árbitro

**FERNANDO PABON SANTANDER**  
Secretario