

DA 00493891



2.471 / Octubre 20

F/ 34153.

FECHA: OCTUBRE VEINTE (20) DEL AÑO 2005.

ESCRITURA NUMERO: DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UNO - - - - - (# 2.471) - - - - -

NATURALEZA DEL ACTO: PROTOCOLIZACION DEL EXPEDIENTE CONTENTIVO DEL PROCESO ARBITRAL

DE: ACUANTIOQUIA S.A. E. S. P. - EN LIQUIDACION

CONTRA: CONHYDRA S.A. E. S. P.

Yuliet V.

En el Municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia, a los VEINTE - - - - - (- 20 -) días del mes de octubre del año dos mil cinco (2005), ante el DESPACHO DE LA NOTARÍA SÉPTIMA DEL CÍRCULO NOTARIAL DE MEDELLÍN, cuya Notaria Titular es la Doctora LUCIA MEJIA ZULUAGA, se presento el doctor JOSE ALFREDO TAMAYO JARAMILLO, mayor de edad, vecino de esta ciudad de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 70.548.468 - - - quien obra en este acto en su condición de Arbitro Presidente del referido Proceso Arbitral, y en tal calidad manifestó:

PRIMERO: Que presenta para su protocolización en esta Notaría EL EXPEDIENTE CONTENTIVO DEL PROCESO ARBITRAL promovido por la sociedad ACUANTIOQUIA S. A. E.S.P. - EN LIQUIDACION contra CONHYDRA S.A. E. S. P, el cual se compone de 202 folios.

SEGUNDO: En atención a lo solicitado por el compareciente, la Notaría lo insertó desde ahora en el protocolo de esta Notaría, en el lugar, con la fecha y bajo el número que le corresponda, para que forme parte de él, surta efectos legales y los interesados puedan en cualquier momento solicitar las copias que necesiten y tengan a bien.

Hasta aquí la minuta presentada por el Dr. Alvaro Francisco Gaviria.

Leída la presente escritura por el compareciente, la encuentra correcta, la aprueba y la firma con la Notaria que da fe.

Derechos Notariales \$ 35.060.00 Resolución No. 6810 de diciembre 27 de 2004.

IVA \$ 5.610.00 Ley 223 de 1995. La presente escritura se elaboró en las hojas de papel Notarial No. DA 00493891.

República de Colombia
LUCIA MEJIA ZULUAGA
Notaria Séptima
Círculo de Medellín

PASA

~~JOSE ALFREDO TAMAYO JARAMILLO~~

C.C. No.

~~70548468.~~

República de Colombia
LUCIA MEJIA ZULUAGA
Notaria Séptima
Círculo de Medellín

LUCIA MEJIA ZULUAGA

NOTARIA SÉPTIMA DE MEDELLÍN

NOTARIA SEPTIMA

1^a Es y fiel copia de la escritura N° 2471/05

01 INTERESADO

Se expide en hojas se destina para

21 OCTUBRE
Medellín, de 2005

República de Colombia
LUCIA MEJIA ZULUAGA
Notaria Séptima
Círculo de Medellín

LAUDO ARBITRAL

Medellín, primero (1º) de septiembre de dos mil cinco (2005)

En virtud de la providencia que a continuación se profiere, y que reviste el carácter de laudo arbitral, se dirime el litigio existente entre ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ANTIOQUIA S.A. -E.S.P. EN LIQUIDACIÓN (ACUANTIOQUIA E.S.P. - EN LIQUIDACION) y CONHYDRA S.A. - E.S.P., conflicto cuya resolución fue encomendada a la jurisdicción arbitral a través de compromiso celebrado por las personas jurídicas indicadas.

I. ANTECEDENTES

1. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

Con fecha 17 de enero de 2005, ACUANTIOQUIA E.S.P. - EN LIQUIDACION presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral que diera solución a la litis suscitada entre dicha persona jurídica pública y la sociedad de derecho privado que gira con la denominación de CONHYDRA S.A. - E.S.P., con motivo del "*CONTRATO PARA LA ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL MUNICIPIO DE SONSÓN...*", existente entre ambos sujetos de derecho.

En respaldo de su petición, la parte provocante invocó el contrato de compromiso celebrado por las referidas partes, contenido en documento suscrito el 30 de diciembre de 2004, en el cual se previó: el "Objeto" y la "Controversia a solucionar" (cláusulas primera y tercera); las "Reglas del arbitramento", relacionadas con la naturaleza del laudo, lugar de funcionamiento del tribunal, número y forma de nombramiento de árbitros, y plazo para fallar (cláusula tercera); y "gastos" procesales.

En la misma solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento se formuló la demanda.

2. ACTUACIÓN DEL CENTRO DE ARBITRAJE

En cumplimiento de lo acordado en reunión efectuada el 31 de enero de 2005 en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, y en armonía con lo pactado en el compromiso, las partes procedieron a agotar el trámite de designación de árbitros, habiendo quedado integrado el Tribunal, en últimas, por los abogados JOSE ALFREDO TAMAYO JARAMILLO, LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO y CARLOS ALBERTO VELASQUEZ RESTREPO, quienes dentro del término legal, aceptaron los cargos.

3. DILIGENCIAS ARBITRALES

El Tribunal se instaló en audiencia llevada a cabo el 3 de marzo de 2005, en la cual se designó como secretario al Abogado ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO, quien allí mismo se posesionó, y desde la instalación ha actuado como Agente del Ministerio Público la doctora

BERTA LUCIA SIERRA JIMENEZ, Procuradora Judicial 31, Delegada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En la audiencia de instalación del Tribunal, y ya en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, los árbitros inadmitieron la demanda, por adolecer de algunos defectos formales.

El 16 de marzo de 2005, los árbitros LUIS FERNANDO ALVAREZ y CARLOS ALBERTO VELASQUEZ presentaron renuncias de sus cargos, dimisiones que les fueron aceptadas por haberse encontrado justificadas las razones que las sustentaron, con lo cual quedó desintegrado el Tribunal Colegiado, pues únicamente subsistió con la investidura de árbitro el doctor JOSE ALFREDO TAMAYO JARAMILLO.

Las partes reconstituyeron el Tribunal nombrando como nuevos árbitros a los doctores JUAN LUIS MORENO QUIJANO y ALVARO BUSTAMENTE LEDESMA, quienes aceptaron las respectivas designaciones. El Arbitro TAMAYO JARAMILLO fue designado Presidente del Tribunal.

Por cumplimiento de los requisitos exigidos en la providencia de inadmisión de la demanda, el 21 de abril de 2005 se admitió ésta y se dispuso la notificación del auto admisorio a la sociedad convocada al arbitraje y el traslado del libelo y de sus anexos, por el término legal.

Mediante escrito arrimado en tiempo oportuno (mayo 5), la parte provocada dio contestación a la demanda y propuso excepciones de fondo, las cuales se pusieron en conocimiento de la actora, mediante el traslado pertinente.

En audiencia del 10 de mayo se regularon los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron consignados por ambas partes. Dicho depósito de dinero habilitó al Tribunal para continuar con el trámite procesal respectivo, y fue así como se citó a las partes a audiencia de conciliación.

Con fecha 8 de junio de 2005 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, oportunidad en la cual se dieron medidas de saneamiento provenientes de la voluntad de las partes, expresada por conducto de los representantes legales, presentes en la ocasión, a saber: determinación del 3 de septiembre de 2005 como plazo máximo para la duración del proceso arbitral y señalamiento de la misma fecha como término final para la emisión del laudo; y manifestación inequívoca de que los nombramientos de los tres árbitros actuantes son producto del acuerdo común de las personas jurídicas envueltas en el litigio.

La audiencia de conciliación fracasó ante las posiciones divergentes asumidas por las partes.

La primera audiencia de trámite se efectuó el 14 de junio de 2005. En ella se estudió la competencia del Tribunal para procesar el asunto sometido a su conocimiento, la cual se declaró positivamente. Es necesario hacer constar, como quedó precisado en las consideraciones propias para la asunción de competencia, que, por mérito de acto de cesión que obra en el plenario, CONHYDRA S.A. – E.S.P., la que aquí tiene la calidad de parte demandada, sustituyó al consorcio denominado CONHYDRA en la relación contractual inicialmente establecida con ACUANTIOQUIA E.S.P., "para la operación, administración y

mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Sonsón", contrato sobre el que versa la litis que hoy se desata.

Del mismo modo, en la primera audiencia de trámite se decretaron las pruebas pedidas por las partes, que fueron documentos que había aportado cada una con sus escritos de demanda y contestación.

El Tribunal oficiosamente ordenó que se recibieran los testimonios de los señores JORGE A. URIBE VELASQUEZ y RAFAEL E. MÁRQUEZ BERTEL, de los cuales se logró recaudar la declaración del primero.

Otros documentos relacionados con la ejecución del contrato, exigidos de oficio por los árbitros, llegaron con destino al expediente.

Documentación escrita y el testimonio aludido, constituyen el acervo probatorio en el que se fundamenta el presente laudo. Todo, dispuesto con sujeción a la ley y sometido a la plena contradicción de los contendientes.

Los apoderados procesales de las partes presentaron sus alegaciones ante el Tribunal en audiencia celebrada el 16 de agosto de 2005. La Señora Agente del Ministerio Público también planteó su concepto en torno al litigio.

Con fecha 23 de agosto de 2005, la parte convocada hizo presentación ante la Secretaría de un memorial contentivo de réplica o contra-argumentación a la posición expuesta por el Ministerio Público en la audiencia de alegatos, el cual no puede ser objeto de estudio por el Tribunal, ya que su introducción a esas alturas del trámite procesal no está consagrada en la ley. Por lo demás, de tenerse en cuenta, se vulnerarían los principios de igualdad y contradicción.

El Tribunal señaló fecha para la emisión del laudo el día 1º de septiembre de 2005, oportunidad en que se profiere.

II. DE LA DEMANDA Y LAS PRETENSIONES

1. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se narra en la demanda:

- Que mediante la resolución 032A de enero 26/96, ACUANTIOQUIA E.S.P. abrió a licitación pública la administración, mantenimiento y operación del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón (Ant.), habiendo sido acogida la propuesta presentada por el "consorcio Sagas-Hydra"(sic);
- Que el correspondiente contrato entre ACUANTIOQUIA y el consorcio en mención fue firmado el 18 de marzo de 1997;
- Que por medio de documento fechado el 5 de agosto de 1997, las partes contratantes modificaron varias cláusulas del contrato, entre ellas la tercera, referente a la duración de la

relación contractual; cláusula esta última que quedó con la siguiente redacción: "CLAUSULA TERCERA.- DURACIÓN: La duración del contrato que por este acuerdo se modifica será de siete (7) años y seis (6) meses contados a partir del 01 de julio de 1997, pudiendo ser prorrogado por períodos de cinco (5) años automáticamente, previo concepto favorable de la auditoría técnica. Se entiende como concepto favorable de la auditoría técnica, la revisión y aprobación del cumplimiento de los indicadores de gestión concertados entre las partes (Acuantoquia, Operador y Auditoría Técnica)".

- Que el "consorcio Sagas-Hydra (sic)" hizo cesión del contrato a la sociedad "Conhydra S.A. E.S.P.", según documento suscrito el 18 de septiembre de 1997, previa autorización de ACUANTIOQUIA;

- Que por escrito del 29 de noviembre de 2004, ACUANTIOQUIA manifestó al operador del sistema del acueducto y alcantarillado de Sonsón, esto es, a CONHYDRA S.A. E.S.P., que no tenía intención de renovar el contrato a partir de diciembre 31/04.

- Que CONHYDRA S.A. E.S.P. le contestó a ACUANTIOQUIA que su comunicación "carece de validez" por cuanto el contrato se encontraba prorrogado, ya que la prórroga es automática, según lo convenido en el documento del 5 de agosto de 1997, y que lo único que impide la misma es el incumplimiento de las obligaciones del operador, si así lo indica la auditoría técnica, lo que para el caso no ha acontecido.

- Que, en fin, ACUANTIOQUIA estima que le asiste el derecho a dar por terminado el contrato en la forma como procedió.

2. PETICIONES

La parte convocante deduce las siguientes pretensiones en contra de la sociedad demandada, que en su texto se traen, así:

"PRIMERA: Que se determine que el contenido de la cláusula tercera del contrato, conforme la modificación hecha de la misma por las partes, se comprende sin renunciar a la libertad de las partes para desistir del mismo, manifestado de la manera que señala la Ley y el contrato, su deseo de no continuar la relación contractual.

"SEGUNDA: Que se ha cumplido el plazo señalado por el contrato para la Operación, Mantenimiento y Operación (sic) del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón, ante su vencimiento y la no intención de prórroga manifestada por Acuantoquia.

"TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria anterior se declare terminado el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón. Y se señale el plazo para la entrega del mismo a la propietaria del sistema.

"CUARTA: Que se condene en costas a la demandada.

III. LA POSICIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA DEMANDADA

CONHYDRA S.A. - E.S.P. dio contestación a la demanda, admitiendo todos los hechos, salvo el octavo, sobre el cual dijo no constarle, por ser una afirmación subjetiva de la convocante, y porque era una "consideración jurídica".

En cuanto a las pretensiones, se opuso, ocupándose una por una de ellas; y además las resistió con proposición de dos excepciones que denominó como "*Falta de legitimación en la causa por activa*" y "*Alegación de la culpa propia*", las cuales desenvolvió in extenso.

IV. DEL LAUDO

El laudo se dicta dentro del término de vigencia del arbitramento y se profiere en derecho, atendiendo el querer expreso de las partes.

V. PRESUPUESTOS PROCESALES Y DE FALLO DE MÉRITO

Los presupuestos procesales, como competencia, capacidad y representación de las partes y demanda en forma, así como los que deben concurrir para una decisión de fondo (legitimación en la causa e interés para obrar) se encuentran presentes y configurados en este proceso, sin que se observe vicio de nulidad que pueda invalidar la actuación arbitral. Por ende, el laudo será de fondo o mérito.

VI. PARTE CONSIDERATIVA

Para resolver el presente litigio, el Tribunal se fundamenta en las siguientes razones y motivaciones:

1. EL CONTRATO CELEBRADO Y SU MODIFICACIÓN

ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ANTIOQUIA S.A., ACUANTIOQUIA E.S.P. celebró con el Consorcio CONHYDRA un "CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACION Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE SONSÓN", mediante documento suscrito en Medellín el 18 de marzo de 1997.

Según el supuesto contemplado en el literal b. de la "CLÁUSULA PRIMERA. CONSIDERACIONES GENERALES" del contrato, la entidad pública celebró dicho contrato como uno de los "contratos especiales" previstos por el Art. 39 de la Ley 142 de 1994 y específicamente por el numeral 39.3 de esa norma, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 39. CONTRATOS ESPECIALES. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

"...39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades

oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban".

Conforme al literal c. de la misma CLÁUSULA PRIMERA del contrato, “en cumplimiento del reglamento interno de contratación de ACUANTIOQUIA E.S.P. expedido por la Honorable Junta Directiva de la Empresa, mediante resolución No. 032 – A del 26 de enero de 1996, se adelantó el proceso de licitación pública bajo los parámetros de los artículos 5 y 7 de la resolución No. 3 y los procedimientos señalados por los artículos 12 y 13 del reglamento de contratación de ACUANTIOQUIA E.S.P.”, licitación que sirvió de base a la adjudicación del respectivo contrato al Consorcio CONHYDRA, que después lo cedió a la sociedad “CONHYDRA S.A. – E.S.P.”, empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios constituida por escritura pública No. 3.554 del 22 de julio de 1997 de la Notaría Veinte de Medellín, que tiene el carácter de parte demandada en este proceso.

En la “CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO” del contrato se indica que éste “tiene por objeto la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado que ACUANTIOQUIA E.S.P. posee en el municipio de SONSÓN, cuyas tareas encomienda en su nombre a quien en adelante actuará como Operador, en razón de haberle sido adjudicado el presente contrato”.

La duración del contrato celebrado fue prevista en la “CLÁUSULA TERCERA” del mismo, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA TERCERA. DURACIÓN:

“La duración del presente contrato será de quince (15) años contados a partir de la fecha de su firma pudiendo ser prorrogado por acuerdo previo y escrito entre las partes, por un período igual al inicialmente pactado, sin perjuicio de la ocurrencia de alguna de las causales de suspensión o terminación anticipada, evento en el cual interrumpirá o cesará su vigencia, según el caso.

“En caso de determinarse la no conveniencia de la continuidad del operador, el sistema podrá ser sacado de nuevo a licitación pública. En todo caso la vigencia del contrato se extenderá hasta la liquidación final”.

De esta cláusula se destacan dos elementos:

- A. El primero, la estipulación de una vigencia de quince (15) años contados a partir de su firma, es decir, desde el día 18 de marzo de 1997, duración que, en consecuencia, se extendería hasta el día 18 de marzo de 2012.
- B. El segundo, la previsión que contiene de la posibilidad de que las partes prorroguen dicha vigencia por un período igual al inicialmente pactado, mediante acuerdo previo celebrado por escrito.

A pesar de la fuerza vinculante que el contrato celebrado tenía para ambas partes, durante la vigencia acordada, éstas suscribieron un “ACUERDO MODIFICATORIO” del mismo, mediante documento del 5 de agosto de 1997, en el cual se sustituyen los textos de las cláusulas TERCERA (“DURACIÓN”) y CUARTA (“RETRIBUCIÓN DEL OPERADOR”), y se introducen

algunas modificaciones a las cláusulas QUINTA ("RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO"), SÉPTIMA ("OBLIGACIONES DEL OPERADOR") y DÉCIMA QUINTA ("TERMINACIÓN DEL CONTRATO").

De estas modificaciones sólo corresponde al Tribunal examinar la contenida en la CLÁUSULA TERCERA, que hace referencia al nuevo acuerdo al cual llegaron las partes sobre la duración del contrato, en los siguientes términos:

"CLÁUSULA TERCERA: DURACIÓN. *La duración del contrato que por este acuerdo se modifica será de siete (7) años y seis (6) meses contados a partir del 1 de julio de 1997, pudiendo ser prorrogado por períodos de cinco (5) años automáticamente, previo concepto favorable de la auditoría técnica. Se entiende como concepto favorable de la auditoría técnica, la revisión y aprobación del cumplimiento de los indicadores de gestión concertados entre las partes (Acuantequía, Operador y Auditoría Técnica)".*

2. LAS POSICIONES DE LAS PARTES FRENTE A LA VIGENCIA DEL CONTRATO

La controversia suscitada entre las partes, sometida a decisión del Tribunal de Arbitramento, hace referencia, justamente, a la interpretación que debe darse a la cláusula transcrita y a los efectos que la misma está llamada a producir. Al respecto, los elementos más relevantes de las posiciones planteadas por las partes pueden resumirse así:

- A. Mediante comunicación del 29 de noviembre de 2004, el Gerente – Liquidador de ACUANTIOQUIA E.S.P. manifestó al Gerente de CONHYDRA S.A. E.S.P., en relación con el contrato de operación del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón, que éste vencería el día 31 de diciembre de 2004 y que ACUANTIOQUIA le manifestaba expresamente, "dentro de los términos señalados en el contrato", que éste no sería renovado.
- B. En respuesta a esta comunicación, el Gerente de CONHYDRA S.A. – E.S.P. manifestó al Gerente – Liquidador de ACUANTIOQUIA E.S.P. que:
 - 1) Con base en la cláusula Tercera del contrato, modificada por acuerdo del 5 de agosto de 1997, "la prórroga del contrato por cinco (5) años es automática";
 - 2) Que "podría no prorrogarse, en caso que (sic) el concepto de la auditoría técnica de los indicadores de gestión no fuera favorable";
 - 3) Que "sin embargo, como Acuantequía no contrató la auditoría técnica, mal podría hacer responsable a Conhydrá de su omisión, estando claro que con la suscripción del otro(s) modificador(s) no se produjo por parte del Operador una condonación del dolo futuro";
 - 4) Y que "en consecuencia, CONHYDRA S.A. – E.S.P. considera prorrogado el contrato de operación para el sistema del Municipio de Sonsón, por cinco (5) años, que comenzarían a correr a partir del próximo 31 de diciembre de 2004".

C. En el "CONTRATO DE COMPROMISO" suscrito por las partes el 30 de diciembre de 2004, con base en el cual se encomendó al Tribunal de Arbitramento una decisión sobre las diferencias suscitadas entre las partes, éstas describen la "Controversia a solucionar" en la cláusula TERCERA de dicho contrato, así:

"El laudo arbitral declarará expresamente sobre si el contrato suscrito entre las partes se encuentra vencido o no, y en el caso que (sic) se determine que se encuentra vencido, el mismo Tribunal señale la entrega del sistema dentro del mes siguiente a la ejecutoria del laudo, como se expresa en el contrato suscrito entre las partes".

D. De conformidad con la posición ya planteada por ACUANTIOQUIA E.S.P., esta entidad solicitó al Tribunal, en la demanda:

- 1) "Que se determine que el contenido de la cláusula tercera del contrato, conforme a la modificación hecha de la misma por las partes, se comprende sin renunciar a la libertad de las partes para desistir del mismo, manifestado de la manera que señala la Ley y el contrato, su deseo de no continuar la relación contractual";
- 2) Que declare "que se ha cumplido el plazo señalado por el contrato para la Operación, Mantenimiento, y Operación, (sic), del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón, ante su vencimiento y la no intención de prórroga manifestada por Acuantoquia";
- 3) Y que "como consecuencia de la declaratoria anterior se declare terminado el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón", y "se señale el plazo para la entrega del mismo a la propietaria del sistema".

E. En su respuesta a la demanda, CONHYDRA S.A. – E.S.P. al oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la actora, fijó su posición sobre la interpretación y efectos de la nueva cláusula de duración del contrato acordada por las partes, en los siguientes términos:

- 1) Rechaza la afirmación de que el contrato haya terminado;
- 2) Afirma que ACUANTIOQUIA E.S.P. tiene el legítimo derecho de notificar la terminación del contrato cuando el plazo efectivamente se venza, lo cual no ha ocurrido, dado que las partes acordaron un plazo inicial de siete (7) años seis (06) meses, que se prorrogarían *"por períodos de cinco años automáticamente"* (resaltado), *"previo concepto favorable de la auditoría técnica"*;
- 3) Que *"como Acuantoquia omitió su obligación de contratar una auditoría técnica, no hay tal para afirmar el cumplimiento o no de los indicadores y, como ésta es una omisión de la convocante, mal puede alegar en su favor su propia culpa"*;

- 4) Que, de esta manera, "el contrato está vigente, ha operado la primera prórroga de cinco (5) años, que pueden ser mas, según lo pactado y, esta afirmación en modo alguno busca desconocer el legítimo derecho por parte del contratante de manifestar su interés en no continuar con la ejecución del negocio jurídico una vez vencido su plazo";
- 5) Que "habría razón para que no se prorrogara el mismo ante un incumplimiento grave de las obligaciones del operador, establecidas en la cláusula SÉPTIMA del contrato, debidamente acreditada y probada, o bien ante un concepto en firme por parte de la auditoría técnica en el cual se declare que el operador no cumple los indicadores de gestión "concertados entre las partes";
- 6) Y que "no estando acreditado ninguno de estos dos presupuestos, cada uno desde luego con entidad suficiente para una declaratoria de terminación del contrato, es claro que ésta no procede".

3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA MODIFICACION CONTRACTUAL Y MOTIVACIÓN DEL NUEVO ACUERDO CELEBRADO

La cláusula Tercera originalmente convenida en el contrato celebrado por las partes prevé una duración de quince (15) años contados a partir del 18 de marzo de 1997 y contempla la posibilidad de una prórroga por igual período, que podrían acordar las partes previamente, por escrito.

La nueva cláusula Tercera acordada mediante documento del 5 de agosto de 1997 prevé, en cambio, una duración inicial del contrato de siete (7) años y seis (6) meses contados desde el 1º de julio de 1997, "pudiendo ser prorrogado por períodos de cinco (5) años automáticamente, previo concepto favorable de la auditoría técnica", entendiéndose por tal "la revisión y aprobación del cumplimiento de los indicadores de gestión concertados entre las partes (Acuantoquia, Operador y Auditoría Técnica)".

El Tribunal encuentra que la cláusula Tercera original del contrato es bien clara, y que su contenido y alcance no ofrecen dudas. Y estima que, en cambio, los términos de la nueva cláusula Tercera estipulada no son claros, haciéndose necesario, en primer lugar, desentrañar la manera como parecen haberla entendido las partes, para determinar el sentido y los efectos que quisieron darle.

Para efectos de analizar el punto, resultan útiles las manifestaciones que las partes hicieron, respectivamente, en la demanda y su respuesta; los términos del "ACTA DE COMPROMISO DEFINITIVA CONTENTIVA DE ACUERDOS LOGRADOS ENTRE EL MUNICIPIO DE SONSON, ACUANTIOQUIA S.A. – E.S.P., EL CONSORCIO CONHYDRA Y MIEMBROS DE LA SOCIEDAD SONSONEÑA", suscrita el 27 de mayo de 1997; y algunos elementos probatorios que surgen de la declaración del testigo Jorge Alberto Uribe Velásquez, decretada por el Tribunal como prueba de oficio, y rendida en la audiencia que tuvo lugar el día 1º de agosto de 2005.

Con base en estos elementos, el Tribunal llega a una serie de conclusiones que enseguida se exponen:

- A. El Consorcio CONHYDRA contó con una duración inicial del contrato celebrado con ACUANTIOQUIA E.S.P. de quince (15) años, conforme a los términos originales del mismo, según fue adjudicado a ese Consorcio, previo el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el efecto, en el marco de una licitación pública.
- B. Sin embargo, el Consorcio optó por aceptar la reducción de esa vigencia inicial a la mitad, es decir, a siete (7) años y seis (6) meses, mediante la negociación de una nueva cláusula de vigencia del contrato, para resolver un conflicto social que se suscitó en el Municipio de Sonsón por la entrega de la operación del acueducto y el alcantarillado de éste a un Consorcio privado, y ante las posibilidades que le ofreció la nueva cláusula acordada de contar con la prórroga del contrato por períodos sucesivos de cinco (5) años, "automáticamente", "de acuerdo al cumplimiento de los índices de gestión" (numeral 2. del ACTA DE COMPROMISO DEFINITIVA contenida en los folios 111 a 114 del expediente).

Al respecto, explica lo siguiente el testigo Jorge Alberto Uribe Velásquez, Gerente del Consorcio Conhydra en la fecha del acuerdo celebrado para modificar el contrato:

"Cuando se inició este empalme que desde luego fue en el Municipio de Sonsón, se evidenció la inconformidad de la comunidad por el proceso que había adelantado la Gobernación de Antioquia. Se manifestaba su inconformidad en el argumento de que hacía más o menos 30 años la municipalidad le había entregado la infraestructura a ACUANTIOQUIA nueva, a cambio de una acciones en esta sociedad, pero argumentaban ellos que en estos 30 años ACUANTIOQUIA había llevado a una obsolescencia la infraestructura con la consecuente mala prestación de los servicios. Y que ahora simplemente aparecía diciendo que había efectuado la licitación y que le entregaba esto a la empresa privada. Que quién le garantizaba a la comunidad que este nuevo operador no iba a ser más malo que ACUANTIOQUIA. Se inició un proceso de negociación con la Gobernación encontrándose que la Gobernación informó mediante dos cartas al Alcalde y al Concejo que iba a ser (sic) la vinculación del operador especializado, más no concertó la medida con la comunidad, por lo cual la comunidad informó que hasta tanto no se hiciera una concertación efectiva, ello no permitirían la vinculación de ningún operador".

"Se inició el proceso de negociación de la comunidad liderada por el Alcalde Municipal, representantes del Concejo Municipal, Presidente (sic) de Juntas de Acción Comunal, la Iglesia, con representantes de la Gobernación liderados por el señor Gobernador del momento Dr. ALVARO URIBE VELEZ."

"Después de múltiples reuniones entre la comunidad y la Gobernación, invitaron a CONHYDRA a participar de las conversaciones en el entendido que CONHYDRA debía evaluar algunas de las exigencias de la comunidad porque le atañían directamente, concretamente en lo referente a modificar el plazo del contrato y algunos aspectos financieros, específicamente el monto de la retribución y la gestión de recursos para inversión. Luego de múltiples discusiones se acordó lo siguiente: 1. CONHYDRA aceptó modificar la cláusula del plazo en el sentido de que el primer plazo fuera de siete años y medio prorrogable automática y sucesivamente, siempre y cuando cumpliéramos con los indicadores de gestión establecidos por la ley y concertados entre las

partes. Se aceptó esta modificación para brindarle confianza a la comunidad de que el operador iba a hacer bien las cosas, y que por ende las prórrogas serían de trámite, entendiendo también que si no lo hacíamos bien el contrato no sería de siete años y medio sino hasta el día que no cumpliéramos, porque la comunidad nos obligaría a salir".

En relación con la exigencia del "previo concepto favorable de la auditoría técnica" para que operaran las prórrogas automáticas de cinco (5) años previstas en el contrato, el testigo manifestó lo siguiente:

"ACUANTIOQUIA le hace seguimiento a los contratos mediante un grupo de personas que se denomina auditoría financiera y contable y por la auditoría externa de gestión y resultados que es el mecanismo establecido por la ley 192 de 1994 para hacer el seguimiento periódico a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Nunca tuvimos conocimiento de la creación y funcionamiento de la auditoría técnica, y entre otras cosas nunca le preguntamos a ACUANTIOQUIA porque CONHYDRA entendía que los dos mecanismos previamente descritos ejercían la vigilancia y control de nuestra gestión, por ser éstos los establecidos por la ley".

Agregó el testigo que "estos mecanismos los imponía Acuantoquia"; que "se dieron en Sonsón y en todos los Municipios en que opera CONHYDRA"; que "en Sonsón con resultados normales y satisfactorios"; y que "de hecho en todo el período contractual no hubo una sola llamada de atención o alertas o requerimientos".

Más adelante, fue preguntado así el testigo:

"En ese acuerdo con la comunidad, se dio alguna explicación o hubo algún debate sobre el contenido de la palabra "automáticamente"?"

En respuesta a esta pregunta, dijo el testigo:

"Hubo un gran debate al respecto porque fue el centro de la discusión, donde la comunidad argumentaba que del operador prestar el servicio tan mal como lo prestaba Acuantoquia, 15 años sería un período insopportable para el desarrollo Municipal. CONHYDRA argumentaba que ya disponía de una relación contractual cuyas condiciones no impuso y cuyo plazo era fijado en 15 años, pero adicionalmente, argumentaba CONHYDRA, que este tipo de contratos se usa hacerlo en períodos mayores a 15, 20, o 30 años, ya que los primeros años eran prácticamente de pérdida operativa y solo en el largo plazo se obtenían los beneficios económicos planteados. La comunidad argumentaba que la causa de la inconformidad no era con CONHYDRA, sino con la Gobernación de Antioquia, y que ellos lo que querían era la buena prestación de un servicio. En conclusión, que si la empresa prestaba un buen servicio no tenían ningún problema en prorrogar automáticamente el contrato".

Luego, el testigo fue preguntado así:

"En lo que usted conoce, qué interpretación dieron quienes acordaron el acta de compromiso a la forma de operar la prórroga del contrato que se previó, de modo que esa prórroga se diera "automáticamente" y, a la vez, "previo concepto favorable de la auditoría técnica"?"

Pregunta a la cual contestó así el declarante:

"Para CONHYDRA esta cláusula significaba que cumpliendo los indicadores previstos por la ley el contrato se prorrogaba automáticamente sin mediar otro tipo de concepto".

Preguntado el testigo acerca de "si se tuvo conocimiento en el momento del acuerdo sobre la interpretación de esta cláusula por parte de ACUANTIOQUIA o de las demás personas que participaron en el compromiso celebrado", respondió:

"Considero que sí. Porque incluso el acuerdo fue suscrito con el aval del asesor jurídico de la Alcaldía de Sonsón y por el Gobernador de Antioquia ALVARO URIBE VELEZ, que no firmaba ningún documento sin el visto bueno de la Oficina Jurídica", a lo cual agregó el testigo que "la interpretación fue discutida, concertada y acordada por todas las partes".

C. El Tribunal estima que la declaración del testigo ofrece plena credibilidad, no sólo por el amplio conocimiento que éste demuestra sobre los hechos a los cuales se refiere, sino también por la coherencia interna de sus afirmaciones y la coincidencia de las mismas con los elementos que surgen del "ACTA DE COMPROMISO DEFINITIVA CONTENTIVA DE ACUERDOS LOGRADOS ENTRE EL MUNICIPIO DE SONSON, ACUANTIOQUIA S.A. – E.S.P., EL CONSORCIO CONHYDRA Y MIEMBROS DE LA SOCIEDAD SONSONEÑA", y con el contenido mismo de la nueva CLÁUSULA TERCERA del contrato, relativamente a la "DURACIÓN" del mismo, tal como fue modificada por las partes.

D. Con base en estos elementos de juicio, el Tribunal considera que las partes tuvieron la intención de dar a la mencionada CLÁUSULA TERCERA del contrato celebrado, tal como quedó modificada en el documento que suscribieron el 5 de agosto de 1997, el siguiente sentido y alcance:

- 1) Se convino una duración inicial del contrato de siete (7) años y seis (6) meses contados a partir del 1º de julio de 1997, según los claros términos del texto acordado, que en este punto no ofrece duda alguna, ni ha sido objeto de discusión entre las partes.
- 2) Se previó que el contrato podría ser prorrogado "por períodos de cinco (5) años automáticamente, previo concepto favorable de la auditoría técnica", y luego se explicó lo que se entendía por ese "concepto favorable".
- 3) Aunque parece un contrasentido hablar, por una parte, de la posibilidad de que el contrato se prorrogue "automáticamente", para exigir a renglón seguido como condición para que opere la prórroga que se produzca previamente un "concepto favorable de la auditoría técnica", de una interpretación armónica del texto, junto con los demás elementos probatorios aportados al proceso, ya mencionados, surge la siguiente interpretación del sentido y alcance de los términos de la cláusula:

En primer lugar, entendieron las partes que podían darse, no sólo una, sino varias prórrogas sucesivas del contrato, de cinco (5) años cada una de ellas, pues la cláusula habla de "períodos de cinco (5) años", en plural, y el "ACTA DE COMPROMISO DEFINITIVA..." que obra a folios 111 del expediente indica que los siete años y medio son "prorrogables sucesiva y automáticamente por cinco (5) años más".

En segundo lugar, es claro que las mencionadas prórrogas sólo podrían darse "previo concepto favorable de la auditoría técnica", es decir, con sujeción a una condición suspensiva cuyo contenido se explica en el texto, así:

"Se entiende como concepto favorable de la auditoría técnica, la revisión y aprobación del cumplimiento de los indicadores de gestión concertados entre las partes (Acuantoquia, Operador y Auditoría Técnica)".

4) En relación con esta condición, observa el Tribunal lo siguiente:

Aunque no es completamente claro si las partes entendieron que el cumplimiento de la misma implicaba la implementación de una Auditoría Técnica específicamente estructurada para el efecto, o si ella se pondría en operación mediante los mecanismos ordinarios de auditoría financiera y contable que suele tener ACUANTIOQUIA en relación con este tipo de contratos, y por medio de la Auditoría Externa de Gestión y Resultados prevista por la ley, (interpretación esta última que indica el testigo Jorge Alberto Uribe Velásquez en su declaración), lo cierto es que la condición prevista apuntaba, en esencia, al desarrollo de una buena gestión por parte del operador, constatada por una auditoría, entendida en una de las dos formas indicadas, **condición que en todo caso se reduce, en esencia, al cumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del operador**, en relación con los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón, cuya operación, administración y mantenimiento le fueron confiados en el contrato celebrado.

En estos términos, el significado y efectos que las partes quisieron dar a la expresión "*automáticamente*", al referirse a las prórrogas del contrato celebrado, en armonía con la condición estipulada, **se refieren al derecho que se quiso conceder a CONHYDRA de conservar la calidad de operador de los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón, mediante sucesivas prórrogas de cinco (5) años cada una, siempre y cuando cumpliera a cabalidad sus obligaciones contractuales**.

De esta interpretación, que el Tribunal estima ajustada a la intención de las partes, acreditada mediante los elementos probatorios aportados al proceso, se desprende que, finalmente, siempre y cuando CONHYDRA cumpliera sus obligaciones, tenía derecho a las sucesivas prórrogas del contrato, indefinidamente, sin que ACUANTIOQUIA pudiera dar por terminado dicho contrato, a menos que se produjera un incumplimiento de CONHYDRA, declarado por la Auditoría Técnica prevista en el contrato.

- E. Pues bien: si se tiene en cuenta este alcance de la cláusula acordada, sumado al hecho de que la continuidad en la prestación de los servicios públicos constituye un imperativo legal, la condición suspensiva prevista por las partes pasa a constituirse, realmente, en una condición resolutoria consistente en el incumplimiento de CONHYDRA, como evento que impediría la operación de las prórrogas automáticas

estipuladas, y pondría fin al contrato, resolviendo el derecho consagrado a favor de CONHYDRA de contar con tales prórrogas.

4. VALIDEZ DE LA NUEVA CLÁUSULA DE DURACIÓN DEL CONTRATO

Establecido el sentido y alcance que las partes dieron a la nueva CLÁUSULA TERCERA del contrato celebrado, relativa a la DURACIÓN del mismo; según lo ha entendido el Tribunal, es deber ineludible de los árbitros examinar cuidadosamente la validez de dicha cláusula, específicamente para concluir si ella se ajusta a las normas imperativas que rigen en materia de los contratos celebrados para la prestación de los servicios públicos, o si, por el contrario, lo estipulado por las partes en la cláusula entraña la violación de una de tales normas, caso en el cual procedería la declaración oficiosa de la nulidad absoluta de la estipulación contractual, por objeto ilícito, siempre y cuando tal nulidad aparezca de manifiesto en el contrato mismo.

Al respecto, el Tribunal está llamado a analizar la cláusula sobre la cual ha de recaer su decisión, a la luz de dos normas de carácter imperativo, cuyo alcance ha sido claramente establecido por la Corte Constitucional en sentencias aplicables al caso *sub judice*, análisis que se hace en los siguientes términos:

- A. En primer término, el inciso 2º del artículo 333 de la Constitución Nacional establece que "*la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*".
- B. A su vez, el numeral 2.6. del artículo 2º de la Ley 142 de 1994 establece, como uno de los "*PRINCIPIOS GENERALES*" que ha de regir la prestación de los servicios públicos domiciliarios, la "*libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante*".
- C. Finalmente, el artículo 30 de la misma ley dispone que "*las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios*".
- D. En la sentencia C-535 de 1997, la Corte Constitucional delimitó el alcance de la libre competencia en los siguientes términos:

"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados."

"La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundarán en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrará siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatisarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores. El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración".

E. En la sentencia C-350 de 1997, indicó la Corte Constitucional lo siguiente, al analizar la prórroga establecida para los contratos de concesión de servicios de televisión:

"En esta perspectiva, la pregunta que surge es si la prórroga prevista en el artículo 40 de la ley 14 de 1991, la cual algunos entienden "automática" en la medida en que obligaba al concedente, no así al concesionario, siempre y cuando que se cumplieran los presupuestos previstos en dicha norma, esto es que el concesionario obtuviera el 80% o más del total de puntos previstos en las condiciones generales establecidas para el efecto por la CNTV, impedía o restringía el acceso democrático al uso del espectro electromagnético, o la garantía de igualdad de oportunidades que el Estado debe ofrecer a "todos" los ciudadanos que aspiren a utilizarlo para realizar el derecho a fundar medios masivos de comunicación, que para ellos consagró el artículo 20 de la Constitución.

"Para la Corte, si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que "todos" los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegio a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo periodo de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta".

F. Finalmente, al declarar la Corte Constitucional la inexequibilidad del Art. 36 de la Ley 80 de 1993 en la sentencia C-0949 de 2001, expresó:

8. Examen material de las disposiciones impugnadas:

"Con el objeto de presentar de manera metodológica el estudio de la demanda de la referencia, se transcribirá el texto de cada norma demandada, el cargo formulado por el actor, el problema jurídico y, finalmente, las consideraciones y fundamentos jurídicos de la Corte Constitucional.

"....."12. Artículo 36. Prórroga automática de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones. Prórroga automática de los contratos de radiodifusión sonora

"Artículo 36. DE LA DURACION Y PRORROGA DE LA CONCESION. El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de diez (10) años, prorrogable automáticamente por un lapso igual. Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión.

"PARAGRAFO. Los contratos vigentes para la prestación del servicio de radio difusión sonora, quedan prorrogados automáticamente por el término para el cual fueron otorgados, siempre y cuando no exceda el lapso de diez (10) años.

"12.1 Cargos formulados

"Las prórrogas automáticas son inconstitucionales, porque con ellas se prescinde de la selección objetiva. Además, se viola la igualdad por cuanto no hay posibilidad para que otros contratistas hagan sus ofertas en mejores condiciones.

"12.2. Problema jurídico

"Corresponde establecer si la prórroga automática por 10 años en los contratos de concesión para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones se aviene a los dictados superiores o si por el contrario vulnera el derecho a la igualdad. Igualmente, debe establecerse si es inconstitucional la prórroga automática de los contratos de radiodifusión sonora que estaban vigentes en el momento en que entró a regir la Ley 80 de 1993.

"12.3. Consideraciones de la Corte

"Para analizar la validez constitucional de este precepto, conviene hacer las siguientes observaciones:

"La norma acusada señala que el término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones no podrá exceder de diez años, prorrogable automáticamente por un lapso igual; medida que en criterio de la Corte resulta a todas luces inconstitucional si se tiene en cuenta que el término de duración real de esta clase de contratos será de veinte años, con lo cual se limita injustificadamente la libre competencia de los oferentes y se vulnera el derecho constitucional de acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético, garantías que se encuentran consagradas en los artículos 333 y 75 de la Ley Fundamental, respectivamente.

"En efecto, aún cuando en materia de la contratación estatal el legislador está dotado de un amplio margen de configuración normativa, que en principio lo habilitaría para diseñar mecanismos que le permitan a las entidades estatales lograr la continuidad en la prestación de los servicios públicos -como el de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones-, no encuentra la Corte una justificación objetiva y razonable para restringir mediante la medida cuestionada el derecho a la libre competencia de los demás oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras para desarrollar este objeto contractual.

"Aún cuando es explicable el señalamiento de un término amplio de vigencia -diez (10) años- para los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones, porque la naturaleza del objeto contractual y el interés público subyacente así lo demandan, no parece razonable que con base en una justificación de esta índole se pretenda extender hasta por veinte años el término de duración de estos contratos apelando a la figura de la prórroga automática, toda vez que se produce un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales a la libre competencia (art. 333 de la C.P.) y de acceso al uso del espectro

electromagnético en igualdad de condiciones. A este respecto, repárese que en virtud de los dispuesto en el canon 75 de la Carta Política, el espectro electromagnético es un bien público, inenajenable e imprescriptible, sujeto a gestión y control del Estado, le impone a éste el deber de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso.

“...”

“...”

“Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos”.

“En este evento, lo razonable es que la prórroga deba hacerse por medio del acuerdo de voluntades entre la administración y el contratista antes del vencimiento del término inicialmente pactado y no como lo ordena el primer inciso del artículo 36 que se revisa, según el cual “dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión”, ya que por imperativo constitucional el obrar administrativo requiere de la colaboración voluntaria de los particulares contratistas por medio de un acuerdo creador de relaciones jurídicas (contrato). En efecto, no hay que olvidar que quien contrata con el Estado no es un contratista ordinario sino un colaborador que coopera en la consecución de objetivos públicos.

“En suma, siendo, pues, evidente que la prórroga automática de los contratos de concesión de actividades y servicios de telecomunicaciones constituye una limitación irrazonable del derecho a la libre competencia, porque obstaculiza la participación de otros oferentes que estén capacitados técnica y financieramente en la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, la Corte declarará la inexequibilidad de las expresiones “automáticamente”, “dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión”, del inciso primero del artículo 36 de la Ley 80 de 1993, y de todo el párrafo de ésta disposición legal”.

G. Los apartes transcritos describen la forma como la Corte Constitucional entiende el contenido y alcance del derecho a la libre competencia, y específicamente la sentencia C-0949 de 2001, declaró, con efectos *erga omnes*, la inexequibilidad de una norma relacionada con los contratos de telecomunicaciones, eliminando la posibilidad de pactar las prórrogas automáticas en ese tipo de contratos, dada la violación que ese pacto entraña de dos preceptos constitucionales: Uno, el Art. 333, que reconoce el derecho a la libre competencia; y otro, el Art. 75, conforme al cual “el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado”, y “se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley”.

H. Si bien es cierto que el segundo aspecto del análisis que hace la Corte sólo es aplicable a los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión sonora, es evidente que sus consideraciones en relación con la violación de la libre competencia que entrañan los acuerdos sobre prórrogas automáticas se imponen a todos los contratos relacionados

con la prestación de los servicios públicos y, en el caso *sub judice*, al contrato celebrado por las partes para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio de Sonsón.

- I. Lo anterior significa, sin lugar a dudas, que la nueva CLÁUSULA TERCERA sobre la DURACIÓN del contrato celebrado entre ACUANTIOQUIA E.S.P. y el Consorcio CONHYDRA, cedido luego por dicho Consorcio a CONHYDRA S.A. E.S.P., es violatoria del artículo 333 de la Constitución Nacional, así como del numeral 2.6. del artículo 2º de la Ley 142 de 1994 y del Art. 30 de la misma ley, normas imperativas que garantizan el principio de la libre competencia, que resultó vulnerado por el acuerdo que celebraron las partes.
- J. En efecto, resulta evidente que la cláusula acordada, en torno a la cual gira la decisión de este Tribunal, contempla la posibilidad de incurrir en una serie de sucesivas prórrogas automáticas del contrato celebrado por las partes, aún en el evento de llegar a sostenerse que de todas maneras la prórroga quedó ligada a una condición suspensiva, pues, como ya se ha indicado antes, esa condición se reduce, en esencia, al cumplimiento de las obligaciones del operador, y conduce, por lo tanto, a la posibilidad de mantener a perpetuidad un contrato de prestación de servicios públicos, sin que el ente estatal tenga la posibilidad de darlo por terminado, al menos que el operador lo incumpla.
- K. Estamos, pues, en presencia de una estipulación contractual que adolece de objeto ilícito, por violación de una norma imperativa de carácter constitucional y de las normas legales ya citadas; de un acto que, por lo tanto, está viciado de nulidad absoluta, conforme al Art. 1.741 del Código Civil; y de una nulidad que, sin duda, aparece "*de manifiesto en el acto o contrato*", pues su constatación no requiere de elementos externos al texto contractual mismo, sino que para establecerla basta la confrontación de dicho texto con las normas violadas, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia constitucional.
- L. Es claro que, en estas condiciones, la nulidad absoluta que afecta la cláusula acordada por ACUANTIOQUIA E.S.P. y CONHYDRA "puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte", en cumplimiento del Art. 1.742 del mismo estatuto.
- M. Ahora bien: es preciso analizar si la nulidad absoluta de la nueva estipulación contractual que reguló la duración del contrato afecta solamente el carácter automático que se dio a las prórrogas previstas por las partes, o si tal nulidad se extiende a la totalidad de la nueva "CLÁUSULA TERCERA: DURACIÓN". Veamos:

 - 1) Si se sostuviera que la nulidad sólo afectaría parcialmente la cláusula, dejándola sin efectos únicamente en cuanto en ella se estipuló que el contrato se prorrogaría "*automáticamente*", ello significaría que el pacto sobre la nueva vigencia inicial del contrato, de siete años y medio, subsistiría, así como también quedaría en pie la posibilidad de prorrogar dicho contrato, pero sólo por el mutuo acuerdo de las partes y, por supuesto, siempre y cuando exista

"previo concepto favorable de la auditoría técnica" para cualquier prórroga que se quiera convenir.

- 2) Esta nulidad parcial de la cláusula conduciría, simplemente, a decidir que el contrato celebrado por las partes terminó, en virtud de la decisión de ACUANTIOQUIA E.S.P. de no prorrogarlo, comunicada a CONHYDRA S.A. – E.S.P. mediante carta del 29 de noviembre de 2004.
- 3) A juicio del Tribunal, esta conclusión sería inadmisible, si se tiene en cuenta que el acuerdo celebrado por las partes para modificar la duración del contrato, fue, sin lugar a dudas, un pacto integral, acordado en términos indivisibles, como quiera que la causa esencial que condujo al Consorcio CONHYDRA a renunciar a siete años y medio de la vigencia inicial de un contrato válidamente celebrado con base en una licitación pública inobjetable, duración que constitúa un verdadero derecho adquirido para el operador, fue, sin lugar a dudas, la posibilidad de contar con una serie de prórrogas automáticas del contrato, basadas en el cabal cumplimiento de sus obligaciones, constatado en todo caso por una auditoría técnica que previeron las partes en su nuevo acuerdo.
- 4) En estos términos, una decisión que se limitara a declarar la nulidad parcial de la nueva CLÁUSULA TERCERA del contrato celebrado por las partes desconocería la causa del convenio modificatorio de dicha cláusula al cual ellas llegaron, y rompería por completo la equidad de la relación contractual, al dejar sin efectos la parte del convenio que resultaba favorable a CONHYDRA, consistente en la posibilidad de contar con sucesivas prórrogas automáticas del contrato; y dejar a la vez subsistente, con la plenitud de sus efectos, la parte del acuerdo que era desfavorable a CONHYDRA, consistente en la reducción de la vigencia contractual inicialmente pactada de quince (15) años a una duración de tan sólo siete (7) años y seis (6) meses, con la posibilidad de no contar con las prórrogas que justificaron su renuncia a un derecho adquirido, posibilidad que efectivamente se estaría materializando ante la decisión adoptada por ACUANTIOQUIA de abstenerse de prorrogar el contrato.
- 5) Este análisis del asunto impone una conclusión ineludible: la nulidad absoluta que el Tribunal está obligado a declarar debe extenderse a la totalidad de la nueva "CLÁUSULA TERCERA: DURACIÓN" del contrato celebrado por las partes, contenida en el documento suscrito por ellas el 5 de agosto de 1997.

N. De esta declaración de nulidad absoluta, que hará el Tribunal oficiosamente en la parte resolutiva el presente laudo, surge la consecuencia legal, propia de la nulidad, de restituir a las partes "*al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el acto o contrato nulo*", conforme al Art. 1.746 del Código Civil.

Así las cosas, es claro que las partes intentaron modificar la CLÁUSULA TERCERA del contrato que habían celebrado, para prever en términos distintos la duración de dicho

contrato, pero al derrumbarse el nuevo convenio que al respecto celebraron, por estar viciado de nulidad absoluta, recupera toda su vigencia y efectos el acuerdo original contenido en la "CLÁUSULA TERCERA. DURACIÓN" del "CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE SONSÓN", celebrado mediante documento suscrito entre ACUANTIOQUIA E.S.P. y el Consorcio CONHYDRA, consorcio que fue sustituido luego en la relación contractual por la sociedad CONHYDRA S.A. E.S.P., contrato que, en consecuencia, continúa vigente, pues su duración es la originalmente convenida de quince (15) años contados a partir de la fecha de la firma del mismo, ya indicada, según lo habrá de decidir el Tribunal en la parte resolutiva del presente laudo.

- O. La declaración de nulidad absoluta de la nueva CLÁUSULA TERCERA del contrato *sub judice* que proferirá el Tribunal hace impertinente cualquier análisis y pronunciamiento de los árbitros sobre las excepciones propuestas por la sociedad demandada.

VII. SOBRE COSTAS

Habida consideración de que la composición del presente litigio deviene en una declaración oficiosa de nulidad absoluta, por objeto ilícito, de la modificación introducida por las partes a la CLÁUSULA TERCERA del contrato de operación, administración y mantenimiento del acueducto y alcantarillado de Sonsón, circunstancia que implica, desde luego, desestimación de las aspiraciones de los aquí litigantes, es decir, de las pretensiones de la entidad convocante y de las excepciones de la sociedad convocada, el Tribunal aprecia como armónico con la equidad el abstenerse de pronunciar condena en costas contra alguna de las partes. De suerte que, no habiendo tal condenación, cada una de las partes asume a su cargo lo que sufragó por todo concepto (honorarios, gastos, etc.), con motivo de este proceso arbitral.

VIII. DECISIÓN

Por las razones expuestas, EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY;

RESUELVE:

1. Se declara de oficio la nulidad absoluta de la "CLÁUSULA TERCERA: DURACIÓN" convenida entre la sociedad ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ANTIOQUIA S.A., ACUANTIOQUIA E.S.P., y el Consorcio CONHYDRA, sustituido luego en la relación contractual por la sociedad CONHYDRA S.A. E.S.P., cláusula contenida en el documento suscrito por las partes el 5 de agosto de 1997, denominado "ACUERDO MODIFICATORIO DEL CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACION Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL MUNICIPIO DE SONSON".
2. Se declara que, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta contenida en el precedente numeral 1º, las partes quedan restituidas al mismo estado en que se

hallaban si no hubiera sido acordada la cláusula anulada, en virtud de lo cual subsiste, con todos sus efectos, la "CLÁUSULA TERCERA. DURACIÓN" contenida en el "CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE SONSÓN", celebrado por las partes mediante documento del 18 de marzo de 1997.

3. Se desestima la totalidad de las PRETENSIONES de la demanda y se declara que, como consecuencia de las decisiones contenidas en los anteriores numerales 1. y 2. de la parte resolutiva de este fallo, el "CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE SONSÓN" celebrado por las partes mediante documento del 18 de marzo de 1997 se encuentra vigente, con sujeción a los términos que regulan la duración de dicho contrato en la "CLÁUSULA TERCERA" originalmente convenida en el mismo.
4. No hay lugar a condena en costas.
5. Protocolícese el expediente en la Notaría Séptima de Medellín.
6. Expídanse copias auténticas del laudo a las partes y al Ministerio Público.

El presente Laudo Arbitral quedó notificado en estrados.

JOSE ALFREDO TAMAYO JARAMILLO
Arbitro Presidente

ALVARO BUSTAMANTE LEDESMA
Arbitro

JUAN LUIS MORENO QUIJANO
Arbitro

ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO
Secretario