

Tribunal de Arbitramento

Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos

v.

Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun y Carlos Jorge Silva Bernal

Diciembre 14 de 2004

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., diciembre 14 de 2004

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, parte convocante, y Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro – Cootransfun y Carlos Jorge Silva Bernal, partes convocadas, profiere el presente laudo arbitral, por el cual se pone fin al proceso objeto de controversia.

I. Cláusula compromisoria

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el “contrato de concesión para la administración, operación, mantenimiento de los cementerios y horno crematorio de propiedad del Distrito Capital” suscrito entre las partes el día 7 de julio de 1995, en el cual se pactó, en la cláusula XL, la cláusula compromisoria cuyo texto es el siguiente:

“Cláusula XL. Arbitramento: De conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas o mediante los instrumentos de solución de que trata la cláusula anterior, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros colombianos, salvo que las partes acuerden uno solo. Él o los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes y, a falta de acuerdo, el o los faltantes serán escogidos por la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal fallará en derecho y funcionará en la capital de la República”.

II. Síntesis del proceso

Tuvo el proceso, como es de rigor, dos fases: la pre-arbitral y la arbitral.

1. Fase pre-arbitral.

A. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 5 de diciembre de 2002, el Distrito Capital de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, un escrito que contenía la convocatoria arbitral que dio origen al proceso.

B. La demanda fue admitida mediante auto 2 del 5 de noviembre de 2003, proferido por el tribunal, tal como consta en el acta 2 (fls. 278 a 273 del cdno. ppal. 2), decisión que fue notificada a las partes convocadas.

C. El 19 de noviembre de 2003, estando dentro de la oportunidad legal y actuando mediante apoderado, las partes convocadas Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro - Cootransfun y Carlos Jorge Silva Bernal presentaron sus respectivas contestaciones de la demanda y formularon excepciones.

D. Mediante escrito presentado ante el tribunal el día 16 de enero de 2004, la parte convocante se pronunció respecto de las excepciones formuladas por las partes convocadas en sus respectivos escritos de contestación de demanda.

E. Al tenor de lo dispuesto en la cláusula compromisoria contenida en la cláusula XL del contrato 005 del 7 de julio de 1995, de “concesión para la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y horno

crematorio de propiedad del Distrito Capital”, el tribunal debía conformarse por tres árbitros nombrados de común acuerdo por las partes y, a falta de acuerdo, el o los faltantes serían escogidos por la Cámara de Comercio de Bogotá. Por lo tanto, el día 19 de febrero de 2003, se llevó a cabo la audiencia de nombramiento de árbitros a la cual solo asistieron los representantes de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos y del señor Carlos Jorge Silva Bernal. Ante la inasistencia de la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun, se hizo imposible lograr el mutuo acuerdo para el nombramiento de los árbitros. Por lo anterior, las partes presentes solicitaron que se diera cumplimiento a lo establecido en la cláusula compromisoria, es decir, que la cámara de comercio procediera a realizar la correspondiente designación.

F. En consecuencia, mediante sorteo público realizado el 25 de febrero de 2003 se designó como árbitros a los doctores Jaime Vidal Perdomo, Francisco Urrutia Montoya y Bernardo Ortiz Amaya y como suplentes numéricos a los doctores Julio Hernando Yepes Arcila, Jesús Vallejo Mejía y Humberto De La Calle Lombana. Los doctores Jaime Vidal Perdomo, Francisco Urrutia Montoya y Bernardo Ortiz Amaya, aceptaron su designación en la debida oportunidad.

G. En audiencia celebrada el día 30 de abril de 2003, fecha fijada para llevar a cabo la audiencia de instalación del tribunal y en presencia de todas las partes y del señor agente del Ministerio Público, los doctores Jaime Vidal Perdomo, Francisco Urrutia Montoya y Bernardo Ortiz Amaya, manifestaron que en torno a su designación y considerando que en su concepto no se había agotado la instancia de mutuo acuerdo entre las partes, como quiera que la parte convocada no había emitido pronunciamiento en materia de selección de los árbitros, precisaron que con ello acogieron el recurso interpuesto por el señor agente del Ministerio Público el 25 de febrero de 2003 en contra del nombramiento efectuado por la cámara de comercio. Se precisó entonces que la anterior circunstancia imposibilitaba la instalación del tribunal. Dichos argumentos fueron adicionalmente expuestos, mediante comunicación remitida al director del centro de arbitraje, en la que plantearon que “en su concepto no se dan las condiciones necesarias para actuar como árbitros en el trámite arbitral de la referencia, salvo que la Cooperativa del Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun, se manifieste expresamente en lo relativo a la selección de los árbitros, y que, de no haber acuerdo entre las partes en esta materia, estas confirmen la designación que mediante sorteo público realizó el centro de arbitraje en la audiencia celebrada el 25 de febrero del año en curso”.

H. En reunión celebrada el día 27 de junio de 2003 y en presencia de todas las partes y del señor agente del Ministerio Público, se llegó a la conclusión de que no existía posibilidad de lograr acuerdo para el nombramiento de los árbitros y se solicitó que se diera aplicación a la cláusula compromisoria, es decir, que fuera la Cámara de Comercio de Bogotá la que designara a los tres árbitros. Por lo anterior, mediante sorteo público realizado el 1º de julio de 2003 fueron designados los doctores Hernan Guillermo Aldana Duque, Emilio José Archila Peñalosa y Diego Younes Moreno y como suplentes numéricos a los doctores Jaime Vidal Perdomo, Martín Gustavo Ibarra Pardo y Sandra Morelli Rico. Los doctores Emilio José Archila Peñalosa y Hernán Guillermo Aldana Duque, aceptaron su designación en la debida oportunidad, en tanto que el doctor Diego Younes Moreno no aceptó, motivo por el cual se procedió a notificar al primer suplente numérico, doctor Jaime Vidal Perdomo quien en un principio aceptó su designación, pero mediante comunicación de agosto 25 de 2003, presentó renuncia a su cargo. Por tal motivo, el centro de arbitraje procedió a notificar al segundo suplente numérico, doctor Martín Gustavo Ibarra Pardo, quien aceptó su designación en la debida oportunidad.

I. El centro de arbitraje señaló como fecha para la audiencia de instalación del tribunal el 6 de octubre de 2003 a las 9:00 a.m. en la fecha y hora señaladas se llevó a cabo la audiencia de instalación a la cual asistieron los árbitros Emilio José Archila, Hernán Guillermo Aldana y Martín Gustavo Ibarra, así como los señores apoderados de las partes.

J. En dicha audiencia el tribunal nombró como presidente al doctor Emilio José Archila, quien aceptó y como secretaria a la doctora Camila de la Torre. Se fijaron los montos correspondientes a honorarios de los árbitros, de la secretaria, gastos de administración y protocolización, los cuales, dentro de las oportunidades legales, fueron consignados en su totalidad por la parte convocante.

K. Posteriormente, en audiencia celebrada el 5 de noviembre de 2003, se designó como secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, por cuanto la doctora Camila de la Torre, designada inicialmente, manifestó no poder

aceptar el nombramiento. La doctora Monroy aceptó la designación y tomó posesión ante el presidente del tribunal.

L. Previa citación de las partes y sus apoderados, al tenor de lo previsto en la Sentencia C-1038 de la Corte Constitucional de fecha diciembre de 2002, el 21 de enero de 2004, en la sede del centro de arbitraje y conciliación, el tribunal en pleno llevó a cabo la audiencia de conciliación propia de la etapa pre-arbitral, oportunidad en que quedó clara la imposibilidad de las partes de alcanzar un acuerdo.

2. Trámite arbitral.

A. La primera audiencia de trámite tuvo lugar en dos sesiones del tribunal, celebradas en los días 11 de febrero y 11 de marzo de 2004. En la primera, mediante auto 6, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias propuestas por las partes decisión que fue impugnada por las partes convocadas, pero confirmada por el tribunal mediante auto 7. En la segunda oportunidad, mediante auto 8 el tribunal decretó las pruebas del proceso.

B. El presente proceso se llevó a cabo en 21 audiencias, en las cuales se asumió competencia, y se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas y aquellas decretadas de oficio. Por último, las partes expusieron sus alegatos de conclusión.

C. Mediante auto 24 proferido el 21 de septiembre de 2004, el tribunal, en uso de la facultad prevista en el artículo 70, inciso cuarto de la Ley 80 de 1993, dispuso la ampliación del plazo del trámite arbitral, por el término de tres meses consagrado en dicha norma.

D. Mediante auto 26, proferido el 1º de diciembre de 2004, el tribunal citó a las partes para audiencia de fallo el día 14 de diciembre de 2004 a las 4:00 p.m., estando dentro del término legal para proferirlo.

3. Las partes, sus diferencias litigiosas y la necesidad de resolverlas mediante arbitraje.

A. Partes

Las partes en el presente trámite arbitral son las siguientes:

Convocante

a) El Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, entidad que comparece a través de la señora Luz Stella Cardoso Luna, gerente, según consta en el Decreto 1 del 1º de enero de 2001, quien además otorgó poder para la actuación judicial al doctor Oswaldo Giraldo López (fl. 28 del cdno. ppal. 1).

Convocadas

b) La Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun, entidad que comparece a este proceso a través del señor Carlos Julio Báez Tavera, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 30 a 32 del cuaderno principal 1, quien otorgó poder para la actuación judicial al doctor José Maximino Gómez González (fl. 124 del cdno. ppal. 1).

c) El señor Carlos Jorge Silva Bernal, quien comparece a este proceso en nombre propio, y otorgó poder para la actuación judicial al doctor Joselito Bautista Acosta (fl. 128 del cdno. ppal. 1).

Es sobre estas partes sobre quienes recaerán los efectos del presente laudo arbitral.

B. Causa petendi

A continuación se exponen los hechos que ha presentado la convocante, como soporte de sus pretensiones:

1. Hechos comunes.

1.1. “El día jueves 2 de marzo de 1995 la Alcaldía Mayor de Santafé Bogotá abrió la licitación pública 1 de 1995,

con el objeto de contratar por concesión la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y del horno crematorio de propiedad del Distrito Capital (cdno. de pbas. 1, pba. 1)”.

1.2. “El consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal presentó propuesta dentro de la licitación pública 1 de 1995, incluyendo dentro de la misma las condiciones técnicas y económicas en que realizaría las labores del contrato (cdno. de pbas. 1, pba. 2). La propuesta fue aclarada mediante escrito presentado el día 5 de junio de 1995, por el representante legal del consorcio (cdno. de pbas. 1, pba. 3)”.

1.3. “El Distrito Capital de Bogotá adjudicó el contrato de concesión para la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y horno crematorio de su propiedad al consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal, contrato que fue identificado con el número 005 y que se suscribió el día 07 de julio de 1995 (cdno. de pbas. 1, pba. 4)”.

1.4. “El contrato tuvo una duración de cinco (5) años y concluyó el día 7 de julio del año 2000”.

2. Hechos relacionados con el globo B del Cementerio Central.

2.1. “En relación con el globo B del Cementerio Central, los pliegos de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 habían previsto que las inhumaciones en el mismo se realizarían únicamente durante el primer año de vigencia del contrato, es decir, hasta el día 7 de julio de 1996, ya que sería destinado a otros usos por parte del distrito, después de los cinco (5) años de la concesión (cdno. de pbas. 1, pba. 1)”.

2.2. “Atendiendo lo establecido en el pliego de condiciones, el consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal elaboró su propuesta previendo ingresos por concepto de los servicios en el globo B del Cementerio Central acordes con inhumaciones por el término de un (1) año, contado desde la fecha en que el contrato comenzaría a regir, es decir, hasta el día 7 de julio de 1996 (cdno. de pbas. 1, pbas. 2 y 3)”.

2.3. “En idéntico sentido el reglamento de la concesión, aprobado mediante el Decreto 367 de julio 7 de 1995, previó la utilización del globo B del Cementerio Central por el término de un (1) año y permanencia en bóveda por cuatro (4) años, tal y como se había establecido en el pliego de condiciones y en la propuesta del consorcio (cdno. de pbas. 1, pba. 5)”.

2.4. “No obstante las previsiones contenidas en los pliegos de condiciones, la propuesta del consorcio y el reglamento de la concesión, el concesionario realizó inhumaciones en el globo B del Cementerio Central hasta el mes de marzo del año 2000, que le representaron cuantiosos ingresos sobre cuyos montos el concesionario no hizo reconocimiento alguno al distrito (cdno. de pbas. 1, pbas. 6, 7 y 8; cdno. de pbas. 2, pba. 2; cdno. de pbas. 3)”.

3. Hechos relacionados con el valor de la depreciación.

3.1. “Los pliegos de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 previeron que el concesionario debería girar al Distrito Capital, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación de cada mes, la provisión por depreciación de los bienes del distrito dados en concesión, adicionalmente a la participación pactada a favor del distrito como una suma mensual, o como un porcentaje de los recaudos, o como otra combinación pactada en el contrato (cdno. de pbas. 1, pba. 1)”.

3.2. “Acorde con esta previsión de los pliegos de condiciones, el consorcio en su propuesta y en el escrito de aclaraciones a la misma previó un pago al distrito, por concepto de depreciación, de treinta y un millones doscientos diecinueve mil novecientos cincuenta y cuatro pesos (\$ 31.219.954) anuales, dividido en cuotas mensuales de dos millones seiscientos un mil seiscientos sesenta y dos pesos con ochenta y tres centavos (\$ 2.601.662.83) (cdno. de pbas. 1, pbas. 2 y 3)”.

3.3. “No obstante la obligación que asumió el consorcio concesionario en su propuesta y en los demás documentos contractuales, acorde con lo previsto en el pliego de condiciones, se ha negado a pagarle al Distrito Capital el valor de la depreciación, no obstante los requerimientos que se le realizaron para ello (cdno. de pbas. 1, pbas. 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15), causándole al distrito grave perjuicio con su incumplimiento (cdno. de pbas. 1, pba. 8; cdno. de pbas. 2, pbas. 2 y 3; cdno. de pbas. 3)”.

4. Hechos relacionados con los cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes.

4.1. “El pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 estableció la remuneración del concesionario con cargo a las tarifas que fija el Alcalde Mayor del Distrito Capital (cdno. de pbas. 1, pba. 1)”.

4.2. “Atendiendo lo establecido en el pliego de condiciones, el consorcio concesionario previó en su propuesta un cobro anual a los usuarios del servicio por concepto de aseo y mantenimiento de las áreas comunes (cdno. de pbas. 1, pbas. 2 y 3)”.

4.3. “El reglamento de la concesión, por su parte, prohibió expresamente al concesionario cobrar los servicios a precios diferentes a los autorizados por el distrito (cdno. de pbas. 1, pba. 5)”.

4.4. “Con sujeción a lo previsto en los documentos del contrato, el Alcalde Mayor de Bogotá expidió los actos administrativos que fijaron los valores para los servicios que se prestaban en los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito durante el término de la concesión, con pagos anuales por concepto del servicio de aseo y mantenimiento de las áreas comunes (cdno. de pbas. 1, pbas. 16, 17, 18, 19, 20 y 21)”.

4.5. “No obstante lo establecido en los documentos que regían el contrato de concesión, el concesionario cobró a los usuarios de sus servicios de aseo y mantenimiento de las áreas comunes por anticipado, en el momento de la inhumación, lucrándose indebidamente en desarrollo del contrato (cdno. de pbas. 1, pba. 8; cdno. de pbas. 2, pbas. 1, 2 y 3; cdno. de pbas. 3)”.

5. Hechos relacionados con los cobros no autorizados.

5.1. “El pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 estableció la remuneración del concesionario con cargo a las tarifas que fija el Alcalde Mayor del Distrito Capital (cdno. de pbas. 1, pba. 1)”.

5.2. “Atendiendo lo establecido en el pliego de condiciones, el consorcio concesionario previó en su propuesta los ingresos que percibiría por concepto de los servicios (cdno. de pbas. 1, pbas. 2 y 3)”.

5.3. “El reglamento de la concesión, por su parte, prohibió expresamente al concesionario cobrar por concepto de servicios no autorizados o a precios diferentes o superiores a los autorizados por el distrito (cdno. de pbas. 1, pba. 5)”.

5.4. “Con sujeción a lo previsto en los documentos del contrato, el Alcalde Mayor de Bogotá expidió los actos administrativos que fijaron los rubros y valores para los servicios que se prestaban en los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito durante el término de la concesión (cdno. de pbas. 1, pbas. 16, 17, 18, 19, 20 y 21)”.

5.5. “No obstante lo establecido en los documentos que regían el contrato de concesión, el concesionario cobró a los usuarios de sus servicios por conceptos que no se incluían en los actos administrativos de tarifas, tales como limpieza de mausoleos, colocación de lápidas y utilización de baños públicos, así como valores superiores a los autorizados, entre otros, por concepto de bóvedas pequeñas y osarios, lucrándose indebidamente en desarrollo del contrato (cdno. de pbas. 1, pba. 8; cdno. de pbas. 2, pbas. 1, 2 y 3; cdno. de pbas. 3)”.

6. Hechos relacionados con la falta de entrega de inventarios de bóvedas y otros elementos.

6.1. “El pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 y el contrato de concesión que suscribieron el Distrito Capital de Bogotá y el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal para la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito en el mes de julio de 1995 previeron la obligación del concesionario de “efectuar el inventario de las bóvedas y mausoleos particulares, ubicación de los propietarios y consecución de las respectivas escrituras, y dirección de los propietarios” (cdno. de pbas. 1, pbas. 1 y 4)”.

6.2. “No obstante la obligación adquirida, el concesionario nunca hizo entrega de los inventarios respectivos, causándole con su incumplimiento contractual perjuicios al distrito (cdno. de pbas. 1, pbas. 22 y 23)”.

7. Hechos relacionados con el pago de los servicios públicos domiciliarios.

7.1. “El pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 y el contrato de concesión que suscribieron el Distrito Capital de Bogotá y el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal para la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito en el mes de julio de 1995 previeron la obligación del concesionario de “cancelar oportunamente el valor de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y teléfonos de los cementerios y horno crematorio (...)" (cdno. de pbas. 1, pbas. 1 y 4)”.

7.2. “No obstante la obligación que el concesionario había adquirido, se abstuvo de cancelar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, causándole perjuicios al distrito (cdno. de pbas. 1, pbas. 24, 25 y 26; cdno. de pbas. 2, pba. 3)”.

C. Pronunciamientos de las partes convocadas

La parte convocada, Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, aceptó algunos hechos como ciertos, otros como parcialmente ciertos, rechazó los restantes y formuló excepciones de mérito.

Por su parte, el convocado Carlos Jorge Silva Bernal, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos como ciertos, otros los aceptó parcialmente y los restantes los negó.

D. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes

El ejercicio del derecho de acción y de réplica se ha presentado así:

a) Pretensiones de la parte convocante.

Con apoyo en su relato de los hechos, en su escrito de demanda, la parte convocante solicita al tribunal que decrete lo siguiente:

“1. Que el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, ya que se lucraron indebidamente como consecuencia de la utilización del globo B del Cementerio Central por un tiempo mayor al establecido en los documentos del contrato de concesión 5 de julio 7 de 1995.

2. Que el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por cuanto no pagaron al Distrito Capital, durante la ejecución del contrato 5 de julio 7 de 1995, el valor de la depreciación de bienes, de conformidad con lo establecido en los documentos contractuales.

3. Que el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, porque en desarrollo del contrato 5 de julio 7 de 1995 realizaron cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes que no estaban permitidos en los documentos contractuales, lucrándose indebidamente con los mismos.

4. Que el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por cuanto en desarrollo del contrato 5 de

julio 7 de 1995 realizaron cobros no autorizados en los documentos de tarifas de servicios.

5. Que el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por cuanto, en desarrollo del contrato 5 de julio 7 de 1995, no entregaron el inventario físico de bóvedas y otros elementos, como era su obligación contractual.

6. Que el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, porque en desarrollo del contrato de concesión 5 de julio 7 de 1995 se abstuvieron de cancelar los servicios de acueducto y alcantarillado en los cementerios del distrito entregados en concesión.

7. Que como consecuencia de las responsabilidades solidarias indicadas, el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes, la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, deben reconocer y pagar al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, en moneda de curso legal en Colombia, las sumas que se indican a continuación, o las mayores que se acrediten dentro del proceso:

- “i) Por la utilización del globo B del Cementerio Central por un tiempo mayor al establecido en los documentos del contrato de concesión 5 de julio 7 de 1995, la suma de un mil doscientos veintinueve millones ochocientos noventa y dos mil trescientos ochenta y siete pesos (\$ 1.229.892.387), o la mayor que se acredite dentro del proceso, debidamente actualizada desde las fechas en que se produjo el lucro para los convocados y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo, conjuntamente con sus intereses y demás rendimientos.
- ii) Por concepto del valor de la depreciación de los bienes que no fue cancelado por el consorcio al Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, la suma de ciento ochenta y siete millones trescientos diecinueve mil setecientos treinta y seis pesos (\$ 156.099.780) (sic) o la mayor que se acredite dentro del proceso, junto con su actualización, los intereses de mora y demás rendimientos que correspondan desde la fecha en que se debía realizar cada pago hasta la fecha en que se produzca el laudo respectivo.
- iii) Por concepto de los cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes que no estaban permitidos en los documentos contractuales, la suma de ciento cinco millones veintitrés mil doscientos sesenta y dos pesos (\$ 105.023.262), o la mayor que se acredite dentro del proceso, junto con su actualización, intereses y demás rendimientos producidos desde la fecha en que se realizaron los cobros y hasta la fecha en que se produzca el laudo.
- iv) Por concepto de los cobros no autorizados en las tarifas de los servicios, la suma de cincuenta y nueve millones ochocientos treinta y cinco mil novecientos cincuenta y cinco pesos (\$ 59.835.955), o la mayor que se acredite dentro del proceso, junto con su actualización, intereses y demás rendimientos producidos desde la fecha en que se realizaron los cobros y hasta la fecha en que se produzca el laudo respectivo.
- v) Por concepto del inventario físico de bóvedas y otros elementos que no le fueron entregados al Distrito Capital de Bogotá por parte de los convocados, el valor del mismo, calculado dentro del proceso, conjuntamente con los demás perjuicios que se hayan causado como consecuencia de la omisión respectiva y que aparezcan acreditados dentro del proceso.

- vi) Por concepto de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado que los convocados dejaron de pagar en la ejecución del contrato 5 de 1995, la suma de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$ 70.043.364), o la mayor que resulte acreditada dentro del proceso, junto con los intereses y demás rendimientos que se produzcan desde la fecha en que se haya consolidado la deuda y hasta la fecha en que se produzca el laudo

respectivo”.

8. Que al laudo respectivo se le deberá dar cumplimiento por los convocados en la fecha en que quede ejecutoriado.

9. Que una vez ejecutoriado el laudo, las sumas establecidas en el mismo a favor de la convocante y con cargo a los convocados devengarán los intereses de mora permitidos por la legislación nacional, a la tasa que certifique la (*) Superintendencia Bancaria o el organismo que haga sus veces, desde la fecha de ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se produzcan los pagos respectivos.

10. Que los convocados deberán pagar las costas y agencias en derecho generadas como consecuencia del presente proceso”.

b) Contestación y excepciones de la parte convocada Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro “Cootransfun”.

Frente a las pretensiones, la parte convocada, Cootransfun, se pronunció formulando las siguientes excepciones que denominó de mérito:

1. Falta de competencia de la jurisdicción arbitral para decidir las pretensiones de la demanda.

1.1. Por cosa juzgada.

1.2. Por la existencia de otros procesos que versan sobre las mismas pretensiones.

2. Pleito pendiente.

3. Excepción genérica.

Al pronunciarse sobre los hechos expresó que respecto de la pretensión relacionada con el “globo B” del Cementerio Central de Bogotá, la controversia ya fue objeto de pronunciamiento en el laudo de fecha 5 de julio de 2000 proferido por los árbitros Gilberto Peña Castrillón, Patricia Mier Barrios y Saúl Florez Enciso. Argumenta que en consecuencia sobre el particular ha operado el fenómeno de cosa juzgada, en los términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo considera que en virtud de la existencia del citado laudo arbitral, el tribunal carece de competencia para dirimir las diferencias que le han sido sometidas.

En lo que tiene que ver con la depreciación, planteó que esta ya fue pagada en su integridad por el concesionario al Distrito Capital, hecho que afirma, quedó evidenciado en el laudo mencionado.

Al hacer alusión a los cobros de aseo y mantenimiento de áreas comunes, reiteró que el tema fue definido en el laudo proferido el 5 de julio de 2002. En materia de cobros de servicios no autorizados, tales como limpieza de mausoleos, colocación de lápidas uso de baños públicos, si bien plantea que los mismos no se encontraban previstos en la relación contractual, no era obligación del concesionario prestarlos sin costo alguno.

En cuanto a la falta de entrega de inventarios de bóvedas y otros elementos, acepta que el concesionario no cumplió con la obligación pero expone que la misma era imposible de cumplir, y agrega que el tema es objeto de controversia en el proceso que cursa en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Manifiesta que el tema se encuentra contenido en un acto administrativo, lo que le impide a la justicia arbitral pronunciarse sobre el particular.

Por último, al referirse al pago de servicios públicos domiciliarios, afirma que el tema fue ya decidido en el laudo arbitral mencionado, por lo que se trata de un tema que ya fue juzgado.

c) Contestación y excepciones de la parte convocada señor Carlos Jorge Silva Bernal.

Frente a las pretensiones, la parte convocada, Carlos Jorge Silva Bernal, se pronunció formulando las siguientes excepciones de mérito:

1. Falta de competencia de la jurisdicción arbitral para decidir las pretensiones de la demanda.
 - 1.1. Por cosa juzgada.
 - 1.2. Pleito pendiente.
2. Excepción genérica.

Adicionalmente, al igual que la parte convocada Cootransfun, planteó la falta de competencia del tribunal en virtud de la decisión adoptada mediante el laudo de fecha julio 5 de 2002 proferido dentro del tribunal arbitral convocado por la Cooperativa del Trabajo Asociado, Cootransfun y Carlos Jorge Silva Bernal contra el Distrito Capital-Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos. Al referirse en particular a los hechos relacionados con el “globo B” del Cementerio Central, con la depreciación, los cobros anticipados de aseo y mantenimiento, con los cobros no autorizados y el pago de servicios públicos domiciliarios expuso los mismos argumentos que la parte convocada Cootransfun.

4. Pruebas practicadas.

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones y excepciones, las partes aportaron varios documentos, solicitaron la recepción de testimonios, la práctica de una inspección judicial y de un dictamen pericial. Por su parte el tribunal, de oficio, decretó algunas pruebas adicionales. Todas ellas obran en el expediente y fueron aportadas en los términos de las solicitudes formuladas por las partes y en atención a la disposición oficiosa del tribunal.

Según consta en el acta 7, que obra a folios 158 a 171 del cuaderno principal 1 del expediente, en audiencia que tuvo lugar el 3 de mayo de 2004, el tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron en la forma que se explica a continuación.

A. Testimonios.

El día 15 de marzo de 2004 se recibieron los testimonios de los señores Carlos Germán Caicedo Espinel y Hernando Villalba Ortiz. La correspondiente transcripción obra a folios 2463 a 2488 del cuaderno de pruebas 8.

El día 31 de marzo se recibieron los testimonios de los señores José Hugo Aldana Gallego, Javier Ernesto Gutiérrez Oviedo y Clara Amparo Parra Pérez. La correspondiente transcripción obra a folios 2534 a 2543, 2589 a 2599 y 2614 a 2618 del cuaderno de pruebas 8.

El día 12 de abril de 2004 se recibió el testimonio del señor Hernán Darío Ortega. La correspondiente transcripción obra a folios 2600 a 2613 del cuaderno de pruebas 8.

La prueba solicitada por el señor apoderado de la parte convocante respecto de la solicitud de que los testigos Carlos Germán Caicedo y Hernando Villalba Ortiz realizaran un reconocimiento de documentos fue desistida, al igual que el testimonio del señor Carlos Parra Ferro.

B. Documentales.

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos enunciados en el acápite de pruebas documentales del escrito de demanda, aquellas enunciadas en las contestaciones de la demanda y los documentos aportados por algunos de los testigos, así como los allegados con motivo de la inspección judicial decretada.

C. Inspección judicial.

El tribunal realizó una inspección judicial a la firma Interproyectos Limitada, interventora del contrato que motivó la convocatoria del tribunal, en desarrollo de la cual se revisaron diversos documentos relacionados con la ejecución del contrato. De dichos documentos, algunos fueron anexados al expediente por solicitud de la parte convocante.

Respecto de la inspección judicial al expediente conformado dentro del proceso arbitral que en relación con el contrato de concesión 5 de 1995 adelantó el consorcio Cootransfun –Carlos J. Silva Bernal contra el Distrito Capital de Bogotá-Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos ante el tribunal conformado por los doctores Gilberto Peña, Patricia Mier y Saúl Flórez, el solicitante desistió de la misma petición que fue aceptada por el tribunal.

D. Dictamen pericial.

Se recibió un dictamen pericial, rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio, practicado en los términos solicitados por la parte convocante, Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, presentado al tribunal el día 19 de abril del año 2004 y que obra a folios 2544 a 2586 del cuaderno de pruebas 8. Del citado dictamen se destacan las siguientes conclusiones fundamentales:

Respecto del monto total de depreciación y los intereses respectivos, el dictamen concluye que “el total de la depreciación de acuerdo con el flujo de caja presentado por Cootransfun y Carlos Jorge Silva Bernal en su propuesta, asciende a la suma de \$ 156'099.770, Los intereses liquidados de conformidad con el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, y su Decreto Reglamentario 679 de 1994 corresponden a la suma de \$ 203'355.759”.

En cuanto al cobro total de aseo y mantenimiento de obras comunes el dictamen afirma que:

“Se obtuvo como resultado un cobro total de aseo y mantenimiento a obras comunes, de \$ 244'061.121, quedando por amortizar la suma de \$102'410.469, que en promedio equivale al 42% del valor recaudado. Agrega que “el total de intereses causados desde la fecha en que se realizó el pago, hasta la fecha en que se rinde este informe, asciende a la suma de \$ 94'316.498”.

Sin embargo sobre el tema en mención el dictamen precisó que:

“... en la contabilidad de la contratista, que así como esta realizó cobros por períodos de 4 años y de 2½ años que no se amortizaron totalmente durante la ejecución del contrato, así mismo cuando empezó a ejecutar el contrato, el contratista recibió unas bóvedas y áreas comunes en relación con los cuales ya se le había cancelado al contratista anterior, todo el período de mantenimiento, que era de 5 años para adultos y de 3 para párculos, sin que se le hubiera entregado suma alguna por tal concepto al Consorcio Cootransfun y Carlos Jorge Silva Bernal”.

En lo que tiene que ver con el monto total de los dineros que recaudó el concesionario por concepto de los cobros no autorizados en los actos administrativos de tarifas, conjuntamente con los rendimientos que les corresponden desde la fecha en que se realizaron tales cobros y hasta la fecha del dictamen, el dictamen enunció los conceptos por los que el contratista tenía derecho a cobrar durante la ejecución del contrato, así:

“Arrendamiento de bóvedas, servicio de exhumación de restos, venta de esqueletos, traslado de cadáveres, canon mensual de arrendamientos de los anexos, servicio de mausoleo particular, inhumación de cadáveres y de restos, certificado de inhumación para jardines cementerios, venta de lotes, venta de osarios, servicio de aseo y mantenimiento en áreas comunes, hornos crematorios”.

Igualmente manifestó que de los anteriores conceptos solo por los siguientes se hizo recaudo de ingresos operacionales durante la ejecución del contrato:

“Inhumación de cadáveres, exhumación de restos, cremación de restos, cremación de cadáveres, venta de cráneos, venta de esqueletos, traslado de cadáveres, aseo y mantenimiento de áreas comunes, arrendamiento de bóvedas, inhumación de restos”.

Por último en este punto agregó que todos los conceptos por los cuales se obtuvieron ingresos operacionales se encontraban en la contabilidad del consorcio, autorizados por el distrito.

Al absolver la pregunta relativa al valor comercial del inventario de bóvedas y osarios que el concesionario no entregó al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, así como el valor de los demás perjuicios que la omisión haya podido ocasionar al concedente, el dictamen determinó que:

“El resultado de dicha cotización es por valor de \$ 60'000.000 y un plazo en tiempo de 6 meses”.

Para tal definición se tomó una muestra representativa en cada uno de los cementerios, y efectuó una visita a las instalaciones administrativas con el objeto de verificar la forma en que se hacen los registros.

En cuanto al valor de los servicios de acueducto y alcantarillado causado durante la vigencia del contrato 5 de 1995, concepto no pagado por el concesionario, el dictamen concluye que:

“... el valor de la deuda total por concepto de acueducto y alcantarillado, relativas al contrato 5 de 1995, asciende a la suma de \$ 70'043.364”, y se aclara que “en relación con los rendimientos que se dice le corresponden al distrito, sobre las facturas de acueducto y alcantarillado, no pagadas por el Consorcio Cootransfun, no se encontró por la suscrita documento alguno que de cuenta de que sobre esas sumas no pagadas le correspondan rendimientos al distrito, por tanto, se carece de cualquier base para hacer la liquidación que se pide”.

Del anterior dictamen la parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones, las cuales, junto con las adiciones y precisiones que requirió el tribunal, fueron rendidas el día 8 de junio de 2004 en documento que obra a folios 6095 a 6217 del cuaderno de pruebas 15.

E. Oficios.

Se remitieron oficios a:

- Director del Centro de Arbitraje y Conciliación.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- Consejo de Estado.
- Notaría 16 del Círculo de Bogotá.

5. Alegatos de conclusión.

Agotada la etapa probatoria, el 20 de agosto de 2004, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, todas las partes, por conducto de sus respectivos apoderados, expusieron oralmente sus alegatos finales, los cuales fueron resumidos en escritos que se allegaron al expediente y obran a folios 644 a 790 del cuaderno principal 3.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso, durante la cual las partes tuvieron amplia oportunidad de controvertir las pruebas y la posición de su adversario, en los términos de ley.

III. Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, es decir, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Revisado el expediente y con base en las certificaciones que obran en el mismo, confirma el tribunal que las partes en el presente proceso a saber, Distrito Capital- Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, convocante y, Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro – Cootransfun y Carlos Jorge Silva Bernal, convocadas, son personas con capacidad para transigir. Igualmente se confirma que todas han estado legalmente representadas en este trámite arbitral.

En cumplimiento de lo previsto en el compromiso suscrito por las partes y tal como se expuso en el capítulo de antecedentes de este laudo, el tribunal se integró en debida forma, se instaló y en las oportunidades que establece la ley, la parte convocante procedió a consignar la totalidad de los gastos y honorarios del tribunal.

Al no haber señalado las partes un término para la duración del proceso, conforme con lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, este es de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, la cual se llevó a

cabo el 11 de marzo de 2004. Por solicitud formulada de común acuerdo entre las partes se decretaron dos suspensiones a saber, entre los días 28 de abril y 5 de mayo de 2004, ambas fechas inclusive, y entre los días 7 de agosto y 19 de agosto de 2004, ambas fechas inclusive. Posteriormente, mediante auto 24 proferido el 21 de septiembre de 2004, el tribunal, en uso de las facultades previstas en el inciso cuarto del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 decidió ampliar el término de duración del tribunal por tres meses, para la producción del presente laudo. Por tanto, la emisión del laudo en el día de hoy es oportuna.

IV Consideraciones del tribunal

1. El contrato suscrito entre las partes.

Las diferencias que motivaron la convocatoria del tribunal de arbitramento que hoy culmina con la emisión de este laudo se generaron a partir del contrato 5 suscrito el 7 de julio de 1995 entre el Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos y el consorcio Cootransfun –Carlos Jorge Silva Bernal, cuyo objeto era la prestación de un servicio público bajo el régimen de concesión.

Este tipo de contrato ha sido definido con precisión en el artículo 32, numeral cuarto de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“4. Contrato de concesión. “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

En el contrato que ocupa al tribunal, al amparo de la definición legal, el objeto fue definido en la cláusula segunda como:

“la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y del horno crematorio propiedad del Distrito Capital, en concordancia con lo estipulado en el reglamento de la concesión y todas aquellas normas pertinentes que regulen este servicio. Igualmente la construcción de un horno crematorio compuesto por dos (2) cámaras en el cementerio del sur, operado con gas natural, cuyos diseños y presupuesto se presentarán a la interventoría que para este efecto designe el Distrito Capital, de acuerdo a la propuesta presentada y que forma parte integral de este contrato” (cdno. de pbas. 1, fl. 391).

Dicha cláusula precisó además que:

“el concesionario, por su cuenta y riesgo, ejecutará todas las tareas necesarias y suficientes para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato por cuya contraprestación recibirá la remuneración más adelante estipulada”.

Estamos entonces frente a un típico contrato estatal de concesión, sometido a la normatividad de la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, como expresamente lo previó el texto contractual, este se rige por el reglamento de las concesiones del Distrito de Bogotá, Decreto 367 de 1995, modificado por el Decreto 201 de 1996.

Con lo anterior queda definido el marco legal del contrato dentro del cual el tribunal procederá a hacer el análisis de las pretensiones contenidas en la demanda formulada por el Distrito Capital, teniendo además en cuenta todos los denominados “documentos del contrato” que fueron enunciados en la cláusula XLII (fl. 407 del cdno. de pbas. 1).

2. Excepciones de mérito.

A. Falta de competencia de la jurisdicción arbitral para decidir las pretensiones de la demanda.

Al proponer las excepciones de mérito Cootransfun, y en términos similares Carlos J. Silva Bernal, alegaron falta

de competencia del tribunal para conocer de las pretensiones de la UESP, no solo por existir cosa juzgada con base en el contenido del laudo de 5 de julio de 2002, sino, además, porque existen otros procesos sobre las mismas pretensiones que fueron decididas en el laudo precitado. Adicionalmente, formularon la excepción que denominaron de “declinatoria de jurisdicción”.

A su examen procede el tribunal, previas las siguientes consideraciones:

a) La excepción de cosa juzgada.

Respecto de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda convocatoria de este tribunal, las demandadas han propuesto la excepción de cosa juzgada, consistente en que los temas sometidos a este tribunal ya fueron decididos en el laudo de 5 de julio de 2002⁽¹⁾.

De esa cobertura defensiva las demandadas excluyen la pretensión relacionada con la supuesta falta de entrega de inventarios de bóvedas y otros elementos, respecto de la cual sostienen que está inmersa en un acto administrativo respecto del cual está en curso un proceso ante la Sección Tercera del honorable Consejo de Estado.

Como los propios demandados advierten, tres temas se trataron en el proceso arbitral que culminó con la expedición del referido laudo:

- Reajuste de tarifas;
- Reducción del tiempo de permanencia en bóvedas; y
- Exhumaciones de oficio o por administración, todo lo cual habría alterado el equilibrio económico financiero del contrato.

Igualmente, la prueba que sirvió al tribunal de entonces para decidir las cuestiones relativas al equilibrio económico financiero del contrato fue el dictamen pericial rendido por los expertos Nancy Mantilla Valdivieso y Jorge Torres Lozano; en ese experticio, dicen las partes excepcionantes en este tribunal, se trató el tema del globo B del Cementerio Central, y se tuvieron en cuenta los ingresos y egresos, lo cual significa que en las cifras finales del dictamen referido están incluidos los conceptos de depreciación de bienes, cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes, los cobros no autorizados y los pagos de servicios de acueducto y alcantarillado. Agregan que como tales conceptos fueron tenidos en cuenta por el dictamen para calcular las cifras finales, no pueden ser objeto de nueva discusión y decisión, porque ello implicaría la revisión de un laudo, mediante el “exótico mecanismo de la formulación de una nueva demanda ante similar autoridad”.

Argumentan los demandados que la base del análisis del referido dictamen pericial la constituyó la contabilidad del concesionario y que allí estaban registrados los ingresos y egresos reales, por lo que no se puede replantear el tema ante este tribunal.

Según las pruebas arrojadas a los autos y el análisis de la prueba pericial tenida en cuenta en el fallo de 5 de julio de 2002⁽²⁾, este tribunal encuentra que la única materia de las sometidas a su consideración que allá se analizó, y en forma exhaustiva, fue la relativa a los ingresos obtenidos por la utilización más allá de 1996, por parte del concesionario, del globo B del Cementerio Central.

Respecto de las otras materias sometidas a conocimiento del tribunal que hoy profiere este laudo, ninguna mención se hizo, ni expresa ni tácitamente, en aquella providencia, cuya parte resolutiva se adoptó en consideración de lo probado, en cuanto a los tres temas a que se referían las pretensiones de esa demanda⁽³⁾, y a lo concerniente al globo B del Cementerio Central, que la parte demandada en ese proceso, y demandante en este, planteó para reducir las sumas que pudiera tener que pagarle al concesionario, lo cual no le prosperó y por cierto que el tribunal en la parte resolutiva del citado laudo declaró no probada la objeción por error grave que la UESP propuso contra el dictamen de los peritos Mantilla Valdivieso y Torres Lozano.

El examen detallado de la pretensión referente al globo B del Cementerio Central, muestra que sobre ese tema en particular asiste razón a las partes convocadas en cuanto a la excepción de cosa juzgada, tema que será objeto de

detallado análisis al emitir el pronunciamiento del tribunal sobre la pretensión primera, y así habrá de declararse en la parte resolutiva de este laudo.

No ocurre lo mismo respecto de las otras materias que las demandadas pretenden que ya fueron examinadas en el laudo anterior.

Así, en lo relativo a la falta de pago de la depreciación de los bienes a que se refiere la pretensión segunda las mismas demandadas admiten que no efectuaron pago especial por ese concepto, por considerar que no estaban obligadas a ello. Si tal fue su entendimiento, mal puede concebirse que hubiera sido un gasto considerado en los cálculos de los peritos en el experticio rendido dentro del proceso arbitral que terminó con el laudo de 5 de julio de 2002. Por tanto, no puede concebirse que esa materia hubiese sido tratada en el dictamen y en el laudo precedente, en los cuales, se reitera, ninguna referencia expresa se hizo a este respecto.

En lo concerniente a cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes, en autos se ha establecido que de esas materias no se ocupó el dictamen pericial, ni en forma especial el laudo de 5 de julio de 2002 que lo examinó; siendo ello así, mal puede existir cosa juzgada respecto de esa materia.

En lo que tiene que ver con la falta de entrega del inventario físico de bóvedas y otros elementos, observa este tribunal igual situación. No puede decirse que el laudo de 5 de julio de 2002 hizo pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que por ese incumplimiento incumbe a la parte demandada en este proceso, ni que tuvo en cuenta suma alguna por ese concepto para establecer o restablecer el equilibrio económico financiero del contrato.

En fin, en cuanto al no pago de los servicios de acueducto y alcantarillado en los cementerios del Distrito Capital entregados en concesión, las pruebas que se aportaron a este proceso, como se establece al analizar la pretensión referente a esta materia, indican que no hubo pago por dichos conceptos por parte del concesionario a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; y si no lo hubo, mal pudieron las sumas debidas ser tenidas en cuenta en la contabilidad de la accionada ni ser apreciadas por los peritos Mantilla Valdivieso y Torres Lozano, ni fue tema examinado en el laudo de fecha 5 de julio de 2002.

Adicionalmente, en el dictamen pericial contable rendido en el proceso arbitral que nos ocupa, se estableció que:

“Para calcular el valor de los servicios de acueducto y alcantarillado, causados durante la vigencia del contrato 5 de 1995, se tomó como base el cruce de cuentas que el Distrito Capital a través de la UESP hizo con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá., documento que reposa en el expediente.

Se utilizó tal documento, teniendo en cuenta que en la contabilidad del consorcio no existe ninguna causación con respecto al tema de los servicios de acueducto y alcantarillado” (fl. 2553 del cdno. de pbas. 8).

B. Excepción de declinatoria de jurisdicción.

a) Fundamento de la excepción.

Entre sus argumentos, las accionadas sostienen que en el acto de liquidación, administrativa o judicial, es donde deben decidirse las cuestiones que ahora propone la UESP, por lo cual el tribunal no puede pronunciarse sobre aspectos que deben hacer parte de dicho acto de liquidación:

“Si ante el incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato, por parte del distrito, el contratista se vio precisado a acudir ante la jurisdicción ordinaria, tal como lo establece el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en su literal d), numeral 10, a pedir que se liquidara el contrato y la jurisdicción admitió la demanda correspondiente, mediante auto que cobró ejecutoria y que por consiguiente es una ley del proceso y no puede ser desconocido por las partes ni por autoridad alguna, es allí donde deben concentrarse, discutirse y analizarse todos los créditos y débitos que recíprocamente puedan existir entre las partes contratantes.

“Por lo anterior, resulta coherente que el distrito hubiera instaurado demanda de reconvención contra los miembros del consorcio contratista, tendiente a obtener el reconocimiento de unos créditos que dice tener a su favor, pues el juez que está conociendo de la liquidación del contrato está legalmente habilitado para conocer de todas las

controversias conexas con dicha liquidación.

Lo ilógico e incoherente es que se pretenda desconocer, como es la posición de la administración, la competencia que tiene la jurisdicción ordinaria para liquidar el contrato, desde luego que independientemente de que se esté o no de acuerdo con esa competencia, lo cierto es que hasta el momento **el auto que admitió la demanda con la que se pretende la liquidación se encuentra en firme** y no ha sido voluntad del contratista, único legitimado para pedir la liquidación judicial del contrato, que esta se haga en sede arbitral.

(...).

Además la presentación de esa demanda de reconvención es un acto que tiene el efecto jurídico de renuncia a la cláusula compromisoria y, por consiguiente, a la jurisdicción arbitral, porque tal demanda fue admitida **sin condicionamiento alguno** mediante auto de 21 de agosto de 2003, el cual se encuentra ejecutoriado, y mientras tanto las partes están sometidas a lo que la jurisdicción ordinaria decide en la sentencia que ponga fin al proceso (...)".

“En tales condiciones, estamos frente a lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado “ **Declinatoria de la jurisdicción arbitral** ”, porque las partes decidieron retornar al juez natural para que este decida las controversias. En efecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de abril de 1992⁽⁴⁾, al decidir un caso en el que a pesar de la existencia de cláusula compromisoria una de las partes acudió a la jurisdicción ordinaria, señaló lo siguiente:

“Con todo, el representante legal de la sociedad presentó demanda ordinaria en contra de las dos socias citadas debidamente al proceso, quienes solamente invocaron “la falta de jurisdicción” en el memorial de alegatos de conclusión en primera instancia, sin invocar oportunamente la excepción previa de compromiso, como tenían derecho a hacerlo conforme con el precitado artículo 97.

De acuerdo con el citado artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por estas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto, el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria”.

Con ocasión del traslado de las excepciones, la accionante se opuso a que se las reconociera y dio argumentaciones que reprodujo en general en su alegato de conclusión.

b) Alegatos de la parte convocante.

En el alegato de conclusión, la parte convocante al referirse a la demanda de reconvención y en general a la defensa que ha presentado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo manifestó:

“— El pleito pendiente

(...) bien por el contrario de lo que afirman los convocados, las peticiones de esta parte convocante en el mismo proceso distan mucho de subsumir las aquí solicitadas, en primer término, porque el Distrito Capital de Bogotá ha pedido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo que declare su falta de competencia para conocer de ese proceso, precisamente por la existencia de pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria, y en segundo término porque, aún si el tribunal de lo contencioso administrativo llegare a considerarse competente, el Distrito Capital de Bogotá le ha solicitado que, dado ese hipotético evento, entonces incluya en la liquidación del contrato las sumas que este tribunal arbitral le reconocerá. Vale decir, si de pleito pendiente se tratara, el proceso que debería suspenderse sería el que se tramita ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya que en ese evento estaría compelida a esperar la condena en el presente proceso para incluirla en su fallo, en los términos indicados en el artículo 170, numeral 2º, del Código de Procedimiento Civil (...).

(...) el trámite ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo está sujeto, en primer término, a que el tribunal respectivo declare su competencia, desestimando la excepción que en ese sentido le ha presentado esta parte

convocante, y en segundo término, a que este tribunal arbitral expida su laudo, para incorporar la condena a la liquidación del contrato. Con ocasión del examen de competencia del tribunal arbitral, tuvo esta parte convocante la oportunidad de argumentar sobre el particular en los siguientes términos:

“(...) no es cierto que el distrito haya renunciado a la jurisdicción arbitral ni que se haya producido declinatoria de la misma, ya que el distrito ha propuesto las excepciones de falta de jurisdicción y de competencia y su demanda de reconvenCIÓN ha sido admitida sin condicionamiento alguno, como bien lo reconocen los mismos convocados”.

En efecto, al proponer el Distrito Capital de Bogotá las excepciones de falta de jurisdicción y de competencia puede el tribunal arbitral observar que está denegando uno de los presupuestos básicos para que se produzca la declinatoria de la jurisdicción arbitral, contenido en la sentencia que han trascrito los convocados, y que es precisamente que la excepción no haya sido alegada oportunamente por el demandado. En ese evento de la sentencia, como quiera que el demandado no alegó la falta de competencia como excepción previa, debiendo hacerlo, entendió la Corte Suprema de Justicia que existía renuncia tácita, presupuesto que dista mucho del que se presenta en el proceso que nos ocupa, ya que en materia de lo contencioso administrativo no hay excepciones previas y en consecuencia no existe el límite que prevé la Corte, por una parte, y por la otra, como ya se ha advertido, el demandado ha alegado expresamente las excepciones respectivas, confirmando la vigencia de la jurisdicción y la competencia arbitral.

Por su parte, al admitir el tribunal de lo contencioso administrativo la demanda de reconvenCIÓN sin condicionamiento alguno, como expresamente lo reconocen los convocados, está consintiendo en conocer de las pretensiones del distrito tal y como le fueron expuestas, confirmando en consecuencia los presupuestos de la acción que fueron explicados al propio tribunal de lo contencioso administrativo en escrito radicado el día 10 de diciembre de 2003 y que se anexó en copia auténtica al expediente del proceso arbitral, que confirman que no hay renuncia al pacto arbitral⁽⁵⁾.

Destaca el tribunal que en sus alegatos de conclusión, las demandadas reiteraron en términos similares a los contenidos en la contestación de la demanda, los argumentos que fundan la excepción de pleito pendiente y de declinatoria de jurisdicción, por lo cual resulta superfluo transcribirlas de nuevo.

c) Consideraciones del tribunal.

Es verdad averiguada dentro del proceso que la parte demandada propuso acción contencioso administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que por esa jurisdicción se proceda a efectuar la liquidación del contrato de concesión 5 de 1995, en razón de no haberla hecho la propia administración; es igualmente cierto que en la liquidación, tanto administrativa como judicial, se busca en los contratos de larga duración o de trato sucesivo —como la concesión— establecer quién debe a quién y cuánto⁽⁶⁾; no menos, lo es que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene competencia para conocer de los actos de liquidación unilateral de los contratos estatales.

La jurisdicción especial de lo contencioso administrativo asumió en principio competencia para conocer de la solicitud de liquidación del contrato de concesión 5 de 1995 que ligó a las partes y respecto del cual se han formulado las pretensiones de que se ocupa este tribunal; también es cierto que la parte accionante en este proceso propuso ante el Tribunal de Cundinamarca la excepción de falta de competencia para conocer de las cuestiones propuestas por el concesionario en su demanda.

El *petitum* de la demanda ante lo contencioso administrativo es del siguiente tenor:

“Primera. Declárese que el Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, incumplió la obligación de liquidar el contrato de concesión 5 de 1995, celebrado el día 7 de julio de 1995, entre dicho ente territorial y el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal, cuyo objeto consistía en la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y hornos crematorios de propiedad del Distrito Capital.

Segunda. Declárese que era obligación del Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, reconocer, en los actos administrativos de liquidación del contrato de concesión referido, a favor de las personas que integran el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal, el valor de la reclamación presentada por este, por

concepto de mayores valores, costos y gastos generados en la construcción del horno crematorio del cementerio del sur, causados por la omisión y negligencia de la administración distrital en la obtención de las licencias y en la elaboración del plan de manejo ambiental necesario para ejecutar dicha obra; y por concepto de mayor valor cancelado por el servicio de recolección de basuras o residuos sólidos”.

En el contrato 5 de 1995 se pactó la cláusula compromisoria, cuyos términos son:

“Cláusula XI. Arbitramento: de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, que no puedan ser resueltas directamente entre ellas o mediante los instrumentos de solución de que trata la cláusula anterior, se cometrán a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres (3) árbitros colombianos, salvo que las partes acuerden uno solo. El o los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes y, a falta de acuerdo, el o los faltantes serán escogidos por la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal fallará en derecho y funcionará en la capital de la república.

La designación, requerimiento, constitución, funcionamiento y los demás aspectos del tribunal, se regirán por las disposiciones legales sobre la materia”.

Como lo tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, pactada la cláusula arbitral, las partes entienden derogar la competencia de la jurisdicción especial y es entonces la vía arbitral la que constituye jurisdicción competente para conocer de las controversias que surjan del contrato.

Significa lo anterior, que no es de competencia del juez contencioso administrativo conocer de las diferencias que surjan entre las partes en torno de las materias deferidas a conocimiento del tribunal arbitral, el cual, por voluntad de las partes se erige en el juez natural de tales controversias.

En el caso examinado, el tribunal advierte al rompe que la situación planteada en lo relativo a la conducta de las partes respecto de la demanda propuesta por el consorcio ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para obtener la liquidación del contrato 5 de 1995, difiere esencialmente del caso examinado por la Corte Suprema de Justicia y en cuya orientación funda la demandada su excepción de declinatoria de jurisdicción.

En efecto, al paso que en el caso propuesto ante la Corte Suprema de Justicia la parte demandada no opuso ninguna razón que significara su rechazo a acudir ante la jurisdicción común para que decidiera de la litis, pese a la existencia de la cláusula compromisoria, en el caso litigado ante este tribunal la parte convocante manifestó su repulsa a que la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo conociera de las pretensiones formuladas por el concesionario, y propuso al efecto las excepciones de falta de competencia y de existencia de cláusula compromisoria.

La admisión de la demanda ante esa jurisdicción no implica definición del asunto, pues sabido es que en el proceso contencioso administrativo, es en la sentencia donde deben decidirse de las excepciones de fondo y toda otra que el sentenciador halle probada, según las voces del artículo 164 del código de la materia.

Por otra parte, resulta evidente que en el juez contencioso administrativo se radica la competencia para conocer de las pretensiones sobre liquidación del contrato; como en el *sub examine*, este tribunal no conoce de aspectos de la liquidación, puesto que según las propias demandadas ni siquiera se ha producido, sino que se trata de las pretensiones vinculadas con el incumplimiento que la demandante le atribuye a la convocada respecto de las obligaciones contraídas en virtud del contrato 5 de 1995, es claro que este tribunal no invade órbita jurisdiccional alguna al decidir de las pretensiones que la UESP ha planteado ante el tribunal arbitral.

No puede argüirse válidamente que la UESP, por el hecho de proponer demanda de reconvención dentro del proceso que ha promovido el consorcio demandado ante lo contencioso administrativo sobre temas que se han sometido a este tribunal, renunció a la jurisdicción arbitral, pues dicha demanda fue sometida a la jurisdicción especial en forma condicionada y solo si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidiera de modo definitivo que es competente para liquidar el contrato y conocer de las pretensiones que a petición del concesionario debe examinar el tribunal, arriba transcritas, ninguna de las cuales corresponden a las planteadas ante este tribunal arbitral y, aun en ese caso, se pidió que se incorporara a esa liquidación lo que ahora se resuelve.

Las pretensiones que se han propuesto a conocimiento de este tribunal arbitral no le están deferidas por el contrato al juez contencioso administrativo; la proposición de las que de modo preventivo ha sometido la UESP al contencioso administrativo en su demanda de reconvención, no tienen el alcance de despojar a este tribunal de la competencia para conocer de ellas como juez natural del contrato, sin perjuicio de que el contencioso especializado pueda asumir competencia para conocer de la liquidación unilateral del contrato y se declare incompetente para asumir el tratamiento de las que aquí se deben examinar por no haber ocurrido renuncia a la cláusula arbitral por parte de la accionante en reconvención ante ese tribunal.

La existencia de pleito pendiente supone además que la causa debatida se encuentre deferida como asunto que le compete conocer al juez ante quien cursa; por que si, por dar un ejemplo, ante un juez penal o laboral se proponen pretensiones para las cuales, por razón de la especialidad funcional de la materia, carece no solo de competencia sino de jurisdicción, el hecho de asumir el conocimiento del caso no puede constituir pleito pendiente en relación con el que se haya propuesto y curse ante la jurisdicción competente, por estar legalmente habilitada para conocer de esas pretensiones.

La prosperidad de la excepción mencionada en la hipótesis referida llevaría a que el excepcionado viera truncado su derecho a que el juez realmente competente no pudiera ejercer sus facultades legales y tampoco pudiera hacerlo el juez carente de jurisdicción y competencia, con lo cual quedaría negado el derecho al acceso a la administración de justicia.

Semejante situación se presentaría en el caso litigado pues, como es claro, en virtud de la cláusula compromisoria pactada en el contrato 5 de 1995 y de la oposición del Distrito Capital Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca conozca de asuntos reservados, en virtud de dicha cláusula, a la jurisdicción arbitral, es esta la competente para decidir de las controversias nacidas del contrato y no el juez especial de lo contencioso administrativo.

La existencia de pleito pendiente supone y exige la existencia de dos litigios en dos procesos diferentes sobre las mismas e idénticas pretensiones y entre las mismas partes, respecto de los cuales no existe discusión sobre la competencia de los funcionarios llamados a dirimirlos.

Resulta que ante este tribunal arbitral no se ha propuesto pretensión alguna relativa a la liquidación del contrato 5 de 1995, que es constitutiva de la pretensión inicial y principal de la demanda promovida por el concesionario ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, ni ninguna otra de las pretensiones formuladas por el consorcio ante el juez contencioso administrativo por lo cual no existe plena identidad entre las pretensiones allí planteadas y las que deben ser resueltas por este tribunal arbitral. La ausencia de la plena identidad entre todas las pretensiones en uno y otro proceso, y la circunstancia de que el conocimiento de las pretensiones formuladas en reconvención está condicionado a la decisión sobre competencia que se tomó por este tribunal, hace que pierdan vigencia las pretensiones de la demanda de reconvención en la medida en que este tribunal ha asumido competencia para conocer de ellas; por tanto, de este modo, al asumir este tribunal arbitral su competencia respecto de las pretensiones que le han sido sometidas por la convocante, no puede existir pleito pendiente en relación con aquellas propuestas ante el tribunal administrativo.

La solución contraria llevaría a que la convocante se viera despojada del derecho a acceder a la administración de justicia en el evento de que el tribunal administrativo estimara ser incompetente para conocer de las pretensiones formuladas en reconvención, y tampoco pudiera acudir a la jurisdicción arbitral por la terminación del proceso arbitral consiguiente a la declaración de existencia de la excepción propuesta de pleito pendiente, no obstante la falta de identidad entre las pretensiones arriba mencionadas y el condicionamiento de la existencia del pleito pendiente a la decisión sobre competencia de este tribunal, como se ha mencionado.

Por las anteriores razones, no prosperan las excepciones propuestas por las demandadas integrantes del consorcio consistentes en la existencia de pleito pendiente y declinatoria de jurisdicción, y así habrá de decidirse en la parte resolutiva de este proceso arbitral.

C. Excepción de pleito pendiente respecto del proceso de nulidad de las resoluciones 054 y 080 de 1998, en curso ante el Consejo de Estado, expediente 22.223.

Examinadas las pretensiones formuladas en el proceso que en grado de apelación se surte ante el honorable Consejo de Estado, en relación con la imposición de multas al concesionario por parte de la UESP, no existe identidad de pretensiones con las que se han formulado ante esta jurisdicción arbitral.

En efecto, se ve claramente que tales pretensiones que se refieren a la invalidez de la multa impuesta por el incumplimiento en la entrega del inventario de bóvedas a la UESP; en tanto que en este proceso las pretensiones se refieren a que se declare la responsabilidad por el incumplimiento de esa obligación y se condene a pagar el valor correspondiente a ese incumplimiento, aspectos diferentes de los que se mencionan en las pretensiones de la demanda que por apelación debe decidir en segunda instancia el honorable Consejo de Estado.

Mucho menos tienen similitud las pretensiones contenidas en la demanda que cursa ante el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca referente a la liquidación del contrato, con las que aquí se han propuesto por la actora.

Y como no existe, según se demostró, renuncia del Distrito Capital a la cláusula compromisoria pactada en el contrato 5 de 1995, las pretensiones formuladas por la UESP en la demanda propuesta ante este tribunal, síguese que a este le compete conocer de las pretensiones principales formuladas por la entidad distrital.

En consecuencia, con la salvedad referente al tema de la cosa juzgada en torno a las pretensiones relacionadas con la utilización por más allá del tiempo previsto, del globo B del Cementerio Central, las demás excepciones no prosperan y así habrá de decidirse en la parte resolutiva de este laudo.

3. Marco conceptual.

Habiendo analizado las excepciones de fondo expuestas, procederemos entonces a avocar el estudio correspondiente a cada una de las pretensiones que bis ocuparán. Para ese efecto se planteará el marco conceptual que sirve de referencia para las conclusiones de cada uno de los temas, para proceder después a su estudio individual.

Para determinar la existencia o no de responsabilidad contractual por parte de los convocados y si procede acceder a las peticiones de la convocante, es pertinente retomar los criterios básicos del tema.

Se entiende por responsabilidad civil contractual⁽⁷⁾ aquella consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien ha incumplido obligaciones derivadas de un contrato, es decir se ha comportado en forma ilícita, debe indemnizar los daños causados con su comportamiento⁽⁸⁾.

Para configurar este tipo de responsabilidad contractual, es necesario que se presenten los elementos de⁽⁹⁾:

- Un contrato válido;
- Daño o perjuicio derivado del incumplimiento de las obligaciones del contrato;
- Que el daño sea causado por alguna de las partes de la relación contractual⁽¹⁰⁾ y;
- Nexo causal entre el comportamiento y el daño.

Así, corresponde ahora al tribunal, respecto de las pretensiones de la parte convocante y determinar en cada una de ellas, si procede, y si se dan los 4 supuestos señalados.

4. Pretensión primera.

La propuso la parte convocante solicitando se determine que los convocados:

“(...) incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, ya que se lucraron indebidamente como consecuencia de la utilización del globo B del Cementerio Central por un tiempo mayor al establecido en los documentos del contrato de concesión 5 de julio 7 de 1995”, y que, como consecuencia “(...) deben reconocer y pagar al Distrito Capital de Bogotá - Unidad Ejecutiva de

Servicios Públicos, en moneda de curso legal en Colombia, las sumas que se indican a continuación, o las mayores que se acrediten dentro del proceso:

i) Por la utilización del globo B del Cementerio Central por un tiempo mayor al establecido en los documentos del contrato de concesión 5 de julio 7 de 1995, la suma de un mil doscientos veintinueve millones ochocientos noventa y dos mil trescientos ochenta y siete pesos (\$ 1.229.892.387), o la mayor que se acredite dentro del proceso, debidamente actualizada desde las fechas en que se produjo el lucro para los convocados y hasta la fecha en que se produzca el desembolso respectivo, conjuntamente con sus intereses y demás rendimientos”.

A. Hechos.

a) Hechos alegados.

El consorcio contratista utilizó el globo B del Cementerio Central por un lapso superior al convenido en el contrato 5 de 1995⁽¹¹⁾.

Atrás quedaron mencionados los fundamentos de hecho generales de la demanda, y a ellos se remite el tribunal; en cuanto a los fundamentos especiales relativos a la pretensión que se examina, dijo por la convocante.

En su pronunciamiento sobre los hechos, al contestar la demanda, la parte convocada Cootransfun se opuso a las declaraciones y condenadas deprecadas contra ella por la UESP, las que consideró carentes de todo fundamento fáctico y jurídico.

Igualmente, propuso como excepción de mérito la falta de competencia de la jurisdicción arbitral para decidir las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos:

- Existir respecto de las pretensiones de la convocante cosa juzgada, la cual fundó en lo decidido en el laudo arbitral de 5 de julio de 2002, proferido, en su concepto, respecto de las mismas partes y de las mismas pretensiones;
- La existencia de otros procesos que versan sobre las mismas pretensiones;
- La existencia de pleito pendiente, argumento que fundamenta en la existencia de un proceso que cursa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, litis trabada antes de que se admitiera la demanda arbitral de que se ocupa este tribunal.

Formuló la que llamó excepción genérica, a cuyo efecto pidió, en todo caso, que se declarara probado cualquier otro medio exceptivo que resultare configurado en este trámite.

Por su parte, en la contestación de la demanda, el convocado Carlos Jorge Silva Bernal dio respuesta en similares términos a los propuestos por Cootransfun, y planteó los mismos medios exceptivos, fundados en idénticos motivos y razones.

Dada la similitud y en mayor parte la identidad de los términos de esta contestación con los que utilizó para el mismo efecto Cootransfun, el tribunal se abstiene de resumirlos nuevamente.

b) Hechos probados.

Quedó acreditado que el globo B del cementerio sur, no central como afirma la parte convocante, solo podía ser utilizado por el concesionario, para inhumaciones, durante el primer año de ejecución del contrato, es decir hasta el 7 de julio de 1996⁽¹²⁾. Sin embargo la afirmación de que era el globo B del Cementerio Central el que no podría ser utilizado después del año 1996, fue reconocida como cierta por las dos partes convocadas que así lo manifestaron expresamente al contestar la demanda⁽¹³⁾.

Ahora bien, a partir de la prueba documental, y en particular del dictamen pericial rendido en el proceso arbitral que culminó con el laudo de 5 de julio de 2002, quedó acreditado que el consorcio utilizó el globo B del Cementerio Central por todo el término de vigencia del contrato⁽¹⁴⁾.

La anterior circunstancia fue adicionalmente corroborada por los testigos Carlos Germán Caicedo, Hernán Darío Ortega, y Hernando Villalba, quienes al absolver las preguntas formuladas por el tribunal y por los apoderados de las partes, coincidieron en sus respuestas en lo referente al plazo de utilización establecido para el globo B, y su uso por un término mayor por parte del concesionario, término que se prolongó hasta la terminación del contrato en el mes de julio de 2000⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, no se encontró en el pliego de condiciones referencia alguna al globo B del cementerio central. Lo que si se encontró fue una referencia expresa al globo B del cementerio del sur, contenida en el pliego de condiciones, del siguiente tenor:

“Cementerio del sur

(...).

Globo B, 35.945, 45 varas cuadradas (23.005 metros cuadrados).

En este globo B se encuentran las llamadas fosas comunes las cuales de conformidad con el Acuerdo 31 de 1992 deben ubicarse fuera del perímetro urbano. Por lo tanto en este terreno se espera a partir de marzo de 1995 no inhumar cadáveres”⁽¹⁶⁾.

Adicionalmente, sobre el mismo tema, como ya se dijo, el reglamento de la concesión, en el Decreto 367 de 1995 consagró que:

“Para las inhumaciones que durante el primer año de la concesión se efectúen en el globo B de Cementerio Central, se entiende como cuatro años el tiempo de permanencia en bóveda, siempre y cuando el Alcalde Mayor expida el respectivo decreto”.

Ahora bien, en la propuesta presentada por el consorcio, y más específicamente en el escrito de aclaraciones a la misma, el contratista consignó la siguiente afirmación:

“(...) el globo de terreno B no podrá ser utilizado a partir de 1996” (fl. 389, cdno. de pbas. 1).

Ante esas evidencias, queda establecido que el demandante se refiere a la utilización, mas allá del tiempo previsto, del globo B del Cementerio Central por parte del concesionario.

B. Alegatos de conclusión.

a) Alegato de la UESP.

La UESP reiteró las razones de hecho y de derecho expuestas en su demanda e insistió en que los dineros recaudados por el consorcio después del 7 de julio de 1996 le corresponden en su totalidad al Distrito Capital, UESP, por provenir de la explotación de un predio de su propiedad, cuya devolución no ocurrió en la fecha pactada en el contrato 05 de 1995, y estimó \$ 1.229.892.387 el valor que le debe transferir la contratista, cifra establecida en el dictamen pericial y sus aclaraciones y complementaciones, practicado en el proceso arbitral que enfrentó a las mismas partes y que culminó con la expedición del laudo de 5 de julio de 2002.

Respecto de la excepción de cosa juzgada, sostuvo que los elementos formales que constituyen esa figura no se evidencian en el *sub lite*, pues las partes son diferentes, ya que el Distrito Capital Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos compareció en el proceso anterior como demandada y aquí obra como demandante; la Cooperativa de Trabajadores Asociados del Futuro, Cootransfun y Carlos J. Silva Bernal, obraron como demandantes en aquel proceso y en este como demandados; y que el laudo de 5 de julio de 2002 no se refirió para nada al tema relacionado con la pretensión sobre el globo B del Cementerio Central que es objeto de decisión de este tribunal.

b) Alegatos de las convocadas.

1. Alegato de Cootransfun.

En su alegato de conclusión el señor apoderado de Cootransfun insistió en los argumentos dados con ocasión de la contestación de la demanda para oponerse a que se accediera a todas y cada una de las pretensiones.

En lo concerniente a la pretensión formulada respecto del globo B del Cementerio Central, reiteró que en el laudo arbitral proferido el 5 de julio de 2002 se decidió lo referente a la pretensión de que se trata, pues al solicitar las aclaraciones y complementaciones del dictamen rendido por los peritos en aquel proceso a que dicho laudo puso fin, se trató el tema de la explotación del globo B, los ingresos y pérdidas que por su explotación tuvo la parte demandada y que por ello, respecto de ese tema, existe cosa juzgada implícita, para cuya demostración citó apartes de la jurisprudencia que al respecto ha sentado la Corte Suprema de Justicia con ponencia del honorable magistrado Luis Fernando Ramírez.

Adicionalmente se refirió a la falta de competencia del tribunal para decidir de la cuestión, fundado en el hecho de que ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cursa proceso promovido por la contratista tendiente a obtener la liquidación del contrato 005 de 1995, y al hecho de que pretensiones similares a las planteadas en este proceso se hallan propuestas ante el citado tribunal en la demanda de reconvención que formuló la UESP ante esa jurisdicción.

2. Alegato de Carlos Jorge Silva Bernal.

El señor apoderado del consorciado Carlos J. Silva Bernal presentó ante el tribunal escrito de alegaciones de bien probado que fue anexado al plenario, y en él, en síntesis se repitieron los argumentos dados en la contestación de la demanda y las razones expuestas en la audiencia de alegatos por Cootransfun.

C. La excepción de cosa juzgada propuesta por las convocadas.

El tribunal examinará ahora la excepción de cosa juzgada propuesta en relación con esta pretensión. Para ello se ocupará de estudiar el dictamen pericial rendido dentro del proceso arbitral que dio lugar al laudo de 5 de julio de 2002, las aclaraciones, complementaciones y objeciones que respecto de aquel solicitó y formuló la UESP, las respuestas dadas por los peritos a esas solicitudes y el contenido y el alcance del laudo arbitral que decidió las controversias surgidas entre las partes en torno al tema de la ruptura del equilibrio financiero del contrato.

La figura de “Cosa juzgada” ha sido prevista en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

“Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos proceso haya identidad jurídica de partes (...”).

Por su parte en el artículo 33 del citado ordenamiento se prevé lo siguiente:

“Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:

1. Las que se dicen en procesos de jurisdicción voluntaria.
2. Las que deciden situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior por autorización expresa de la ley.
3. Las que declaran probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.
4. Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio”.

De acuerdo con el marco legal en mención, para que tenga aplicación la excepción de “cosa juzgada” se requieren tres condiciones a saber:

- Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto de aquel en el que se alega la excepción.

- Que el nuevo proceso se funde en la misma causa que el anterior,
- Que entre los dos procesos proceso haya identidad jurídica de partes.

D. De la demanda que dio origen al trámite arbitral que terminó con el laudo de fecha 5 de julio de 2002.

La demanda que dio origen al trámite arbitral que culminó con el laudo de fecha 5 de julio de 2002, fue interpuesta por el consorcio integrado por la Cooperativa del trabajo asociado Cootransfun y el señor Carlos Jorge Silva Bernal —quienes en este trámite arbitral son partes convocadas— contra el Distrito Capital de Bogotá-Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.

En la citada demanda, que se originó a partir del mismo contrato que originó la demanda arbitral respecto de la cual en la fecha se emite laudo, se formularon pretensiones principales referidas a un incumplimiento en que incurrió la entidad contratante, pretensiones que se transcriben a continuación:

“A. Principales:

“Primera. Declárese que el Distrito Capital de Bogotá incumplió el contrato de concesión 5 de 1995, al no haber autorizado el aumento de las tarifas de los servicios objeto de dicho contrato, dentro de los plazos negocialmente previstos y con sujeción a los parámetros señalados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 1995; así como haber reducido el tiempo de permanencia en bóveda de 5 a 4 años para adultos y de 3 a 2.5 años para párculos, en todos los cementerios; no haber entregado documentos que hubieren permitido la ubicación de los deudos; y demás circunstancias que se acrediten dentro del proceso.

Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, condéñese al Distrito Capital de Bogotá, a pagar a favor de los demandantes, todas las sumas de dinero que resulten acreditadas dentro del proceso, por concepto de los menores ingresos que sufrió el concesionario con ocasión de los servicios prestados y que eran objeto del contrato, tales como arrendamiento de bóvedas, inhumación, cremaciones, exhumación, traslado de cadáveres, venta de esqueletos y aseo.

Tercera. Debido al incumplimiento por parte de sus obligaciones, condéñese al Distrito Capital de Bogotá, a pagar a los demandantes, la suma de ciento noventa y dos millones ochocientos cincuenta y ocho mil seiscientos noventa pesos (\$ 192'858.690), por concepto de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula XXIII del contrato de concesión 5 de 1995.

Cuarta. Condéñese al Distrito Capital de Bogotá a pagar a los demandantes, cualquier otro concepto o perjuicio que se acredite dentro del proceso, atendiendo la equidad y los criterios técnicos actuariales, a fin de que la reparación del daño sea integral, tal como lo ordena el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Quinta. Las sumas que se reconocen a favor de los demandantes deberán ser actualizadas o puestas en valor presente, a la fecha más próxima que sea posible a aquella en que se profiera el correspondiente laudo arbitral.

Sexta. Igualmente condéñese al Distrito Capital de Bogotá a pagar a los demandantes, sobre las sumas que resulte condenado, intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo.

Séptima. Condéñese al Distrito Capital de Bogotá a pagar las costas del proceso”.

Como pretensiones subsidiarias las partes convocantes formularon las siguientes:

“B. Subsidiarias

Primera. Declárese que la ecuación económica o financiera del contrato de concesión 5 de 1995, se alteró en detrimento del patrimonio e intereses económicos de los demandantes, por causas imputables exclusivamente al Distrito Capital de Bogotá, en razón a los hechos aducidos en la demanda o los que resulten demostrados en el proceso.

Segunda. A título de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, condéñese al Distrito Capital de

Bogotá, a pagar a favor de los demandantes, todas las sumas de dinero que resulten acreditadas dentro del proceso, por concepto de los menores ingresos generados en razón de la prestación de los servicios objeto del contrato, tales como arrendamiento de bóvedas, inhumación, cremaciones, exhumación, traslado de cadáveres, venta de esqueletos y aseo, a partir del 1º de enero de 1996 y hasta la fecha de terminación del contrato.

Tercera. Condénese al Distrito Capital de Bogotá a pagar a los demandantes, cualquier otro concepto o perjuicio que se acredite dentro del proceso, atendiendo la equidad y los criterios técnicos actuariales, a fin de que la reparación del daño sea integral, tal como lo ordena el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Cuarta. Las sumas que se reconocen a favor de los demandantes deberán ser actualizadas o puestas en valor presente, a la fecha más próxima que sea posible a aquella en que se profiera el correspondiente laudo arbitral.

Quinta. Igualmente condénese al Distrito Capital de Bogotá a pagar a los demandantes, sobre las sumas que resulte condenado, intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo.

Sexta. Condénese al Distrito Capital de Bogotá a pagar las costas del proceso”.

El término de traslado de la demanda venció el 23 de febrero de 2001, sin que se presentara escrito alguno de contestación de la demanda arbitral.

El laudo proferido el 5 de julio de 2002, desestimó las pretensiones principales y emitió su fallo accediendo a las pretensiones subsidiarias.

E. El dictamen pericial rendido en el trámite arbitral que culminó con el laudo de fecha 5 de julio de 2002.

Examinado el dictamen pericial rendido por los peritos Jorge Torres Lozano y Nancy Mantilla Valdivieso en el proceso arbitral que culminó con el laudo de 5 de julio de 2002⁽¹⁷⁾, encuentra este tribunal que el tema del uso del globo B del Cementerio Central por parte del concesionario fue analizado y contemplado e incidió en las determinaciones que posteriormente adoptó el tribunal en lo referente al restablecimiento del equilibrio contractual reclamado por los convocantes en dicho proceso.

Como se verá a continuación, a partir de las citas de algunos apartes del citado dictamen y en particular del escrito de aclaraciones, al absolver las preguntas de las partes referidas a la ejecución del contrato y a la contabilidad del mismo, los peritos tuvieron en cuenta la utilización que del globo B del Cementerio Central hizo el consorcio, aun durante el período comprendido entre los años de 1996 y 2000.

Debe destacarse que algunas de las referencias al uso del globo B contenidas en las aclaraciones al dictamen se dieron en respuesta a preguntas formuladas por la entidad distrital, la cual posteriormente formuló objeciones en lo que se refería a las conclusiones de los peritos citados, sobre el tema de reajuste de tarifas pactadas y previstas en el contrato, particularmente en cuanto a la oportunidad y la magnitud de su adopción y su impacto en el contrato.

En efecto, ha quedado debidamente acreditado dentro del expediente que ocupa a este tribunal que en el escrito de solicitud de aclaraciones y complementaciones de la UESP, esta manifestó que “Para hallar los montos del presunto desequilibrio causado por el aumento de las tarifas en fechas diferentes, los peritos tuvieron en cuenta las inhumaciones (bóvedas arrendadas) realizadas en el globo B del Cementerio Central”.

La entidad estatal requirió como aclaración al dictamen entonces lo siguiente⁽¹⁸⁾:

“1.3.4.1. Solicitud de complementación a esta respuesta 4.

Los señores peritos complementarán su dictamen en el sentido de establecer el beneficio obtenido por el concesionario por utilización del globo B, por cuanto al respecto, y de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones y con lo contemplado en la propuesta del consorcio, en dicho globo a partir de julio 6 de 1996 se dejarían de llevar a cabo inhumaciones, como quiera que ese terreno se dejaría de utilizar como cementerio.

Complementarán igualmente el dictamen en el sentido de que, todas las inhumaciones y servicios de aseo y mantenimiento, que se efectuaron desde el 7 de julio de 1996, hasta el 7 de julio de 2000, están por fuera de lo

establecido en el contrato de concesión 5 de 1995”.

Sobre el particular, precisaron los peritos:

“Es preciso señalar que la complementación solicitada corresponde a una nueva pregunta no incluida en el cuestionario inicial. Además debemos insistir en las aclaraciones previas que incluimos en la respuesta 4 a la sección I, (fl. 6), en cuanto que los ingresos que hubiera recibido el concesionario fueron calculados con base en “el número de servicios realmente prestados durante la ejecución del contrato”, en la totalidad de los tres cementerios objeto de la concesión, como se solicitaba en la pregunta.

En cuanto a las inhumaciones y servicios de aseo y mantenimiento que se efectuaron desde el 7 de julio de 1996 al 6 de julio de 2000 en el globo B del Cementerio Central, representaron para el consorcio un total de 12.393 servicios que le significaron ingresos por valor de \$ 1.229.892.387, como se observa en el siguiente cuadro y en el anexo 2A”.

Por otra parte, la UESP solicitó una aclaración referente a “la utilización del globo B, en el término más allá de lo previsto en los pliegos y no tenido en cuenta en la propuesta económica, en el sentido de establecer si el consorcio Cootransfun - Carlos J. Silva Bernal, obtuvo beneficios a favor y en qué cuantía, por la utilización de las bóvedas que a partir del primer año de la concesión deberían quedar inhabilitadas. No obstante, en la complementación se deberá tener en cuenta los costos operativos para el manejo de dicho globo, en que incurrió el citado consorcio”.

En este punto la respuesta de los peritos se emitió en los siguientes términos:

“Para atender esta nueva pregunta, revisamos nuevamente los libros de inhumaciones del cementerio y establecimos que el número de servicios por este concepto durante el período julio 7 de 1996 a julio 6 de 2000 fue de 12.393 que le representaron ingresos brutos al concesionario por valor de \$ 1.229.892.387.

En cuanto a los costos del globo B no fue posible establecerlos tomando como fuente la contabilidad del concesionario, en razón a que en la misma no se hace distinción por centro de costos de todos los gastos en los que incurrió el concesionario durante el período de la concesión en los tres cementerios.

En tal circunstancia, como una alternativa razonable para establecer que (sic) costos corresponderían al globo B, tomamos el total de gastos incurridos por todo concepto y sacamos la proporción para el globo B, teniendo en cuenta participación de los ingresos por este globo en el total de ingresos recibidos por el concesionario, así:

Concepto	julio 7/95 a julio 6/2000	Sin globo B	Globo B
Ingresos	8.576.597.966	7.346.705.579	1.229.892.387
Participación	100%	85.66%	14.34%
En ingresos	8.584.871.838	7.353.792.970	1.231.078.868
Gastos	(8.273.872)	(7.087.391)	(1.186.481)
Pérdida			

(cdno. de pbas. 6, fl. 2249).

“Como se observa, al globo B le correspondería una pérdida de \$ 1.186.481 del total de la pérdida obtenida por el concesionario.

Como se trata de establecer el beneficio obtenido por el concesionario por la utilización de este globo de lo cual el distrito no recibió ninguna remuneración, una forma de calcularlo sería estableciendo el porcentaje de remuneración al distrito. Para ello tomamos los ingresos contemplados en el flujo de caja de la propuesta y los pagos efectuados al distrito, llevando estos pagos a pesos de enero de 1995, arroja un total de \$ 1.052.800.953 que representa un 14.51% del \$ 7.257.801.526 ingresos previstos en la propuesta para los cinco años de la concesión.

Este porcentaje (14.51%) se aplicó a los ingresos anuales percibidos por la utilización del globo B, obteniendo un valor de \$ 178.457.385 como participación al distrito (...)".

Ahora bien, al absolver una pregunta relacionada con los ingresos del globo B —discriminados en el anexo 2A del escrito de aclaraciones— en una suma de \$ 1.229.892.387 y los costos imputables al mismo, los peritos presentaron detallados cuadros que contenían cifras relativas a los ingresos totales del contrato, los ingresos del globo B, los gastos totales del contrato, los gastos del globo B, y las utilidades generadas. A partir de tales cuadros se llegó a una cifra que correspondía a la utilidad dejada de percibir por el concesionario.

Al final de sus aclaraciones y complementaciones los peritos efectuaron ejercicios para establecer los ingresos totales y los gastos ocasionados por la ejecución del contrato 005 de julio de 1995, incluyendo lo correspondiente al globo B, en dos escenarios, el primero, el de la utilidad esperada, y el segundo, el de la utilidad con ingresos reales; en uno y otro caso, el ejercicio se realizó teniendo en cuenta el impacto del globo B (fl. 2253 cdno. de pbas. 6).

Las anteriores citas demuestran con absoluta claridad cómo, al absolver las preguntas formuladas, los peritos Nancy Mantilla Valdivieso y Jorge Torres Lozano, contemplaron el uso que el concesionario hizo del globo B del Cementerio Central durante toda la vigencia del contrato.

F. Las observaciones de la contratante a las aclaraciones y complementaciones del peritazgo.

Buena parte de los argumentos y comentarios que el ingeniero director técnico de la UESP, efectuó sobre el dictamen pericial⁽¹⁹⁾ fueron recogidos como razones de la objeción que se plasmó en el escrito que el apoderado de la UESP propuso contra esa prueba. En ese documento, la UESP, luego de efectuar un análisis y una crítica detallada del dictamen pericial y de sus ampliaciones y complementaciones en lo relativo especialmente, al tema del globo B del Cementerio Central, sostuvo que la suma considerada por los peritos como debida por efecto de la tardía adopción de las tarifas y otros conceptos reclamados ante aquel primer tribunal por las consorciadas concesionarias, se compensaba en buena parte con los ingresos que más allá del plazo previsto en el contrato 005 de 1995 había obtenido la concesionaria con la utilización del referido globo de terreno.

Para la entidad distrital, el tema del globo B era de vital importancia dentro del tribunal de arbitramento que culminó con el laudo de fecha 5 de julio de 2002⁽²⁰⁾.

G. Las objeciones formuladas por la UESP al dictamen de los peritos torres y mantilla en lo referente a las cifras y métodos utilizados para examinar el caso del globo B del Cementerio Central.

En el escrito del 1º de marzo de 2002⁽²¹⁾, la parte convocante del primer tribunal arbitral, manifestó:

“Actualización tarifaria y reducción del tiempo de permanencia excluyendo los servicios de aseo y arrendamiento de bóvedas por servicios prestados en el del globo B (julio 7 de 1996 a marzo 15 de 2000).

Uno de los aspectos más relevantes encontrados en el análisis del dictamen pericial, es que todos los cálculos efectuados (disminución del tiempo de permanencia, actualización tarifaria, entre otros), se tuvieron en cuenta los servicios de arrendamientos de bóvedas y aseo efectuado en el globo B del Cementerio Central, durante el período comprendido entre el 7 de julio de 1996 y el 15 de marzo de 2000, hecho que conllevó a que los resultados de los cálculos obtenidos por los peritos dieran cifras más altas que las obtenidas por la unidad.

(...).

Como se puede ver, los ingresos obtenidos por la prestación de dichos servicios no estaban contemplados dentro de la propuesta del consorcio y tampoco eran parte del negocio pactado con el Distrito Capital... razón por la cual no deben tenerse en cuenta en los cálculos de los supuestos perjuicios causados al exconcesionario por situaciones como la reducción del tiempo de permanencia en bóveda y la actualización tarifaria.

Fue en ese sentido que la unidad hizo la solicitud de aclaración a los peritos; sin embargo, no evidenciamos ahora que los peritos hayan acogido las observaciones de excluir el globo B del análisis relacionado con la actualización

tarifaria (para arrendamiento de bóvedas y servicios de aseo), así como también con la reducción del tiempo de permanencia en bóveda. Es más, en el folio 1 del anexo 3A del informe de aclaraciones y complementaciones de los peritos se puede observar que las cifras son iguales a las del dictamen pericial, excepto para el concepto, que presentó una variación substancial.

(...) El haber tenido en cuenta los ingresos obtenidos por el consorcio por concepto de arrendamiento de bóvedas y aseo prestados en el globo B en el período mencionado, conllevó a que las cantidades económicas sobre el presunto perjuicio causado al concesionario se hayan elevado de manera significativa...

Para tener una idea clara de las diferencias que se evidencian aún en los cálculos, a continuación se incluyen las cantidades obtenidas luego de haber excluido los ingresos generados por el uso de las bóvedas del globo B por un período mayor al establecido en el contrato de concesión 005 de 1995:

“2.2. Reducción del tiempo de permanencia en bóveda.

En este aspecto, los peritos no tienen en cuenta la observación hecha de excluir del cálculo lo relacionado con el globo B; sin embargo, incluyen en el análisis los ingresos obtenidos por el consorcio como resultado de la disminución del tiempo de reducción esquelética o de permanencia en bóveda; de esta forma, los resultados finales se pueden observar en la siguiente tabla:

(...)".

Los ejercicios efectuados en la óptica de la UESP le llevan a establecer la suma de trescientos ochenta y cinco millones quinientos catorce mil doscientos cuarenta y cuatro pesos m/cte. (\$ 385.514.244), como real efecto de beneficio por la mayor permanencia en bóvedas del globo B, del Cementerio Central.

En cuanto al tema de la incidencia de los cálculos hechos con base en el arrendamiento de bóvedas del globo B del Cementerio Central, en las respuestas a las objeciones, se tiene:

(...) Los señores peritos, acatando la orden del tribunal, hicieron la revisión de los libros... concluyendo que en el período del 7 de julio de 1996 a 15 de marzo de 2000, el consorcio realizó 12.393 arrendamientos de bóvedas y el mismo número de servicios de aseo, lo que le representó ingresos brutos de \$ 1.229.8387 (...).

El tema del globo B es fundamental para el Distrito Capital, toda vez que del provecho que se obtenga de este aspecto, el resultado de la reclamación económica debe ser positiva para el distrito, más aún cuando los ingresos que obtuvo el consorcio por su utilización más allá del tiempo establecido, son muy significativos (negrillas del tribunal).

Ahora bien, la clave de este análisis es determinar de manera justa qué proporción de los ingresos corresponden al Distrito Capital y qué monto sería para el exconcesionario”.

Con las anteriores citas nuevamente se demuestra que el debate probatorio del tribunal arbitral que culminó con el laudo de 5 de julio de 2002, recayó en forma importante sobre el globo B del Cementerio Central y en particular sobre el uso que del mismo hizo el concesionario durante toda la vigencia del contrato.

H. Contenido y alcance del laudo de 2002.

En el laudo referido hubo tratamiento de la cuestión propuesta por la demandada como defensa al objetar los datos, cifras y consideraciones de los peritos en cuanto a la utilización, cifras recaudadas, costos y otros aspectos atinentes al globo B del Cementerio Central por parte del consorcio; se destaca, igualmente, que el tribunal arbitral denegó la objeción por error grave propuesta contra el peritazgo y sus aclaraciones, en torno, entre otros aspectos, al citado globo B.

I. Pronunciamiento particular sobre el globo B.

Considera pertinente el tribunal destacar en este punto que en el laudo de fecha 5 de julio de 2002, especial estudio mereció el tema del globo B.

En efecto en el capítulo de “Consideraciones del tribunal”⁽²²⁾, se expuso que las pretensiones referidas al globo B del Cementerio Central, constitúan materia contractual⁽²³⁾ sobre la que el tribunal debía pronunciarse⁽²⁴⁾.

Las consideraciones del laudo de fecha 5 de julio de 2002, respecto de la utilización del globo B del Cementerio Central y de la naturaleza contractual de las obligaciones ejecutadas respecto de tal predio, permiten confirmar el planteamiento ya expuesto en este laudo, en el sentido de que el uso que el concesionario hizo del citado globo B fue analizado en el laudo en mención, y por ende tuvo incidencia en las decisiones adoptadas⁽²⁵⁾.

J. Pronunciamiento sobre las objeciones por error grave al dictamen pericial.

En el curso del trámite arbitral cuyo laudo se profirió el 5 de julio de 2002, en la oportunidad procesal correspondiente el Distrito Capital objetó por error grave el dictamen pericial, objeción que fue controvertida por la parte convocante en escrito presentado, igualmente, de manera oportuna, si bien las citadas objeciones por error grave no prosperaron⁽²⁶⁾.

El análisis que el tribunal realizó sobre las mismas resulta de vital importancia para el pronunciamiento que en este capítulo se hace sobre la excepción de cosa juzgada.

Ahora bien, una de las objeciones formuladas por la entidad distrital consistía en que:

“(...) al Distrito Capital le debía corresponder una participación en las rentas del globo B, diferente de la establecida por la pericia”.

Esta objeción fue explicada en detalle en los términos que a continuación se transcriben:

(...).

“Ahora bien, la clave de este análisis es determinar de manera justa qué proporción de los ingresos corresponden al Distrito Capital y qué monto sería para el exconcesionario. Sobre este aspecto los peritos utilizan como única de varias posibilidades de cálculo, el establecer el porcentaje de remuneración incluida en la propuesta y aplicar ese mismo valor a los ingresos obtenidos en el globo B”.

(...).

“Por lo anterior, considero que el método empleado por los peritos no guarda coherencia con las indicaciones preliminares del dictamen pericial, razón por la cual se hace necesario determinar otras formas de hallar la cantidad de dinero que le corresponde al Distrito Capital”.

(...).

“Lo anterior hace necesario que se cambie el criterio empleado hasta el momento para establecer qué cantidad de dinero le corresponde al Distrito Capital. Orientando las acciones hacia ese objetivo, hay que partir de un aspecto importante y es precisamente, que el haber efectuado arrendamientos de bóvedas y servicios de aseo entre el 7 de julio de 1996 y el 15 de marzo de 2000, es un negocio diferente al pactado mediante el contrato 005 de marzo de 2000, y por tanto, por lo anterior, el manejo que se le debe dar al tema no tiene necesariamente que estar sujeto a la fórmula que está implícita en dicho contrato 005 de 1995, para establecer el valor de la retribución, puesto que, a mi modo de ver, **se trata de un negocio diferente** y como tal debe manejarse” (lo resaltado es del escrito de objeciones).

Al pronunciarse sobre la citada objeción, para rechazarla, el tribunal anterior se manifestó respecto del fondo del asunto⁽²⁷⁾.

K. Las decisiones adoptadas en el laudo.

El laudo proferido el 5 de julio de 2002 desestimó las pretensiones principales referidas a la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la UESP, pero concedió las subsidiarias relacionadas con la ruptura del equilibrio contractual y su restablecimiento.

En lo que se refiere a la cuantificación del daño, el tribunal tomó como fundamento probatorio el dictamen pericial rendido por los expertos Nancy Mantilla Valdivieso y Jorge Torres Lozano así como las correspondientes aclaraciones y complementaciones, trabajo que como ya se analizó, incluyó todo lo relativo al uso del globo B del cementerio central, y a la incidencia económica que tal uso tuvo en la ejecución del contrato.

Al evaluar el dictamen rendido, el tribunal anterior se pronunció afirmando que:

“(...) analizados de manera sistemática e integrada el dictamen pericial (ene. 18/2002) y sus aclaraciones y complementaciones (feb. 14/2002), las anteriores circunstancias que destaca el tribunal están consideradas en la experticia, de tal manera que ese trabajo es apto para establecer la medida del restablecimiento o compensación económica que le corresponde al concesionario al haber prosperado esta parte de las pretensiones.

Expuesto lo anterior cabe agregar que al emitir su decisión el tribunal declaró que “la ecuación económica o financiera del contrato de concesión 005 de 7 de julio de 1995 se alteró en detrimento del patrimonio y de los intereses económicos de los demandantes, por causas imputables exclusivamente al Distrito Capital de Bogotá”.

Adicionalmente, como consecuencia de la anterior declaración, condenó al Distrito Capital de Bogotá a pagar a la Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios, Cootransfun (ahora, la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro – Cootransfun) y Carlos Jorge Silva Bernal, a título de restablecimiento de la ecuación económica del contrato de concesión 005 de 7 de julio de 1995, sumas de dinero que se consignaron en el citado laudo.

L. Conclusión.

Del análisis anterior se evidencia que en el laudo de 5 de julio de 2002, para tomar su decisión, el tribunal tuvo en cuenta el dictamen pericial rendido y sus complementaciones y aclaraciones, documentos en los que aparece examinado y debatido lo concerniente a establecer las sumas que debían entrar en el examen del conjunto de las relaciones contractuales y financieras para definir el tema del equilibrio financiero del contrato 005 de 1995.

Entre las sumas tomadas en cuenta aparece lo que ingresó al consorcio por efecto de la explotación del lote o globo B del Cementerio Central; igualmente, según el peritazgo de los expertos Torres Lozano y Mantilla Valdivieso, la operación de ese globo arrojó pérdidas superiores a un millón de pesos a la concesionaria; también se estableció que en las cifras tomadas en cuenta por el tribunal para formular las condenas que efectuó, contempló la incidencia de las cifras relacionada con la explotación, ingresos y costos de la operación del globo B del Cementerio Central, durante el período reclamado por la UESP, en la medida en que se basó para acogerlo en el peritazgo y sus aclaraciones y complementaciones y en la que, como lo advierten los peritos en la parte final de sus documentos de aclaraciones y complementaciones, incluyeron en todos los escenarios ofrecidos al sentenciador los datos concernientes al globo B.

Adicionalmente, la objeción que por error grave formuló la UESP contra ese dictamen y sus aclaraciones y complementaciones, parte de la cual se dirigía contra el dictamen por la metodología utilizada, la forma y datos obtenidos por los peritos para calcular y considerar lo relativo al globo B, fue despachada negativamente en el laudo; en este aspecto lo decidido en cuanto a los métodos, datos y consideraciones utilizadas para examinar y evaluar la defensa propuesta por la UESP fundada en la indebida explotación que, a su juicio, hizo del globo B la convocante, y los ingresos injustificados que habría obtenido, al haberse definido en la parte resolutiva y motiva del laudo que no tenían fundamento, otorgaron a esas pruebas, a esos hechos y a esa evaluación, la fuerza de cosa juzgada formal y material.

Por otra parte, el propio tribunal arbitral, en los largos considerandos que consagró al tema del globo B, determinó que la cuestión no era examinable como asunto extracontractual, según lo postuló la UESP para tratar de debatir la problemática relativa al globo B en el ámbito de aquella responsabilidad, sino que determinó que era un asunto contractual, y al definir las pretensiones sobre el equilibrio financiero del contrato, deprecada por la accionante, cobijó en su decisión el impacto que los aspectos fácticos y jurídicos concernientes al globo B pudieron tener sobre el estado de cuentas entre las partes; en efecto, las cifras establecidas por los peritos en lo que hace a ese globo B, fueron factores que sirvieron para determinar la suma que en definitiva se reconoció a los accionantes en aquel

proceso.

De otra parte, este tribunal destaca que en el laudo mencionado de 5 de julio de 2002, se determinó que la utilización del globo B estuvo acorde con los términos del contrato.

En síntesis, encuentra este tribunal que para fulminar las condenas que se establecieron en el laudo arbitral de 5 de julio de 2002, se tuvieron en cuenta los ingresos, egresos y costos que los concesionarios obtuvieron y debieron efectuar para operar actividades en el globo B; que esos aspectos fueron tratados expresamente en el laudo referido, tanto en su parte motiva, como en la resolutiva, pues en esta se despachó negativamente lo concerniente a la objeción por error grave que, en parte, se refería ese tema.

Expuesto lo anterior, resulta evidente que los requisitos para que se presente la figura de cosa juzgada —reseñados al inicio de este capítulo— se encuentran presentes en el proceso que nos ocupa en relación con la pretensión referida al globo B del Cementerio Central.

En efecto es claro que:

- La pretensión primera, junto con el aparte i) de la pretensión séptima, referida al uso del globo B del Cementerio Central formulada por la UESP en el proceso que ocupa a este tribunal, versa sobre una materia que fue tratada ampliamente en el tribunal de arbitramento cuyo laudo se profirió el 5 de julio de 2002 y respecto de la cual hubo pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada.
- Tanto el proceso arbitral en virtud del cual se emite este laudo, como aquel que terminó con el laudo proferido el 5 de julio de 2002, se fundan en la ejecución del contrato 005 de 1996, y en particular en lo relativo a la pretensión que se analiza, se fundan en el uso que el concesionario hizo del globo B del Cementerio Central durante los años 1996 a 2000, aspecto que fue uno de los fundamentos del laudo anterior.
- Entre los dos procesos hay identidad jurídica de partes.

Finalmente, no es posible acoger el argumento según el cual, por cuanto en aquel proceso la UESP obró como demandada y el consorcio como demandante, las partes sean distintas, pues son las mismas que intervienen en este, aunque en posiciones procesales contrarias, pero entre ellas se debatió allá el tema que se pretende que examine nuevamente en esta instancia, lo cual le está vedado al juez en aplicación del principio *non bis in idem sit actio*.

En esas condiciones, por lo que hace al objeto de la litis, no puede llamarse a duda el hecho de que el tema referido al uso del globo B del Cementerio Central entre los años 1996 y 2000, ya fue examinado en el precedente tribunal arbitral y decidida la litis con fuerza de cosa juzgada.

En el orden procesal, el examen de una pretensión implica el examen de la defensa propuesta por la demandada, y en la medida en que los hechos y derechos en que se funda la defensa sean estudiados, examinados, y decididos por el juez, debe entenderse que tanto sobre los propuestos por la demanda, como los argüidos por la réplica, quedan decididos con la fuerza de cosa juzgada; así ha sucedido en el *sub lite* como se desprende la lectura de las piezas y documentos procesales transcritos arriba y en consonancia con lo pedido, demostrado, alegado y probado, el presente tribunal habrá de tomar su decisión.

En virtud de lo examinado, el tribunal declarará probada la excepción de cosa juzgada respecto de esta primera pretensión propuesta por la convocada, lo que conlleva a la negación de la pretensión deprecada concerniente a la obligación de reintegrar a la UESP los producidos de la explotación del globo B del Cementerio Central, y así lo decidirá en la parte resolutiva del laudo.

5. Pretensión segunda.

A. Hechos.

a) Hechos alegados.

La convocante en los siguientes términos solicitó en esta segunda pretensión:

“Que el consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por cuanto no pagaron al Distrito Capital, durante la ejecución del contrato 005 de julio 7 de 1995, el valor de la depreciación de bienes, de conformidad con lo establecido en los documentos contractuales”.

Así mismo, pretende el demandante que a la anterior declaración le siga la correspondiente declaratoria de indemnización de perjuicios, estimada así:

“Por concepto del valor de la depreciación de los bienes que no fue cancelado por el consorcio al Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, la suma de ciento ochenta y siete millones trescientos diecinueve mil setecientos treinta y seis pesos (\$ 156.099.780) o la mayor que se acrede dentro del proceso, junto con su actualización, los intereses de mora y demás rendimientos que correspondan desde la fecha en que se debía realizar cada pago hasta la fecha en que se produzca el laudo respectivo”.

b) Hechos probados.

En virtud de la cláusula IX del contrato 005 de 1995⁽²⁸⁾, aparece de manera expresa que el componente de la depreciación hace parte del mismo, no solo en sus cláusulas principales⁽²⁹⁾, sino también en los pliegos de condiciones de la licitación junto con sus modificaciones:

5. (...) Dentro del flujo de egresos se deberá incluir el componente de depreciación, cuya provisión mensual deberá ser transferida a una cuenta del distrito”⁽³⁰⁾.

En el pliego de condiciones que dio lugar a la celebración del contrato 005 de 1995, se dispuso expresamente que en el rubro de egresos se previera el componente de la depreciación, cuya provisión mensual debía ser transferida al Distrito Capital de manera independiente de la remuneración que se reconociere a este. De esta manera, la entidad convocante recibiría ingresos por dos conceptos distintos:

1. Por el componente de la depreciación de sus bienes.
2. Por la remuneración fija mensual, concepto totalmente distinto de la pérdida del valor de los inmuebles y de los demás bienes afectos a la concesión.

El pliego de condiciones de la licitación estableció claramente para el convocante, una metodología para el cálculo de la depreciación, así como el procedimiento de pago, el cual debería realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación de cada mes, según aparece en el folio 35 del cuaderno de pruebas 1.

En ese sentido, la obligación del pago por depreciación queda claramente probada en el pliego, los cuáles, según ya ha señalado el Consejo de Estado, “forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido”⁽³¹⁾.

Posteriormente, en su escrito de aclaraciones a la propuesta que presentó el consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal el día 5 de junio de 1995, (folio 387 del cuaderno de pruebas 1, dejó claramente establecida la diferencia entre la depreciación como un costo a cargo de concesionario y la retribución al Distrito Capital como participación que le corresponde en la concesión. En ella se lee clara y expresamente, que el valor correspondiente a la depreciación anual que se le retribuirá al Distrito Capital en forma mensual, será un valor de dos millones seiscientos un mil seiscientos sesenta y dos con 83 (\$.601.662.83).

B. Contrato válido.

Es de la naturaleza del contrato de concesión, que si bien algunas de las obligaciones se encuentran determinadas

por disposiciones de carácter legal y reglamentario, los derechos y obligaciones se determinan contractualmente, el artículo 40 de la Ley 80 expresamente señala como es posible: “incluirse las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

El contrato de concesión 005 de julio 7 de 1995 celebrado entre el Distrito Capital y el consorcio Cootransfun - Carlos Jorge Silva Bernal, para el desarrollo de su objeto, dispuso expresamente como una obligación del contrato para el concesionario, que este destinará en el rubro de egresos una provisión mensual del componente de la depreciación, la cual debía transferir al Distrito Capital de manera independiente de la remuneración que se reconociere a este. En virtud de lo anterior, la obligación se considera valida para el análisis de esta segunda pretensión⁽³²⁾.

C. Incumplimiento.

En el desarrollo de este proceso, se ha probado que el concesionario no transfirió suma alguna por concepto de la depreciación al distrito. La prueba del no pago de suma alguna por concepto de depreciación se soporta por una parte, por cuanto el consorcio no ha probado su cancelación y aparecen diversos informes de la interventora, entre otros el radicado bajo el N° 983494 de junio 2 de 1998 y el informe final del contrato 005 de 1995 que así lo indica.

Por otra parte, de los testimonios que el tribunal recibió de parte de los doctores Carlos Germán Caicedo Espinel (fl. 2465 del cdno. de pbas. 8), Javier Ernesto Gutiérrez Oviedo (fl. 2597 del cdno. de pbas. 8), y Hernán Darío Ortega (fl. 2603 del cdno. de pbas. 8), aparece claramente la diferencia precisa entre el rubro de depreciación y el rubro de la remuneración mensual como temas completamente diferenciados.

Sin perjuicio de lo anterior, en el alegato de conclusión presentado por la parte convocada - Cootransfun - en el proceso arbitral, el 20 de agosto del año 2004, en la página 21, el apoderado del consorcio Dr. José Maximino Gómez asimila en un solo concepto de remuneración del Distrito Capital ambos rubros de depreciación y de remuneración, citando de manera parcial la cláusula octava del contrato de concesión y omitiendo en esa cita que los gastos que allá se mencionan son los correspondientes a la prestación del servicio por parte del concesionario, por lo cual este tribunal conceptúa que esta cita parcial induce a error. La cita parcial es la siguiente:

“En la remuneración pactada se encuentran comprendidos la totalidad de los costos administrativos, financieros, operativos, de publicidad y promoción, fiscales y cualquiera otros correspondientes a la prestación de los servicios “(a cargo del concesionario).

Finalmente, la cláusula octava del contrato habla de que en la remuneración pactada se encuentra comprendida la totalidad de los costos correspondiente a la prestación de los servicios por parte del concesionario, tal como lo alega el Dr. Gómez.

Sin embargo, debe precisarse que a juicio del tribunal, la depreciación no es un costo correspondiente a la prestación de los servicios, sino es un costo a cargo del consorcio correspondiente al menor valor que tienen los bienes otorgados en concesión, según lo propuesto por el distrito y aceptado por el consorcio de manera expresa en las aclaraciones a la propuesta. Si aún no se prestaren los servicios, los costos de depreciación siguen corriendo para el Distrito Capital.

Es claro para este tribunal que el consorcio debía transferir al Distrito Capital una provisión mensual del componente de la depreciación, lo cual no ocurrió en la realidad, incumpliendo la obligación contenida en el contrato.

D. Daño.

Para la determinación de la existencia de un daño, este tribunal realizó una minuciosa revisión del laudo de fecha de 5 de julio de 2002, legalmente aportado a este proceso, proferido dentro del tribunal de arbitramento en el que actuaron como árbitros los doctores Gilberto Peña, Patricia Mier y Saúl Flórez, el cual se pronunció sobre el equilibrio económico del contrato de prestación de los servicios. El laudo anterior, tuvo en cuenta el dictamen de

los peritos Jorge Torres Lozano y Nancy Mantilla Valdivieso, quienes establecieron que uno de los factores de egresos era la depreciación por un valor anual de \$ 31.219.954, teniendo en cuenta el avalúo de los bienes⁽³³⁾.

En virtud de lo anterior y pese a que los peritos convocados por el tribunal anterior consideraron que la depreciación era un egreso del contrato y ese tribunal tuvo ese elemento de juicio para fallar; al no haberse cancelado el valor de la depreciación, este no pago constituye un incumplimiento para el consorcio y un menoscabo en el patrimonio del Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.

Razón por la cual, este tribunal considera que existió un daño que contravía los fines esenciales de todo contrato estatal⁽³⁴⁾ y ocasiona un detrimiento a una de las partes, en este caso al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.

E. Nexo causal

En virtud de determinar la responsabilidad civil contractual derivada de la existencia de un nexo causal entre el no cumplimiento de la obligación establecida en el pliego y parte integral del contrato de concesión 005 de julio 7 de 1995 y el daño, la jurisprudencia colombiana ha sostenido para casos como el aquí estudiado, que más que una controversia de tipo contractual, se da un litigio indemnizatorio por enriquecimiento sin causa⁽³⁵⁾.

En este sentido, este tribunal ha establecido que frente al incumplimiento de la obligación contractual del pago de la depreciación, el consorcio se beneficia concientemente y el Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos sufrió un detrimiento en su patrimonio, todo lo anterior en virtud del desarrollo del contrato analizado.

F. Conclusión.

En consecuencia, considera el tribunal que el consorcio debe cancelar al distrito las sumas correspondientes a la depreciación causadas y no canceladas que al momento y de acuerdo con el peritaje anteriormente citado asciende a la suma de doscientos ochenta millones ochocientos sesenta y siete mil ochocientos veintiún pesos m/cte. (\$ 280.867.821) a 14 de diciembre del año 2004, de acuerdo con el Decreto 679 de 1994 el cual regula la determinación del interés moratorio, estableciendo en su artículo 1º que “para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”.

Adicionalmente, el tribunal señala cómo el pago de la depreciación no es incompatible con el rubro de intereses, no siendo excluyentes entre sí.

Ambos reconocen una causa diferente: los intereses, para compensar el perjuicio ocasionado por la privación temporaria del capital, en tanto que la compensación por depreciación se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario en signo monetario.

Por lo tanto, se prevé el reconocimiento de intereses de mora por valor de doscientos sesenta y seis millones doscientos cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro pesos m/cte. (\$ 266.204.744) a 14 de diciembre del año 2004.

6. Pretensión tercera.

La convocante solicita que el tribunal declare que los convocados incurrieron en responsabilidad frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, porque en desarrollo del contrato 5 de julio 7 de 1995 realizaron cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes que no estaban permitidos en los documentos contractuales, lucrándose indebidamente con los mismos⁽³⁶⁾.

Y como consecuencia de lo anterior, solicita que los convocados deben reconocer y pagar al convocante, por concepto de los cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes que no estaban permitidos en los documentos contractuales, \$ 105.023.262, o la suma mayor que se acredite dentro del proceso, junto con su

actualización, intereses y demás rendimientos producidos desde la fecha en que se realizaron los cobros y hasta la fecha en que se produzca el laudo⁽³⁷⁾.

A. Hechos.

a) Hechos alegados.

En la convocatoria del tribunal de arbitramento se relacionaron unos hechos comunes, así como hechos particulares conexos con cada una de las pretensiones. En lo concerniente a la pretensión tercera, el convocante alegó los siguientes hechos:

1. “El pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 estableció la remuneración del concesionario con cargo a las tarifas que fija el Alcalde Mayor del Distrito Capital”.
2. “Atendiendo lo establecido en el pliego de condiciones, el consorcio concesionario previó en su propuesta un cobro anual a los usuarios del servicio por concepto de aseo y mantenimiento de las áreas comunes”.
3. “El reglamento de la concesión, por su parte, prohibió expresamente al concesionario cobrar los servicios a precios diferentes a los autorizados por el distrito”.
4. “Con sujeción a lo previsto en los documentos del contrato, el Alcalde Mayor de Bogotá expidió los actos administrativos que fijaron los valores para los servicios que se prestaban en los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito durante el término de la concesión, con pagos anuales por concepto del servicio de aseo y mantenimiento de las áreas comunes”.
5. “No obstante lo establecido en los documentos que regían el contrato de concesión, el concesionario cobró a los usuarios de sus servicios de aseo y mantenimiento de las áreas comunes por anticipado, en el momento de la inhumación, lucrándose indebidamente en desarrollo del contrato”.

Carlos J. Silva, en su calidad de convocado contestó a los anteriores hechos de la siguiente manera:

Al hecho que aquí se identifica con el numeral 1º:

“Es cierto”.

Al hecho 2 anterior:

“Es cierto”.

Al hecho 3:

“Es cierto”.

Al hecho 4:

“No es cierto, puesto que con la expedición tardía o extemporánea de dichos actos administrativos el distrito causó un desequilibrio económico al concesionario y así lo reconoció el tribunal de arbitramento en el ya mencionado laudo de 5 de julio de 2002”.

Al hecho 5:

“No es cierto como se presenta. Debe aclarar que los cobros que se hicieron fueron para cubrir los gastos de servicios cuya remuneración no se había previsto en el contrato, razón más que suficiente para concluir que no hubo el lucro indebido a que se hace referencia en la demanda. Adicionalmente, en el dictamen pericial que fue acogido por el tribunal de arbitramento presidido por el Dr. Gilberto Peña Castrillón, las cifras finales fueron establecidas tomando en cuenta todos los ingresos y egresos reales: luego este tema ya fue definido y no puede recavarse sobre el mismo”.

Por su parte, la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro “Cootransfun” contestó a los hechos relacionados con la presente pretensión, en los siguientes términos:

Al hecho 1:

“Es cierto”.

Al hecho 2:

“Es cierto”.

Al hecho 3:

“Es cierto”.

Al hecho 4:

“No es cierto como se presenta, puesto que con la expedición tardía o extemporánea de dichos actos administrativos el distrito causó un desequilibrio económico al concesionario y así lo reconoció el tribunal de arbitramento en el ya mencionado laudo de 5 de julio de 2002”.

Al hecho 5:

“No es cierto como se presenta, pues debe aclararse que los cobros que se hicieron fueron para cubrir los gastos de servicios cuya remuneración no se había previsto en el contrato, razón más que suficiente para concluir que no hubo el lucro indebido a que se hace referencia en la demanda. Adicionalmente, en el dictamen pericial que fue acogido por el tribunal de arbitramento presidido por el Dr. Gilberto Peña Castrillón, las cifras finales fueron establecidas tomando en cuenta todos los ingresos y egresos reales; luego este tema ya fue definido”.

b) Hechos probados.

Atendiendo lo establecido en el pliego de condiciones⁽³⁸⁾, de una manera que no ameritó objeción por parte de la UESP durante el proceso licitatorio correspondiente a la licitación pública 1 de 1995, el consorcio concesionario previó en su propuesta cobro por parte del concesionario a los usuarios del servicio por concepto de aseo y mantenimiento de las áreas comunes y un pago fijo a la UESP mensual durante el término de la concesión, así: para el primer año \$ 10.715.574.99 mensuales, para el segundo año \$ 30.000.000 mensuales, para el tercer año \$ 35.000.000 mensuales, para el cuarto año \$ 40.000.000 mensuales y para el quinto año de \$ 45.000.000 mensuales.

El reglamento de la concesión, por su parte, prohibió expresamente al concesionario cobrar los servicios a precios diferentes a los autorizados por el distrito⁽³⁹⁾.

En la manera que ya fue objeto de estudio por parte de otro tribunal de arbitramento que se pronunció al respecto⁽⁴⁰⁾, el Alcalde Mayor de Bogotá expidió los actos administrativos que fijaron los valores para los servicios que se prestaban en los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito durante el término de la concesión, con pagos anuales por concepto de servicio de aseo y mantenimiento de las áreas comunes.

No obstante lo establecido en los documentos que regían el contrato de concesión, el concesionario cobró a los usuarios de sus servicios de aseo y mantenimiento de las áreas comunes por anticipado, en el momento de la inhumación⁽⁴¹⁾.

En desarrollo de este trámite arbitral se acreditó que se trata de un servicio que se presta y que se causa en la medida que va corriendo el tiempo⁽⁴²⁾. Contablemente se utilizan anualidades⁽⁴³⁾.

Dado que el período durante el cual se prevé en las normas que se puede cobrar es superior a aquel en que los convocados serían concesionarios de los predios, el cobro no era permitido y correspondía a servicios que deberían ser prestados por quien en el futuro recibiera la responsabilidad de prestar ese servicio.

En el aparte VI “Las propuestas” del pliego de condiciones se señala que el alcance de las mismas, tanto técnica

como económica se debía presentar una oferta considerando un período de contratación de cinco años y especifica que “El oferente deberá realizar las visitas que considere necesarias para alcanzar el debido conocimiento de los cementerios y el horno crematorio, ya que en ningún momento posterior podrá argumentar el desconocimiento de las mismas, como elemento de ajuste o corrección a los términos de la propuesta o del contrato que llegase a celebrarse, bajo ninguno de sus aspectos”⁽⁴⁴⁾.

En el acápite VIII “Instrucciones para la elaboración de la propuesta técnica” en la descripción de la prestación de los servicios se señala que es obligación del concesionario prestar sin ninguna discriminación a la comunidad, y de acuerdo con la demanda y la oferta, y en estricta concordancia con el reglamento de la concesión, los siguientes servicios, entre otros⁽⁴⁵⁾:

- Aseo y mantenimiento en bóvedas y osarios.
- Aseo y mantenimiento de áreas comunes (vías peatonales, y vehiculares, corredores, pasillos y zonas verdes).

Por último, en el acápite IX de instrucciones específicas para la elaboración de la propuesta económica, se establecen algunas instrucciones que consisten básicamente en proponer las tarifas durante 1995 para⁽⁴⁶⁾:

- Arriendo de bóvedas.
- Servicio de exhumación.
- Venta de esqueletos y partes óseas.
- Traslado de cadáveres.
- Inhumaciones y exhumaciones en mausoleos particulares.
- Servicio de aseo y mantenimiento de áreas comunes: vías peatonales, vehiculares, corredores, pasillos y zonas verdes.
- Cremaciones.

En el contrato 5 de julio 7 de 1995, celebrado entre el Distrito Capital y el consorcio Cootransfun-Carlos Jorge Silva Bernal, en la cláusula IV obligaciones del concesionario se prevé que además de las consagradas en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, en la propuesta presentada a consideración del distrito, el concesionario adquiere las siguientes obligaciones:

“D. Prestar sin ninguna discriminación a la comunidad y de acuerdo con la demanda y la oferta, y en estricta concordancia con el reglamento de la concesión, los siguientes servicios:

(...).

- Aseo y mantenimiento en bóvedas y osarios.
- Aseo y mantenimiento de áreas comunes, vías peatonales y vehiculares, corredores, pasillos y zonas verdes”.

En la cláusula VIII se previó el pago que se haría a favor del distrito indicando que se entregará al Distrito Capital, durante el tiempo de duración del contrato será de mil novecientos veintiocho millones quinientos ochenta y seis mil novecientos pesos con 96 CT (\$ 1.928.586.900.96), suma de dinero discriminada así: para el primer año \$ 10.715.574.99 mensuales, para el segundo año \$ 30.000.000 mensuales, para el tercer año \$ 35.000.000 mensuales, para el cuarto año \$ 40.000.000 mensuales y para el quinto año de \$ 45.000.000 mensuales.

De la anterior manera resulta claro que la remuneración que recibiría el Distrito Capital por el contrato de concesión que nos ocupa sería absolutamente independiente de los recaudos que el concesionario realizara.

Ciertamente, si bien de la lectura de los pliegos de condiciones se hubiera podido desprender que el concesionario y el distrito correrían la suerte de los ingresos, en la propuesta que los convocados presentaron, lo mismo que en el

contrato 005 que se firmó, esa no fue lo convenido.

En ese escenario, entonces, el riesgo de recaudo no afectaba al distrito y, por la misma razón, los mayores cobros no implicaban un egreso, ni ninguna pérdida para este.

B. Fundamentos de derecho.

Como sustento de su solicitud, el convocante invocó las normas citadas en el análisis de las pretensiones anteriores.

C. Contrato válido.

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. En consecuencia, debemos remitirnos al artículo 1502 del Código Civil el cuál consagra los requisitos de validez del contrato, a saber:

1. “Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y que dicho consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito;
4. Que tenga una causa lícita”.

Realizado el análisis de las normas anteriormente citadas, y teniendo en cuenta que la validez del contrato no se encuentra discutida dentro del proceso encontramos que existe un contrato legalmente celebrado entre las partes de este proceso, el contrato de concesión 005 de julio 7 de 1995 celebrado entre el Distrito Capital y el consorcio Cootransfun-Carlos Jorge Silva Bernal, cuyo objeto es la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y del horno crematorio propiedad del Distrito Capital, en concordancia con lo estipulado en este pliego de condiciones, el reglamento de la concesión y todas aquellas normas pertinentes que regulen este servicio⁽⁴⁷⁾.

El primer supuesto de la responsabilidad contractual se cumple.

D. Incumplimiento.

Es indispensable atender la regla general de responsabilidad de los contratistas prevista en el inciso primero del artículo 52, según el cual: “Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley”.

Tal como se indicó, en el contrato se previó la obligación de que los concesionarios se ciñieran estrictamente a las tarifas señaladas por la Alcaldía Mayor de Bogotá. Así se desprende de los siguientes apartes:

“Cláusula IV. Obligaciones del concesionario. Además de las consagradas en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, en la propuesta presentada a consideración del distrito, el concesionario adquiere las siguientes obligaciones:

J. Aplicar controlar el cobro de tarifas en cada uno de los servicios motivo del presente contrato de concesión, las cuales serán autorizadas y modificadas exclusivamente por el Distrito Capital”.

La misma interventoría del contrato 5 de julio 7 de 1995 señaló en más de una ocasión que el consorcio estaba realizando cobros anticipados por la prestación de los servicios de aseo y mantenimiento de áreas comunes⁽⁴⁸⁾.

De acuerdo a los informes, el consorcio reconoció que efectuaba el cobro por el valor equivalente a 5 años de prestación de los servicios de aseo y mantenimiento de áreas comunes, según él porque si se cobraba anualmente después del primer año se hacía imposible el recaudo de los valores siguientes.

La prueba 2.1, informe diciembre 21 de 1999 del interventor, señala que “Conclusión: Los análisis y documentos anteriores demuestran que el concesionario cobró, durante el período 01/01/96 al 07/07/98, tarifas irregulares para los servicios de aseo y mantenimiento de las bóvedas pequeñas y de los osarios y por lo tanto recomendamos a la UESP la aplicación de multas y el reintegro a los usuarios de los valores cobrados de más”⁽⁴⁹⁾.

(...).

Para dictar esta recomendación el interventor se fundamentó entre otros, en las tablas de tarifas que el mismo consorcio exhibía en lugares visibles de los cementerios y el horno crematorio del norte. Asegura el interventor que durante las vigencias de los decretos de tarifas 007/97, 594/98 y 490/99, se podía observar que “... los valores publicados por el servicio de aseo y mantenimiento son superiores a los establecidos en los decretos y corresponden a las tarifas anuales, multiplicadas por los tiempos de permanencia, para las bóvedas del distrito, y a las tarifas anuales multiplicadas por 5, para las bóvedas particulares y los osarios”⁽⁵⁰⁾.

Adicionalmente la prueba 2.1.3. informe final de interventoría junio 2000, al respecto señala que “Las resoluciones sobre tarifas en los cementerios y hornos del Distrito Capital han establecido tarifas para la prestación del servicio de aseo y mantenimiento de áreas comunes. Tales tarifas han sido señaladas para períodos anuales. El concesionario, a pesar de lo establecido por las resoluciones tarifarias, ha realizado un cobro anticipado de este servicio por períodos equivalentes a los términos de permanencia en bóvedas del distrito y a cinco años para propiedades particulares. Sobre lo anterior, ha argumentado que solamente de esta forma podría garantizar que los deudos pagasen este servicio durante el período completo de permanencia en bóveda. La interventoría ha señalado al concesionario que debía dar cumplimiento a las tarifas aprobadas. Debemos recordar que la interventoría recomendó a la UESP la modificación del cobro de este servicio mediante la adopción de una modalidad similar a la aplicada por el concesionario. Mientras que una medida tal no haya sido reglamentada, la interventoría considera que este cobro no autorizado es un incumplimiento del concesionario al contrato de concesión que conlleva la aplicación de multas”⁽⁵¹⁾.

Es claro pues para este tribunal que el consorcio debía cobrar por estos servicios lo permitido legalmente y que no lo hizo así, incumpliendo el contrato⁽⁵²⁾.

En efecto, conforme a lo consagrado en el artículo 1602 del Código Civil todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y deben estarse a lo dispuesto en él.

E. Daño y perjudicado.

Una vez determinado que el cobro anticipado de servicios de aseo y mantenimiento de áreas comunes se realizó en contra de los presupuestos del contrato, pasamos a señalar si esta situación generó un daño y quien fue el perjudicado por el mismo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1613 del Código Civil, normatividad aplicable al caso bajo estudio por remisión directa de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993; la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, definidos en el artículo 1614 del mismo código de la siguiente manera:

“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Cómo se verá, el comportamiento de los convocados pudo haber tenido consecuencias sobre los ingresos del concesionario subsecuente, “La Eternidad”, que es la entidad que celebró el contrato de concesión después del consorcio Cootransfun-Carlos J Silva Bernal⁽⁵³⁾, pero bajo ninguna circunstancia sobre los ingresos que contractualmente le correspondieron a la convocante, toda vez que esta no sufrió perjuicio alguno.

De acuerdo con las normas aplicables⁽⁵⁴⁾, los adultos deben permanecer en bóveda por 4 años y los párvulos por 2 ½ años.

En nuestro caso esa circunstancia implica que cualquier inhumación de un adulto que se realizara a partir del 2 año de la concesión o a partir de la mitad del plazo para un párvido, implicaría que el cadáver permanecería en bóveda algún tiempo luego de finalizada la concesión de los convocados.

Los cobros que se están comentando corresponden a servicios que se prestan sucesivamente y cuya retribución se causa en la medida que pasa el tiempo. De acuerdo con los testimonios recibidos, la causación es anual⁽⁵⁵⁾.

En ese orden de ideas, si el concesionario cobró, como en efecto lo hizo, la totalidad de los años de prestación del servicio en el momento de hacer la inhumación, se apropió de recursos que le correspondían a quien en su momento tendría la obligación de prestar los servicios, respecto del tiempo que excediera de su concesión.

Ahora bien, en un correcto entendimiento del problema, el detrimento patrimonial se le causó a la persona o entidad que debió prestar los servicios una vez los convocados cesaron en su concesión o a los usuarios que se vieran obligados a pagar 2 veces el mismo servicio.

La primera posibilidad en caso que el nuevo concesionario preste el servicio sin cobrar nuevamente. La segunda si el nuevo concesionario insistiera en que se le paguen a él los valores ya cancelados.

Pero, dado que el contrato de concesión 173 de 2000 celebrado el 22 de diciembre de 2000 entre la UESP y el consorcio “La Eternidad”, tiene por objeto la administración, operación y mantenimiento de los cementerios norte, sur, globo A del central, al igual que de los hornos crematorios de chapinero y del cementerio del sur propiedad del Distrito Capital, y se comenzó a desarrollar sin intervalo alguno con la terminación de la concesión de los convocados⁽⁵⁶⁾, el Distrito Capital nunca prestó el servicio directamente y no aparece probado que hubiera dejado de recibir ingresos por los motivos que estamos estudiando.

En otras palabras, dado que el Consorcio Cootransfun-Carlos J Silva Bernal tenía un contrato de 5 años, en el primer año del contrato los cobros que estudiamos no generaron ningún tipo de daño, pero a partir del segundo año, este consorcio cobró para sí anticipadamente un servicio que no sabía si iba a prestar o no y los cobros realizados por períodos posteriores al año en que terminó la concesión implican un menor valor de los ingresos del consorcio que recibió la responsabilidad de llevar a cabo esas labores.

Pero, si una persona pagó al Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal en 1999 el equivalente a 5 años de servicios, de este valor solo le correspondía el valor de 1 año al Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal, pues fueron los servicios que realmente iba a prestar, es necesario determinar qué ocurre con el valor equivalente a los otros cuatro años, valor que efectivamente ingresó al Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal.

Es claro que, de existir un perjudicado, ese perjudicado sería el consorcio “La Eternidad”, actual administrador y operador de los cementerios y hornos crematorios, porque, continuando con el mismo ejemplo, tendrá que prestar esos servicios de aseo y mantenimiento por 4 años sin recibir el valor correspondiente por ello y por lo tanto utilizando su presupuesto para cubrir los mismos, pues no puede exigirle al usuario un pago nuevamente.

En conclusión, el Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal obtuvo de los usuarios valores por cobro anticipado de servicios de aseo y mantenimiento que no prestó por esos 5 años. Estos valores cobrados de más producen un daño al consorcio “La Eternidad” que tiene que prestar estos servicios sin ningún tipo de pago por ellos o a los usuarios, en el evento en que se les hubiera cobrado doble. Pero, en el mismo sentido es claro que la entidad distrital convocante, a la luz del contrato, no sufrió por esta razón detrimento patrimonial alguno.

Ciertamente, como se analiza en detalle en otros apartes de este laudo, por razones desconocidas, durante el proceso licitatorio la modalidad de pago prevista en los pliegos se cambió y el concedente no recibiría ya un porcentaje de los ingresos por los servicios prestados, sino la totalidad de los mismos. A su turno, el Distrito Capital debería recibir una suma fija por concepto del contrato.

Dado que la modalidad⁽⁵⁷⁾ no se varió en el siguiente contrato, la UESP no sufrió ningún perjuicio. El servicio de aseo y mantenimiento se ha prestado y se continúa prestando por concesionarios. Veamos:

La UESP nunca tuvo que asumir los costos de los servicios que ya habían sido cobrados y no prestados por el

Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal, porque el distrito en ningún momento tuvo que asumir la prestación de estos servicios, tal y como consta en las consideraciones del contrato de concesión C-173 de 2000 celebrado entre la UESP y el consorcio La Eternidad (cdno. de pbas. 8) la prestación de los servicios pasó de las manos del Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal al consorcio La Eternidad:

“2. Que mediante Resolución 023 del 23 de marzo de 2000 se ordenó la apertura de la licitación pública 003, con el objeto de contratar la administración, operación y mantenimiento de los cementerios norte, sur y globo A del cementerio central, al igual que los hornos crematorios de chapinero y del cementerio del sur de propiedad del Distrito Capital, por el sistema de concesión.

3. Que dicho proceso concluyó con la declaratoria de desierta de la referida licitación mediante Resolución 088 del 13 de junio de 2000, por las razones jurídicas y técnicas de las que da cuenta el acta de audiencia pública correspondiente.

4. Que el contrato de concesión 005 de 1995 suscrito con el Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal, para la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y hornos crematorios de propiedad del Distrito Capital, venció el 6 de julio de 2000 y ante la declaratoria de desierto del proceso licitatorio citado, se requirió tomar las medidas para garantizar la continuidad de la prestación de este servicio público por lo que la administración decidió contratar la operación temporal de los cementerios al Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal teniendo en cuenta que en su momento no existía un contratista diferente al citado consorcio, que se encontrara en capacidad de asumir inmediatamente la administración, operación y mantenimiento de los cementerios, sin surtir un período de empalme y adiestramiento para la continuidad del servicio de manera ininterrumpida.

5. Que mediante Resolución 119 del 10 de agosto del 2000 el gerente de la UESP ordenó la apertura de la licitación 011 de 2000.

6. Que previa licitación pública y agotados los procedimientos legales establecidos en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios y de conformidad con la adjudicación efectuada en la audiencia pública celebrada el 18 de diciembre de 2000 y consignada en la Resolución 217 del 18 de diciembre de 2000. Se procede a firmar el presente contrato...”.

Por lo anteriormente expuesto este tribunal concluye que la UESP Distrito Capital no sufrió un daño por el cobro anticipado de servicios de aseo y mantenimiento de áreas comunes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil.

El segundo requisito de la responsabilidad contractual no se cumple.

F. El daño causado por una parte.

Como se desarrolló en el punto anterior el daño efectivamente causado fue infringido por una de las partes del contrato 005 de julio 7 de 1995, por el Consorcio Cootransfun-Carlos J. Silva Bernal.

El tercer requisito se cumple.

G. Nexo causal.

El último elemento para determinar la responsabilidad civil contractual es la existencia de un nexo causal entre el comportamiento y el daño.

En este punto si bien es cierto que se infringió un daño a raíz de una situación presentada en desarrollo del contrato y por el comportamiento de una de las partes de la relación contractual, el daño no fue sufrido por la otra parte de la relación contractual y obviamente, por substracción de materia, el cuarto requisito no se cumple.

H. Conclusión.

Se deniega la petición.

7. Pretensión cuarta: cobros no autorizados.

La convocante solicita que el tribunal señale que los convocados incurrieron en responsabilidad frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por cuanto en desarrollo del contrato 5 de julio 7 de 1995 realizaron cobros no autorizados en los documentos de tarifas de servicios⁽⁵⁸⁾.

Y, como consecuencia de lo anterior solicita que los convocados deben reconocer y pagar al convocante por concepto de los cobros no autorizados en las tarifas de los servicios, \$ 59.835.955, o la mayor suma que se acredeite dentro del proceso, junto con su actualización, intereses y demás rendimientos producidos desde la fecha en que se realizaron los cobros y hasta la fecha en que se produzca el laudo respectivo⁽⁵⁹⁾.

A. Hechos.

a) Hechos alegados.

En la convocatoria se relacionaron tanto hechos comunes, como hechos particulares conexos con cada una de las pretensiones. En lo concerniente a la pretensión cuarta, el convocante alegó los siguientes hechos:

- “1. El pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 estableció la remuneración del concesionario con cargo a las tarifas que fija el Alcalde Mayor del Distrito Capital.
2. Atendiendo a lo establecido en el pliego de condiciones, el consorcio concesionario previó en su propuesta los ingresos que percibiría por concepto de los servicios.
3. El reglamento de la concesión, por su parte, prohibió expresamente al concesionario cobrar por concepto de servicios no autorizados o a precios diferentes o superiores a los autorizados por el distrito.
4. Con sujeción a lo previsto en los documentos del contrato, el Alcalde Mayor de Bogotá expidió los actos administrativos que fijaron los rubros y valores para los servicios que se prestaban en los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito durante el término de la concesión.
5. No obstante lo establecido en los documentos que regían el contrato de concesión, el concesionario cobró a los usuarios de sus servicios por conceptos que no se incluían en los actos administrativos de tarifas, tales como limpieza de mausoleos, colocación de lápidas y utilización de baños públicos, así como valores superiores a los autorizados, entre otros, por concepto de bóvedas pequeñas y osarios, lucrándose indebidamente en desarrollo del contrato.

Carlos J. Silva, en su calidad de convocado contestó a los hechos anteriormente señalados de la siguiente manera:

Al hecho 1, 2 y 3 reseñados anteriormente contestó:

“Es cierto”.

Al contestar el hecho 4 contestó:

“No es cierto como se presenta. Con la expedición por cierto tardía de dichos actos administrativos el distrito causó un desequilibrio económico al concesionario y así lo reconoció el tribunal de arbitramento en el ya mencionado laudo de 5 de julio de 2002”.

Respecto del hecho 5, afirmó:

“No es cierto como se presenta. Dichos servicios no estaban previstos en la relación contractual y no era obligación del concesionario prestarlos sin costo alguno, cuando la ejecución del contrato le implica asumir dichos gastos. De todas maneras, tales ingresos fueron incluidos en el dictamen pericial rendido en el proceso arbitral presidido por el doctor Gilberto Peña Castrillón, las cifras finales se tuvieron en cuenta para reconocer el desequilibrio económico que fue analizado y fallado en dicho proceso”.

En igual sentido, Cootransfun contestó en los siguientes términos:

A los hechos 1, 2 y 3 manifestó:

“Es cierto”.

Al contestar el hecho 4, se refirió así:

“No es cierto como se presenta, puesto que con la expedición tardía de dichos actos administrativos el distrito causó un desequilibrio económico al concesionario y así lo reconoció el tribunal de arbitramento en el ya mencionado laudo de 5 de julio de 2002”.

Respecto del hecho 5, manifestó:

“No es cierto como se presenta. Dichos servicios no estaban previstos en la relación contractual y no era obligación del concesionario prestarlos sin costo alguno, cuando la ejecución del contrato le implica asumir dichos gastos. De todas maneras, tales ingresos fueron incluidos en el dictamen pericial rendido en el proceso arbitral presidido por el doctor Gilberto Peña Castrillón, las cifras finales se tuvieron en cuenta para reconocer el desequilibrio económico que fue analizado y fallado en dicho proceso”.

b) Hechos probados.

Atendiendo lo establecido en el pliego de condiciones, de una manera que no ameritó objeción por parte de la UESP durante el proceso licitatorio correspondiente a la licitación pública 1 de 1995, el consorcio concesionario previó en su propuesta cobro por parte del concesionario a los usuarios del servicio por concepto de aseo y mantenimiento de las áreas comunes y un pago mensual fijo a la UESP durante el término de la concesión, así: para el primer año \$ 10.715.574.99 mensuales, para el segundo año \$ 30.000.000 mensuales, para el tercer año \$ 35.000.000 mensuales, para el cuarto año \$ 40.000.000 mensuales y para el quinto año de \$ 45.000.000 mensuales⁽⁶⁰⁾.

El reglamento de la concesión, por su parte, prohibió expresamente al concesionario cobrar los servicios a precios diferentes a los autorizados por el distrito⁽⁶¹⁾.

En la manera que ya fue objeto de estudio por parte de otro tribunal de arbitramento que se pronunció al respecto⁽⁶²⁾, el Alcalde Mayor de Bogotá expidió los actos administrativos que fijaron los valores para los servicios que se prestaban en los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito durante el término de la concesión, con pagos anuales por concepto de servicio de aseo y mantenimiento de las áreas comunes.

No obstante lo establecido en los documentos que regían el contrato de concesión, el concesionario cobró a los usuarios de sus servicios por conceptos que no se incluían en los actos administrativos de tarifas: limpieza de mausoleos, colocación de lápidas y utilización de baños públicos, así como valores superiores a los autorizados, por concepto de bóvedas pequeñas y osarios, lucrándose indebidamente en desarrollo del contrato⁽⁶³⁾.

En los pliegos de condiciones en el numeral I instrucciones generales a los proponentes, literal c se señala el objeto del contrato y que este se desarrollará “... en concordancia con lo estipulado en este pliego de condiciones, el reglamento de la concesión y todas aquellas normas pertinentes que regulen este servicio”⁽⁶⁴⁾.

En el acápite VI “Las propuestas”, en el literal A al referirse al alcance de la propuesta técnica y económica se señala que “... El oferente deberá realizar las visitas que considere necesarias para alcanzar el debido conocimiento de los cementerios y el horno crematorio, ya que en ningún momento posterior podrá argumentar el desconocimiento de las mismas, como elemento de ajuste o corrección a los términos de la propuesta o del contrato que llegase a celebrarse, bajo ninguno de sus aspectos”⁽⁶⁵⁾.

El pliego de condiciones señala expresamente que en la elaboración de la propuesta técnica “... el oferente debe presentar una descripción detallada de la metodología que empleará para prestar cada uno de los componentes del servicio a los cuales se compromete, indicando el personal, equipo y demás recursos a utilizar. Igualmente explicará la forma en que cumplirá con los requisitos contemplados en el mismo reglamento de la concesión”⁽⁶⁶⁾.

Al referirse a la prestación de servicios y a la propuesta económica de los mismos se señala expresamente a qué

servicios se refiere el contrato, acápite IX literal B numeral a⁽⁶⁷⁾:

“a) Proponer las tarifas durante 1995 para:

- Arriendo de bóvedas.
- Servicio de exhumación.
- Venta de esqueletos y partes óseas.
- Traslado de cadáveres.
- Inhumaciones y exhumaciones en mausoleos particulares.
- Servicio de aseo y mantenimiento de áreas comunes: vías peatonales, vehiculares, corredores, pasillos y zonas verdes.
- Cremación”.

El reglamento de la concesión para la administración, operación, y mantenimiento de los cementerios y horno crematorio de propiedad del Distrito Capital, Decreto Distrital 367 de 1995, establece en el numeral 9.1.1 que

“Queda prohibido terminantemente en los cementerios⁽⁶⁸⁾:

h) Cobrar los servicios a precios diferentes de los autorizados por el distrito. El concesionario mantendrá en lugar visible al público, las tarifas vigentes aprobadas por el Distrito Capital”.

Este decreto es considerado por el contrato 5 de julio 7 de 1995 en la cláusula I como reglamento del contrato⁽⁶⁹⁾.

Era una obligación del contratista cumplir con este reglamento y aplicar las tarifas autorizadas para los servicios autorizados⁽⁷⁰⁾.

B. Contrato válido.

En la misma forma en que fue planteado en el análisis de la pretensión inmediatamente anterior, en este caso existe un contrato, legalmente celebrado entre las partes de este proceso, el contrato de concesión 5 de julio 7 de 1995 celebrado entre el Distrito Capital y el Consorcio Cootransfun-Carlos Jorge Silva Bernal, cuyo objeto es la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y del horno crematorio propiedad del Distrito Capital, en concordancia con lo estipulado en este pliego de condiciones, el reglamento de la concesión y todas aquellas normas pertinentes que regulen este servicio⁽⁷¹⁾.

El primer requisito se cumple.

C. Incumplimiento.

Tal como es generalmente aceptado, los contratos de concesión⁽⁷²⁾ son una de las formas de colaboración que las entidades estatales pueden usar para vincular a su gestión las capacidades del sector privado.

Esa característica implica que un particular se encargará temporalmente y solo dentro del ámbito de aquello para lo cual fue contratado, de prestar un servicio estatal⁽⁷³⁾. En nuestro caso, un servicio público.

La naturaleza de servicio estatal no se pierde por razón de que el prestador directo sea un particular.

En esas condiciones, entonces, la regla constitucional, contemplada en el artículo 6º de la Carta Política, que prevé la protección a la libre empresa⁽⁷⁴⁾, señalando que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido, deja de ser aplicable y este solo estará habilitado para hacer lo que taxativamente se haya señalado en el contrato y en la forma como se hubiere contemplado que sucederá.

La Corte Constitucional al respecto manifestó en Sentencia C-815 de 2001, magistrado ponente Rodrigo Escobar

Gil, señaló que: “Al asumir los particulares la prestación de un servicio público, quedan sometidos a los principios que gobiernan las actuaciones de la administración, ello es así, porque ocupan el lugar de aquella y por lo tanto deben actuar con fundamento en los pilares que gobiernan el desarrollo de las funciones públicas, es decir, de acuerdo con los postulados de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P., art. 209)”.

“Cuando el Estado opta por la gestión de los bienes de uso público y de los servicios públicos a través del sistema de concesión, no nos encontramos, en el punto de partida, en el campo de la libertad económica, sino en el de la función pública, no solo porque la titularidad de la actividad es de naturaleza pública, sino también porque se trata de la satisfacción del interés público, para lo cual el legislador puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias para el logro de sus fines competenciales”.

En este contexto entonces, es claro para el tribunal, que los convocados no podían, so pretexto de la concesión, prestar servicios adicionales no previstos y cobrar por ellos en los predios cedidos en concesión y con ocasión de la prestación de los servicios que si se pactaron.

Lo anterior se reafirma de la siguiente forma:

Al realizar estos cobros es claro que el consorcio actuó en directa contravención del reglamento del contrato y por lo tanto del mismo ya que se había previsto su cumplimiento en los siguientes apartes:

Como ya se acaba de señalar el reglamento para la concesión prohíbe expresamente cobrar servicios a precios diferentes de los establecidos, de acuerdo con la cláusula VI del contrato el concesionario “... declara conocer y acepta cumplir el reglamento de la concesión, expedido por el distrito, mediante Decreto 367 del 7 de julio de 1995”.

“Cláusula IV. Obligaciones del concesionario. Además de las consagradas en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, en la propuesta presentada a consideración del distrito, el concesionario adquiere las siguientes obligaciones:

D. Prestar sin ninguna discriminación a la comunidad, y de acuerdo con la demanda y la oferta, y en estricta concordancia con el reglamento de la concesión los siguientes servicios: (...) Enumera 18 servicios entre los cuales no se incluye la limpieza de mausoleos, la colocación de lápidas ni la utilización de baños públicos”.

La misma cláusula, en su letra numeral J establece: “J. Controlar el cobro de tarifas en cada uno de los servicios motivo del presente contrato de concesión, las cuales serán autorizadas y modificadas exclusivamente por el Distrito Capital”. Al respecto debe recordarse lo ordenado por el artículo 1618 del Código Civil: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Los anteriores apartes se encuentran reproducidos del acápite VIII instrucciones para la elaboración de la propuesta técnica, del pliego de condiciones⁽⁷⁵⁾.

El informe final de interventoría del contrato de junio 2000 señaló que “Cobros no autorizados. El concesionario efectuó cobros no autorizados en los decretos de tarifas de servicios tales como limpieza de mausoleos, colocación de lápidas, utilización de baños públicos (este último servicio fue incluido en el último decreto de tarifas, lo cual regularizó este último concepto). Se considera que esta actuación del concesionario es un incumplimiento de lo señalado en el reglamento de la concesión y en contrato de concesión, (lit. H del num. 9.1.1 al D. 367/95 y lits. J y K de la cláusula IV del contrato de concesión 005/95) en el sentido de que no se permitirá el cobro de ningún servicio no contemplado en los decretos de tarifas. Esto ha sido señalado la concesionario y a la UESP en diversas ocasiones por parte de la interventoría y se ha recomendado la imposición de multas”⁽⁷⁶⁾.

Está demostrado que existió un permanente incumplimiento de la obligación de no cobrar por servicios no autorizados, según se desprende de las pruebas anteriormente mencionadas, de conformidad con los artículos 1602 y 1612 del Código Civil.

D. Daño y perjudicado.

Una vez determinado que el cobro no autorizado de unos servicios se efectuó en violación del contrato, del reglamento y del pliego de condiciones, procedemos a señalar cómo de este incumplimiento no se generó un daño a la UESP Distrito Capital. De igual forma en la que fue objeto de análisis en la pretensión inmediatamente anterior, y de conformidad con lo establecido en los artículos 1613 y siguientes del Código Civil, para que haya un daño debe haber un perjuicio claro por parte de una de las partes.

El concesionario, a parte de los servicios contratados y mencionados expresamente tanto en el contrato como el pliego de condiciones, decidió prestar otros servicios adicionales que no estaban consagrados en los anteriores documentos y cuya prestación tampoco había sido previamente autorizada por el distrito: servicios de limpieza de mausoleos, colocación de lápidas, utilización de baños públicos, servicios por los cuales el consorcio cobrada determinadas sumas a los usuarios.

Ahora bien, si el consorcio consideraba que estos servicios hacían parte integral de su concesión han debido plantearlo así en la propuesta de servicios y no esperar a que una vez el contrato entrara en ejecución, empezar a cobrar por decisión unilateral y sin previa autorización, la prestación de estos servicios.

Sin embargo, y aunque se incumplió una obligación del contrato no es claro que se hubiera causado un daño con ello y definitivamente no será acertado pensar que si se causó algún daño este lo hubiera sufrido el distrito, sino los usuarios que tuvieron que pagar determinadas sumas por estos conceptos, sin que el concesionario pudiera cobrarlos.

En efecto, lo que aparece en este caso es que los convocados, extralimitando su autorización concesionaria, prestaron servicios adicionales a los usuarios del cementerio.

No existe en el proceso ningún elemento de juicio, ni razón que lleve a pensar que los servicios que se prestaron no tenían para sus destinatarios el valor que se cobró por ellos, de modo que se hubiera causado un perjuicio a los usuarios o consumidores.

Pero lo que si resulta claro es que la UESP, Distrito Capital no se vio pecuniariamente afectada por este exceso.

En efecto, se trató de una relación que le es ajena y que, dada la manera de remuneración por una suma fija que se pactó en el contrato a favor de la entidad municipal, no tenía la virtualidad de afectar sus intereses patrimoniales.

El segundo requisito de la responsabilidad no se cumple.

Lo anterior sin embargo, debe entenderse si perjuicio de que las autoridades competentes estén facultadas y obligadas a investigar y tomar las medidas administrativas que pudieran corresponder por la violación del contrato y que, habiéndose dado el incumplimiento, ser lícito que la misma UESP haya procedido a imponer las sanciones contractuales que siguen al incumplimiento que se dio.

E. Daño causado por una parte.

Como se deriva de los numerales anteriores no es claro que se haya causado un daño por una de las partes del contrato 5 de julio 7 de 1995, por el Consorcio Cootransfun-Carlos J Silva Bernal.

El tercer requisito no se cumple.

F. Nexo causal.

No existiendo certeza sobre la ocurrencia de un daño, ni acerca de a quién se le habría infringido, el nexo causal no puede darse por determinado.

El cuarto requisito no se cumple.

G. Conclusión.

Se deniega la petición.

8. Pretensión quinta.

A. Hechos.

a) Hechos alegados.

La convocante en los siguientes términos solicitó en esta quinta pretensión:

“Que el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por cuanto, en desarrollo del contrato 05 de julio 7 de 1995, no entregaron el inventario físico de bóvedas y otros elementos, como era su obligación contractual”.

Por este concepto, requirió del tribunal una condena de perjuicios por un monto equivalente al valor del mismo, calculado dentro del proceso, conjuntamente con los demás perjuicios que se hubieran causado como consecuencia de la omisión respectiva y que aparecieran acreditados dentro del proceso.

Como tal en esta pretensión, el convocante pretende que al Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal, se le reconozca una responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos frente al incumplimiento de la obligación consignada en el desarrollo del contrato 005 de julio 7 de 1995, al no entregar un inventario físico de bóvedas y otros elementos como era su obligación y en consecuencia requieren del tribunal una condena de perjuicios por un monto equivalente al valor del mismo calculado dentro del proceso conjuntamente con los demás perjuicios que se hubieren causado, como consecuencia de la realización de la obligación respectiva y que aparecían acreditados dentro del proceso.

b) Hechos probados.

El contrato de concesión 005 de 1995 en su cláusula cuarta, letras literal x) e y)⁽⁷⁷⁾, exigía al concesionario la obligación de la realización periódica y actualización permanente de inventarios de bienes tanto de propiedad del Distrito Capital, como de los particulares:

“Cláusula IV. X. Practicar periódicamente inventario de bóvedas, lotes osarios, equipo de cremación y demás bienes que implique información veraz y oportuna para los usuarios o para el Distrito Capital”.

“Cláusula IV. Y. Efectuar el inventario de las bóvedas y mausoleos particulares, ubicación de sus propietarios y consecución de las respectivas escrituras y dirección de los propietarios”.

El inventario físico de las bóvedas de propiedad del Distrito Capital fue realizado por la interventora, tal como se señala en el testimonio de Herman Darío Ortega Roldán:

“(...) En vista de que no realizaron ellos inventario físico y a solicitud de la UESP nosotros hicimos un inventario físico de todas las bóvedas de propiedad del distrito, es decir no de las propiedades particulares, (...)” (fl. 2606 del cdno. de pbas. 8).

Este inventario fue entregado al consorcio el cual, ante la finalización del contrato de concesión 005 de 1995 procedió a su actualización de forma periódica, de tal manera que al terminarse la concesión, el inventario físico realizado por la interventora se encontró actualizado a la fecha, según consta en los testimonios del interventor Herman Darío Ortega Roldán⁽⁷⁸⁾. Sin perjuicio de lo anterior, los interventores realizaron el inventario físico de las bóvedas de propiedad del Distrito Capital a su costa y como menciona el Sr. Ortega para beneficio del interventor, para beneficio del distrito y para beneficio de todos⁽⁷⁹⁾.

Por otra parte, hubo asentimiento del consorcio al recibir el inventario físico de las bóvedas de propiedad del Distrito Capital realizado por el interventor. Por lo tanto, si bien es cierto que el consorcio no realizó el inventario de las bóvedas de propiedad del Distrito Capital recibió el inventario realizado por la interventoría y procedió una vez recibido a su correspondiente actualización, de tal manera que el inventario se entregó actualizado en el

momento de la finalización de la concesión.

Sin embargo, en relación con la elaboración del inventario de las bóvedas y mausoleos particulares, ubicación de sus propietarios y consecución de las respectivas escrituras y dirección de los propietarios consagrada en la letra literal y) de la cláusula IV del contrato, este nunca fue entregada al Distrito Capital por el consorcio, tal como lo señala el testimonio del señor Javier Gutiérrez Oviedo:

“Sr. Gutiérrez: La información vino a tenerse en diciembre/99, prueba de ello es que la unidad para complementar un poquito o subsanar esa falta de información se le pide a la interventoría de ese momento que él sea el que adelante inventarios por lo menos de las bóvedas distritales, esa es una tarea que la realiza específicamente la revisión de proyectos que era la interventoría en su momento en el año 99, en bóvedas y el otro tema es bóvedas particulares entonces es una información también importante porque se habla de cementerios distritales pero un alto porcentaje de las bóvedas que existen al interior de los cementerios son privadas, hay mausoleos y bóvedas, privadas en un porcentaje alto, se pedía al concesionario indíquenos un inventario claro con nombre, escrituras y todos los documentos que puedan sustentar la propiedad de esos bienes, eso no se hizo tampoco en la concesión” (las negrillas son nuestras)⁽⁸⁰⁾.

B. Contrato válido.

La obligación de elaborar inventario consagrada en la cláusula cuarta, letras literal x) y y), en virtud del artículo 40 de la Ley 80 que expresamente señala como es posible: “incluirse las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”, se considera validó dentro del contrato.

C. Incumplimiento.

En relación con la obligación de elaborar inventario respecto de las bóvedas de propiedad del distrito, a lo largo del proceso resultó demostrado por el testimonio solicitado al Sr. Hernán Darío Ortega Roldán, ex director de la interventoría, que el consorcio, si bien no realizó el inventario físico de estas, a solicitud de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, los interventores sí realizaron el inventario físico de todas las bóvedas de propiedad de Distrito Capital, lo que le correspondía hacer al concesionario.

En relación con la obligación de elaborar el inventario de las bóvedas y mausoleos particulares, ubicación de sus propietarios y consecución de las respectivas escrituras y dirección de los propietarios consagrada en letra literal y) de la cláusula IV del contrato, quedó claramente probado como se generó incumplimiento de la obligación por parte del concesionario, tal como lo pudo señalar los testimonios del señor Javier Gutiérrez Oviedo, ya antes citado en este análisis, y del señor Hernando Villalba Ortiz, el cual se reproduce a continuación:

“Dr. Archila: Una de las obligaciones que tenían en el contrato eran unas respecto de un inventario que se debía hacer de las bóvedas, independientemente de la interpretación que tenga de cuál era el alcance de ese inventario, sabe si no contar con el inventario o la actualización de ese inventario, le causó algún perjuicio al distrito en la medida en que ese globo haya seguido siendo utilizado o haya sido actualizado en gran parte?

Sr. Villalba: Diría que indudablemente sí, cuando se entregó en concesión la administración de los cementerios, entre ellos el Cementerio Central se sabía que la administración carecía de la información sobre las personas que habían sido inhumadas allí y algunas llevaban muchos años de estar allí, no habían sido reclamadas, otras iban a cumplir el término de permanencia pero estaban prácticamente abandonadas y además había otras que eran NN, el problema no era tanto los NN porque eso se sabía que había que sacarlos al término de permanencia, el problema era aquellas inhumaciones no identificadas que llevaban tiempo, que por lo servicios nadie estaba pagando y que además impedían que se pudiera disponer de ese lugar para hacer alquilado o utilizado en otro servicio.

La administración en su momento dijo eso lo teníamos que solucionar y para solucionarlo impuso como una obligación contractual que el concesionario se encargara de sanear el problema, es decir que identificara quiénes estaban allí, que consiguiera los nombres, los datos y demás y que efectuara las inhumaciones para liberar esos espacios, eso se sabía que iba a tener su grado de dificultad pero lo admitieron los oferentes en el proceso de licitación y fue una de las obligaciones que adquirió el contratista cuando suscribió el contrato, después que dijera

que eso era muy complicado, pues asumió esa obligación, si no, no debería haber asumido esa obligación, no debió haber aceptado tal compromiso” (las negrillas son nuestras)⁽⁸¹⁾.

D. Daño.

a) Obligación de elaborar inventario respecto de las bóvedas de propiedad del distrito.

En relación con esta obligación, considerado lo anteriormente expuesto, este tribunal ha analizado con mucho detenimiento los diferentes tipos de daños que hubieran podido ocasionarse por la no realización oportuna del inventario físico de las bóvedas de propiedad del distrito y procede a su análisis:

1. Daño por no prestar adecuadamente los servicios públicos de inhumación en la capital de la República.

No quedo probado que la falta de inventarios conllevará a una menor información de las bóvedas que se encontraban a disposición para el nuevo servicio demandado, pues como consta en el testimonio del señor Javier Gutiérrez Oviedo⁽⁸²⁾, mediante el uso en los cuatro años adicionales de globo B, además de los otros dos parques cementerios que estaban administrados por el concesionario se pudo atender la demanda de los servicios de inhumación en la capital de la República, por lo tanto no aparece probado que se hubiere sufrido en el servicio público un demérito por la falta de inventarios.

2. Daño económico en virtud de incumplimiento de la ecuación económica del contrato.

No obstante, inicialmente el modelo de concesión llevaba a la retribución del Distrito Capital mediante un porcentaje del ingreso, según aparece en los pliegos iniciales⁽⁸³⁾, sin embargo en el contrato se llegó a la retribución del distrito mediante dos sumas: una por concepto del canon mensual y otra por concepto de la depreciación. De tal manera, se puede observar como las sumas se independizaron de los ingresos correspondientes por parte del concesionario y, en este sentido, la ausencia de haber realizado oportunamente el inventario en las etapas iniciales, en nada privó al Distrito Capital de un menor ingreso, por cuanto este era independiente de los recaudos por parte del concesionario. En este sentido, el perjuicio económico del Distrito Capital no ocurrió.

3. Realización por parte del Distrito Capital del inventario.

Si el concesionario no hubiere realizado el inventario durante el período de concesión, el Distrito Capital hubiera podido realizarlo directamente asumiendo su costo o hubiera podido reconocer una suma adicional al interventor para que lo hiciera. De hecho, el interventor realizó una propuesta económica para realizar no solamente el inventario de las bóvedas públicas de los cementerios correspondientes, sino además el inventario de las bóvedas de propiedad de particulares que no eran objeto de esta concesión. Sin embargo, ese contrato nunca se llevó a cabo, esa propuesta no fue aceptada y la interventoría realizó por su cuenta y riesgo el levantamiento del inventario. Por lo tanto, el Distrito Capital en ningún momento sufrió un demérito económico al no habersele causado suma alguna por la realización del inventario directamente o por medio del interventor, tal como aparece en testimonio del Sr. Ortega Roldán (fl. 2606 del cdno. de pbas. 8).

4. No habersele entregado al Distrito Capital el inventario al momento de la finalización del contrato.

El último perjuicio que hubiere podido sufrir el Distrito Capital, es el no habersele entregado al final de la concesión el inventario realizado sobre las bóvedas de propiedad del distrito, de tal manera que hubiera impedido abrir una nueva concesión mediante bases sólidas, como en efecto tampoco había inventario en el momento en que se abrió la licitación para el Consorcio Cootransfun – Carlos J. Silva Bernal, según consta en el testimonio del señor Caicedo⁽⁸⁴⁾. El Distrito Capital no sufrió ningún perjuicio, por cuanto el inventario, si bien es cierto no se realizó inicialmente, se realizó a la finalización de la concesión y se entregó actualizado. Es más, debe subrayarse el hecho de que el interventor, quien realizó por su cuenta y riesgo el inventario para que fuere actualizado por el consorcio fue el nuevo concesionario (La Eternidad) que siguió operando los tres cementerios y por lo tanto tampoco aparece probado perjuicio alguno por cuanto el inventario si se realizó y se entregó actualizado al final del período de concesión.

5. Validez del pago por otro.

Finalmente, este tribunal analiza la figura del pago por otro y su efecto extintivo de la obligación, frente al desarrollo de la obligación de elaborar inventario generada en virtud del contrato 005 de julio 7 de 1995.

La situación de un pago por cuenta de otro con el asentimiento del deudor y también del acreedor, ha sido ampliamente tratada en la doctrina en desarrollo de los artículos 1630⁽⁸⁵⁾ y 1631⁽⁸⁶⁾ del Código Civil, tal como señala en las siguientes citas el profesor Fernando Hinestrosa.

“Siendo el pagador un verdadero tercero, esto es, alguien que no obra por cuenta del deudor, sino por cuenta propia, es preciso examinar en qué condiciones actuó, para entonces encasillar su situación dentro de uno de los varios supuestos de hecho normativos y concluir cuáles son los efectos que le asigna el ordenamiento”⁽⁸⁷⁾.

“La segunda hipótesis es la del tercero que paga sin el consentimiento del deudor, a sus espaldas o contando con su indiferencia”. El que paga sin el conocimiento del deudor”, es la previsión normativa (C.C., art. 1631), que no ha de tomarse al pie de la letra, pues el supuesto abarca también el caso del deudor que, enterado de la iniciativa del deudor, no toma partido frente a ella. Lo importante es, para contrastar este *factum* normativo con el de la tercera eventualidad, que el deudor no se oponga a la intervención del tercero. Entonces, la obligación se extingue, y el tercero simplemente tendrá contra el deudor – *dominus* una acción de reembolso de lo pagado, como corresponde a su *negotiorum gesto*”⁽⁸⁸⁾ (las negrillas son nuestras).

Aun, si el deudor se hubiere manifestado en contra de la realización del inventario por parte del interventor, en este caso el consorcio, también hubiere sido válido el pago, por cuanto no es necesario el asentimiento del deudor para extinguir la obligación, según aparece en el artículo 1632 del Código Civil⁽⁸⁹⁾ y tal como señala la doctrina:

“quien paga a contrariedad del deudor: ese tercero no solamente es un entrometido, sino que procede pesar del rechazo o la prohibición del *dominus* y, por consiguiente, asume su riesgo a sabiendas”⁽⁹⁰⁾.

Adicionalmente, en cita de pie de página el profesor Hinestrosa cita como la Corte Suprema de Justicia ha señalado como:

“el tercero que paga por el deudor a pesar de la prohibición hecha por este, extingue la obligación, pero sufre las consecuencias de su porfía, por que la ley le niega el derecho de exigir el reembolso de lo que pagó, a menos que el acreedor le ceda voluntariamente la acción que tenía contra el deudor”⁽⁹¹⁾.

Los árbitros han debatido en extenso si el pago por otro es válido en materia de concesiones. En este caso, es claro de acuerdo con el testimonio del interventor como esté realizó por su cuenta y riesgo el inventario, lo entregó al consorcio y este siguió actualizándolo.

Podemos de este testimonio derivar las siguientes apreciaciones:

- Que el interventor deseó realizar y entregar el inventario, entre otras para poder cumplir a cabalidad su labor de interventoría porque sin el inventario la misma hubiera sido imposible o muy difícil de ejecutar.
- Que hubo ánimo del consorcio de recibir el inventario, como en efecto lo recibió y lo siguió actualizando a partir de su entrega.
- Que el Distrito Capital conoció la realización del inventario por cuenta del interventor.

Por todo lo anterior, este tribunal considera que respecto del problema del perjuicio en la responsabilidad contractual, el incumplimiento del contrato en relación con la obligación de elaborar inventarios respecto de las bóvedas de propiedad del distrito no puede originar, por sí solo, derecho a reparación, es necesario que cause un daño, el cual en este caso no se ocasionó.

b) Obligación de elaborar el inventario de las bóvedas y mausoleos particulares.

En relación con la obligación de elaborar el inventario de las bóvedas y mausoleos particulares, ubicación de sus propietarios y consecución de las respectivas escrituras quedó plenamente probado en el desarrollo de este tribunal que el contrato contemplaba una obligación clara y exigible, que el mismo no fue entregado⁽⁹²⁾ y que lo mismo

generó un incumplimiento⁽⁹³⁾, causando perjuicios al distrito, los cuales se tasan de la siguiente manera:

En virtud que en el pliego de la licitación, cuadro 1 se señala el porcentaje de bóvedas privadas frente al porcentaje total de bóvedas⁽⁹⁴⁾:

Y que en el dictamen pericial solicitado por este tribunal , se estableció en sesenta millones de pesos (\$ 60.000.000), el valor comercial que tendría en la actualidad la realización del inventario de bóvedas y osarios de los cementerios centro, norte y sur, por parte del concesionario, es posible establecer mediante la siguiente fórmula (valor comercial del inventario total/ total de bóvedas = valor realización inventario individual por bóveda) (\$ 60.000.000/80,963 = \$ 741,08) el valor que hubiera tenido la realización del inventario de cada bóveda en \$ 741,08.

Por lo tanto, en virtud de las bóvedas privadas existentes señaladas en el cuadro 1 del pliego de licitaciones (30,292), es posible señalar en veintidós millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil setecientos setenta y dos pesos (\$ 22.448.772), el valor comercial de realizar un inventario de las bóvedas y mausoleos particulares en la actualidad, lo cual constituye el perjuicio causado por el concesionario a la UESP.

E. Conclusión

En virtud que la obligación de realizar inventario se encuentra en dos letras numerales distintas dentro de una misma cláusula y que es claramente diferenciable la obligación de realizar inventario respecto de las bóvedas de propiedad del distrito frente a las bóvedas particulares, este tribunal concluye:

En relación con la obligación de elaborar inventarios respecto de las bóvedas de propiedad del distrito que si bien pudo haber un perjuicio transitorio en la no realización del inventario, motivo que ocasionó el incumplimiento de la obligación de hacer y como consecuencia del mismo se impusieron unas multas, no existiendo perjuicio económico para el Distrito Capital en virtud de un detrimiento por unos menores ingresos, ni por una desmejora en el servicio, ni porque hubiere sido necesario que el distrito reconociera las erogaciones de la realización del inventario, sino que fue un acto de mera liberalidad para beneficio propio, para beneficio de las partes y para beneficio de todos, como aparece expresamente en su testimonio.

En conclusión, este tribunal considera que la no elaboración del inventario inicial por parte del concesionario de las bóvedas de propiedad del distrito no ocasionó perjuicio a este y por lo tanto encuentra que no se debe condenar a la parte convocada en suma alguna, según la pretensión de la parte convocada.

En relación con la obligación de elaborar el inventario de las bóvedas y mausoleos particulares, la ubicación de sus propietarios y la consecución de las respectivas escrituras, este tribunal considera que el consorcio debe cancelar al Distrito Capital las sumas correspondientes a la realización de los inventarios que al momento y de acuerdo con el peritaje anteriormente citado asciende a la suma de veintidós millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil setecientos setenta y dos pesos (\$ 22.448.772).

9. Pretensión sexta.

A. Contenido de esta pretensión.

La convocante en la sexta pretensión, solicitó:

“6. Que el Consorcio Cootransfun - Carlos J. Silva Bernal y en particular sus integrantes, la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, porque en desarrollo del contrato de concesión número 005 de julio 7 de 1995 se abstuvieron de cancelar los servicios de acueducto y alcantarillado en los cementerios del distrito entregados en concesión”.

Como consecuencia de lo anterior, en la pretensión 7, letra numeral vi), solicitó:

“7. Que, como consecuencia de las responsabilidades solidarias indicadas, el consorcio Cootransfun - Carlos J.

Silva Bernal y en particular sus integrantes, la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa De Trabajo Asociado De Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, deben reconocer y pagar al Distrito Capital de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, en moneda de curso legal en Colombia, las sumas que se indican a continuación, o las mayores que se acrediten dentro del proceso:

vi) Por concepto de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado que los convocados dejaron de pagar en la ejecución del contrato 005 de 1995, la suma de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$ 70.043.364), o la mayor que resulte acreditada dentro del proceso, junto con los intereses y demás rendimientos que se produzcan desde la fecha en que se haya consolidado la deuda y hasta la fecha en que se produzca el laudo respectivo.

B. Hechos.

a) Hechos alegados.

Para fundar sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

“7.1. El pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 1995 y el contrato de concesión que suscribieron el Distrito Capital de Bogotá y el Consorcio Cootransfun - Carlos J. Silva Bernal para la administración, operación y mantenimiento de los cementerios y horno crematorio de propiedad del distrito en el mes de julio de 1995 previeron la obligación del concesionario de “cancelar oportunamente el valor de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y teléfonos de los cementerios y horno crematorio (...)" (cdno. de pbas. 1, pbas. 1 y 4).

“7.2. No obstante la obligación que el concesionario había adquirido, se abstuvo de cancelar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, causándole perjuicios al distrito (cdno. de pbas. 1, pbas. 24, 25 y 26; cdno. de pbas. 2, pba. 3).

b) Hechos probados.

1. Prueba documental.

Ha quedado debidamente acreditado dentro del expediente que en el pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995 que llevó a la suscripción del contrato 5 de 1995, se previó la obligación del concesionario de pagar los servicios públicos de acueducto, alcantarillado así como los de aseo, energía y teléfonos de los cementerios y horno crematorio.

Entre las pruebas documentales que obran en autos, debidamente producidas, relacionadas con el no pago de los servicios públicos a cargo de la concesionaria durante el período de duración del contrato, 7 de julio de 1995 a 7 de julio de 2000, se encuentran las siguientes:

- El pliego de condiciones de la licitación pública 1 de 1995.
- El contrato 5 de julio 7 de 1995.
- Copia del dictamen pericial rendido, dentro del proceso arbitral que promovió la cooperativa y Carlos J. Silva Bernal en relación con el contrato 005 de 1995, de que se trata en este proceso, de sus aclaraciones y complementaciones y de la objeción que por error grave formuló el Distrito Capital de Bogotá, por conducto del apoderado de la UESP, contra dicho dictamen.
- Copia del laudo de fecha 5 de julio de 2002, que puso término al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias que entonces enfrentaron a las mismas partes de este proceso.

En el capítulo referido a la prestación de los servicios respecto de las instalaciones, el pliego de condiciones estableció lo siguiente:

“Cancelar oportunamente el valor de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y teléfonos de los cementerios y horno crematorio, así como los impuestos, seguros, tasas y demás contribuciones a que hubiere lugar” (fl. 27 cara anversa, del cdno. de pbas. 1).

A su vez el contrato 5 de 1995 al consagrarse las obligaciones del concesionario referidas a las instalaciones, consagró un texto idéntico al citado.

2. Prueba testimonial.

En virtud de los testimonios rendidos por los señores Hernando Villalba, José Hugo Aldana y Clara Amparo Parra, ha quedado también acreditado dentro del expediente que el concesionario no realizó el pago de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

Adicionalmente, en el plenario declaró la señora Clara Amparo Parra Pérez, funcionaria de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, quien sobre este particular manifestó que por servicios de acueducto y alcantarillado en el Cementerio Central se le adeudaba por el dueño del predio, es decir a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado la suma de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$ 70.043.364).

3. Prueba pericial.

A solicitud de la parte convocante se rindió dictamen pericial en lo relacionado con el monto de las sumas pendientes de pagar por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun y Carlos J. Silva Bernal a la UESP.

En dicho dictamen se estableció, según dijo la perito:

“R: Para calcular el valor de los servicios de acueducto y alcantarillado, causados durante la vigencia del contrato 005 de 1995, se tomó como base el cruce de cuentas que el Distrito Capital a través de la UESP hizo con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, documento que reposa en el expediente.

Se utilizó tal documento, teniendo en cuenta que en la contabilidad del consorcio no existe ninguna causación con respecto al tema de los servicios de acueducto y alcantarillado.

De acuerdo con dicho documento, el valor de la deuda total por concepto de acueducto y alcantarillado, relativas al contrato 005 de 1995, asciende a la suma de \$ 70.043.364”.

En las respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la convocada, la perito estableció que el valor total de intereses de mora por concepto de no pago de las facturas de acueducto, asciende a la suma de \$ 131.354.817, a la fecha del dictamen, suma que a la fecha del laudo es de \$ 140.418.265.

C. La oposición de las convocadas.

Las partes convocadas se opusieron a esta pretensión, como en general lo hicieron respecto de todas.

Sobre el particular manifestaron que:

“Los otros aspectos que se involucran en las pretensiones, tales como (...) no cancelación de servicios de acueducto y alcantarillado en los cementerios entregados en concesión, también fueron definidos en el laudo arbitral mencionado porque en el peritaje que sirvió de prueba fundamental fueron incluidos todos los ingresos y egresos reales causados durante la ejecución del contrato y allí están los conceptos que se enuncian en las distintas pretensiones de la demanda. Sobre este tópico volveré más adelante”.

Y agregó:

“7. A Los “hechos relacionados con el pago de servicios públicos domiciliarios”.

“Al hecho 7.1. Es cierto”.

“Al hecho 7.2. No es cierto. Cuando los peritos rindieron el dictamen pericial en el tribunal de arbitramento presidido por el doctor Gilberto Peña Castrillón, revisaron todos los ingresos y egresos reales causados con ocasión de la ejecución del contrato de concesión 5 de 1995 y allí no se estableció ningún crédito por concepto de servicios de acueducto y alcantarillado ni a favor del distrito ni a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. ESP luego, se trata de un tema que ya fue juzgado.

De otro lado, la única legitimada para reclamar por tales servicios sería eventualmente la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. ESP”.

Al desarrollar la excepción de cosa juzgada, propuesta en general para todos los temas y pretensiones de la accionante, dijo, además la convocada:

“Para cuantificar el monto del desequilibrio económico, en el proceso se obtuvo la práctica de un dictamen pericial que fue rendido por los expertos Nancy Mantilla Valdivieso y Jorge Torres Lozano.

En ese dictamen, concretamente en las aclaraciones y complementaciones al mismo, se reconoció un porcentaje del 14.51% sobre el total de los ingresos, a favor del distrito, por concepto de la utilización del globo “B” del Cementerio Central, entre el 7 de julio de 1996 y el 15 de marzo de 2000 y, de otro lado, en los análisis, cálculos y operaciones que se hicieron en el peritazgo, necesariamente se tuvieron en cuenta, para los tres cementerios objeto de la concesión, los ingresos y egresos reales, lo cual significa que en las cifras finales dictaminadas por los peritos están incluidos los conceptos de depreciación de bienes, cobros anticipados de aseo y mantenimiento de áreas comunes, cobros no autorizados y pagos de servicios de acueducto y alcantarillado”.

“Si bien en el laudo arbitral no se hizo un análisis individual y detallado de los conceptos mencionados, excepto el relativo a la utilización del globo “B”, resulta claro que al haberse acogido el dictamen pericial y especialmente las cifras finales, para cuyo cálculo se tuvieron en cuenta tales conceptos, estos quedaron definidos y, por tanto, no pueden ser objeto de nueva discusión y decisión, porque ello implicaría la revisión de un laudo, mediante el exótico mecanismo de la formulación de una nueva demanda ante similar autoridad.

Es importante destacar que la base del análisis del referido dictamen pericial lo constituyó la contabilidad del concesionario y que allí estaban registrados todos los ingresos y egresos reales, luego hoy no se puede replantear que lo que fue reconocido al concesionario en el laudo incluía conceptos sobre los cuales supuestamente carecía de derecho, que es a lo que apuntan las distintas pretensiones de la demanda que ocupa nuestra atención”.

b) La oposición de Carlos Jorge Silva Bernal.

En términos similares a los de Cootransfun, la parte convocada Carlos Jorge Silva Bernal dio respuesta a esta pretensión y a los hechos relacionados con ella. La casi identidad de sus términos, permite al tribunal abstenerse de transcribir la respuesta de esta parte.

D. Alegatos de conclusión de la parte convocante.

En su alegato de concusión, la UESP manifestó:

“La obligación de pagar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado:

1. Los hechos demostrados dentro del proceso se encuentran suficientemente acreditados dentro del proceso:

a) Que el concesionario tenía la obligación contractual de pagar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de los cementerios dados en concesión.

Dicen en efecto y en su orden el pliego de condiciones y el contrato:

“Las obligaciones del concesionario son las siguientes:

(...).

De las instalaciones:

(...).

— “Cancelar oportunamente el valor de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y teléfonos de los cementerios y horno crematorio, así como los impuestos, seguros, tasas y demás contribuciones a que hubiere lugar (pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 1995, para la operación, administración y mantenimiento de los cementerios y horno crematorio de propiedad del Distrito Capital).

Contrato 5 de julio 7 de 1995, cláusula IV. Obligaciones del concesionario: además de las consagradas en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, en la propuesta presentada a consideración del distrito, el concesionario adquiere las siguientes obligaciones:

De las instalaciones:

V. Cancelar oportunamente el valor de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y teléfonos de los cementerios y horno crematorio (...).

b) Que el concesionario se abstuviera de cancelar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de los cementerios entregados en concesión”.

Dice al respecto el informe final de interventoría del mes de junio de 2000:

“El valor de la facturación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo correspondientes a los tres cementerios y hornos crematorios de propiedad del Distrito Capital se ha venido acumulando sin pago y convirtiendo en un problema con potencial de agravamiento por suspensión de los servicios. El origen del problema se remonta a años atrás debido a la falta de separación de las conexiones del cementerio y los locales comerciales, agravado con la acumulación de la deuda a los años en que la EDIS operaba los cementerios. El concesionario no ha pagado las cuentas argumentando que la deuda corresponde al consumo sumado de los cementerios y los locales y la deuda acumulada se remonta a épocas anteriores a la concesión”.

E. Contrato válido.

Tal como ha quedado debidamente demostrado dentro del proceso, el contrato suscrito entre las partes el 7 de julio de 1995, fue celebrado por personas jurídicas capaces, que libremente consintieron en tal acto, y su objeto era lícito al igual que su causa.

Por ende ha quedado acreditado que se trata de un contrato válido en el que con toda claridad se consagró la obligación, a cargo del concesionario de realizar el pago de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado durante la vigencia del citado contrato de concesión.

Así las cosas vemos que el primer supuesto de la responsabilidad contractual se cumple.

F. Incumplimiento.

La obligación a cargo del concesionario de pagar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado fue incumplida por este y de ello hay plena prueba en el expediente como lo hemos venido analizando. En tal virtud, respecto de la citada obligación contractual estamos frente a un claro incumplimiento del concesionario.

G. La procedencia de las pretensiones y su cuantía.

Teniendo en cuenta que está suficientemente demostrado dentro del proceso que el concesionario se abstuvo de pagar los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado prestados en los cementerios dados en concesión, estando obligado a ello, la manifestación de los convocados según la cual el dictamen pericial rendido en el tribunal arbitral presidido por el doctor Gilberto Peña Castrillón nada dice al respecto, solo confirma lo ya indicado a lo largo de este alegato de conclusión y también acreditado dentro del proceso, es decir, que dicho dictamen no se ocupó de las pretensiones aquí formuladas.

Eso es evidente, ya que las materias objeto de los litigios son distintas y en consecuencia nada tenía que decir tal dictamen sobre la pretensión que ha formulado ahora el distrito para que el concesionario le reconozca y pague los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de los cementerios, servicios que dejó de cancelar.

Realizada la observación anterior, queda entonces por examinar si el distrito está legitimado para solicitar dicho pago o si, por el contrario y como indican los convocados, la única legitimada para ello es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Como en los casos anteriores en que los convocados han cuestionado la legitimidad del Distrito Capital de Bogotá para realizar el cobro respectivo, la respuesta a este interrogante debe igualmente ser positiva, por las razones que se exponen a continuación:

1. Ya nos hemos referido con anterioridad al carácter que tiene el concesionario y las responsabilidades que del mismo derivan, y en especial la sujeción que le debe a los principios que regulan la contratación estatal. El deber que tiene de colaborar con la administración le impone la obligación correlativa de emplear la mayor diligencia y cuidado en sus actuaciones, de tal manera que no ponga en peligro el servicio público que le ha sido encomendado, para procurar los fines que el Estado busca en esta materia. De igual manera debe el concesionario darle cumplimiento al contrato en la forma convenida, evitando en todo momento que su conducta rompa el equilibrio económico y financiero del mismo, ya sea afectando los intereses del Estado contratante o el interés general que este busca.
2. En el presente caso el concesionario del servicio público, que con su conducta negligente ha puesto en peligro la adecuada prestación del servicio concedido, pretende sacar adicionalmente provecho de la misma, desconociendo de plano los pagos que debía realizar por concepto de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en los cementerios que recibió en concesión, no obstante que conocía de antemano la obligación que tenía y la situación en que se encontraban tales servicios. En efecto, advierte el propio concesionario en el documento que remitió al Distrito Capital aclarando su propuesta que, “El valor de los costos de los servicios públicos se obtuvo de los promedios de pagos realizados por la empresa EDIS a cada una de las entidades que los suministra y el dato concreto se obtuvo de la información que suministró el departamento contable de la unidad, se pretende racionar el consumo de agua ya que las marmolerías no contribuyen (sic) al pago de este servicio por lo tanto se solicitara (sic) a la EEAA de Bogotá que instale contadores a cada uno de los suscriptores”.

En idéntico sentido, ignorando el deber de colaboración que tenía con la administración, el concesionario se negó a cooperar con ella para solucionar el inconveniente surgido como consecuencia de la falta de pago de los servicios de acueducto y alcantarillado, limitándose a manifestar que se encontraba amparado por un “silencio administrativo positivo” que, no sobra además advertirlo, ni siquiera corresponde a los servicios que fueron objeto de reclamación. En efecto, manifiesta sobre el particular el doctor José Hugo Aldana en su declaración (fl. 2539 del cdno. de pbas. 8):

“Dr. Giraldo: Por qué la UESP asumió la tarea de negociar con la EAAB el pago de estas deudas?

Dr. Aldana: La responsabilidad en virtud del Decreto 782 de 1994 a través del cual se creó la UESP, la responsabilidad por la administración, planeación, supervisión y control de la prestación del servicio de cementerios de propiedad del Distrito Capital recae en la unidad, es claro que el propietario de estos bienes es el Distrito Capital y es claro igualmente que el servicio de acueducto y alcantarillado resulta ser esencial para la prestación de los mismos, como les mencioné anteriormente en su momento la Secretaría de Hacienda a través de un concepto consideró que la unidad ejecutiva debía asumir la depuración de las deudas por servicio de acueducto y alcantarillado derivado de la prestación de los servicios en los cementerios distritales particularmente en lo que se refería a la EDIS por cuanto el Decreto 209/95 disponía que la unidad que se creara en virtud del acuerdo 41 para el manejo de estos predios y de aseo, plazas de mercado debían asumir la administración de los contratos que se encontraran en ejecución al 31 de diciembre/94.

(...).

Ahora bien, en concreto nuestra intervención se originó además del concepto de la Secretaría de Hacienda por el corte del servicio de acueducto y alcantarillado para el mes de febrero si mal no recuerdo del año 2001 por la no cancelación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, lo que devengó en una reunión entre la

empresa y la unidad la que se acordó que la unidad se encargaría de la depuración y procuraría el pago de las deudas con el fin y ofreciendo a cambio la posibilidad que les había mencionado que el concesionario estaba en esa época operando los cementerios pudiera cancelar los servicios.

Dr. Giraldo: Dice que la EAAB ya ha transado unas sumas sin intereses, en alguna oportunidad se calcularon esos intereses?

Sr. Aldana: Sí, en su momento al inicio de la depuración pues los intereses estaban cargados, la suma total no la recuerdo en este momento pero era fácilmente 3, 4 veces la que en este momento se está tramitando, sí porque además las sumas en la depuración que se realizó porque luego de la depuración se pudieron encontrar o en el transcurso del desarrollo de la depuración se pudieron encontrar algunas inconsistencias en las cuentas, no solamente en estas, sino también otros predios que pertenecían a la extinta EDIS y que también aprovechamos y desarrollamos esta labor de depuración.

Dr. Giraldo: Tiene algún cálculo que señale el monto de los intereses que se están condonando por la deuda que sería atribuible a Cootransfun?

Dr. Aldana: No, en este momento no hemos manejado ese cálculo, siempre hemos estado con estas sumas congeladas y no me atrevería a informar alguna suma que pudiera generarse si le aplicáramos los intereses que corresponden a esta deuda, quisiera señalar que a estos \$ 70.043.364 corresponden al cobro de unos servicios por 5 años de 3 cementerios, lo cual nos da una suma totalmente cómoda si tenemos en cuenta las condiciones reales de prestación de los servicios de los cementerios.

Dr. Giraldo: Cootransfun hizo alguna gestión para que esos intereses fueran condonados?

Dr. Aldana: No, como le decía anteriormente Cootransfun luego de terminado el contrato no se manifestó, no manifestó ningún interés en cancelar estas sumas (...).

Dentro de los parámetros indicados la conducta del concesionario no puede ser más censurable desde el punto de vista contractual: con una actuación del todo negligente que desconoce los fines de la contratación y pone en riesgo la adecuada prestación del servicio público que se le ha delegado, al abstenerse de cancelar sumas que tenía previsto cancelar al momento de proponer y contratar, reteniéndolas de manera indebida para derivar de ello un provecho igualmente indebido. Y una vez requerido por su concedente para que atendiera el deber de colaboración que le corresponde y asuma el pago respectivo, se limita a guardar silencio, para decirle posteriormente a la administración, que ha debido desempeñar una ardua labor para evitar un perjuicio de proporciones en la prestación del servicio concedido, que no se encuentra legitimada para presentarle reclamación alguna, ya que tal legitimación la entiende reservada a la empresa que suministra el agua.

Es evidente que el concesionario, con su actuar negligente, es responsable ante la entidad concedente, y debe reconocerle y pagarle, en forma íntegra, las sumas que por concepto de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado correspondan. Ello, incluyendo los intereses que hasta ahora la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al parecer se abstendrá de cobrar, porque su exoneración se ha debido exclusivamente al accionar diligente y cuidadoso de la entidad concedente, que ha destinado ingentes recursos humanos y físicos para solucionar los inconvenientes que su concesionario se negó a afrontar.

Una decisión contraria implicaría premiar la negligencia de un agente público delegado que, en ejercicio de una posición privilegiada que le otorga el Estado, saca provecho indebido de la situación, lucrándose con sumas que sabía estaba en la obligación de desembolsar desde el momento en que elaboró su propuesta, mediante el expediente de poner en peligro la adecuada prestación del servicio público que le fue concedido.

Las circunstancias en que se ejecutó el contrato en materia de la obligación que se analiza nos lleva a concluir que en efecto al Distrito Capital, Unidad Ejecutiva del Servicios Públicos, la conducta omisiva del concesionario le produjo un daño que debe ser resarcido.

Dentro de los parámetros enunciados y teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, debe el concesionario reconocerle y pagarle al Distrito Capital de Bogotá, por concepto de los servicios de acueducto y

alcantarillado, la suma de doscientos un millones trescientos noventa y ocho mil ciento ochenta y un pesos (\$ 201.398.181), con sus actualizaciones hasta la fecha del laudo.

En este punto vale la pena traer a colación el planteamiento expuesto por la convocada Cootransfun, que en su alegato de conclusión, manifestó sobre el particular que se examina:

6. Pretensión sobre los servicios de acueducto y alcantarillado.

Con respecto a esta pretensión mediante la cual la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos le atribuye responsabilidad al contratista por el no pago de los “servicios de acueducto y alcantarillado” en los cementerios del distrito entregados en concesión, es preciso señalar que en el expediente no obra prueba de que la UESP hubiere efectuado el pago de la suma de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$ 70'043.364), que según se afirma en la demanda, es el valor del crédito que en cabeza de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por concepto de los servicios causados, por acueducto y alcantarillado, durante la vigencia del contrato 005 de 1995.

Si bien en el dictamen pericial rendido en el presente proceso arbitral, a solicitud de la entidad convocante, se estableció un crédito a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por la suma de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$ 70'043.364), allí no se dice que el distrito, a través de la UESP, hubiere efectuado el correspondiente pago.

Del referido concepto pericial se deduce con claridad que el distrito nunca pagó la mencionada suma de dinero y que quien la adeuda es el Consorcio Cootransfun - Carlos J. Silva Bernal, pues con absoluto acierto la perito señala lo siguiente:

En relación con los rendimientos que se dice le corresponden al distrito, sobre facturas de acueducto y alcantarillado, no pagadas por el consorcio Cootransfun, no se encontró por la suscrita documento alguno que de cuenta que sobre esas sumas no pagadas le corresponden rendimientos al distrito, por tanto, se carece de cualquier base para hacer la liquidación que se pide”. (Pág. 9 del dictamen) (negrillas fuera del texto).

“Del anterior concepto pericial queda claro que el distrito nunca pagó la suma de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$ 70'043.364), y como consecuencia no puede invocar que ha sufrido perjuicio o detrimento patrimonial alguno; también queda claro que es el Consorcio Cootransfun - Carlos J. Silva Bernal quien tiene parte de la deuda con la Empresa de Acueducto Alcantarillado de Bogotá y, por consiguiente, quien estaría legitimada procesal y sustancialmente para perseguir su cobro es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y no el distrito.

Sobre el tema que se viene tratando son bien importantes e ilustrativos los testimonios rendidos, ante este tribunal de Arbitramento, por los testigos Clara Amparo Parra Vélez, funcionaria de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y José Hugo Aldana Gallego, funcionario de la UESP, quienes declararon que antes del 7 de julio de 1995 el distrito venía en mora en el pago del servicio de acueducto y alcantarillado y que en adelante las gestiones de cobro se efectuaron contra el concesionario.

Por lo demás, señores árbitros, jurídicamente es claro que mientras el titular del derecho, en este caso la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no lo haya cedido o transferido al distrito, siguiendo las formalidades previstas en los artículos 1959 a 1963 del Código Civil, no podrá predicarse legitimidad alguna en cabeza del distrito, puesto que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá es una persona jurídica totalmente distinta a este.

Igualmente, al no haber efectuado el distrito pago alguno a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por el concepto aludido, es jurídicamente imposible que aquel pueda invocar la figura legal de la subrogación, pues el presupuesto para que esta opere es el pago según se desprende con total claridad de lo preceptuado en los artículos 1666 a 1670 del Código Civil.

Así pues, como ocurre con la mayoría de las restantes pretensiones, jurídicamente no se puede atribuir responsabilidad contractual al concesionario, puesto que quien dice ser acreedora no demostró esa calidad y, de

otro lado, es palmario que no sufrió perjuicio o detrimento patrimonial alguno, requisito este absolutamente indispensable para que se pueda pregonar responsabilidad.

En consecuencia, la pretensión jurídicamente no puede tener vocación de prosperidad (...)".

El señor Carlos J. Silva Bernal formuló en parecidos términos a los de Cootransfun su alegato de conclusión en esta materia, razón por la cual a su lectura remite el tribunal, sin que sea menester insertar sus apartes en este laudo.

H. Consideraciones del tribunal.

Era una obligación contractual de Cootransfun y de Carlos J. Silva Bernal, en tanto que concesionarios, pagar los servicios públicos, conforme a lo previsto en la cláusula del contrato que se ha transcrita arriba, en el alegato de la convocante.

Así las cosas, debe descartarse la primera defensa propuesta por los accionados, consistente en que se trataba de una obligación extra contractual, la referente al pago de los dichos servicios a cargos del concesionario.

En segundo lugar, los demandados no han afirmado, como una legal conducta procesal, que hubieran efectuado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.C., el pago de los dichos servicios durante el período comprendido entre el 7 de julio de 1995 y el 7 de julio de 2000.

En tercer lugar han propuesto en su defensa la excepción de cosa juzgada, la cual no tiene vocación de prosperidad, pues ni en el tribunal arbitral convocado anteriormente por la hoy convocada, ni en el laudo de 5 de julio de 2002, se trató, examinó, ni se tuvo en cuenta el tema del no pago de los servicios públicos a cargo de la concesionaria, de modo que de haber sido así, esa cuestión como correlato de las pretensiones de la concesionaria, pudiera entenderse que fue materia de consideración y decisión en el referido laudo arbitral de 2002.

No resulta, tampoco, exacta la afirmación de las demandadas en este tribunal en el sentido de que todos los aspectos de la concesión fueron examinados en el anterior proceso arbitral ni menos decididas en el laudo que lo remató.

Es obvio que las materias que no fueron tratadas ni decididas en el laudo no pueden hallarse cubiertas por la institución de la cosa juzgada.

No habiéndolo sido lo referente al no pago de los servicios públicos en los inmuebles del Distrito Capital que hacían parte de la concesión, es necesario concluir que no puede prosperar respecto de materias no tratadas ni decididas, la excepción de cosa juzgada, y que en el presente proceso arbitral existe, de una parte competencia y, de otra, la necesidad de definir la suerte de esas cuestiones.

A diferencia de lo que el tribunal estableció que había sucedido en el proceso arbitral anterior y en lo decidido en el laudo de 5 de julio de 2002, en cuanto al globo B del Cementerio Central, los temas relacionados con el pago de los servicios públicos por parte del concesionario no fueron examinados ni hubo decisión en aquella providencia sobre este particular, por lo en lo decidido en aquel laudo en materia de equilibrio financiero ninguna decisión fue tomada respecto del no pago de las facturas aquí reclamadas.

Por esa razón no prospera la excepción de cosa juzgada respecto del asunto relacionado con el pago por parte de la concesionaria de los servicios públicos a su cargo, según la ya memorada estipulación contractual contenida en la cláusula IV, letra numeral V.

Los informes de interventoría y la declaración de los testigos que se han transcrita atrás por parte de la accionante en su alegato de conclusión y por el propio tribunal, demuestran que no hubo pago de dichos servicios por parte de la contratista. Tal omisión constituye incumplimiento evidente de sus cargas contractuales expresamente pactadas y conduce a la consiguiente obligación de indemnizar, según los términos de la ley colombiana, artículos 1614 y concordantes del Código Civil de la nación, de acuerdo con lo previsto en el artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

La defensa propuesta por las demandadas en el sentido de que no procede el reconocimiento de suma alguna por el no pago de los servicios públicos a favor de la demandante por cuanto, de una parte, la demandante no ha desembolsado ninguna suma para solucionar la deuda y, de otra, por cuanto que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogota no le ha cedido el crédito correspondiente no está llamada a prosperar, por cuanto: “El incumplimiento de la obligación ya mencionado, le da derecho al contratante a reclamar de la obligada, en este caso la concesionaria el pago del valor correspondiente, sin que sea menester que aquel haya efectuado el pago, ni que la empresa prestadora del servicio le haya cedido el crédito, pues tal pacto no existe en el contrato de concesión”.

De otra parte, en la Ley 142 de 1994, se establece que tanto el propietario del inmueble, como el suscriptor y los usuarios del servicio, son solidarios en sus obligaciones en el contrato de prestación de servicios públicos, y, como lo señaló la testigo Clara Amparo Parra, el inmueble sirve en cierto modo de garantía de pago, y por ello su propietario asume la deuda que el usuario no cubra, como sucede en este caso.

Lo cierto es que, no habiendo cumplido el concesionario con la obligación de pagar el valor correspondiente a los servicios públicos prestados en los inmuebles materia de concesión, lo cual se halla demostrado en autos, la obligación se resuelve en la de pagar la suma correspondiente al capital, establecido en autos y no desvirtuado por los demandados, esto es la cantidad de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$ 70.043.364), los cuales deberán ser pagados dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo, según se ha de resolver en la parte resolutiva.

Según el peritazgo practicado en autos, los intereses correspondientes a la suma reclamada ascendían a ciento treinta y un millones trescientos cincuenta y cuatro mil ochocientos diecisiete pesos (\$ 131.354.817), hasta la fecha de rendición del experticio, valor que a la fecha del laudo es de ciento cuarenta millones cuatrocientos dieciocho mil doscientos sesenta y cinco pesos (\$ 140.418.265), los cuales deberán pagar los consorciados en las condiciones de ley, como quiera que ante la empresa prestadora de servicios públicos se ha incurrido en mora en el pago de las facturas objeto de la reclamación por parte de la convocante.

Tal liquidación de intereses moratorios se obtiene de acuerdo con la siguiente tabla:

Cálculo de intereses moratorios servicios públicos									
Período	No. de días	Superbanca ria	Bancario	Interés morator io	Interés corrient e	Tasa	Facto r Diario	Capital	Intereses acumula do
Inicio	Final			(1)	(2)				
01/10/1995	31/10/1995	31	2024	44,62%	66,93 %	0,0014 05	1.604.063	69.857	69.857
01/11/1995	30/11/1995	30	2572	42,72%	64,08 %	0,0013 58	1.604.063	65.330	135.186
01/12/1995	31/12/1995	31	2572	42,72%	64,08 %	0,0013 58	3.635.284	152.992	288.178

01/01/1996	31/01/1996	31	3170	40,27%	60,41 %	0,001292	5.999.398	240.270	528.448
01/02/1996	29/02/1996	29	3170	40,27%	60,41 %	0,001292	5.999.398	224.769	753.217
01/03/1996	31/03/1996	31	313	41,37%	62,06 %	0,001320	5.999.398	245.477	998.694
01/04/1996	30/04/1996	30	313	41,37%	62,06 %	0,001320	8.018.156	317.495	1.316.190
01/05/1996	31/05/1996	31	843	42,19%	63,29 %	0,001341	8.018.156	333.221	1.649.410
01/06/1996	30/06/1996	30	843	42,19%	63,29 %	0,001341	8.018.156	322.472	1.971.882
01/07/1996	31/07/1996	31	1127	42,94%	64,41 %	0,001359	8.018.156	337.890	2.309.772
01/08/1996	31/08/1996	31	1127	42,94%	64,41 %	0,001359	10.370.198	437.006	2.746.778
01/09/1996	30/09/1996	30	1390	42,29%	63,44 %	0,001343	10.370.198	417.847	3.164.625
01/10/1996	31/10/1996	31	1390	42,29%	63,44 %	0,001343	10.370.198	431.775	3.596.400
01/11/1996	30/11/1996	30	1621	41,37%	62,06 %	0,001320	12.664.227	501.466	4.097.866
01/12/1996	31/12/1996	31	1621	41,37%	62,06 %	0,001320	15.376.967	629.179	4.727.045
01/01/1997	31/01/1997	31	1825	39,77%	59,66 %	0,001283	21.109.565	839.322	5.566.366
01/02/1997	28/02/1997	28	1825	39,77%	59,66 %	0,001283	21.109.565	758.097	6.324.464
01/03/1997	31/03/1997	31	214	38,95%	58,43 %	0,001261	21.109.565	825.438	7.149.902
01/04/1997	30/04/1997	30	214	38,95%	58,43 %	0,001261	21.109.565	798.811	7.948.713
01/05/1997	31/05/1997	31	420	36,99%	55,49 %	0,001210	21.109.565	791.813	8.740.526
01/06/1997	30/06/1997	30	420	36,99%	55,49 %	0,001210	21.109.565	766.270	9.506.796
01/07/1997	31/07/1997	31	633	36,50%	54,75 %	0,001197	21.109.565	783.307	10.290.103
01/08/1997	31/08/1997	31	633	36,50%	54,75 %	0,001197	21.109.565	783.307	11.073.411
01/09/1997	30/09/1997	30	851	31,84%	47,76 %	0,001070	21.109.565	677.752	11.751.163
01/10/1997	31/10/1997	31	967	31,33%	47,00 %	0,001056	21.109.565	691.028	12.442.191
01/11/1997	30/11/19	30	1120	31,47%	47,21	0,0010	25.106.62	798.310	13.240.50

	97				%	60	9		1
01/12/1997	31/12/19 97	31	1251	31,74%	47,61 %	0,0010 67	25.106.62 9	830.785	14.071.28 6
01/01/1998	31/01/19 98	31	1402	31,69%	47,54 %	0,0010 66	31.297.09 7	1.034.27 7	15.105.56 3
01/02/1998	28/02/19 98	28	95	32,56%	48,84 %	0,0010 90	31.297.09 7	955.352	16.060.91 5
01/03/1998	31/03/19 98	31	218	32,15%	48,23 %	0,0010 79	31.297.09 7	1.046.69 3	17.107.60 8
01/04/1998	30/04/19 98	30	403	36,28%	54,42 %	0,0011 91	31.297.09 7	1.118.37 3	18.225.98 1
01/05/1998	31/05/19 98	31	543	38,39%	57,59 %	0,0012 47	31.297.09 7	1.209.64 8	19.435.62 9
01/06/1998	30/06/19 98	30	656	39,51%	59,27 %	0,0012 76	31.297.09 7	1.197.94 0	20.633.56 9
01/07/1998	31/07/19 98	31	821	47,83%	71,75 %	0,0014 83	31.297.09 7	1.438.67 9	22.072.24 8
01/08/1998	31/08/19 98	31	994	48,41%	72,62 %	0,0014 97	31.297.09 7	1.452.13 0	23.524.37 9
01/09/1998	30/09/19 98	30	1146	43,20%	64,80 %	0,0013 70	31.297.09 7	1.285.93 6	24.810.31 5
01/10/1998	31/10/19 98	31	2118	46,00%	69,00 %	0,0014 39	31.297.09 7	1.395.78 9	26.206.10 4
01/11/1998	30/11/19 98	30	2259	49,99%	74,99 %	0,0015 34	38.226.85 8	1.759.35 4	27.965.45 9
01/12/1998	31/12/19 98	31	2384	47,71%	71,57 %	0,0014 80	38.226.85 8	1.753.82 0	29.719.27 9
01/01/1999	31/01/19 99	31	2514	45,49%	68,24 %	0,0014 26	46.144.06 2	2.040.12 8	31.759.40 7
01/02/1999	28/02/19 99	28	93	42,39%	63,59 %	0,0013 49	46.144.06 2	1.743.34 1	33.502.74 8
01/03/1999	31/03/19 99	31	237	40,99%	61,49 %	0,0013 14	46.144.06 2	1.879.42 4	35.382.17 2
01/04/1999	30/04/19 99	30	387	33,57%	50,36 %	0,0011 18	46.144.06 2	1.547.62 2	36.929.79 4
01/05/1999	31/05/19 99	31	592	31,14%	46,71 %	0,0010 51	46.144.06 2	1.502.92 6	38.432.72 0
01/06/1999	30/06/19 99	30	820	27,46%	41,19 %	0,0009 45	46.144.06 2	1.308.84 5	39.741.56 6
01/07/1999	31/07/19 99	31	1000	24,22%	36,33 %	0,0008 49	46.144.06 2	1.215.07 2	40.956.63 8
01/08/1999	31/08/19 99	31	1183	26,25%	39,38 %	0,0009 10	46.144.06 2	1.301.72 0	42.258.35 8
01/09/1999	30/09/19 99	30	1350	26,01%	39,02 %	0,0009 03	46.144.06 2	1.249.91 1	43.508.26 9

01/10/1999	31/10/1999	31	1490	26,96%	40,44 %	0,000931	46.144.062	1.331.580	44.839.850
01/11/1999	30/11/1999	30	1630	25,70%	38,55 %	0,000894	52.663.126	1.411.978	46.251.828
01/12/1999	31/12/1999	31	1755	24,22%	36,33 %	0,000849	52.663.126	1.386.733	47.638.561
01/01/2000	31/01/2000	31	1910	22,40%	33,60 %	0,000792	61.289.920	1.504.389	49.142.950
01/02/2000	29/02/2000	29	165	19,46%	29,19 %	0,000700	61.289.920	1.244.203	50.387.153
01/03/2000	31/03/2000	31	343	17,45%	26,18 %	0,000635	61.289.920	1.207.341	51.594.494
01/04/2000	30/04/2000	30	512	17,87%	26,81 %	0,000649	61.289.920	1.193.432	52.787.926
01/05/2000	31/05/2000	31	664	17,90%	26,85 %	0,000650	61.289.920	1.235.056	54.022.982
01/06/2000	30/06/2000	30	848	19,77%	29,66 %	0,000710	61.289.920	1.305.169	55.328.152
01/07/2000	31/07/2000	31	1019	19,44%	29,16 %	0,000699	61.289.920	1.328.804	56.656.955
01/08/2000	31/08/2000	31	1201	19,92%	29,88 %	0,000715	61.289.920	1.357.682	58.014.637
01/09/2000	30/09/2000	30	1345	22,93%	34,40 %	0,000808	61.289.920	1.485.690	59.500.327
01/10/2000	31/10/2000	31	1492	23,08%	34,62 %	0,000813	61.289.920	1.543.904	61.044.231
01/11/2000	30/11/2000	30	1666	23,80%	35,70 %	0,000834	70.043.364	1.753.402	62.797.633
01/12/2000	31/12/2000	31	1847	23,69%	35,54 %	0,000831	70.043.364	1.804.625	64.602.258
01/01/2001	31/01/2001	31	2030	24,16%	36,24 %	0,000848	70.043.364	1.840.461	66.442.718
01/02/2001	28/02/2001	28	90	26,03%	39,05 %	0,000903	70.043.364	1.771.951	68.214.669
01/03/2001	31/03/2001	31	202	25,11%	37,67 %	0,000876	70.043.364	1.902.413	70.117.082
01/04/2001	30/04/2001	30	319	24,83%	37,25 %	0,000868	70.043.364	1.823.439	71.940.521
01/05/2001	31/05/2001	31	426	24,24%	36,36 %	0,000850	70.043.364	1.845.702	73.786.223
01/06/2001	30/06/2001	30	536	25,17%	37,76 %	0,000878	70.043.364	1.844.811	75.631.034
01/07/2001	31/07/2001	31	669	26,08%	39,12 %	0,000905	70.043.364	1.965.013	77.596.047
01/08/2001	31/08/2001	31	818	24,25%	36,38	0,0008	70.043.36	1.846.35	79.442.40

	01				%	50	4	7	5
01/09/2001	30/09/20 01	30	954	23,06%	34,59 %	0,0008 14	70.043.36 4	1.710.88 4	81.153.28 9
01/10/2001	31/10/20 01	31	1090	23,22%	34,83 %	0,0008 19	70.043.36 4	1.778.52 1	82.931.81 0
01/11/2001	30/11/20 01	30	1224	22,98%	34,47 %	0,0008 12	70.043.36 4	1.705.74 5	84.637.55 4
01/12/2001	31/12/20 01	31	1380	22,48%	33,72 %	0,0007 96	70.043.36 4	1.729.30 4	86.366.85 8
01/01/2002	31/01/20 02	31	1544	22,81%	34,22 %	0,0008 07	70.043.36 4	1.751.30 2	88.118.16 0
01/02/2002	28/02/20 02	28	0093	22,35%	33,53 %	0,0007 92	70.043.36 4	1.554.10 4	89.672.26 4
01/03/2002	31/03/20 02	31	0239	20,97%	31,46 %	0,0007 50	70.043.36 4	1.627.59 7	91.299.86 1
01/04/2002	30/04/20 02	30	0366	21,03%	31,55 %	0,0007 51	70.043.36 4	1.579.03 7	92.878.89 9
01/05/2002	31/05/20 02	31	0476	20,00%	30,00 %	0,0007 19	70.043.36 4	1.561.33 7	94.440.23 6
01/06/2002	30/06/20 02	30	0585	19,96%	29,94 %	0,0007 18	70.043.36 4	1.508.31 2	95.948.54 7
01/07/2002	31/07/20 02	31	0726	19,77%	29,66 %	0,0007 12	70.043.36 4	1.545.74 7	97.494.29 4
01/08/2002	31/08/20 02	31	0847	20,01%	30,00 %	0,0007 19	70.043.36 4	1.561.33 7	99.055.63 1
01/09/2002	30/09/20 02	30	0966	20,18%	30,27 %	0,0007 25	70.043.36 4	1.522.92 4	100.578.5 55
01/10/2002	31/10/20 02	31	1106	20,30%	30,45 %	0,0007 29	70.043.36 4	1.581.90 8	102.160.4 63
01/11/2002	31/11/02	30	1247	19,76%	29,64 %	0,0007 11	70.043.36 4	1.494.99 5	103.655.4 58
01/12/2002	31/12/20 02	31	1368	19,69%	29,54 %	0,0007 09	70.043.36 4	1.540.00 5	105.195.4 63
01/01/2003	31/01/20 03	31	1557	19,64%	29,46 %	0,0007 08	70.043.36 4	1.536.55 7	106.732.0 20
01/02/2003	28/02/20 03	28	69	19,78%	29,67 %	0,0007 12	70.043.36 4	1.396.57 3	108.128.5 93
01/03/2003	31/03/20 03	31	195	19,49%	29,24 %	0,0007 03	70.043.36 4	1.526.20 2	109.654.7 95
01/04/2003	30/04/20 03	30	290	19,81%	29,72 %	0,0007 13	70.043.36 4	1.498.32 7	111.153.1 22
01/05/2003	31/05/20 03	31	386	19,89%	29,84 %	0,0007 16	70.043.36 4	1.553.77 6	112.706.8 98
01/06/2003	30/06/20 03	30	521	19,20%	28,80 %	0,0006 94	70.043.36 4	1.457.54 5	114.164.4 43

01/07/2003	31/07/2003	31	636	19,44%	29,16 %	0,0007 01	70.043.36 4	1.522.74 6	115.687.1 89
01/08/2003	31/08/2003	31	772	19,88%	29,82 %	0,0007 15	70.043.36 4	1.553.08 8	117.240.2 77
01/09/2003	30/09/2003	30	881	20,12%	30,18 %	0,0007 23	70.043.36 4	1.518.94 3	118.759.2 20
01/10/2003	31/10/2003	31	1038	20,04%	30,06 %	0,0007 20	70.043.36 4	1.564.08 4	120.323.3 03
01/11/2003	30/11/2003	30	1152	19,87%	29,81 %	0,0007 15	70.043.36 4	1.502.32 3	121.825.6 26
01/12/2003	31/12/2003	31	1315	19,81%	29,72 %	0,0007 13	70.043.36 4	1.548.27 1	123.373.8 98
01/01/2004	31/01/2004	31	1531	19,67%	29,51 %	0,0007 07	70.043.36 4	1.534.42 0	124.908.3 18
01/02/2004	29/02/2004	29	68	19,74%	29,61 %	0,0007 09	70.043.36 4	1.439.92 7	126.348.2 45
01/03/2004	31/03/2004	31	155	19,80%	29,70 %	0,0007 11	70.043.36 4	1.543.35 3	127.891.5 98
01/04/2004	30/04/2004	30	257	19,78%	29,67 %	0,0007 10	70.043.36 4	1.492.23 8	129.383.8 36
01/05/2004	28/05/2004	28	1128	19,71%	29,57 %	0,0007 08	70.043.36 4	1.388.41 2	130.772.2 48
01/06/2004	30/06/2004	30	1228	19,67%	29,51 %	0,0007 07	70.043.36 4	1.484.92 3	132.257.1 71
01/07/2004	31/07/2004	31	1337	19,44%	29,16 %	0,0006 99	70.043.36 4	1.518.58 4	133.775.7 55
01/08/2004	31/08/2004	31	1438	19,28%	28,92 %	0,0006 94	70.043.36 4	1.507.54 2	135.283.2 97
01/09/2004	30/09/2004	30	1527	19,50%	29,25 %	0,0007 01	70.043.36 4	1.473.59 9	136.756.8 96
01/10/2004	31/10/2004	31	1648	19,09%	28,64 %	0,0006 88	70.043.36 4	1.494.40 3	138.251.3 00
01/11/2004	30/11/2004	30	1753	19,59%	29,39 %	0,0007 04	70.043.36 4	1.479.59 7	139.730.8 97
01/12/2004	14/12/2004	14	1890	19,49%	29,24 %	0,0007 01	70.043.36 4	687.368	140.418.2 65

Al no prosperar las excepciones y defensas propuestas por las demandas en lo que concierne a la pretensión relacionada con el pago de las sumas que no pagó el concesionario por concepto de los servicios públicos a que se refiere el contrato 005 de 1995, celebrado con la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, el tribunal accederá a la pretensión sexta de la demanda y a su liquidación, en la forma pedida en la pretensión 7, letra V.

V. Liquidación de costas y gastos del proceso

Como quiera que de las pretensiones formuladas el tribunal ha encontrado prósperas solo algunas de ellas y otras en forma parcial y así lo reconocerá en la parte resolutiva de este laudo, de conformidad con lo dispuesto en los

numerales 5º y 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se abstiene de imponer condena en costas.

Según consta en el acta 2, la parte convocante pagó el 100% de los honorarios y gastos del tribunal. En efecto, fijada la suma que corresponde a los gastos del proceso detallados en el acta número 1 del 6 de octubre de 2003, las partes convocadas no sufragaron el cincuenta por ciento (50%) que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 22 del decreto 2279 de 1989, a ellas correspondía pagar, motivo por el cual la parte convocante, en ejercicio del derecho que le otorga la misma disposición, canceló por cuenta de aquellos, dicho valor.

No obstante que la convocante solicitó al tribunal la certificación que daba fe de tal hecho, la cual fue oportunamente entregada, documento con el que resulta viable iniciar la acción ejecutiva en contra de la convocada, existe en el proceso memorial presentado el 1º de diciembre de 2004 al tribunal por el señor apoderado de la parte convocante, en el que pone de presente que no ha iniciado el proceso ejecutivo, y solicita al tribunal que tal circunstancia sea tenida en cuenta para los efectos previstos en el artículo 144, inciso tercero del Decreto 1818 de 1998.

En este orden de ideas se impone dar aplicación al citado inciso tercero del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, reproducido en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, que señala:

“De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones”.

Han debido, entonces, las partes convocadas pagar, en proporciones iguales entre ellos, la mitad de la suma establecida en el acta 1. Empero, como no lo hicieron, tiene derecho la convocante, a que se le reconozca en su favor la sanción moratoria que está contemplada en la norma transcrita, o sea los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, que se liquidan desde el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días que se tenían para consignar, es decir a partir del veintidós (22) de octubre de 2003 y hasta la fecha del laudo, pues no ha habido pago, como antes se expuso.

En consecuencia a continuación se presenta la correspondiente liquidación:

Honorarios de los árbitros, la secretaría y gastos del tribunal

Honorarios de los árbitros	\$ 61.476.000
IVA 16% aplicable a los honorarios de dos árbitros	\$ 6.557.440
Honorarios de la secretaría	\$ 10.246.000
IVA 16%	\$ 1.639.360
Gastos de funcionamiento y administración- cámara de comercio de Bogotá	\$ 4.562.000
IVA 16%	\$ 729.920
Protocolización, registro y gastos	\$ 13.716.000
Total	\$ 98.923.720

Por lo anterior, las convocadas habrán de reembolsar al Distrito Capital de Bogotá- Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, el 50% de los gastos y honorarios.

Respecto de los intereses de mora que han de calcularse se presenta la siguiente liquidación:

Cálculos de intereses moratorios gastos tribunal

Tabla interés efectivo anual

Período	No. de días	No. Resolución Superbancaria	Interés corriente Bancario	Tasa Interés moratorio	Factor Diario	Capital	Intereses	Interés acumulado	
Inicio	Final			(1)	(2)				
22/10/2003	31/10/2003	9	1038	20,04%	30,06%0	0,000720	24.730.930	160.330	160.330
01/11/2003	30/11/2003	30	1152	19,87%	29,81%5	0,000715	24.730.930	530.441	690.770
01/12/2003	31/12/2003	31	1315	19,81%	29,72%3	0,000713	24.730.930	546.664	1.237.434
01/01/2004	31/01/2004	31	1531	19,67%	29,51%7	0,000707	24.730.930	541.774	1.779.208
01/02/2004	29/02/2004	29	68	19,74%	29,61%9	0,000709	24.730.930	508.410	2.287.618
01/03/2004	31/03/2004	31	155	19,80%	29,70%1	0,000711	24.730.930	544.928	2.832.545
01/04/2004	30/04/2004	30	257	19,78%	29,67%0	0,000710	24.730.930	526.880	3.359.425
01/05/2004	28/05/2004	28	1128	19,71%	29,57%8	0,000708	24.730.930	490.221	3.849.646
01/06/2004	30/06/2004	30	1228	19,67%	29,51%7	0,000707	24.730.930	524.297	4.373.943
01/07/2004	31/07/2004	31	1337	19,44%	29,16%9	0,000699	24.730.930	536.182	4.910.125
01/08/2004	31/08/2004	31	1438	19,28%	28,92%4	0,000694	24.730.930	532.283	5.442.408
01/09/2004	30/09/2004	30	1527	19,50%	29,25%1	0,000701	24.730.930	520.299	5.962.707
01/10/2004	31/10/2004	31	1648	19,09%	28,64%8	0,000688	24.730.930	527.644	6.490.352
01/11/2004	30/11/2004	30	1753	19,59%	29,39%4	0,000704	24.730.930	522.416	7.012.768
01/12/2004	14/12/2004	14	1890	19,49%	29,24%1	0,000701	24.730.930	242.696	7.255.464

En consecuencia, los montos a pagar por cada una de las partes convocadas a favor de la convocante por este concepto se resumen así:

Monto de gastos y honorarios del tribunal a cargo de la Cooperativa del Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun:	\$ 24.730.930
Intereses de mora causados desde el 22 de octubre de 2003 hasta el 14 de diciembre de 2004:	\$ 7.255.464
Total a cargo de la Cooperativa del Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun:	\$ 31.986.576
Monto de gastos y honorarios del tribunal a cargo de Carlos Jorge Silva Bernal:	\$ 24.730.930

Intereses de mora causados desde el 22 de octubre de 2003 hasta el 14 de diciembre de 2004:	7.255.464
Total a cargo de Carlos Jorge Silva Bernal	\$ 31.986.576

VI. Parte resolutiva

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias presentadas entre el Distrito Capital de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos y la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun, y Carlos Jorge Silva Bernal.

RESUELVE:

1. Declárase probada la excepción de “cosa juzgada” en relación con la pretensión primera de la demanda arbitral, la cual, al igual que el correspondiente aparte i) de la pretensión séptima, se deniega.
2. Accédese a la pretensión segunda de la demanda arbitral.
3. Deniéngase la pretensión tercera y el aparte tercero de la pretensión séptima de la demanda arbitral, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.
4. Deniéngase la pretensión cuarta y el aparte iv) contenido en la pretensión séptima de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.
5. Accédese parcialmente a la pretensión quinta de la demanda arbitral, en los términos consignados en este laudo, en armonía con lo dispuesto por el ordinal 6º de esta parte resolutiva.
6. Como consecuencia de la decisión anterior, declárase que frente a la obligación de elaborar inventarios respecto de las bóvedas de propiedad del Distrito Capital, consagrada en la cláusula IV letra numeral X del contrato de concesión 005 de 1995, la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, no incurrieron en responsabilidad solidaria frente al Distrito Capital de Bogotá - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por cuanto, a dicha entidad le fue entregado el respectivo inventario físico de bóvedas de propiedad del Distrito Capital.
7. Declárase que la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro Cootransfun (anteriormente denominada Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Funerarios Cootrafun) y el señor Carlos Jorge Silva Bernal, incumplieron la obligación de elaborar inventarios respecto de las bóvedas de propiedad particular, consagrada en la cláusula IV letra numeral Y, del contrato de concesión 005 de 1995.
8. Accédese a la pretensión sexta de la demanda arbitral de acuerdo con lo previsto en la parte motiva y en el ordinal 10 de este resuelve.
9. Decláranse no probadas las excepciones de cosa juzgada, pleito pendiente y declinatoria de jurisdicción propuestas por las accionadas en relación, en lo pertinente, con las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta del libelo de la demanda.
10. Condenáse a las convocadas a pagar solidariamente al Distrito Capital, Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, las siguientes sumas:
 - A. Por concepto del componente de la depreciación previsto en los pliegos de condiciones de la licitación y en el contrato mismo, la suma de doscientos ochenta millones ochocientos sesenta y siete mil ochocientos veintiún pesos m/cte. (\$ 280.867.821).
 - B. Por el valor de los intereses de mora causados en virtud de la privación temporal del capital correspondiente al monto de la depreciación, la suma de doscientos sesenta y seis mil doscientos cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro pesos m/cte. (\$ 266.204.744).

C. Por concepto de las sumas correspondientes a la elaboración de los inventarios respecto de las bóvedas de propiedad particular, la suma de veintidós millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil setecientos sesenta y dos pesos m/cte. (\$ 22.448.772).

D. Por concepto de servicios públicos de acueducto y alcantarillado no pagados por las convocadas, las sumas de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos mcte (\$ 70.043.364), correspondiente al capital establecido según el dictamen pericial obrante en autos, la cual se halla actualizada a la fecha.

E. Por concepto de los intereses de mora causados hasta la fecha en relación con el valor de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado no pagados, la suma de ciento cuarenta millones cuatrocientos dieciocho mil doscientos sesenta y cinco pesos m/cte. (\$ 140.418.265).

11. No hay lugar, según lo expuesto en la parte motiva a formular condena por concepto de costas y agencias en derecho.

12. Ordenar el pago a cargo de la parte convocada Cooperativa del Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun y a favor de la parte convocante, de la suma de treinta y un millones novecientos ochenta y seis mil quinientos setenta y seis pesos mcte (\$ 31.986.576), por concepto de reembolso de gastos y honorarios del tribunal, suma que se encuentra incrementada con los intereses moratorios decretados de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del laudo.

13. Ordenar el pago a cargo de la parte convocada Carlos Jorge Silva Bernal y a favor de la parte convocante, de la suma de treinta y un millones novecientos ochenta y seis mil quinientos setenta y seis pesos m/cte. (\$ 31.986.576), por concepto de reembolso de gastos y honorarios del tribunal, suma que se encuentra incrementada con los intereses moratorios decretados de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del laudo.

14. Las sumas correspondientes a las condenas impuestas en este laudo, deberán ser pagadas una vez ejecutoriado el presente laudo.

15. Se dispone la entrega a cada uno de los árbitros y a la señora secretaria, del saldo restante de sus honorarios.

16. Por secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo con destino a las partes, al centro de conciliación y arbitraje de la cámara de comercio de Bogotá y al representante del Ministerio Público, con las constancias de ley.

17. Protocolícese, en la oportunidad de ley, este expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá, con cargo al rubro de protocolizaciones. Para el efecto, se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

Notifíquese y cúmplase.

Emilio José Archila Peñalosa, Presidente—Hernán Guillermo Aldana Duque, árbitro—Martín Gustavo Ibarra P., árbitro.

Gabriela Monroy Torres, Secretaria.

ACTA N° 23

En Bogotá, D.C., siendo el treinta y un (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), a las 9:00 a.m., en la Calle 98 N° 22-64 piso 9 de esta ciudad se reunió el tribunal integrado por los doctores Emilio José Archila Peñalosa, presidente, Hernán Guillermo Aldana Duque y Martín Gustavo Ibarra Pardo, árbitros, con el fin de decidir la solicitud de aclaración, complementación y corrección del laudo arbitral proferido el día 14 de diciembre de 2004, presentada por el apoderado de la parte convocante dentro del proceso arbitral del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos contra la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootrasfun, y Carlos Jorge Silva Bernal.

Se hicieron presentes las siguientes personas:

El doctor Oswaldo Giraldo López, apoderado judicial de la parte convocante.

El doctor Henry Sanabria Santos, apoderado judicial de la Cooperativa de Trabajo Asociado del Futuro, Cootransfun.

El doctor Joselito Bautista Acosta, apoderado del señor Carlos Jorge Silva Bernal.

El presidente del tribunal informó que la doctora Gabriela Monroy Torres se encuentra fuera de la ciudad, situación que había manifestado con anterioridad y por ello no pudo concurrir a la audiencia.

En consecuencia, el tribunal designó como secretario *ad hoc* para la presente audiencia a María Fernanda Olano Ramírez, quien tomó posesión de su cargo ante el presidente del tribunal.

Iniciada la audiencia, el presidente del tribunal informó que el 20 de diciembre de 2004, estando dentro del término, el señor apoderado de la parte convocante presentó un memorial mediante el cual solicitó se proceda a aclarar y complementar el laudo arbitral proferido el día 14 de diciembre de 2004. Así mismo, informó que mediante escritos radicados ante el presidente del tribunal el 20 de diciembre de 2004, las partes convocadas presentaron sendos recursos de anulación del laudo.

A continuación, el tribunal profirió el siguiente auto:

AUTO N° 28

Consideraciones

A. Mediante la solicitud de aclaración, corrección y complementación del laudo proferido por este tribunal, la parte convocante pretende que:

1. Se adicione el laudo en el sentido de que pronuncie sobre la petición contenida en el numeral 9º del capítulo I de la demanda, relativo a las declaraciones y condenas cuyo tenor literal es el siguiente:

“Que una vez ejecutoriado el laudo, las sumas establecidas en el mismo a favor de la convocante y con cargo a los convocados devengarán los intereses de mora permitidos por la legislación nacional, a la tasa que certifique la (*) Superintendencia Bancaria o el organismo que haga sus veces, desde la fecha de ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se produzcan los pagos respectivos”.

2. Que se corrija el laudo en lo referente a las letras numerales b y c del numeral décimo del resuelve, en los que se incurrió en errores mecanográficos tal como se enuncia a continuación:

- El literal b, por cuanto la cifra consignada en números contiene un error pues se estableció en doscientos sesenta y seis mil doscientos cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro pesos cuando el monto correcto es doscientos sesenta y seis millones doscientos cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 266.204.744).

- El literal c, por cuanto la cifra consignada fue veintidós millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil setecientos sesenta y dos pesos, cuando la cifra correcta es veintidós millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil setecientos setenta y dos pesos (\$ 22.448.772).

3. Que se aclare el laudo en el sentido de: “si la excepción de “cosa juzgada “que ha declarado probada en su parte resolutiva numeral primero, le permite entonces al Distrito Capital de Bogotá —Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos— hacer efectiva la participación antedicha, o cualquier otra participación adicional a la remuneración pactada en la cláusula VIII contractual que le haya sido reconocida por los peritos en el proceso anterior y ratificada por el laudo arbitral de fecha 5 de julio de 2002, en el evento en que las obligaciones correlativas derivadas del reconocimiento de la participación antedicha o de otras participaciones a cargo de los convocados no se hayan extinguido”.

B. Respecto de las solicitudes formuladas encuentra el tribunal lo siguiente:

1. En relación con la primera solicitud de adición del laudo arbitral, según lo solicitado en la demanda y de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y con el artículo 1617 del Código Civil, se causarán intereses de mora desde la fecha de ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se produzca el pago, sobre las sumas que se indican a continuación:

1.1. La suma de doscientos ochenta millones ochocientos sesenta y siete mil ochocientos veintiún pesos m/cte. (\$ 280.867.821), por concepto de depreciación.

1.2. La suma de veintidós millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil setecientos sesenta y dos pesos m/cte. (\$ 22.448.772), por concepto de las sumas correspondientes a la elaboración de los inventarios respecto de las bóvedas de propiedad particular.

1.3. La suma de setenta millones cuarenta y tres mil trescientos sesenta y cuatro pesos m/cte. (\$ 70.043.364), por concepto de capital de servicios públicos de acueducto y alcantarillado no pagados por las convocadas, establecido según el dictamen pericial obrante en autos, la cual se halla actualizada a la fecha.

Los intereses moratorios sobre las sumas anteriormente mencionadas se causarán a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, de conformidad con el inciso 2º del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y con el artículo 1617 del Código Civil.

En lo que respecta a las sumas reconocidas por concepto de intereses de mora por este tribunal en las letras numerales b y e del numeral décimo de la parte resolutiva del laudo, no se accederá a la solicitud toda vez que nuestra legislación prohíbe el pago de intereses moratorios sobre sumas que a su vez son el resultado de intereses⁽¹⁾.

2. En relación con la corrección solicitada, y teniendo en cuenta que en la parte considerativa del laudo arbitral se indicaron de manera correcta las sumas debidas, las cuales fueron incorrectamente insertadas en la parte la parte resolutiva, habrá de accederse en la forma pedida.

3. En relación con la solicitud de aclaración formulada por la parte actora en el sentido de que se diga por este tribunal que a la UESP le es permitido hacer efectiva la participación fijada por los peritos que intervinieron en el proceso arbitral que culminó con el laudo de 5 de julio de 2002, se observa:

3.1. En ninguna parte del escrito sustentatorio de la solicitud de aclaración se indica en qué parte del laudo existe vaguedad, imprecisión u oscuridad que permita aclarar o complementarlo en el sentido impetrado por la accionante⁽²⁾.

3.2. El texto del memorial en que apoya su petición el Distrito Capital, UESP, tiende, más bien, a que este tribunal complemente el laudo de 2002, en el cual, como se dijo en el que profirió este tribunal, se estudió exhaustivamente el tema del globo B del Cementerio Central, se tuvieron en cuenta los ingresos y egresos, así como las pérdidas que de su utilización tuvo el concesionario, y de todo ello concluyó el tribunal de entonces, de una parte, que ese aspecto no era una materia extracontractual, la cual por lo mismo debía ser examinada en ese mismo laudo —como en efecto ocurrió—, y, en fin, que las sumas establecidas por los peritos en dicho proceso sirvieron de marco de referencia para definir el tema de la ecuación financiera reclamada por los concesionarios demandantes.

En tales condiciones, resulta imposible que, a pretexto de aclarar el aludo proferido el 14 de diciembre de 2004, este tribunal vuelva sobre lo que se juzgó en relación con el globo B del Cementerio Central en el laudo de 5 de julio de 2002.

Por consiguiente, no observándose ninguna oscuridad ni falta de definición del tema referido al hecho de la cosa juzgada en torno a las pretensiones de la UESP sobre la utilización y producido y que obtuvo el consorcio sobre el globo B del Cementerio Central, ni siendo posible tocar de nuevo esa materia, no hay lugar a acceder a la aclaración solicitada sobre este aspecto por la parte convocante.

Con base en las anteriores consideraciones, el tribunal,

RESUELVE:

1. Adicionar el numeral décimo cuarto de la parte resolutiva de este laudo arbitral de la siguiente manera: “Las sumas reconocidas en este laudo por concepto de depreciación; por concepto de la elaboración de los inventarios respecto de las bóvedas de propiedad particular; y por concepto de capital de servicios públicos de acueducto y alcantarillado no pagados por las convocadas (ordinal décimo letras numerales a), c) y d)), se causarán intereses moratorios a la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado desde la fecha de ejecutoria del laudo y hasta la fecha en que se produzcan los pagos respectivos, de conformidad con el inciso 2º del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 y del artículo 1617 del Código Civil”.
2. Por lo expuesto en la parte motiva de este auto, en lo que respecta a las sumas reconocidas por concepto de intereses de mora por este tribunal en la letras numerales b) y e) del ordinal décimo de la parte resolutiva de laudo, no se accederá a la solicitud de reconocer intereses de mora a partir de la ejecutoria del laudo.
3. Aclarar y corregir los literales b y c del numeral décimo de la parte resolutiva del laudo arbitral proferido el 14 de diciembre de 2004 y cuyos textos en consecuencia se sustituyen y quedarán como se indica a continuación:
 - B. Por el valor de los intereses de mora causados en virtud de la privación temporal del capital correspondiente al monto de la depreciación, la suma de doscientos sesenta y seis millones doscientos cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro pesos m/cte. (\$ 266.204.744).
 - C. Por concepto de las sumas correspondientes a la elaboración de los inventarios respecto de las bóvedas de propiedad particular, la suma de veintidós millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil setecientos setenta y dos pesos m/cte. (\$ 22.448.772).
4. No hay lugar a la aclaración solicitada respecto de lo decidido en el laudo de 14 de diciembre de 2004, en lo que concierne a la utilización y producido, en cuanto al globo B del Cementerio Central por parte del concesionario.
5. Las adiciones, correcciones y aclaraciones ordenadas en esta providencia son parte integrante del laudo arbitral proferido el 14 de diciembre de 2004 y de ella expídense copia auténtica a las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las constancias legales.

Esta providencia queda notificada en audiencia a los apoderados de las partes.

En este estado de la diligencia, se declara terminada la presente actuación y se suscribe el acta por quienes en ella intervinieron.

Emilio José Archila Peñalosa, Presidente—Hernán Guillermo Aldana Duque, árbitro—Martín Gustavo Ibarra Pardo, árbitro.

Oswaldo Giraldo López—Henry Sanabria Santos, apoderados.

Joselito Bautista Acosta, apoderado.

María Fernanda Olano Ramírez, Secretaria ad hoc.
