

## LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, Febrero 21 de dos mil cinco 2005

Finalizada la actuación procesal, siendo el día y la hora fijadas para llevar a cabo la AUDIENCIA DE FALLO, procede el Tribunal de Arbitramento a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido por CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P. contra el Municipio de Yumbo, previo recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. El contrato.

El contrato generador del conflicto es el contrato de “*Concesión para la prestación integral del servicio de aseo urbano en el Municipio de Yumbo*”, suscrito el 26 de diciembre de 1996 entre la sociedad CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE YUMBO.

#### 2. La Cláusula Arbitral

En dicho contrato (Cláusula Trigésima Novena), las partes consignaron la cláusula titulada “ARBITRAMENTOS” en la cual textualmente se estipuló:

*“Las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, 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 designado mediante sorteo por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cali, que se sujetará a la legislación vigente de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por un árbitro B) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN MERCANTILES DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CALI. C) El Tribunal decidirá el derecho y D) El Tribunal funcionará en Cali, en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de comercio de ésta ciudad, la cláusula anterior no se aplicará tratándose de procesos ejecutivos relacionados con el presente Contrato, los cuales se adelantarán por las partes ante la Jurisdicción Ordinaria.*

*En las controversias de menor cuantía solo habrá un árbitro. Se entenderá por tales aquellas cuyo monto sea igual o inferior a cuatrocientos (400) SMLM.*

*La designación, requerimiento, constitución, funcionamiento y los demás aspectos del tribunal se regirán por las disposiciones legales vigentes sobre la materia en la fecha que el tribunal convoque”.*

### **3. Solicitud de Convocatoria e Integración del Tribunal de Arbitramento.**

La sociedad CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P., en escrito presentado el 13 de enero del 2004 a través de apoderado, solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la “*convocatoria e instalación de un Tribunal de Arbitramento para dirimir los conflictos y diferencias económicas surgidas en torno al contrato de Concesión para la prestación integral de Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo*”.

### **4. Nombramiento de Arbitro Único**

El Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio de Cali, solicitó al representante legal de esta, la designación mediante sorteo de árbitro único, establecido en la cláusula arbitral, designación que fue ratificada por los apoderados de las partes en la audiencia de instalación del Tribunal.

### **5. Instalación del Tribunal.**

El 10 de mayo de 2004 se instaló el Tribunal de Arbitramento, como consta en el acta No. 1 de la misma fecha, en audiencia realizada en la sala No. 2 del Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio.

En esta audiencia se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría el Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio, tal como lo dispone la cláusula arbitral; se reconoció personería al apoderado de la parte convocante; se determinaron las cuantías por concepto de honorarios del árbitro y del secretario y de los gastos de funcionamiento y administración del Tribunal, y se fijó fecha para la primera audiencia de trámite.

El Tribunal designó al la doctora Patricia Riascos Lemos como Secretaria del Tribunal quien tomó posesión del cargo ante el Presidente.

### **6. Primera Audiencia de Trámite**

Efectuado el pago de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal por la parte convocante, en los términos y oportunidades legales, se llevó a cabo la primera audiencia de Trámite los días 7 de junio (acta No. 2), 28 de junio (acta No. 3) y 22 de julio (acta No. 4), en la cual se reconoció personería a la apoderada del Municipio de Yumbo, se declaró competente el Tribunal para conocer y decidir en derecho mediante el proceso arbitral, las diferencias sometidas a su consideración a través de la demanda presentada por la sociedad Ciudad Limpia S.A. E.S.P. (auto No. 4 de junio 7 de 2004, acta No. 2), se admitió la demanda por reunir los requisitos que prevé el Código de Procedimiento Civil y se corrió traslado por el término de ley a la parte convocada. Se reconoció además personería al nuevo apoderado del Municipio de Yumbo, se glosó al expediente el escrito de contestación de la demanda, se ordenó la fotocopia de los anexos de la demanda para el Procurador Judicial 19 en asuntos administrativos del Valle y se efectuó el traslado de las excepciones de fondo. Así mismo se suspendió el proceso arbitral por petición de común acuerdo de los apoderados de las partes (auto No. 7 de junio 28 de 2004, acta No. 3). Finalizó la primera audiencia de

trámite el día 22 de julio de 2004. En dicha audiencia se glosó al expediente el escrito mediante el cual Ciudad Limpia S.A. E.S.P. la convocante, por medio de su apoderado describe el traslado de las excepciones de fondo y se decretan las pruebas solicitadas por las partes y el Ministerio Público.

### **6.1 Audiencia de Conciliación.**

Mediante auto No. 8 de junio 28 de 2004 se fijó fecha para realizar la **audiencia de conciliación** ordenada en el artículo 121 de la ley 446 de 1998, diligencia a la cual no asistió el representante legal del Municipio de Yumbo, quien en término no justificó su inasistencia.

Mediante auto No. 10 de julio 22 de 2004, acta No. 4 se declara fracasada la conciliación.

### **7. Término del Proceso.**

Al no señalar las partes el término del proceso, su duración conforme a lo establecido en el artículo 103 de la ley 23 de 1991 es de seis meses, a partir de la primera audiencia de trámite (22 de julio de 2004), término que vencería en enero 22 de 2005), sin perjuicio de prorrogas y suspensiones, según lo dispuesto en dicho artículo.

#### **7.1. Suspensiones del Proceso**

Auto No. 7 de junio 28 de 2004 (acta No. 3) se suspendió el proceso los días 2, 6 y 7 de julio del 2004 (3 días).

Auto No. 27 de septiembre 21 de 2004 (acta No. 14) se suspendió el proceso a partir del 23 de septiembre de 2004 hasta el 19 de octubre de 2004 (18 días).

Auto 39 de diciembre 16 de 2004 (acta No. 19) se suspendió el proceso a partir del 17 de diciembre de 2004, hasta el 10 de enero de 2005 (14 días).

Si al plazo de seis (6) meses, contados a partir del 22 de julio de 2004, se le adicionan los días de suspensión del proceso (35 días) y se tiene en cuenta que los días sábados no funciona el Centro de conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y que el 24 y 31 de diciembre de 2004, tampoco prestó servicio al público por cierre, el vencimiento del término del proceso es el 15 de marzo del año en curso.

### **8. Pretensiones de la Demanda.**

Por medio de la demanda presentada por Ciudad Limpia S.A. E.S.P. el 13 de enero de 2004, la parte convocante presentó a consideración y decisión del Tribunal, las pretensiones que textualmente se transcriben:

#### ***“PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES***

*PRIMERA: Que se declare que el Municipio de Yumbo se obligó en el “Contrato de Concesión para la prestación Integral del Servicio de Aseo urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado con Ciudad Limpia el día 26 de diciembre de 1996, a pagar a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. como remuneración durante la Etapa de Implementación del contrato la suma de Sesenta y un*

millones ochocientos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta pesos (\$61.887.430) mensuales, indexados mes a mes utilizando para ello la tasa de actualización fijada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRASB).

*SEGUNDA. Que se declare que el Municipio de Yumbo está obligado a pagarle a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. como remuneración por su servicio, la remuneración pactada para Etapa de Implementación del Contrato, desde el 26 de diciembre de 1996, fecha de suscripción del contrato hasta el 28 de abril de 2003, fecha en la cual Ciudad Limpia S.A. E.S.P. culminó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo.*

*TERCERA. Que se declare que el Municipio de Yumbo se encuentra obligado a pagar a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. los intereses de mora, calculados sobre los saldos insolutos de la remuneración correspondientes a la etapa de Implementación que se determinen en este proceso, es decir, desde el 26 de diciembre de 1996, y hasta el 28 de abril de 2003, fecha en la cual Ciudad Limpia finalizó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo.*

*CUARTA. Que se declare que el Municipio de Yumbo incumplió el contrato de “Concesión para la Prestación Integral del Servicio de Aseo urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P. y el Municipio de Yumbo, el día 26 de diciembre de 1996, al no haber pagado oportuna e íntegramente la suma de sesenta y un millones ochocientos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta pesos mcte (\$61.887.430) mensuales, desde el 26 de diciembre de 1996, fecha de suscripción del contrato, y hasta el 28 de abril del 2003, fecha en la cual Ciudad Limpia finalizó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo, indexados mes a mes utilizando la tasa de actualización fijada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRASB), los cuales corresponden a la remuneración acordada para la etapa de implementación del contrato “Concesión para la Prestación Integral del Servicio de aseo urbano en la ciudad de Yumbo”.*

*QUINTA. Que se declare que el Municipio de Yumbo incumplió el contrato de “Concesión para la Prestación Integral del Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P. y el Municipio de Yumbo, el día 26 de diciembre de 1996, al no haber mantenido el equilibrio económico y financiero del contrato.*

*SEXTA. Que se declare que el Municipio de Yumbo se encuentra obligado a indemnizar a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. la totalidad de los perjuicios materiales que se acrediten en este proceso, ocasionados con los incumplimientos del Municipio, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, y todas las sumas adicionales cuyo monto se pruebe en el curso de este proceso.*

#### **CONSECUENCIALES O DE CONDENA PRINCIPALES**

*Que como consecuencia de la declaratoria de cualesquiera de las pretensiones declarativas principales, se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra del Municipio de Yumbo:*

*PRIMERA. Que se condene al Municipio a pagar a Ciudad Limpia S.A.E.S.P. los saldos insolutos de la remuneración acordada para la etapa de Implementación del contrato de “Concesión para la Prestación Integral del Servicio de aseo urbano en la ciudad de Yumbo”, causados desde el 26 de diciembre de 1996, fecha de suscripción del contrato y hasta el 28 de abril de*

2003, fecha en la cual Ciudad Limpia finalizó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo.

*SEGUNDA. Que se condene al Municipio de Yumbo a pagar a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. los intereses de mora a la tasa del interés corriente bancario incrementado en la mitad, calculados sobre los saldos insolutos de la remuneración correspondientes a la etapa de implementación o los que se determinen en este proceso, comprendida desde el 26 de diciembre de 1996 y hasta el 28 de abril de 2003, fecha en la cual Ciudad Limpia finalizó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo, desde la fecha de su exigibilidad y hasta que se verifique su pago.*

*Para los efectos de las condenas que se solicitan deberán tener en cuenta los pagos efectuados por el Municipio a través de ECOVAL LTDA y EMCALI, y a través del cruce de cuentas o compensación con Impuesto de Industria y Comercio y su complementario de avisos y tableros realizado con las empresas FANALCA S.A., LLOREDA GRASAS S.A., C.I. YUMBO S.A. y CENTEL S.A. imputando dichos pagos, en la fecha en que se efectuaron, primero a intereses de mora y después al capital indexado, tal y como lo establece la ley.*

*TERCERA. Que se condene al Municipio al pago de los perjuicios materiales, tanto el daño emergente como el lucro cesante ocasionados con el incumplimiento del Contrato de “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996 cuya cuantía se probará dentro del proceso. Las anteriores cantidades deberán actualizarse con el índice de precios al consumidor o algún otro método equivalente, que estime aplicable el Honorable Tribunal.*

*CUARTA. Que se condene al Municipio al pago de las costas del proceso, las cuales deben incluir los costos de funcionamiento del Tribunal y los honorarios de los señores árbitros y secretario del mismo.*

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.**

##### **PRIMERAS SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS**

*PRIMERA. Que se declare que los incumplimientos por parte del Municipio de Yumbo del contrato de “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo, el 26 de diciembre de 1996”, constituyeron circunstancias ajenas a la voluntad de Ciudad Limpia, que ocasionaron el desequilibrio económico y financiero del contrato.*

*SEGUNDA. Que se declare que el Municipio se encuentra obligado a restablecer el equilibrio económico del contrato de “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996, de conformidad con los términos contractuales y las disposiciones legales aplicables.*

##### **PRIMERAS SUBSIDIARIAS CONSECUENCIALES O DE CONDENA.**

*Que como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones declarativas primeras subsidiarias, se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra del Municipio de Yumbo.*

*PRIMERA. Que se condene al Municipio el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996 incluyendo el pago de la utilidad que habría de recibir Ciudad Limpia si este contrato se hubiere ejecutado en las condiciones inicialmente previstas, tomando como utilidad del (sic) Ciudad Limpia la utilidad del 14% prevista en el numeral 1.3.11.1 de la resolución 151 de 2001, o la que los Arbitros estimen aplicable.*

*En subsidio de la anterior pretensión subsidiaria consecucional, solicito se condene de conformidad con esta:*

*PRIMERA. (a) Que se condene al Municipio al restablecimiento del desequilibrio económico del Contrato “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996, en los términos establecidos en el numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993, es decir, de manera que Ciudad Limpia reciba el pago de la remuneración cuya valor intrínseco lleve al contratista a un punto de no- pérdida.*

*SEGUNDA. Que se condene al Municipio al pago de las costas del proceso, las cuales deben incluir los costos de funcionamiento del Tribunal y los honorarios de los señores Arbitros y secretario del mismo.*

#### **SEGUNDAS SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS**

*PRIMERA. Que se declare que circunstancias ajenas a Ciudad Limpia, ocasionaron el desequilibrio económico y financiero del contrato “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996.*

*SEGUNDA. Que se declare que el Municipio se encuentra obligado a restablecer el equilibrio económico del Contrato de “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996, de conformidad con los términos contractuales y las disposiciones legales aplicables.*

#### **SEGUNDAS SUBSIDIARIAS CONSECUENCIALES O DE CONDENA**

*Que como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones declarativas segundas subsidiarias, se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra del Municipio de Yumbo.*

*PRIMERA. Que se condene al Municipio al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996 incluyendo el pago de la utilidad que habría de recibir Ciudad Limpia si este Contrato, se hubiera ejecutado en las condiciones inicialmente previstas, tomando como utilidad de Ciudad Limpia la utilidad del 14% prevista en el numeral 1.3.11.1 de la resolución 151 de 2001, o la que los Arbitros estimen aplicable.*

*En subsidio de la anterior pretensión subsidiaria consecuencial, solicito se condene de conformidad con esta.*

*PRIMERA. (a) Que se condene al Municipio al restablecimiento del equilibrio económico del contrato “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo” celebrado entre Ciudad Limpia S.A. E.S.P y el Municipio de Yumbo el 26 de diciembre de 1996, en los términos establecidos en el numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993, es decir, de manera que Ciudad Limpia reciba el pago de la remuneración cuya valor intrínseco lleve al contratista a un punto de no pérdida.*

*SEGUNDA. Que se condene al Municipio al pago de las costas del proceso, las cuales deben incluir los costos de funcionamiento del Tribunal y los honorarios de los señores Arbitros y secretario del mismo.*

#### **TERCERAS SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS**

*PRIMERA. Que se declare que el Municipio se enriqueció injustificadamente a costa de Ciudad Limpia por cuanto no efectuó el pago íntegro de la remuneración que estaba obligado a reconocer por la prestación del servicio de aseo urbano en la ciudad de Yumbo, que correspondía las labores de recolección residencial de basuras, recolección industrial y comercial de desechos sólidos, el barrido manual y limpieza de vías y área públicas, mantenimiento de zonas verdes y transporte de basuras recolectadas al lugar de disposición final.*

*SEGUNDA. Que se declare que Ciudad Limpia sufrió una disminución correlativa en sus ingresos correspondiente al monto de las sumas que se abstuvo de pagarle el Municipio por concepto de su remuneración e intereses moratorios causados sobre tales cantidades.*

#### **TERCERAS SUBSIDIARIAS CONSECUENCIALES O DE CONDENA**

*Que como consecuencia de la declaratoria de las pretensiones terceras subsidiarias, se proceda a efectuar las siguientes condenas en contra del Municipio de Yumbo:*

*PRIMERA. Que se condene al Municipio a pagar a Ciudad Limpia S.A.E.S.P. los saldos insolutos de la remuneración acordada para la etapa de Implementación del contrato de “Concesión para la prestación integral del Servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo”, causados desde el 26 de diciembre de 1996, fecha de suscripción del contrato y hasta el 28 de abril de 2003, fecha en la cual Ciudad Limpia finalizó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo.*

*SEGUNDA. Que se condene al Municipio de Yumbo a pagar a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. los intereses de mora a la tasa del interés corriente bancario incrementado en la mitad, calculados sobre los saldos insolutos de la remuneración correspondientes a la etapa de implementación o los que se determinen en este proceso, comprendida desde el 26 de diciembre de 1996 y hasta el 28 de abril de 2003, fecha en la cual Ciudad Limpia finalizó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo, desde la fecha de su exigibilidad y hasta que se verifique su pago.*

*Para los efectos de las condenas que se solicitan deberán tener en cuenta los pagos efectuados por el Municipio a través de ECOVAL LTDA y EMCALI, y a través del cruce de cuentas o compensación con el Impuesto de Industria y Comercio y su complementario de avisos y tableros realizado con las empresas FANALCA S.A., LLOREDA GRASAS S.A., C.I. YUMBO S.A. y*

*CENDEL S.A. imputando dichos pagos, en la fecha en que se imputaron, primero a intereses de mora y después al capital indexado, tal y como lo establece la ley.*

*TERCERA.. Que se condene al Municipio al pago de las costas del proceso, las cuales deben incluir los costos de funcionamiento del Tribunal y los honorarios del señor Arbitro y secretario del mismo”.*

## **9. Fundamentos de la Demanda.**

Los hechos en los cuales se fundamenta la demanda agrupados por la convocante en siete (7) temas, se resumen así:

□ *Proceso de Contratación y Celebración del Contrato: hechos del 1 al 5.*

La parte convocante hace referencia a la apertura de la licitación pública 001 de 1996, a su objeto, a las labores que comprendía, a la propuesta técnica y económica presentada por Ciudad Limpia S.A. E.S.P. de acuerdo con lo establecido en la pliegos de condiciones, así como a la adjudicación y suscripción del contrato.

□ *Términos de remuneración del contratista y estructura de Contrato: hechos 6 al 25.*

Afirma el convocante que la remuneración que debía de recibir Ciudad Limpia S.A. E.S.P. fue establecida en el contrato teniendo en cuenta dos (2) etapas:- **la etapa de implementación** en la cual la remuneración era el pago de una suma mensual establecida en sesenta y un millones ochocientos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta pesos Mcte (\$61.887.430) para el primer mes de inicio de operación, la cual debía ser indexada mensualmente conforme a la tasa de actualización fijada por la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRASB) (cláusula sexta numeral 1º del contrato) y la **etapa de desarrollo total del contrato para** la cual la remuneración mensual se estableció en ciento cincuenta y nueve millones novecientos cuarenta y dos mil ciento ochenta y siete pesos Mcte (\$159.942.187) igualmente indexada por la tasa de la CRASB (cláusula sexta numeral 2º del contrato).

**Los recursos para el pago de la remuneración** debían provenir del recaudo de las tarifas al usuario, establecidas por el Municipio de conformidad con la ley, correspondientes al período de prestación efectiva del servicio, de los aportes del Municipio y de las contribuciones de solidaridad del sector industrial.

Se pactó respecto al **operador del sistema comercial** que sería inicialmente bajo la responsabilidad del Municipio de Yumbo, pero que a su propio costo podría contratar una entidad especializada en este tipo de servicios.

El pliego de condiciones estableció que la administración de los recursos que se recaudan por tarifa de aseo, mantenimiento de la base de usuarios y liquidación de los valores a cobrar por servicio de aseo era labor del operador del sistema comercial.

Dicho operador giraría a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. la suma mensual estipulada dentro de un término determinado; en caso de remanentes los entregaría al Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso.

La cláusula séptima del contrato estableció que en el evento de déficit del recaudo en la primera etapa, la remuneración al contratista se complementaría con los recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, lo



cual implica la obligación del Municipio de crear dicho fondo con los subsidios que debe asumir el Municipio (ley 142 de 1994) que hacen parte de su presupuesto; con las contribuciones de los usuarios; con los aportes de las demás empresas prestadoras del servicio de aseo; con el aporte mensual al que se comprometió el Municipio de Yumbo, por valor de veinte millones de pesos Mcte (\$20.000.000), aporte que se contempló en el estudio tarifario contratado por el Municipio de Yumbo para adecuar su estructura tarifaria.

En cuanto a la impresión y distribución de las facturas se refiere el convocante al numeral quinto de la cláusula tercera del contrato, en la cual se establecía que a través de Emcali, el Municipio de Yumbo debía hacer dicha impresión y distribución asumiendo los correspondientes costos.

□ *Incumplimiento relacionado con el retraso y falta de pago de la remuneración de Ciudad Limpia S.A. E.S.P.: Hechos 26 al 36.*

Alude el convocante que el contrato de concesión permaneció en la etapa de implementación, por lo que el concesionario facturó al Municipio de Yumbo exclusivamente la remuneración pactada en dicha etapa con sus indexaciones, igualmente que el Municipio de Yumbo después de ocho (8) meses de la suspensión del contrato, expidió la reglamentación del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso lo que constituye un incumplimiento a lo pactado. Hace mención al incumplimiento del Municipio de Yumbo en relación con los aportes al fondo, a no cubrir el déficit de la remuneración con cargo al Fondo de Solidaridad, a no hacer las transferencias a Ciudad Limpia S.A. E.S.P. de los recursos recaudados por Emcali, ni de los otros operadores.

□ *Compensación*

Manifiesta la convocante que Ciudad Limpia S.A. E.S.P. ante los incumplimientos del Municipio de Yumbo en su remuneración procedió a dar cumplimiento a lo establecido en la cláusula séptima del contrato, pero que ni aún así obtuvo la totalidad de la remuneración pactada ni pagó intereses por mora sobre la diferencia generada entre el valor pactado y el valor recaudado y efectivamente pagado.

A pesar del incumplimiento del Municipio en el pago completo de la remuneración, hace notar la convocante que no suspendió la prestación del servicio, lo que le implicó asumir la totalidad de los costos y gastos de operación, generándose el desequilibrio económico y financiero del contrato, el cual considera debe ser restablecido por el Municipio de Yumbo.

□ *Incumplimiento en el manejo comercial del servicio: hechos 37 al 45.*

El Municipio de Yumbo contrató como operador comercial a la empresa Ecoval Ltda, que actuó durante siete (7) meses, por cuanto el contrato lo dio la entidad convocada por terminado, absteniéndose de contratar un nuevo operador o de asumir directamente dicha actividad, lo que implicó graves consecuencias económicas para el concesionario ya que no se llevó a cabo la actualización de la base de usuarios, no se tomaron medidas para el cobro de cartera, ni se contó con la administración del catastro de usuarios, ni con el control de la facturación y el recaudo, la atención al usuario, disposición de información confiable relacionada con la facturación del servicio a cargo de Emcali. El no desarrollo de estas actividades trajo como consecuencia la reducción del recaudo por concepto de tarifas, frente a lo previsto en el estudio tarifario base de la contratación. Manifiesta la convocante que el Municipio se

apropió de los recaudos que recibía de Emcali e igualmente que incumplió con sus obligaciones establecidas en la cláusula tercera del contrato al no obtener el recaudo adecuado que le permitiera cumplir con la remuneración del contratista.

□ *Incumplimiento en la facturación: Hechos 46 al 51.*

El convenio con Emcali y el Municipio de Yumbo entró en vigencia el 1º de enero de 1999. Considera la convocante que Emcali dio una interpretación equivocada de las tarifas adoptadas por el Municipio de Yumbo al dejar de indexarlas como lo establecía el contrato de concesión, lo que implicó retraso en el esquema tarifario y en el plan de transición del Municipio de Yumbo, llevando a una reducción de los ingresos proyectados por el mismo Municipio al momento de adoptar las tarifas.

Para la convocante el Municipio de Yumbo no realizó una vigilancia y control a la actividad de facturación, lo que impidió contar con la información sobre la cantidad exacta de usuarios, incumpliendo la obligación que tenía pactada en la cláusula tercera del contrato, igualmente implicó la falta de acciones de cobro de la cartera (obligación del numeral noveno de la cláusula tercera del contrato) afectando el recaudo de las tarifas, impidiendo el flujo de ingresos requeridos para garantizar la remuneración en los términos pactados.

□ *Incumplimiento en abstenerse de equilibrar económicamente el contrato: hechos 52 al 56.*

La parte convocante hace alusión a lo estipulado en la cláusula tercera del contrato de concesión, obligaciones del Municipio de Yumbo, afirmando que el Municipio se encontraba obligado a mantener el valor intrínseco del valor mensual, efectuando el pago íntegro del precio del contrato y así mantener el equilibrio económico y financiero del mismo. Hace referencia al contenido del acta No. 6 de octubre 26 del 2000 suscrita por los contratantes considerando que las partes reconocieron que se había producido el desequilibrio económico y financiero del contrato por circunstancias ajenas a la voluntad de ambas partes.

□ *Terminación del contrato de concesión: hechos 57 al 6.*

Con fundamento en lo establecido en el párrafo de la cláusula séptima del contrato, el 3 de enero de 2003, Ciudad Limpia S.A. E.S.P. le manifestó al Municipio de Yumbo la terminación del contrato, cumpliendo la concesionaria con el preaviso estipulado en el párrafo de la cláusula 46.

Afirma asimismo que ante las solicitudes del Municipio de Yumbo y en aras de colaborar con la administración municipal, Ciudad Limpia S.A. E.S.P. prestó el servicio de aseo hasta el 28 de abril de 2003, firmándose el acta de la finalización y entrega de la concesión, el 29 de abril del mismo año.

## **10. Contestación a los Hechos de la Demanda.**

El apoderado de la parte convocada dio respuesta a la demanda, negó unos hechos y aceptó otros, basando su defensa en incumplimientos de Ciudad Limpia S.A. E.S.P., llegando a concluir que no se ha presentado desequilibrio económico del contrato; se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones en defensa de los intereses de la parte convocada.

A los hechos se pronunció en síntesis de la siguiente manera:

*Hechos 1 al 5 Proceso de Contratación y Celebración del Contrato.*

Afirma el convocado que la licitación pública se adjudicó con el propósito de cubrir íntegramente el 100% el servicio de aseo urbano en sus comunas y corregimientos establecidos claramente en el objeto de licitación en el área de influencia en las etapas de ejecución, en la definición del servicio integral de aseo que estableció el pliego de condiciones y el contrato de concesión.

Considera que el deber de Ciudad Limpia S.A.E.S.P. era alimentar la operación comercial y la información necesaria para la facturación, tal como quedó establecido en los numerales quinto y décimo de la cláusula segunda del contrato. Afirma que la empresa prestadora del servicio era la llamada a determinar claramente los usuarios y apoyar el desarrollo de la actividad comercial y consecuentemente la de facturación. Así mismo debía impulsar la segunda fase de contrato, cláusula segunda numeral segundo.

*Hechos 6 al 25 Términos de remuneración del contratista y estructura del contrato.*

Niega el convocado que la remuneración pactada entre el Municipio de Yumbo y el contratista corresponda a un valor fijo (inciso cuarto cláusula sexta); los valores de sesenta y un millones ochocientos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta de pesos Mcte y ciento cincuenta y nueve millones de pesos Mcte se pactaron bajo el entendido de la prestación de 100% de los usuarios, pudiendo el Municipio de Yumbo de no ser así descontar el servicio que no prestaba.

Hace mención a los pliegos de condiciones en cuanto a las tarifas del servicio en relación a que el proponente indicaría en su oferta la proyección de dichas tarifas por estrato y por tipo de productor, lo que cumplió el concesionario en su oferta al ajustarse a tal parámetro indicando las tarifas que habrían de tenerse en cuenta frente a una población total en la zona de influencia del Municipio de Yumbo, estimada por la oferente en un número determinado de usuarios del servicio, lo que determina el 100% de la cobertura. Así mismo afirma que el valor del servicio está vinculado a regulaciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por lo que el valor resultante aplicable por tarifas al contratante tiene que ser el que resulte la formula tarifaria sin exceder el límite que fije dicha comisión.

Considera la convocada que la forma principal de pago del contrato es el cruce de cuentas por impuesto de industria y comercio avisos y tableros. Y que la operación del sistema comercial, de conformidad con la cláusula 18 inciso 2º, cláusula 20 inciso 24 debía ser alimentada por el concesionario.

En cuanto a la remuneración a los fondos de solidaridad, afirma que son establecidos para subsidios, que no financian al operador y que no se utilizaron porque el concesionario se pagó con cruce mes a mes. Finalmente en relación con la facturación manifiesta que correspondía al concesionario apoyar la formación del catastro, que efectivamente el Municipio de Yumbo asumió los costos de operación comercial y de facturación, los cuales fueron descontados del recaudo del servicio de aseo cobrados a los usuarios.

*Hechos 26 a 36 Incumplimiento relacionado con el retraso y pago de la remuneración del concesionario.*

El convocado niega todos los hechos, afirmando que el concesionario se pagó la remuneración con el cruce de cuentas desde la celebración del contrato hasta la aplicación de la resolución No. 182 de la CRA; niega que el valor pactado contractualmente corresponda a un valor fijo mensual con la indexación, ya que los pliegos, la oferta y el contrato se circunscriben a un valor integral cuyos componentes tienen relación directa con el número de usuarios y con la proyección de una zona de servicio exclusivo, por lo cual se estipuló contractualmente la posibilidad del descuento de valores por la no prestación del servicio en un 100% (cláusula séptima del contrato). Y niega que haya existido déficit de la remuneración puesto que la concesionaria asumió su pago ya que estaba contractualmente autorizada a realizar mediante el cruce de cuentas con empresas que la misma concesionaria determinaba, quedando el Municipio relevado de toda responsabilidad.

Hace notar el convocado la estipulación del parágrafo de la cláusula séptima del contrato, en cuanto a que el concesionario podía dar por terminado el contrato considerándose justa causa si el déficit o faltante no podría soportarse por tanto tiempo, sin que por tal motivo se deban indemnizaciones ni ningún tipo de reclamación por perjuicio contra el Municipio.

Niega el convocado que Ciudad Limpia S.A. E.S.P. haya tenido que acudir el mecanismo de la compensación, ya que contaba con amplias facultades para hacerse el pago de la remuneración, como también niega la obligación del Municipio a pagar intereses de mora, por la misma razón, ser el concesionario quien se cancelaba su propia remuneración. Considera que Ciudad Limpia S.A. E.S.P. recibió lo que le correspondía por cruce hasta el momento de la aplicación de la resolución 182 de 2001, la cual quedó en firme una vez notificada tanto al Municipio como al concesionario.

Rechaza que Ciudad Limpia S.A. E.S.P. haya sufrido perjuicio financiero, con fundamento en el pago por cruce de cuentas y por el pago del Municipio con base en las tarifas de la resolución citada. Finalmente niega que se haya generado un desequilibrio económico y financiero del contrato por el hecho reiterativo de que era deber de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. ejercer con diligencia y cuidado la potestad que se concedió en la cláusula séptima del contrato, de recibir el pago con el cruce de cuentas que podía realizar con todas las empresas del Municipio de Yumbo, que a su discreción considerara. Por último manifiesta que no había plazo para la constitución del fondo que siendo dineros públicos, no podían ser apropiados por el concesionario y que este permaneció en la etapa de implementación y no cumplió con el deber de conseguir el sitio apropiado para la realización de la disposición final y poder iniciar la etapa de desarrollo del contrato.

#### *Hechos 37 al 45 Incumpliendo en el manejo comercial del servicio.*

Niega el convocante todos los hechos, concluyendo que el funcionamiento de la operación comercial no era una obligación a cargo exclusivamente del Municipio, en razón a que las prerrogativas del contrato de concesión imponen al concesionario alimentar la operación comercial. Considera el convocado que el recaudo por tarifas no era sine qua non para el pago al concesionario por haber asumido como forma principal de pago el cruce de cuentas.

#### *Hechos 46 al 51 Incumplimiento en la facturación.*

Niega todos los hechos, con el sustento que si bien es cierto el pago íntegro de la remuneración debía provenir de los recaudos de las tarifas correspondientes

al periodo de prestación efectiva del servicio, la utilización del cruce de cuentas por el concesionario suplió dicha obligación.

*Hechos 52 al 56 Incumplimiento del Municipio en abstenerse de equilibrar económicamente el contrato.*

El convocante concluye, después de revisados documentos relacionados con pagos, facturación presentada por el concesionario, cruce de cuentas reconocidas por el Municipio, información del concesionario sobre cobertura del servicio, estudios y proyecciones presentados por Ciudad Limpia S.A. E.S.P. que permiten establecer el porcentaje de población no cubierta (documento elaborado por el Ingeniero Jaime Salamanca León) que el desequilibrio económico existió, pero para el Municipio de Yumbo y no para la empresa Ciudad Limpia S.A. E.S.P.; el argumento de la convocada es que la convocante no puede alegar desequilibrio económico por causas imputables al ente municipal, en razón a que el concesionario tenía el poder directo de pagarse la remuneración por vía de un mecanismo que de él dependía, cual es el cruce de cuentas o compensación. Si no obtuvo como afirma su remuneración esto ocurrió por su propia falta de diligencia y cuidado en la realización de su cruce de cuentas que estaba autorizada y el Municipio quedaba relevado de toda responsabilidad del respectivo pago, quedando obligado contractualmente Ciudad Limpia S.A. E.S.P. a no iniciar reclamaciones contra el Municipio por causa de no pago de la remuneración pactada.

*Hechos 57 al 62 Terminación del Contrato.*

Niega los hechos la convocada, ya que reitera su afirmación de que por incumplimientos por parte del Municipio de Yumbo no se presentó déficit alguno en el pago de la remuneración.

## **11. Trámite del Proceso.**

### **11.1. Las Audiencias del Tribunal.**

El Tribunal desarrolló sus funciones en veinte (20) audiencias, incluida la sesión del día de hoy.

De estas veinte audiencias, una (1) correspondió a la de instalación del Tribunal; tres (3) correspondieron a la primera audiencia de trámite y una (1) para llevar a cabo la posesión de perito.

Los testimonios se recibieron en siete (7) audiencias; en dos se realizaron las diligencias de Inspección judicial y en una (1) se recibieron los alegatos de conclusión. Las demás sesiones correspondieron al impulso normal del proceso.

## **12. Intervención del Ministerio Público.**

Durante el trámite procesal intervino el Ministerio Público, a través de la asistencia del Procurador Judicial 19 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, funcionario que asistió a la mayoría de las audiencias, solicitó la recepción de pruebas documentales y presentó concepto de fondo.

### **13. Las Pruebas del Proceso**

En audiencia celebrada el 22 de julio de 2004, el Tribunal decidió sobre la solicitud de pruebas de las partes y del Ministerio Público y decretó mediante Auto No. 11 de la misma fecha, las pruebas practicadas en el proceso (Acta No. 4).

#### **13.1. Prueba Documental.**

##### **13.1.1. Prueba Documental Aportada.**

Tal como quedó consignado en el auto de decreto de pruebas del proceso, se tuvieron como pruebas los documentos aportados en la demanda y en su contestación.

##### **13.1.2. Prueba Documental Solicitada.**

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en el auto que ordenó su recepción, la secretaría remitió oficios a las siguientes entidades:

Municipio de Yumbo.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Emcali.

Emsirva.

Tesorería del Municipio de Yumbo.

En las actas Nos. 5 de agosto 9 de 2004, No. 6 de agosto 17 de 2004, No. 13 de septiembre 14 de 2004, acta No. 16 de noviembre 2 de 2004, quedó constancia de la respectiva respuesta.

#### **13.2. Prueba Testimonial.**

Los testimonios decretados fueron recibidos en las audiencias realizadas con dicho propósito, tal y como quedó consignado en las actas No. 5 de agosto 9 de 2004, (Mauricio Velasco y Martha Elena Díaz), Acta No. 7 de agosto 18 de 2004, (William Fernando Anduquia Polanco, José Hermán Zapata Vivas y William Pérez Castañeda), acta No. 8 de agosto 19 de agosto de 2004, (Alba Leticia Chavez Jiménez); acta No 13 de septiembre 14 de 2004, (Jaime Salamanca León), acta No. 15 de octubre 20 de 2004 (Luz Angela Vanegas).

Con la versión escrita de los testimonios recibidos, se dio el trámite establecido en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

Se recibió informe del representante legal del Municipio de Yumbo, tal como consta en el informe de secretaría, acta No. 10 de agosto 30 de 2004 y certificación juramentada del senador Rosemberg Pabón Pabón, acta No. 17 de noviembre 23 de 2004.

#### **13.3. Ratificación de Documento**

Tal como consta en el acta No. 13 de septiembre 14 de 2004, el doctor Jaime Salamanca León, concurrió a ratificar el estudio titulado "*Tribunal de Arbitramento Presentado por la Sociedad Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra el Municipio de Yumbo. Documento Técnico Tarifario y Regulatorio del Municipio de Yumbo Contrato de Concesión Servicio de Aseo.*"

En el curso de la respectiva audiencia el apoderado principal de la firma convocante formuló tacha en los términos del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, al considerar sospechoso dicho testimonio.

#### **13.4. Inspección Judicial en las oficinas de la Sociedad Ciudad Limpia S.A. E.S.P. en la ciudad de Bogotá y en la Alcaldía del Municipio de Yumbo.**

Tal como consta en el acta de las audiencias realizadas los días 3 y 13 de septiembre de 2004, (Nos. 11 y 12), se llevaron a cabo las inspecciones judiciales decretadas con perito contador la primera, y con previa exhibición de documento, la segunda.

#### **13.5. Prueba Pericial.**

Mediante Auto que aparece en el acta No. 4 se decretó el dictamen técnico, solicitado por la parte convocada con perito nombrado por la Comisión de Regulación de Saneamiento Básico y Agua Potable, adscrito al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial mediante resolución CRA UAE No. 377 del 3 de agosto de 2004, (fue designado el Jefe de la Oficina de Regulación, Jhon Jairo Martínez Cepeda) y se decretó el dictamen del perito contador.

En audiencia realizada el 02 de agosto de 2004, la perito contadora designada por el Tribunal, Gloria Zady Correa Palacio, quien dentro del término legal había aceptado la designación hecha, tomó posesión de su cargo en los términos de ley.

##### **13.5.1. Presentación de los Dictámenes Periciales.**

A los dictámenes periciales se les dio el trámite legal correspondiente:

###### **13.5.1.1. Aclaraciones y Complementaciones.**

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, las partes convocante y convocada presentaron solicitud de aclaración y complementación a los dictámenes periciales rendidos como consta en el informe secretarial del 2 de noviembre de 2004 (Acta No. 16). Mediante auto No. 32, el Tribunal acogió lo pedido y dispuso la aclaración y complementación.

Mediante auto No. 35 de noviembre 23 de 2004, el Tribunal corrió traslado a las partes de la aclaración y complementación a los dictámenes presentados. Los apoderados de ellas no presentaron objeción por error grave contra tales dictámenes.

#### **14. Alegatos de Conclusión.**

En la audiencia de diciembre 16 de 2004, que tuvo una duración de más de tres horas, los apoderados de las partes presentaron oralmente los alegatos de fondo y entregaron al Tribunal un resumen escrito de sus argumentos. Asimismo, el representante del Ministerio Público presentó por escrito el concepto de fondo.

## II. CONSIDERACIONES DEL TRIUNAL

1. **Los presupuestos procesales**, esto es, los requisitos de forma exigidos para que el juzgador pueda cumplir su cometido profiriendo una sentencia de fondo, se encuentran satisfechos en este proceso. Tanto la demandante como el demandado tienen capacidad para ser parte; la primera por ser una persona colectiva de derecho privado, legalmente constituida, como consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. y en el registro en la Superintendencia de Servicios Públicos S.S.P.D. (anexados a la demanda) y, el segundo, por tratarse de una entidad territorial descentralizada, dotada de personería jurídica, regulada constitucional y legalmente. La capacidad procesal o capacidad para comparecer en proceso no ofrece reparo si en cuenta se tiene que las partes actúan a través de sus representantes estatutario (la actora) y constitucional (la demandada), quienes para intervenir en esta actuación constituyeron abogados inscritos, acomodándose así a las directrices de los artículos 63 a 66 del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, la demanda, acto procesal que da inicio a un proceso con aspiración de sentencia, reúne los requisitos formales impuestos por la ley procesal. Por esta razón fue admitida mediante auto No. 5 dictado en la primera audiencia de trámite, (acta No.2) y sometida al trámite adecuado para este tipo de procesos (decreto 1818 de 1998), cumpliéndose así la garantía constitucional del debido proceso.

2. **La legitimación en la causa**, tanto por activa como por pasiva, es decir, pretender o ser demandado a contradecir en proceso, tampoco se ve afectada, pues ella surge de la relación contractual que establecieron CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE YUMBO, al suscribir el 26 de Diciembre de 1996, el contrato al que se hace referencia a lo largo de esta providencia. Puede, por las razones anteriores, proferirse sentencia de fondo o mérito.
3. Sabido es que, por mandato legal (Ley 153 de 1887, artículo 38), *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*. El contrato *“de concesión para la prestación integral del servicio de aseo urbano en el Municipio de Yumbo”* fue celebrado el 26 de Diciembre de 1996. Para ese tiempo estaba en vigencia la ley 80 de 1993 que contiene *“las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”* y que, al indicar la normatividad aplicable a éstos últimos, preceptúa que *“se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas”* en ella. En vigencia estaba también el párrafo del artículo 39 de la ley 142 de 1994 (que fijó el régimen de los servicios públicos domiciliarios) que precisaba que, salvo los contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (39.1) *“todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado”*. Algo diferente es que los contratos *“que contemplan los numerales 39.1, 39.2 y 39.3”* no podrán ser cedidos a ningún título, ni darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato a no ser que medie *“previa y expresa aprobación de la otra parte”*.



No puede, entonces afirmarse, como lo hacen la parte demandada al descorrer el traslado de la demanda y el Ministerio Público en su concepto de fondo, que el contrato generador de este conflicto se debe regir por las reglas del derecho público, dada la circunstancia de que la modificación introducida por el artículo 4° de la ley 689 de 2001 al parágrafo del artículo 39 de la citada ley 142 de 1994, se produjo cuando el contrato estaba ya en desarrollo, ajeno a los cambios de legislación que pudieran afectarlo.

4. Los contratos se celebran para cumplirse, dada la circunstancia de que estos acuerdos tienen el imperio de una verdadera ley para los contratantes, ley que, si bien no es de alcance general, tiene completa validez en el ámbito de sus relaciones recíprocas. Por ello el Código Civil, en el artículo 1602 dispone: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Esencia de los contratos bilaterales y onerosos es *“la reciprocidad de las obligaciones y la utilidad de ambos contratantes”*. Por ello, en tratándose de un contrato como el que obra en este proceso, por medio del cual una entidad estatal, en concreto, el Municipio de Yumbo, confió a una empresa privada de servicios públicos la prestación del servicio de recolección municipal de residuos, el deber de dicha entidad era pagar la remuneración tal y como fue acordada (*“El pago –dice el artículo 1627 del C. Civil- se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación...”*) y, el de la empresa concesionaria, ejecutar la totalidad del servicio. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones genera responsabilidad para el contratante incumplido.

5. Alega la sociedad demandante que el Municipio no permitió que *“el contrato se ejecutara conforme a los términos previstos”*, por incumplir *“de manera negligente con sus obligaciones de I) adoptar e implementar oportuna y adecuadamente las tarifas del servicio de aseo, II) supervisar y controlar la actividad de facturación y su adecuada implementación, III) efectuar el pago del aporte de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000) al Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, IV) desempeñar la gestión comercial del servicio de aseo, V) pagar la remuneración a Ciudad Limpia con los recursos provenientes de la facturación de los usuarios finales y los disponibles en el Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso”*; que su obligación (la del Municipio) era *“ejecutar en forma íntegra y oportuna todas y cada una de las obligaciones nacidas del acuerdo de voluntades, en la forma en que fueron pactadas”* y que *“la ejecución parcial de las obligaciones contractuales no es, por lo tanto, cumplimiento de las mismas y no exonera al deudor, ni de su cumplimiento íntegro, efectivo y oportuno, ni de la responsabilidad por los perjuicios ocasionados al acreedor al no haber ejecutado el contrato de esta forma”*.

Por todo lo anterior, pide declarar judicialmente que el Municipio *“incumplió el contrato (...) al no haber pagado oportuna e íntegramente la suma de sesenta y un millones ochocientos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta pesos (\$ 61.887.430) mensuales, desde el 26 de Diciembre de 1996, fecha de suscripción del contrato y hasta el 28 de Abril de 2003, fecha en la*

*cual Ciudad Limpia finalizó la prestación del servicio de aseo en el Municipio de Yumbo, indexados mes a mes utilizando la tasa de actualización fijada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRASB)...” y, condenarlo al pago de los saldos insolutos de la remuneración acordada para la etapa de implementación del contrato con los intereses por mora, teniendo en cuenta “los pagos efectuados por el Municipio a través de ECOVAL LTDA y EMCALI y a través del cruce de cuentas o compensación con el impuesto de Industria y Comercio y su complementario de avisos y tableros realizado con las empresas FANALCA S.A, LLOREDA GRASAS S.A., C.I. YUMBO S.A. y CENTEL S.A. imputando dichos pagos, en la fecha en que se efectuaron, primero a intereses de mora y después al capital indexado, tal y como lo establece la ley”.*

6. En el contrato se pactó, como remuneración para la sociedad contratista, en la etapa de implementación, una suma fija “(la consignada en la propuesta, cuyo monto es de sesenta y un millones ochocientos ochenta y siete mil cuatrocientos treinta pesos (\$ 61.887.430))” y se estipuló expresamente que “los costos por la prestación del servicio en esta etapa el MUNICIPIO los asumirá, responsabilizándose del pago mediante el sistema de cruce de cuentas con el CONCESIONARIO o bien con la empresa o empresas que el CONCESIONARIO autorice” (Cláusula sexta). Esa remuneración debía indexarse “mensualmente conforme a las tasas de actualización determinadas para cada año por la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento o por la autoridad competente”. Sin embargo, en la cláusula Séptima, al regular la forma de pago “durante la ejecución de la ETAPA DE IMPLEMENTACIÓN”, se estableció el “cruce con el impuesto de Industria y Comercio y su complementario de avisos y tableros que paga al MUNICIPIO la empresa FANALCA S.A. por ser ésta socio del CONCESIONARIO, o bien con la empresa o empresas que el CONCESIONARIO autorice”, como una forma de pago **subsidiaria**, para “cancelar la remuneración pactada”, sólo si “los ingresos por facturación a los usuarios y lo disponible en el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, **no fueren suficientes**”, quedando –si se acudía a esa forma y, bajo dicho condicionamiento- relevado el Municipio “de toda responsabilidad del respectivo pago”. No era, entonces, el “cruce de cuentas” la forma principal para que el municipio cumpliera la obligación de pago, dada la circunstancia de que los recaudos, luego de ingresar al sistema bancario debían de ser repartidos por el Operador del Sistema Comercial que fuera designado, trasladando primero que todo a la concesionaria la remuneración correspondiente. Si existía un déficit en el valor de esos recaudos, la remuneración debía “complementarse” de los recursos existentes y disponibles en el Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, al cual la entidad territorial debía entregar mensualmente un aporte de la suma de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000) como subsidio tarifario, cantidad prevista en el estudio elaborado por SINERGIA LTDA, en el que quedó consignado: “Capítulo III Aportes de Entes territoriales (.....).”

### *1.3 Aportes provenientes de Entes Territoriales.*

*En el caso de Yumbo, solo el municipio realiza aportes para subsidios en el sector de aseo, los cuales provienen del impuesto predial unificado, tal y*

*como lo determina el artículo 7 de la ley 44/90. Dichos aportes alcanzan la suma de:*

*Fa = \$ 20.000.000. por mes, a precios de Junio de 1997 “. (Cdo. Anexos de la demanda Fol. 451).*

7. Está acreditado que el Municipio no contó con los recursos suficientes, provenientes de los cobros a usuarios del servicio, para pagar la remuneración de la empresa concesionaria, entre otras razones, por no implementarse un plan de ajuste tarifario para los años 1998-2001, generándose así un déficit.

En comunicación dirigida al Superintendente Nacional de Servicios Públicos, la entonces Alcaldesa manifiesta que *“por diversas razones que no es necesario exponerle en este escrito, los modelos bajo los cuales ha operado la prestación de esos servicios generó una serie de problemas que van desde la ineficiencia hasta la ausencia de fuentes de financiación de los mismos, lo que como usted comprenderá ha afectado en gran medida las finanzas municipales y el cumplimiento cabal de las obligaciones legales que el Municipio tiene en materia de servicios públicos”*.

### *“1.3 FACTURACIÓN ASEO.*

*EMCALI presta el servicio de facturación y recaudo de las tarifas de aseo. Se anotan como problemas:*

*El no habersele dado aplicación al plan de ajuste tarifario para los años 1998-2001. Solamente lo hizo en el primer año. Lo cierto es que esto ha sido tanto culpa de EMCALI como del Municipio por no haberle hecho debido seguimiento. Las transferencias de los recaudos se hacen a destiempo al municipio”. Esa copia, obtenida del original, tiene en términos del artículo 254 numeral 3, del Código de Procedimiento Civil, el mismo valor del documento original.*

Del mismo modo, en declaración por medio de certificación jurada, al responder pregunta consignada en el cuestionario formulado por la parte convocante el ex – Alcalde Rosenberg Pabón Pabón, da cuenta del déficit para pago del servicio de aseo cuando afirma que dicho servicio *“estaba ocasionando al municipio grandes sobrecostos y déficit ya que éste asumía el valor de la facturación, del sistema comercial y de la disposición final, cuando dicho contrato aún continuaba en su fase inicial”*, razón por la cual en varias oportunidades se celebraron reuniones con representantes de la concesionaria para *“aclarar los anteriores puntos del contrato y buscar soluciones favorables al municipio”*, mediante acuerdos *“sobre remuneración y deudas pendientes”*.

También, el testigo William Pérez Castañeda, quien manifestó haber actuado como interventor ad-hoc del contrato, en declaración rendida el 18 de agosto del año pasado (Acta No. 7 de agosto 18 de 2004) expresó que *“desde el punto de vista financiero del contrato, la forma como se contrató, pues dio lugar a que existiera un faltante y que el valor del servicio no se pudiera cubrir con las tarifas que se recaudaban por parte de EMCALI y con los otros aportes provenientes de los aportes al Fondo de Solidaridad y de Redistribución del Ingreso”* y, que si *“el mecanismo inicial fue el cruce,*

*debe tenerse en cuenta que éste se sucedió en razón de que el primero del mecanismo de pago prácticamente no se consolidó, sino que se volvió una costumbre lo del cruce”.*

Por otro lado, está comprobado que el Municipio recibió recaudos por el pago que hacían los usuarios del servicio pero que se abstuvo de cancelar con ellos a la concesionaria la suma mensual convencionalmente acordada. De ello dan cuenta los oficios SH-274-02 de octubre 10 de 2002 enviado por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yumbo al ya citado William Pérez poniendo de presente *“que dentro del presupuesto de la presente vigencia fiscal, existe un saldo disponible para el pago del servicio de aseo por valor de ochocientos veintitrés millones ciento ochenta y cinco mil setecientos treinta y nueve pesos (\$ 823.185.739); en los avances, están incluidos cuatrocientos cuarenta y tres millones novecientos treinta y siete mil ciento treinta y un pesos (\$ 443.937.131) que fueron adicionados en esta vigencia como excedente del 2001 por concepto de tarifas de servicios públicos (valor que cancela EMCALI por recaudo de aseo)...”* (fol. 807 cdo. 4) y, SDR 663-2002 del 13 de noviembre también de 2002 al que se refirió la testigo Luz Ángela Vanegas, en la audiencia dentro de la cual se recibió su testimonio y que, con fundamento en el Art. 257 del C.P.C. allegó la parte convocante y se dispuso a glosarlo al expediente (Auto 31 de noviembre 2 del 2004). Según este documento, el interventor del contrato advirtió al Secretario de Hacienda Municipal que *“la forma de pago del servicio prestado a Ciudad Limpia debe ceñirse estrictamente a lo estipulado en la cláusula séptima del contrato de concesión”*, quedando en claro así que este pago –como también lo indica Pérez Castañeda en su declaración- (acta No. 7) *“siempre se hizo a través del mecanismo de cruce de cuentas, salvo los primeros, los primeros (sic) meses de la ejecución del contrato”*.

8. La entidad estatal demandada toma como base de su defensa la errada interpretación de la cláusula SÉPTIMA del contrato, considerando que *“el pago de la remuneración de CIUDAD LIMPIA se podía realizar mediante el mecanismo del cruce de cuentas y de esta forma el Municipio quedaba relevado de toda responsabilidad del respectivo pago”*; que *“este mecanismo expresamente está consagrado en la cláusula Séptima del contrato como forma de pago, con amplias facultades de ejercicio para Ciudad Limpia consistentes en hacerse el pago de su propia remuneración y así mismo determinar las empresas con las que realizaría el cruce de cuentas enunciado”*, y que el *“pago de la remuneración en consecuencia podía realizárselo Ciudad Limpia independientemente de que el Municipio pudiera recaudar las tarifas...”*.

Como consecuencia de esa errada interpretación de la cláusula contractual referente a la forma de pago de la remuneración al concesionario, el Municipio, a pesar de la insuficiencia del recaudo por concepto de pago del servicio de aseo por parte de los usuarios, dejó también de aportar al Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso la suma correspondiente al subsidio tarifario previsto en el Estudio al que se hizo referencia en apartes anteriores. Así lo confiesa el apoderado judicial (art. 197 C.P.C.) al contestar la demanda en los términos siguientes: *“...la constitución y funcionamiento de este fondo no afectó en nada el cumplimiento de la remuneración íntegra*

*de Ciudad Limpia, puesto que ésta, desde el inicio del contrato como ella misma reconoce, utilizó el mecanismo del cruce de cuentas para pagarse la remuneración que consideraba se le adeudaba mes por mes”.*

9. Al no solucionarse a la sociedad concesionaria la remuneración en la forma pactada, ésta procedió a utilizar el mecanismo supletorio. De ello dan cuenta los oficios que aquella anexó a la demanda. (Capítulo IX. PRUEBAS. 1. Documentales (...) ABONOS Y OTRAS IMPUTACIONES, relacionados en los numerales 81, 84, 85, 87, 88, 91, 92 y 93 que el Tribunal dispuso tener como elemento de convicción “*con el valor que les asigna la ley*”, en auto No. 11 de julio 22 de 2004 (Acta No. 4). Varios de éstos documentos fueron aportados al proceso en copia simple por la entidad municipal, razón por la cual, debe dárseles, dado su carácter de actos públicos, el mismo valor del documento original (Art. 253 del C.P.C.).

Sin embargo, el municipio tomó la decisión de no autorizar a la concesionaria para que continuara utilizando dicho mecanismo a partir de noviembre de 2002. Lo anterior queda acreditado con el documento que la testigo Luz Ángela Vanegas presentó al Tribunal en el curso de la audiencia dentro de la cual rindió testimonio (que, conforme a la preceptiva del numeral 7, del artículo 228 del C. de P.C. se dio en traslado común sin que fuera objeto de reparo alguno), documento ese dirigido por WILLIAM FERNANDO ANDUQUIA, Jefe de Despacho Secretaría de Hacienda Alcaldía Municipal de Yumbo y JHON JAIRO SANTAMARÍA, Jefe División de Rentas al Representante Legal de la Empresa FANALCA el 13 de noviembre del citado año, cuyo tenor es el siguiente:

*“REFERENCIA: PROCEDIMIENTO PARA APLICAR CRUCE DE CUENTA CON CIUDAD LIMPIA*

*De acuerdo al oficio No. 253/02 enviado por el Dr. William Pérez Castañeda interventor Ad Hoc, del contrato de aseo, solicito a usted (s) abstenerse de realizar el cruce de cuentas que venían efectuando con la empresa Ciudad Limpia hasta tanto se agoten los pasos establecidos previo al cruce efectivo. Anexo: Copia Oficio 253 y Oficio del Dr. William Pérez de noviembre 13/02”. “... (Acta No. 15 de octubre 20 de 2004); y, además con el dicho de la propia testigo quien expone “que desde abril o mayo del año 2001, se venía haciendo el cruce de cuentas como mecanismo supletivo de pago de la remuneración, exactamente hasta noviembre del año 2002 en que el Municipio decidió prohibirle a Ciudad Limpia que siguiera haciendo cruces de cuentas y compensación de impuestos de Industria y Comercio”. (Acta citada).*

Con la conducta observada, la entidad estatal incumplió la obligación de pago de la remuneración en los términos previstos en el contrato para la etapa de implementación, etapa ésta que si bien tenía fijado período preciso de duración, se extendió mucho más allá de él, con el tácito consentimiento de las partes suscriptoras del contrato. A lo largo del proceso no se encuentra prueba alguna capaz de desvirtuar esta última afirmación.

La circunstancia de que por el mecanismo tantas veces mencionado la sociedad concesionaria hubiese facturado y cruzado sumas de dinero (aún erróneamente, lo que generó un cobro de más por \$ 98.019.809.82, como lo

consigna el dictamen rendido por la perito Gloria Zady Correa, visible al folio 954 del cuaderno 4) no exoneraba al demandado de su obligación de pago íntegro tal como quedó consignado en la cláusula séptima del contrato. De ahí que resulte infundado el argumento de quien apodera a su representante, expuesto en el alegato de conclusión cuando, luego de expresar que *“la intención de las partes contratantes era facilitar el pago de la remuneración mediante el mecanismo del cruce de cuentas, situación que se desprende claramente de las acciones de las partes contratantes, probadas ampliamente, esto es, la aceptación expresa por parte de CIUDAD LIMPIA de que las respectivas facturas de cobro que expidiera la misma, fueran pagadas mediante el mecanismo de cruce de cuentas; la autorización expresa que el Municipio hizo desde un principio para que cualquier empresa que dispusiera el concesionario pudiera hacer el cruce de impuestos con éste, entonces es claro que las pruebas apuntan a que la intención de las partes sobre el mecanismo el pago (sic) es que se haría al tenor del cruce de cuentas”*; que era la sociedad actora la llamada a hacerse *“ella misma su propio pago”*, al punto de que, *“exoneró de modo expreso al Municipio de esa responsabilidad, razón que invalida cualquier reproche por parte de Ciudad Limpia al Municipio y más aún cualquier petición de indemnización basada en ella”*, y, finalmente que *“probado el cruce de cuentas como mecanismo de pago, probado que tal cruce estaba a cargo de CIUDAD LIMPIA, probada la responsabilidad de CIUDAD LIMPIA de efectuarse su propio pago, probada la ausencia de responsabilidad del municipio de Yumbo para efectuar el pago, probada igualmente la imposibilidad del municipio de Yumbo de incumplir con el pago y consecuentemente, generar perjuicios, indemnizaciones o intereses de mora por un pago que no estaba a su cargo”*, llega (dicho apoderado) a la conclusión que lo pretendido por CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P. no tiene soporte legal pues se pretende exigir el cumplimiento de una obligación inexistente.

10. El apoderado de la parte convocada alegó también como medio defensivo procesal que, sin *“la justa causa pactada para dar por terminado unilateralmente el contrato”*, la sociedad demandante (que estaba obligada a *“cumplir con su obligación contractual en los términos convenidos”*) comunicó *“el día 3 de enero de 2003 (...) la terminación unilateral del contrato que hizo efectiva el día 28 de abril de 2003, hecho que provocó al Municipio graves perjuicios”*; que durante la etapa de implementación, dicha sociedad no consiguió *“el sitio apropiado para la realización de la disposición final, acorde con las normas establecidas por las autoridades competentes”* y, finalmente, que la cobertura del servicio público domiciliario de aseo no se ejecutó en un 100% como fue pactado *“acorde con la propuesta presentada por el contratista y con los informes remitidos por el concesionario a la CRA.”*, todo lo cuál traduce incumplimiento contractual en términos del artículo 1609 del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de la exceptio non adimpleti contractus o excepción de contrato no cumplido que se propone con base en los hechos expuestos, cada una de las partes del contrato bilateral puede negarse a ejecutar su obligación mientras la otra parte no la ejecute o no se allane a hacerlo. Por consiguiente *“para que*

*tenga cabida la excepción de inejecución, se requiere en primer lugar, que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la que la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar, se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación. Esta condición emana de los principios mismos en que se funda la excepción de inejecución, porque una de las partes no puede prevalerse de la regla de igualdad, si la naturaleza del contrato o un pacto expreso le impone el cumplimiento de su prestación antes que el de la otra. Por lo tanto, este medio de defensa es improcedente si la contraparte ya ha realizado su prestación o si se pacta el cumplimiento de la obligación de una parte antes que el de la otra. El tercer requisito para poder hacer valer la excepción de inejecución, es la buena fe...". (C. S. Justicia. Cas. Civil. Sentencia diciembre 15 de 1974).*

Como puede verse, el medio defensivo procedería si, en el caso en estudio, la sociedad demandante hubiese incumplido las obligaciones que relaciona su contraparte, contractualmente establecidas.

Dan cuenta los elementos de juicio que obran en el expediente que, desde 1999, Ciudad Limpia S. A. E. S. P. planteó al Municipio de Yumbo una propuesta de terminación unilateral del contrato y que, luego de varias reuniones, fue tomada la decisión de suscribir un “*OTRO SP*” al mismo, donde se hacía constar que la “*gestión comercial del servicio se la entregaría a la demandante para así ella poder pagarse su retribución con el producto de la facturación y del recaudo*”; y, que fracasado ese acuerdo por no haberlo aceptado la nueva administración municipal en cabeza de Alba Leticia Chávez, continuaron con las reuniones tendientes a solucionar los problemas resultantes del incumplimiento en el pago hasta que, finalmente, la ahora demandante se decidió a hacer uso de lo pactado contractualmente en punto a la terminación unilateral.

Lo anterior encuentra respaldo probatorio, tanto en documentos como la comunicación SJ- 535 de septiembre 2 de 1999 (folio 1072 cuaderno No. 4) enviada por la Jefe de la Secretaría Jurídica del Municipio de Yumbo a la concesionaria pidiendo informe el nombre de quien llevaría su representación en el documento donde se haría constar la terminación del contrato; el oficio de fecha 9 del mismo mes y año (folio 1067 cuaderno No. 4) con el cual Ciudad Limpia S.A. E.S.P. remite el proyecto de acta de terminación del contrato por acuerdo mutuo; el documento de terminación suscrito por Jorge Herrera Barona, como representante legal de la actora, dirigido el 19 de septiembre de 2001 a la Alcaldesa de Yumbo (folio 305 cuaderno anexos de la demanda, tomo I); la comunicación del 27 de febrero de 2003 (folio 325 cuaderno anexos de la demanda tomo I), en la cual la demandante pone de presente a la entidad estatal que luego de “*mas de tres años ratificando a la administración que es nuestra empresa la menos interesada en continuar con el contrato*”, en ese tiempo, *tampoco se han facilitado las acciones por parte de la administración para la terminación concertada y bilateral*” y el texto del acta de finalización y entrega de la concesión del servicio de aseo (...) por parte de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. al Municipio de Yumbo (folio 340.

cuaderno anexos de la demanda, tomo I), como en los testimonios de Luz Angela Vanegas (acta No. 15) quien detalla todo lo relacionado con la terminación del contrato tantas veces citado (página 4 y siguientes del acta de la grabación magnetofónica); y de William Pérez Castañeda (acta No. 7) al destacar que en *“las reuniones que sostuvimos con representantes de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. ellos manifestaron esa intención”* (de dar terminación al contrato), que *“hay algunos escritos donde ellos solicitan eso”*, que Ciudad Limpia S.A. E.S.P. al comunicar su determinación de dar por extinguido el contrato concedió al Municipio el plazo de sesenta días señalado en él y, que ante la insistencia en la terminación unilateral consideraron que *“ya no podía obligarse a la firma concesionaria a que prestara el servicio”*.

Pero es más. No está acreditado que la terminación del contrato hubiera generado *“perjuicios graves”* al Municipio demandado. De haber sido así, considera este Tribunal, no se hubieran dejado las constancias que aparecen consignadas en el acta de finalización y entrega, en especial, las que hacen referencia a los mecanismos garantes de la continuidad en la prestación del servicio, entre ellas las que se distinguen con los numerales 13. (*“Que con lo anterior se garantiza la continuidad del servicio que se venía prestando a la ciudadanía”*) y 12. (*“Que el Municipio recibe el servicio prestado por la empresa a entera satisfacción”*).

Como antes se anotó, el Municipio basa también su defensa en el incumplimiento de la sociedad Ciudad Limpia S.A. E.S.P. de su obligación de ubicar el sitio de disposición final de basuras *“acorde con las normas técnicas que establecen la ley y las autoridades competentes”*.

Al acta de la inspección judicial que el Juzgador practicó en las instalaciones de la convocante, se anexaron a petición de su apoderado (artículo 246.3 del Código de Procedimiento Civil) la comunicación del 8 de abril de 1997 (folio 552 cuaderno No. 4) a través de la cual dicha sociedad hizo llegar al Municipio de Yumbo una serie de informes sobre visitas a lotes de terreno que pudieran ser utilizados para la disposición final, comunicación en la cual concluye que *“...la mayoría de lotes tienen problemas para la instalación del proyecto, ya sea por su ubicación, características del terreno, costos, etc. En conclusión de 50 lotes visitados y evaluados, no se ha encontrado ningún lote disponible y se siguen buscando alternativas para su estudio”*; y el texto del *“OTRO SP”* al contrato de concesión (que aparece en documento suscrito el 10 de noviembre de 2000 folio 478 cuaderno No. 4) por Abraham Rubio Quiroga, en representación del Municipio de Yumbo y Jorge Herrera Barona, como representante legal de la concesionaria, en el cual quedó constancia que *“el CONCESIONARIO en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, agotó las alternativas posibles de acuerdo a la legislación ambiental, para lo consecución y selección del terreno, hecho que fue puesto en conocimiento del Municipio mediante comunicaciones, informes y pruebas. Que acorde con los informes suministrados por el concesionario dicho sitio no pudo ser ubicado, ya que todos los terrenos sobre los cuales se realizaron los diferentes estudios presentaban problemas de orden geológico y socio-ambiental por efectos de su ubicación, por lo cual el concesionario continuó transportando los residuos sólidos hasta el sitio denominado Navarro, ubicado en la ciudad de Cali, garantizando de esta forma la continuidad del*



*servicio para la zona atendida acorde con lo establecido en la ley” (...). Que haciendo referencia a la necesidad de incorporar los sistemas de disposición final al nuevo esquema de PLAN BÁSICO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL MUNICIPIO, éste liderará la selección e implantación de las áreas idóneas para tal fin dentro del PBOT y entre tanto EL CONCESIONARIO continuará efectuando la disposición final de residuos en el sitio denominado Navarro, hasta la aprobación y puesta en marcha de un proyecto de disposición final dentro de éstas áreas”.*

No puede, entonces, deducirse el incumplimiento que el Municipio demandado, atribuye a la demandante. Por el contrario, como acaba de observarse en el texto del documento que se relaciona, quién llevó su representación en la suscripción del mismo estuvo acorde con la constancia sobre el interés desplegado por aquella en la aludida búsqueda y de su resultado negativo.

Documentos aportados al proceso demuestran que, en ningún momento, el Municipio de Yumbo, puso de presente deficiencias en la prestación del servicio de *“recolección de basuras, barrido y limpieza de vías y áreas públicas”*. Por el contrario, destacan que el contrato se desarrolló *“sin inconveniente alguno y sin que existan o hubieren existido “reclamaciones sobre el servicio prestado”*. Es el caso de la certificación que con fecha 18 de enero de 2002, suscribe el Secretario de infraestructura y servicios públicos del Municipio de Yumbo para dar cuenta que *“hasta la fecha el contrato se ha venido desarrollando sin inconveniente alguno y no existen reclamaciones sobre el servicio prestado”*, que aportada en el curso de la diligencia de inspección judicial practicada en las instalaciones de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. en la ciudad de Bogotá D. C. hace fe no sólo de su otorgamiento, sino de lo expresado por el citado funcionario (artículo 264 del Código de Procedimiento Civil); del contenido del acta de la reunión que, en la Superintendencia de Servicios Públicos, sostuvieron representantes de las partes en conflicto, en donde consignaron que *“las diferencias de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. (no son) sobre la prestación del servicio respecto de lo cual no hay ningún reparo”* (cuaderno anexos de la demanda...) y de la constancia dejada en el acta de finalización y entrega del contrato donde aparece *“13. Que el Municipio, recibe el servicio prestado por la empresa, a entera satisfacción”*. Igualmente la prueba testimonial reafirma lo expresado. La ex -alcaldesa Alba Leticia Chávez Jiménez, en declaración recogida en el acta No. 8 del año pasado, manifestó su conformidad con la prestación del servicio (*“... no me arrepiento de decirle que buen servicio y recibí, que recibí a satisfacción”* (sic)...), conformidad que ratificó al suscribir el 29 de abril de 2003 el acta de finalización y entrega (numeral 13); y el interventor ad-hoc William Pérez Castañeda, suscriptor también del acta mencionada, deja en claro que Ciudad Limpia S.A. E.S.P. *“había prestado un buen servicio”, “que el hecho de que hayan unas quejas o que hayan ciertas circunstancias en las cuales el servicio no se haya prestado, eso no desvalora la prestación del mismo”*; que suscribió el acta *“porque no hubo grandes complicaciones en la prestación del servicio”* y, por último, que durante la ejecución del contrato no se impuso, por causa de incumplimiento en la cobertura del servicio, sanción alguna a la ahora demandante.

Resulta de todo lo considerado que la defensa alegada, carece de fundamento.

11. Contra las pretensiones de la demanda y para fundar excepción de fondo, el apoderado judicial del representante del Municipio alegó el hecho de que la entidad estatal *“canceló el valor superior al que estaba obligado por la ley por concepto de tarifas de aseo”*, resultando a su favor una suma de dinero que, *“debe ser restituida debidamente indexada con el pago de los intereses correspondientes”*; que la remuneración acordada con la concesionaria no cumplió con las regulaciones tarifarias y que por dicha razón se rompió la equivalencia prestacional que debe regir en los contratos. Probatoriamente respalda esa defensa procesal en el estudio técnico de regulación tarifario relacionado con el servicio público domiciliario de aseo en el Municipio de Yumbo, elaborado por el ingeniero Jaime Salamanca León, en el que este concluye que se configuró un desequilibrio económico a favor de la entidad demandada.

Como bien lo expone el apoderado de la parte demandante en su alegato final, la excepción que se estudia está cimentada en una premisa errada, resultante de la confusión que de los dos conceptos *“regulación de tarifas”* y *“remuneración”* al prestador del servicio público hace el experto asesor sin tener en cuenta que *“la regulación de la CRA se refiere es a las tarifas que se pueden cobrar a los usuarios del servicio”* y la remuneración *“depende de la forma en que se haya contratado”*.

La declaración que rindió Salamanca León fue tachada por la parte actora como sospechosa *“dado que ha sido vinculado a este proceso mediante un documento en el cual afirma que su única razón (...) digamos propósito y tendencia es la de desvirtuar las pretensiones de la demanda. Una persona (agrega el apoderado) con ese encargo tal como el lo ha mencionado, no puede tener ninguna clase de objetividad, no puede su testimonio dársele (sic) ninguna credibilidad”*

Como este es el momento procesal para apreciar los motivos y pruebas de esta tacha, se procede a ello, tomando en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, *“son sospechosas para declarar las personas que en concepto del Juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad”* en razón de circunstancias como los advertidas en dicho precepto.

En el curso de la audiencia dentro de la cual fue oído su testimonio, el experto en mención afirmó haber sido invitado por la entidad estatal demandada *“a participar como experto en materia tarifaria de servicios públicos para contestar la demanda mediante Tribunal de Arbitramento presentada por la sociedad Ciudad Limpia S.A. E.S.P.”* y que, firmado el contrato respectivo procedió a realizar los estudios necesarios *“tendientes a desvirtuar las presentaciones de la demanda dentro del trámite arbitral convocado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali por la empresas Ciudad Limpia S.A. E.S.P.”*. Al ser interrogado por el apoderado de la actora expresó que aunque no participó en la elaboración del escrito de contestación de la demanda, el informe *“seguramente debió servir de base para lo que tenía que contestar el*

*Municipio; que ese documento sirviera de base para dar luces sobre el tema regulatorio en lo que tenía que ver en la demanda”; que la “contratación que fue para poder revisar la parte técnica y poder responder la demanda que estaba incluida en ese punto” y que, el Municipio de Yumbo lo contrató a raíz de que para contestar la demanda “era necesario hacer un estudio técnico y ese estudio nos limitamos a hacerlo” .*

El juzgador no desconoce la calidad del testigo, persona calificada por sus conocimientos técnicos, pero no puede negar que su dicho se ve afectado por la dependencia contractual con la parte demandada, por él mismo admitida y, con su manifiesto interés, en razón de esa dependencia, en defender los intereses de aquella parte. Se trata, sin lugar a dudas, de un testimonio sospechoso que va en contravía de la incuestionable imparcialidad que debe caracterizar a quienes acuden a los estrados judiciales a proporcionar al administrador de justicia los instrumentos de convicción necesarios para emitir su fallo. De ahí que no pueda dársele a esa declaración y, por lo mismo al informe que suministró el testigo a la parte demandada ( que, conforme el artículo 288.7 del Código de Procedimiento Civil, debe tenerse como una alegación de que aquella parte) la fuerza probatoria plena que le atribuye el apoderado al dar contestación al líbello incoatario del proceso y al presentar los alegatos finales que sustentan las razones por las cuales en su sentir, *“deben ser negadas todas y cada una de las pretensiones principales, subsidiarias, declarativas y condenatorias de la parte convocante”*.

La testigo Martha Elena Díaz Díaz, también experta en el tema de aseo y de tarifas, en la declaración rendida en audiencia del 9 de agosto del año pasado a solicitud de la parte demandante (acta No. 5) explicó *“la evolución del sistema tarifario del servicio de aseo en Colombia a partir de la expedición de la ley 142 del 1994”* y destacó que *“todas las normas tarifarias definidas por la Comisión de Regulación, a partir (de la citada ley) son las que se aplican al usuario”* y de ninguna manera constituyen límites a la remuneración del contratista que *“está es en función de los costos de la prestación (...) es lo que diga el contrato”*

En idéntico sentido, el jefe de la oficina de Regulación de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), en informe que fue solicitado a petición de la parte demandada (artículo 243 del Código de Procedimiento Civil) dejó en claro que las regulaciones de esa entidad están referidas a las tarifas que se cobran a los usuarios; por parte alguna se encuentra en dicho documento que la Regulación tarifaria traduzca limitación a la remuneración de la concesionaria por la prestación del servicio, regida – anota el juzgador – por la consensualidad plasmada en la ley contractual, en términos del artículo 1602 del Código de Procedimiento Civil.

No se necesitan entonces, mayores motivaciones para deducir el fracaso de esta defensa. Pero es más. Si el Municipio pretendía una condena a la concesionaria a reintegrar *“mayores valores”* recibidos, para de esa manera *“restablecerse económicamente”*, debió utilizar la vía procesal adecuada y proponer, dentro del término del traslado de la demanda la reconvencción.

No utilizar, como lo hizo los escritos de contestación a aquella (2. EXCEPCIONES. 2. 3.) y, de alegatos de conclusión, oportunidades ajenas a esa finalidad.

12. A la ausencia de pruebas determinantes de la no prosperidad de los medios exceptivos alegados debe agregarse el indicio en contra de la entidad demandada, deducido de la incomparecencia injustificada de su representante constitucional a la audiencia de conciliación. (acta No. 4 de julio 22/04). En efecto, por expresa disposición consignada en el artículo 141 del decreto 1818 de 1998 (artículo 121 de la ley 446 del mismo año), luego de instalado el Tribunal arbitral “*se surtirá el trámite previsto en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil*” y, una vez señalada fecha para la audiencia de conciliación, “*esta se celebrará de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 432*” del mismo Código, que ordena al Juez aplicar “*en lo pertinente, lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 101*” (hoy 103 de la ley 446.98). El primero de esos párrafos considera la conducta de la parte que no concurra, sin presentar prueba que justifique su inasistencia “*como indicio grave en contra...de sus excepciones de mérito*”. Como puede verse es la propia ley la que impone las consecuencias de esa conducta omisiva, atentatoria del deber que a ella exige a las partes de “*concurrir al despacho cuando sean citadas por el Juez...*”, consignado en el artículo 171.5 de la misma codificación y no el juzgador a quien el artículo 249 Ibidem permite “*deducir indicios de la conducta procesal de las partes*” en situaciones diferentes a la anotada. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de octubre de 2000, cuando expresó: “*en algunas ocasiones considera la ley que es de mayor connotación la rebeldía y le da un tratamiento singular*”. (...).
13. Como resultado de todo lo expuesto, prosperan las “*pretensiones declarativas principales*” primera, segunda y tercera consignadas en el escrito de demanda suscrito por el apoderado de la sociedad convocante. En consecuencia, el Municipio demandado está obligado a pagar a esta última los saldos pendientes o insolutos de la remuneración pactada para la etapa de implementación del contrato, desde el 26 de diciembre de 1996, fecha de la suscripción, hasta el 28 de abril del 2003, día en el que “*se verificaron por parte del Municipio las condiciones en que se entrega la prestación del servicio (...) por parte de la empresa*”, establecidos pericialmente en el dictamen rendido por la contadora pública Gloria Zady Correa Palacio que, sometido a contradicción, conforme a lo dispuesto por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, no fue impugnado por ninguna de las partes en litigio. Conforme a dicho experticio, el saldo por capital (efectuadas las deducciones por concepto de abonos entre mayo y diciembre del 2003 y enero y junio del 2004 y el monto de lo facturado “*de más*” por la convocante “*debido a que aplicó en algunos meses índices de indexación diferentes a los autorizados*”) asciende a la cantidad de dos mil cuatrocientos setenta y tres millones cuatrocientos noventa y tres mil cuatrocientos veintidós pesos m.l. (\$ 2.473.493.422.00). Más como quiera que, “*el pago total de la deuda comprende (según disposición del inciso 2º de artículo 1609 del Código de Procedimiento Civil) el de los intereses e indemnizaciones que se deban*”, a la cantidad anterior deberá adicionarse la

resultante de liquidar los intereses causados hasta el día de ayer (20 de febrero del 2005), calculados a la tasa del interés corriente bancario certificado por la Superintendencia Bancaria, más el 50% es decir, quinientos veintidós millones trescientos nueve mil cuarenta y dos pesos m.l. (\$522.309.042.00), para un total, de dos mil novecientos noventa y cinco mil millones ochocientos dos mil cuatrocientos setenta y cinco pesos m.l. (\$2.995.802.465.00).

Con anterioridad se expresó que, el pago total de la deuda comprende el de las *“indemnizaciones que se deban”* (inc. 2º artículo 1649 del C.C).

Quien adquiere una obligación es responsable de su cumplimiento; por ello, el fin de la responsabilidad es reparar el perjuicio que se cause por razón de no haberse cumplido aquella. Disposiciones como las consignadas en los artículos 1610.3 y 1612 del Código Civil, que confieren acciones por motivo del incumplimiento de un contrato, presuponen que se haya sufrido un daño o perjuicio. *“En todos los casos, entonces, el perjuicio es presupuesto de la obligación de indemnizar”*.

La parte actora alegó que a pesar de haber incumplido el Municipio sus obligaciones, la concesionaria *“no suspendió la prestación del servicio y tuvo que ejecutar el contrato asumiendo mensualmente los costos e inversiones que demandaba la operación y disposición final, afrontando el perjuicio financiero ocasionado por no poder contar oportunamente con lo totalidad de los recursos económicos inicialmente previstos”* y que, *“al tener que asumir Ciudad Limpia S.A. E.S.P. la totalidad los (sic) costos y gastos de la operación y no recibir ninguno de los ingresos correspondientes por el incumplimiento en que incurrió el Municipio, se generó un desequilibrio económico y financiero del contrato que debe ser restablecido por el Municipio”*.

El perjuicio, *“que debe presentarse como una consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación”*, entre otras condiciones debe ser cierto, es decir, que no haya duda sobre su existencia pues *“si no hubiera perjuicio no habría bases para calcular la cuantía de la indemnización”*; además, puede ser futuro y será reparable si está demostrado, si es cierto. Tratándose de perjuicio material, en él queda comprendido el daño emergente y el lucro cesante (artículo 1613 del C.C.) es decir, *“la indemnización o menoscabo que el acreedor sufre en su patrimonio”* y *“la privación de la legítima ganancia que le habría reportado el cumplimiento de la obligación”*.

En el alegato final, el apoderado de la sociedad demandante valora el monto de lo reclamado por concepto de perjuicios partiendo del supuesto de que el contrato de concesión se hubiese ejecutado *“en las dos fases como se había previsto en éste”* y pide la condena conforme en la liquidación realizada en las páginas 22 y 23 del escrito de aclaraciones y complementaciones que, a su dictamen inicial hizo la perito Gloria Zady Correa Palacio (escenario No. 1).

Para el juzgador esa petición resulta inaceptable si en cuenta se tiene que (como se anotó en otro lugar de esta providencia) el contrato no pasó de la etapa de implementación a la de desarrollo total. Concluir como lo pretende

la demandante, sería tanto como ir en contra de la realidad procesal consignada en el proceso. Tampoco puede tomarse como base para producir esa condena el supuesto de que el contrato se desarrollaría todo en la etapa de implementación pues, aunque los antecedentes hacen suponer que no habría variado la situación bajo la cual venía ejecutándose, una decisión en tal sentido no debe tener como soporte simples conjeturas o suposiciones. Lo anterior sería desconocer el texto del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, puesto que el juzgador al emitir fallo debe y tiene que contar con datos lógicos que le inspiren la directriz de su decisión y para ello debe tomar en cuenta la existencia de las pruebas que acrediten esos datos.

Así las cosas, para deducir el monto del perjuicio reclamado por la actora, traducido en lo dejado de percibir por ella, por no poder ejecutar el contrato, habrá de tomarse en cuenta únicamente el período durante el cual realmente se ejecutó, en la etapa de implementación (26 de diciembre de 1996 a 28 de abril de 2003), pues no puede pasarse por alto que la finalización de la relación contractual antes del 26 de diciembre de 2004, fecha de terminación convenida por las partes, fue decisión unilateral de la sociedad Ciudad Limpia S.A. E.S.P. Y, durante ese período, según pudo establecerse pericialmente, en dictamen que, sometido a contradicción no fue objeto de reparo alguno, la demandante no dejó de percibir suma alguna pues, en base a *“los resultados extractados de la contabilidad”*, ya había percibido su utilidad (\$365.574.833.00).

En el escrito de ampliación y complementación la perito *“para obtener el valor dejado de percibir por parte de Ciudad Limpia S.A. E.S.P.”* tomó en cuenta de la propia contabilidad de la empresa *“el resultado final de cada año, ya sea utilidad o pérdida”* y aplicó *“el margen de utilidad”* a cada uno de los *“escenarios”* posibles (No. 1. Si se hubiese ejecutado el contrato bajo las condiciones pactadas. No. 2. Si se hubiese ejecutado el contrato todo el tiempo en la etapa de implementación. No. 3. Como realmente se ejecutó el contrato.) para deducir que bajo el último de ellos *“no se hace ningún cálculo, porque la empresa Ciudad Limpia S.A. E.S.P. ya se ha percibido su utilidad de \$365.574.833.00”*.

No es posible, entonces, hacer condena al pago de perjuicios por no haberse ellos generado. El artículo 1649, Inc. 2º del C.C. atrás citado, es claro al establecer que la deuda comprende las indemnizaciones, si ellas se deben, esto es, si el perjuicio que se dice causado fue cierto. De lo contrario, como sucede en este asunto, debe negarse la indemnización por ser improcedente.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Arbitro único habilitado por las partes para dirimir en derecho este conflicto, administrando justicia en nombre de la República y, por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO:** Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad estatal demandada.

**SEGUNDO:** Declarar que el Municipio de Yumbo, por causa del incumplimiento del *Contrato de Concesión para la prestación integral del servicio de Aseo Urbano en la Ciudad de Yumbo*, celebrado con Ciudad Limpia S.A. E.S.P. el 26 de diciembre de 1996, está obligado a pagar a esta última los saldos pendientes de la remuneración pactada para la etapa de implementación, desde el 26 de diciembre de 1996 hasta el 28 de abril de 2003, fecha en que la actora finalizó la prestación del servicio, más los intereses por el no pago oportuno de la remuneración, calculados como se expresa en la parte motiva de este laudo.

**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración que se hace en el numeral anterior, **CONDENASE AL MUNICIPIO DE YUMBO** a pagar, como saldo insoluto de la remuneración pactada, la cantidad de dos mil cuatrocientos setenta y tres millones cuatrocientos noventa y tres mil cuatrocientos veintidós pesos M.L. (\$2.473.493.422.00), con los intereses causados por dicha cantidad liquidados hasta el día anterior al de este pronunciamiento, en la suma de quinientos veintidós millones trescientos nueve mil cuarenta y dos cuatro pesos M.L. (\$522.309.042.00), para un total de **DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS M.L. (\$2.995.802.464.00).**

Por lo considerado en la parte motiva de este laudo no se hace condena al pago de perjuicios pretendido por la actora.

**CUARTO:** **DECLARAR PROBADA** la tacha por sospecha, oportunamente formulada por la parte actora, contra el testigo ingeniero Jaime Salamanca León.

**QUINTO:** **CONDENASE** a la parte demandada a pagar a la actora, por concepto de gastos judiciales por ella efectuados, las siguientes sumas:

a. Honorarios de la perito contadora.	\$ 8.000.000.00
b. Gastos de la pericia.	2.296.130.00
c. Gastos transporte y alojamiento del testigo Ingeniero Jaime Salamanca León.	600.000.00
d. Honorarios y gastos del Tribunal:	
- 50% honorarios árbitro y secretaria	16.599.083.00
- Gastos de funcionamiento del Tribunal.	8.085.788.00
Total.	<hr/> \$35.581.001.00

**SEXTO.** Para que se dé cumplimiento a este laudo, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C. A., por la Secretaría envíese copia auténtica del mismo al Alcalde Municipal de Yumbo.

SEPTIMO: Entréguese a cada parte copia auténtica del laudo (artículo 154 decreto 1818 de 1998) y copia simple al Agente del Ministerio Público y al Centro de Conciliación de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

OCTAVO: Por el Presidente, árbitro único, protocolícese el expediente, una vez ejecutoriada esta providencia, en una Notaría del Círculo de Cali, lugar de funcionamiento de este Tribunal.

**EL PRESIDENTE**

**CARLOS MAURICIO VALENCIA LÓPEZ**

**LA SECRETARIA**

**PATRICIA RIASCOS LEMOS**



### **NOTA DE AUTENTICACIÓN**

Es fiel copia del laudo proferido dentro del proceso arbitral de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra el Municipio de Yumbo. Leído y notificado en audiencia realizada el 21 de febrero de 2004, acta No. 20

Consta de 32 folios y es primera copia auténtica que presta mérito ejecutivo, la cual se expide a la parte convocante, la sociedad Ciudad Limpia S.A. E.S.P.

**PATRICIA RIASCOS LEMOS**

Secretaria del Tribunal

### **NOTA DE AUTENTICACIÓN**

Es fiel copia del laudo proferido dentro del proceso arbitral de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra el Municipio de Yumbo. Leído y notificado en audiencia realizada el 21 de febrero de 2004, acta No. 20

Consta de 32 folios y es copia auténtica que se expide para la parte convocada, el Municipio de Yumbo.

**PATRICIA RIASCOS LEMOS**

Secretaria del Tribunal

### **NOTA DE AUTENTICACIÓN**

Es fiel copia del laudo proferido dentro del proceso arbitral de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra el Municipio de Yumbo. Leído y notificado en audiencia realizada el 21 de febrero de 2004, acta No. 20

Consta de 32 folios y es copia auténtica que se expide para el señor Alcalde del Municipio de Yumbo.

**PATRICIA RIASCOS LEMOS**

Secretaria del Tribunal

**NOTA DE AUTENTICACIÓN**

Es fiel copia del laudo proferido dentro del proceso arbitral de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra el Municipio de Yumbo. Leído y notificado en audiencia realizada el 21 de febrero de 2004, acta No. 20

Consta de 32 folios y es copia simple que se entrega al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

**PATRICIA RIASCOS LEMOS**

Secretaria del Tribunal

**NOTA DE AUTENTICACIÓN**

Es fiel copia del laudo proferido dentro del proceso arbitral de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra el Municipio de Yumbo. Leído y notificado en audiencia realizada el 21 de febrero de 2004, acta No. 20

Consta de 32 folios y es copia simple que se entrega al Ministerio Público

**PATRICIA RIASCOS LEMOS**  
Secretaria del Tribunal