

LAUDO ARBITRAL

27
FIS.

**PROACTIVA DE SERVICIOS S.A.
E.S.P.**

Vs.

**BUENAVENTURA MEDIO
AMBIENTE S.A. E.S.P.**

C87-4.

TRIBUNAL ARBITRAL

PROACTIVA S.A. E.S.P.

Vs

BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintisiete (27) de octubre de dos mil quince (2015)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros **JORGE ENRIQUE CRESPO BOTERO (Presidente)**, **HERNAN DARÍO MEJÍA ÁLVAREZ** y **JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO**, a pronunciar el Laudo que pone fin al proceso arbitral entre PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P., como parte demandante, y BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P. como parte convocada, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

El presente Laudo se profiere en derecho y de manera unánime.

PRIMERA PARTE
ANTECEDENTES Y SÍNTESIS DEL PROCESO

I. PARTES PROCESALES.

Demandante. PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P, en adelante para el presente Laudo PROACTIVA, sociedad legalmente constituida, por escritura pública No. 0016 de enero 05 de 2.000 de la Notaría 47 del Circulo de Bogotá, inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Cali, donde tiene su domicilio social, representada legalmente por su Gerente HECTOR GIRALDO ÁVILA, tal como consta en el certificado que obra en el expediente¹.

Demandada. La sociedad BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P., en adelante para el presente Laudo BMA, persona jurídica legalmente constituida mediante escritura pública número 2969 de la Notaría 21 de Cali del 05 de noviembre de 2.004, inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por su Gerente ERIKA DEL PILAR MENDEZ S., tal como obra en el certificado que reposa en el expediente².

II. EL PACTO ARBITRAL.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del documento que consiste en el SUBCONTRATO suscrito el día 15 de septiembre de 2010

¹ Cuaderno No. 2 de Pruebas – Tomo I, folios 1 a 7

² Cuaderno No. 2 de Pruebas – Tomo I, páginas 8 a 14

entre **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.** y **PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P.**, que en su cláusula Duodécima³, estableció:

"CLÁUSULA DUODÉCIMA.- SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, el cual estará sujeto a sus reglamentos, de acuerdo con las siguientes reglas:

a. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, a solicitud de cualquiera de las partes.

b. El Tribunal decidirá en derecho.

c. El Tribunal sesionara en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.

d. La secretaria del Tribunal estará integrada por un miembro de la lista oficial de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali."

III. LOS ÁRBITROS.

De conformidad con el pacto arbitral, la designación se dio a cargo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, que mediante Acta de fecha 02 de diciembre de 2.014⁴ nombró de la lista oficial del Centro de Arbitraje a los abogados **JORGE ENRIQUE CRESPO BOTERO, HERNAN DARÍO MEJÍA ÁLVAREZ Y JOSÉ ANTONIO TAMAYO HURTADO** como árbitros para integrar este Tribunal, de lo cual fueron informados por el Centro de Arbitraje y manifestaron oportunamente su aceptación.

Previas las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitraje se instaló el 18 de diciembre de 2014, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, en donde fijó su sede. Como Presidente fue designado el doctor **JORGE ENRIQUE CRESPO BOTERO** y como Secretaria la doctora **LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS**.

IV. LA DEMANDA.

El 25 de noviembre de 2014 **PROACTIVA** presentó a través de apoderado judicial demanda arbitral contra **BMA** para que por parte del Tribunal se resuelvan las diferencias originadas en el mencionado subcontrato con base en los hechos que se resumen a continuación⁵.

De los HECHOS de la demanda:

³Cuaderno No 2 de Pruebas - Tomo I, folios 133 y 134

⁴Cuaderno de Actuación del Centro, folios 015 al 017

⁵Cuaderno Principal, folios 003 a 009

A. El Contrato de Concesión:

1. El 29 diciembre de 2004 el Municipio de Buenaventura y la sociedad Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. (BMA) suscribieron Contrato de Concesión, cuyo objeto fue: *"la prestación del servicio de aseo en todos sus componentes en el área urbana de Buenaventura que incluye la recolección, barrido y limpieza, transporte y la construcción y operación de un Relleno Sanitario en el Corregimiento de Zacarías."*
2. En desarrollo de ese objeto, BMA suscribió con EPSA un Contrato de Recaudo con el objeto de que esta última administrara la facturación y recaudo del servicio de aseo.
3. Como parte de la estructura del Contrato de Concesión, BMA suscribió el Contrato de Fiducia para la administración de los recaudos por el servicio prestado, el desembolso proveniente de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, los subsidios entregados por el Municipio y para realizar los pagos que correspondiesen a la ejecución del Contrato de Concesión. (Objeto del Contrato - Cláusula Tercera del Contrato de Fiducia).
4. En ese orden de ideas, el patrimonio autónomo se encuentra conformado por: los recaudos de la tasa de aseo público y cualquier otra suma de dinero que deba ser pagada por razón del contrato de CONCESIÓN; los recursos que entreguen LOS INVERSIONISTAS BENEFICIARIOS por cuenta de EL FIDEICOMITENTE y sus rendimientos (Fondo Común Ordinario Valor Plus); el desembolso realizado por la CVC; y los recursos provenientes de los subsidios desembolsados por la MUNICIPIO (Cláusula Cuarta del Contrato de Fiducia)
5. Igualmente y en virtud del citado Contrato de Fiducia, el total de las sumas recaudadas por EPSA por la prestación del servicio público de aseo en el municipio de Buenaventura, son depositadas en el Fideicomiso.

B. La intervención de BMA por actividades de captación:

1. Mediante la Resolución 1864 de 2009 de la Superintendencia Financiera de Colombia, se impuso una medida de intervención administrativa sobre BMA, en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta que mediante la presente Resolución se evalúan las actividades de captación o recaudo masivo de dineros del público que realizo la sociedad BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P., al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988 procede a emitir una medida administrativa de intervención.

(...)

El alcance de la medida de intervención se adopta contra la sociedad BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P. (...) es únicamente respecto de los recursos del público captados o recaudados

masivamente en forma no autorizada, pero no afecta su actividad empresarial.”(Se resalta y subraya).

2. La Superintendencia Financiera ordenó a BMA presentar un plan de desmonte para aprobación y seguimiento de la Superintendencia de Sociedades, que “*garantice la devolución de la totalidad de los recursos del público captados en forma masiva sin contar con la respectiva autorización (...).*”

3. Dicho plan de desmonte fue aprobado por la Superintendencia de Sociedades, mediante Resolución 306-005835 del 30 de abril de 2010, tras verificar que, gracias al Contrato de Concesión, BMA tendrá los recursos necesarios para devolver las sumas adeudadas a las personas afectadas con la captación.

C. El Subcontrato:

1. El 15 de septiembre de 2010, y con el propósito de garantizar la prestación del servicio público de aseo en el área urbana del Municipio de Buenaventura, BMA y Proactiva suscribieron el Subcontrato en el cual la segunda se obligó a ejecutar, en el área urbana del Municipio, en favor de la primera y por sus propios medios, las actividades complementarias e inherentes del servicio público domiciliario de aseo, señaladas en la Cláusula Segunda de dicho contrato y en los términos establecidos en su propuesta.

2. Como contraprestación por los servicios prestados, BMA se obligó a pagar a Proactiva, mensualmente, las sumas señaladas en la Cláusula Tercera del Subcontrato, modificada mediante el Otrosí No. 2 de fecha 7 de marzo de 2011 en los siguientes términos:

*“El SUBCONTRATANTE pagará directamente al SUBCONTRATISTA a través del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos FIDEICOMISO ASEO PUBLICO DE BUENAVENTURA suscrito el 29 de diciembre de 2004 con la Fiduciaria Corficolombiana S.A. (“El Fideicomiso”), o el mecanismo que lo sustituya, por la ejecución de las actividades complementarias e inherentes del servicio público domiciliario de aseo, las siguientes sumas o porcentajes de recaudo: (a) Trecientos sesenta millones de pesos (\$360.000.000) desde el acta de inicio del contrato hasta el 31 de diciembre de 2010, incluyendo el recaudo de la facturación propia.(b1) A partir de enero de 2011, **el 70% del total de los recaudos que se obtengan por la prestación del servicio público de aseo en el mes respectivo a través de la empresa de Energía del Pacífico**, que en todo caso no podrá ser inferior al equivalente al 75% de los recaudos promedios de los últimos seis meses previos a la fecha de suscripción del presente contrato (este es el equivalente de los \$360.000.000 iniciales). Los valores porcentuales se aplican a la suma que quede después de deducir los costos de facturación. (b2) A partir de enero de 2011, **el 70% del total de los recaudos que se obtengan por la prestación del servicio público de aseo en el mes respectivo a través del recaudo directo – del proceso de facturación directa de los Grandes Generadores de Residuos en el (sic) Zona Urbana del municipio de Buenaventura**.(...)”* (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)Desde la fecha de suscripción del Subcontrato, Proactiva ha cumplido a cabalidad

con todas y cada una de sus obligaciones, y BMA, por el contrario, ha incumplido las siguientes obligaciones a su cargo: "pagar previa presentación de la respectiva factura, con el visto bueno del SUBCONTRATANTE, dentro de los primeros veinte días de cada mes. La factura será cancelada directamente al SUBCONTRATISTA por parte de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. como primer pago tal y como lo menciona el otro si No. 5 de fecha 1° de septiembre de 2010 al contrato de Fiducia Mercantil irrevocable de Administración, pagos y fuente de pago Fideicomiso Aseo Público de Buenaventura, de 1° de septiembre de 2010 (Cláusula Quinta del Subcontrato) y "garantizar el pago de la remuneración oportuna, por conducto del Fideicomiso o del mecanismo que lo sustituya (Cláusula Séptima del Subcontrato)

En efecto, BMA se negó a pagar el valor total de las siguientes facturas emitidas por Proactiva –conforme los términos de la Cláusula Tercera del Subcontrato–, correspondientes a: (i) el 70% del total de los recaudos obtenidos por EPSA en los respectivos meses y (ii) el 70% del total de los recaudos obtenidos por BMA de los Grandes Generadores de Residuos:

Factura	Valor Facturado	Valor adeudado por Capital	Fecha de emisión	Fecha de vencimiento
2917095592	\$522.667.499	\$295.141.160	20/06/2014	02/07/2014
2917398456	\$422.477.807	\$422.477.807	25/07/2014	04/08/2014
2917730062	\$521.700.951	\$521.700.951	25/07/2014	09/09/2014
2917940353	\$517.043.168	\$517.043.168	17/09/2014	30/09/2014
2918263911	\$508.019.929	\$508.019.929	21/10/2014	20/11/2014

3. Esta circunstancia, aunada a la falta de atención y a la intransigencia de BMA, ha llevado a Proactiva a una difícil situación financiera, poniendo en riesgo la prestación del servicio público de aseo en la zona urbana del Municipio y el cumplimiento del plan de desmonte por parte de BMA; no obstante, Proactiva se ha mantenido firme en la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones contractuales, inclusive poniendo en riesgo su viabilidad financiera.

4. BMA, por su parte, se está enriqueciendo sin justa causa, al rehusarse a pagar las mencionadas Facturas y, por el contrario, quedarse con la totalidad de los montos recaudados por EPSA por labores que fueron ejecutadas por Proactiva en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Subcontrato.

De las PRETENSIONES de la demanda:

Con fundamento en lo anterior, formuló las siguientes pretensiones⁶:

"Pretensiones Declarativas:

Primera: Que se declare que Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. incumplió sus obligaciones bajo el Subcontrato, suscrito el 15 de septiembre de 2010.

⁶Cuaderno Principal, folios 009 y 010

Segunda: Que se declare que Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. está obligada a pagar a Proactiva de Servicios S.A. E.S.P. el monto total de las facturas que esta última emita, conforme lo señalado en la Cláusula Tercera del Subcontrato.

Tercera: Que se declare que Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. incumplió sus obligaciones bajo el Subcontrato, suscrito el 15 de septiembre de 2010, al negarse a pagar las facturas número 2917095592, 2917398456, 2917730062, 2917940353 y 2918263911 emitidas por Proactiva de Servicios S.A. E.S.P.

Cuarta: Que se declare que Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. está obligada a pagar a Proactiva de Servicios S.A. E.S.P. el monto adeudado de las facturas número 2917095592, 2917398456, 2917730062, 2917940353 y 2918263911, equivalentes a la suma de COP\$2.264.383.015, o a aquella que se demuestre en el proceso.

Quinta: Que se declare que Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. está obligada a pagar a Proactiva de Servicios S.A. E.S.P. la suma señalada en la pretensión anterior más los intereses moratorios a la máxima tasa de mora permitida por ley, desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas mencionadas hasta la fecha de pago, los cuales, con corte a 13 de noviembre de 2014, ascienden a la suma de COP\$67.221.064, o aquella suma que se demuestre en el proceso”.

Pretensiones de Condena:

Como consecuencia de las pretensiones declarativas, solicitó la demanda las siguientes condenas en contra de Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. y a favor Proactiva de Servicios S.A. E.S.P.:

Primera: Que se condene a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P a pagar a Proactiva de Servicios S.A. E.S.P. el monto total de las facturas que esta última emita, conforme lo señalado en la Cláusula Tercera del Subcontrato.

Segunda: Que se condene a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P a pagar a Proactiva de Servicios S.A. E.S.P. las facturas número 2917095592, 2917398456, 2917730062, 2917940353 y 2918263911, equivalentes a la suma COP\$2.264.383.015, o aquella suma que se demuestre en el proceso.

Tercera: Que se condene a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. a pagar a Proactiva de Servicios S.A. E.S.P. la suma señalada en la pretensión anterior más los intereses moratorios a la máxima tasa de mora permitida por ley, desde la fecha de vencimiento de cada una de las facturas mencionadas hasta la fecha de pago, los cuales, con corte a 13 de noviembre de 2014, ascienden a la suma de COP\$67.221.064, o aquella suma que se demuestre en el proceso.

Cuarta: Que se condene a Buenaventura Medio Ambiente S.A. E.S.P. al pago de costas y agencias en derecho”.

V. TRÁMITE ARBITRAL.

Por auto del 18 de diciembre de 2014 el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr

traslado de ella en los términos de Ley⁷. La notificación personal de la parte demandada se surtió el día 20 de enero de 2.015 con la entrega en debida forma del traslado con todos sus anexos.

El 16 de febrero de 2015, dentro del término de ley, la sociedad demandada contestó la demanda, en la cual se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que no consultan la realidad de los hechos y que carecen del debido fundamento legal y fáctico; no formuló excepciones de mérito; no aportó pruebas documentales y objetó el juramento de la cuantía estimada de las reclamaciones económicas del libelo, cuyo traslado se corrió a la parte demandante el 25 de febrero de 2.015.⁸

Audiencia de Conciliación y Fijación de Gastos y Honorarios.

El día 11 de marzo de 2015 se realizó la audiencia de conciliación dentro de la cual los árbitros, en procura de lograr un acuerdo amigable, realizaron gestiones de acercamiento entre las partes, que no tuvieron ningún resultado positivo dado el distanciamiento de las posiciones expuestas por ellas. Por tanto, el Tribunal declaró fracasada la Conciliación.

A continuación el Tribunal Arbitral señaló las sumas por concepto de gastos y honorarios, que dentro del término legal fueron sufragados por la demandante. De acuerdo con la información presentada al Tribunal, la sociedad demandada posteriormente reembolsó su parte.⁹

Primera Audiencia de Trámite y Etapa Probatoria.

El día 14 de abril de 2015 se surtió la primera Audiencia de Trámite, correspondiente al Acta No. 4¹⁰, en la que se dio cumplimiento a las formalidades previstas en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2.012; en ella, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes involucradas y fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, determinaciones que no fueron objeto de recursos.

Así mismo decretó como pruebas documentales las aportadas por las partes; señaló el día 23 de abril de 2015 para la práctica del interrogatorio de parte a la representante legal de BMA, diligencia que se llevó a cabo en la fecha establecida y de cuya transcripción se corrió traslado a las partes en los términos de ley.¹¹

El Tribunal decretó de oficio un dictamen pericial Financiero y contable, que fue rendido el día 25 de junio de 2.015 por la sociedad CROWE HORWATH CO S.A.¹², una vez aceptó la designación y tomó posesión del cargo.

Del anterior dictamen, la parte demandante presentó solicitud de aclaración y complementación, mientras que la demandada lo contravirtió aportando una nueva experticia elaborada por la señora Sandra Fonseca.

⁷Acta No. 1, Folio 18 del Cuaderno Principal

⁸Folios 038 al 045 del Cuaderno Principal

⁹Acta No. 3, folios 073 a 077 del Cuaderno Principal

¹⁰Acta No. 4, folios 90 a 101 del Cuaderno Principal

¹¹Acta No. 6, folio 125 del Cuaderno Principal y folios 789 a 797 del Cuaderno No. de Pruebas – Tomo IV

¹²Folios 790 a 1312 del Cuaderno No2 de Pruebas – Tomo V

El día 21 de agosto de 2014 la sociedad CROWE HORWATH CO S.A. presentó el escrito de aclaración y complementación al dictamen inicial¹³. Por su parte, la sociedad demandante aportó en el término del traslado su propia experticia elaborada por la firma Deloitte Asesores y Consultores Ltda.¹⁴.

Recaudado así el acervo probatorio, mediante auto de fecha 9 de septiembre de 2015 se decretó el cierre de la etapa probatoria y se fijó el día 22 de septiembre de 2015 como fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión¹⁵.

Alegatos de Conclusión.

El Tribunal en sesión del 22 de septiembre de 2015 realizó la audiencia de alegaciones, en la que cada una de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un memorial con el resumen de sus alegatos suscritos por sus apoderados.¹⁶

Igualmente se fijó la audiencia de Laudo para el día 27 de octubre de 2015, a las 10:00 a.m.

VI. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, por cuanto en la cláusula arbitral las partes nada regularon sobre el particular.

La primera audiencia de trámite se inició el 14 de abril de 2015 y finalizó en la misma fecha. Por solicitud de las partes formulada dentro del término de vigencia del proceso, se suspendió durante los espacios de tiempo que determinan las siguientes fechas:

-Entre los días 10 de septiembre de 2015 y el 21 de septiembre de 2015, ambas fechas inclusive (12 días)

- Entre los días 23 de septiembre de 2015 y el 23 de octubre de 2015, ambas fechas inclusive (31 días)

En total, el proceso se ha suspendido durante 43 días, con lo cual el término se extiende hasta el 23 de noviembre de 2015. Por lo anterior, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

VII. PRESUPUESTOS PROCESALES.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la válida configuración de la relación jurídica procesal, ya que las actuaciones se desarrollaron con observancia de las previsiones legales. No se advierte causal alguna de nulidad ni motivo para el

¹³Folios 1313 a 1331 del Cuaderno No. 2 – Prueba V

¹⁴Folios 731 a 788 del Cuaderno No. 2 – Pruebas IV

¹⁵Folios 170 a 174 del Cuaderno Principal

¹⁶Acta No. 18 folios 175 y 176 del Cuaderno Principal

proferimiento de Laudo inhibitorio y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció: que cumplen con los requisitos formales de demanda en forma y competencia, que ambas partes son sujetos plenamente capaces y cuentan con la facultad de comparecer al proceso por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales, debidamente constituidos y así reconocidos, no quedando duda acerca del cumplimiento de los presupuestos procesales.

SEGUNDA PARTE. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Entre el municipio de Buenaventura y **BMA** se celebró el día 20 de diciembre de 2004 el Contrato de Concesión de Servicio de Aseo Domiciliario No. 089 con el objeto de que la segunda asumiera la prestación del servicio de aseo en todos sus componentes en el área urbana de la ciudad de Buenaventura, actividad general que incluyó la recolección, barrido y limpieza, transporte, construcción y operación de un relleno sanitario en el corregimiento de Zacarías.

Por virtud de la referida relación contractual, **BMA** se hizo responsable de la "facturación y recaudo, para todos y cada uno de los usuarios registrados y/o proyectados, en sus diversos estratos, usos y categorías", para lo cual suscribiría un acuerdo con una entidad que "le garantizara la mayor cobertura bajo los parámetros de la Resolución 151 CRA" (cláusula décimo quinta, párrafo primero), siendo ésta la fórmula tarifaria llamada a regir (cláusula décimo quinta, párrafo cuarto), salvo lo estipulado en otras Resoluciones y teniendo en cuenta que en la tarifa están todos los costos "impuestos, timbres, retenciones, etc. (cláusula décimo sexta) y que el Municipio garantizaría el pago de los subsidios a los estratos a los que legalmente les fueren aplicables (cláusula cit., párrafo segundo)

Surgió así entre el Municipio de Buenaventura y **BMA**, el primero entidad de derecho público, una relación sometida al imperio de las normas rectoras de la materia y del régimen contractual en el campo del derecho administrativo.

Por razón del objeto contractual enunciado, a dicho contrato le resulta aplicable el artículo 365 de la Constitución Política, que define los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, asunto sobre el cual la Corte Constitucional, en numerosos fallos, ha manifestado la estrecha relación que existe entre los servicios públicos y los derechos fundamentales¹⁷, siendo quizá, la más contundente la Sentencia C-924 de 2007

¹⁷Valga citar igualmente algunos fallos de tutela: En sentencia T-410 de 2003, la Corte llamó la atención sobre la calidad de los servicios públicos domiciliarios que se prestan, al considerar que estos se encuentran directamente ligados con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a un medio ambiente sano. En sentencia T-1104 de 2005 se amparó el acceso a los servicios públicos domiciliarios de una persona a quien una empresa prestadora se había negado a la conexión del servicio de acueducto, para lo cual dijo que: "La dignidad humana, concepto normativo de carácter fundamental, se relaciona estrechamente con la garantía de las condiciones materiales de existencia, y dentro de esta garantía se debe incluir, sin duda alguna, la prestación de los servicios públicos esenciales y, entre ellos, el de acueducto. Así pues, la falta de prestación de este servicios también está llamada a constituir una posible violación del derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna".

(Fundamento Jurídico No. 5), en donde se resuelve la constitucionalidad del art. 141 de la Ley 142 de 1994, al afirmar que los servicios públicos a los cuales se refieren los artículos 368, 369 y 370 de la Carta Política:

"Responden al concepto de procura existencial que se encuentra en la raíz de la transformación de este modelo estatal (...), de ahí su particular relevancia constitucional. Cobra así sentido la previsión del artículo 368 según la cual los servicios públicos domiciliarios cubren las necesidades básicas de los asociados..."

Como ha sostenido esta Corporación "...puede concluirse, que el contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas".

...Si bien la relación entre las empresas prestadoras y los usuarios es en principio una relación contractual (...), se trata en todo caso de una relación sui generis fuertemente irradiada por los derechos fundamentales y en general por el contenido axiológico constitucional, al igual que por el carácter público de algunas prerrogativas de las empresas prestadoras..."

Tal estructura general y normativa de orden constitucional es igualmente desarrollada por el legislador. Es así como la Ley 142 de 1994 se da a la tarea de establecer su régimen jurídico, los sectores que comprende, pero también les da la calificación de "esenciales" en su artículo 4, definiéndolos de una manera inequívoca en el artículo 14.21:

"Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se define en este capítulo".

La distinción parece haber quedado clara desde la sentencia T-578 de 1992 (Fundamento Jurídico No. 5), fallo con enorme trascendencia, en lo que a la conceptualización de los servicios públicos hace, pues en comentario de la anterior disposición se sostuvo por la Corte Constitucional que:

"Se consagra (...) una categoría especial de servicios públicos, los llamados "domiciliarios", que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

Respecto de ese asunto, la ratio decidendi del Tribunal Constitucional, ha consistido siempre para casos análogos, en sostener que cuando el suministro de agua potable esté destinado al consumo humano de un inmueble donde habitan sujetos de especial protección constitucional como menores de edad, y la empresa prestadora haya suspendido el servicio por mora en el pago de las facturas, ésta debe proceder a su reconexión, cuando con el desabastecimiento del líquido se vean directamente comprometidos sus derechos fundamentales, y la causa del atraso en el pago sea producto de una circunstancia ajena a su voluntad y justifique el incumplimiento, para lo cual salvo que se demuestre lo contrario, aquella deberá celebrar el acuerdo de pago respectivo que le permita al usuario responder por su obligación contractual de acuerdo con su situación económica, de manera que no se afecte su mínimo vital ni el de su núcleo familiar. (Véase por ejemplo las sentencias T- 273 y 496 de 2012 y T- 179, 348, 424, 573 y 864 de 2013).

Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de un criterio finalista: a) El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) El servicio público domiciliario tiene una "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiéndose por usuario "la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa". c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna. En concordancia con los artículos 365 y 367 de la Constitución se concluye, en primer lugar, que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél".

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución Política del 91, que a su tenor reza:

"Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares"

Configura una nueva concepción¹⁸, según la cual el Estado no debe necesariamente "prestar" los servicios públicos; sino que debe, en cambio, "asegurar" su prestación, lo cual significa que no es él quien únicamente debe prestarlos¹⁹, sino que pueden hacerlo también las empresas públicas y privadas que para el efecto se constituyan.

A partir de este momento, sujetos de distinta naturaleza pueden prestar estos servicios sin necesidad de celebrar previamente un contrato de concesión²⁰ o tener la expectativa de

¹⁸Se le ha denominado a esta concepción "la liberalización de los servicios públicos":

"Otro de los aspectos más significativos introducidos por la Constitución Política de 1991 en materia de servicios públicos es la denominada "libre entrada" o liberalización de los mismos. Se entiende por ésta la posibilidad que tienen distintos sujetos (de diversa naturaleza) de desarrollar actividades de servicios públicos, o complementarios o conexas con ellos, sin la necesidad de autorizaciones o negocios jurídicos entre estos sujetos y la entidad pública responsable del servicio. ¿Existía antes del texto político de 1991, la posibilidad de que sujetos distintos a los entes públicos (habilitados para hacerlo) pudieran prestar servicios públicos? La respuesta es afirmativa, solo que para hacerlo necesitaban de un "título habilitante" que les permitiera desarrollar estas actividades, que en términos generales se identificaba con un contrato de concesión o un acto de licencia. Entonces, solo a partir de la Carta Política de 1991, distintos sujetos pueden prestar servicios públicos sin necesidad de celebrar previamente un contrato de concesión o tener expectativa de título habilitante distinto que les permita hacerlo. (MONTAÑA PLATA. El concepto de servicio público en el derecho administrativo, cit., p. 100 y 101)

¹⁹"Vale la pena señalar como, a partir del nuevo orden de los servicios públicos introducido con el texto político de 1991, se hace referencia al "deber de asegurar" y no al "deber de prestar" estos. Se configura de este modo una nueva concepción, según la cual el Estado no debe necesariamente "prestar" los servicios públicos, sino que basta que "asegure" su prestación. Esta es la razón por la que no compartimos la afirmación de que los servicios públicos están a cargo del Estado." (MONTAÑA PLATA. El concepto de servicio público en el derecho administrativo, cit., p. 41)

²⁰"De acuerdo con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, las Áreas de Servicio Exclusivo fueron creadas con la finalidad de garantizar la cobertura de los servicios públicos a las personas de menores ingresos. Existe la posibilidad de establecer ASE mediante un proceso de selección contractual a través de licitación pública, en el que se establece que ninguna otra empresa de servicios públicos puede prestar los mismos servicios en estas zonas durante un tiempo determinado. Según la CRA, la adjudicación de la prestación de tales servicios debe realizarse a través de contratos de concesión, previo agotamiento de un proceso licitatorio público en el que se garantice la competencia y la transparencia, y previa verificación de motivos por parte de dicha

título habilitante distinto, como acontecía anteriormente, so pena de dar cabal cumplimiento a los requisitos o exigencias de corte legal exigidos. Ahora, llama la atención el hecho que los particulares también puedan hacerlo²¹, pues al autorizarse esta situación se debe dar plena observancia a las garantías que ofrece el Estado, en cuanto a la promoción de la competencia se refiere, especialmente en lo que atañe con la libre entrada de las empresas en el mercado y la libre iniciativa privada de los particulares versus los derechos de los usuarios²².

Teniendo en cuenta esos postulados la cláusula vigésima quinta del mismo Contrato le entregó a **BMA** la facultad de subcontratar parcialmente la prestación de los servicios antes enunciados.

En virtud de la autorización para subcontratar, contenida en el contrato de concesión, **BMA** y **PROACTIVA**, en su orden demandada y demandante, suscribieron el 15 de septiembre de 2.010 un documento consistente en un "subcontrato", que tenía por objeto a cargo de la segunda desarrollar actividades complementarias e inherentes del servicio público domiciliario de aseo en el municipio de Buenaventura.

Deviene entonces definir cuál es la naturaleza jurídica del contrato objeto del litigio, es decir, el denominado Subcontrato, para determinar la normatividad que corresponde aplicar.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, las partes del Subcontrato son sociedades comerciales, ya que sus objetos sociales se circunscriben en esencia a la prestación del servicio público de aseo domiciliario y la operación de su infraestructura, como consta en sus certificados de existencia y representación legal de una y otra²³, lo que permite afirmar que su régimen contractual debe corresponder al establecido por el Derecho Privado.

De acuerdo con el Código de Comercio²⁴, el Subcontrato suscrito por **PROACTIVA** y **BMA** es por su naturaleza un convenio de carácter mercantil, que mediante un acuerdo de voluntades originó derechos y obligaciones económicos como consecuencia de la prestación de un servicio público.

entidad. Como se observa, el establecimiento de ASE constituye un procedimiento reglado que no puede ser obviado por las entidades territoriales" (Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Fundamento Jurídico No. 11.3.1)

²¹*Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio, se manifestó en Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014, en el mismo sentido: "Así, la Constitución de 1991 no estableció una exclusividad en favor del Estado para proveer servicios públicos en Colombia, sino que, por el contrario, contempló un régimen según el cual los servicios públicos pueden ser prestados por particulares en condiciones de igualdad, competencia y, sobre todo, neutralidad competitiva frente al Estado. De esta manera, se concibió que el espíritu de la Constitución Política en relación con los servicios públicos estaba dirigido a incluir a los particulares en su gestión y operación, de tal forma que en la medida que el Estado se desprendiera del papel de proveedor exclusivo de servicios públicos, la competencia en cada uno de los sectores que los conforman generaría la calidad y eficiencia que la prestación por parte de los antiguos monopolios estatales carecía".*

²²*Parafraseando a ALBERTO MONTAÑA PLATA en "El concepto de servicio público en el derecho administrativo", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 100 a 102.*

²³*Folios 1 al 14 del Cuaderno No. 2 – Pruebas I*

²⁴*Artículo 864 del Código de Comercio*

La Constitución Política ha establecido en el inciso 2º del artículo 365 que *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”*, el mismo que fue desarrollado por la Ley 142 de 1994.

En efecto, el artículo 19 de la Ley 142 de 1994 señala que las empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio dispuestas para las sociedades anónimas y en general por el Derecho Privado, en los asuntos no previstos en la mencionada ley.

Por su parte, el artículo 31 de la ley 142 de 1994, establece lo siguiente:

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”.

Cabe precisar que la jurisprudencia ha desarrollado ampliamente este tema; por ejemplo, en Sentencia del 28 de junio del 2001 radicada bajo el número 1353 del Consejo de Estado, que señaló:

“(…) En efecto, la ley establece las personas que prestan servicios públicos (Art. 15) y distingue entre las estatales, las mixtas y las de particulares; define la empresa de servicios públicos oficial como aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes, en contraste con la mixta en la que los aportes son iguales o superiores al 50%, y con la privada, cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares (arts. 14.5, 14.6 y 14.7, ley 142/94).

“En relación con el régimen de sus actos, comprendidos en ellos los contratos, el legislador resolvió someterlos a las reglas del derecho privado en el que predomina el principio de la autonomía de la voluntad, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley 142, dispongan lo contrario. Por tanto, la Constitución y los actos emanados de las empresas prestadoras de servicios públicos, así como los propios para su administración y el ejercicio de los derechos de sus socios, en lo que no disponga dicha ley, se rigen por las normas del derecho civil, comercial y las demás de carácter privado, lo cual es aplicable incluso a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender el porcentaje que representen sus aportes en el capital, “ni la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce” (Art. 32)”. El mismo régimen de derecho privado y el previsto en la ley de servicios públicos domiciliarios se aplica, incluso tratándose de los contratos que celebren las entidades públicas prestadoras de servicios, por disposición del inciso 1º, artículo 31 de la ley 142, siempre que tengan por objeto su

prestación, los cuales se "regirán por el parágrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa", lo cual excluye la aplicación del estatuto general de contratación de la administración pública; en su lugar las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a dichas actividades, son las del derecho privado (...)."

Es más, el artículo 186 de la Ley 142 establece que:

"Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá esta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contraria por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta Ley, objeto de excepción, modificación o derogatoria..."

No queda duda, entonces, acerca de la aplicación prevalente del Derecho Privado al Subcontrato celebrado entre **PROACTIVA** y **BMA**, sin perjuicio de las reglas de la Ley 142 de 1994 que hace referencia a las disposiciones de las normas de servicios públicos.

Como el conflicto planteado en autos nace de la diferencia en la interpretación de los conceptos de subsidios y contribuciones, ítems fundamentales en el ejercicio de la liquidación por la prestación de los servicios públicos y para determinar el valor de la contraprestación a favor de **PROACTIVA**, aunque ya se haya determinado que el subcontrato es de tipo mercantil regido por el derecho privado, es necesario mirar la regulación en materia de contribuciones a la luz de la Ley 142 de 1994 y normas complementarias en función del acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

Veamos:

Dado que el Estado colombiano se encuentra efectivamente dotado de variadas herramientas para intervenir en el campo de los servicios públicos domiciliarios, es legítima entonces la regulación del legislador en materia de otorgamiento de subsidios presupuestales a personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (CP art. 368)²⁵. Si se analiza el principio de neutralidad, como principio guía en materia de régimen tarifario de los servicios públicos, puede percatarse desde su contenido social y económico, que existe un nexo entre el tema tarifario y la resultante posibilidad de discriminación positiva de acuerdo con distintos estándares y modalidades de prestación de servicios, que se liga consecuentemente con

²⁵Sentencia T-540 de 1992. Fundamento Jurídico No. 6. También son herramientas en este campo: La nacionalización de determinadas actividades estratégicas o servicios públicos por razones de soberanía o de interés social (CP art. 365); la prioridad del gasto público social para la solución de las necesidades básicas insatisfechas (CP art. 366); el reconocimiento de los derechos de participación ciudadana y municipal en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan servicios públicos (CP art. 369) y, el ejercicio del control, la inspección y la vigilancia de los mismos por parte del Presidente de la República, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (CP art. 370).

"EL SUBCONTRATANTE pagara mensualmente al SUBCONTRATISTA, a través del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de recursos FIDEICOMISO ASEO PUBLICO DE BUENAVENTURA, suscrito el 29 de diciembre de 2004 con Fiduciaria Corficolombiana S.A (el "Fideicomiso"), o el mecanismo que lo sustituya, por la ejecución de las actividades complementarias e inherentes del servicio público domiciliarios de aseo, las siguientes sumas o porcentajes de recaudo:

a) Trescientos sesenta millones de pesos (\$360.000.000) desde el acta de inicio del contrato hasta el 31 de diciembre de 2010;

(b) A partir del primero de enero de 2011, el setenta (70%) del total de los recaudos que se obtengan por la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el mes respectivo a través de la empresa de Energía del Pacífico, que en todo caso no podrá ser inferior al equivalente al 75% de los recaudos promedio de los últimos seis meses previos a la fecha de suscripción del contrato (este es el equivalente de los 360.000.000 iniciales).

... Parágrafo 1.- En la noción del recaudo actual se está considerando que: i) No se está facturando el componente de disposición final como relleno sanitario. ii) Los subsidios no se están contando como recaudo y en la actualidad ascienden a la suma de \$50.000.000 mensuales"

La anterior estipulación contractual, que refleja el acuerdo de las partes sobre el valor de la contraprestación a favor de Proactiva, hace referencia a la totalidad de los recaudos, sin excluir de los mismos las contribuciones que por efecto del principio de la solidaridad previsto por la Ley 142 de 1994 también son un elemento que aplica para el cálculo de las tarifas por la prestación del servicio público de aseo, como surge igualmente del pronunciamiento del Consejo de Estado transcrito en precedencia.

Es por ello que para que las contribuciones quedaran excluidas del total del recaudo para efectos de la facturación del valor de los servicios a cargo de PROACTIVA, la referida cláusula del Subcontrato debía declararlo de manera expresa, así como lo hizo con relación al subsidio. Pero como guardó silencio, solo se puede inferir que no fue pacto de los contratantes darle igual tratamiento a los subsidios y contribuciones para tomarlos como componentes del recaudo.

En resumen, establecido como queda que son conceptos distintos la contribución y el subsidio, a la luz de la ley y la jurisprudencia, se concluye que es clara la estipulación del subcontrato, mediante la cual únicamente se excluye del recaudo el subsidio pero no las contribuciones.

La conclusión del Tribunal es corroborada por diferentes hechos de los que da cuenta el expediente:

De un lado, en diligencia de interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de BMA²⁷, consta la siguiente respuesta:

²⁷Folios 651 al 658 del Cuaderno No. 2 - Pruebas IV

“Sí sé de la factura de subsidio del Distrito, porque emito la factura, la de las contribuciones con exactitud no, pero las del Distrito sí puedo decir que se mantiene alrededor de los 50 millones de pesos”

Denota la anterior afirmación la coexistencia de dos elementos objeto de cobro distintos, por la separación hecha de ellos al ser mencionados, lo que constituye confesión de parte, si se tiene en cuenta que versa sobre un hecho perjudicial a **BMA** y que favorece a **PROACTIVA**, de conformidad con el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, pues contradice los planteamientos en que se apoya la defensa al sostener que las contribuciones son una forma de recaudo de los subsidios, y que éstos últimos están expresamente excluidos por acuerdo de las partes para el fin indicado.

Por otra parte, como en derecho el comportamiento de las partes durante la ejecución de sus contratos está llamado a producir efectos, es fundamental considerarla conducta de **BMA** en cuanto concierne a los pagos que periódicamente realizó a favor de **PROACTIVA** de la facturación ordinaria expedida por ésta, con inclusión del valor de las contribuciones liquidadas para la facturación del servicio público de aseo en el Distrito de Buenaventura, que se produjo de manera constante, sin protestas ni rechazos desde el inicio del Subcontrato hasta el mes de mayo de 2014.

En efecto, es factor importante de interpretación de los contratos establecer el entendimiento coincidente de las partes sobre sus disposiciones en la ejecución práctica de las obligaciones y derechos estipulados, por cuanto implica efectos vinculantes, como cuando deudor y acreedor coinciden en el valor de la acreencia y que con el pago tenga lugar su extinción.

Al efecto, el inciso final del artículo 1622 del Código Civil establece:

“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. ... O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes, con aprobación de la otra parte”

Desde el punto de vista del deudor, posición que en este caso corresponde a **BMA**, la realización de pagos efectivos para cancelar las facturas, por un tiempo cercano a los cuatro (4) años, denota de su parte aceptación, conformidad y reiteración de su condición de obligado al pago de las sumas de dinero objeto de los cobros.

De ahí que no sea de recibo el argumento de la parte demandada de sus alegatos de conclusión, donde expresa que se habría tratado de un error sin carácter vinculante, pues su conducta denota otro entendimiento.

Por último, aunque la precisión de conceptos no era objeto del dictamen, se reconoce que se ajusta a la realidad conceptual ya planteada, el entendimiento que la firma Crowe Horwath tiene de subsidios y contribuciones cuando en su experticia expresó²⁸.

²⁸Folio 851 Cuaderno No. 2 Pruebas V

“Los subsidios y contribuciones son dos conceptos de gran impacto en el presente caso, pues los mismos deben ser tenidos en cuenta en nuestro estudio ya que podrían afectar cálculos que pudieren cambiar nuestro razonamiento. Por esta razón consideramos necesario hacer una breve descripción de los conceptos para luego analizar el impacto de las cláusulas contractuales en nuestro estudio.

En primer lugar, nos referiremos a las contribuciones, las cuales según la doctrina, tienen como fin coadyuvar en la conformación de esquema financiero, necesario para subsidiar los costos básicos de los servicios a los beneficiarios de los mismos. Son recursos que se arbitran con cargo a los usuarios pertenecientes a estratos socio-económicos altos y a los de naturaleza industrial y comercial.

En segundo lugar, los subsidios consisten en la “diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio y el costo de referencia de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe”.

No sucede lo mismo con el dictamen elaborado por la señora Sandra Fonseca que equivoca sus apreciaciones sobre temas de orden jurídico y no técnico, cuando afirma:

“... es claro legalmente que los recursos recaudados de las fuentes que se prevean, para cubrir los subsidios, que son faltantes para cubrir el costo, solo pueden ser usados para dichos subsidios. La sentencia C086 de 1998, definió que los recursos recaudados por concepto de contribuciones y aportes de las entidades públicas autorizadas u obligadas a subsidiar, deben aplicarse exclusivamente al pago de subsidios.

De esta manera la discusión no es sobre el recaudo de subsidios, pues éstos no se recaudan, sino sobre el recaudo de recursos que son ingresos para cubrir los faltantes que no se cobraron a los usuarios por haber subsidiado su costo.

No se hace distinción de la fuente, de los recursos de aportes o contribuciones, aunque se puede concluir justamente que se trata de las contribuciones, ya que los subsidios por ser un menor valor, en la práctica es un menor valor recaudado. Esto puesto que los recaudos a los usuarios que contribuyen, y que son la fuente de estos ingresos adicionales de facturación, no puede incluir ingresos de fondos o de recursos de municipios u tras (sic) autoridades, ya que estos no se recaudan de los usuarios finales, sino justamente de dichas autoridades a través de transferencias²⁹. (Subrayas fuera del texto)

Para el Tribunal es indudable que la ingeniera Sandra Fonseca incursionó no solo en temas de orden jurídico sino que igualmente se ocupó de hacer su interpretación del contrato a la luz de los conocimientos adquiridos en el sector energético y estudios de regulación, nada de lo cual se constituye en medio de prueba. Aunque sus aseveraciones parecen incurrir en contradicciones, en tanto que de los subsidios dice al tiempo que se

²⁹Folio 705 del Cuaderno No. 2 – Pruebas IV

recaudan y no se recaudan, para concluir que como son recursos oficiales llegan vía transferencia, el Tribunal encuentra viable concluir que la estipulación del párrafo del artículo tercero del Subcontrato no puede forzarse al extremo de hacerla decir que cuando habla de subsidios se estaría refiriendo a las contribuciones, por la circunstancia de que éstas sí se recaudan.

Es elemento importante considerar que a la luz de los documentos que acreditan la existencia de las partes del proceso, su actividad se concreta fundamentalmente en la prestación de servicios públicos domiciliarios, lo que denota que gozan de experiencia y conocimiento sobre el tema y descarta que en la redacción de las cláusulas del Subcontrato hubiesen incurrido en el error técnico de asimilar las contribuciones a los subsidios, dizque porque hicieron alusión al recaudo de los últimos. Menos si, como quedó establecido, son dos conceptos completamente distintos desde el punto de vista de su estructura jurídica.

Habida consideración de lo expuesto, para el Tribunal el dictamen pericial del que es su autora la ingeniera Sandra Fonseca, presentado por la parte demandada, no le trasmite verosimilitud, lo cual lo despoja de valor demostrativo de conformidad con los artículos 237 y 241 del Código de Procedimiento Civil, pues lo manifestado pone en evidencia que tal trabajo no es claro ni preciso sobre materia técnica alguna, entre otras cosas porque tiene contenido legaldirigido a interpretar el Subcontrato a partir de apreciaciones subjetivas equivocadas.

Definido como está que le asiste razón a la parte demandante en la posición que asumió sosteniendo que las contribuciones son concepto distinto de los subsidios, y que solo los últimos deben ser objeto de exclusión del recaudo, procede el análisis de las reclamaciones de la demanda desde el punto de vista de la existencia de obligaciones insolutas y su cuantificación a cargo de **BMA**, para lo cual el Tribunal se detiene en el análisis que prosigue:

Como demostración de las obligaciones se presentaron con el escrito de demanda las siguientes facturas de venta que señalan a **BMA** como deudora:

Factura de Venta	Fecha de Emisión
2918263911	21/10/2014
2917940353	17/09/2014
2917730062	25/08/2014
2917398456	25/07/2014
2917095592	20/06/2014

Está acreditado en el plenario que las referidas facturas fueron devueltas con constancia escrita de rechazo dentro del término señalado por el artículo 2º de la Ley 1231 de 2008. La razón aducida por **BMA** para su devolución consistió en que la liquidación que determinaba el valor cobrado no era aceptable porque incluía los recaudos por concepto de contribuciones; argumento que, como ya está visto, no es de recibo y, en consecuencia, debe ser desechado como mecanismo de defensa que en este proceso se invocó al contestar la demanda.

Surge de ello que el rechazo de las facturas de los periodos comprendidos entre los meses de junio y octubre de 2014 careció de motivo que lo justificara y, de contera, no las

invalida en su valor demostrativo, teniendo en cuenta, claro está, que si bien no contienen firma de **BMA** en constancia de aceptación, las cartas de devolución obrantes en el expediente traen consigo el entendimiento de que son oponibles a ese deudor y contra éste hacen prueba, ya que nunca manifestó que se tratara de cobros que le resultarían inoponibles o versaran sobre obligaciones inexistentes a voces del Subcontrato. En definitiva, la defensa de la parte demandada no se dirigió a desconocer las facturas desde el punto de vista formal o respecto de su validez; centró su atención en disputar el valor allí incorporado con el argumento de que no excluye las contribuciones y sostuvo que se extinguieron en valor importante por razón de la aplicación de la figura de la compensación, que no invocó como excepción al dar respuesta a la demanda.

Posiblemente con la intención de superar la dificultad que podría traer consigo el ejercicio de los derechos para la parte demandante, en su libelo introductorio recurrió a la estimación jurada del valor que hace objeto de sus pretensiones en los términos de la información que refleja el siguiente cuadro:

Factura	Fecha de emisión	Fecha de vencimiento	Valor Facturado	Valor adeudado por capital
2917095592	20/06/2014	02/07/2014	\$ 522.667.499	\$ 295.441.160
2917398456	25/07/2014	04/08/2014	\$ 422.477.807	\$ 422.477.807
2917730062	25/07/2014	09/09/2014	\$ 521.700.951	\$ 521.700.951
2917940353	17/09/2014	30/09/2014	\$ 517.043.168	\$ 517.043.168
2918263911	21/10/2014	20/11/2014	\$ 508.019.929	\$508.019.929
Total			\$ 2.492.130.861	\$2.264.383.015

En el escrito de contestación de demanda, **BMA** estructuró un capítulo especial que denominó "Objeción de la cuantía estimada bajo juramento respecto de los perjuicios", la cual carece de la especificación razonada de la inexactitud que adujo para el efecto, lo que dio lugar a que no fuera considerada ni decretadas las pruebas relacionadas con dicho trámite, como consta en el Acta No. 4 correspondiente a la audiencia del 14 de abril de 2015.³⁰

Los dichos de la demanda en materia de estimación de los valores reclamados se corroboran con los dictámenes periciales de las firmas Crowe Horwath y Deloitte, documentos que en su contenido y análisis son completos, claros y detallados, con consideraciones sobre aspectos fundamentales congruentes en términos generales, que aportan verosimilitud si se analizan individualmente y en conjunto; no solo por eso, sino también porque guardan coherencia con las conclusiones y con el conjunto probatorio, generan certidumbre y constituyen plena prueba de conformidad con los artículos 237 y 241 del Código de Procedimiento Civil. Importa advertir que el dictamen pericial a cargo de Crowe Horwath, cuyos honorarios fueron cancelados por las partes, es el resultado del decreto oficioso de la prueba que efectuara el Tribunal, razón por la cual su valoración probatoria es procedente.

Lo anterior surge de considerar que uno y otro trabajo se ocuparon de la revisión contable de las cuentas para efectos de su determinación encontrando que:

³⁰Folios 90 a 101 del Cuaderno Principal – Tomo I

Los dos informes coinciden al sostener que tuvieron al alcance la contabilidad de **PROACTIVA** y, parcialmente, la de **BMA**. Crowe Horwath echó de menos la información contable de los años 2010 y 2011, la cual no fue suministrada por la demandada. Por su parte, Deloitte observó que *“De acuerdo con los Dictámenes del Revisor Fiscal de BMA del 2012 al 2014 y las Notas a los Estados Financieros del 2010 al 2014, se evidenció que durante los periodos sujetos a revisión BMA sobreestimó sus activos con el fin de no causar gastos correspondientes al periodo reduciendo la pérdida del ejercicio y evitando incurrir en causal de disolución; registró ingresos que no podían ser reconocidos por ser demandas activas en contra del Municipio y no reveló la información en las notas a los estados financieros de cuentas materiales, necesaria para el entendimiento y conclusión y razonabilidad de la situación financiera de BMA”*

Sin embargo, para este proceso resulta irrelevante remitirse para su aplicación a los artículos 271 del Código de Procedimiento Civil, 68 y 70 del Código de Comercio, para determinar el impacto probatorio negativo que pudiere surgir de las observaciones de los peritos sobre la contabilidad de **BMA**, porque la información que Crowe Horwath tilda de ausente, se relaciona con hechos ocurridos en el año 2010, muy anteriores a los periodos objeto de facturación entre los meses de mayo y octubre de 2014; al tiempo que los hechos relatados por Deloitte son tomados de notas de la revisoría fiscal de la parte demandada con respecto a un eventual manejo contable movido por el supuesto propósito de enervar causales de disolución, sin que en el expediente aparezca demostrado que este último tema tenga alguna incidencia directa, al menos indirecta, sobre las facturas de venta números 2918263911, 2917940353, 2917730062, 2917398456, 2917095592.

Pero iguales referencias de los peritos no aparecen hechas para las épocas de causación de las obligaciones que dieron lugar a la expedición de las facturas números 2918263911, 2917940353, 2917730062, 2917398456, 2917095592, razón por la cual es lo importante ahora detenerse a estudiar si el valor estimado por la demandante tiene coincidencia con los ejercicios financieros efectuados por Crowe Horwath y Deloitte:

Sobre la determinación del valor de los capitales de las mencionadas facturas hay similitudes entre los dos dictámenes periciales, pero para el Tribunal es de recibo apoyarse en el de la firma Deloitte por cuanto se detuvo en el cálculo de los capitales adeudados por **BMA** y acompaña de la liquidación de intereses de mora con un corte más próximo a la fecha del presente laudo.

Por tanto, en el cuadro siguiente se relacionan, por factura, con fecha de expedición anterior a la de la formulación de la demanda, sus valores por capital e intereses de mora con corte al 31 de agosto de 2015:

FACTURA	VALOR FACTURADO	VALOR ADEUDADO POR CAPITAL	FECHA VENCIMIENTO FACTURA	INTERESES CAUSADOS AL	DIAS DE MORA	TASA DE INTERES	VALOR POR INTERESES	VALOR CAPITAL + INTERESES
2917095592	\$ 522.667.499	\$ 252.824.241	02/07/2014	31/08/2015	425	0,05%	\$ 53.509.679,06	\$ 306.333.920,00
2917398456	\$ 422.477.808	\$ 422.477.808	04/08/2014	31/08/2015	392	0,05%	\$ 82.473.546,80	\$ 504.951.354,42
2917730062	\$ 521.700.951	\$ 521.700.951	09/09/2014	31/08/2015	356	0,05%	\$ 92.490.330,39	\$ 614.191.281,78
2917940353	\$ 517.043.169	\$ 517.043.169	30/09/2014	31/08/2015	335	0,05%	\$ 85.048.714,03	\$ 602.091.882,94
2918263911	\$ 508.019.929	\$ 508.019.929	20/11/2014	31/08/2015	284	0,05%	\$ 70.842.720,22	\$ 578.862.648,93
TOTAL	\$2.606.431.088,07							

BMA argumentó la extinción de tales prestaciones por efecto de la compensación de la que se sirve sin fundamento, si se tiene en cuenta que para hacerla obrar como tal tomó obligaciones anteriores ya canceladas y, al considerar que había pagos en exceso, estableció unos excedentes a su favor y mantuvo ese ejercicio en el tiempo para generar saldos a cargo de PROACTIVA. Con esta base inaceptable para el Tribunal, unilateralmente y como resultado de cruces de cuentas concluyó que inclusive había extinguido obligaciones de próxima causación.

Las precisiones realizadas hasta el momento dejan sin piso los planteamientos que en la modalidad de defensa simple realizó la parte demandada al dar contestación a la demanda, los mismos sobre los cuales versan sus alegatos de conclusión. En consecuencia, se impone acoger parte importante de las pretensiones declarativas y de condena a que se contrae el cuadro siguiente, aclarando que las sumas de dinero están comprendidas dentro de las solicitudes de la parte demandante cuando en su libelo manifestó perseguir declaraciones y condenas por las sumas dinero que se demuestren en el proceso:

FACTURA	VALOR FACTURADO	VALOR ADEUDADO POR CAPITAL	FECHA VENCIMIENTO TO FACTURA	INTERESES CAUSADOS AL	DIAS DE MOR A	TASA DE INTERES	VALOR POR INTERESES	VALOR CAPITAL + INTERESES
2917095592	\$ 522.667.499	\$ 252.824.241	02/07/2014	31/08/2015	425	0,05%	\$ 53.509.679,06	\$ 306.333.920,00
2917398456	\$ 422.477.808	\$ 422.477.808	04/08/2014	31/08/2015	392	0,05%	\$ 82.473.546,80	\$ 504.951.354,42
2917730062	\$ 521.700.951	\$ 521.700.951	09/09/2014	31/08/2015	356	0,05%	\$ 92.490.330,39	\$ 614.191.281,78
2917940353	\$ 517.043.169	\$ 517.043.169	30/09/2014	31/08/2015	335	0,05%	\$ 85.048.714,03	\$ 602.091.882,94
2918263911	\$ 508.019.929	\$ 508.019.929	20/11/2014	31/08/2015	284	0,05%	\$ 70.842.720,22	\$ 578.862.648,93
TOTAL								\$2.606.431.088,07

Las reclamaciones de la demanda que versan sobre obligaciones de futura causación, esto es, aquellas posteriores a la presentación de la demanda, las cuales aparecen relacionadas en el capítulo de pretensiones declarativas bajo el numeral segundo y que en el esquema de las mismas no debieron haber sido formuladas, se negarán por las razones que a continuación se indican:

La demanda debe contener la relación de los hechos, considerados como los antecedentes constitutivos de la causa petendi que sirvan de fundamento a las pretensiones deprecadas en contra del sujeto pasivo de la acción. Es por esto que por disposición del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, la indicación de ellos debe ser determinada y clasificada, de manera que ilustren suficientemente sobre las razones que motivan las inconformidades del actor.

En el libelo que introdujo el presente proceso se lee que con el cumplimiento de tales requisitos se hace la descripción de las obligaciones objeto de las reclamaciones de orden económico con relación a las facturas de venta números 2918263911, 2917940353, 2917730062, 2917398456, 2917095592, al mismo tiempo relacionadas como prueba documental que efectivamente se aportó. Así, al Tribunal se le entregaron los elementos de juicio a la luz de los supuestos de hecho narrados, para que ninguna duda existiere sobre las obligaciones objeto de reclamo, su monto, fecha de exigibilidad y saldos pendientes de pago, de conformidad con las citadas facturas de venta, necesarias para el cobro de las prestaciones que emanan de la cláusula tercera del Subcontrato, el mismo que por virtud de su cláusula quinta prevé un trámite que hace indispensable la

presentación de los correspondientes títulos ante BMA para su visto bueno y posterior cancelación del importe facturado.

Se quiere significar que el Subcontrato, aunque es la fuente de las obligaciones y derechos de las partes, no es por sí solo el instrumento para documentar las cuentas de cobro por concepto de la contraprestación a favor de **PROACTIVA**, pues su voluntad coincidió con la de **BMA** en someter a un trámite el proceso de pago mediante la radicación inicial de las facturas expedidas para representar las correspondientes prestaciones.

Viene de lo expuesto que si a la fecha de la demanda era previsible que en el curso del proceso se continuaran generando facturas de venta, la ausencia de las mismas a esa fecha hace indeterminada la obligación de acuerdo con la mencionada cláusula quinta del Subcontrato, que a letra dice:

“El valor del presente contrato se pagará, previa presentación de la respectiva factura, con el visto bueno del SUBCONTRATANTE, dentro de los primeros veinte días de cada mes. La factura será cancelada directamente al SUBCONTRATISTA por parte de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.”³¹

Y es más. Siempre que se emitan títulos bajo la denominación de facturas de venta resulta forzosa la aplicación de la Ley 1231 de 2008, por medio de la cual se establecen los requisitos que deben contener y señala el procedimiento que corresponde a su trámite en procura del pago de las obligaciones que representan. Algunas de las disposiciones se detienen a regular el tema de la presentación de tales documentos ante el deudor, a quien le asigna el derecho de rechazarlos dentro de plazos perentorios; so pena de que se entiendan aceptados.

Como es fácil deducir, las facturas de venta están llamadas por ley y por la estipulación de las partes a surtir todo un trámite para su pago, del cual pueden derivarse efectos distintos, situación a la que no podría adelantarse el Tribunal mediante el análisis de las pretensiones de la demanda que versan sobre prestaciones de futura causación.

Son esas las razones que motivarán la decisión de denegar las pretensiones de la demanda que versan sobre el reconocimiento y pago de sumas de dinero que se hubiesen causado después de la presentación del mencionado libelo.

Ahora bien, tratándose de una acción de incumplimiento del Subcontrato en lo que respecta al pago de la contraprestación económica causada a la fecha de la demanda en favor de **PROACTIVA**, y encontrándose configurados los presupuestos que la estructuran, como son la existencia de un contrato válidamente celebrado, su incumplimiento por una de las partes en detrimento de los derechos de la otra cumplida o que se hubiese allanado a cumplir, están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, que el Tribunal acogerá de la manera como se resume a continuación:

Entre la totalidad de los documentos aportados legal y oportunamente al proceso por las dos partes, que el Tribunal ha ponderado uno a uno y en conjunto, no obra ninguno que

³¹Folio 131 del Cuaderno No. 2 – Pruebas I

sustente la defensa de la demandada. Por eso y por las razones expuestas a lo largo del presente Laudo, prosperarán en los términos de la parte resolutive las pretensiones declarativas Primera, Tercera, Cuarta y Quinta; las pretensiones de condena Segunda, Tercera y Cuarta; denegará las súplicas declarativa y de condena distinguidas en su orden con los numerales Segundo y Primero; condenará a **BMA** a pagar las costas del proceso por ser la parte vencida de conformidad con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, y hará los demás pronunciamientos complementarios.

Sobre costas, el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“ARTÍCULO 392. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:1. Se condenará en costas ala parte vencida en el proceso,o a quien se le resuelva desfavorablemente elrecurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. [...]. 3. La condena se hará en la sentencia [...]. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. [...].6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. [...].9. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Las costas se encuentran compuestas por las expensas, que son aquellos gastos judiciales en que las partes incurrieron por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso” (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico costas.

Por consiguiente, a continuación se procede a liquidar las costas que deberán ser pagadas por **BMA** a favor de **PROACTIVA**, incluyendo no sólo el valor de los gastos en que incurrió ésta durante el desarrollo del proceso, sino también el de las correspondientes agencias en derecho, las cuales serán fijadas en lo correspondiente a los honorarios de uno de los árbitros que integra el presente Tribunal, es decir, en la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL, SESENTA Y UNO PESOS (\$34.974.061.oo.). Dicho valor se señala teniendo en la cuenta la cuantía del proceso, la duración del mismo y el número de actuaciones surtidas.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas a cargo de la parte demandada, así:

Honorarios de los árbitros, incluido IVA	\$ 60.854.866.oo
Honorarios de la Secretaria	\$ 8.743.515.oo
Gastos de Administración del Centro de Arbitraje, incluido IVA	\$ 10.142.477.oo
Gastos de Funcionamiento utilizados	\$ 130.000.oo
Honorarios del perito Crowe Horwath S.A CO, incluido IVA	\$ 23.200.000.oo
Agencias en derecho	\$ 34.974.061.oo
TOTAL:	\$ 138.044.919.oo

El valor total de las costas corresponde a **CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$138.044.919.00)**

No se incluye en la anterior liquidación de costas el valor acreditado por la parte actora como remuneración a Deloitte Asesores y Consultores Ltda. por su informe técnico rendido para este proceso, por no autorizarlo el artículo 31 del Estatuto Arbitral, el cual en tema de honorarios periciales considera los que corresponde decretar al Tribunal.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Gastos de Funcionamiento", se ordenará su devolución, si a ello hubiera lugar.

Respecto de las medidas cautelares decretadas y practicadas dentro del proceso, las cuales recaen sobre recursos líquidos sometidos a la administración de la sociedad FIDUCIARIA CENTRAL S. A., el Tribunal las mantendrá vigentes durante un plazo de tres (3) meses contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria de este Laudo, para la efectividad de los derechos objeto de litigio, para impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños y asegurar las condenas que se impartirán, de conformidad con el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 en concordancia con el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente se ordenará oficiar a la Fiduciaria Central S. A. o a quien corresponda, advirtiéndole que durante del término de tres (3) meses contado a partir del día siguiente al de la ejecutoria de este Laudo, debe mantener vigente la medida cautelar para permitir que la demandante **PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P.** haga efectivos sus derechos de acreedor conforme lo resuelto por este Tribunal.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, este Tribunal:

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR que **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.** incumplió obligaciones de pago a su cargo, establecidas en el Subcontrato suscrito el 15 de septiembre de 2010 con la sociedad **PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P.**

SEGUNDO.- DECLARAR que **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.** está obligada a pagar a **PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P.** los valores por capital e intereses de mora (liquidados al 31 de agosto de 2015) de las facturas de venta como se relacionan a continuación:

FACTURA	VALOR FACTURADO	VALOR ADEUDADO POR CAPITAL	FECHA VENCIMIENTO FACTURA	INTERESES CAUSADOS AL	DIAS DE MORA	TASA DE INTERES	VALOR POR INTERESES	VALOR CAPITAL + INTERESES
2917095592	\$ 522.667.499	\$ 252.824.241	02/07/2014	31/08/2015	425	0,05%	\$ 53.509.679,06	\$ 306.333.920,00
2917398456	\$ 422.477.808	\$ 422.477.808	04/08/2014	31/08/2015	392	0,05%	\$ 82.473.546,80	\$ 504.951.354,42
2917730062	\$ 521.700.951	\$ 521.700.951	09/09/2014	31/08/2015	356	0,05%	\$ 92.490.330,39	\$ 614.191.281,78
2917940353	\$ 517.043.169	\$ 517.043.169	30/09/2014	31/08/2015	335	0,05%	\$ 85.048.714,03	\$ 602.091.882,94
2918263911	\$ 508.019.929	\$ 508.019.929	20/11/2014	31/08/2015	284	0,05%	\$ 70.842.720,22	\$ 578.862.648,93
TOTAL	\$2.606.431.088,086							

TERCERO.- CONDENAR a **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A E.S.P.** al pago de las siguientes sumas de dinero

3.1 Por capital de las facturas de venta números 2918263911, 2917940353, 2917730062, 2917398456, 2917095592, visibles a los folios 144, 145, 146, 147 y 148 del Cuaderno No. 2 – Pruebas I, la suma total de **\$2.222.066.096,00**;

3.2 Por intereses de mora causados desde la exigibilidad de cada una de las anteriores facturas de venta y hasta el 31 de agosto de 2015, la suma total de **\$384.364.990,50**;

3.3 Por los intereses de mora causados a partir del 1º de septiembre de 2015 y hasta el día en que se produzca el pago total de la obligación, liquidada a la máxima tasa legal permitida, certificada por la Superintendencia Financiera para los créditos ordinarios o de libre asignación, sin exceder los límites legalmente establecidos.

Los pagos a que se contrae esta condena deberán ser realizados por **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A E.S.P.** dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Laudo.

CUARTO.- DENEGAR las pretensiones Declarativa Segunda y de Condena Primera de la demanda, por las razones expuestas en las consideraciones del presente Laudo.

QUINTO.- ORDENAR que para la efectividad de los derechos de **PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P.** por razón de las condenas impartidas anteriormente, las medidas cautelares decretadas dentro de este proceso arbitral contra **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A E.S.P.** conserven su vigencia durante un plazo de tres (3) meses contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria de este Laudo, de conformidad con el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 en concordancia con el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil. Que por secretaría se informe acerca de esta decisión a la sociedad **FIDUCIARIA CENTRAL S. A.** o a quien corresponda, remitiéndole para el efecto copia del presente Laudo.

ORDENAR, en consecuencia, que por secretaría se oficie a **Fiduciaria Central S. A.** o a quien corresponda, para advertirle que durante del término de tres (3) meses contado a partir del día siguiente al de la ejecutoria de este Laudo, debe mantener vigente la medida cautelar para permitir que la demandante **PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P.** haga efectivos sus derechos de acreedor conforme lo resuelto por este Tribunal y de acuerdo con lo previsto por la ley.

SEXTO.- ORDENAR el **DESGLOSE** de la póliza de seguros judiciales No. 21-41-101010793 de fecha 22 de abril de 2015, aportada al proceso por la demandante para ser devuelta a esa parte, junto con copia auténtica de este Laudo. Por la secretaría óbrese de conformidad y dando cumplimiento a las normas rectoras de la materia.

SÉPTIMO.- DECLARAR causado el saldo de los honorarios de los árbitros y de la secretaria, cuyo pago se ordena.

OCTAVO.- ORDENAR la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución a la parte o partes que correspondan de las sumas no utilizadas de la partida de "Gastos".

NOVENO.- SEÑALAR a cargo de la demandada **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.** la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SESENTA Y UN PESOS (\$34.974.061.00.)**, por concepto de agencias en derecho, que se incluye en el total de la condena por concepto general de costas del punto siguiente.

DÉCIMO.- CONDENAR a la demandada, sociedad **BUENAVENTURA MEDIO AMBIENTE S.A. E.S.P.**, a pagar las costas del proceso y, por lo mismo, se ordena el reembolso de su valor a la demandante **PROACTIVA DE SERVICIOS S.A. E.S.P** en la suma de **CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$138.044.919.00)** moneda corriente, incluidas las agencias en derecho del punto inmediatamente anterior, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este Laudo, correspondientes a la parte proporcional cancelada por la última de las nombradas por concepto de honorarios y gastos en general, según la cuantificación de los mismos del Acta de la audiencia celebrada el día 11 de marzo de 2015.

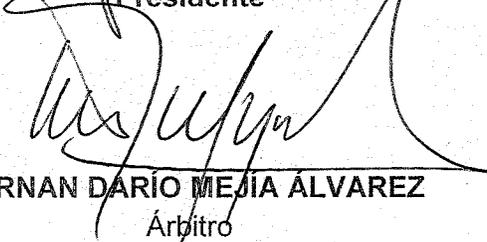
UNDÉCIMO.- Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo Arbitral con las constancias necesarias de ley con destino a cada una de las partes y copias simples para el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

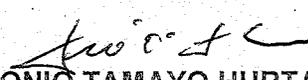
DÉCIMO SEGUNDO.- Disponer que en firme este Laudo Arbitral, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

Esta providencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JORGE ENRIQUE CRESPO BOTERO
Presidente


HERNAN DARIO MEJIA ALVAREZ
Árbitro


JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO
Árbitro