

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE**  
**EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P.**

**VS.**

**PROMOAMBIENTAL DISTRITO S.A.S. E.S.P.**

**LAUDO**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso.

**I. ANTECEDENTES Y ASPECTOS PROCESALES**

**1. LAS PARTES**

**1.1. PARTE CONVOCANTE**

Es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB, Empresa Industrial y Comercial del Distrito Capital, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, a quien corresponde el NIT.899.999.094-1, representada legalmente en el trámite por Juan Gabriel Durán Sánchez, quien ha comparecido al proceso por conducto de dicho representante legal y de apoderado judicial<sup>1</sup>. En lo sucesivo, este laudo se referirá a dicha parte, indistintamente, por su razón social, o como la Convocante, o simplemente como EAAB.

**1.2. PARTE CONVOCADA**

Es Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P., sociedad comercial del tipo de las simplificadas por acciones, prestadora de servicios públicos domiciliarios, legalmente constituida bajo las leyes colombianas por documento privado del nueve (9) de enero de dos mil dieciocho (2018), inscrito el once (11) de enero del mismo año, bajo el número 02292221 del Libro IX, con domicilio principal en Bogotá D.C., matrícula mercantil 02903075 y NIT. 901.145.808-5, representada legalmente por Tomás Salvador Mendoza Pardo y por su apoderado especial debidamente constituido.<sup>2</sup> En lo

---

<sup>1</sup> Como consta en el poder que obra en la carpeta CD PRINCIPAL No 1 DEMANDA E INSTALACIÓN VIRTUAL FOLIO de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>2</sup> Como consta en el acta de designación de árbitros del 17 de julio de 2020, que obra en la carpeta CD PRINCIPAL No 1 DEMANDA E INSTALACIÓN VIRTUAL FOLIO de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

sucesivo, este Laudo se referirá a esta parte, indistintamente, por su razón social, o como la o simplemente como Promoambiental.

## 2. EL PACTO ARBITRAL

Las partes de este proceso se encuentran vinculadas entre ellas por el "CONVENIO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ-EAAB E.S.P. Y PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP", suscrito el 21 de marzo de 2018, en adelante el Convenio<sup>3</sup>. En dicho Convenio las partes acordaron como mecanismo de solución de controversias el arbitral, en los términos plasmados en la siguiente cláusula compromisoria:

**"CLAUSULA DÉCIMO SEPTIMA (sic). - Arbitramento:** *Cualquier Diferencia o Controversia que se presente entre las partes con relación a la celebración, ejecución o interpretación del presente convenio o de las obligaciones derivadas del mismo, y que las partes no puedan resolver de común acuerdo o por vía de conciliación, serán sometidas a Tribunal de Arbitramento que será designado del listado que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal se sujetará a lo dispuesto por el Artículo 8 de la Ley 1563 de 2012, de acuerdo con las reglas: 1. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros si se trata de asunto de mayor cuantía, designados por mutuo acuerdo entre ellas o, en su defecto por sorteo; 2. El tribunal estará integrado por un (1) árbitro si se trata de mínima o menor cuantía, designado por mutuo acuerdo entre las partes o, en su defecto, por sorteo; 3. La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; 4. El tribunal decidirá en Derecho; 5. El tribunal funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; y 6. Los costos que implique el tribunal serán a cargo de la parte vencida."*

## 3. EL TRÁMITE ARBITRAL

El treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020) la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB E.S.P. formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral en contra de Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P., para reclamar las pretensiones en ella contenidas, que obran en las páginas 7 a 9 de la demanda<sup>4</sup>.

Los árbitros del presente trámite fueron escogidos por sorteo realizado el veintitrés (23) de julio siguiente<sup>5</sup>, ante la ausencia de acuerdo entre las partes para ello; en consecuencia, el Tribunal fue debidamente integrado dando cumplimiento a las reglas previstas en la Ley y el Pacto Arbitral.

---

<sup>3</sup> Contenido en el archivo "CONVENIO FINAL PROMOAMBIENTAL.pdf" que obra en el CD PRUEBAS No 1 PBS VIRTUALES APORTADAS CON LA DEMANDA INICIA FOLIO 1 de la carpeta de 02. Pruebas del expediente digital.

<sup>4</sup> Como aparece en el archivo correspondiente a la demanda contenido en la carpeta CD PRINCIPAL No 1 DEMANDA E INSTALACIÓN VIRTUAL FOLIO de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>5</sup> Como aparece en el archivo correspondiente a la etapa 01 de designación de árbitros contenido en la carpeta CD PRINCIPAL No 1 DEMANDA E INSTALACIÓN VIRTUAL FOLIO de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia realizada el dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020) (Acta número 1)<sup>6</sup>, en la cual se designó al Presidente y a la Secretaria y se reconoció personería a los apoderados de las partes, entre otras decisiones de impulso procesal. A esa audiencia compareció por parte del Ministerio Público, Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi, Procurador 51° Judicial II Conciliación Administrativa Bogotá. En esa oportunidad se inadmitió la demanda presentada por la parte convocante disponiendo su correspondiente subsanación.

Dicha demanda fue subsanada el veinticuatro (24) de agosto siguiente atendiendo la orden impartida por el Tribunal<sup>7</sup>. En consideración a que los defectos señalados por el Tribunal fueron corregidos, la demanda se admitió mediante auto número 2 del tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020) (Acta número 2)<sup>8</sup> y de la misma se corrió traslado a Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P.

La Convocada fue notificada del auto admisorio de la demanda en los términos previstos en el párrafo final del inciso 2° del artículo 301 del Código General del Proceso. También se notificó de esta decisión al agente del Ministerio Público designado para el trámite<sup>9</sup>.

Cumplido lo anterior, la árbitro Inés Galvis Santofimio renunció a su cargo<sup>10</sup> y fue reemplazada por el árbitro Mauricio Chaves Farias<sup>11</sup>, dando cumplimiento a las prescripciones legales para el efecto, por lo que el Tribunal se reintegró en audiencia celebrada el veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020) (Acta número 3)<sup>12</sup>.

El dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020), dentro del término de traslado, Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P. contestó la demanda arbitral, con formulación de excepciones de mérito y sin objetar el juramento estimatorio<sup>13</sup>. El traslado de tales medios defensivos se surtió según lo previsto en el artículo 9° del Decreto 806 de 2020 y venció en silencio. Por lo anterior, se citó a las partes a audiencia de conciliación para el diecisiete (17) de noviembre siguiente (Acta número 4)<sup>14</sup>.

---

<sup>6</sup> Como aparece en el archivo correspondiente al Acta de Instalación contenido en la carpeta CD PRINCIPAL No 1 DEMANDA E INSTALACIÓN VIRTUAL FOLIO de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>7</sup> Folios 36 a 41 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>8</sup> Folios 51 a 52 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>9</sup> Folios 55 a 56 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>10</sup> Folio 57 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>11</sup> Folios 66 a 71 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>12</sup> Folios 106 a 107 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>13</sup> Folios 109 a 123 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>14</sup> Folios 124 a 125 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

En esa oportunidad no fue posible agotar esa etapa dado que la Convocante presentó una solicitud de nulidad del proceso<sup>15</sup>, a la cual se dio el trámite consagrado en la Ley (Acta número 5)<sup>16</sup>. Tal petición fue posteriormente desistida, razón por la cual se convocó a las partes nuevamente a audiencia de conciliación para el diecinueve (19) de enero de dos mil veintiuno (2021) (Acta número 6)<sup>17</sup>, que fue pospuesta, a raíz de una petición de las partes, hasta el doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021) (Acta número 7)<sup>18</sup>.

En la fecha antes indicada, el Tribunal instó a las partes a conciliar las diferencias objeto del trámite arbitral y estas debatieron ampliamente sus visiones. Después de un intercambio de opiniones las partes decidieron libremente no conciliar, con lo cual, quedó agotada la audiencia de conciliación, sin que las partes hubieran llegado a acuerdo alguno. En dicho sentido, esta etapa se declaró fracasada, procediendo el Tribunal a fijar las sumas correspondientes a honorarios de los Árbitros, de la Secretaria, las partidas de administración en favor del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y otros gastos procesales (Acta número 8)<sup>19</sup>. Las dos partes pagaron dentro de los términos dispuestos por la Ley.

En audiencia celebrada el once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021) el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes, sometidas a consideración del Tribunal Arbitral en la demanda y su respectiva contestación (Acta número 9)<sup>20</sup>. Ejecutoriado el auto por el cual se asumió competencia, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha para practicar algunas de ellas. En esa misma oportunidad se realizó por parte del Tribunal control de legalidad de la actuación, sin advertir vicio alguno que diera lugar a saneamiento, y ello fue reconocido por las partes.

En audiencia del siete (7) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal, después de haber practicado todas las pruebas decretadas, como se detalla más adelante, de haber surtido todos los traslados de ley, de haber sometido a contradicción todas las pruebas y de haber verificado que no existiera vicio, ni irregularidad alguna, declaró cerrada la etapa probatoria, y se determinó fecha para que se rindieran las alegaciones de las partes y se presentara el concepto del señor Procurador (Acta número 13)<sup>21</sup>. En esa audiencia, nuevamente el Tribunal adelantó control de

---

<sup>15</sup> Folios 127 a 129 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>16</sup> Folios 1 a 7 del Cuaderno Principal número 1 Complemento contenidos en el archivo "05.122965 PRINCIPAL No 1 COMPLEMENTO FOLIOS 1 - 7.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>17</sup> Folios 133 a 134 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>18</sup> Folios 144 a 145 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>19</sup> Folios 147 a 151 del Cuaderno Principal número 1 contenidos en el archivo "04.122965 PRINCIPAL No 1 FOLIOS 36 - 152.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>20</sup> Folios 1 a 8 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>21</sup> Folios 3 a 5 del Cuaderno Principal número 3 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 3 FOLIOS 1 -105.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

legalidad de la actuación sin que fuera necesario decretar ninguna medida para el saneamiento del proceso, lo que fue aceptado sin reparo alguno por los intervinientes del trámite.

Con ocasión de lo anterior, los apoderados de las partes en audiencia del quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021), expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron resúmenes escritos. En la misma oportunidad, el señor agente del Ministerio Público rindió su concepto sobre el trámite (Acta número 14)<sup>22</sup>. Por última vez antes de proferir el presente fallo, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 132 del Código General del Proceso, el Tribunal realizó el control de legalidad del trámite sin que se hubiera advertido vicio alguno o circunstancias que invalidaran el trámite, frente a lo cual, las partes y el representante del Ministerio Público manifestaron estar de acuerdo con la actuación surtida y, en consecuencia, no presentaron ninguna objeción.

En esa misma oportunidad el Tribunal señaló el veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021) como fecha para realizar la audiencia de fallo.

#### **4. LA DEMANDA ARBITRAL Y SU CONTESTACIÓN, -EXCEPCIONES FORMULADAS-**

Con su demanda, la Convocante planteó las siguientes pretensiones:

*"1. Se declare que el Convenio PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO suscrito ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO y ALCANTARILLADO DE BOGOTA- EAAB E.S.P. Y PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP es un negocio jurídico lícito y exento de vicios.*

*2. Se declare que PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP incumplió de manera grave y definitiva el convenio suscrito con la EAAB ESP al terminarlo de manera unilateral, abrupta y sin facultades para hacerlo.*

*2.1. Subsidiaria de la pretensión 2. (segunda): Se declare la ineficacia de la terminación unilateral del convenio por parte de PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP.*

*3. Como consecuencia de la anterior declaración se condene a PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP a pagar a la EAAB ESP la cláusula penal pecuniaria pactada por incumplimiento del contrato en la cláusula DECIMO QUINTA equivalente al 10 por ciento del valor del convenio y el parágrafo de la cláusula mencionada, es decir el 10 por ciento del valor facturado durante los últimos doce meses de facturación, valor que liquidado corresponde a la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$ 260.199.329 ) M/cte.*

---

<sup>22</sup> Folios 7 a 104 del Cuaderno Principal número 3 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 3 FOLIOS 1 -105.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

4. Se declare que *PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP* incumplió el convenio suscrito con la *EAAB ESP* al no pagar a la *EAAB* sino hasta el 5 de septiembre de 2019 las facturas correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2018 y los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019.

5. Se declare que *PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP*. incumplió el convenio suscrito con la *EAAB ESP* al no pagar la factura a favor de la *EAAB ESP* correspondiente al mes de octubre de 2019 con fecha de exigibilidad del 9/01/2020 pese a que la misma fue expedida por la *EAAB ESP* y recibida, validada y aprobada por *PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP*. quebrantando el convenio de facturación conjunta suscrito respecto al pago de los usuarios facturados y servicios prestados durante esa vigencia mensual conforme a las obligaciones del convenio y del otro si suscrito entre las partes.

6. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a *PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP*. a pagar la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA (\$338490) correspondiente al capital más el IVA facturado en esa mensualidad conforme se detalla en el cuadro anexo.

7. Que como consecuencia de la declaración solicitada se condene a pagar los intereses de mora sobre el capital calculados desde la fecha exigibilidad hasta la fecha de presentación de la demanda que ascienden a la suma de TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN PESOS M.CTE (\$39621) liquidados según se detalla en el cuadro anexo.

8. Se declare que *PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP*. incumplió el convenio suscrito con la *EAAB ESP* al no pagar la factura a favor de la *EAAB ESP* correspondiente al mes de febrero de 2020 con fecha de exigibilidad del 26/03/2020 pese a que la misma fue expedida por la *EAAB ESP* y recibida, validada y aprobada por *PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP* quebrantando el convenio de facturación conjunta suscrito respecto al pago de los usuarios facturados y servicios prestados durante esa vigencia mensual conforme a las obligaciones del convenio y del otro si suscrito entre las partes.

9. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a *PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP*. a pagar la siguiente suma de QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$573.674) correspondiente al capital más el IVA facturado en esa mensualidad conforme se detalla en el cuadro anexo de liquidación.

10. Que como consecuencia de la declaración solicitada se condene a pagar los intereses de mora sobre el capital calculados desde la fecha exigibilidad hasta la fecha de presentación de la demanda que ascienden a la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS M.CTE (\$8409,00) liquidados según se detalla en el cuadro anexo y en la factura correspondiente.

11. Así mismo y como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones 4ª, 5ª, y 8ª se condene a PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP a pagar a la EAAB ESP la cláusula penal de apremio pactada por incumplimiento de las obligaciones del contrato en la cláusula DECIMO CUARTA equivalente al 10 por ciento del valor del convenio y el parágrafo de la cláusula mencionada, es decir el 10 por ciento del valor facturado durante los últimos doce meses de facturación, valor que liquidado corresponde a la suma DOSCIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$ 260.199.329 ) M/cte.

12. Se declare la resolución del CONVENIO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO suscrito ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA- EAB E.S.P. Y PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP por los incumplimientos en los que incurrió el demandado y que fueron tipificados por las partes como casual de terminación anticipada y por el incumplimiento definitivo por parte de PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP conforme al artículo 1546 del Código Civil al terminarlo de manera unilateral, abrupta, sin facultades para hacerlo y por el incumplimiento de sus obligaciones conforme a la Cláusula SEXTA del Otrosí No. 1 que modificó la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA DEL CONVENIO "TERMINACIÓN".

13. Que se condene a la demandada, conforme a la cláusula DECIMO CUARTA del convenio, al pago de los demás perjuicios que le causó a la EAAB ESP por el incumplimiento definitivo y por el incumplimiento de sus obligaciones por parte de PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP, constituidos por la utilidad estimada para la EAAB ESP que dejó de percibir desde que dejó de facturar y/o recibir por la terminación o pretendida terminación unilateral hasta la fecha de terminación pactada del convenio que corresponde a la suma de DOS MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$2214165364)

14. Que se condene a PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP., a reconocer y pagar a favor de la EAAB E.S.P., las actualizaciones y/o los intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la presentación de la presente demanda

15. Que se condene a la demandada PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP al pago de los intereses moratorios sobre las pretensiones a las que acceda y condene el tribunal, a partir de la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo y total de la condena a la tasa máxima de interés moratoria en atención a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.

16. Que se condene a la demandada al pago de las costas del proceso."

En el escrito subsanatorio de la demanda, la Convocante precisó lo siguiente en relación con sus pretensiones:

*"1.1. La frase "anterior declaración" contenida en la pretensión 3, se refiere específicamente tanto a la pretensión 2 como a la pretensión 2.1. subsidiaria de la 2.*

*1.2. Aclaro la fecha en números contenida en la pretensión 5, la que corresponde a: "con fecha de exigibilidad del 9/01/2020" atañe al 9 de enero de 2020."*

Al contestar la demanda, la Convocada admitió algunos de los hechos de la demanda (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23 -parcialmente-, 25, 26 y 27), respecto de otros manifestó que no le constaban o que se atenía a lo probado (16, 17, 24, 28, 29, 30 y 31) y, en un caso (10), negó la afirmación de la Convocante. Asimismo, solicitó al Tribunal no conceder las pretensiones 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Demanda. Como excepciones de mérito, formuló las siguientes:

*"1. Indebida acumulación de pretensiones", que subdividió en tres numerales, así: "1.1. Pretensión de resolución del convenio v.s. las pretensiones derivadas de una supuesta terminación unilateral injustificada del mismo"; "1.2. Cláusula penal v.s. indemnización de perjuicios" y "1.3. Peticiones de reconocimiento de intereses moratorios y aplicación simultánea de cláusula penal de apremio";*

*"2. Ausencia de responsabilidad del "solicitante" por encontrarse en ejercicio de un derecho",*  
y

*"3. Cobro de lo no debido".*

De lo planteado por las partes en uno y otro escrito se concluye que la controversia materia del presente trámite arbitral y cuya resolución fue encomendada a este panel gira en torno a la validez, interpretación, aplicabilidad, la obligatoriedad, efectos jurídicos y cumplimiento de algunas de las disposiciones contractuales contenidas en el Convenio y el Otrosí No. 1 suscritos por las partes.

Con ocasión de las referidas discrepancias, cada adversario solicita al Tribunal Arbitral, que se otorguen los efectos jurídicos derivados de sus posturas, entre ellos la declaratoria de incumplimiento de Convenio y Otrosí número 1, el pago de la cláusula penal, pago de la cláusula penal de apremio, pago de intereses de mora, excepción de Indebida acumulación de pretensiones, ausencia de responsabilidad del "solicitante" por encontrarse en ejercicio de un derecho y cobro de lo no debido.

Adicionalmente a lo expresado en el párrafo anterior, la disputa radica en establecer la existencia o no de incumplimiento de una de las partes en la ejecución del Convenio del 21 de marzo de 2018, y el Otrosí No. 1 del 24 de agosto de 2018, y, sumado a ello, la pertinencia del cobro por parte de la EAAB a Promoambiental de perjuicios e Intereses moratorios.

Finalmente, debe entrar a analizar el Tribunal, la procedencia de la aplicación de la Resolución CRA 151 de 2001 y la Resolución CRA 720 de 2015, para efectos de calcular el valor de lo que en el laudo se reconozca.

Conforme la naturaleza jurídica tanto de las partes como de la convención sub índice, se deberá partir de un análisis detallado del Convenio y el Otrosí No. 1, bajo los parámetros normativos de la Ley 142 de 1994 y posteriores reglamentaciones. En ese mismo sentido, será pertinente indagar por el contenido y alcance del Convenio y su Otro Sí No. 1, junto con sus elementos, el comportamiento de las partes en la ejecución del mismo, además del esquema de riesgos asumido por las partes, en el negocio jurídico que se ventila.

## **5. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS**

Ejecutoriado el auto por el cual se asumió competencia, mediante auto número 11, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes<sup>23</sup>, así:

### **5.1. PRUEBAS DOCUMENTALES**

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley.

### **5.2. TESTIMONIOS**

Se decretaron los testimonios solicitados por las partes y se practicaron los de las siguientes personas, cuyas intervenciones fueron grabadas y se incorporaron al expediente en su versión digital: Rosalba Huérfano Piñeros<sup>24</sup> y Angélica Arenas<sup>25</sup>. Las partes desistieron de la declaración de los testigos Julio Cesar Pinzón Reyes y de Claudia Cárdenas Contreras<sup>26</sup>. Dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal.

### **5.3. INTERROGATORIO DE PARTE**

El representante legal de la Convocada absolvió el interrogatorio que le formuló la contraparte<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Acta número 9, folios 1 a 8 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>24</sup> Acta número 10, folios 11 a 15 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>25</sup> Acta número 11, folios 16 a 18 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>26</sup> Aceptado por Auto número 16, según aparece en el Acta número 10, folios 11 a 15 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

<sup>27</sup> Acta número 10, folios 11 a 15 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

#### 5.4. PRUEBA POR INFORME

Se decretó que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y Enel Codensa rindieran el informe que fue requerido por la Convocada, para lo cual se libraron y tramitaron los Oficios #001-2021 y #002-2021, que obtuvieron respuesta de parte de ambas entidades<sup>28</sup>, las cuales se pusieron en conocimiento de los intervinientes del trámite<sup>29</sup>.

#### 6. LA DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite "*al cual se adicionarán los días de suspensión*"- e "*interrupción por causas legales*"-, sin superar la solicitada de consuno por las partes de un "*tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días*".

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Gobierno Nacional, dentro de las medidas tomadas para afrontar la situación que afecta al país por causa del COVID-19 y con el fin de "*garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas (...)*", expidió el Decreto 491 del veintiocho (28) de marzo de dos mil veinte (2020), cuyo artículo 10 (inciso 5º) dispone: "*En el arbitraje, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 será de ocho (8) meses; y el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días. Los tribunales arbitrales no podrán suspender las actuaciones ni los procesos, a menos que exista imposibilidad técnica de adelantarlos por los medios electrónicos o virtuales señalados y una de las partes lo proponga*".

Por tal razón, mediante el numeral segundo del Auto número 10 del once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021), en el curso de la primera audiencia de trámite, con arreglo a esa norma el Tribunal dispuso que "*el término inicial del presente proceso será de ocho (8) meses desde la finalización de esta primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones e interrupciones que se puedan presentar, según lo dispuesto en la Ley.*"

Así las cosas, el computo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021), por lo cual dicho plazo vencería el once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Sin embargo, por solicitud de las partes el proceso estuvo suspendido del ocho (8) de mayo de dos mil veintiuno (2021) al catorce (14) de junio de dos

---

<sup>28</sup> Folios 1 a 24 del Cuaderno de Pruebas número 2, que obra en el archivo "05. 112965 PRUEBAS 2 OFICIOS CAR Y ENEL CODENSA FOLIO 1- 24" de la carpeta 02. PRUEBAS del expediente digital.

<sup>29</sup> Auto número 15, que consta en el Acta número 10, folios 11 a 15 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital y Auto número 17 que consta en el Acta número 11, folios 16 a 18 del Cuaderno Principal número 2 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 2 FOLIOS 1 - 19.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

mil veintiuno (2021), ambas fechas incluidas<sup>30</sup>, de esta forma, el término del Tribunal fue adicionado en veintitrés (23) días hábiles, que sumados a los del término de ley, llevan a concluir que este vencería el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

En los controles de legalidad de la actuación que el Tribunal adelantó, no hubo reparos de las partes respecto del cálculo del término del proceso y hasta la fecha en que se profiere esta providencia ninguna de las partes señaló que el término del Tribunal hubiese vencido.

Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

---

<sup>30</sup> Auto número 20, que consta en el Acta número 13, folios 3 a 5 del Cuaderno Principal número 3 contenidos en el archivo "01.122965 PRINCIPAL No 3 FOLIOS 1 - 105.PDF" de la carpeta 01. Principal del expediente digital.

## II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### 1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los "presupuestos procesales"<sup>31</sup>, es decir, "las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa"<sup>32</sup>, se encuentran satisfechos en el presente trámite. Como fue indicado en los antecedentes de esta providencia, las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por medio de sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, facultad dispositiva y, en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral<sup>33</sup>.

El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó todas las pruebas solicitadas -salvo aquellas que fueron desistidas-, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la Demanda, en su réplica y excepciones por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del contrato objeto de esta *litis*.

Durante el curso del proceso, ninguna de las partes, ni el representante del Ministerio Público cuestionaron la competencia de este Tribunal para decidir el presente asunto. Por otra parte, tampoco se observa causa de nulidad del proceso y en los diversos momentos en los que se efectuó control de legalidad de la actuación, a los cuales ya se hizo referencia, ninguna de las partes hizo reparo alguno, ni tampoco el Tribunal estableció la necesidad de sanear la actuación.

### 2. MARCO JURÍDICO

Procede el Tribunal al análisis de los antecedentes de la regulación aplicable al servicio de facturación conjunta (2.1.) y respecto de la naturaleza jurídica del Convenio, sus elementos, particularidades y regulación (2.2.) y (2.3) licitud del Convenio de conformidad con lo solicitado en la pretensión 1.

---

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de diecinueve (19) de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954). Gaceta Judicial LXXVIII No. 2145, Págs. 345 y ss.

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del quince (15) de julio de dos mil ocho (2008), Rad. 68001-3103-006-2002-00196-01: "(...) elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. (...) esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014), Rad. 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652).

<sup>33</sup> Artículos 116 de la Constitución Política de Colombia; 8° y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996 y 3° de la Ley 1285 de 2009 y Ley 1563 de 2012.

## 2.1. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA

El servicio de la facturación conjunta de los servicios públicos domiciliarios, que es uno de los temas centrales de la controversia que se decide, se encuadra de manera general dentro del régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios regulados por los artículos 333<sup>34</sup>, 334<sup>35</sup>, 365<sup>36</sup> y 366 de la C.P. y la Ley 142 de 1994.

Desde el punto de vista constitucional, los servicios públicos en general y los domiciliarios en particular están sometidos a un régimen constitucional especial, que tiene como finalidad asegurar la prestación eficiente y continua de los servicios públicos a todos los habitantes en el territorio nacional, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Para lograr tales fines, el Estado interviene a través de la Ley en la planeación, prestación y explotación en los servicios públicos y mantiene en todo momento la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios como de sus prestadores.

Bajo los anteriores presupuestos constitucionales, la posibilidad de que los prestadores de servicios públicos puedan convenir la prestación del servicio de facturar de manera integrada o conjunta a sus usuarios, hace parte integrante del amplio campo de posibilidades que existen respecto de tales servicios y tiene pleno respaldo en el ordenamiento jurídico. En efecto, el servicio de facturación conjunta para el cobro de servicios públicos domiciliarios se encuentra previsto aún antes de la expedición de la Ley 142 de 1994<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> C.P. Artículo 333 - La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, son autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

<sup>35</sup> C.P. Artículo 334 - La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oírán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. **Parágrafo.** Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

<sup>36</sup> C.P. Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. 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. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

<sup>37</sup> Desde el artículo 14 del Decreto 1842 de 1991 (Estatuto de Usuarios de Servicios Públicos Domiciliarios) anterior a la ley 142 de 1994 ya preveía la opción de la facturación conjunta. El Artículo 14º de dicho decreto disponía: "Del envío de la cuenta de cobro de una empresa por intermedio de otra. Las empresas de servicios públicos domiciliarios podrán confiarles a otras empresas de servicios públicos el envío de las cuentas de cobro, en desarrollo de acuerdos institucionales."

El servicio de la facturación conjunta surge en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Decreto 1842 de 1991<sup>38</sup> que establecía que las empresas de servicios públicos domiciliarios podrían confiarles a otras empresas de servicios públicos el envío de las cuentas de cobro, en desarrollo de acuerdos institucionales. Posteriormente, con la expedición de la Ley 142 de 1994, que adoptó el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios en desarrollo de los nuevos principios contenidos en la Constitución de 1991, se mantuvo dicha posibilidad. La Ley 142 estimuló la libre entrada al mercado y la competencia en la prestación de los servicios públicos<sup>39</sup>, al tiempo que estableció reglas para que las distintas empresas prestadoras de servicios públicos mantuvieran la competencia entre ellas; pero sin que ello fuera óbice para fomentar, posibilitar y propiciar la compartición de recursos, infraestructuras y servicios entre los diversos operadores. Al mismo tiempo, la Ley 142 de 1994 propende, entre otros objetivos, por la ampliación permanente de la cobertura, la atención prioritaria en materia de agua potable y saneamiento básico, la prestación continua e ininterrumpida, la prestación eficiente y libertad de competencia y proscribió el abuso de la posición dominante en todos los servicios públicos domiciliarios. Particularmente el servicio de facturación conjunta se encuentra reconocido en los artículos 146<sup>40</sup> y 147 de la Ley 142 de 1994<sup>41</sup>,

---

<sup>38</sup> Decreto del Ministerio de Desarrollo Económico No. 1842 DE 1991, (julio 22), por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.

<sup>39</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 10. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley

<sup>40</sup> Ley 142 de 1994. ARTÍCULO 146. *La medición del consumo, y el precio en el contrato.* Reglamentado por el Decreto Nacional 2668 de 1999. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.

Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

Habrán también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido.

La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario.

En cuanto al servicio de aseo, se aplican los principios anteriores, con las adaptaciones que exige la naturaleza del servicio y las reglas que esta Ley contiene sobre falla del servicio; entendiéndose que el precio que se exija al usuario dependerá no sólo de los factores de costos que contemplen las fórmulas tarifarias sino en todo caso de la frecuencia con la que se le preste el servicio y del volumen de residuos que se recojan.

En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo.

Las empresas podrán emitir factura conjunta para el cobro de los diferentes servicios que hacen parte de su objeto y para aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos, para los que han celebrado convenios con tal propósito. (subrayado fuera de texto)

En todo caso, las empresas tendrán un plazo a partir de la vigencia de la presente Ley para elevar los niveles de macro y micromedición a un 95% del total de los usuarios, para lo cual deberán iniciar un plan, con un porcentaje mínimo de inversión, para la adquisición y financiación de los medidores a los estratos 1, 2, 3.

PARÁGRAFO. La Comisión de regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente Ley, reglamentará los aspectos relativos a ese artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta Ley.

<sup>41</sup> Ley 142 de 1994. ARTÍCULO 147. Naturaleza y requisitos de las facturas. Las facturas de los servicios públicos se pondrán en conocimiento de los suscriptores o usuarios para determinar el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos. En las facturas en las que se cobren varios servicios, será obligatorio totalizar por separado cada servicio, cada uno de los cuales podrá ser pagado independientemente de los demás con excepción del servicio público domiciliario de aseo y demás servicios de saneamiento básico. Las sanciones aplicables por no pago procederán únicamente respecto del servicio que no sea pagado. En las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos podrá preverse la obligación para el suscriptor o usuario de garantizar con un título valor el pago de las facturas a su cargo. PARÁGRAFO. Cuando se facturen los servicios de saneamiento básico y en particular los de aseo público y alcantarillado, conjuntamente con otro servicio público domiciliario, no podrá

según los cuales las empresas podrán emitir factura<sup>42</sup> conjunta para el cobro de los diferentes servicios que hacen parte de su objeto y para aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos. Por tanto, el régimen legal permite que en las facturas de los servicios públicos domiciliarios que se cursen se puedan cobrar varios servicios al mismo tiempo. Según las citadas normas de Ley 142 de 1994, se desprende que como regla general la facturación conjunta es la **cuenta que una empresa prestadora entrega a un usuario, la cual contiene el cobro de dos o más servicios que pueden pagarse de forma independiente**, a menos que se trate de la facturación de los servicios de aseo y alcantarillado, denominados de saneamiento básico<sup>43</sup> <sup>44</sup> y, constituye una opción que requiere concretarse mediante la celebración de convenios con tal propósito entre las empresas interesadas. Estos convenios, como todos los contratos de las empresas de servicios públicos por mandato de la misma ley se rigen por regla general por el derecho privado, según lo ordena el artículo 32 de la misma como se examinará en el punto 2.2 siguiente de este Laudo.

En desarrollo de los artículos 146 y 147 de la Ley 142 de 1994, el Gobierno Nacional reglamentó el servicio de facturación conjunta mediante el Decreto reglamentario 2668 de 1999<sup>45</sup>, por el cual desarrolló los numerales 11.1, 11.6 del artículo 11 y el artículo 146 de la Ley 142 de 1994.

---

cancelarse este último con independencia de los servicios de saneamiento básico, aseo o alcantarillado, salvo en aquellos casos en que exista prueba de mediar petición, queja o recurso debidamente interpuesto ante la entidad prestataria del servicio de saneamiento básico, aseo o alcantarillado.

<sup>42</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 14.9. Factura de servicios públicos. Es la cuenta que una persona prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos.

<sup>43</sup> Resolución CRA 151 de 2001. Definiciones. Factura conjunta. Es el documento en que se cobran dos o más servicios, los cuales deben ser cancelados en forma conjunta, salvo en la situación prevista en el Parágrafo del artículo 147 de Ley 142 de 1994.

<sup>44</sup> Convenio de Facturación Conjunta EAAB y Promoambiental Definiciones: Facturación conjunta: Es el conjunto de actividades tendientes a garantizar el recaudo de pagos por la prestación de los servicios de aseo, acueducto y alcantarillado, y, consecuentemente, la continuidad de los mismos, a través de la expedición de una factura única por parte de la EAB E.S.P. donde se contengan tanto los cobros realizados por los servicios prestados por esta, como el cobro por concepto del servicio público de aseo prestado por los prestadores del servicio de Aseo.

Factura conjunta: Es el documento en que se cobran dos o más servicios, los cuales deben ser cancelados en forma conjunta, salvo en la situación prevista en el parágrafo del artículo 147 de la Ley 142 de 1994.

<sup>45</sup> Decreto 2668 de 1999:

*Artículo 1º. **Ámbito de aplicación.** El presente decreto se aplica a todas las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de las que trata la Ley 142 de 1994.*

*Artículo 2º. **Liquidación del servicio de facturación.** Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, sólo podrán cobrar a la empresa solicitante del servicio de facturación conjunta, el valor de los costos directos marginales que signifique la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado generados por causa de la modificación del sistema existente.*

*La determinación de dichos costos, se harán con base en los análisis de costos unitarios.*

*Parágrafo 1º. Las Comisiones de Regulación, reglamentarán el cobro que por facturación puedan realizar las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación del presente decreto.*

***Parágrafo 2º. No se podrán dar por terminado los convenios de facturación conjunta vigentes, hasta tanto no se garantice la celebración de un nuevo contrato con otra empresa prestadora de servicios públicos.** (subrayado fuera de texto)*

*Parágrafo 3º. **Costos directos de facturación.** Son los costos en que incurre la entidad prestadora del servicio público domiciliario para generar la factura, distribuirla a sus usuarios y hacer el recaudo por todo concepto.*

*Artículo 3º. **Libertad de elección.** Para estos efectos la facultad de elección de empresa solicitante la facturación es absolutamente potestativa de la empresa prestadora del servicio de saneamiento básico. (subrayado fuera de texto)*

*Parágrafo 1º. **Empresa solicitante.** Es la entidad que presta el o los servicios de saneamiento básico y que requiere facturar en forma conjunta con otra empresa de acuerdo a lo establecido en el artículo 147 de la Ley 142/94.*

*Parágrafo 2º. **Empresa concedente.** Es la empresa que a juicio de la empresa solicitante brinda o tiene las condiciones para poder facturar en forma conjunta.*

*Artículo 4º. **Obligaciones.** Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (subrayado fuera de texto)*

Posteriormente, al año siguiente mediante el Decreto 1987 del 2 de octubre de 2000, también reglamentario del artículo 11 de la Ley 142 de 1994, se dispusieron los criterios sobre la facturación conjunta que debían ser atendidos por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios y se ordenó a la Comisión de Regulación respectiva establecer las condiciones para la celebración de los convenios de facturación conjunta.

Así mismo, el artículo 97 del Decreto 2981 de 2013, por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo, recogió el concepto de facturación conjunta para el servicio de aseo, mientras el Decreto 1077 de 2015<sup>46</sup>, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio", compiló el artículo 97 del Decreto 2981 de 2013 relacionado con la facturación conjunta para el servicio de aseo en el artículo 2.3.2.2.4.1.96.

Por su parte, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), en ejercicio de sus facultades de regulación y en desarrollo de los decretos reglamentarios antes relacionados, primero expidió la Resolución CRA 145 de 2000, por medio de la cual se establecieron las condiciones generales y particulares con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos de acueducto y saneamiento básico podían celebrar los convenios de facturación conjunta, distribución

---

*El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante.*

*Artículo 5º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.*

<sup>46</sup> El Decreto 1077 de 2015 establece lo siguiente con respecto a la facturación conjunta: ARTICULO 2.3.2.2.4.1.96. Facturación conjunta del servicio público de aseo. Quienes presten cualquiera de los servicios públicos a los que se refiere la Ley 142 de 1994, prestarán oportunamente el servicio de facturación conjunta a las personas prestadoras del servicio de aseo, reconociendo por tal actividad el costo de estas más una utilidad razonable.

*En los casos en que en el convenio de facturación conjunta se haya acordado el recaudo, el prestador responsable de esta actividad deberá transferir al prestador del servicio de aseo las sumas recaudadas en un plazo no mayor a treinta (30) días. (Decreto 2981 de 2013, art. 97).*

#### CAPÍTULO 2

##### FACTURACIÓN CONJUNTA.

ARTICULO 2.3.6.2.1. Ámbito de aplicación. El presente capítulo se aplica a todas las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de las que trata la Ley 142 de 1994.

ARTICULO 2.3.6.2.2. Liquidación del servicio de facturación. Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, sólo podrán cobrar a la empresa solicitante del servicio de facturación conjunta, el valor de los costos directos marginales que signifique la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado generados por causa de la modificación del sistema existente.

*La determinación de dichos costos, se harán con base en los análisis de costos unitarios.*

Parágrafo 1º. No se podrán dar por terminado los convenios de facturación conjunta vigentes, hasta tanto no se garantice la celebración de un nuevo contrato con otra empresa prestadora de servicios públicos.

Parágrafo 2º. Costos directos de facturación. Son los costos en que incurre la entidad prestadora del servicio público domiciliario para generar la factura, distribuirla a sus usuarios y hacer el recaudo por todo concepto.

*(Decreto 2668 de 1999, art. 2).*

ARTICULO 2.3.6.2.3. Libertad de elección. Para estos efectos la facultad de elección de empresa solicitante la facturación es absolutamente potestativa de la empresa prestadora del servicio de saneamiento básico.

Parágrafo 1º. Empresa solicitante. Es la entidad que presta el o los servicios de saneamiento básico y que requiere facturar en forma conjunta con otra empresa de acuerdo a lo establecido en el artículo 147 de la Ley 142/94.

Parágrafo 2º. Empresa concedente. Es la empresa que a juicio de la empresa solicitante brinda o tiene las condiciones para poder facturar en forma conjunta.

*(Decreto 2668 de 1999, art. 3).*

ARTICULO 2.3.6.2.4. Obligaciones. Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

*El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante.*

*(Decreto 2668 de 1999, art. 4).*

de la factura y recaudo de pago. Esas disposiciones, posteriormente fueron incorporadas en la Resolución CRA 151 del 23 de enero de 2001, por medio de la cual adoptó la regulación integral de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, que reguló la facturación conjunta en las secciones 1.3.22. y 1.3.23. e incorporó a la regulación la definición de facturación conjunta<sup>47</sup>. Esta Resolución CRA 151 de 2001 sigue vigente; pero ha tenido algunas modificaciones incluidas las modificaciones introducidas por la Resolución CRA 422 de 2007 y luego por la Resolución CRA 820 de 2017; sin embargo, para efectos del presente análisis en esencia ha mantenido inalterados los aspectos relevantes de la regulación para la facturación conjunta.

De la anterior somera recapitulación del régimen regulatorio aplicable al servicio de facturación conjunta de servicios públicos domiciliarios de aseo, el Tribunal destaca que el marco jurídico vigente y relevante para la presente controversia, está integrado por:

1. La normativa constitucional y el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios.
2. Los desarrollos reglamentarios de la Ley 142 de 1994, principalmente el Decreto 2668 de 1999, el Decreto 1077 de 2015 y la regulación especial contenida en Resolución CRA 151 de 2001 con sus modificaciones posteriores previstas en las Resoluciones CRA 422 de 2007 y Resolución CRA 820 de 2017.
3. El fallo del Consejo de Estado<sup>48</sup> que avaló la legalidad de la reglamentación expedida sobre la facturación conjunta, que impuso a las empresas la obligación de celebrar convenios para proveer la facturación a otras empresas en determinadas condiciones y, en el evento de no llegar a un acuerdo, para que la CRA pueda establecer esas condiciones, mediante acto administrativo particular y concreto.
4. La regulación de la CRA que<sup>49</sup>:
  - a) reconoce expresamente que la empresa que ofrece el servicio de facturación conjunta debe recuperar los costos directamente asociados, adicionalmente reconoce un margen de gestión sobre costos de entre 0% y 8%, en función de la efectividad de recaudo;
  - b) privilegia la autonomía de la voluntad de las empresas interesadas para pactar mediante una etapa de negociación directa en las que las partes podrán negociar las condiciones, técnicas, económicas y jurídicas, siempre que se sujeten a las condiciones mínimas establecidas por regulación vigente;

---

<sup>47</sup> Resolución CRA 151 de 2001. Definiciones. Facturación conjunta. Es el conjunto de actividades tendientes a garantizar el recaudo de pagos por la prestación de los servicios de saneamiento básico y, consecuentemente, la continuidad de los mismos.

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil uno (2001), Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6421-01(6421). Es pertinente señalar que el decreto 2668 de 1999 fue demandado ante el Consejo de Estado señalándose que excedió la potestad reglamentaria, ya que, según afirmaron los demandantes, desconoció el carácter facultativo y contractual que a la facturación conjunta de los servicios públicos domiciliarios concedió el artículo 146 de la ley 142 de 1994 y además, que el acto impugnado desconoció que por razón de la autonomía privada, la libertad de iniciativa y de empresa que en esta materia reconoce el artículo 333 de la Constitución Política, la facturación conjunta entre empresas de servicios públicos no puede ser impuesta por el Estado como obligación, y solamente puede resultar de acuerdos libre y espontáneamente celebrados a esos efectos. El Consejo de Estado al rechazar la demanda afirmó que no encontraba fundamento en los reproches de inconstitucionalidad e ilegalidad que se endilgaban al Decreto demandado pues, pese a yerros en las facultades y motivaciones en que se fundamenta, no contraría la Constitución Política ni la Ley 142 de 1994, y antes bien, se acompasa plenamente a sus preceptos.

<sup>49</sup> Resolución 151 de 2001.

- c) establece que, si las partes no se ponen de acuerdo durante la etapa de negociación directa, por solicitud de una de las partes la Comisión (CRA) puede intervenir para establecer mediante acto administrativo particular y concreto las condiciones conforme a los términos y condiciones previamente establecidos de manera general en la regulación. En este evento la Comisión no impone el convenio<sup>50</sup>, sino que define vía acto administrativo las condiciones sobre las cuales las partes no han logrado acuerdo;
- d) permite que las partes en el convenio estipulan las condiciones de pago aplicables a la empresa solicitante del servicio de facturación conjunta;
- e) sugiere como duración del convenio un término de tres (3) años, salvo que las partes acuerden un plazo diferente;
- f) permite como potestativo de la persona prestadora del servicio de saneamiento básico (aseo) la elección de la persona prestadora con la que suscribirá el convenio de facturación conjunta;
- g) sugiere un modelo indicativo del cálculo de los costos para la facturación conjunta que incluye: costos de vinculación, costos correspondientes a cada ciclo de facturación conjunta y costos adicionales relacionados con el proceso de facturación conjunta y los costos deberán estar plenamente justificados por la persona prestadora concedente, mediante análisis de costos unitarios y a disponibilidad de las verificaciones<sup>51</sup>.

## **2.2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, CONTRATOS DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS, NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO SUSCRITO, ELEMENTOS, PARTICULARIDADES Y CLAUSULADO Y SU LICITUD**

Otro tema central a la controversia que se ventila en este Tribunal es la autonomía de la voluntad para celebrar acuerdos como el que es materia de litigio. Por tal razón, el Tribunal también encuentra necesario, para abordar la presente controversia, realizar unas consideraciones previas sobre la autonomía para contratar, la regulación de los contratos, la naturaleza del Convenio, sus elementos y particularidades que inciden en el análisis, para determinar la licitud o no del Convenio celebrado por las partes según lo solicitado en la pretensión 1.

### **2.2.1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA CONTRATAR**

La autonomía de la voluntad para contratar es un principio que está reconocido en el artículo 1602 del Código Civil. Sin embargo, este principio no es absoluto y tiene limitaciones que se expresan en aspectos como la obligación de celebrar contratos, o la obligación de sujetar el contrato a los términos y condiciones establecidas en la ley. Así, por ejemplo, los contratos clasificados como nominados tienen claros límites legales a la autonomía de la voluntad, es decir si las partes pretenden celebrar un contrato de compraventa se deben ajustar a las condiciones legales para ese tipo de contrato. Otro condicionamiento a la voluntad de contratar son los contratos de adhesión o

---

<sup>50</sup> La ley 142 de 1994 permite a las Comisiones imponer la servidumbre de interconexión, acceso y uso.

<sup>51</sup> Por el Decreto 1077 de 2015 que adicionó, al reconocimiento por el servicio de facturación conjunta, el concepto de costo más una utilidad razonable.

de cláusulas predispuestas. Así mismo hay algunos contratos comerciales que son de obligatoria celebración por una de las partes. En general, la ley en razón al orden público, a la intervención del Estado en la economía, en la protección al consumidor, o si el contratante es una entidad pública, o como limitación a la propiedad privada u otros motivos, puede y en efecto ha introducido significativas limitaciones, restricciones y condicionamientos a la autonomía de la voluntad para contratar.

Dentro de este ámbito y conforme a las potestades estatales que facultan a las entidades públicas para imponer restricciones a la libertad y autonomía para contratar, pueden presentarse restricciones que limiten la capacidad de decidir si se contrata o no. Al respecto cabe reseñar el concepto de Jorge Suescún Melo quien sobre la crisis y recortes a la autonomía de la voluntad privada afirma<sup>52</sup>

*“En síntesis, lo que ha declinado no es el contrato en sí sino el postulado de la autonomía privada, declive marcado por querer equiparar la voluntad privada con la ley, sin reconocer que la fuerza obligatoria de las estipulaciones no proviene de la voluntad de los contratantes sino del reconocimiento que les hace el ordenamiento jurídico. Se ha desconocido, así, que existe una regla elemental según la cual la ley, y por tanto el Estado, se encuentra en el origen de todos los derechos subjetivos, comprendido el de contratar. El poder regulador de los particulares no es autónomo, ni por sí mismo genera derechos y obligaciones. Es el reconocimiento que la ley hace de ese poder el que le permite producir esos efectos.”*

De igual manera la Corte Constitucional ha reconocido los límites a la autonomía de la voluntad privada y como esta se debe acomodar con los fines de interés público de origen Constitucional<sup>53</sup>. Afirmo la Corte al respecto:

*“De tal manera, la concepción actual de la autonomía de la voluntad privada parte del “poder dispositivo individual”, regulado por la intervención del Estado en el deber de garantizar los fines sociales que le han sido encomendados (art. 2° Const.), de forma que la libertad de contratar, la protección y promoción individual y los derechos constituidos, deben acomodarse en función del interés público.*

*En suma, la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser objeto de limitación por causa del interés general y del respeto a los derechos fundamentales, por lo que “lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las necesidades básicas de la economía de mercado”<sup>54</sup>.*

---

<sup>52</sup> Suescún Melo, Jorge, La Aplicación del Postulado de la Autonomía de la Voluntad a la Contratación de las Entidades Estatales, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporánea, Segunda Edición, Tomo II. Ed. Legis. Universidad de los Andes, Páginas 2 – 53.

<sup>53</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 934 de 2013. M.P. Nilson Pinilla.

<sup>54</sup> C-186 de 2011, precitada.

Ahora bien, esa limitación a la libertad de contratación, está ejercida por el Estado de manera previa, es decir, la Ley y la regulación pueden establecer una serie de condicionamientos, restricciones o reglas aplicables a los contratos. Y las partes en el evento de que la ley y la regulación hayan determinado que son de obligatorio cumplimiento así deben someterse y cumplir esas reglas o condicionamientos contractuales al momento de celebrar el contrato regulado<sup>55</sup> sin que ello desnaturalice por completo la autonomía de la voluntad.

## 2.2.2. DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE EMERGEN DE LOS CONVENIOS

La principal consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad para la contratación, es que una vez ejercida, los acuerdos, convenios o contratos que plasmen dichas decisiones son ley para las partes y por ende las obligaciones que emergen de los contratos convenios o contratos se deben cumplir como lo señala el Honorable Consejo de Estado cuando se pronunció reconociendo la validez y obligatoriedad de lo pactado entre las partes<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Sin embargo, muy distinta es la situación en la cual las partes han celebrado un contrato regulado por el régimen de servicios públicos cumpliendo inicialmente con los preceptos de la ley y la regulación, y con posterioridad a su celebración el Estado modifica, mediante regulación general, las condiciones o reglas de ese tipo de contratos. Este evento ha sido ampliamente discutido por cuanto existe la posición según la cual, la regulación posterior modifica los contratos previamente celebrados, para otros ninguna de las condiciones pactadas, aun las que provienen de la regulación, pueden ser modificadas por la expedición de una regulación posterior. Y existe una tercera posición según la cual solo ciertos temas pueden ser modificados y otros no pueden ser modificados. En reciente fallo del Consejo de Estado donde se debatió precisamente el conflicto entre las condiciones de un contrato pactado sometido al derecho privado y un cambio en la regulación, el alto tribunal acogió la posición de respetar lo pactado y no aceptar el cambio de lo pactado por la expedición de una regulación posterior. En resumen el fallo afirma: 6.1. *El problema jurídico que plantea en este caso consiste en establecer la fecha en que entró a regir el sistema de liquidación de los cargos por capacidad dentro del Contrato No. 6824, en concreto, se debe definir si únicamente pudo aplicarse a partir de la formalización del acuerdo modificatorio de octubre 1 de 2004 o desde antes de su suscripción.*

(...)

*Para resolver el mencionado problema se partirá del régimen legal aplicable al contrato -que era el derecho privado- y se determinará si la correspondencia, las actas del Comité Mixto de Interconexión CMI y el acta de conciliación suscrita entre los representantes legales de las partes el 3 de octubre de 2002 tenían el alcance suficiente para modificar el contrato o, por el contrario, era preciso cumplir con la formalidad prevista en el mismo, de suscribir un acuerdo modificatorio, el cual se firmó el 1o de octubre de 2004.*

(...)

*Como consecuencia, teniendo en cuenta que el contrato de interconexión se rigió por el derecho privado, eran válidos los acuerdos entre las partes para determinar los valores a pagar de conformidad con los costos, sin perjuicio de la obligación de respetar a la regulación de la CRT.*

(...)

*Aunque en este proceso no se plantearon divergencias sobre la vigencia de la Resolución 463 de 200183 – la cual se invocó en la modificación al contrato, junto con las Resoluciones 489 y 505 de 2002, – no sobra precisar que en el sub lite la fuerza obligatoria para la aplicación de los cargos por capacidad se deriva del acuerdo al que llegaron las partes y no estriba en la citada Resolución, en la medida en que dicha regulación no imponía una modalidad única para los cargos de interconexión y solo refería al derecho y a la obligación de conceder al menos dos opciones de liquidación de los cargos correspondientes.*

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sentencia 01 de abril de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Exp. 52532 Señala la explicación del artículo 1602 del Código Civil "Consagrando el principio *lex contractus, pacta sunt servanda*, por cuya virtud se impone el cumplimiento obligatorio de los pactos que dimanar de toda relación jurídica negocial (*rectius*: contrato), bien de manera espontánea o forzosamente. La mencionada disposición advierte sobre la fuerza normativa característica de todo contrato como efecto inicial del vínculo, en tanto "ata" a sus intervinientes al cumplimiento de un propósito común, lo cual supone una consecuencia práctico-jurídica de gran utilidad dentro del tráfico de bienes y servicios, en tanto ofrece estabilidad, previsibilidad y certidumbre en las relaciones contractuales y, en principio, genera la imposibilidad de aniquilar el vínculo por un acto unilateral.

**El artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, por lo tanto, repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desapegarse arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado.**

*La autoridad de las partes, empero, no solo comprende un acuerdo generatriz o fuente de un vínculo negocial; la autonomía que les es otorgada por el ordenamiento jurídico también supone su capacidad para la modificación o terminación de sus relaciones negociales por consenso recíproco (*rectius*: *mutuus consensus, contrarius consensus, mutuus dissensus*). Sobre el particular ha señalado la Sala:*

*"Ciertamente es que el artículo 1602 del Código Civil, establece que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales; con otras palabras, consagra el principio "lex contractus, pacta*

La obligatoriedad de cumplimiento de lo pactado en cuanto ajustado a derecho es un reflejo del principio *pacta sunt servanda*, según el cual el contrato es ley para las partes. Esto, con el fin de dar plena certeza y seguridad jurídica de índole contractual, convirtiéndose entonces en una garantía para las partes de cara al desarrollo y ejecución de las obligaciones pactadas. Lo anterior se justifica en la medida que es la autonomía de la voluntad, el medio y herramienta por medio de la cual los individuos logran plasmar sus intereses con el fin de satisfacer sus necesidades.

En relación con el carácter normativo de los actos emanados de la autonomía privada de la voluntad, el profesor Ospina Fernández refiere lo siguiente:

*“Concepto: El vigor normativo que el legislador atribuye a los actos jurídicos de los particulares es el corolario lógico de la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, ya que éste equivale a una delegación en la voluntad privada de la potestad ordenadora que, en principio, corresponde exclusivamente a la ley. En virtud de tal delegación, las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de éstas, entre ellos de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador.”<sup>57</sup>*

La jurisprudencia nacional se ha encargado de decantar y precisar el alcance de este principio, situándolo como guía o rector en el derecho contractual colombiano, ya que los contratos **válidamente celebrados** son ley para las partes, quedando éstas plenamente obligadas a lo libremente convenido, no pudiéndose sustraer unilateral e infundadamente a sus obligaciones, so pena de incurrir en incumplimiento contractual. Así, la ley protege con especial interés la autonomía de la voluntad y los efectos que de la manifestación de ella emanan.

### 2.2.3. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS- *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET*

Analizados los planteamientos que se discuten ante este Tribunal Arbitral, es necesario igualmente recordar que la buena fe es un principio totalizador de derecho, que incide en la esfera negocial.

---

*sunt servanda”, que supone el carácter obligatorio para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato celebrado que no esté afectado por vicio de invalidez; no obstante, en virtud de éste mismo principio y como corolario de la autonomía de la voluntad de las partes, el contrato bien puede modificarse o extinguirse si éstas así lo convienen, excepciones que proceden según las estipulaciones y cláusulas del contrato y que encuentran en el pacto de una condición resolutoria expresa una de sus modalidades.*

*Por lo anterior, del texto normativo que se comenta, observa la Sala que no sólo es posible afirmar la capacidad creadora de disposiciones normativas con fuerza vinculante a las partes del contrato, sino también la capacidad de variar, consensualmente, sus acuerdos previos e, incluso, extinguirlos. La fuerza normativa reconocida por el art. 1602 del estatuto civil, en consecuencia, goza de una amplitud suficiente que abarca la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas negociales.” (subrayado fuera de texto)*

<sup>57</sup> Ospina Fernández y Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, cit. Pág.317.

Dicho principio encuentra consagración en los artículos 1603 del C.C. y 871 del C de Co a su vez desarrollo del principio constitucionalmente protegido. En virtud de ellos, los contratos deben ejecutarse de buena fe<sup>58</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia han derivado del principio de la buena fe la teoría de los actos propios, que impone el deber para las partes de mantener la coherencia frente a sus actos, ello con miras a proteger la buena fe y las expectativas legítimas que su actuar haya podido generar.

La teoría de los actos propios encuentra sustento normativo en la Constitución Política. Así, la teoría de los actos propios se desprende del principio de la buena fe (artículo 83 de la Constitución Política de Colombia), principio totalizador de derecho, del cual surge una regla de comportamiento. En consonancia con el artículo 83 de la Carta Política, se encuentra el numeral 1 del artículo 95 del mismo cuerpo normativo, que consagra el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

De lo anterior se evidencia que la norma manifiesta la intención del constituyente de establecer una forma de comportamiento puntual, fijando como objetivo que los individuos procedan de conformidad con sus propios actos, en coherencia con la manera como las partes se han comportado tanto dentro del proceso, como fuera de él.

La teoría de los actos propios ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial. Dentro de éste, cabe destacar la exposición de la teoría elaborada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que señaló:

*"(...) Con fundamento en el comentado principio , se ha estructurado la "Doctrina de los Actos Propios" -venire contra factum proprium non valet-, conforme a la cual, en líneas generales, **con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamientos se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial.**" (Subrayas y negrillas fuera del texto original)<sup>59</sup>*

En el sentido expresado, es importante resaltar que una de las razones por las cuales no es admisible un cambio de comportamiento, radica en la confianza legítima que conlleva un actuar determinado en los demás individuos, así:

*"(...) Las reseñas verificadas, con todo y las variables incorporadas en cada región o normatividad, respecto de las cuales no entra la Corte a establecer categorizaciones o ligeras*

---

<sup>58</sup> Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil-Sentencia de 8 de noviembre de 2013. Exp. 2006-00041-01.

generalizaciones, ponen de presente la teoría de los actos propios o “venire contra factum proprium non valet”, que en definitiva conclusión, puede anunciarse que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que **lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante lo referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.**<sup>60</sup> (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Respecto al principio de moralidad, la Corte Constitucional ha señalado que incluye, entre otros, el principio de la buena fe:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que artículo 6º. de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer sólo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de éste principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1º. y 2º. superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. **La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas.** (arts. 83, 122,123,124,125,126,127,128,291,292 C.P.) establece directamente un régimen de inhabilidades incompatibilidades y prohibiciones para el caso de los Congresistas, (arts. 179 a 186), así como para el caso del Presidente de la República (art. 197 C.P.) los Magistrados de la Corte Constitucional (art. 240 y 245 C.P.), del Consejo Nacional Electoral (art. 264 C.P.), de los Diputados (art. 299 C.P.), y confiere al legislador competencia para establecer el de los demás servidores (arts. 123, 150-23, 253,279,293,312 C.P.), establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 C.P.). Particular mención merece el establecimiento de la acción de repetición (art. 90 inciso 2) así como las acciones populares (art. 88 C.P.) dentro de cuyo

---

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de enero de 2001. Exp. 2001-00457-01.

objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa.<sup>61</sup> (Negrillas fuera del texto original)

Adicionalmente, el Tribunal tendrá en consideración los fundamentos y planteamientos que sobre este tema aborda el apoderado de la Convocante en sus escritos.

#### 2.2.4. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Para este Tribunal, es necesario enmarcar la naturaleza de la controversia contractual dentro del régimen legal que aplica a las dos partes intervinientes. Por la naturaleza de la actividad de las partes, que son empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios están regulados por la regla general del artículo 32 de la Ley 142 de 1994<sup>62</sup>.

El artículo 365 de la Carta Magna consagra:

*“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)”*

A su vez el artículo 367 de la misma Carta Política prevé:

*“La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos” y el 370 dispone que “Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.*

Por su parte el artículo 209 de la Constitución Nacional, consagra:

*“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración*

---

<sup>61</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013.

<sup>62</sup> El artículo 149 del Decreto 1421 de 1993 Estatuto Orgánico de Bogotá, dispone: “El distrito, sus localidades y las entidades descentralizadas podrán celebrar los contratos, convenios y acuerdos previstos en el derecho público y en el derecho privado que resulten necesarios para el cumplimiento de sus funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a su cargo. En tales contratos, convenios o acuerdos se deberán pactar las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren convenientes y necesarias para asegurar su ejecución, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley y el orden público”.

de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.”

Igualmente, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone lo siguiente:

**“Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para las entidades no sometidas al estatuto de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual , acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”** (Negritillas fuera del texto original).

Los anteriores principios constitucionales tienen una doble connotación axiológica y normativa a la vez, como lo explica la Sección Tercera del Consejo de Estado, al pronunciarse:

**“Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser, y finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor como fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, ya sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas.”**<sup>63</sup> (Negritillas fuera del texto original)

---

<sup>63</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Expediente 31.447 y otros acumulados, C.P. Ruth Stella Correa.

En materia de la intervención del Estado en los servicios públicos, en la medida que es una actividad altamente regulada por el Estado según el artículo 365 de la C.P., la autonomía de la voluntad privada para contratar si bien está reconocida en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 se rige en principio por el derecho privado. Es evidente que dicha facultad está también sometida a restricciones y limitaciones de naturaleza legal y no puede ser una libertad absoluta. Efectivamente el mismo artículo 32 de manera expresa establece que la autonomía de la voluntad para contratar, en lo no previsto en la Ley 142 de 1994, se regirá exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Como lo afirma el Consejo de Estado<sup>64</sup>:

*“Conforme con lo previsto en los artículos 30, 31, 32 y 39 parágrafo y 132 de la Ley 142, se puede afirmar que el Legislador quiso que la actividad contractual de las entidades prestadoras de servicios públicos y algunos de sus actos estuvieran gobernados, en principio por el derecho privado y por lo estipulado en dicha Ley. Así, ese derecho, formalmente quedó como la regla general y el público, administrativo, como excepcional, tal como pasa a explicarse: (...)”*

En consecuencia, para el Tribunal está claro que el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos en principio es regido por el derecho privado, pero esa libertad contractual tiene una limitación *ex ante* cual es la de someter los contratos a ciertas condiciones y requisitos que tienen fuente en la Ley 142. Esa circunstancia, no implica *per se* que las partes no puedan ejercer la libertad contractual, sino que dicha libertad puede estar sometida a limitaciones como lo están otros tipos de contratos según se examinó anteriormente.

En desarrollo de la anterior línea argumentativa en la medida en que los contratos o convenios para contratar el servicio de facturación conjunta son contratos celebrados por las empresas de servicios públicos con la finalidad de prestar los servicios públicos a su cargo, también deben estar sometidos a las reglas del artículo 32 de la Ley 142. En otras palabras, estos convenios están sometidos a la Ley 142, y en lo no previsto, las partes pueden acordar las condiciones libremente en desarrollo de la autonomía de voluntad y sometidos al derecho privado.

Como se ha examinado en un punto anterior, el servicio de facturación conjunta está sometido a regulación en desarrollo de los principios y facultades de la Ley 142, y, en este sentido, debe acatar expresamente las reglas obligatorias aplicables en varios aspectos del convenio de facturación conjunta de empresas de servicios públicos. El Tribunal encuentra que las condiciones y términos no regulados expresamente pueden ser acordados de manera válida por las partes.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al conceptuar<sup>65</sup>:

---

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Auto del 23 de septiembre de 1997, Sala Plana, Expediente S-701 M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

"1. Las empresas de servicios públicos pueden celebrar los convenios de facturación conjunta necesarios para el cumplimiento de su objeto, pero para el caso de los servicios públicos de alcantarillado y aseo, la celebración de dichos convenios no es potestativa sino obligatoria, puesto que las empresas prestadoras del servicio de aseo puede presentar la solicitud de facturación conjunta a una persona prestadora del servicio de acueducto y alcantarillado y esta no se puede negar a suscribir el convenio de facturación en forma conjunta, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad para hacerlo.

Igualmente, las ESP pueden suscribir convenios para tercerización de la facturación.

**2. En ambos casos, el régimen jurídico aplicable a tales convenios es de derecho privado.**

"Teniendo en cuenta lo anterior, valga anotar, que quién tiene el deber legal de efectuar la medición del servicio de aseo es el prestador, independientemente de que para el cobro del servicio prestado a los usuarios se suscriban convenios de facturación conjunta; al respecto, como ya se señaló, **la Superintendencia no puede indicarle el contenido específico o condiciones particulares del convenio de facturación, más allá de las condiciones legales a las que debe sujetarse de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 ya que las cláusulas que dispone dicho concepto son de la esfera de la autonomía de la voluntad de quienes lo suscriben.**" (subrayado fuera de texto)

Para el Tribunal la regulación de los contratos o convenios para contratar el servicio de facturación conjunta si bien se deben someter a varias disposiciones legales, atendiendo a razones de interés general, que en ciertos aspectos limitan la autonomía de la voluntad, dichas restricciones están compensadas con otras libertadas, que en conjunto permiten una equivalencia en riesgos<sup>66</sup>. Para el efecto igualmente el Tribunal tendrá en cuenta los argumentos que los apoderados de las partes han esbozado sobre este tema en sus escritos.

### 2.2.5. CLÁUSULAS DEL CONVENIO

El Tribunal encuentra igualmente necesario revisar con particular cuidado lo pactado en las principales cláusulas del Convenio toda vez que la naturaleza, licitud, alcance y eventos de incumplimiento que se aducen, requieren de la revisión de lo pactado por las partes<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Concepto 902 de 2009, (Noviembre 10) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Radicado No.: 20091301029171, Fecha: 10-11-2009, Bogotá D.C., CONCEPTO SSPD-OJ-2009-902.

<sup>66</sup> Por ejemplo, el Decreto 1077 de 2015, artículo 2.3.6.2.3. dispone: "Libertad de Elección: Para estos efectos la facultad de elección de empresa solicitante la (sic) facturación es **absolutamente potestativa** de la empresa prestadora del servicio de saneamiento básico". (Resaltado fuera de texto).

<sup>67</sup> Sobre la interpretación del contrato la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil -MP. Luis Alonso Rico Puerta SC 3047-2018, se refirió a la sentencia SCJ SC, 24 julio 2012, rad. No. 2005-00595-01, en la que sostuvo: "Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5º. Y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes

### 2.2.5.1. OBJETO DEL CONVENIO Y OTROSÍ No. 1

El objeto de todo contrato es uno de los requisitos esenciales del mismo, es la materia sobre la que recae el consentimiento, y es así como el Artículo 1517 del CC establece: *"Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración."*

En los términos pactados, el objeto del Convenio para la facturación conjunta del servicio público de aseo suscrito el 28 de marzo de 2018, está contenido en la cláusula segunda del Convenio acordada y modificada por la cláusula segunda del Otrosí No. 1, de fecha 24 de agosto de 2018, que dispone:

*"CLAUSULA SEGUNDA: El objeto del presente convenio es la prestación por parte de la EAB E.S.P. al prestador del servicio de aseo, de los servicios de facturación conjunta y los demás servicios de facturación conjunta y los demás servicios de que trata el artículo 1.3.22.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificada y adicionada por la Resolución CRA 422 de 2007 modificada por la Resolución CRA 820 de 2017.*

*PARAGRAFO: Alcance del Objeto: En virtud del presente convenio, EAB E.S.P. se obliga a realizar las siguientes actividades: a) Facturar conjuntamente el servicio público de aseo con fundamento en la información procesada y remitida por PROCERASEO SAS b) Impresión de las facturas, donde se incluyan los componentes de la facturación previstos en la normatividad vigente y el valor a pagar por el usuario. c) Distribución de la factura conjunta d) Modificación por novedades sobre el catastro e) Acuerdos de pago sobre cuentas facturadas del servicio de acueducto, en el marco del convenio de facturación conjunta. f) Las demás actividades conexas y necesarias dentro del proceso de facturación, recaudo y las que resulten de desarrollo y aplicaciones tecnológicas de la EAB E.S.P., que puedan ser ofrecidas a los prestadores del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá para efectos de lo cual, las partes establecerán las interfaces, y mecanismos de flujo de información que sean necesarios.*

*PARAGRAFO 1: La E.A.B. E.S.P. Se obliga a que las facturas conjuntas que emitirá en ejecución del presente convenio se ajusten a las previsiones de los Artículos 147 y 148 de la*

---

*momentos contractuales, esto es, antes durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse. En ese sentido (...), advirtió la Corte que "la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la "recíproca intención de las partes" (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales sin embargo, no se reduce ni supedita por cuanto, aún siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que "(...)los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato" (cas. 28/1989)".*

---

*Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes. Los servicios solicitados se refieren a las actividades de impresión, distribución de las facturas y recaudo.*

*PARAGRAFO 2: El prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá se ajustará para efectos de la facturación, a los ciclos o periodos de cobro establecidos por la EAB ESP. El prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá deberá realizar el PROCESAMIENTO para liquidar y procesar el cobro del servicio de aseo a través y en las estructuras del sistema SIGAB, provisto por PROCERASEO SAS, quien remitirá ciclo a ciclo la información para la impresión y distribución”.*

Como se observa de la simple lectura de dicho objeto, la EAAB debía acometer las siguientes tareas:

- a) Prestar el servicio de facturación conjunta del Servicio Público de Aseo a los usuarios capitalinos, soportada en la información suministrada.
- b) Impresión de las facturas, incluyendo componentes y valor a pagar.
- c) Distribución.
- d) Modificación por novedades catastrales.
- e) Acuerdos de pago.
- f) Las demás actividades conexas, necesarias y las que resultaren del desarrollo tecnológico.

Promoambiental, en calidad de prestador del servicio de aseo, con el fin de lograr la facturación conjunta con la EAAB, se obligó a:

- a) Ajustarse a los periodos preestablecidos por la EAAB., para efectos de la facturación.
- b) Realizar el Procesamiento para liquidar y procesar el cobro del servicio de aseo, mediante el sistema SIGAB provisto por PROCERASEO, el cual, a su vez, remitiría la información recaudada para proceder a la impresión y distribución de la facturación conjunta.

Las acciones encaminadas al logro del objeto del Convenio y su Otrosí No. 1 aparecen claramente establecidas y determinadas en el cuerpo del documento contractual, obligándose las partes a lo pactado al suscribirlo.

#### **2.2.5.2. OBLIGACIONES PACTADAS**

Concordante con la anterior, la cláusula Cuarta del Otrosí No. 1, modificatoria de la cláusula Séptima del Convenio, estableció:

*“La EAAB ESP se obliga con el prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a:*

- a) Facturar oportunamente el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá con base en la información que suministre PROCERASEO SAS, y reportar los resultados de cada proceso y de resolver cualquier contingencia que se presente en el proceso de facturación, que afecte la calidad de la información o que demore la distribución de las facturas.*

b) Imprimir y distribuir las facturas conjuntas con la periodicidad establecida para los servicios prestados por la EAAB ESP y para los usuarios conjuntos; garantizando la adecuada impresión, tanto en la facturación masiva, como en la expedición de duplicados en línea o cualquier medio que determine, de la información que conforma el cobro del servicio de aseo, tanto en datos alfanuméricos, como los códigos de barras para la lectura de cupones de pago."

La Cláusula Quinta del Otrosí No. 1, modificó la Octava del Convenio, quedando así:

*"Obligaciones del prestador del prestador del servicio de aseo, se obliga con la EAAB ESP.*

- a) *Suministrar a través de PROCERASEO conforme al calendario anual de facturación preestablecido y al protocolo de intercambio de información que se acuerde, la información de facturación del servicio de aseo necesaria para ser incorporada a los sistemas de la EAAB E.S.P., de acuerdo con la estructura suministrada por la EAAB E.S.P.*
- b) *Mantener actualizadas las bases de datos de aseo e informar las novedades a la EAAB E.S.P., cuando se detecten cambios en el estrato, clase de uso, determinadas con base en las disposiciones vigentes al respecto con el fin de mantener una adecuada integridad de la información y generar mutuos beneficios.*
- c) *Cumplir oportunamente con las obligaciones pecuniarias que se deriven de este convenio.*
- d) *Garantizar la infraestructura en equipos de cómputo, personal, comunicaciones y software e infraestructura tecnológica necesaria para interactuar en forma coordinada con la Dirección de Informática de la EAAB E.S.P. y prestar a sus usuarios los servicios de información, atención de reclamos y demás servicios inherentes a la facturación de aseo.*
- e) *Garantizar que los equipos estén técnicamente dotados para recibir, procesar y generar información en medios magnéticos, según los formatos que la EAAB E.S.P. tenga a su disposición en su plataforma tecnológica.*
- f) *Implementar todos los equipos y medios de comunicación requeridos en sus instalaciones para establecer conexión remota entre los centros de cómputo y plataformas tecnológicas utilizadas por las dos (2) empresas, EAAB E.S.P. y el prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a través de PROCERASEO SAS.*
- g) *Acordar previamente con la EAAB E.S.P. cualquier modificación que prevea adelantar en los procesos sistematizados y que afecten el sistema de facturación conjunta.*
- h) *Asignar un especialista en sistemas proveniente de PROCERASEO SAS, encargado de coordinar todas las actividades con la EAAB E.S.P.*
- i) *Colaborar conforme los acuerdos entre las dos partes, en los proyectos de censo de usuarios, actualización de datos y cualquier actividad que beneficie a las dos (2) Empresas, por lo que el prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a través de PROCERASEO SAS deberá suministrar a la EAAB E.S.P. el listado de predios debidamente soportado, que en su labor ha depurado, para ser ajustada la base de datos de la EAAB E.S.P.*

- j) *Cumplir con las demás obligaciones establecidas para la facturación conjunta, en las Resoluciones CRA 151 de 2001, 422 de 2007, 820 de 2017 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento CRA o aquellas que la modifiquen, complementen o adicionen.*
- k) *Permitir la inclusión de la cartera generada en el esquema transitorio (diciembre de 2012 a 11 de febrero 2018) en la factura de aseo, de acuerdo con las condiciones señaladas en el anexo técnico."*

El anterior texto, establece con claridad meridiana, las actividades necesarias a desplegar, para garantizar la prestación oportuna y eficiente del servicio de facturación conjunta del servicio de aseo en el marco descrito y acorde con la Constitución y la Ley. En la controversia el cumplimiento de las obligaciones pactadas también constituye una fuente de reclamación y, por tanto, será necesariamente revisado su cumplimiento o incumplimiento según las pruebas que obran en el expediente.

### **2.2.5.3. PLAZO DEL CONVENIO**

El Tribunal encuentra necesario también revisar con particular cuidado lo pactado en la cláusula Sexta del Convenio sobre el plazo del mismo<sup>68</sup>, toda vez que la no culminación de este plazo constituye uno de los fundamentos de las pretensiones de la demanda.

La cláusula Sexta del Convenio establece:

*"PLAZO DEL CONVENIO. El presente convenio tiene un plazo de ejecución de tres (3) años contados a partir de la fecha de su suscripción y estará vigente por seis (6) meses más para su liquidación. Este convenio se renovará automáticamente por periodos iguales y sucesivos al inicial, salvo que una de las partes informe a la otra en forma escrita su deseo de no renovarlo o modificarlo y sin perjuicio de lo previsto por el Artículo 2.3.6.2.4 del Decreto 1077 de 2015; el mencionado informe deberá realizarse con una antelación no inferior a cuarenta y cinco (45) días calendario.*

Inicialmente se pactó un periodo de tres (3) años para la ejecución del convenio de tracto sucesivo, con la posibilidad de renovarlo automáticamente, esta cláusula no fue modificada por el Otrosí No. 1, ello quiere decir que resulta imperativa para los contratantes, y no es susceptible de interpretación alguna.

Adicionalmente es importante destacar que la cláusula Sexta del Convenio está ajustada a los términos de la regulación del servicio de facturación conjunta expedida por la CRA en desarrollo de la Ley 142<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Art. 1551 C.C. "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación (...)".

<sup>69</sup> Resolución CRA 151.

Teniendo en consideración que el Convenio fue suscrito el 21 de marzo de 2018, su vigencia inicial ha debido extenderse hasta el 20 de marzo de 2021 y su renovación automática habría estado sujeta a que a más tardar el 6 de febrero de 2021 se hubiera dado aviso sobre la intención de no renovarlo.

#### **2.2.5.4. VALOR DEL CONVENIO**

Otra cláusula del Convenio que gravita sobre el litigio contractual es la referida al valor del mismo y la manera como quedó pactado, toda vez que ese concepto es igualmente fundamento para las pretensiones de la demanda.

El Otrosí No. 1 modificó la cláusula tercera del Convenio y en su cláusula tercera – Valor del contrato y precio de los servicios, se pactó:

*“El valor del presente contrato es de cuantía indeterminada, pero determinable de conformidad con el número de usuarios facturados y servicios prestados durante cada vigencia mensual, para efectos de lo cual, las partes acuerdan los siguientes precios que el prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, reconocerá a la EAB ESP.*

*a) Por concepto de procesamiento, impresión distribución de la factura, emisión de reportes y recaudo del servicio un valor de setecientos nueve pesos (\$709) más IVA, por factura emitida.*

*b) Por duplicado impreso de cada factura, la suma de ciento veinticinco pesos (\$125) más IVA.*

*PARAGRAFO PRIMERO: En caso de verse excepciones a los anteriores conceptos éstas serán establecidas en el comité del que trata el literal g) de la cláusula cuarta del presente OTROSI.*

*PARAGRAFO SEGUNDO: Todo costo extra que el presente convenio demande, en especial los requerimientos los requerimientos adicionales al objeto de este convenio que impliquen mantenimiento a los programas existentes, adecuación del sistema para generación de reportes o archivos magnéticos, listados, microfichas originales o duplicados, u otros servicios de información informes o actividades adicionales a las aquí contempladas, tendrán costo adicional que deberá ser concertado entre las partes previa oferta de servicios por parte de la EAAB ESP.*

*PARAGRAFO TERCERO: Los valores expresados se ajustarán de conformidad con lo señalado en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994, y los artículos 36 y 37 de la Resolución CRA 720 de 2015 o de las normas que lo adicionen. Modifiquen o sustituyan.*

*PARAGRAFO CUARTO: En caso de cambios en la estructura de prestación del servicio de facturación conjunta, así como por cambios de la regulación, las partes acuerdan incorporarlos al valor del contrato y/o los precios de los servicios pactados, previo acuerdo entre las partes.*

*PARAGRAFO QUINTO: El prestador del servicio de aseo se someterá a las condiciones de reciprocidad prevista en los convenios suscritos entre la EAAB E.S.P. y las entidades financieras para efectos de recaudo.*

*PARAGRAFO SEXTO: Los costos e impuestos asociados a las cuentas bancarias en las cuales se recauda el servicio de aseo estarán a cargo del prestador de aseo.*

*PARAGRAFO SÉPTIMO: Si se presentan fraudes, devolución de cheques o cualquier otro evento que no sea de responsabilidad de la entidad financiera, el prestador procederá a efectuar la reversión del pago y cargar nuevamente la cartera al usuario.”*

Analizado lo anterior observa el Tribunal, en armonía con lo expuesto, y de acuerdo con la función jurídica-económica de la cláusula tercera del Convenio, modificada por la cláusula tercera del Otrosí No. 1 pactada, que aunque cumpliendo con los requisitos de validez legal, mediante la regulación anticipada de la carga negocial, la fijación del precio cae en el campo de lo indeterminado pero determinable, ya que depende de un número incierto de usuarios captados, variable en cada periodo de facturación conjunta, (cada dos meses), reflejándose en un valor variable para cada uno de ellos. No se pactó un valor cierto que represente un ingreso fijo o cargo básico que represente un ingreso mínimo por la prestación del servicio, luego lo que se tiene es una expectativa económica legítima de ingresos circunscrita a la temporalidad, mas no constituye una certeza de valor<sup>70</sup>.

#### **2.2.5.5. CAUSALES DE TERMINACIÓN**

La cláusula Sexta del Otrosí No. 1 modificó la Vigésima Segunda del Convenio y contiene las causales de terminación del Convenio así:

*“Terminación: Son causales para la terminación del presente convenio: 1. Por mutuo acuerdo 2. Por incumplimiento total en el pago del servicio por el término de dos (2) meses calendario consecutivos. 3) Por incumplimiento grave de alguna las obligaciones del presente convenio. 4. Por disolución o liquidación de cualquiera de las partes. 5. Por orden de autoridad competente. 6. Por finalización del contrato de concesión celebrado entre el prestador del servicio de aseo y la UAESP, por cualquier causa.”*

Para el Tribunal son taxativas las causales pactadas en el Otrosí No. 1, incluida la del numeral 1, que ofrece la posibilidad de terminar el Convenio por mutuo acuerdo, motivo por el cual, en el caso *sub iúdice* el Tribunal no advierte la existencia de la causal de dar por terminado el Convenio de manera unilateral.

---

<sup>70</sup> El artículo 1518 del C.C. consagra: “No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

El artículo 1864 del mismo C.C. dispone: “El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen (...)”.

### 2.2.5.6. RÉGIMEN APLICABLE Y MODIFICACIÓN

En la cláusula Décima Sexta del Convenio las partes expresamente pactaron que el Convenio se regiría en general por las normas civiles y comerciales y por la normatividad regulatoria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA.

Así mismo, consistente con la anterior previsión, en la cláusula Vigésima Tercera las partes acordaron que si a juicio de cualquiera de las partes se presentan cambios que modifiquen sustancialmente las condiciones vigentes, las partes se deberán poner de acuerdo para incorporar la modificación iniciando el procedimiento de la etapa de negociación directa prevista en la regulación.

Estas dos reglas dejan ver con claridad, que las partes privilegiaron el acuerdo de voluntades regido por el derecho privado en conjunto con la regulación de la Ley 142.

### 2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO

Es pertinente señalar, como se reseñó, que la regla general de los actos y contratos que celebran las empresas de servicios públicos domiciliarios es que se rigen por lo previsto en la misma Ley 142 de 1994 y en lo no previsto expresamente se rigen por la autonomía contractual consagrada el derecho privado, es decir el Código Civil y el Código de Comercio, como se desprende del mandato del artículo 32 de la Ley y los términos pactados en el Convenio por las partes.

Consecuentemente, es cierto que los contratos que celebren las empresas de servicios públicos no están únicamente regidos por la autonomía privada para contratar, toda vez que, como ya se advirtió, tales contratos están regidos por lo previsto en la misma Ley 142 de 1994 y en su defecto por la autonomía privada.

Además, el Convenio celebrado por las partes corresponde a la tipología de contrato enmarcado en un modelo negocial, referido especialmente según su objeto, a la prestación del servicio de facturación conjunta, sometido a la regulación de la Ley 142, asunto que resulta pacífico para las partes.

Así mismo, está probado en el proceso que las partes, si bien sometidas a la regulación, pudieron libremente ejercer la autonomía de la voluntad para pactar entre otros temas, los contratantes, determinar el valor, las obligaciones, objeto y alcance, y duración del servicio.

En consecuencia, la naturaleza jurídica del Convenio materia del presente litigio es un contrato de prestación o suministro de servicios, bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo, de valor indeterminado pero determinable, con una extensión temporal de tres (3) años, tiempo este renovable "*automáticamente por periodos iguales y sucesivos a la inicial*" (cláusula Sexta del Convenio), válidamente celebrado y generador de derechos y obligaciones para las partes. En

cuanto a lo no previsto expresamente, el convenio estuvo gobernado por la regulación aplicable -de manera subsidiaria- que se deriva de la Ley 142, el Código Civil y el Código de Comercio<sup>71</sup>.

## 2.4. LICITUD DEL CONVENIO

Como quiera que no está acreditado ni aducido vicio alguno de consentimiento, ni mucho menos constreñimiento de la EAAB en procura de la firma del Convenio, la Convocada debe cumplir con lo pactado en el referido instrumento negocial.

Concluye preliminarmente el Tribunal que tan libre es la empresa solicitante Promoambiental de seleccionar una empresa concedente que tenga las condiciones para optimizar la prestación del servicio público de aseo, que precisamente, libremente se inclinó por Enel Codensa<sup>72</sup> para suscribir un nuevo convenio y pactar con esta nueva empresa las cláusulas marco del mismo, fulminando unilateralmente el que aquí se ventila.

Lo anterior resulta de la mayor trascendencia para la presente controversia, pues permite arribar a la primera conclusión en torno a los efectos vinculantes del Convenio y el Otrosí No. 1 para las partes, las cuales quedaron vinculadas por los efectos de los referidos actos contractuales, y por tanto, deberán ajustar su conducta a lo allí incorporado. El hecho que la EAAB exija el cumplimiento de lo válidamente pactado, no es más que el ejercicio de una potestad contractual, circunstancia que conduce a acoger la pretensión No. 1 de la demanda.

En la primera pretensión de la demanda la EAAB ESP solicita al Tribunal declarar: "*que el Convenio PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO suscrito ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ -EAAB E.S.P. Y PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP es un negocio jurídico lícito y exento de vicios*". En el trámite del proceso la Convocada no objetó ni presentó excepción sobre la licitud del Convenio y guardó silencio en cuanto al reconocimiento de esta primera pretensión, por lo que el Tribunal declarará que ha de prosperar la primera pretensión de la demanda identificada con el No. 1 y se declarará que el Convenio es un negocio jurídico lícito y exento de vicios.

## 3. SOBRE LA RECLAMACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE EAAB FRENTE A PROMOAMBIENTAL

### 3.1. SOBRE LA RECLAMACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE EAAB POR LA TERMINACIÓN DEL CONVENIO POR PARTE DE PROMOAMBIENTAL DE LA PRETENSIÓN 2

---

<sup>71</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 29 de agosto de 2012. Exp. 21315 "*En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de las prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (art. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. del CCC.). La parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su contratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.*"

<sup>72</sup> Prueba por informe decretada y practicada. Respuesta oficio No. 0002-2021 certificación contrato de facturación conjunta y recaudo expedida por Thanya García Aranda Subgerente Clientes C2C Condesa SAS ESP.

### 3.1.1. PRETENSIÓN 2 A RESOLVER

La Convocante en su escrito de convocatoria solicita al Tribunal en la pretensión 2 que:

*"2. Se declare que PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP incumplió de manera grave y definitiva el convenio suscrito con la EAAB ESP al terminarlo de manera unilateral, abrupta y sin facultades para hacerlo.*

*2.1. Subsidiaria de la pretensión 2. (segunda): Se declare la ineficacia de la terminación unilateral del convenio por parte de PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP."*

### 3.1.2. POSICIÓN DE LAS PARTES

Este es un punto central en la discusión y conflicto entre las partes y motivo del presente litigio, es decir, si efectivamente Promoambiental incumplió el Convenio por la terminación unilateral del compromiso contractual válidamente celebrado y existente con EAAB. La decisión de terminación unilateral está aceptada y reconocida por Promoambiental, lo que es materia de controversia es si dicha terminación constituye o no un incumplimiento del Convenio.

#### 3.1.2.1. DE LA CONVOCANTE

EAAB fundamenta la anterior petición principal y subsidiaria indicando (hecho 22) que mediante comunicación PAD-2-20190815-715-TAR del 15 de agosto de 2019, Promoambiental le informó a la EAAB su decisión de terminar unilateralmente el Convenio de Facturación Conjunta a partir del 1 de septiembre 2019. Así mismo, afirma que la justificación de Promoambiental para dar por terminado el Convenio se basó en la mayor conveniencia para Promoambiental de suscribir otro convenio con la empresa de energía.

Para la EAAB el incumplimiento del Convenio por parte de Promoambiental se funda no solo en el hecho mismo de haber dado por terminado el Convenio sin estar facultado para ello, sino en que a esa fecha Promoambiental no había pagado siete facturas por los servicios de la EAAB (hecho 23) y no volvió a enviar la información para facturar el servicio de aseo a partir del ciclo P que se debía facturar el día 9 de septiembre de 2019 (hecho 30).

En el escrito de conclusión, la EAAB afirma que quedó probado que Promoambiental incumplió gravemente el Convenio dándolo por terminado de manera unilateral, abrupta y sin facultades para hacerlo. Para la Convocante, el representante legal de Promoambiental confesó en el interrogatorio de parte el incumplimiento. Así mismo, agrega que en el Convenio no existe una cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio que permitiera la terminación, ni es de aquellos tipificados en los cuales la Ley permite aplicar la terminación unilateral por incumplimiento y advierte que siempre se requiere, para la terminación, un pronunciamiento previo del juez y siempre la iniciativa procesal la

debe asumir la parte cumplida y el Convenio solo se puede terminar por el vencimiento del plazo o por orden del juez quien lo puede resolver por incumplimiento de la Convocada.

### 3.1.2.2. DE LA CONVOCADA

Promoambiental en su defensa afirma y argumenta que no es responsable ni debe resarcir ningún daño causado invocado, por cuanto la decisión de dar por terminado el Convenio de facturación conjunta es un derecho; el Convenio no está regido por la autonomía privada para contratar; el Convenio es una carga que puede ser liberada en cualquier tiempo; la terminación es justificada por cuanto está obligada legalmente a procurar que se haga efectivo el principio de eficiencia económica; y, que se trató de un caso de terminación unilateral *ad nutum*.

Para Promoambiental la decisión de dar por terminado el Convenio es un derecho que está soportado en el parágrafo 2 del artículo 2 del Decreto 2668 de 1999<sup>73</sup> que le autoriza a terminar el contrato en cualquier tiempo con la condición de que se hubiese celebrado otro convenio con una empresa de servicios públicos que garantice la continuidad de la prestación del servicio y la gestión de facturación y recaudo correspondiente.

Para la Convocada, el Convenio no está regido por la autonomía privada para contratar como lo afirma la Convocante, por cuanto las partes están obligadas a contratar; y el Convenio está reglado en las normas, incluido su contenido y la manera de pagar los costos derivados de su ejecución. Además, las partes no son libres para escoger cuándo y con quién celebrar el convenio toda vez que el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999 impone a las empresas prestadoras de servicios públicos la obligación de suscribir el convenio de facturación conjunta.<sup>74</sup> Para Promoambiental el citado Decreto 2668 de 1999 no solo impone el deber de suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; y de asegurar su continuidad; sino que: i) le prohíbe dar por terminados los convenios de facturación conjunta vigentes, mientras no se garantice la celebración de un nuevo contrato de facturación conjunta con otra empresa prestadora de servicios públicos (artículo 2º., parágrafo 2º.; artículo 3º., parágrafos 1º. y 2º. y artículo 4º.); y ii) le limita la posibilidad de cobrar conceptos distintos de los costos directos marginales ocasionados por la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado.

Adicionalmente, Promoambiental afirma que el Convenio no está diseñado como un negocio para obtener utilidades por parte de la empresa que presta el servicio sino al contrario es una carga, y por tanto si el Convenio es más una carga que se le impone, entonces es posible que por decisión de quien le impuso la carga lo libere de ella mediante la terminación unilateral del Convenio sin que medie justa causa.

---

<sup>73</sup> El Parágrafo 2º del artículo 2 del decreto 2668 de 1999 dispone: "No se podrán dar por terminados los convenios de facturación conjunta vigentes, hasta tanto no se garantice la celebración de un nuevo contrato con otra empresa prestadora de servicios públicos".

<sup>74</sup> Decreto 2668 de 1999. Artículo 4º. Obligaciones. Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Así mismo, la Convocada argumenta, que tenía la obligación de dar por terminado el Convenio para poder cumplir con el principio de eficiencia económica en la prestación del servicio contenido en la Ley 142 de 1994 y de esa manera aumentar sus ingresos con un mayor número de usuarios y con un mayor reconocimiento por factura.

Finalmente, en esta excepción Promoambiental afirma en su defensa que este es un caso de terminación unilateral *ad nutum*, según la cual depende solo de la voluntad de una de las partes, es potestativo porque no requiere una justa causa, y permite poder fin a la relación convencional sin necesidad de acudir a un juez cuya intervención es innecesaria dado el carácter de la terminación que no requiere verificación de la ocurrencia de un hecho que la habilite y basta con que se comunique a la otra parte.

### **3.1.3. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Con respecto a las pretensiones principal 2.0 y subsidiaria 2.1 del escrito de la Convocante, el concepto del Agente del Ministerio Público en los numerales 3.3.7., 3.3.8. y 3.3.9 analiza ampliamente todos los argumentos de la Convocada, para sustentar la invocada facultad legal para dar por terminado unilateralmente el Convenio. Al respecto observa el Ministerio Público que, ni dentro de las causales de terminación del Convenio, previstas en la cláusula Vigésima Segunda, adicionada con la cláusula Sexta del Otrosí N° 1, suscrito el 24 de agosto de 2018, ni en ninguna otra, se encuentra contemplada la terminación unilateral a favor de alguna de las partes. Analizado el alcance del párrafo 2° del artículo 2° del Decreto 2668 de 1999, para el Ministerio Público dichas disposiciones se refieren a la garantía de la existencia y de la continuidad de un contrato de facturación conjunta, y a la facultad de elección de la empresa con la cual facturar, pero no se consagra, ni se puede deducir de ellas, que la empresa solicitante tenga la facultad de dar por terminado unilateralmente un contrato o convenio de facturación conjunta.

El Ministerio Público concluye, con respecto a los argumentos de excepción de la Convocada, que de conformidad con las normas citadas, con la jurisprudencia invocada, con las pruebas aportadas y practicadas, y con los razonamientos expuestos en el concepto, se encuentra que analizadas las disposiciones previstas en el Convenio, los argumentos invocados, y transcritas las disposiciones legales citadas por la empresa Convocada como sustento de que cuenta con la facultad legal para dar por terminado el Convenio de manera unilateral, el Agente del Ministerio Público, de una parte, observa que, ni dentro de las causales de terminación del Convenio, previstas en la cláusula Vigésima Segunda, adicionada con la cláusula Sexta del Otrosí N° 1, suscrito el 24 de agosto de 2018, ni en ninguna otra, se encuentra contemplada la terminación unilateral a favor de alguna de las partes.

Así mismo afirma el Agente del Ministerio Público, que, en cuanto a las disposiciones legales invocadas por la Convocada, se establece que las mismas se refieren a la garantía de la existencia y de la continuidad de un contrato de facturación conjunta, y a la facultad de elección de la empresa

con la cual facturar, pero no se consagra, ni se puede deducir de ellas, que la empresa solicitante tenga la facultad de dar por terminado unilateralmente un contrato o convenio de facturación conjunta.

Finalmente, el Agente del Ministerio Público conceptúa que, con respecto a los argumentos expuestos por la parte pasiva del proceso para sustentar la decisión de la terminación unilateral del convenio, que las regulaciones sobre la materia, ni ellas, ni la eficiencia económica para el solicitante, ni el aumento del catastro de usuarios, permiten concluir que Promoambiental tuviera la facultad legal para terminar unilateralmente el convenio de facturación conjunta.

### **3.1.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

El Tribunal para examinar la pretensión principal 2 y la subsidiaria 2.1 del escrito de convocatoria procede a realizar las siguientes consideraciones de hecho y de derecho.

#### **3.1.4.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

El problema jurídico concreto que se plantea para resolver la pretensión principal 2 y la subsidiaria 2.1 de la demanda, es establecer si Promoambiental contaba o no con facultad legal para dar por terminado anticipadamente y de manera unilateral el Convenio de facturación conjunta del servicio público de aseo celebrado válidamente con la EAAB.

Para abordar el anterior problema jurídico asociado a la pretensión 2 se examina la excepción de "ausencia de responsabilidad del "solicitante" por encontrarse en ejercicio de un Derecho" planteada por Promoambiental como explicación a su conducta. Para el efecto, el Tribunal hace las siguientes consideraciones preliminares.

##### **3.1.4.1.1. EL DECRETO 2668 DE 1999 Y LA FACTURACIÓN CONJUNTA PARA EL COBRO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ASEO**

En un punto previo y preliminar en este Laudo el Tribunal examinó la regulación aplicable al servicio de facturación conjunta para el cobro del servicio público domiciliario de aseo de la Ley 142 de 1994.

En desarrollo de los artículos 146 y 147 de la Ley 142 de 1994, el Gobierno Nacional reglamentó el concepto de facturación conjunta mediante el Decreto reglamentario 2668 de 1999 cuyas normas fueron posteriormente recopiladas y modificadas en el Decreto 1077 de 2015<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> El Decreto 1077 de 2015 establece lo siguiente con respecto a la facturación conjunta: ARTICULO 2.3.2.2.4.1.96. Facturación conjunta del servicio público de aseo. Quienes presten cualquiera de los servicios públicos a los que se refiere la Ley 142 de 1994, prestarán oportunamente el servicio de facturación conjunta a las personas prestadoras del servicio de aseo, reconociendo por tal actividad el costo de estas más una utilidad razonable. En los casos en que en el convenio de facturación conjunta se haya acordado el recaudo, el prestador responsable de esta actividad deberá transferir al prestador del servicio de aseo las sumas recaudadas en un plazo no mayor a treinta (30) días. (Decreto 2981 de 2013, art. 97).  
CAPÍTULO 2

Los textos del Decreto 2668 de 1999 que interesan a esta controversia son los siguientes:

*Artículo 1º. Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplica a todas las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de las que trata la Ley 142 de 1994.*

*Artículo 2º. Liquidación del servicio de facturación. Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, sólo podrán cobrar a la empresa solicitante del servicio de facturación conjunta, el valor de los costos directos marginales que signifique la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado generados por causa de la modificación del sistema existente.*

*La determinación de dichos costos, se harán con base en los análisis de costos unitarios.*

*Parágrafo 1º. Las Comisiones de Regulación, reglamentarán el cobro que por facturación puedan realizar las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación del presente decreto.*

**Parágrafo 2º. No se podrán dar por terminado los convenios de facturación conjunta vigentes, hasta tanto no se garantice la celebración de un nuevo contrato con otra empresa prestadora de servicios públicos.** (Subrayado fuera de texto)

---

**FACTURACIÓN CONJUNTA.**

**ARTICULO 2.3.6.2.1. Ámbito de aplicación.** El presente capítulo se aplica a todas las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de las que trata la Ley 142 de 1994.

**ARTICULO 2.3.6.2.2. Liquidación del servicio de facturación.** Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, sólo podrán cobrar a la empresa solicitante del servicio de facturación conjunta, el valor de los costos directos marginales que signifique la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado generados por causa de la modificación del sistema existente.

*La determinación de dichos costos, se harán con base en los análisis de costos unitarios.*

**Parágrafo 1º. No se podrán dar por terminado los convenios de facturación conjunta vigentes, hasta tanto no se garantice la celebración de un nuevo contrato con otra empresa prestadora de servicios públicos.**

**Parágrafo 2º. Costos directos de facturación.** Son los costos en que incurre la entidad prestadora del servicio público domiciliario para generar la factura, distribuirla a sus usuarios y hacer el recaudo por todo concepto.

*(Decreto 2668 de 1999, art. 2).*

**ARTICULO 2.3.6.2.3. Libertad de elección.** Para estos efectos la facultad de elección de empresa solicitante la facturación es absolutamente potestativa de la empresa prestadora del servicio de saneamiento básico.

**Parágrafo 1º. Empresa solicitante.** Es la entidad que presta el o los servicios de saneamiento básico y que requiere facturar en forma conjunta con otra empresa de acuerdo a lo establecido en el artículo 147 de la Ley 142/94.

**Parágrafo 2º. Empresa concedente.** Es la empresa que a juicio de la empresa solicitante brinda o tiene las condiciones para poder facturar en forma conjunta.

*(Decreto 2668 de 1999, art. 3).*

**ARTICULO 2.3.6.2.4. Obligaciones.** Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

*El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante.*

*(Decreto 2668 de 1999, art. 4).*

*Parágrafo 3º. Costos directos de facturación. Son los costos en que incurre la entidad prestadora del servicio público domiciliario para generar la factura, distribuirla a sus usuarios y hacer el recaudo por todo concepto.*

*Artículo 3º. Libertad de elección. Para estos efectos la facultad de elección de empresa solicitante la facturación es absolutamente potestativa de la empresa prestadora del servicio de saneamiento básico. (Subrayado fuera de texto)*

*Parágrafo 1º. Empresa solicitante. Es la entidad que presta el o los servicios de saneamiento básico y que requiere facturar en forma conjunta con otra empresa de acuerdo a lo establecido en el artículo 147 de la Ley 142/94.*

*Parágrafo 2º. Empresa concedente. Es la empresa que a juicio de la empresa solicitante brinda o tiene las condiciones para poder facturar en forma conjunta.*

*Artículo 4º. Obligaciones. Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (Subrayado fuera de texto)*

*El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante.*

*Artículo 5º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.*

#### **3.1.4.1.2. ARGUMENTOS DE LA EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE LA CONVOCADA**

A continuación, el Tribunal analiza los argumentos expuestos por la Convocada dentro de la excepción denominada *Ausencia de responsabilidad del "solicitante" por encontrarse en ejercicio de un Derecho* para justificar su conducta y desechar la pretensión principal 2 y la subsidiaria 2.1 de la demanda.

##### **3.1.4.1.2.1. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONVENIOS DE FACTURACIÓN CONJUNTA COMO UN DERECHO DE LA CONVOCADA**

Promoambiental afirma que dio por terminado el Convenio celebrado previamente de manera anticipada por cuanto ejerció válidamente el derecho previsto en el parágrafo 2 del artículo 2 del Decreto Reglamentario 2668 de 1999 contenido en el parágrafo 1 del artículo 2.3.6.2.2. del decreto

1077 de 2015. Según como lo entiende Promoambiental puede dar por terminado los convenios de facturación conjunta vigentes, cuando haya garantizado la celebración de un nuevo contrato con otra empresa prestadora de servicios públicos.

En el expediente efectivamente está acreditado mediante prueba que Promoambiental celebró un Convenio de facturación conjunta con Enel Codensa con fecha de inicio el 9 de agosto de 2019 con un objeto similar al Convenio celebrado con la EAAB y con un plazo de duración de siete (7) años<sup>76</sup>, en consecuencia con ello la Convocada entiende que cumplió la condición del decreto reglamentario citado y, consecuentemente adquirió el derecho a dar por terminado el Convenio existente con la EAAB antes de su terminación, como efectivamente hizo.

Para resolver este punto, el problema jurídico se centra en la interpretación y alcance del párrafo 2 del artículo 2 del Decreto 2668 de 1999 y determinar si efectivamente contiene o no el derecho que invoca la Convocada.

Para el Tribunal evidentemente la normatividad que regula los servicios públicos domiciliarios, puede y efectivamente establece derechos a favor de las empresas de servicios públicos en desarrollo del artículo 365 de la C.P. como parte del régimen legal de regulación de los servicios y siempre con el objetivo de lograr la finalidad de la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio.

Sin embargo, para este caso, hay que dilucidar si la norma particular invocada efectivamente contiene un derecho que puede ejercerse en los términos y condiciones que afirma la Convocada y con los efectos que ella aduce sobre la misma.

Un primer alcance obvio que se evidencia del párrafo 2 del artículo 2 del Decreto 2668 de 1999 es el de que el regulador establece una prohibición de no dar por terminados los convenios de facturación conjunta vigentes hasta que no se haya garantizado la celebración de otro, lo cual para el Tribunal significa que lo que pretende la norma es asegurar la continuidad de la facturación del servicio público domiciliario que se cobra. Este primer alcance tiene naturaleza de obligación consistente en exigir a la empresa prestadora del servicio público contar previa o concomitantemente con un convenio que reemplace el convenio que pretende dar por terminado, para asegurar el deber que tiene de facturar oportunamente el servicio a sus usuarios. Para el Tribunal esta lectura de la norma es clara y consistente con la naturaleza y continuidad de los servicios públicos y con la interpretación que le concedió el Consejo de Estado cuando afirmó que las obligaciones y restricciones que estableció el decreto 2668<sup>77</sup>:

---

<sup>76</sup> Prueba por informe decretada y practicada. Respuesta oficio No. 0002-2021 certificación contrato de facturación conjunta y recaudo expedida por Thanya García Aranda, Subgerente Clientes C2C de Codensa S.A. E.S.P.

<sup>77</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil uno (2001), Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6421-01(6421).

---

*"En sentir de esta Sala, la obligación para las entidades prestadoras de otros servicios públicos domiciliarios de prestar a las de aseo y alcantarillado el servicio de facturación, salvo que medien razones técnicas insalvables comprobables - ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - que justifiquen la imposibilidad de hacerlo; el deber de suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; y de asegurar su continuidad; la consiguiente prohibición de dar por terminados los convenios de facturación conjunta vigentes, mientras no se garantice la celebración de un nuevo contrato de facturación conjunta con otra empresa prestadora de servicios públicos (artículo 2º., párrafo 2º.; artículo 3º., párrafos 1º. y 2º. y artículo 4º.) ; la prohibición de cobrar conceptos distintos de los costos directos marginales ocasionados por la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado, así como el deber de determinar los costos con base en los análisis de costos unitarios (artículo 2º.), constituyen concreción constitucionalmente válida de los límites impuestos a la autonomía privada, a la libre actividad económica y a la iniciativa privada en aras de la prevalencia del interés general y el bien común (artículo 333 C.P.). Asimismo, tienen fundamento en la función social de la empresa y de la finalidad social inherente a los servicios públicos domiciliarios, cuya prestación, especialmente tratándose de servicios básicos -agua potable, aseo público y alcantarillado- constituye principalísimo deber del Estado (artículos 1º., 2º., 333, 334 y 365 a 370 C.P.)"*

(...)

*Síguese de lo anterior que el derecho a la libre iniciativa privada, la libertad económica, la libertad de empresa, la libre competencia económica y la autonomía privada no son derechos absolutos. A ellos se superpone la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que aseguren la continuidad en la prestación de los servicios de saneamiento básico, pues como bien lo señala el artículo 365 los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es deber de las autoridades intervenir en los servicios públicos para asegurar su prestación eficiente y oportuna.*

*Fuerza es concluir que bien puede el Presidente, en ejercicio de sus competencias constitucionales de intervención en esta materia, por razones de interés público, hacer obligatoria la facturación conjunta de los servicios públicos domiciliarios con el de aseo y alcantarillado, por excepción al carácter facultativo, de autonomía de la voluntad y de libertad de empresa que, por regla general y salvo estas razones, establecen los artículos 333, 334 y 365 a 370 C.P. y la Ley 142 de 1994 que los desarrolla en el campo de los servicios públicos domiciliarios."*

Para el Tribunal un segundo alcance que se deduce de lo anterior, es que efectivamente según la norma que se analiza, no se altera la regla general de derecho en cuya virtud los convenios de facturación conjunta pueden darse por terminados por voluntad de las partes interesadas, una vez cumplido el requisito anterior. Este alcance se predica del hecho que la redacción analizada no contiene una prohibición expresa y la lectura de la misma, a *contrario sensu*, implica que cumplido el requisito puede darse por terminado por las partes el Convenio.

Sin embargo, lo que no es evidente para el Tribunal es que el texto de la norma invocada regule la forma y condiciones en que la terminación de los convenios puede llevarse a cabo, ni tampoco la norma establece el derecho a dar por terminado el Convenio de manera unilateral.

En la regulación de los servicios públicos domiciliarios en desarrollo de la Ley 142 de 1994 existen múltiples eventos donde confluye la libertad de pacto con base en el régimen del derecho privado con la regulación especial impuesta por el derecho público sobre estas materias. Este es un tema que ha tenido múltiples análisis jurisprudenciales. Por una parte, la prestación de servicios públicos, es una actividad que puede ser ejercida por los particulares, pero siempre sometida a la intervención y regulación del Estado por mandato del artículo 365 constitucional y sobre la cual la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades, entre ellas a través de la Sentencia C- 150 del 2003.

Por otra parte, en la sentencia C-66 de 1997 la Corte Constitucional reconoce que el artículo 365 constitucional, que organiza los servicios públicos, no determina expresa y menos privativamente si el régimen legal es de derecho público o de derecho privado. Al respecto, la Corte aclara que simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin definir si el régimen prevalente es el de derecho público o privado. Por tal razón, el régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, se rige por las reglas de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, según los cuales dichos actos y contratos se pueden regir principalmente por lo estipulado por las partes conforme a los límites establecidos en la misma ley y en lo no previsto por el contrato o de manera especial en la ley de servicios públicos se aplican las normas del Código Civil y Comercial para esos actos y contratos.

Una vez identificada la regla general aplicable, es evidente que la Ley 142 de 1994 regula múltiples aspectos relacionados con los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, estableciendo reglas especiales que por lo general tienen carácter imperativo y en ocasiones tienen naturaleza optativa o subsidiaria, llamadas a llenar los vacíos que puedan existir en el acuerdo de las partes. Es de advertir, que igual esquema metodológico se encuentra presente en el Código Civil y el Comercial cuando tales estatutos regulan contratos nominados, lo que no implica que desaparezca completamente la autonomía de la voluntad de los contratantes.

#### **3.1.4.1.2.2. EL CONVENIO ES UNA CARGA QUE PUEDE SER LIBERADA EN CUALQUIER TIEMPO**

Promoambiental sustenta la excepción de mérito argumentando que el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999 impone a las empresas prestadoras de servicios públicos la obligación de suscribir el

convenio de facturación conjunta<sup>78</sup>. Para Promoambiental se trata de una carga que el Estado impone a las citadas empresas, como ya se señaló en el fallo del Consejo de Estado<sup>79</sup>.

Promoambiental insiste en que el citado Decreto 2668 *"no solo impone el deber de suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; y de asegurar su continuidad; sino que: i) le prohíbe dar por terminados los convenios de facturación conjunta vigentes, mientras no se garantice la celebración de un nuevo contrato de facturación conjunta con otra empresa prestadora de servicios públicos (artículo 2º., parágrafo 2º.; artículo 3º., parágrafos 1º. y 2º. y artículo 4º.) ; y ii) le limita la posibilidad de cobrar conceptos distintos de los costos directos marginales ocasionados por la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado."*

Para Promoambiental si el convenio se celebra por voluntad de una sola parte y aún contra la voluntad expresa del otro interviniente, y es una carga que se le impone a las empresas de servicios públicos, pues es perfectamente dable que por voluntad de quien impuso la carga a otra lo libere de ella mediante la terminación unilateral del convenio, sin que medie justa causa.

Con esta argumentación Promoambiental pretende sustentar su posición según la cual, las partes de un convenio de facturación conjunta no pueden pactar las condiciones de terminación y menos contra un derecho expreso de terminación unilateral contenido en el parágrafo 2 del artículo 2 del tantas veces citado decreto reglamentario. Como corolario del argumento de Promoambiental, si es una carga impuesta a una persona, a quien favorece dicha carga tiene el derecho de liberar la carga de la otra.

Esa carga, además de contar con la presunción de legalidad ha sido examinada por el Consejo de Estado <sup>80</sup>y la ha encontrado ajustada a la ley y la Constitución Política. Esta es una carga en contra de las demás empresas de servicios públicos domiciliarios y a favor de las empresas que prestan el servicio de aseo. La carga impuesta a las empresas de servicios públicos domiciliarios, constituye una obligación para tales empresas y un derecho correlativo de las empresas de aseo de solicitar y obtener ese servicio de facturación conjunta.

El derecho de las empresas de servicios públicos de aseo a recibir el servicio de facturación conjunta, según la regulación contiene las siguientes condiciones:

---

<sup>78</sup> Artículo 4º. Obligaciones. Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, en sentencia de catorce (14) de junio de dos mil uno (2001), bajo el radicado número 11001-03-24-000-2000-6421-01(6421): *"constituyen concreción constitucionalmente válida de los límites impuestos a la autonomía privada, a la libre actividad económica y a la iniciativa privada en aras de la prevalencia del interés general y el bien común (artículo 333 C.P.). Asimismo, tienen fundamento en la función social de la empresa y de la finalidad social inherente a los servicios públicos domiciliarios, cuya prestación, especialmente tratándose de servicios básicos -agua potable, aseo público y alcantarillado constituye principalísimo deber del Estado (artículos 1º., 2º., 333, 334 y 365 a 370 C.P.)"*

<sup>80</sup> Supra.

- a) La empresa de aseo puede decidir contratar o no el servicio de facturación conjunta y además escoger libremente cuál empresa será la que le preste el servicio de facturación conjunta<sup>81</sup>.
- b) Las empresas cuentan con un régimen de libertad regulada del valor del servicio de facturación, es decir el valor que la empresa de aseo debe cancelar puede pactarse<sup>82</sup>, pero en todo caso deberá tener como techo límite los costos eficientes que la regulación previamente ha identificado más una utilidad razonable<sup>83</sup>.
- c) La empresa de aseo tiene derecho a que le garanticen la continuidad del servicio de facturación conjunta y no le podrán imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante<sup>84</sup>.
- d) La empresa de aseo puede pactar libremente la duración del Convenio<sup>85</sup>.

Analizadas las pruebas que obran en el expediente, para el Tribunal está plenamente demostrado, reconocido por ambas partes y es incontestable, la existencia de un negocio jurídico válidamente celebrado entre ellas, mediante el que se convino la provisión del servicio de facturación conjunta entre EAAB y Promoambiental. Es el contrato convenido por las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad y conforme al ordenamiento superior el que en primer lugar gobierna los términos, condiciones, requisitos y alcances de los compromisos recíprocos que cada uno de los contratantes decidió, libre y espontáneamente, asumir frente a la otra parte, que naturalmente están en el deber de honrar, respetar y cumplir en la forma y por el tiempo pactado.

Examinada la regulación de las empresas de aseo, el Tribunal encuentra que ellas tienen un amplio margen de escogencia y de protección a su favor en materia del servicio de facturación conjunta incluidos el derecho a la libre escogencia de suministrador de dicho servicio, la libertad de ejercer ese derecho cuantas veces se estime conveniente y pactar libremente las condiciones de terminación, salvo la condición impuesta por el parágrafo 2 del artículo 2 del Decreto 2668 de 1999. Esa libertad de pacto que la regulación le concede a las empresas de aseo, incluye igualmente aceptar la limitación de su propio derecho, por ejemplo, pactando una limitación temporal al ejercicio de su libertad.

Por tal razonamiento, y no habiendo a juicio del Tribunal norma imperativa alguna que impida que una empresa de aseo limite su derecho de libre escogencia, no se encuentra fundamento alguno

---

<sup>81</sup> Resolución 151 de 2001. ARTÍCULO 1.3.22.2 LIBERTAD DE SELECCIÓN. Es potestativo de la persona prestadora del servicio de saneamiento básico la elección de la persona prestadora concedente con la que suscribirá el convenio de facturación conjunta.

<sup>82</sup> Resolución 151 de 2001. ARTÍCULO 1.3.22.1 CONDICIONES DEL CONVENIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA. (...) n. Pago por el servicio de facturación conjunta: En el convenio se estipularán las condiciones de pago por parte de la persona prestadora solicitante, así como las sanciones en caso de mora.

<sup>83</sup> El Decreto 1077 de 2015. ARTICULO 2.3.2.2.4.1.96 y artículo 14 del Decreto 720 de 2015.

<sup>84</sup> Decreto 2668 de 1999. (...) Artículo 4°. *Obligaciones*. Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante.

<sup>85</sup> Promoambiental pactó con la EAAB tres (3) años mientras con Enel Codensa pactó siete (7) años.

que prohíba a las empresas de aseo, en desarrollo de su libertad comercial, establecer un término fijo durante el cual no ejercerán el derecho de libre escogencia, o convenir limitaciones sobre la libre escogencia o condicionar temporalmente el ejercicio de su derecho de libre escogencia.

En este evento, es decir habiendo la empresa de aseo válidamente limitado mediante un convenio su ejercicio del derecho de libertad de escogencia, tal limitación se constituye una obligación válidamente asumida. Es decir, la limitación al derecho a la libre elección puede ser materia del Convenio por voluntad de las partes, sin que ello constituya una violación de la regulación.

Consistente con el derecho a la libre escogencia, es la opción que ofrece la regulación en cuanto al término de duración del Convenio. La Resolución CRA 151 de 2001 establece:

*ARTÍCULO 1.3.22.1 CONDICIONES DEL CONVENIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA. Los convenios de facturación conjunta deben contener, como mínimo, las siguientes condiciones: (...)*

*o. Duración: En el convenio de facturación conjunta se fijará la duración, la cual será de tres (3) años, salvo que las partes acuerden un plazo diferente. (subrayado fuera de texto)*

La anterior regulación permite que las partes acuerden el término de duración del Convenio, pero si no lo hacen, la regulación llena el vacío y dispone que el Convenio debe tener una duración de tres (3) años. Por ejemplo, Promoambiental pactó una duración del Convenio con la EAAB a tres (3) años mientras pactó con Enel Codensa una duración de siete (7) años.

También el procedimiento previsto en la Resolución CRA 151 de 2001 para suscribir el convenio de facturación conjunta evidencia que las partes pueden ejercer libertad de negociación de los términos y condiciones del Convenio en la etapa de negociación directa. Así en esa etapa, las partes pueden llegar mediante negociación a un acuerdo en todos los aspectos que no estén expresamente regulados y sobre los cuales pueden pactar, entre los cuales está el término de duración del acuerdo, las condiciones de terminación y el precio del servicio el cual debe someterse al modelo de costos eficientes con la metodología previamente establecida por la CRA en la misma Resolución 151 de 2001. En el evento en que las partes no lleguen a un acuerdo o tengan discrepancias sobre algunas condiciones del convenio, la CRA podrá imponer las condiciones del servicio de facturación conjunta mediante acto administrativo particular y concreto, el cual es de obligatorio cumplimiento y tiene presunción de legalidad<sup>86</sup>.

Ahora bien, del examen de las estipulaciones contractuales válidamente convenidas por las partes, el Tribunal observa que los contratantes voluntaria y libremente no solo pactaron de manera expresa un término de vigencia para sus compromisos recíprocos, sino también definieron expresamente las causales de terminación del negocio jurídico, compromisos estos que no pueden

---

<sup>86</sup> Resolución 151 de 2001. ARTÍCULO 1.3.22.3 PROCEDIMIENTO PARA SUSCRIBIR EL CONVENIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA.

ser desconocidos, ni son contrarios a la regulación vigente, de manera que corresponden ser respetados y cumplidos a cabalidad de conformidad con la palabra dada al momento de la celebración del negocio jurídico.

En el Convenio celebrado entre la EAAB y Promoambiental en el parágrafo Cuarto del artículo Tercero, quedó preservado el derecho a la negociación directa en los eventos en que existan cambios en la estructura de la prestación del servicio de facturación conjunta, o cambios en la regulación, para lo cual las partes acordaron que tales cambios deberán ser incorporarlos al Convenio. Esa incorporación se deberá ajustar a la regulación vigente que exige el reinicio del procedimiento de negociación directa. En consecuencia, en esos eventos la incorporación se deberá realizar mediante un proceso de renegociación.

#### **3.1.4.1.2.3. LA CONVOCADA ESTÁ OBLIGADA LEGALMENTE A PROCURAR QUE SE HAGA EFECTIVO EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA ECONÓMICA**

Promoambiental fundamenta también la terminación del Convenio y la exoneración de responsabilidad, en razón a que está obligada legalmente a procurar que se haga efectivo el principio de eficiencia económica en la prestación del servicio y, por tanto, está en el deber de adoptar los correctivos necesarios en el caso de que detecte que algunas de las actividades necesarias para el cumplimiento de su misión se pueden desarrollar en forma más eficiente. Por ese motivo, Promoambiental afirma que decidió dar por terminado el Convenio con la Convocante dado que el catastro de usuarios de EAAB es insuficiente y que otras empresas de servicios públicos domiciliarios garantizan que el conjunto de suscriptores y usuarios del servicio sea mayor, con lo que el cobro para cada usuario pasa a ser menor como consecuencia de la mayor eficiencia en el proceso de facturación.

Promoambiental afirma con la decisión de cambiar el aliado en el convenio de facturación conjunta aumentó en casi un treinta (30%) por ciento el número de usuarios entre los que distribuye el valor total del servicio que presta, razón más que suficiente para que la decisión de cambiar el facturador esté justificada a la luz de los principios que obligan su actuación de conformidad con lo dispuesto por la Ley 142 de 1994.

Examinado el argumento de Promoambiental, el Tribunal no encuentra fundada dicha posición para considerar la validez de la terminación unilateral de un convenio celebrado. La mera conveniencia aun cuando ella está sugerida por un principio legal de la prestación del servicio público domiciliario y se haya probado en el proceso, no es causa ni justificación legal suficiente para desconocer los compromisos contractuales previamente adquiridos o para culminarlos unilateral e intempestivamente, de manera inconsulta so pretexto de una mayor eficiencia, que puede efectivamente alcanzarse, pero sin violentar los contratos ya celebrados.

Como ha quedado demostrado en este Laudo, la regulación de las empresas de aseo establece el derecho a escoger libremente con quien contratar el servicio de facturación conjunta. Dentro de ese

ejercicio, Promoambiental pudo evaluar previamente las condiciones de eficiencia o no de las distintas empresas que ofrecían la facturación conjunta y de la que finalmente seleccionó; pero una vez se ejerce ese derecho a escogencia y celebran los convenios respectivos ninguna de las partes pueden soslayarlos, sino conforme a las reglas pactadas por los contratantes y, en su defecto, con arreglo a las previstas en el derecho común, es decir, de común acuerdo entre quienes las celebraron y adquirieron.

Adicionalmente, las empresas de aseo tienen la posibilidad de acordar los términos, plazos y demás condiciones no reguladas de los convenios, a fin de asegurar cumplir con los principios legales a que están obligados, incluido el de eficiencia. Es decir, es responsabilidad de la empresa de servicios públicos de aseo asumir el riesgo asociado con el eventual incumplimiento de los principios legales a que está sujeto derivado de una equivocada decisión o escogencia de sus contratistas o colaboradores. En otros términos, a una parte de un contrato no le es dable trasladar a la otra un riesgo que es enteramente de la primera y, menos, pretender justificar su incumplimiento contractual, so pretexto de la ocurrencia o materialización del riesgo que ella misma asumió. El riesgo del incumplimiento del principio de eficiencia no es un riesgo compartido por las partes, sino exclusivo de la empresa de aseo y, por ende, debe asumir el costo asociado al mismo.

Así mismo, Promoambiental conocía o por lo menos debía conocer, antes de celebrar el Convenio, cuáles eran las condiciones y características de la base de usuarios de la EAAB y aun así decidió libremente celebrar el Convenio con esa empresa, por tanto, no resulta probado que esa información haya sido un motivo sobreviniente suficiente para justificar la decisión de dar por terminado unilateral e intempestivamente el Convenio previamente celebrado con EAAB.

#### **3.1.4.1.2.4. EL CONVENIO NO LE GENERA BENEFICIO A LA EAAB**

Promoambiental en esta excepción de mérito argumenta que el Convenio no está diseñado como un negocio para obtener utilidades por parte de la empresa que presta el servicio sino al contrario, solo le permite cobrar "*los costos directos marginales*" y regulaciones posteriores le reconocen "*utilidades razonables*" o finalmente, más precisamente un "*margen de gestión*" que inicialmente fue calculado como un máximo de (8%) ocho por ciento de los costos y últimamente fue incorporado en las tarifas techo que adoptó la autoridad regulatoria. Esta excepción buscaría contrarrestar las pretensiones económicas del Convocante.

Para el Tribunal, esta excepción no es consistente con las reglas establecidas en la regulación por cuanto, desde el punto de vista regulatorio, el costo que debe pagarse por los servicios de facturación conjunta debe reponer los costos más una utilidad razonable<sup>87</sup>. Así mismo, tampoco la Convocada acreditó que el Convenio estuviera pactado para generar pérdidas a la EAAB y como es evidente, de las pruebas que reposan en el expediente y del negocio jurídico mismo, el Convenio

---

<sup>87</sup> Decreto 1077 de 2015. ARTICULO 2.3.2.2.4.1.96. *Facturación conjunta del servicio público de aseo*. Quienes presten cualquiera de los servicios públicos a los que se refiere la Ley 142 de 1994, prestarán oportunamente el servicio de facturación conjunta a las personas prestadoras del servicio de aseo, reconociendo por tal actividad el costo de estas más una utilidad razonable.

celebrado era oneroso, bilateral y conmutativo, de manera que por su naturaleza es de aquellos que benefician a las dos partes contratantes y no solo a una de ellas, motivo por el cual no puede tampoco prosperar la terminación unilateral del contrato, sobre la base de no derivar beneficios para la otra parte, pues ello no solo no es exacto sino además contrario a la naturaleza misma del negocio y de las estipulaciones convenidas entre los contratantes.

#### **3.1.4.1.2.5. ESTE ES UN CASO DE TERMINACIÓN UNILATERAL *AD NUTUM***

Promoambiental afirma que la terminación efectuada al Convenio se trata de un caso de terminación unilateral *ad nutum* que, como su nombre lo indica, depende solo de la voluntad de una de las partes, es potestativo porque no requiere una justa causa, ni se trata de una consecuencia de un eventual incumplimiento, es liberatorio porque pone fin a la relación convencional sin necesidad de acudir a un juez cuya intervención es innecesaria dado el carácter de la terminación que no requiere verificación de la ocurrencia de un hecho que la habilite y basta con que se comunique a la otra parte. Por tal razón, para Promoambiental la terminación unilateral, es el ejercicio de una facultad que no puede ser fuente de responsabilidad como lo solicita la Convocante.

Esta opción de dar por terminado un Convenio a voluntad efectivamente es de válida existencia en nuestro ordenamiento jurídico ya sea por mandato legal excepcional y expreso o en desarrollo de la regla de libertad contractual del artículo 1602 del C.C.

Para su aplicación al presente caso, habrá que determinar si su existencia y aplicación deviene de una norma legal o de la voluntad de las partes.

En cuanto al fundamento en una norma que así expresamente lo establezca, nos remitimos al análisis previo del alcance de la regulación sobre la facturación conjunta contenida en el decreto 2668 de 1999 y sus modificaciones, según el cual este Tribunal no encuentra fundamento regulatorio para acreditar el derecho de la convocada a dar por terminado unilateralmente el Convenio como lo aduce. Adviértase que de conformidad con la Ley 142 de 1994 las cláusulas exorbitantes de terminación, interpretación y caducidad si bien son admisibles en los contratos sometidos a dicha ley, requieren pacto especial y expreso, que el Tribunal no encuentra que haya existido ni se encuentra reconocido en las estipulaciones del contrato celebrado entre EAAB y Promoambiental.

En cuanto a que la terminación unilateral sea producto de la voluntad o acuerdo previo entre los contratantes, o que esté contenida expresamente en el Convenio producto del acuerdo de las partes, este Tribunal advierte que el texto del Convenio no contiene regulación alguna expresa que contenga ese derecho para alguno de los contratantes, razón por la cual se somete a la regla general del derecho común que impone que los contratos celebrados son ley para los contratantes y que no pueden ser desconocidos sino por voluntad y común acuerdo de las partes contratantes o por decisión judicial.

Es más, como ya lo advirtió el Tribunal, el texto del Convenio indica con claridad que la voluntad de las partes fue acordar un término de duración de tres (3) años, pero han podido pactar menos o más.

Esta previsión es igualmente consistente con el término previsto para este tipo de convenios por la regulación contenida en la Resolución CRA151 antes analizada.

Igualmente, el Convenio en la Clausula Vigésima Segunda establece las causales de terminación<sup>88</sup> y examinada la misma el Tribunal no encuentra prevista la causal de terminación unilateral como se advirtió en un aparte previo de este Laudo.

Por lo tanto, como el artículo 1.3.22.1 de la Resolución 151 de 2001, entre las condiciones mínimas del convenio de facturación conjunta no incluye las condiciones de terminación del convenio, de manera que corresponde a las partes, en desarrollo de la autonomía de su libertad, la libre negociación pactar de común acuerdo esas causales, como efectivamente la EAAB y Promoambiental lo acordaron. Sin embargo, revisado el listado de causales, no está prevista la terminación unilateral antes de término, lo que confirma que el Convenio se negoció y suscribió en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero ajustado a las condiciones impuestas por la regulación vigente para la fecha.

### 3.1.4.2. CONCLUSIONES

El Tribunal con respecto a la pretensión 2 principal del escrito de demanda la Convocante, y evaluados los argumentos de las partes, las excepciones invocadas por la Convocada y las pruebas decretadas y practicadas en la etapa probatoria del proceso, concluye que esta pretensión tiene vocación de prosperar por cuanto le asiste la razón a la EAAB en cuanto que el Convenio tenía pactado un término de tres (3) años y no se había pactado la terminación unilateral del Convenio por una de las partes antes de su terminación.

El Tribunal igualmente encuentra que no le asiste razón a la Convocada en cuanto a que contaba con un derecho de naturaleza legal para dar por terminado el Convenio de manera unilateral antes de su terminación y, en consecuencia, hay fundamentos para declarar que Promoambiental incumplió de manera grave el Convenio suscrito con la EAAB al terminarlo de manera unilateral, abrupta y sin facultades para hacerlo.

Por esta misma razón no prospera la excepción alegada por Promoambiental con la que particularmente se opuso a lo pretendido en esta reclamación, a saber, "2. Ausencia de responsabilidad del "solicitante" por encontrarse en ejercicio de un derecho".

---

<sup>88</sup> Cláusula Sexta del Otrosí No. 1, que modificó la cláusula vigésima segunda del convenio sobre "TERMINACIÓN".

Teniendo en consideración la prosperidad de la pretensión 2 principal el Tribunal no acometerá el estudio de la subsidiaria que se formuló respecto de la misma, esto es, la 2.1., dado que esta última está condicionada al fracaso de aquella.

**3.2. SOBRE LA RECLAMACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE EAAB POR EL NO PAGO DE FACTURAS POR PARTE DE PROMOAMBIENTAL S.A.S. E.S.P. A QUE SE REFIEREN LAS PRETENSIONES NOS. 4, 5, 6, 7, 8, 9 Y 10**

El Tribunal para el efecto de su análisis y consideración agrupa las pretensiones sobre la reclamación por el no pago de facturas contenidas en las pretensiones 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.

**3.2.1. PRETENSIONES NOS. 4, 5, 6, 7, 8, 9 Y 10 A RESOLVER**

El tenor de las pretensiones puestas a consideración en relación con este punto, que como ya se indicó se trata de las números 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10, es el siguiente:

*"4. Se declare que PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP incumplió el convenio suscrito con la EAAB ESP al no pagar a la EAAB sino hasta el 5 de septiembre de 2019 las facturas correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2018 y los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019.*

*5. Se declare que PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP. incumplió el convenio suscrito con la EAAB ESP al no pagar la factura a favor de la EAAB ESP correspondiente al mes de octubre de 2019 con fecha de exigibilidad del 9/01/2020 pese a que la misma fue expedida por la EAAB ESP y recibida, validada y aprobada por PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP. quebrantando el convenio de facturación conjunta suscrito respecto al pago de los usuarios facturados y servicios prestados durante esa vigencia mensual conforme a las obligaciones del convenio y del otro si suscrito entre las partes."*

En la subsanación de la demanda el apoderado de la Convocante aclaró esta pretensión de la siguiente forma:

*"1.2. Aclaro la fecha en números contenida en la pretensión 5, la que corresponde a: "con fecha de exigibilidad del 9/01/2020" atañe al 9 de enero de 2020."*

*"6. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP. a pagar la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA (\$338490) correspondiente al capital más el IVA facturado en esa mensualidad conforme se detalla en el cuadro anexo."*

*"7. Que como consecuencia de la declaración solicitada se condene a pagar los intereses de mora sobre el capital calculados desde la fecha exigibilidad hasta la fecha de presentación de*

*la demanda que ascienden a la suma de TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN PESOS M.CTE (\$39621) liquidados según se detalla en el cuadro anexo.*

En la subsanación de la demanda el apoderado de la Convocante aclaró esta pretensión de la siguiente forma:

*“1.3. En la pretensión 7 me refiero a la declaración solicitada en la pretensión 5”*

*8. Se declare que PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP. incumplió el convenio suscrito con la EAAB ESP al no pagar la factura a favor de la EAAB ESP correspondiente al mes de febrero de 2020 con fecha de exigibilidad del 26/03/2020 pese a que la misma fue expedida por la EAAB ESP y recibida, validada y aprobada por PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP. quebrantando el convenio de facturación conjunta suscrito respecto al pago de los usuarios facturados y servicios prestados durante esa vigencia mensual conforme a las obligaciones del convenio y del otro si suscrito entre las partes.*

*9. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP. a pagar la siguiente suma de QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$573.674) correspondiente al capital más el IVA facturado en esa mensualidad conforme se detalla en el cuadro anexo de liquidación.*

*10. Que como consecuencia de la declaración solicitada se condene a pagar los intereses de mora sobre el capital calculados desde la fecha exigibilidad hasta la fecha de presentación de la demanda que ascienden a la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS M.CTE (\$8409,00) liquidados según se detalla en el cuadro anexo y en la factura correspondiente.”*

Teniendo en cuenta que las pretensiones 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 tienen su origen en las diferencias surgidas de las facturas generadas como consecuencia del convenio de facturación conjunta sometido a examen del presente Tribunal, el estudio de dichas pretensiones se efectuará en conjunto, pero dividiéndolo en dos bloques: i) Las facturas que ya fueron pagadas; y, ii) Las facturas cuyo pago no ha sido efectuado.

En consecuencia, en primer término, será analizada la pretensión 4 y la problemática que a su alrededor se genera.

### **3.2.1.1. SOBRE LA PRETENSIÓN 4**

#### **3.2.1.1.1. POSICIONES DE LAS PARTES**

##### **3.2.1.1.1.1. DE LA CONVOCANTE**

La EAAB solicita la declaración pedida en la pretensión 4 de la demanda, sustentando entre sus argumentos que para el 15 de agosto de 2019 la Convocada estaba en mora respecto del pago de las facturas correspondientes a los meses de: **septiembre, octubre y noviembre de 2018 y febrero, marzo, abril y mayo de 2019** las cuales habían sido recibidas, validadas y aprobadas por la Convocada Promoambiental. Dice también la Convocante que dichas facturas fueron expedidas por ella por concepto de pago de los usuarios facturados y servicios prestados durante dichos meses conforme a las obligaciones derivadas del contrato y del otrosí suscrito entre las partes. Por último, la EAAB afirma que no existió tolerancia a la mora en dicho pago, pero acepta que dichas facturas si fueron pagadas por la Convocada el 5 de septiembre de 2019, posterior a una propuesta de pago de esta.

#### **3.2.1.1.2. DE LA CONVOCADA**

La Convocada Promoambiental manifiesta en relación con dicha pretensión 4 que, si bien a la terminación del Convenio existían saldos insolutos por facturas generadas por la prestación del servicio de facturación conjunta, estos fueron pagados en su totalidad con los intereses de mora previamente pactados. Sostiene la Convocada que dichos pagos de intereses fueron realizados a pesar de no haber mediado constitución en mora ni haberse previamente invocado la cláusula de apremio.

#### **3.2.1.1.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Agente del Ministerio Público solicita al Tribunal no acceder a dicha pretensión 4. Lo anterior, en el entendido que, de acceder a la pretensión 4 se debería consecuentemente acceder a lo pedido en la pretensión 11 la cual se refiere a la cláusula de apremio. En el sentido expresado, el Ministerio Público manifiesta que si bien el no pago oportuno de dichas facturas consistió en "un real incumplimiento", no por ello debe accederse a la cláusula penal de apremio. Bajo dicha premisa el Ministerio Público considera que la cláusula de apremio tiene la finalidad -durante la vigencia del contrato- de otorgar a la parte cumplida en la relación contractual una herramienta para lograr que la otra parte cumpla de manera oportuna y adecuada las obligaciones a su cargo. Sin embargo, si el contrato ya terminó -independientemente de la razón que sea- dicha cláusula de apremio ya no es procedente porque ya no hay obligaciones que cumplir y ya no es posible corregir lo que se estuviere haciendo mal. Concluye el Ministerio Público diciendo que la Convocante pudo haber hecho uso de esta facultad "*durante la vigencia del contrato*", pero no con posterioridad a su terminación.

#### **3.2.1.1.2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

##### **3.2.1.1.2.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

¿Es legítimo reclamar un incumplimiento de un contrato a partir del cumplimiento tardío de unas obligaciones dinerarias que fueron efectivamente pagadas por el deudor, adicionando intereses de

mora y mediando la aquiescencia del acreedor en el recibo de dicho pago extemporáneo? De ser así, ¿cuáles serían los efectos legales de dicha conducta?

**3.2.1.1.2.1.1. ANÁLISIS SOBRE LA POSICIÓN DE LAS PARTES Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En cuanto a lo pedido por la Convocante en la pretensión 4, el Tribunal observa que estas facturas fueron emitidas de manera legítima por la EAAB con ocasión del Convenio de facturación conjunta celebrado con Promoambiental. Ello por cuanto los referidos títulos valores contenían el cobro de unos valores fundados en los servicios de facturación conjunta realizado a los usuarios del servicio de aseo, en armonía con las obligaciones derivadas del Convenio y del otrosí suscrito entre dichas empresas.

Desde otra óptica, en el expediente obran unos documentos denominados "AYUDA DE MEMORIA" los cuales fueron elaborados en hojas con membrete y papelería de la Convocante. En dichos documentos constan varias reuniones celebradas entre delegados de Promoambiental y la EAAB donde estas empresas dejaron planteadas algunas posiciones con respecto a la terminación del Convenio, y adicionalmente, concertaron unas sumas que incorporaban los valores provenientes de las facturas adeudadas por la Convocada más unos intereses moratorios pactados por la mora en el pago de las mismas, así como unas fechas de pago de estos valores.

En las "ayudas de memoria" antes referidas, y en relación con las deudas existentes, Promoambiental y la EAAB plasmaron algunas actividades las cuales transcribimos a continuación:

AYUDA DE MEMORIA de fecha 16 de agosto de 2019:

(...) "**Se requiere planteamiento sobre la deuda**"

(...)

"**Promoambiental enviará Martes 20/2019 propuesta de pago de la operación**" (...)

AYUDA DE MEMORIA de fecha 22 agosto de 2019:

(...)

Reunión de: Revisión propuesta de pago facturas vencidas PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP y clausulado del convenio de facturación conjunta.

Se acuerda que este tema específico de verificación de los valores de las facturas adeudadas, e intereses se revisará en reunión el próximo lunes 26 de agosto en la EAAB ESP a las 9:00 AM.

(...)

AYUDA DE MEMORIA de fecha 27 de agosto 2019:

*"Reunión de: **Revisión facturas Promoambiental***

*Se da inicio a la reunión confirmando pago del mes de agosto de 2019 e intereses, los que se pagarán el día 15 de agosto*

*De 2018, pendiente: e intereses*

*Sept*

*Oct*

*Nov*

*Dic*

*De 2019, Pendiente*

*Febrero, Marzo, Abril, Mayo*

*Capital, IVA, intereses de mora de 2018 y 2019 a mayo*

**Total a pagar al 6 de septiembre \$1.696.995.153"**

*(...) (negrillas y subrayado fuera de texto)*

En otra pieza probatoria allegada al proceso por la EAAB consistente en un cuadro de Excel, se confirma que el valor recibido por la EAAB el 5 de septiembre de 2019 fue de **\$1.696.995.153**, es decir, el mismo monto que había sido pactado previamente en las reuniones precedentes -de manera libre y concertada- entre la Convocante y la Convocada.

Conforme a las pruebas anteriormente expuestas se observa que Promoambiental y la EAAB, posterior a la comunicación de terminación del contrato de fecha 15 de agosto de 2019 -emitida por Promoambiental-, generaron una dinámica mutua de negociación encaminada a concertar de manera directa los valores adeudados por la Convocada en ese momento -descritos en la pretensión 4 objeto de estudio- producto de lo cual dichas empresas solucionaron directamente a través de un acuerdo mutuo -con fuerza de transacción- las diferencias surgidas del pago de las mencionadas facturas.

A este efecto, cabe preguntarse entonces, si el pago extemporáneo de las facturas antes referidas el cual fue negociado y consentido por ambas partes ¿podría ser tipificado como un incumplimiento de contrato del cual la Convocante pueda exigir a la Convocada una sanción económica u otras declaraciones en su favor tal como se pretende en el presente trámite arbitral?

El Tribunal considera que la respuesta a la pregunta anterior debe darse de manera negativa. Varios argumentos sustentan esta manifestación. Si bien es cierto que desde el punto de vista cronológico las facturas mencionadas en la pretensión 4 fueron pagadas el cinco (5) de septiembre de 2019, es decir, varios meses después de su vencimiento, lo cual evidentemente constituye un pago tardío -al menos desde el punto de vista formal- no es menos cierto que este pago fue producto de una negociación directa realizada entre las partes en varias reuniones, que dio como resultado un arreglo libremente concertado, es decir, un pacto negocial que contiene un perfecto acuerdo de voluntades

celebrado entre la Convocante y la Convocada el cual puso fin -por voluntad de ambas partes- a las controversias surgidas de dichas facturas.

En adición, las sumas que fueron pagadas por la Convocada no solo incluyeron los valores derivados del capital contenido en las referidas facturas, sino que, además, incluyeron intereses moratorios con los cuales se resarcieron los perjuicios que pudo haber sufrido la Convocante con ocasión de la mora.

Nuestro argumento encuentra apoyo en el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional según las cuales el interés moratorio está destinado a cubrir los perjuicios derivados del pago tardío. Veamos:

*“Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación.” (negritas y subrayado fuera de texto)<sup>89</sup>*

No obstante, si los anteriores argumentos no fueran suficientes para desestimar la pretensión incoada, bastaría sin más decir que los pagos convenidos entre la Convocante y la Convocada, y efectuados en la forma como quedó atrás estudiado, se realizaron sobre un vínculo jurídico de contenido patrimonial, relacionado sobre derechos y obligaciones de libre disposición, es decir, de carácter desistible, y sin que mediara prohibición legal que lo impidiera. Lo anterior constituye un claro acuerdo de voluntades mediante el cual las partes resolvieron directamente una diferencia. El mencionado acuerdo -como quiera que se le denomine- tiene el vigor de un negocio jurídico idóneo con pleno cumplimiento de sus requisitos y, por ello, está destinado a generar los efectos legales que las partes acordaron desde su formación. Los efectos a los que nos referimos son jurídicamente aptos y eficaces de donde se desprende la vocación de extinguir las obligaciones que fueron objeto del pacto referido.

### 3.2.1.1.2.2. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto, el Tribunal estima que las facturas objeto de debate en dicha pretensión 4 fueron expedidas legítimamente por la Convocante con ocasión del Convenio de facturación conjunta celebrado entre la EAAB y Promoambiental. Así lo entendió la Convocada, de tal suerte que esta nunca objetó la validez de dichos títulos valores, y aunque tardíamente, al final terminó pagando todas las obligaciones y valores contenidos o derivados de dichas facturas, pago que el Tribunal igualmente estima legítimo.

---

<sup>89</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-604/12.

Desde otra óptica, el Tribunal disiente de la visión planteada por la Convocante según la cual esta no toleró la mora de la Convocada en relación con el pago de dichas obligaciones, y a partir de dicho enfoque, la Convocante pide al Tribunal efectuar una declaración de incumplimiento del Convenio en contra de la Convocada, con las sanciones que ello pueda acarrear de acuerdo con lo pedido en la demanda arbitral.

El disenso del Tribunal frente a la postura de la Convocante antes expresada se funda en la falta de prueba sobre la no tolerancia o rechazo del pago efectuado por la Convocada respecto de las obligaciones mencionadas en la pretensión cuarta. Adicionalmente, tampoco quedó probado que la Convocante haya exigido -en su momento- el pago de las obligaciones en mora mediante el uso de la cláusula contractual de apremio, con la cual bien hubiera podido reclamar el pago de dichas obligaciones.

En cuanto a los contraargumentos expuestos por la Convocada donde ella manifestó su desacuerdo en relación con el pago de los intereses moratorios a pesar de no haberse efectuado la constitución en mora o haberse invocado la cláusula de apremio, dicho punto de vista no es de recibo para el Tribunal y cae al vacío, dado que la Convocada no solo consintió en el pago de los valores de las facturas impagadas -sino que adicionalmente- accedió al pago de las mismas incrementando estos valores mediante la adición de intereses de mora, lo cual evidencia un claro reconocimiento del estado tardío o mora en que se encontraban dichas obligaciones al momento del pago.

Así las cosas, para el Tribunal resulta palmario que la Convocante y la Convocada extinguieron con pleno vigor legal todos los derechos y obligaciones derivados de las facturas mencionadas en la pretensión cuarta, y con ello, operó la extinción de cualquier efecto activo o pasivo que pueda derivarse de dichas obligaciones.

En consecuencia, el Tribunal no accederá a la pretensión cuarta relacionada con la declaración de incumplimiento del Convenio la cual se refiere al pago extemporáneo de las facturas correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2018 y los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019.

En el mismo sentido, y como consecuencia lógica de las anteriores manifestaciones, tampoco prosperarán los efectos que de dicha declaratoria puedan derivarse.

A continuación, el Tribunal abordará en bloque el estudio de las pretensiones 5, 6, 7, 8, 9 y 10, las cuales tienen elementos comunes tales como, que las facturas reclamadas en estas pretensiones se derivan de actuaciones realizadas con posterioridad a la terminación del Convenio objeto de escrutinio en el presente trámite arbitral. Adicionalmente, las referidas facturas no han sido objeto de pago por la Convocada. Por ello, el Tribunal observa que, al tener unidad de materia dichas pretensiones pueden ser estudiadas y definidas en conjunto.

### **3.2.1.2. SOBRE LAS PRETENSIONES 5, 6, 7, 8, 9 Y 10**

#### **3.2.1.2.1. POSICIONES DE LAS PARTES**

##### **3.2.1.2.1.1. DE LA CONVOCANTE**

En las pretensiones 5, 6, 7, 8, 9 y 10 objeto de análisis, la Convocante pide al Tribunal que se declare el incumplimiento del Convenio objeto de examen debido al no pago por parte de la Convocada del capital más el IVA contenidos en las facturas mencionadas en dichas pretensiones, es decir, las facturas correspondientes a los meses de: octubre de 2019 y febrero de 2020.

Concretamente, la pretensión 5 declarativa principal solicita declarar el incumplimiento del Convenio por el no pago de la factura correspondiente al mes de octubre de 2019. Las pretensiones 6 y 7 son consecuenciales de la 5 y en aquellas se solicita la condena por el valor de dicha factura y el pago de intereses de mora.

A su vez, la pretensión 8 declarativa principal solicita declarar el incumplimiento del Convenio por el no pago de la factura correspondiente al mes de febrero de 2020. Las pretensiones 9 y 10 son consecuenciales de la 8 y en aquellas se solicita la condena por el valor de dicha factura y el pago de intereses de mora.

La EAAB para sustentar estas pretensiones en la demanda afirma:

*28. PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP, la EAAB ESP no ha pagado la factura a favor de la EAAB ESP por el convenio de facturación conjunta, correspondiente al mes de octubre de 2019 ni sus intereses a pesar de haberla aceptado.*

*29. PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP, no ha pagado la factura a favor de la EAAB ESP por el convenio de facturación conjunta, correspondiente al mes de febrero de 2020 ni sus intereses a pesar de haberla aceptado.*

*10. Aprobación factura octubre 2019 a través de captura de pantalla.*

*Así mismo no ha pagado a la fecha, las facturas por servicios prestados correspondientes a los meses de octubre de 2019 y febrero de 2020, facturas que ya aceptó."*

##### **3.2.1.2.1.2. DE LA CONVOCADA**

Promoambiental a través de su apoderado se opone a la prosperidad de dichas pretensiones manifestando que esta empresa pagó la totalidad de los saldos insolutos de capital al momento de la terminación del convenio y que en los registros de su representada no se reporta ninguna factura pendiente de pago a favor de la Convocante EAAB. En otro sentido, la Convocada aduce que las

facturas emitidas con posterioridad a la terminación del Convenio constituyen obligaciones inexistentes debido a que estas no son obligaciones válidamente causadas a cargo de la lo cual planteó como una excepción de mérito denominada "*cobro de lo no debido*". Respecto de las facturas allegadas al expediente, la Convocada manifiesta que son "*montos muy pequeños*" en comparación con los valores del costo mensual del servicio que en su momento fue prestado por la convocante. Además, afirma que dichas facturas no están debidamente aceptadas por la Convocada.

### **3.2.1.2.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público considera que respecto de las facturas correspondientes a los meses de octubre de 2019 por valor de \$338.490, y febrero de 2020 por valor de \$573.674, más los intereses de mora, como quiera que se trata de servicios prestados, habría lugar a disponer del pago en la medida en que las mismas hayan sido presentadas y aprobadas de conformidad.

### **3.2.1.2.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **3.2.1.2.3.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

El Tribunal para abordar las anteriores pretensiones debe examinar si procede legalmente el incumplimiento del Convenio por el no pago de facturas emitidas con posterioridad a la terminación del mismo y, consecuentemente, si es viable la emisión y exigibilidad de facturas generadas con posterioridad a la terminación del Convenio.

#### **3.2.1.2.3.1.1. ANÁLISIS SOBRE LA POSICIÓN DE LAS PARTES**

Respecto de la declaratoria de incumplimiento del Convenio pedida al Tribunal por la Convocante como resultado de la ausencia de pago por parte de la Convocada de las facturas de octubre de 2019 (pretensión 5) y febrero de 2020 (pretensión 8), el Tribunal considera que dicha declaratoria no es procedente dado que estas facturas fueron expedidas con posterioridad al 1 de septiembre de 2019, fecha en la cual -como consecuencia de lo expresado en la comunicación PAD-2-20190815-715-TAR de 15 de agosto de 2019 emitida por PROMOAMBIENTAL DISTRITO S.A.S. E.S.P.- tuvo efecto la terminación, y por ende, la cesación de efectos jurídicos del Convenio para la Prestación del Servicio de Facturación Conjunta del Servicio Público de Aseo objeto de escrutinio en el presente Tribunal.

Ahora bien, la decisión del Tribunal de no acceder a la declaratoria de incumplimiento antes referida no conduce automáticamente a la conclusión que la terminación del Convenio -decidida unilateralmente por la - operó conforme a derecho, ni que dicha conducta esté exenta de reproche. Los efectos jurídicos derivados de la terminación unilateral del Convenio son objeto de análisis en otros acápites de este Laudo y a estos nos remitimos en lo que respecta al examen y decisiones adoptadas como resultado de la conducta de la Convocada.

En cuanto a la fase subsiguiente a la fecha en que acaeció la terminación del referido Convenio - según lo antes expuesto- y respecto de las actividades ejecutadas con posterioridad al momento de terminación del Convenio, cabe anotar, que, por sustracción de materia, resultaba inane para las partes vinculadas a esta relación contractual continuar produciendo efectos con cargo a una relación jurídica que ya se encontraba extinguida. En otras palabras, desde el punto de vista jurídico resulta insustancial seguir ejecutando este Convenio más allá de su fecha de terminación, actuando como si nada hubiera sucedido y pretendiendo que el Convenio seguía aún vigente.

Las afirmaciones antes expuestas surgen de un hecho contundente: la terminación unilateral del Convenio -independientemente del reproche que ello merezca- conllevó a la desaparición de los supuestos fácticos y jurídicos para la continuación del referido acuerdo comercial. Entonces, como resultado de ello, a las contratantes no les era dable seguir procediendo con igual "conducta contractual" y prolongar la ejecución de las actividades, deberes y derechos derivados del convenio - después de su terminación- debido a que los efectos jurídicos de este ya habían sido enervados por virtud de la referida terminación unilateral.

Así las cosas, no puede hablarse de incumplimiento fundado en la inexecución o ejecución tardía de actividades realizadas por las contratantes con posterioridad a la fecha de terminación del Convenio.

En el sentido previamente expuesto el Tribunal no accederá a las pretensiones 5 y 8 antes referidas.

Respecto de la exigibilidad de la factura mencionada en la pretensión 6, y de las demás relacionadas con las pretensiones 7 a 10, el Tribunal destaca que no obra en el proceso prueba suficiente que demuestre que estas hayan sido aceptadas en debida forma, razón por la cual, sobre dichos títulos también recae la objeción de haber sido emitidos con posterioridad a la terminación del Convenio el 1 de septiembre de 2019. De otro lado, no se encuentra en el expediente facturas emitidas por idénticos valores a los mencionados en las pretensiones 7 y 9.

Por último, tal como se explicó párrafos atrás en relación con las pretensiones declarativas 5 y 8, enfocadas a endilgar responsabilidad a la con ocasión del no pago de las facturas de octubre 2019 y febrero de 2020, el Tribunal estima que por tratarse de actos ejecutados después de la terminación del Convenio no tienen asidero jurídico y están llamadas a su falta de prosperidad.

#### **3.2.1.2.3.2. CONCLUSIONES**

Conforme al razonamiento de forma y fondo que precede y con sustento en la normativa especializada atrás expuesta, el Tribunal ha arribado a las conclusiones siguientes relacionadas con las pretensiones quinta a décima de la demanda arbitral.

#### **Sobre las pretensiones 5 y 8**

Por considerar que las declaraciones de incumplimiento pedidas en la demanda en las pretensiones 5 y 8 no tienen título jurídico suficiente, el Tribunal estima que no hay lugar a pronunciarse favorablemente, y por ello las mismas serán denegadas.

### **Sobre las pretensiones 6, 7, 9 y 10**

Teniendo en cuenta que tanto las pretensiones números 6, 7, 9, y 10 son consecuenciales de las pretensiones 5 y 8, a la cuales no accede el Tribunal según lo expuesto, de suyo es, que se nieguen por ausencia de fundamento jurídico que permita su concesión y por tal motivo ha de prosperar la excepción de cobro de lo no debido.

Visto el anterior fracaso, no resulta procedente que el Tribunal se pronuncie en relación con la excepción que la Convocada denominó "1. *Indebida acumulación de pretensiones. 1.1. Pretensión de resolución del convenio v.s. las pretensiones derivadas de una supuesta terminación unilateral injustificada del mismo*" con la que cuestionó la formulación de las pretensiones 2 y 2.1. al señalar que "[s]e configura una indebida acumulación de pretensiones, ya que, si bien la declaratoria de incumplimiento se presenta como pretensión principal y la de ineficacia de la terminación unilateral como subsidiaria, lo cierto es que cualquiera de los dos caminos que se tomara conduciría a que en relación con las demás pretensiones habría algunas que resultan excluyentes con una u otra declaración por lo que el Tribunal debe abstenerse de estudiar estas pretensiones." Entiende el Tribunal que no se presenta en este punto la indebida acumulación que plantea la Convocada, sino que sus reclamaciones de declaración de incumplimiento y consecuenciales condenas carecen de prosperidad por las razones ya expresadas.

## **4. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONVENIO**

### **4.1.1. PRETENSIÓN 12 A RESOLVER**

A continuación, procede el Tribunal a analizar la pretensión 12 la cual se relaciona con la declaratoria de resolución del Convenio sometido a examen del presente Tribunal, en los siguientes términos:

*"12. Se declare la resolución del CONVENIO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO suscrito ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA- EAB E.S.P. Y PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP por los incumplimientos en los que incurrió el demandado y que fueron tipificados por las partes como casual de terminación anticipada y por el incumplimiento definitivo por parte de PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP conforme al artículo 1546 del Código Civil al terminarlo de manera unilateral, abrupta, sin facultades para hacerlo y por el incumplimiento de sus obligaciones conforme a la Cláusula*

*SEXTA del Otrosí No.1 que modificó la CLÁUSULA VIGESIMA SEGUNDA DEL CONVENIO TERMINACIÓN."*

#### **4.1.2. POSICIONES DE LAS PARTES**

##### **4.1.2.1. DE LA CONVOCANTE**

En sustento a la pretensión 12, EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P. argumentó que la Convocada, al terminar el Convenio de facturación conjunta materia del presente Tribunal, *"incumplió gravemente el contrato fulminándolo de manera unilateral sin facultades o previo pacto"*. En el mismo sentido, expuso que -adicional a la referida terminación unilateral- la Convocada incurrió en otros incumplimientos relacionados con el no pago de facturas a su cargo. También adujo que en el Convenio no existe una *"cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio"* que permitiera la terminación del mismo por parte de la Convocada. De otro lado refutó esta terminación bajo la tesis que el multicitado Convenio *"no es de aquellos tipificados en los cuales la Ley permite aplicar la terminación unilateral por incumplimiento."* Asimismo, agregó que no existió incumplimiento alguno de la Convocante, y por ello, la Convocada no podía *"invocar un incumplimiento siquiera leve de su contraparte para terminar de pleno derecho el contrato."* Para la Convocante la fecha de incumplimiento por la terminación unilateral del Convenio fue el 9 de septiembre de 2019.

Bajo los anteriores argumentos la Convocante pidió al Tribunal declarar la resolución del Convenio sosteniendo que la *"sanción resolutoria"* no podía ser aplicada de manera directa -tal como lo hizo la Convocada- sin previa decisión judicial, y que para dicho efecto la iniciativa procesal debía asumirla la parte cumplida, quien tiene la potestad de pedirla al juez, y este, es el único facultado para imponer dicha sanción. Como corolario, citó el artículo 1546 del Código Civil el cual establece la *"condición resolutoria tácita"* -aplicable a los contratos bilaterales en caso de incumplimiento de lo pactado- y a partir de este precepto legal fundamentó la pretensión Décima Segunda y la petición al Tribunal de aplicar dicha norma, *"pero indemnizando los perjuicios causados a la EAAB."*

##### **4.1.2.2. DE LA CONVOCADA**

La Convocada Promoambiental se opuso expresamente a la prosperidad de la pretensión 12. Entre otros argumentos, en su defensa, expresó que dicha empresa al terminar el referido Convenio de facturación conjunta de aseo estaba en ejercicio de una facultad legal, fundando su tesis en el hecho que la celebración del Convenio provenía de un tipo de contratos que ella denominó *"contratos forzosos"*, los cuales, se celebran *"no por la libre voluntad de los contrayentes, sino por la imposición de un deber legal"*, de donde afirmó, que ello era *"una verdadera carga que están obligadas a soportar las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, a favor de las Empresas de Aseo"*. La Convocada sustentó esta afirmación en el *"principio de sostenibilidad financiera"* el cual -a su juicio- pretende asegurar el recaudo eficiente de los valores generados por la prestación del servicio público de aseo a cargo de las empresas de servicios públicos domiciliarios, quienes no se pueden

negar a prestar dicho servicio de facturación conjunta. En la forma antes expuesta, dijo la Convocada, que, si el Convenio se celebraba por la voluntad de una sola parte y aún en contra de la voluntad del otro interviniente, y ello era una carga, era *“perfectamente dable que por voluntad de quien le impuso la carga lo libere de ella mediante la terminación unilateral del convenio sin que medie justa causa”*.

Con base en la argumentación antes resumida, concluyó la Convocada manifestando que ella no incumplió el referido Convenio, y por esta razón, no podía endilgarse responsabilidad alguna por dicha terminación, ni mucho menos podía derivarse daño alguno que fuera objeto de reparación.

#### **4.1.3. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

A su turno el representante del Ministerio Público solicitó al Tribunal acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda en los términos expuestos en su escrito presentado en desarrollo del presente proceso.

Respecto de la terminación del contrato puntualizó que conforme al análisis realizado y según lo probado en el proceso, ni dentro de las causales de terminación del Convenio ni en las causales de terminación contempladas en la cláusula Vigésima Segunda adicionada con la cláusula Sexta del otrosí N° 1, suscrito el 24 de agosto de 2018, *“ni en ninguna otra, se encuentra contemplada la terminación unilateral a favor de alguna de las partes.”*

Desde otra óptica, la agencia referida consideró que la normativa que la parte Convocada utilizó para sustentar su tesis según la cual se podía terminar el Convenio, siempre y cuando, estuviera garantizada la celebración de un nuevo convenio con otra empresa que asumiera la gestión de facturación -norma legal consagrada en el parágrafo 2º del artículo 2º del decreto 2668 de 1999- no respalda ni autoriza la terminación del contrato “en cualquier momento y de manera unilateral, sin ninguna consideración ni consecuencia”. A este efecto, se pronunció el Ministerio Público al interpretar que dicha norma lo que persigue es que haya continuidad en la prestación del servicio y en la facturación, lo cual se logra con el mantenimiento de un contrato que respalde permanentemente la referida actividad de facturación conjunta. En el mismo sentido, discrepó de las argumentaciones de la Convocada según las cuales la eficiencia económica y el aumento del catastro de usuarios reforzaban la posición de esta para terminar el contrato de manera unilateral. El delegado del Ministerio Público concluyó su idea expresando que el Convenio solo podía ser finiquitado invocando las causales de terminación previstas por las partes en el Convenio.

#### **4.1.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

##### **4.1.4.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

¿Tiene fundamento jurídico -y bajo cuáles efectos- pedir la resolución de un convenio bilateral, de tracto sucesivo, el cual fue incumplido por la terminación de manera unilateral y cuya petición tiene

como fundamento lo normado en el artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita?

#### 4.1.4.1.1. ANÁLISIS SOBRE LA POSICIÓN DE LAS PARTES

Para resolver el problema jurídico antes planteado el Tribunal empieza por destacar los principales elementos de la institución conocida como "condición resolutoria tácita" o "pacto comisorio", la cual tiene su origen en lo normado en el Código Civil, precisamente, en el artículo 1546 de dicho compendio, cuyo texto transcribimos a continuación:

*"ARTICULO 1546. <CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA>. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

*Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."*

El espíritu de la norma antes reproducida -que orienta esta importante figura originaria del derecho francés- ha sido objeto de amplio desarrollo y debate en Derecho Civil.

Esta figura -característica de los contratos bilaterales- fue instaurada como una protección para el contratante cumplido frente al incumplido, a efectos de conferir a aquél que ha honrado cabalmente sus obligaciones o se ha allanado a cumplir el contrato, potestades especiales a partir de las cuales puede escoger judicialmente una cualquiera de estas dos vías: o exigir el cumplimiento del contrato, o pedir la resolución del mismo, en ambos casos, con la posibilidad de reclamar los perjuicios "probados" que resulten del incumplimiento.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha estudiado en extenso dicha figura delineándola de la siguiente forma:

*"Efectivamente, **en tratándose de contratos bilaterales**, el precepto aludido consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad que tiene el contratante cumplido para **pedir la resolución o el cumplimiento del pacto**, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones adquiridas."<sup>90</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto)*

En lo tocante a la posibilidad que tiene el contratante incumplido para ampararse en esta figura y desde allí pretender buscar el abandono del negocio jurídico a fin de exonerarse de las obligaciones

---

<sup>90</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Agraria. Sentencia del 25 de junio de 2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Rad. 11001-31-03-024-2003-00690-01.

contractuales que ha adquirido, nuestro supremo órgano de la justicia ordinaria -a pesar algunas líneas de pensamiento diferentes- ha expresado lo siguiente:

*“En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca con la Facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que **es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien ejercita esa facultad** habida cuenta que, como lo ha señalado la Corte, el contenido literal de aquél precepto basta para poner de manifiesto que **el contratante incumplido utilizando el sistema de la condición resolutoria tácita, no puede pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.**”*

*Es preciso entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra en situación de incumplimiento jurídicamente relevante, lo que equivale a afirmar que **la parte que reclama por esa vía ha de estar por completo limpia de toda culpa**, habiendo cumplido rigurosamente con sus obligaciones, al paso que sea la otra quien no haya hecho lo propio, de donde se sigue que **“...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden** y, por el aspecto pasivo, incuestionable debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que **la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado y opositor (...)**”<sup>91</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto)*

De otro lado, en cuanto a los efectos derivados de la declaratoria de la resolución del contrato y la necesidad que la misma **se produzca por vía judicial**, nuestra Corte Constitucional ha sostenido que con la resolución judicial -declarada como consecuencia del incumplimiento de uno de los contratantes y en favor del contratante insatisfecho que ha cumplido sus obligaciones- **los contratos pierden su eficacia**, lo que equivale a decir, que cesan sus efectos jurídicos, y con ello, se extinguen los derechos y deberes derivados del contenido obligacional que vincula a los contratantes. En otras palabras, el contrato muere para la vida jurídica desde la declaración proferida por el juez.

Veamos el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional a este efecto:

*“La resolución de los contratos es una figura propia del derecho civil, **mediante la cual éstos son privados total o parcialmente de su eficacia** a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes. (...)”*

---

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Agraria. Sentencia del 7 de marzo de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Rad. 5319.

*Esta disposición da origen a la denominada acción resolutoria, mediante la cual el contratante insatisfecho puede, **sin necesidad de estipulación alguna al respecto**, liberarse de las prestaciones a su cargo y conseguir que se le restituya a la situación que tenía al tiempo de la celebración del contrato. **En todo caso la resolución del contrato debe ser declarada judicialmente**.”<sup>92</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto)*

Ahora bien, en materia de tipología contractual, resulta oportuno diferenciar la aplicación y efectos de la condición resolutoria tácita en los contratos de ejecución instantánea y en los contratos de ejecución o tracto sucesivo, para lo cual resulta oportuno puntualizar sus diferencias doctrinales.

Tradicionalmente los tratados de derecho han marcado diferencias sustanciales entre los contratos de ejecución instantánea y los de tracto o ejecución sucesiva.

En materia de contratos de ejecución instantánea la doctrina ha indicado que estos se originan en obligaciones de tracto único, las cuales son viables de ser cumplidas en un solo instante independientemente que este momento se de a la celebración del contrato mismo o con posterioridad, y sin tener en cuenta que algunas de estas obligaciones puedan ser pagadas o cumplidas en unos pocos instalamentos o diferidas en un corto tiempo. La característica principal de este tipo de contratos es que sus obligaciones tienen la vocación de cumplirse en un solo acto o de un solo golpe.

En tratándose de contratos de tracto sucesivo o ejecución sucesiva, las obligaciones adquiridas por los contratantes -o al menos por uno de ellos- están llamadas a ser cumplidas mediante prestaciones periódicas ininterumpidas y diferidas en el tiempo, pero de manera permanente y constante. De esta forma, las obligaciones se van cumpliendo con el pasar del tiempo, y a medida que este transcurre, el contrato se va ejecutando -poco a poco- sin que sea factible cumplir dichas obligaciones en un solo acto. Dicho en otras palabras, en estos contratos el discurrir del tiempo es requisito fundamental pues solo este conlleva la exigibilidad y el cumplimiento correlativo de las obligaciones que el contrato entraña.

La anterior diferenciación no solo es importante académicamente para distinguir la cronología de uno y otro tipo de contratos, sino que, además, resulta vital en materia de resolución judicial de contratos, lo cual comporta elementos transcendentales para desatar la pretensión 12 objeto de análisis.

Tal como ha sido dicho por la doctrina y jurisprudencia especializada, los efectos derivados de la resolución judicial de los contratos varían dependiendo de si se trata de uno u otro tipo contractual.

Respecto de los contratos de ejecución instantánea es claro que la resolución del contrato -debido a la retroactividad que la caracteriza- extingue hacia atrás el vínculo jurídico primigenio dejándolo sin piso jurídico y cesando *-in integrum-* sus efectos activos y pasivos, pasados y futuros, desde el

---

<sup>92</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-924 del 7 de noviembre de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Rad. D-6782.

mismo momento en el cual el vínculo cobró vigor legal, siendo únicamente posible la ejecución de las actividades necesarias para el regreso de las cosas al estado anterior previo a la celebración del contrato, en tanto ello sea material y jurídicamente posible.

Desde la óptica expuesta la resolución judicial de los contratos de ejecución instantánea tiene efectos hacia el pasado en todo el sentido y extensión de la palabra, ya que el estado de las cosas se devuelve al origen mismo, quedando el vínculo aniquilado y las prestaciones ejecutadas por las partes restituidas, quedando literalmente el contrato "resuelto" desde el momento anterior a su nacimiento.

Cosa diferente ocurre con los denominados contratos de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo, debido a que en este tipo de contratos -por sustracción de materia- es imposible volver las cosas al estado anterior, toda vez que el vínculo negocial originario ya se ejecutó -o está en plena ejecución-, en consecuencia, ya produjo unos contundentes efectos. Lo anterior resulta palmario, debido a que los resultados causados con ocasión del contrato -desde el nacimiento del vínculo jurídico hasta la declaratoria judicial- son fijos e inamovibles pues estos fueron agotados por el simple paso del tiempo. Coloquialmente diríamos que es imposible "devolver el tiempo o desandar lo andado".

En cuanto a la no retroactividad de los efectos provenientes de la resolución judicial de los contratos de ejecución sucesiva, la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

*"La doctrina y la jurisprudencia distinguen entre los contratos de ejecución instantánea y los contratos de ejecución sucesiva para efectos de la resolución. Se afirma que ésta última sólo obra en los contratos de ejecución instantánea **pues si los contratos son de ejecución sucesiva la resolución no tiene efectos retroactivos**, sino que obra sólo hacia el futuro, o sea que pone término a los efectos futuros de aquél, pero deja en pie los efectos ya producidos."*<sup>93</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto)

Desde la otra órbita de la resolución judicial, es decir, la relacionada con la terminación -propriadamente dicha- del contrato la misma sentencia previamente citada expresó lo siguiente:

*"De aquí se concluye que **los contratos de ejecución sucesiva que han comenzado a ejecutarse no son susceptibles de resolución propiadamente dicha, sino de resciliación, es decir, de la extinción de los efectos ex nunc**." (negrilla y subrayado fuera de texto)*

En resumen, conforme a las ideas antes expresadas y con fundamento en la jurisprudencia nacional y la doctrina especializada, podemos sintetizar que la figura de la condición resolutoria tácita derivada del artículo 1546 del Código Civil -la cual ha sido objeto del análisis previo- tiene las

---

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-924 del 7 de noviembre de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Rad. D-6782.

siguientes características: i) Su procedencia es exclusiva de los contratos bilaterales; ii) El contratante legitimado para pedir la declaración judicial de resolución del contrato es el contratante cumplido o allanado a cumplir; iii) Solamente procede por declaración judicial; iv) En los contratos de ejecución sucesiva o tracto sucesivo no tiene efectos retroactivos, por ende, sus efectos son profuturo y este sentido extingue las obligaciones y el contrato a partir de la declaratoria judicial, en los términos en que el juez exprese su decisión; v) Cuando se trate de contratos de ejecución sucesiva o tracto sucesivo el pronunciamiento judicial que decreta la resolución del contrato adopta la forma y denominación de resciliación con lo cual termina el vínculo contractual y se extinguen los efectos ex nunc derivados del contrato.

Descendiendo a los hechos materia de la pretensión 12 -objeto de estudio- el Tribunal destaca que, con fundamento en el incumplimiento grave del Convenio que se le endilga a la Convocada por su decisión unilateral de terminar el mismo, de manera intempestiva e inadecuada, y dado que esta última no logró probar -tal como se explica en otro aparte de este laudo- que dicha terminación se hubiese dado como consecuencia de facultades legítimas -tal como ella sostuvo a lo largo de este proceso- y, teniendo en cuenta que en el trámite arbitral no se probó ningún incumplimiento a cargo de la Convocante, el Tribunal concluye que la Convocante está legalmente habilitada para solicitar la resolución del Convenio.

En adición, dado que el Convenio tantas veces referido es un acuerdo de tipo bilateral, es congruente para este Tribunal -según las voces del artículo 1546 del Código Civil antes estudiado- que resulte aplicable la decisión de declarar la resolución del mismo tal como adelante se explica.

En desarrollo de la misma línea argumentativa el Tribunal resalta que el referido Convenio es de aquellos calificados como de tracto o ejecución sucesiva razón por la cual se decretará la resolución sin retroactividad, lo que se conoce como resciliación en la forma como atrás se expuso. Lo anterior genera como efecto directo que los actos, las prestaciones y las actividades ejecutadas por las partes en desarrollo del Convenio, o con ocasión de este, quedan intactas, se reputan lícitas y cobran plena validez hasta la fecha de la terminación del Convenio.

Cabe anotar que los valores que fueron pagados por la Convocada a la Convocante en fecha posterior a la fecha de terminación del contrato se reputan igualmente legítimos y validos en virtud del acuerdo al que llegaron las partes a este efecto, razón por la cual el Tribunal no ordenará ninguna restitución de dichos valores. El análisis sobre la negociación, acuerdo y pago de los referidos valores fue dado en otro aparte del presente laudo y a este nos remitimos.

Respecto de la fecha de incumplimiento por terminación unilateral del Convenio el Tribunal considera hacer una precisión.

Por su parte la Convocante afirmó en la demanda arbitral que el Convenio había terminado a partir del 9 de septiembre de 2019 tal como lo manifestó en el texto que a continuación se transcribe:

*"Mediante comunicación PAD-2-20190815-715-TAR, del 15 de agosto de 2019, la empresa PROMOAMBIENTAL DISTRITO S.A.S. E.S.P., notifica la terminación unilateral del Convenio de Facturación Conjunta, **a partir del 9 de septiembre de 2019, (...)**"<sup>94</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto)*

Entiende el Tribunal que la fecha antes citada deviene de la falta de envío de información por parte de la Convocada a partir del "ciclo P" el cual se facturaba el 9 de septiembre de 2019, tal como fue expresado por la Convocante en el hecho 30 de la demanda arbitral transcrito a renglón seguido:

*"30. PROMOAMBIENTAL no volvió a enviar a la EAAB ESP, a través de PROCERASEO, la información para facturar el servicio de aseo, **a partir del ciclo P que facturaba el día 9 de septiembre de 2019.**"<sup>95</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto)*

A su turno la Convocada en la misma comunicación, es decir, la comunicación identificada como "PAD-2-20190815-715-TAR" la cual fue emitida por la Convocada el 15 de agosto de 2019, y cuya copia obra en el expediente digital, expresó lo siguiente:

*"En el anterior orden de ideas, formalmente estamos dando por terminado de manera unilateral el contrato antes enunciado, **a partir del 1 de septiembre del presente año.**"<sup>96</sup>  
(negrilla y subrayado fuera de texto)*

De acuerdo con la anterior explicación, el Tribunal observa que efectivamente la fecha del incumplimiento por terminación unilateral del Convenio fue el primero (1°) de septiembre de 2019 -tal como de manera expresa fue manifestado en su comunicación de terminación por la Convocada- y no la fecha en la cual supuestamente debía facturarse el ciclo P como lo mencionó la Convocante.

Con base en el razonamiento que precede el Tribunal tomará el primero (1°) de septiembre de 2019 como fecha en la cual la Convocada incumplió el Convenio objeto de análisis por terminación unilateral sin estar facultado para ello.

Por lo demás, en la forma expuesta y desde una óptica integral, el Tribunal observa que están cumplidas todas las exigencias necesarias para acceder a la citada pretensión 12 en favor de la Convocante por cumplirse con el alcance del artículo 1546 del Código Civil que instaura la condición resolutoria tácita cuyo estudio antecede.

---

<sup>94</sup> Página 22 de la demanda arbitral.

<sup>95</sup> Hecho 30 de la demanda arbitral.

<sup>96</sup> Página 1, comunicación Promoambiental, PAD-2-20190815-715-TAR, 15.ago.2019.

#### **4.1.4.2. CONCLUSIONES**

Este Tribunal estima que con base en el acervo probatorio decretado y practicado en desarrollo del presente proceso -el cual se ha estudiado a profundidad a lo largo de este laudo- el hecho de terminar el Convenio de facturación conjunta por parte de la Convocada de manera unilateral y sin facultades legales ni contractuales para ello, generó un incumplimiento grave del Convenio.

Bajo el contexto antes descrito, y como fue señalado en otro aparte de esta providencia, el Tribunal consideró que dicho proceder contractual de la Convocada constituye un incumplimiento grave el razón por la cual, el Tribunal observa que se dan los supuestos fácticos y normativos suficientes para acceder al pedido de la Convocante solicitado en la pretensión 12, aclarando que la resolución del Convenio solicitada en dicha pretensión será concedida bajo los efectos de una resciliación en los términos explicados párrafos atrás.

En consecuencia, y superada la aparente divergencia de fechas atrás anotada, el Tribunal considera como fecha de incumplimiento por terminación unilateral del Convenio objeto de este Tribunal el día primero (1°) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) fecha definida por la Convocada en su comunicación de terminación unilateral del referido Convenio. En dicho sentido las obligaciones cumplidas por las partes, los efectos activos y pasivos y las demás actividades desplegadas en desarrollo del Convenio se mantendrán incólumes y en pleno vigor legal hasta la fecha de terminación del Convenio antes aludida.

Teniendo en cuenta que la pretensión 12 fue planteada por la Convocante conforme al artículo 1546 del Código Civil del cual se deriva la institución de la condición resolutoria tácita, según la cual, quien invoca esta figura tiene la posibilidad -además de la resolución del contrato- de pedir los perjuicios derivados del incumplimiento, el Tribunal no se refiere a estos en la presente pretensión dado que el tema de los perjuicios es solicitado por el Convocante de manera específica en otra pretensión independiente que son tratadas en otros apartes del presente Laudo.

En el sentido antes expuesto el Tribunal accederá a la pretensión 12 de la demanda arbitral.

#### **5. SOBRE LAS CONDENAS RECLAMADAS**

En esta sección el Tribunal para efectos de un análisis integrado de las pretensiones de condena reclamada, procede a examinar y hacer las consideraciones de las pretensiones 11, 3 y 13 en ese orden.

##### **5.1. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO DE LA PRETENSIÓN 11**

###### **5.1.1. PRETENSIÓN 11 A RESOLVER**

En la Pretensión consecencial 11 de la demanda la Convocante solicitó que:

*“Así mismo y como consecuencia de las declaraciones de las pretensiones 4ª, 5ª, y 8ª. Se condene a PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP a pagar a la EAAB ESP la cláusula penal de apremio pactada por incumplimiento de las obligaciones del contrato en la cláusula DECIMO CUARTA equivalente al 10 por ciento del valor del convenio y el parágrafo de la cláusula mencionada, es decir el 10 por ciento del valor facturado durante los últimos doce meses de facturación, valor que liquidado corresponde a la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$260.199.329)m/CTE.”*

La cláusula penal de apremio a la que alude la pretensión consecencial 11 transcrita, corresponde a la cláusula Décima Cuarta del Convenio, que es del siguiente tenor:

*11. Penal de apremio: En caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de alguna de las partes, la parte cumplida podrá aplicar penas de apremio que sumadas no podrán exceder el 10% del valor del convenio. La presente cláusula no constituye una estimación de perjuicios por el incumplimiento, razón por la cual la parte cumplida, podrá aplicar adicionalmente la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la cláusula siguiente, y si es el caso podrá exigir el pago de los demás perjuicios que se le hubieren causado, de acuerdo con la ley. Lo dispuesto en esta cláusula no modifica ni limita la facultad de las partes de aplicar las medidas derivadas de la “excepción de contrato no cumplido. PARÁGRAFO: Para efectos de la presente cláusula, se entiende por valor del contrato, el valor presupuestado para los primeros doce (12) meses de ejecución si estos no han sido ejecutados, o de lo contrario, el valor facturado dentro de los últimos doce (12) meses de ejecución”.*

## **5.1.2. POSICIONES DE LAS PARTES**

### **5.1.2.1. DE LA CONVOCANTE**

En la demanda la EAAB reclamó como un hecho cierto que Promoambiental no había pagado de manera oportuna unas facturas y que ello conllevaba a la causación de la cláusula penal de apremio prescrita en el Convenio. En la pretensión 4 reclamó el pago tardío de las facturas correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2018 y los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2019. En la pretensión 5 reclamó por el no pago la una factura del mes de octubre de 2019 y en la pretensión 8 consecencial reclama el incumplimiento por el no pago de la factura de febrero de 2020.

En los alegatos de conclusión el apoderado de la EAAB explicó que entendía probado en el proceso el hecho que no tuvo oportunidad de solicitar la aplicación de las penas de apremio por el incumplimiento en el pago de las facturas por cuanto Promoambiental había enervado de manera abusiva esa opción con la terminación unilateral.

Para soportar su aserto la Convocante relaciona apartes del testimonio de la doctora Rosalba Huérfano, de los cuales el Tribunal destaca los siguientes:

“(…) El Acueducto es consciente que adolecía de las facultades de terminación unilateral en el convenio y por ello debía acudir al juez del contrato para que lo declarara, pero la contraparte sí consideró abusivamente que podía terminar su compromiso de manera unilateral y sin facultades, aún estando incumpléndolo gravemente y al parecer meditó que podía aprovecharse antijurídicamente de esa ruptura evitando el pago de la penal de apremio y de la lícita expectativa de utilidad de la Empresa de ACUEDUCTO, actitud que aparte de desleal no puede generar provecho alguno a quien actúa en contra de todos los postulados de la buena fe, de quien no tenía ni tuvo ánimo de cumplir desde un principio, situación que el derecho no puede premiar ni estimular por el contrario debe castigar por no solo por vulneración de lo pactado sino de los principios de universales y eternos de justicia que lo integran. Bajo la misma lógica, la entidad que represento podía y puede solicitar al Tribunal las declaraciones de aplicación de la penal de apremio (…).”

“PROMOAMBIENTAL, confesó que incumplió de manera premeditada y confió en que le saldría a precio módico si de una vez rompía el convenio, que solo tendría que pagar la cláusula penal pecuniaria sin tener que solventar la penal de apremio y menos la utilidad frustrada de la parte cumplida, por ello ataca ahora esa pretensión, porque no la tenía en sus cálculos dolosos de incumplir el tener que pagar perjuicios adicionales a la cláusula penal, cuando es evidente que esa fue la verdadera intención de las partes, que el incumplido tuviese que pagar todos los perjuicios causados al contratante cumplido, sin importar si esos perjuicios se encontraban tipificados en la cláusula penal o en la penal de apremio, que la final es una sola y una misma, una tasación anticipada de perjuicios que permite el cobro de rubros de daño adicionales siempre y cuando se prueben.”

“En principio la penal de apremio debe solicitarse dentro del plazo del contrato empero por la terminación abrupta (o bien ineficaz) no permitió a la EAAB solicitar al juez la imposición de las cláusulas penales de apremio por incumplimientos en los que estaba incurriendo el convocado antes que decidiera darlo por terminado.”

Así mismo, la Convocante alega que como quiera que el contrato solo se termina por vencimiento del plazo o por orden del juez del contrato, aún podía o puede solicitar la imposición de la cláusula penal de apremio pactada en la cláusula décimo cuarta del Convenio.

Por su parte, la Convocada alega la improcedencia de la reclamación de la cláusula de apremio toda vez que Promoambiental pagó las facturas vencidas y también los intereses de mora por el pago tardío de las mismas, con lo cual quedaron saneados los incumplimientos.

La EAAB en sus alegatos al responder la excepción propuesta por Promoambiental afirmó: “Los intereses de mora pretendidos se solicitan solamente para dos facturas que no se han pagado

*(octubre de 2019 y febrero 2020) y sobre las sumas que condene el laudo, no se acumulan en modo alguno con las sumas de indemnización de las otras pretensiones. De otro lado, las mismas partes tipificaron el no pago de las facturas como una conducta de incumplimiento grave, aparte de la generación natural de intereses de mora en caso del no pago oportuno, por lo que permite al contratante cumplido activar su solicitud de incumplimiento y resolución al juez del contrato (...)*

#### **5.1.2.2. DE LA CONVOCADA**

Promoambiental en su calidad de Convocada dio respuesta a la pretensión 11 en el escrito de contestación solicitando al Tribunal abstenerse de conceder dicha pretensión aduciendo como excepción que las peticiones de reconocimiento de intereses moratorios y la aplicación simultánea de la cláusula penal de apremio constituye una indebida acumulación de pretensiones y, además, fundamenta el rechazo argumentando lo siguiente:

*“Pretende que además de los intereses moratorios ya pagados por la demandada como consecuencia de la tardanza en el pago de alguna de sus obligaciones, se ordene el pago de la cláusula penal de apremio que no solo resulta incompatible con los mencionados intereses, sino que además es completamente inconducente por tratarse de obligaciones que ya fueron canceladas y extinguidas por el pago.”*

#### **5.1.3. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Señor Procurador Judicial asignado al trámite en su concepto, en cuanto a la cláusula penal de apremio solicitada por la EAAB en la pretensión 11, considera que no es viable su reconocimiento en los siguientes términos:

*“3.3.18.- No obstante, como es sabido, la cláusula penal de apremio, tiene la finalidad de otorgar a la parte cumplida en la relación contractual, una herramienta para lograr que la otra parte cumpla de manera adecuada las obligaciones a su cargo; es decir, que se trata de una facultad para obtener el cumplimiento del objeto contractual, en los plazos y en la forma acordada por las partes, de manera tal, que si ya no existe contrato, indistintamente de la razón, no se encuentra procedente, la aplicación de la pena o sanción de apremio, sencillamente, porque ya no existe obligaciones que cumplir, ya no es posible corregir lo que se estaba haciendo mal; razón por la cual no es posible que se acceda a ésta pretensión de la demanda.*

*La demandante, pudo hacer uso de esa penalidad durante la ejecución del contrato, para apremiar, apurar y lograr que la demandada pagara las facturas por los servicios prestados, dentro de los plazos acordados, pero en este momento, ya no es posible su aplicación y reconocimiento.”*

#### **5.1.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

##### **5.1.4.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

El Tribunal para evacuar la pretensión consecucional 11 del escrito de la demanda le corresponde determinar si sigue siendo viable que se cause la cláusula penal de apremio prevista en el Convenio teniendo en cuenta que la Convocante no la solicitó y que la Convocada pagó extemporáneamente las facturas, con sus respectivos intereses moratorios (el 5 de septiembre de 2019), aún con las aclaraciones efectuadas durante el proceso<sup>97</sup>.

##### **5.1.4.2. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO**

En primer término, conviene recordar que la cláusula de apremio es una modalidad de la cláusula penal y como su nombre lo indica su función es compeler u obligar a la parte incumplida a cumplir prontamente. Es ante todo una medida coercitiva de ejecución que propende por hacer cumplir de manera oportuna y completa las obligaciones de la contraparte. La cláusula penal de apremio es aquella que pretende que la parte incumplida se ponga al día en sus obligaciones dando así pacífica continuidad a la ejecución del convenio o contrato. Ahora bien, como consecuencia de la mora en el cumplimiento de una obligación se pueden imponer sanciones o multas o intereses según se haya pactado.

En el caso concreto el Convenio prevé en la cláusula Quinta<sup>98</sup>, que regula la presentación de las facturas por la prestación del servicio de facturación conjunta, el pago de intereses moratorios en caso de mora en el pago de las obligaciones derivadas del Convenio a la EAAB del servicio de aseo a la tasa máxima permitida.

Por otra parte, la cláusula Décima Cuarta del Convenio antes relacionada describe la cláusula de apremio a favor de cualquiera de las partes cumplidas.

Para el Tribunal, examinada la interpretación armónica de las dos cláusulas anteriores, entiende que el incumplimiento del pago oportuno de las facturas por parte de Promoambiental a favor de la EAAB está regulado por la cláusula Quinta mientras que el apremio por la mora en el cumplimiento de todas las demás obligaciones, por parte de cualquiera de las dos partes, está regido por la cláusula Décima Cuarta del Convenio. Alternativamente, la EAAB, en el evento específico de mora en el pago de las facturas por parte de Promoambiental, tendría la opción excluyente de reclamar o el pago de los intereses de mora de la cláusula Quinta o la pena de apremio de la cláusula Décima Cuarta del

---

<sup>97</sup> La convocante en los alegatos de conclusión hace claridad respecto a los intereses de mora que pretende, ellos son los referidos a dos facturas: octubre de 2019 y febrero de 2020 y sobre las sumas que condene el laudo.

<sup>98</sup> Forma de Pago e Intereses de mora: Con base en la liquidación conciliada. La EAB E.S.P. presentará mensualmente al prestador de los servicios de aseo factura respectiva, la cual deberá ser cancelada dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a su presentación. En caso de mora en el pago de las obligaciones derivadas de este convenio el prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá pagará a favor de la EAB E.S.P. intereses de mora liquidados a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera, vigente al momento del vencimiento del plazo."

Convenio precisamente por tratarse de un desarrollo de la libertad de pacto y el régimen aplicable al Convenio<sup>99</sup>.

Así mismo, el Tribunal destaca que en la etapa probatoria las partes acreditaron como hechos incontrovertibles que efectivamente la EAAB fue en todo momento cumplida de sus obligaciones contractuales; que Promoambiental estuvo en mora en el pago de unas facturas; que la EAAB no aplicó las penas de apremio previstas en la cláusula décimo cuarta del Convenio; y, que recibió el pago del capital más los intereses de mora según la cláusula Quinta.

Adicionalmente, para el análisis del problema jurídico es de recibo para el Tribunal los principios legales complementarios referidos a los incumplimientos contractuales según los cuales tales incumplimientos y los consecuentes cobros de multas, intereses o penas pactados pueden purgarse, son renunciables, no pueden comprender una doble sanción, tienen que ejercerse durante la vigencia del contrato y, en todo caso, se afectan por su no ejercicio oportuno especialmente en contratos de tracto sucesivo.

También advierte el Tribunal que la pretensión 11 se propuso como consecuencial de las pretensiones de las declaraciones de las pretensiones 4, 5, y 8 y el Tribunal por las razones expuestas previamente en este Laudo no accederá esas pretensiones.

#### **5.1.4.3. CONCLUSIÓN**

Con ocasión de todo lo expuesto, el Tribunal concluye que procede la excepción propuesta por la Convocada denominada "1. *Indebida acumulación de pretensiones*", en su numeral "1.3. *Peticiones de reconocimiento de intereses moratorios y aplicación simultánea de cláusula penal de apremio*", por las razones expuestas en este Laudo y, por tal razón, se denegará la pretensión 11.

### **5.2. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DE LA PRETENSIÓN 3**

#### **5.2.1. PRETENSIÓN CONSECUCIONAL 3 A RESOLVER**

El Tribunal procede a avocar el estudio y consideración de la pretensión 3 consecuencial de la pretensión 2 de la demanda, que solicita:

*"3. Como consecuencia de la anterior declaración se condene a Promoambiental Distrito SAS ESP a pagar a la EAAB ESP la cláusula penal pecuniaria pactada por incumplimiento del contrato en la cláusula DÉCIMO QUINTA equivalente al 10 por ciento del valor del convenio y el párrafo de la cláusula mencionada, es decir el 10 por ciento del valor facturado durante los últimos doce meses de facturación, valor que liquidado corresponde a la suma de*

---

<sup>99</sup> La cláusula Décimo Sexta del convenio establece: "Régimen aplicable: El presente convenio se rige en general por las normas civiles y comerciales, y por la normatividad regulatoria expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA".

DOSCIENTOS SESENTA MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$260.199.3299) M/cte.”

Por su parte, la cláusula Décima Quinta del Convenio estableció:

*“Penal Pecuniaria: En caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones contraídas en virtud del presente convenio, se causará a cargo de la parte incumplida una pena pecuniaria equivalente al diez por ciento del valor del convenio, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que cause a la parte cumplida. PARÁGRAFO: Para efectos de la presente cláusula, se entiende por valor del contrato, el valor presupuestado para los primeros doce (12) meses de ejecución si éstos no han sido ejecutados, o de lo contrario, el valor facturado dentro de los últimos doce (12) meses de ejecución.”*

## **5.2.2. POSICIONES DE LAS PARTES**

A continuación, el Tribunal resume las posiciones tanto de la Convocante como de la Convocada con respecto a la pretensión consecuencial 3.

### **5.2.2.1. DE LA CONVOCANTE**

La Convocante en los hechos del escrito de demanda afirma que la Convocada incumplió de manera grave varias obligaciones del Convenio por el no pago y pago tardío de facturas, por no haber suministrado la información a la que estaba obligado para el ciclo P el 9 de septiembre de 2019 y por dar por terminado de manera unilateral el Convenio sin estar facultado para ello y al mismo tiempo sostuvo que la Convocante satisfizo sus obligaciones y procuró la realización de estas.

### **5.2.2.2. DE LA CONVOCADA**

A su vez, en el escrito de excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda, la Convocada solicita al Tribunal rechazar esta pretensión y plantea como excepciones la indebida acumulación de pretensiones; la ausencia de responsabilidad por encontrarse en el ejercicio de un derecho; y, el cobro de lo no debido.

En cuanto a la acumulación de pretensiones, la Convocada afirma que los conceptos de cláusula penal e indemnización de perjuicios constituyen, en últimas, modalidades para procurar dejar indemne el patrimonio del afectado, la reclamación de perjuicios y la cláusula penal no podrán acumularse, salvo estipulación expresa en contrario. De acuerdo con el mandato del artículo 1600 del Código Civil le corresponde al acreedor, no al juzgador escoger entre la cláusula penal o la indemnización de perjuicios y por tales razones el Tribunal deberá entonces abstenerse de estudiar esas pretensiones planteadas de esa manera.

En cuanto al cobro de lo no debido la Convocada se limita a sustentar esta excepción aduciendo que el Convocante pretende se ordene el pago de una suma de dinero que alega se trata de perjuicios causados con la supuesta conducta arbitraria sin que haya sustento alguno para semejante pretensión. Así mismo, argumenta la Convocada que el daño para que sea reparable debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético y en el caso concreto la EAAB reclama como lucro cesante la utilidad estimada como aquello que dejó de facturar a partir del desde la fecha de incumplimiento grave y definitivo que ocurrió el 1 de septiembre de 2019 hasta la fecha de terminación pactada es decir el 21 de marzo de 2020, es decir a partir del mes de septiembre que la Convocante entiende se terminó el Convenio por decisión unilateral de Promoambiental. Al respecto hace dos comentarios: en primer término, estima que es un error del reclamante utilizar la palabra utilidad en la medida en la que la utilidad no depende solo del monto facturado, sino de aquello que percibe como ganancia luego de descontar los gastos y los costos de la actividad y en segundo término la Convocada aduce que la prestación del servicio de facturación conjunta no está concebida como una actividad lucrativa.

Finalmente, con respecto a la excepción de ausencia de responsabilidad por encontrarse en el ejercicio de un derecho, la Convocada afirma que la regulación la faculta para dar por terminado el Convenio de manera unilateral con justa causa como se ha examinado a profundidad en otro aparte del este Laudo al considerar la pretensión 2.

### 5.2.3. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Sobre la viabilidad de la pretensión consecencial 3 de la demanda, el Agente del Ministerio Público en su concepto del 15 de junio de 2021 conceptúa que esta pretensión es viable por las siguientes consideraciones:

*“Cuando las partes pactan la cláusula penal pecuniaria, el reclamante, que es el contratista cumplido, no tiene que demostrar los perjuicios que se le causaron con ocasión del incumplimiento de la obligación principal, ya que dichos perjuicios se presumen, y el monto o la cuantía queda fijada previamente en la misma. El artículo 1600 del Código Civil, sobre el particular consagra lo siguiente:*

*‘Artículo 1600<PENA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.’*

*Claramente se establece que no se podrán reclamar cláusula penal y la indemnización de perjuicios al mismo tiempo, pero igualmente se prevé con la misma claridad, que si se podrá hacer, cuando las partes lo hayan estipulado de manera expresa, es decir, que se permite la acumulación de ambos conceptos, y en este evento la pena será considerada como una sanción y dejará de ser una liquidación pactada por anticipado del valor de la*

*indemnización<sup>100</sup>, y entonces la libertad o la posibilidad del acreedor para pedir la indemnización o la pena, debe entenderse que es para aquellos casos en los que no se ha pactado expresamente la posibilidad de pedir las dos.*

*Por lo anterior, como es en este caso, las partes pactaron expresamente la posibilidad de aplicar la cláusula penal pecuniaria prevista en la disposición 15ª, equivalente al diez por ciento(10%) del valor del convenio, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que cause a la parte cumplida, así como los perjuicios que se causen, según lo acordado en la cláusula 14ª, la parte Convocante no está limitada a escoger la aplicación y pago de una de las dos, puede reclamar las dos, como lo está haciendo en este proceso, sencillamente porque así lo pactaron y lo autoriza el citado artículo 1600 del Código Civil.*

#### **5.2.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

##### **5.2.4.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

El Tribunal para resolver la pretensión consecucional 3 debe absolver si es o no procedente pretender el cobro de la cláusula penal, y si ello constituye una indebida acumulación de pretensiones o un cobro de lo no debido, o no procede por estar justificada la terminación y si, además, se puede hacer el cobro simultáneamente con la indemnización de perjuicios.

##### **5.2.4.2. SOBRE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**

La cláusula penal es un pacto por el cual se obliga el deudor a una determinada prestación o indemnización si deja de cumplir una obligación contractual. En los contratos bilaterales en que existen obligaciones recíprocas de las partes, se puede pactar tal pena a cargo del incumplido. La pena es la estimación anticipada de un perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado así lo reconoce el Artículo 1592 del CC que establece: "*La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.*"

Por otra parte, para el examen de las excepciones invocadas contra la pretensión consecucional 13 y, en especial, el cuestionamiento que le formula el Convocado, es necesario tener presente también el artículo 1600 de C.C. que reza: "*No podrá pedirse a la vez la pena e indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre se estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.*" (Subraya añadida)

---

<sup>100</sup> Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de varias providencias, entre ellas la del 15 de febrero de dos mil dieciocho (2018), Magistrada Ponente MARGARITA CABELLO BLANCO, SC170-2018, Radicación No. 11001310303920070029901.

Así mismo, el Tribunal considera necesario revisar los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia<sup>101</sup> acerca del entendimiento, alcances y utilidad de la estipulación de la cláusula penal. Al respecto la CSJ expuso:

*"(...) La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley "es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retrasar la obligación principal" (art. 1592 del C.C.). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios;*

*(...) Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C.C.); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.*

*(...) Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena /Art. 1594 del C.C.); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, **salvo que así se haya estipulado**, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro evento si puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C.C.)." (Resaltado fuera de texto).*

Revisado lo anterior, para el examen del caso concreto, el Tribunal advierte que la cláusula penal pecuniaria lícitamente pactada en el Convenio por las partes, en ejercicio de la libertad contractual, tiene como único presupuesto o condicionamiento la declaración previa o concomitante de incumplimiento definitivo de una o varias obligaciones previstas en el mismo Convenio por parte de uno cualquiera de los contratantes.

Al mismo tiempo, este Tribunal Arbitral encuentra que no le asiste razón a la Convocada en cuanto a las excepciones propuestas para enervar la presente pretensión por cuanto no se ha configurado una indebida acumulación de pretensiones, en la medida que del texto mismo de la cláusula pactada se desprende que las partes estipularon expresamente en la cláusula 14 del Convenio, la posibilidad del cobro de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, como lo faculta el Artículo 1.600 del C.C. en cuanto se trata de una estimación anticipada y parcial de los perjuicios que cause a la parte cumplida. Se colige de lo anterior que, si el demandante cumplido tiene y puede acreditar perjuicios superiores al valor estimado de la cláusula penal, tendría derecho a reclamarlos.

---

<sup>101</sup> Sala de Casación Civil en Sentencia SC 3047-2018, M.P. Luis Alonso Rico Puerta se refirió la sentencia SC, del 7 de octubre de 1976, págs., 446-447

Examinadas por parte del Tribunal las consideraciones previamente efectuadas con respecto a la prosperidad de la pretensión 2, en la cual el Tribunal evidencia que está acreditado que Promoambiental efectivamente incumplió de manera grave y definitiva el Convenio suscrito con la EAAB al terminarlo de manera unilateral, abrupta y sin facultades para hacerlo, Promoambiental está efectivamente incumpliendo de manera definitiva la obligación de mantener la continuidad del Convenio por el termino restante hasta marzo del 2020, y verificada dicha condición, procede y se causa la cláusula penal pecuniaria pactada y la pretensiones consecuencial 3.

En cuanto al cálculo del monto máximo de la cláusula penal pactada, el párrafo de la misma cláusula prevista en el Convenio y acordado por las partes, se establece la regla para su determinación esto es, el valor presupuestado para los primeros doce (12) meses de ejecución si éstos no han sido ejecutados, o de lo contrario, el valor facturado dentro de los últimos doce (12) meses de ejecución.

En desarrollo de la anterior regla el Convocante determinó que la suma a la que se refiere el párrafo es de doscientos sesenta millones ciento noventa y nueve mil trescientos veintinueve pesos (\$260.199.329) cifra que no fue objetada por la parte Convocada, en cuanto a su cálculo, aunque si en su procedencia.

Sin embargo, para el Tribunal la reclamación por esa suma no resulta suficiente para determinar el monto de la condena, sino que, además, debe tenerse en consideración lo previsto en el artículo 1596 del C.C. y en el tercer inciso del artículo 867 del C. de Co.<sup>102</sup>, así:

***"ARTICULO 1596. REBAJA DE PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal."***

***"ARTÍCULO 867. CLAUSULA PENAL. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.***

***Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.***

---

<sup>102</sup> Para traer a colación esas normas el Tribunal se apega a lo señalado en el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral de Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. Sucursal Colombia vs Unidad Administrativa Especial del Sistema Estratégico de Transporte Público –Avante SETP– del pasado 14 de agosto de 2020, así: *"En materia de contratación estatal las disposiciones contenidas en la legislación mercantil y civil gozan de plena aplicación, salvo en los asuntos expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, y demás normas que la reglamentan, los cuales deberán someterse a su imperio. En efecto, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados por las entidades públicas a que se refiere el estatuto de contratación estatal, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en la ley. En este sentido, dado que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no incluyó regulación específica alguna sobre la cláusula penal pecuniaria, para el análisis de este aspecto nos remitieron a las normas comerciales y civiles."*

*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."*

A partir de esa regulación, queda claro el deber del Juez de proceder a examinar la posible reducción que deba hacerse de la misma en los eventos de cumplimiento parcial de la obligación o del contrato.

En efecto, como lo ha señalado el Consejo de Estado en relación con esta posibilidad de graduación de la pena "[c]onsiderando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen." (...) La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un "derecho" en favor de las partes, **se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.** Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es una cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal." De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que **no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.** Finalmente, cabe agregar que, si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su

*ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.*<sup>103</sup>(negritas propias)

Como aparece claro en el presente asunto, el incumplimiento que justifica la imposición de la cláusula penal pecuniaria corresponde al que se derivó de la terminación injustificada del Convenio por parte de la Convocada, como ya fue analizada en este laudo, que conllevó que la fecha de incumplimiento por terminación unilateral ocurrió el 1 de septiembre de 2019 y por ello la ejecución del Convenio no se extendió hasta el 20 de marzo de 2021, como ha debido ser según lo pactado en la cláusula relativa al plazo del Convenio.<sup>104</sup>

Deriva de lo anterior, siguiendo los claros lineamientos trazados por el Consejo de Estado en providencia recién reseñada, la necesidad de tasar o modular la cláusula penal en función del término no ejecutado del contrato respecto del pacto que las partes tenían al respecto. Es así como de los 36 meses de vigencia acordados, que equivalen a 1.095 días, con ocasión de la conducta de la Convocada ya ampliamente explicada, la ejecución se redujo a 519 días, de manera tal que, en cuanto al término de vigencia hubo un cumplimiento parcial equivalente al 47,40% respecto de lo acordado, porcentaje en el que se reducirá el monto de la cláusula penal pecuniaria reclamada. De esta manera, la suma de doscientos sesenta millones ciento noventa y nueve mil trescientos veintinueve pesos (\$260.199.329) se verá disminuida en la suma de ciento veintitrés millones trescientos veintisiete mil trescientos cincuenta y tres pesos (\$123.327.353), para quedar en la suma de ciento treinta y seis millones ochocientos setenta y un mil novecientos setenta y seis pesos (\$136.871.976).

Teniendo en consideración que la única condena que por virtud de este laudo se impone a la Convocada es precisamente esta contenida en la pretensión 3 relativa a la cláusula penal pecuniaria, solo en este caso resulta procedente examinar la procedencia de las reclamaciones contenidas en las pretensiones 14 y 15 de la Convocante, con las cuales se hacen las siguientes reclamaciones:

*"14. Que se condene a PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP., a reconocer y pagar a favor de la EAAB E.S.P., las actualizaciones y/o los intereses moratorios a que haya lugar, liquidados dentro del proceso, desde la presentación de la presente demanda sobre las sumas determinadas en las pretensiones anteriores hasta la fecha en que se profiera el laudo.*

*15. Que se condene a la demandada PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP al pago de los intereses moratorios sobre las pretensiones a las que acceda y condene el tribunal, a*

---

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil ocho (2008). C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

<sup>104</sup> Cláusula Sexta del Convenio: "PLAZO DEL CONVENIO. El presente convenio tiene un plazo de ejecución de tres (3) años contados a partir de la fecha de su suscripción y estará vigente por seis (6) meses más para su liquidación. Este convenio se renovará automáticamente por periodos iguales y sucesivos al inicial, salvo que una de las partes informe a la otra en forma escrita su deseo de no renovarlo o modificarlo y sin perjuicio de lo previsto por el Artículo 2.3.6.2.4 del Decreto 1077 de 2015; el mencionado informe deberá realizarse con una antelación no inferior a cuarenta y cinco (45) días calendario."

*partir de la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo y total de la condena a la tasa máxima de interés moratoria en atención a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio.”*

Sobre la primera de ellas, esto es, la actualización de la condena impuesta a título de cláusula penal pecuniaria el Tribunal deberá rechazar lo pedido por las razones que claramente ha expresado la Corte Suprema de Justicia, así:

*“No existiendo, como en realidad no existe una norma que autorice la corrección monetaria de la cláusula penal, debe entonces averiguarse si la naturaleza de ella admite el remedio judicial de la corrección monetaria para cuando ésta se ha envilecido por el transcurso de la mora y el fenómeno inflacionario, y especialmente, si principios como la equidad o la “integridad” del pago justifican el correctivo, pues son éstos los que últimamente ha expuesto la Corporación para fundamentar el reajuste monetario.*

*La cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, o como fórmula coercitiva del cumplimiento, dado su origen convencional, que inclusive permite calificarla como un acto jurídico adicional y accesorio del principal, constituye una ley para los contratantes, no mutable, salvo el caso del artículo 1601, no sólo porque se conviene dar en pago una “cantidad determinada” de dinero, como lo dice el artículo 1601, sino porque es el fruto del libre acuerdo y de la autonomía de la voluntad, expresado con toda la conciencia, y por ende el conocimiento de que en consideración al fenómeno inflacionario, (hecho notorio conocido por todos), que afecta las economías de los países débiles, las sumas pactadas a título de cláusula penal se verán menoscabadas, más sabiéndose que ésta habrá de realizar su función cuando el deudor haya entrado en mora en el cumplimiento de la obligación principal, pues la eficacia de la cláusula tiene como condición el incumplimiento de dicha obligación. De modo que para el acreedor no es desconocido el hecho de la inflación, como tampoco la eventual mora del deudor, y con ella el transcurso de un tiempo entre el pacto y la efectividad del pago.*

*En torno a las anteriores circunstancias no se ve razonabilidad a la argumentación justificatoria de la corrección de la cláusula penal, invocando, como lo hace alguna doctrina externa, fenómenos de imprevisión o el postulado de la buena fe, o el abuso del derecho, porque todos se desmienten con apoyo en el conocimiento y la previsibilidad que antes se explicaba, además de considerarse que la pena se estipula precisamente para sancionar a un deudor incumplido, y generalmente con un rol recíproco para ambas partes. Legalmente esa conciencia sobre los hechos pudiera llevar a las partes a la estipulación de cláusulas de valor que mantuvieran el equilibrio económico de la pena, para enervar así el efecto nocivo de la inflación, pero si esa disposición no se pacta, **el remedio judicial no se abre paso porque habrá que presumir que el monto de la pena sigue siendo equitativo**, mas, cuando como ocurre en el presente caso, se enfrenta una cláusula penal que permanece proporcionada con la obligación principal que tenía de referente. De modo que en este caso concreto la equidad llama a la inmutabilidad de la cláusula, pues se reitera, la misma sigue guardando proporción no obstante el transcurso del tiempo, amén de que la hora económica actual en cuanto a los efectos de la inflación, no es la misma de otros días, ni mucho menos similar o*

*siquiera parecida, a la vivida por los países llamados del sur, en la década de los años setenta. En otras palabras, el arbitrio de equidad que corresponde al juez, y en este caso a la Corte fungiendo como Tribunal de instancia, permite, dentro de criterios objetivos de justicia, ver en la cláusula que se examina una mensura proporcionada y acorde con lo que fue la intención original de las partes y el quantum de la obligación principal.*

*Por último, y no por la ubicación argumento incidental, sino principal y definitivo, siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional, si es que se procura dejar a salvo el sistema general e imparcial de la tutela judicial y al mismo tiempo el principio de la autonomía privada que prima en la configuración de la cláusula penal, dentro de los propios límites legales, que en algunas latitudes dan lugar a la llamada "moderación", razón por la que **se insiste en que sí las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, éste no se puede determinar judicialmente, así medie la petición del acreedor** y mucho menos de oficio. '...perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, dice con autoridad Luis Díez Picazo, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio'. (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, pág. 403)."<sup>105</sup>*

En cuanto atañe a los intereses moratorios reclamados sobre esa condena con la misma pretensión 14, se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, como regla en los contratos de la administración, "[s]in perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado."

Según fue dispuesto por las partes en el Convenio "[e]n caso de mora en el pago de las obligaciones derivadas de este Convenio el prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá pagará a favor de la EAB E.S.P. intereses de mora liquidados a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera vigente al momento del vencimiento del plazo", de manera tal que puede concluirse que si existió pacto contractual al respecto. De la expresión literal de esta cláusula no puede concluirse cuál es la tasa aplicable, sin embargo, por la referencia efectuada a la "tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera" interpreta el Tribunal que la intención de las partes fue aplicar el interés moratorio para obligaciones mercantiles, siguiendo lo señalado por el artículo 884 del C. de Co., así:

---

<sup>105</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de Casación del veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. C-4823.

*“Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.”<sup>106</sup>*

Por otra parte, el artículo 65 de la Ley 45 de 1990<sup>107</sup> “[e]n las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.”

En ese orden de ideas, el artículo 1608 del Código Civil define cuándo se entiende que una parte se encuentra en mora, de la siguiente manera: *“El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”*

Por último, el artículo 94 del Código General del Proceso consagra lo siguiente: *“(…) La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación. (…)”*

Teniendo en cuenta la normatividad anteriormente transcrita, el Tribunal considera que en el presente caso nos encontramos en el supuesto previsto en el inciso 3º de la cláusula 1608 del Código Civil en donde se prevé la necesidad de reconvenir judicialmente al deudor para constituirlo en mora respecto del pago de la cláusula penal pecuniaria.

Así, conforme al artículo 94 del Código General del Proceso anteriormente transcrito, la notificación del autor admisorio de la demanda produjo respecto de la Convocada el efecto del requerimiento judicial necesario para constituir en mora al deudor.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la pretensión 14 está llamada a prosperar parcialmente y, en consecuencia, el Tribunal condenará a la Convocada a pagar a favor de la Convocante los intereses moratorios causados sobre la suma determinada como condena a título de la cláusula penal pecuniaria de la pretensión 3, calculándolos a partir del día siguiente a la fecha en la cual se le notificó a la Convocada el auto admisorio de la presente demanda -cuatro (4) de septiembre de dos

---

<sup>106</sup> De conformidad con lo regulado en la Ley 964 de 2005 y el Decreto 4327 de 2005 se dispuso la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia y la Superintendencia de Valores, para en adelante convertirse en la Superintendencia Financiera de Colombia.

<sup>107</sup> Se itera lo señalado en cuanto a la aplicación de las normas civiles y mercantiles al presente asunto referido en aparte anterior de este laudo.

TRIBUNAL ARBITRAL DE  
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - EAAB E.S.P.  
VS.  
PROMOAMBIENTAL DISTRITO S.A.S. E.S.P.  
(TRÁMITE 122965)

mil veinte (2020)-, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, según se explica a continuación:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	INTERÉS BANCARIO CORRIENTE	TASA DE INTERÉS MORATORIO	CAPITAL \$	TASA INTERÉS MORATORIO DIARIO	NÚMERO DE DÍAS	VALOR INTERÉS MORATORIO \$
4-sept-20	30-sept-20	18,35%	27,53%	136.871.976	0,0666%	27	2.461.232
1-oct-20	31-oct-20	18,09%	27,14%	136.871.976	0,0658%	31	2.791.915
1-nov-20	30-nov-20	17,84%	26,76%	136.871.976	0,0650%	30	2.669.004
1-dic-20	31-dic-20	17,46%	26,19%	136.871.976	0,0638%	31	2.707.054
1-ene-21	31-ene-21	17,32%	25,98%	136.871.976	0,0633%	31	2.685.839
1-feb-21	28-feb-21	17,54%	26,31%	136.871.976	0,0640%	28	2.452.746
1-mar-21	31-mar-21	17,41%	26,12%	136.871.976	0,0636%	31	2.698.568
1-abr-21	30-abr-21	17,31%	25,97%	136.871.976	0,0633%	30	2.599.199
1-may-21	31-may-21	17,22%	25,83%	136.871.976	0,0630%	31	2.673.110
1-jun-21	30-jun-21	17,21%	25,82%	136.871.976	0,0629%	30	2.582.774
1-jul-21	27-jul-21	17,18%	25,77%	136.871.976	0,0628%	27	2.320.801
<b>TOTAL</b>							<b>28.642.242</b>

Como resultado de lo reclamado en la pretensión 14 de la Demanda se condenará a la Convocada a pagar la suma de veintiocho millones seiscientos cuarenta y dos mil doscientos cuarenta y dos pesos (\$28.642.242).

Por el contrario, para este Tribunal la condena reclamada en la pretensión 15, esto es, el "pago de los intereses moratorios sobre las pretensiones a las que acceda y condene el tribunal, a partir de la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo y total de la condena a la tasa máxima de interés moratoria en atención a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio" no puede ser acogida, como quiera que lo pedido depende de un hecho futuro e incierto, esto es, el del incumplimiento de las obligaciones surgidas del presente laudo a cargo de la Convocada que aún no ha acontecido.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal rechazará la pretensión 15 de la Demanda.

#### 5.2.4.3. CONCLUSIÓN

El Tribunal examinados los términos y condiciones del Convenio, así como habiéndose determinado previamente la prosperidad de la pretensión 2, y considerando que no prospera, ni encuentran procedente el medio exceptivo presentado por la Convocada dirigido a enervar esta reclamación, esto es, "1. Indebida acumulación de pretensiones" y su desarrollo contenido en el numeral "1.2.

*Cláusula penal v.s. indemnización de perjuicios*", procederá a declarar la prosperidad parcial de la pretensión consecuencial 3. de la demanda, habida cuenta de la graduación efectuada por el Tribunal respecto de la suma reclamada, como ya fue referido, y así se dispondrá en la parte resolutive. En el mismo sentido se declarará la prosperidad parcial de la pretensión 14 y, según lo expuesto, negará la pretensión 15 de la demanda.

### 5.3. SOBRE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS DE LA PRETENSIÓN 13

#### 5.3.1. SOBRE LA PRETENSIÓN 13 A RESOLVER

Corresponde al Tribunal analizar y resolver la condena reclamada por la Convocante contenida en la pretensión 13 del escrito de convocatoria que textualmente solicita:

*"13. Que se condene a la demandada, conforme a la cláusula DÉCIMO CUARTA del convenio, al pago de los demás perjuicios que le causó a la EAAB ESP por el incumplimiento definitivo y por el incumplimiento de sus obligaciones por parte de PROMOAMBIENTAL DISTRITO SAS ESP, constituidos por la utilidad estimada para la EAAB ESP que dejó de percibir desde que dejó de facturar y/o recibir por la terminación o pretendida terminación unilateral hasta la fecha de terminación pactada del convenio que corresponde a la suma de DOS MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$2214165364)."*

Igualmente, en el juramento estimatorio la Convocante afirma lo siguiente:

#### *"JURAMENTO ESTIMATORIO Y CUANTÍA*

*Conforme a lo señalado en las pretensiones de la demanda, la cuantía la estimo razonadamente bajo juramento a la fecha de presentación en la cantidad de **DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISÉIS** (sic) **PESOS (\$2735'524.216) M/cte.** constituida por la suma de las siguientes pretensiones discriminadas:*

*(...)*

*3. La utilidad estimada dejada de percibir por la EAAB ESP desde que se dejó de facturar por la terminación o la pretendida terminación unilateral del convenio hasta la fecha de terminación pactada del convenio que corresponde a la suma de DOS MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$2.214.165.364) calculado como se explica en el archivo de Excel anexo denominado CONSOLIDADO INSUMOS DEMANDA PROMO 24.04.2020."*

### 5.3.2. POSICIÓN DE LAS PARTES

El análisis de la anterior pretensión 13 requiere en primera instancia reseñar la posición del Convocante y la Convocada según aparecen expuestas en los escritos que reposan en el expediente así:

#### 5.3.2.1. DE LA CONVOCANTE

La Convocada inicia la sustentación de su posición acreditando como hecho cierto que el término de duración pactado en el Convenio celebrado fue de tres (3) años siendo la fecha de celebración el 21 de marzo de 2018 y que la Convocada anunció la terminación unilateral a partir del 1 de septiembre de 2019. Consecuentemente, la decisión de Promoambiental según la Convocante causó perjuicios a la EAAB, al no darle cumplimiento a la ejecución del plazo convenido del término restante de los tres (3) años pactados, dejando ésta de percibir los ingresos planificados en los ingresos de la empresa desde el 1 de septiembre de 2019 hasta el 21 de marzo de 2021.

Para la prueba del valor del perjuicio reclamado en la pretensión 13, la Convocante con la demanda aporta el documento 18<sup>108</sup> que fue decretado e incorporado como prueba por el Tribunal en el Auto de pruebas.

En el alegato de conclusión, además para soportar la pretensión 13, la Convocante destaca los testimonios de las doctoras Arenas y Huérfano -funcionarias de la EAAB- que se refieren a la autoría de la prueba documenta 18, así como al concepto de utilidad dejada de recibir. La Convocante destaca las respuestas de la Dra. Arenas que se refieren a cómo fue calculada la utilidad en el caso específico del Convenio<sup>109</sup> así como respuesta de la Dra. Huérfano referida a si los ingresos incluían una utilidad para la EAAB<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> 18. Archivo en Excel denominado Utilidad D. Costos y Gastos Correo 23.04.20, elaborado por el área solicitante.

<sup>109</sup> DR. PARRA: Y usted recuerda doctora Angélica, cómo fue calculada la utilidad en el caso específico de este convenio, para la Empresa de Acueducto?

SRA. ARENAS: Se cálculo con el AIU, que calcula la empresa todos sus negocios, la Empresa de Acueducto, proyecta sus negocios con el acumulatorio y el que considera que es la rentabilidad que debe dar sus inversiones y sus proyectos, y con ese mismo rasero, se calcula la utilidad que debe dar este negocio. Las empresas normalmente tienen un porcentaje de rentabilidad que debe generar sus negocios, y lo aplica para todos sus proyectos, aquí debió haberse utilizado el mismo, se utilizó el mismo porque es el que usa siempre la empresa para todo, para el presupuesto para realizar también el plan anualizado de caja de la empresa.

<sup>110</sup> DR. PARRA: Rosalba y conforme con su respuesta, usted sabe o le consta si en esos ingresos se incluía una utilidad para la Empresa de Acueducto?

SRA. HUÉRFANO: Sí, claro que sí.

DR. PARRA: Nos puede explicar?

SRA. HUÉRFANO: Sí, una cosa es la estimación de los ingresos como lo dije, la que enviamos a mediados de agosto y otra es la utilidad que para efectos de esta demanda, fue calculada por la dirección de costos y gastos que tiene la empresa y ellos calcularon la utilidad que tiene el convenio de facturación conjunta, tengo entendido que la metodología que ellos utilizan es del valor de los ingresos, hacen el descuento de los costos más los gastos, para que el resultado sea la utilidad que debe dar el convenio de facturación conjunta.

Porque es claro que pues las empresas de servicios públicos de acuerdo a la Ley 142 y a la normatividad, no debe ser gratuita ninguna, ni la prestación de los servicios a los usuarios, ni la prestación que las empresas de servicios públicos realizan, entonces pues en este orden de ideas la empresa claro, debe tener un lucro por los servicios prestados a las distintas empresas que les presta los servicios de facturación conjunta.

En adición a los anteriores testimonios, la Convocante solicita se considere como fundamento de la existencia y monto del perjuicio reclamado en la pretensión 13, la previsión normativa contenida en el artículo 2.3.2.2.4.96 del Decreto 1077 de 2015<sup>111</sup>, como regulación aplicable a la facturación conjunta del servicio de aseo. La cual efectivamente, como lo ha examinado previamente el Tribunal, hace parte de la regulación de la actividad de facturación conjunta y prevé que las partes pueden pactar un reconocimiento económico que incluya el costo más una utilidad razonable, por tanto, los convenios de facturación conjunta pueden incluir un reconocimiento que se adicione con una utilidad razonable en sus servicios.

Finalmente, con relación a la pretensión 13, la Convocante advierte un efecto probatorio por la no objeción del juramento por parte de la Convocada<sup>112</sup>.

### 5.3.2.2. DE LA CONVOCADA

La Convocada por su parte en la contestación de la demanda se opone a esta pretensión y solicita al Tribunal abstenerse de conceder la pretensión 13 de la demanda por las razones señaladas en el escrito y sobre esta pretensión presenta la excepción de cobro de lo no debido que según la Convocada enerva la pretensión.

Para explicar y soportar la excepción invocada la Convocada argumenta que la Convocante no acredita sustento alguno para probar el perjuicio reclamado en el monto estimado en la pretensión 13.

La Convocada advierte que el reclamo como lucro cesante de la utilidad estimada como aquel valor que la Convocante dejó de facturar desde el 1 de septiembre de 2019, fecha de terminación unilateral, hasta el 21 de marzo de 2021, así como los costos asociados a los desarrollos tecnológicos, procesos y procedimientos necesarios para implementar la facturación conjunta adolece de dos errores. Por una parte, la Convocada considera, en el escrito de contestación, que es un error utilizar la palabra *utilidad*, en la medida en la que aquella no depende solo del monto facturado sino de aquello que percibe como ganancia luego de descontar los gastos y los costos de la actividad. En segundo lugar, considera que el convenio de facturación no está concebido como una actividad lucrativa de las empresas de servicios públicos domiciliarios por cuanto están obligadas a realizarla solo recibiendo como remuneración los costos y un "margen de gestión", que sería, en gracia de discusión el perjuicio que podría alegar la Convocante el cual está totalmente regulado y determinado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento.

---

<sup>111</sup> Decreto 1077 de 2015. "Artículo 2.3.2.2.4.1.96. Facturación conjunta del servicio público de aseo. Quienes presten cualquiera de los servicios públicos a los que se refiere la Ley 142 de 1994, prestarán oportunamente el servicio de facturación conjunta a las personas prestadoras del servicio de aseo, reconociendo por tal actividad el costo de estas **más una utilidad razonable**.

<sup>112</sup> "Con el juramento estimatorio existe una prueba de los perjuicios a menos que exista una objeción expresa a ese juramento, objeción que el demandado no formuló, de acuerdo al artículo 206 del CGP (Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación) por lo que el medio de prueba del monto de la indemnización es válido sin perjuicio de las documentos que obran en el proceso o de las declaraciones que se practicaron que reforzaron la certeza de la suma reclamada por utilidad esperada y frustrada.

En los alegatos de conclusión la Convocada reitera en su defensa la inexistencia de prueba de los perjuicios alegados por la Convocante, entre otras en la pretensión 13. Para el efecto, la Convocada afirma que en el expediente no obra prueba alguna de un daño ocasionado por Promoambiental por la decisión de dar por terminada unilateralmente la relación derivada del Convenio de facturación conjunta. Así mismo, la Convocada afirma, con respecto a la prueba documental 18 aportada por la Convocante y que consta de un cuadro de Excel, al ejercer su derecho de contradicción, que dicho cuadro fue elaborado por la misma Convocante, no tiene soporte que sustente el cálculo los costos, ni la estimación de ingresos y ni las eventuales utilidades, y por tales razones ese "documento" no tiene valor probatorio alguno.

Adicionalmente, la Convocada afirma que el cálculo contenido en la prueba documental 18 contradice las regulaciones a las que están sometidos los convenios de facturación conjunta en particular artículo 2.3.6.2.2. del citado decreto 1077 de 2015 en cuanto dicha regulación establece que las empresas de servicios públicos solo podrán cobrar el valor de los costos directos marginales.

### **5.3.3. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Agente del Ministerio Público en un extenso y detallado concepto con respecto a la reclamación de la pretensión 13 inicia observando que la Convocante no está limitada a escoger la aplicación y pago de una de las dos, puede reclamar las dos, como lo está haciendo en este proceso, sencillamente porque así lo pactaron y lo autoriza el citado artículo 1600 del Código Civil.

Respecto al valor de la indemnización de los perjuicios solicitada por la Convocante en la pretensión 13 del escrito de convocatoria, el Concepto del Agente del Ministerio Público identifica el documento No. 18 elaborado en Excel, denominados Utilidad D. Costos y Gastos Correo 23.04.20, Personal, Valores, Total, DF y Beneficios, y observa que en el último de los mencionados (beneficios), se consignan los valores proyectados que se reclaman mes a mes, desde septiembre de 2019 hasta marzo de 2021, incluyendo los ingresos proyectados, costos proyectados y los beneficios proyectados antes de impuestos, para un valor total de \$2.214.165.364.

Finalmente, de los numerales 3.3.22. y 3.3.23 del Concepto del Agente del Ministerio Público el Tribunal reseña el siguiente aparte que se refiere a la pretensión 13 del Convocante:

*"En el entendido de que en esta clase de convenios de facturación compartida, la empresa concedente obtiene como retribución por sus servicios, un beneficio o utilidad o "un margen de gestión", que es lo que venía percibiendo la empresa demandante, y que debe corresponder con la liquidación presentada, en caso de que ello no sea así, se deberá calcular aplicando el porcentaje del margen que corresponda según lo señalado en el artículo 1.3.23.3 de la resolución CRA 151 de 2001, por el costo del ciclo de facturación, para lo cual se debe tener en cuenta lo dispuesto en el anexo 1 de la citada resolución. (...)*

*Por lo anterior, en nuestro criterio, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la cláusula penal pecuniaria, equivalente al 10% del valor del convenio, en la forma prevista en la cláusula Décimo Quinta, y a la indemnización de los perjuicios causados, como consecuencia de la terminación unilateral del convenio de facturación compartida, toda vez que no existe autorización legal para que la demandante hubiera procedido a hacerlo en la forma descrita en el proceso."*

#### **5.3.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Para abordar la resolución de la pretensión 13 del Convocante, el Tribunal procede a realizar las consideraciones necesarias para lo cual hará una precisión del problema jurídico planteado, un análisis del acervo probatorio arrojado al expediente y las excepciones que como defensa argumenta la Convocada y los elementos que aporta el Concepto del Agente del Ministerio Público.

##### **5.3.4.1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

El problema jurídico que plantea la pretensión 13 consiste en determinar cómo se debe probar la existencia del perjuicio que la EAAB reclama causado por la terminación del Convenio por parte de Promoambiental, consistente en la utilidad estimada que dejó de percibir la EAAB, entre la terminación unilateral el 1 de septiembre de 2019 hasta el 21 de marzo de 2021, la fecha de terminación originalmente pactada en el Convenio y, si ese perjuicio se ha probado y si asciende a la suma de DOS MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$2.214.165.364).

##### **5.3.4.2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

La indemnización y reclamación de perjuicios por la existencia de un daño económico es evidentemente un derecho previsto en el ordenamiento de la responsabilidad civil colombiano a favor del contratante cumplido<sup>113</sup> y dentro de este, el concepto de lucro cesante hace relación con la ganancia económica que se deja de percibirse para el patrimonio del afectado, como consecuencia de que otra persona no ha cumplido una obligación a su cargo.

###### **5.3.4.2.1. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS**

En el presente caso, fueron aportadas por la Convocante y decretadas por el Tribunal para acreditar la existencia del lucro cesante reclamado en la pretensión 13, el documento No. 18 aportado por el Convocante y los testimonios de las doctoras Arenas y Huérfano. Para avanzar en la resolución del problema jurídico que plantea la pretensión 13 corresponde en primera instancia al Tribunal hacer el examen de tales pruebas.

---

<sup>113</sup> Código Civil, Artículo 1614. Daño emergente y lucro cesante Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

#### 5.3.4.2.1.1. EL DOCUMENTO NO. 18 APORTADO POR LA CONVOCANTE

El documento No. 18 consiste en un documento en Excel denominado "Utilidad D. Costos y Gastos Correo 23.04.20, elaborado por el área solicitante". A su vez el archivo digital contiene cinco (5) carpetas diferentes identificadas como Personal, Valores, Total, VF y Beneficios cuyo contenido se resume de la siguiente manera.

- a) La carpeta Personal: Consiste de un archivo con 384 nombres con un serie de columnas identificadas como zona, registro, Ce\_Co, descripción, planificación del calendario de facturación, control del calendario de facturación, monitoreo control y seg., enrutamiento y asignación, supervisión terreno, georreferenciación, preselección manzaneo (catastro) preselección TRR, contrato de impresión de facturas, selección, reliquidación, liquidación, reparto, gestión del contrato de facturación conjunta, contabilización del recaudo y conciliación de bancos, depuración archivo no identificados por el apeador, cálculo de la reciprocidad, atención PQRs envió de información archivos digitales, seguimiento y/o supervisión, informes reuniones seguimientos.
- b) La carpeta Valores con un subtítulo de otros gastos y costos: En la primera columna se relacionan 51 valores y un total y en igual número e identificación de columnas que la carpeta anterior y aparecen algunos valores en algunas casillas y en la casilla 52B aparece un total general y en la línea 52 aparecen unas sumas que pueden ser subtotales por columna.
- c) La carpeta Total: En la columna facturación conjunta se consignan los valores que suman la totalización entre facturación y recaudo de \$1.749.018.282, que según una división de operaciones por la vigencia de enero a junio 2019 asciende a \$6.196.791 y resulta en un costo unitario por actividad de \$282.
- d) La carpeta VF: En esta carpeta se identifica las cifras que están identificadas como valor unitario de facturación conjunta año 2019 282, Valor unitario de facturación conjunta año 2020 proyectado 299, valor unitario de facturación conjunta año 2021 proyectado 316. En otro archivo de la misma carpeta se identifica un cuadro de Cantidades de Facturas Proyectadas, otro con el Valor Proyectado x Costo de Personal y un tercer con el Valor Proyectado x Otros Costos y Gastos.
- e) La carpeta Beneficios: En esta carpeta en la línea No. 1 aparece la siguiente identificación "Memorando 3010001-2019-1660 18 de Octubre de 2019 de lo cual se deduce que fue elaborado en esa fecha. Así mismo, aparecen dos cuadros. El primero cuenta con tres renglones así: Un primer renglón con Ingresos Proyectados Operador Promoambiental de sept-19 hasta mar-21 por un subtotal de 3.693.119 con fuente la Dirección de Apoyo Comercial. Un segundo renglón Costos Proyectados Operador Promoambiental de sept-19 a mar-21 con un subtotal de 1.479.599.755, con fuente GCSC-CO SAP – Cálculos Propios y un tercera renglón denominado Beneficios antes de Impuestos Operador Promoambiental sept-19 a mar-21 con un total de 2.214.165.234 con fuente Cálculos Propios. De este primer cuadro se deduce que por cálculos propios los ingresos proyectados entre sept-19 a marz-21 menos los costos proyectados entre sept-19 a marz-21 resultarían unos benéficos proyectados antes de impuestos por 2.214.165.364 con fuente Cálculos Propios. El segundo cuadro se identifica como Operador Promoambiental y contiene una repetición de los números y fechas del último renglón del primer cuadro.

#### 5.3.4.2.1.2. TESTIMONIO DE LA DOCTORA ANGÉLICA ARENAS ARANGO SOLICITADO POR LA CONVOCANTE Y PRACTICADO EN DEBIDA FORMA EN AUDIENCIA DEL 09 DE ABRIL DE 2021

Para el Tribunal al examinar y valorar el testimonio de la doctora Angélica Arenas Arango relacionado con la pretensión 13 quedaron probados los siguientes hechos:

- a) Que la EAAB cobraba antes a Ciudad Limpia un valor entre \$290 a \$300 pesos por factura<sup>114</sup>.
- b) Para la EAAB un costo por factura de \$290 pesos que había cobrado a la anterior empresa de aseo no corresponden a los costos reales que tiene que asumir la empresa para prestar el servicio de facturación conjunta a otra ESP<sup>115</sup>.
- c) La EAAB utiliza para calcular la utilidad de todos los negocios un AIU y el AIU debió usarse también para calcular la utilidad de la tarifa de \$ 730 pesos<sup>116</sup> del servicio de facturación conjunta que se le prestó a Promoambiental<sup>117</sup>.
- d) El valor de \$730 pesos por factura pactado incluía todos los costos y una utilidad<sup>118</sup>.
- e) El margen de gestión por recaudo es diferente al margen de utilidad<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango "DR. CHAVES: ¿En que se fundaron ellos para decir que no estaban plenamente convencidos de esos \$730 pesos? SRA. ARENAS: Querían un precio inferior, porque sus números contaban con un precio inferior, de alrededor de \$290 - \$300 con base en lo que ellos verificaron que se cobraba en años anteriores por la Empresa de Acueducto, en estos convenios de facturación conjunta. Entonces su argumento era un poco, porque si a ciudad limpia le cobraba \$300 pesos a mí me va a cobrar \$730 - \$700 algo que fue en lo que quedó, se explicaron todas la razones a Promoambiental y al final decían, quedamos con ganas de que sea menor y queremos revisarlo, o que se guarde la posibilidad de ir ante la CRA, y así quedó en el contrato."

<sup>115</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango "DR. PARRA: Usted mencionó algo sobre el inicio del proceso de negociación del convenio con Promoambiental, nos puede ahondar en esta exposición que hizo, ¿cómo se inició el proceso? SRA. ARENAS: La Empresa de Acueducto, no tenía conocimiento del interés que tenían los adjudicatarios para el aumento de facturar en conjunto con Acueducto, ya adjudicado el contrato, ellos se acercan y dicen, queremos suscribir convenios de facturación conjunta con ustedes, pero tenían un precio en mente que era el que estaba en ese momento o para el año inmediatamente anterior, que se cobraba la Empresa Ciudad Limpia, que era quien facturaba en ese momento en conjunto. Ese era un precio como de \$290 pesos por factura, de manera que, los proponentes adjudicatarios para ese momento habían tenido dentro de sus cifras ese valor; no obstante, cuando llega al Acueducto, les explicamos que ese valor era muy particular y se había dado dentro de un esquema también muy particular que existía para la prestación del servicio de aseo para ese momento, y les explicamos que no correspondía a los costos reales de facturación conjunta y les presentamos los costos que sí eran los que aplicaban para esa fecha.

Y ahí empezó como la negociación donde ellos solicitaron menos valor del que el acuerdo proponía y se llegó a un acuerdo por alrededor de los \$730 pesos por factura emitida, y con ese valor se suscribe el contrato, y reitero, con la posibilidad abierta de que los adjudicatarios o prestadores, pudieran ir ante la Comisión de Regulación a solicitar la modificación de precios si lo consideraban conveniente."

<sup>116</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. CHAVES: Entonces con base en esa premisa, quisiera preguntarle si dentro de esos \$730 pesos que se llegó a ese acuerdo, incorporaba los costos informáticos de la plataforma de ustedes, todo lo que implicaba ese recaudo y adicionalmente, si se incorporaba dentro de esos \$730 pesos, una utilidad para la entidad, para el Acueducto. SRA. ARENAS: Sí, así es, incorporaba todos los costos y una utilidad para el Acueducto."

<sup>117</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. PARRA: Y usted recuerda doctora Angélica, ¿cómo fue calculada la utilidad en el caso específico de este convenio, para la Empresa de Acueducto? SRA. ARENAS: Se cálculo con el AIU, que calcula la empresa todos sus negocios, la Empresa de Acueducto, proyecta sus negocios con el acumulatorio y el que considera que es la rentabilidad que debe dar sus inversiones y sus proyectos, y con ese mismo rasero, se calcula la utilidad que debe dar este negocio. Las empresas normalmente tienen un porcentaje de rentabilidad que debe generar sus negocios, y lo aplica para todos sus proyectos, aquí debió haberse utilizado el mismo, se utilizó el mismo porque es el que usa siempre la empresa para todo."

<sup>118</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. CHAVES: Si señor presidente, yo tengo un par de preguntas. Doctora Arenas, quiero decirlo con mis palabras a ver si yo entendí lo que usted mencionó al comienzo, usted dijo que, inicialmente Promoambiental había hablado más o menos de \$290 pesos por factura, que usted mencionó que ese era un valor muy particular, y que después de ese análisis de costos, hecho por la entidad, se llegó a un precio de \$730 pesos, y se llegó a un acuerdo por factura, entonces lo primero es, ¿entendí bien, doctora Angélica? SRA. ARENAS: Sí, así es. DR. CHAVES: Entonces con base en esa premisa, quisiera preguntarle si dentro de esos \$730 pesos que se llegó a ese acuerdo, incorporaba los costos informáticos de la plataforma de ustedes, todo lo que implicaba ese recaudo y adicionalmente, si se incorporaba dentro de esos \$730 pesos, una utilidad para la entidad, para el Acueducto. SRA. ARENAS: Sí, así es, incorporaba todos los costos y una utilidad para el Acueducto."

- f) El margen de utilidad no está regulado por la Comisión<sup>120</sup>.
- g) La tarifa negociada incluía todos los costos y utilidad<sup>121</sup>.
- h) La testigo no aportó el detalle del número de la utilidad que se pactó en la tarifa del Convenio, por cuanto no era su área la encargada de determinar la utilidad y además no sabría hacerlo<sup>122</sup>.
- i) Una vez terminado unilateralmente el Convenio el 1 de septiembre de 2019 la EAAB dejó de causar y se eliminaron los costos asociados a la ejecución del Convenio<sup>123</sup>.
- j) La EAAB no tuvo que hacer una nueva inversión para ejecutar el Convenio y por tanto no tenía que recuperar la inversión a su terminación<sup>124</sup>.

<sup>119</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. RIVEROS: Es la resolución número 151 del año 2001, y sus modificaciones. El parágrafo segundo de este artículo dice: la persona prestadora solicitante y se refiere a quién solicita la prestación de un servicio de facturación conjunta, reconocerá a la prestadora concedente a quien prestaría el servicio de facturación, en cada período de facturación, un período entre 0 y el 8% de los costos de cada ciclo de facturación, como margen de gestión de acuerdo con el porcentaje de recaudo de cada período de facturación, calculado así, y trae una fórmula matemática. SRA. ARENAS: Como usted puede ver ahí en la resolución, que este es un margen de gestión por recaudo, que es muy diferente al margen de la utilidad por la prestación del servicio de facturación conjunta, si es esto a lo que se refiere. (...)"

<sup>120</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. RIVEROS: Permítame preguntarle entonces, si cuando usted se refirió al concepto de utilidades y ahora se refirió en esta pregunta anterior también, al concepto de utilidades, si la determinación de un porcentaje o la manera de determinar las utilidades, ¿es una posibilidad libre entre quienes celebran este convenio de facturación o si se trata de una situación regulada por las normas que enmarcan estos convenios? SRA. ARENAS: Es una actividad libre, lo que usted leyó, vuelvo e indico, es el margen de gestión sobre el recaudo únicamente, pero los negocios de facturación conjunta son contratos y negociaciones del derecho privado, es un contrato atípico, además, de manera que, no hay o la comisión no reguló en particular la utilidad sobre el negocio completo."

<sup>121</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. RIVEROS: Dada esa respuesta, me veo obligado a preguntarle, a pedirle que le precisen al Tribunal, los criterios que se tuvieron en cuenta para determinar el costo o la tarifa que la Empresa de Acueducto, le cobraba a Promoambiental por la prestación del servicio convenido. SRA. ARENAS: Se tuvo en cuenta costos de facturación, costos dentro de los costos de facturación está: el personal que se usa para facturar; costos de impresión, que eso lo hacemos a través de un contratista tercero; costos de repartición de la factura, nosotros reparimos con el equipo la Empresa de Acueducto por todo Bogotá; costos de mantenimiento de la herramienta SAP, que es la que usa el Acueducto para esto; costos de recaudo; costos de análisis de lo que entró que era de Acueducto y que era lo de aseo, acá estamos hablando de personal, hubo que contratar muchas más personas para este ejercicio; costos financieros de traslado de los recursos de la fiduciaria; costos de atención al usuario en nuestras sedes; costos de reporte de información al sistema único de información del SUIN de la Superintendencia; y utilidad."

<sup>122</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. RIVEROS: Nuevamente, entonces permítame pedirle precisión en relación con la manera de determinar la utilidad, usted ha hecho un señalamiento de que se utilizó una fórmula parecida a las de AIU que se utilizan en todos los proyectos que adelanta la Empresa de Acueducto, si le entendí bien, pero quería pedirle precisión de ¿cómo se determina o cómo se discrimina ese concepto? SRA. ARENAS: No, esa es una parte muy financiera, el ejercicio de verlo como la distribución, como en porcentaje y demás, como el ejercicio financiero, lo hace el área financiera de la entidad, yo tengo claro el concepto, pero ya el detalle del número no, no lo hice, no lo hizo mi área y no sabría hacerlo."

<sup>123</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. RIVEROS: Le pregunto entonces, doctora Angélica, si usted sabe de estos costos que usted ha descrito: la impresión, la distribución, el traslado de recursos, etcétera, todo esto que nos acaba de detallar, ¿si en la Empresa de Acueducto, después de que se dio por terminado el contrato por parte de Promoambiental, tuvo que seguir cubriéndolos? SRA. ARENAS: Tuvo que seguir cubriéndolos los costos, para nosotros fue costoso la salida de Promoambiental, porque además nos tocó hacer todo el ejercicio de entrega de la información que no estaba previsto, pero claramente después de finalizar ese ejercicio, ya los costos no están, ya no había que imprimir otro lado de la factura, ya no había que distribuir la parte del servicio de aseo, ya no había que cargar información de eso, ni atender usuarios de aseo, a pesar de que los atendemos por bastante tiempo, pero en principio no, los costos se eliminan."

<sup>124</sup> Testimonio de la Sra. Angélica Arenas Arango. "DR. BUSTOS: Sí, quisiera pedir el favor a la doctora Angélica, para continuar, básicamente la tenía para más adelante, pero aprovechando el tema que acaba de plantear el doctor Riveros, en el tema de la estructuración de los costos y de cómo recuperar la inversión, entiendo a usted mencionó hace un rato que tuvieron que hacer una inversión en tema de la plataforma tecnológica, hacer algunas adecuaciones para efecto de hacer la facturación conjunta. Quisiera preguntarle, porque entendí también o usted manifestó al Tribunal que había participado en la elaboración, en la estructuración de estos contratos, si usted recuerda si en esa estructuración, además de todo lo que usted ha señalado, que implicaba la tarifa que le estaba cobrando a Promoambiental, en cuanto a facturación, impresión, distribución, etcétera, si los costos en que incurrieron para poder ejecutar esos convenios, tuvieron en cuenta la recuperación de eso en tiempo, o sea, si planearon que esa plata se iba a recuperar, o si los costos se iban a ir recuperando en la medida en que se iban generando de manera mensual o hicieron un cálculo a un año, a dos años, a tres años, si el tema tiempo para recuperar la inversión que la empresa tuvo que hacer, contó para la estructuración de los costos o no? SRA. ARENAS: No es una inversión lo que tuvo que hacer la empresa, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, durante tal vez, los últimos 40 años, ha prestado servicio de facturación conjunta a las diferentes generaciones de prestación de servicios de aseo de la ciudad, de manera que, estábamos preparados y por eso pudimos hacerlo tan rápidamente, no es como sucede cuando por primera vez alguien asiste a solicitar este servicio y entonces hay que hacer todo un montaje, montaje nuestro ya existía porque ya habíamos hecho esto hace muchos años, de manera que, más que el costo de recuperación de inversiones, está asociado a los gastos y costos del ejercicio de prestar este servicio permanentemente. Adicionalmente, por ejemplo, en el recaudo, vuelvo y digo, el Acueducto tiene por su robustez, tenía la posibilidad de ofrecer los beneficios que los bancos le dan al Acueducto, que no le daban a las empresas de aseo, y estas cosas tienen un valor, vuelvo y digo, este es un negocio privado, este ejercicio, que al final haya una

#### 5.3.4.2.1.3. TESTIMONIO DE LA DOCTORA ROSALBA HUÉRFANO PIÑEROS SOLICITADO POR LA CONVOCANTE Y PRACTICADO EN DEBIDA FORMA EN AUDIENCIA DEL 07 DE ABRIL DE 2021

Para el Tribunal del testimonio de la doctora Rosalba Huérfano Piñeros relacionado con la pretensión 13, quedaron probados los siguientes hechos:

- a) La Dirección de Apoyo Comercial donde labora la testigo no es la encargada de estimar el beneficio que recibe la EAAB por la celebración del Convenio y fue la Dirección de Gastos y Costos los encargados de realizar la liquidación de la utilidad<sup>125</sup>.
- b) En el servicio de facturación conjunta incluía una utilidad<sup>126</sup>.
- c) La testigo tuvo información sobre la estimación de la utilidad y de los perjuicios por valores dejados de percibir por la terminación unilateral del Convenio<sup>127</sup>.
- d) La testigo no confirmó el valor estimado de las utilidades previstas por la ejecución del Convenio<sup>128</sup>.

#### 5.3.4.2.1.4. INFORME CON RADICADO CRA N°: 20210120017261 FECHA: 19-03-2021

Revisado el informe rendido por la CRA respecto del margen de gestión de recaudo, el Tribunal advierte que la CRA mediante la Resolución CRA 720 de 2015 estableció el precio máximo para la actividad de comercialización por suscriptor del servicio de aseo, considerando, el costo que un

---

*relación entre usuario - empresa, que se regulan de manera independiente, no significa que las partes no puedan definir libremente cómo desarrollar este precio, por eso les explicaba ahora, míren, pueden ser \$100 y entonces le fue bien al prestador de servicios de aseo, y todo el margen le queda a él, el margen de lo que le cobra al usuario, puede ser mayor, entonces, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado también tenía ahí su utilidad. Entonces, no era la recuperación de una inversión necesariamente, sino que eran los beneficios, adicional a las actividades propias, los beneficios que estaba aprovechando el prestador del servicio de aseo, que él sólo no hubiese podido lograr, el sólo no hubiese podido levantar una negociación con el banco, lo sé porque lo intentaron y no lo lograron."*

<sup>125</sup> Testimonio de la Dra. Rosalba Huérfano Piñeros. "DR. RIVEROS: Muchas gracias, dado que usted ha señalado que la celebración del convenio se hacía en cumplimiento de un deber legal y con base y que se recibía un reconocimiento de un valor regulado previamente, quisiera preguntarle, ¿usted cómo estima el beneficio que recibe la Empresa de Acueducto por la celebración de este convenio? SRA. HUÉRFANO: Pues digamos que desde la dirección de apoyo comercial en la que yo laboro, no soy yo la llamada a realizar, a responder esto por cuanto como lo indiqué anteriormente, en la empresa hay una dirección de gastos y costos que son los encargados y fueron los encargados de realizar la liquidación de esta utilidad, entonces no sé si hacía, si estoy dando respuesta clara a la pregunta."

<sup>126</sup> Testimonio de la Dra. Rosalba Huérfano Piñeros. "DR. RIVEROS: Pues sí, parcialmente, yo quería preguntarle además de la eventual utilidad, ¿si desde el punto de vista de la estrategia empresarial, la celebración de estos convenios le resulta útil a la Empresa de Acueducto? SRA. HUÉRFANO: Por supuesto, como a la Empresa de Acueducto, como a la empresa Codensa, como a la empresa Vantí, como a cualquiera de las empresas que están obligadas a suscribir los convenios de facturación conjunta, desde luego, porque las empresas lógicamente nunca prestan los servicios para perder dinero, así sea en una empresa pública o una empresa privada siempre debe existir un lucro, entonces desde luego que debe haber una utilidad en los servicios que se presten, en cualquiera de los servicios que se presten tanto a los usuarios como a los servicios que presta la Empresa de Acueducto, no solo para facturación conjunta, sino otros contratos y convenios que tiene diferentes a los de facturación conjunta, claro que sí, siempre debe existir."

<sup>127</sup> Testimonio de la Dra. Rosalba Huérfano Piñeros. "DR. RIVEROS: Perdón, no, quería preguntarle ¿si usted tiene información concreta sobre la cuantía de la, no sobre la metodología, sino la cuantía de las utilidades, de los beneficios económicos que la Empresa de Acueducto calculó en este, en la ejecución de este convenio? SRA. HUÉRFANO: Sí, la información me llegó desde la dirección de costos y gastos, porque todo lo estábamos, digamos que, consolidando todo el tema de la demanda lo estábamos consolidando en la gerencia del servicio al cliente y creo si no estoy mal que la estimación de esa utilidad, de los perjuicios por los cobros o por los valores dejados de percibir por la terminación unilateral del convenio, fueron de alrededor de 2.000 millones de pesos, si mal no recuerdo."

<sup>128</sup> Testimonio de la Dra. Rosalba Huérfano Piñeros. "DR. RIVEROS: Perdóneme precisar, mi pregunta no va dirigida a la estimación de los perjuicios por la terminación del contrato, sino de las utilidades en el evento de haberse cumplido como estaba prevista la ejecución del convenio. SRA. HUÉRFANO: Sí, pero no recuerdo en este momento la verdad el valor, ya así son dos cosas diferentes, no, no recuerdo en este momento la verdad el valor del estimado, de la utilidad, no, no recuerdo."

---

prestador del servicio público de aseo debe incurrir para realizar, entre otras, el servicio de facturación y recaudo de su servicio. Esa determinación del modelo de costo máximo eficiente del servicio de facturación incluye según la CRA todos los costos y se determinó un precio máximo el cual incorporó todos los costos relacionados con el proceso de facturación conjunta incluido el margen de gestión de recaudo. Lo anterior, implica en la práctica que el servicio de facturación conjunta de las facturas del servicio de aseo tiene indirectamente establecido por la CRA un precio techo.

### 5.3.4.2.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES APLICABLES

Para realizar la valoración y apreciación de las pruebas que reposan en el proceso para acreditar la existencia y monto del perjuicio reclamado en la pretensión 13, el Tribunal, con respecto a la carga de la prueba en el régimen de la responsabilidad civil en especial relacionado con la prueba del lucro cesante, destaca dos fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la magistrada Margarita Cabello Blanco<sup>129</sup> y del magistrado Octavio Tejeiro Duque<sup>130</sup> que sirven para puntualizar unos criterios jurisprudenciales aplicables al presente caso.

Para la Corte Suprema de Justicia es fundamental la regla general según la cual no hay responsabilidad sin daño aun cuando haya incumplimiento y, por tanto, se debe acreditar la existencia y el monto de los perjuicios causados como condición para indemnizar el daño también probado. Los requisitos del daño para ser indemnizable es que primero sea cierto, es decir que se demuestre su existencia y que no haya duda de su concreta realización. También que el daño sea directo, cierto, real y efectivamente causado. Al mismo tiempo, el daño debe ser una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento del contrato, es decir se evidencie el nexo causal entre el incumplimiento y el daño. Para la CSJ si no se acredita la existencia del daño y su extensión por quien lo alega, a quien le corresponde la carga de la prueba, el juez no puede fundar una condena<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> CSJ, SC20448-2017, Radicación No. 47001-31-03-002-2002-00068-01, Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) M.P. Margarita Cabello Blanco.

<sup>130</sup> CSJ SC3951—2018, Radicación No.25386—31—03—001—2008—00011\_\_01, Bogotá, D.C. dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) M.P. Octavio Tejeiro Duque.

<sup>131</sup> CSJ, SC20448-2017, Radicación No. 47001-31-03-002-2002-00068-01, Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) M.P. Margarita Cabello Blanco. "2. Sabido es que sólo se indemniza el daño debidamente probado; pues no es admisible condenar a una persona a la reparación de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, si los mismos no se encuentran acreditados en legal forma. En la teoría de la responsabilidad civil si bien se impone al victimario, por regla general, la obligación de resarcir a la víctima, tal compromiso surge inevitable siempre y cuando su conducta afecte, injustificada y dañinamente, la humanidad o el patrimonio de esta última. Por supuesto, en el evento de no acaecer tal hipótesis, es decir, si a pesar del comportamiento del acusado no se generó un perjuicio o una afectación dañina, simplemente, no hay lugar a la reparación reclamada. Queda así fijada la regla general en la materia de que no hay responsabilidad sin daño, aunque exista incumplimiento o infracción a un deber de conducta. De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios. 2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito "más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna" (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01). Para que sea "susceptible de reparación, debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado'" (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879). La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende. Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado: No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que

En cuanto al concepto de lucro cesante, la jurisprudencia de la Corte invocada afirma que el lucro cesante tiende a aumentar el patrimonio y comprende nuevas utilidades que el afectado hubiera conseguido de no haber sucedido el incumplimiento. Es decir, supone una existencia real, tangible y concreta de las utilidades que estaban presentes y existían al momento de surgir el daño, lo que permite inferir razonablemente que las ganancias, que ciertamente se percibían antes, se puede aspirar a continuar recibiendo.

Finalmente, en materia del régimen probatorio del lucro cesante se desprende de la jurisprudencia anotada que tiene libertad probatoria pero la prueba debe dar certeza, no basta una manifestación de ingresos brutos en corto tiempo sin discriminar el valor concreto del margen de utilidad luego de descontar los costos fijos y variables en el desempeño de la actividad que sería el concepto a reconocer. Tampoco sirve como prueba del daño del lucro cesante una constancia cuyo valor reportado no corresponda a un monto neto constante convenido, ni que permita compararlo con otros contratos similares para la época de los hechos.

#### 5.3.4.2.3. NO OBJECCIÓN DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

En el alegato de conclusión, la Convocante argumenta que con la falta de objeción del juramento estimatorio quedó probado el monto de la indemnización por la utilidad esperada y frustrada de conformidad con lo que establece el mismo artículo 206 del C.G.P. así: *“Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo”*.

En igual sentido el concepto del Agente del Ministerio Público afirma que no encuentra que la liquidación de ingresos proyectados, costos proyectados y los beneficios antes de impuestos, por un valor total de \$2.214.165.364 haya sido objetada o cuestionada por la Convocada y, por tanto, considera que la Convocante tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados.

---

*deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...) Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repetiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; negrillas fuera del texto).3. Establece el Código Civil en el artículo 1614, que se entiende por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardando su cumplimiento. De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento.”*

---

Para el Tribunal revisado el expediente efectivamente no hay evidencia que la Convocada haya ejercido el derecho a objetar el juramento estimatorio y se limitó con el traslado a presentar el escrito de contestación de demanda en el cual tampoco objetó el juramento estimatorio, pero sí objetó la pretensión que reclamaba el perjuicio por la utilidad estimada dejada de percibir<sup>132</sup>.

En el alegato de conclusión la Convocada cuestionó la pretensión de los perjuicios por la utilidad estimada dejada de percibir en el punto 4.1 del escrito que denominó Inexistencia de prueba de perjuicios<sup>133</sup>.

Por los anteriores puntos de hecho y de derecho expuestos, corresponde al Tribunal determinar en este caso el alcance de lo previsto del texto del inciso primero del artículo 206 del C.G.P. en cuanto a la prueba de valor del perjuicio alegado por la Convocante que afirma:

*(...) "Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo" (...)*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto al alcance del inciso primero del artículo 206 del C.G.P. declaró exequible la totalidad del artículo 206<sup>134</sup>, incluido específicamente el inciso primero y precisa lo siguiente al analizar tal norma:

*"Se requiere que la norma permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)<sup>135</sup>. En este sentido, la norma demandada permite el esclarecimiento de los hechos, pues el juramento estimatorio no se trata de una determinación definitiva de lo reclamado, sino que existe un proceso para su contradicción y en especial se le permite al juez ordenar pruebas de oficio si advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para*

---

<sup>132</sup> La Convocada afirmó en el escrito de contestación lo siguiente: (...) *En el caso concreto, se aprecia que la EAAB ESP reclama como lucro cesante "La utilidad estimada" como aquello que se dejó de facturar desde el 1 de septiembre de 2019, fecha de terminación, hasta el 21 de marzo de 2021, para lo cual se entiende que utiliza el monto de lo facturado en los últimos 12 meses, aunque no lo diga de manera expresa. También refiere que con el fin de dar cumplimiento al Convenio, la EAAB ESP "ha realizado una serie de desarrollos tecnológicos, ha implementado procesos y procedimientos en su interior, y destinado un equipo de personal a quienes ha tenido que capacitar, actividades sobre las cuales se tiene una expectativa de ingresos dentro del plazo pactado". Sobre este razonamiento pueden hacerse dos comentarios. En primer lugar, se considera que es un error del reclamante utilizar la palabra utilidad, en la medida en la que aquella no depende solo del monto facturado sino de aquello que percibe como ganancia luego de descontar los gastos y los costos de la actividad. (...) Téngase en cuenta que, como se mencionó en el acápite anterior, el convenio de facturación contenida no está concebido como una actividad lucrativa que puedan cumplir las empresas de servicios públicos domiciliarios que están obligadas a realizarla sino que solo es dable reconocer los costos y un "margen de gestión", que sería, en gracia de discusión el perjuicio que podría alegar la demandante el cual está totalmente regulado y determinado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento. Las consideraciones aquí mencionadas enervan las pretensiones de la demanda contenidas en los numerales 6, 7, 9, 10 y 13.*

<sup>133</sup> En el escrito de alegatos la Convocada afirma: (...) *Lo primero es afirmar con toda certeza que en el expediente no obra prueba alguna de un daño ocasionado por mí representada por la decisión de dar por terminada unilateralmente la relación derivada del convenio de facturación conjunta. (...) En este punto también hay que decir que en el expediente no hay prueba de cual podría ser el monto de la pretendida utilidad. El demandante acompañó a su libelo un cuadro de Excel, elaborado por él mismo, en el que supuestamente calcula los costos, estima los ingresos y deriva eventuales utilidades, pero dicho "documento" no tiene valor probatorio alguno ya que no tiene soporte que lo sustente."*

<sup>134</sup> Corte Constitucional Sentencia C- 279 de 2013, M.P. Jorge Pretell. (...) SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 por los cargos analizados en esta sentencia.

<sup>135</sup> Corte Constitucional Sentencia C-426 de 2002, M.P. (E) Rodrigo Escobar Gil y C-227 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

tasar el valor pretendido. En este sentido, el juez es el garante de la realización material de los derechos y de la primacía del derecho sustancial sobre las formas. (subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional también precisó que la sentencia C -157 de 2013 avocó solamente el estudio de constitucionalidad del parágrafo del artículo 206<sup>136</sup>.

Este Tribunal, atendiendo la orientación jurisprudencial referida particularmente al inciso primero del Artículo 206 que se analiza, advierte en primera instancia que el objetivo primordial del artículo 206 del C.G.P., es establecer la cuantía del proceso y garantizar la mayor precisión posible en cuanto a la cuantía, estableciendo una serie de condiciones y requisitos que debe cumplir el demandante.

En igual sentido se pronuncia el Instituto de Derecho Procesal al intervenir en sentencia C- 279 de 2013 con respecto al alcance del artículo 206 cuando afirma que la finalidad de la prueba se refiere al monto del derecho reclamado<sup>137</sup>.

La doctrina por su parte también reafirma que no debe confundirse la cuantía con al valor de la relación jurídica existente entre las partes. La cuantía señala no lo que la ley le garantiza a la parte sin lo que ésta pretende que le sea garantizado<sup>138</sup>. La doctrina también afirma que la cuantía tiene como propósito determinar el valor del pleito por parte del demandante y en el evento que el demandado no se oponga, "prevalece el monto designado por la demandada, ya que la estimación de la cuantía solo sirve para fijar la competencia del juez"<sup>139</sup>.

Igualmente, el juramento estimatorio contenido en artículo 206 del C.G.P. es un medio de prueba de aquellos reseñados por el artículo 165 del C.G.P. y su apreciación está sometida a las reglas del artículo 167 según el cual las pruebas deben apreciarse en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>140</sup>.

Por lo anterior, este Tribunal considera que la no objeción del juramento estimatorio constituye en

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional Sentencia C-279 de 2013, M.P. Jorge Pretelt (...) Por su parte, en la Sentencia C-157 de 2013, la Corte Constitucional analizó el parágrafo del artículo 206 señalando que al aplicar los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, para determinar si la norma prevalece una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobre estimadas o temerarias resulta acorde con el ordenamiento constitucional, toda vez que la norma demandada se refiere a las sanciones impuestas por la falta de demostración de los perjuicios, no por su sobreestimación. Por lo anterior estimó que presentar este tipo de pretensiones no puede cobijarse ni en el principio de buena fe, que defrauda y anula ni en los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

<sup>137</sup> Sentencia C- 279 de 2013 Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *El apoderado del Instituto Colombiano de Derecho procesal solicitó que se declarara la constitucionalidad de la norma demandada por las siguientes razones: (...) 1.3.1.2 Manifiesta que el cumplimiento del deber de realizar el juramento estimatorio puede relevar al demandante de la carga de probar el monto del derecho reclamado, pues dicha afirmación suple la prueba mientras no sea objetada. (...) 1.3.1.4 Aduce que quien reclame en un proceso judicial el pago de perjuicios, mejoras, compensaciones o frutos, tiene la carga de demostrar no solo la existencia del derecho reclamado, sino también el valor preciso de su derecho. En este sentido, agrega que lo que hace la ley en la norma demandada es simplemente facilitar la cuantificación del derecho reclamado, relevando al interesado de aportar medios de prueba adicionales, dándole mérito probatorio a su propia estimación.*

<sup>138</sup> Carnelutti, Francisco, Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Editorial Uteha, página 307.

<sup>139</sup> Morales, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Quinta Ed., Parte General, Editorial Lerner, página 330.

<sup>140</sup> Sentencia de Tutela de la Corte Suprema ATC 5797 de 2017 en cual la Corte reconoce como prueba testimonial el juramento estimatorio no objetado. En el caso en comento el demandante no solo no objetó el juramento, sino que no contestó la demanda. La Corte afirma: "5. El escenario planteado permite evidenciar el menoscabo alegado por cuanto el juzgador del circuito soslayó el juramento estimatorio realizado en la demanda, catalogado por la ley y la jurisprudencia reseñada como medio probatorio."

este caso prueba solo del monto de perjuicio que se estima por el demandante como es también el alcance que le confiere la Corte Constitucional en la Sentencia C-279 de 2013 toda vez que las expresiones “*monto*” y “*valor*” que están incluidas en el texto del artículo 206 claramente hacen referencia a una suma o cantidad normalmente determinable en dinero o equivalente y son expresiones que son consistentes con al objetivo principal de la norma de establecer la cuantía del proceso.

Por lo anterior, la expresión que se analiza por su sentido conceptual solo se refiere a la cuantía o monto o tasación del perjuicio. Así mismo, para el Tribunal la expresión no conlleva la prueba de la existencia del perjuicio por cuanto ello implicaría desconocer los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual del Código Civil y la jurisprudencia de la CSJ sobre el régimen probatorio del lucro cesante.

Adicionalmente, se desprende del texto mismo, que aun en el evento de no haber objetado el juramento, ello no puede constituir plena prueba del monto, toda vez que el artículo 206 permite al juez decretar otras pruebas para tasar la cuantía, lo que confirma que el juez retiene en toda circunstancia, las amplias facultadas de apreciación de la prueba.

#### **5.3.4.2.4. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN**

El Tribunal, una vez examinadas, valoradas y apreciadas las pruebas aportadas, fundamenta su decisión con respecto a la pretensión 13 en los siguientes razonamientos y consideraciones de hecho y de derecho.

El documento 18 en Excel denominado Utilidad D. Costos y Gastos Correo 23.04.20, elaborado por la EAAB en octubre de 2019, no es un documento elaborado durante la negociación del precio ni durante la ejecución del Convenio sino con posterioridad a la terminación; no contiene soporte contable aportado al proceso; ni está acreditado en el proceso, que el Convocante hubiera obtenido utilidad durante el término en que efectivamente estuvo vigente el Convenio esto es desde marzo de 2018 hasta septiembre de 2019, para con base en ello imprimirle razonablemente certeza a la proyecciones y estimaciones efectuadas para el lapso comprendido entre los meses de septiembre de 2019 a marzo de 2021.

Tampoco están probadas que hubieran existido, antes de la terminación del Convenio, utilidades que hubieran ingresado de manera cierta al patrimonio del Convocante o por lo menos estuvieran contabilizadas, de tal manera que pudieran evidenciarse con certeza, entre otras, mediante los asientos contables o cualquier otro medio de prueba legalmente equivalente.

El Tribunal no encuentra acreditado ni probado por el Convocante cuál era el valor cierto y concreto de la supuesta utilidad derivada del precio pactado por el servicio de facturación conjunta. En el documento Excel en la carpeta Beneficios hay un resumen de las estimaciones de costos y unas proyecciones de ingresos con base en cálculos propios y que fueron elaborados en octubre de 2019,

que generan unos beneficios antes de impuesto. No obstante, esa cifra, que coincide con la cifra de la pretensión 13, no pudo ser certificada, ni corroborada, ni reconfirmada por quienes dieron su testimonio por cuanto aclararon no eran las personas encargadas de elaborar esas proyecciones, o no tenía conocimiento directo de su elaboración.

De igual manera, no está acreditado cuál era el valor cierto y concreto de la utilidad pactada haciendo uso del AIU dispuesto por la empresa actora. La doctora Arenas afirmó que la EAAB espera normalmente en sus negocios contar con un AIU, pero omitió indicar específicamente cual era el valor de la "U" para este Convenio en particular y agregó que en este Convenio *"debió haberse utilizado el mismo, se utilizó el mismo porque es el que usa siempre la empresa para todo"*, declaración que tampoco le imprimió la certeza requerida.

Por su parte, el testimonio de la doctora Huérfano tampoco fue suficiente para avalar las cifras el cuadro Excel, toda vez que reconoce que no recordaba el valor estimado de la utilidad.

En cuanto a la eventual pérdida de la inversión que solicita la Convocante y que fue materia de especial observación por el Agente del Ministerio Público, el testimonio de la doctora Angélica Arenas indica con claridad que la EAAB no incurrió en nuevos costos de inversión para implementar el servicio de facturación conjunta del Convenio con Promoambiental, por cuanto las inversiones estaban realizadas previamente para los otros servicios similares que prestaba la EAAB<sup>141</sup>. En cuanto a los costos recurrentes y variables para la ejecución del Convenio, la doctora Angélica Arenas también aclaró que no se siguieron incurriendo por cuanto esos costos se suspendieron una vez Promoambiental incumplió el Convenio y notificó la terminación unilateral del Convenio a partir del 1 de septiembre de 2019.

De las pruebas obrantes en el expediente, para el Tribunal resulta indudable que la totalidad de los ingresos esperados por concepto de la facturación suministrada por la Convocante a la Convocada no puede ser equiparable a la utilidad, pues para la obtención del ingreso se causan y necesariamente existen costos asociados que deben ser descontados para efecto de poder establecer con algún grado de certidumbre la utilidad que se obtiene por el servicio suministrado. Sin embargo, dentro del proceso no existe tampoco certidumbre probatoria respecto de los costos y gastos contables en que se incurrió, durante la ejecución del Convenio, para la obtención de los ingresos y las utilidades.

Además, revisada la naturaleza y los términos del Convenio, como contrato de prestación o suministro de servicios de tracto sucesivo con un valor variable e indeterminado<sup>142</sup>, no se encuentra

---

<sup>141</sup> Consideración Octava del Convenio. La EAAB aclara que la propuesta de precio del servicio de facturación conjunta que hizo finalmente la EAAB a los prestadores de servicio público domiciliario de aseo se realizó "bajo un concepto de marginalidad en el costo del servicio".

<sup>142</sup> Clausula Tercera del Convenio. Valor del contrato y Precio de los servicios. El valor del presente contrato es de cuantía indeterminada, pero determinable de conformidad con el número de usuarios facturados y servicios prestados durante la vigencia mensual, para efectos de lo cual, las partes acuerdan los siguientes precios que el prestador del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, reconocerá a la EAAB E.S.P. a) Por concepto de procesamiento, impresión, distribución de la factura, emisión de reportes, un valor de cuatrocientos cincuenta y cinco pesos con noventa y dos centavos (\$455,92) más IVA por factura emitida. Este era un valor provisional, hasta tanto la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento

pactado ni en las obligaciones de la EAAB ni en las obligaciones de Promoambiental que el servicio estuviera condicionado a unos volúmenes mínimos ni fijos de facturación que garantizaran contractualmente los ingresos proyectados y soportar así las proyecciones de ingresos. Por los términos pactados, fuera de la duración, no había obligación que soportara la proyección de ingresos que se estimó.

En cuanto a la cifra de \$282 pesos como costo total unitario que aparece indicada en el cuadro Excel, ese valor contrasta con la afirmación de la doctora Arenas cuando afirmó en su testimonio que el valor de \$290 por factura que venía cobrando anteriormente la EAAB *"les explicamos que no correspondía a los costos reales de facturación conjunta"* dando a entender que los costos reales eran superiores a \$290 por factura.

Revisado el informe de la CRA<sup>143</sup>, el Tribunal advierte que según ese concepto autorizado, la regulación de las tarifas del servicio público domiciliario de aseo establecieron, como un componente de esa tarifa regulada, un tope máximo eficiente de los costos directamente asociados al servicio de facturación conjunta que puede ser trasladado al usuario del servicio de aseo, lo que el Tribunal considera se constituye de manera indirecta en un tope a los costos del servicio de facturación conjunta<sup>144</sup>.

Examinadas las demás pruebas aportadas por el Convocante, el Tribunal advierte que la regulación de la CRA, por las razones técnicas de costos que no es objeto de análisis ni de cuestionamiento y esta cobijada con la presunción de legalidad, permite recuperar al prestador del servicio público de aseo un mayor costo si el servicio de facturación conjunta se realiza a través de una empresa de energía, situación que implica un mayor valor de la tarifa final de aseo a cargo de los usuarios frente

---

Básico, CRA se pronuncie conforme a lo previsto en las Resoluciones CRA Nos. 151 de 2001, modificada por la Resolución CRA 422 de 2007 y modificado por la Resolución CRA 820 de 2017. b) Por concepto de recaudo del servicio, un valor de doscientos cuarenta y ocho pesos (\$248) más IVA por factura recaudada. c) Por duplicado impreso de cada factura, la suma de ciento veinticinco pesos (\$125) más IVA. d) Por concepto de recuperación de cartera por gestión exclusiva de la EAB E.S.P., un porcentaje del cinco por ciento (5%) sobre el valor de la cartera recuperada en el ciclo correspondiente. (...) Parágrafo Cuarto. En caso de cambios en la estructura de prestación del servicio de facturación conjunta, así como por cambios en la regulación, las partes acuerdan incorporarlos al valor del contrato y/o los precios de los servicios pactados.

<sup>143</sup> Radicado CRA N°: 20210120017261 Fecha: 19-03-2021.

<sup>144</sup> CRA, Documento de trabajo proyecto general, MARCO REGULATORIO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO RESOLUCIÓN CRA 720 DE 2015, *"Por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo que atiendan en municipios de más de 5.000 suscriptores en áreas urbanas, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones"*, Julio de 2015, Tabla 13, página 44.

Tabla 13. Costo de facturación con acueducto por suscriptor

Pesos de junio de 2012	Segmento 1	Segmento 2
Componente		
Facturación conjunta	\$ 558,90	\$ 558,90
Herramienta tecnológica	\$ 30,70	\$ 30,70
Mantenimiento de la herramienta	\$ 25,28	\$ 25,28
Subtotal	\$ 614,88	\$ 614,88

a ese mismo servicio provisto por una empresa de servicio público de acueducto<sup>145</sup> lo cual puede constituir un incentivo para hacer uso de las empresas de energía eléctrica<sup>146</sup>.

Finalmente, el ejercicio conceptual sugerido por el Concepto del Ministerio Público en cuanto a considerar valorar el monto del perjuicio haciendo uso de los porcentajes del "margen de gestión" que está autorizado regulatoriamente entre el cero (0) y el ocho por ciento (8%) según la efectividad del recaudo <sup>147</sup> el Tribunal estima que según el informe de la CRA ese concepto según la regulación vigente debe estar incluido y reconocido en el valor del servicio de facturación conjunta.

### **5.3.4.3. CONCLUSIONES**

Por lo anterior, el Tribunal examinadas, valoradas y apreciadas todas las pruebas, estima que ha de prosperar la respectiva excepción de la Convocada de falta de prueba del monto del perjuicio y cobro de lo no debido por cuanto no se encuentra probado cuales eran las utilidades de la EAAB asociadas a la ejecución del Convenio ni que la EAAB haya dejado de recibir utilidades como lucro cesante por valor de \$2.214.165.364 pesos desde el 1 de septiembre de 2019, fecha de incumplimiento del Convenio por terminación unilateral hasta la fecha de terminación pactada el 21 de marzo de 2021 y, por tanto, no está acreditado el valor o monto del daño adicional al estimado en la cláusula penal pecuniaria y así lo decidirá al resolver la pretensión 13.

## **6. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL**

### **6.1. CONDUCTA DE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO**

En cumplimiento del deber establecido en el primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso, en relación con el deber de calificación de la conducta procesal de las partes, el Tribunal señala que ambas partes, así como sus apoderados, procedieron con corrección y lealtad en el curso del trámite, sin que se advierta conducta alguna de la cual el Tribunal pudiese deducir indicios en contra.

### **6.2. JURAMENTO ESTIMATORIO**

Como se deriva de las consideraciones y decisiones de este Laudo, la Convocante ha obtenido una condena por monto inferior a las reclamaciones que efectuó en su Demanda y, particularmente, a las que estimó razonadamente en el juramento estimatorio de la misma.

---

<sup>145</sup> Ley 142 de 1994.14.22. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

<sup>146</sup> Ley 142 de 1994.14.25. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

<sup>147</sup> Es pertinente precisar que la cláusula tercera del Convenio incluye en la tarifa pactada como margen de gestión por recuperación de cartera del (5%), y la prueba testimonial advirtió que esta remuneración es distinta a la de la utilidad por facturación conjunta.

De conformidad con el inciso cuarto del artículo 206 del C.G.P.<sup>148</sup> hay lugar a sanción cuando se presenta una desproporción entre lo estimado y lo que resulte probado en el proceso. Por su parte, el parágrafo del mismo artículo establece también una sanción en el supuesto en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

Sin embargo, este Tribunal entiende que la sanción no es de carácter automático cuando se advierte la diferencia entre lo estimado y lo concedido en la proporción señalada en la norma citada, sino que corresponde al Juez para determinar la procedencia de aplicar la sanción prevista verificar para el caso en concreto las razones de esa diferencia.

En el presente asunto lo que encuentra el Tribunal es que, en unos casos, no hubo lugar a las condenas reclamadas por no ser procedentes los fundamentos invocados para las mismas, como es el caso, por ejemplo, de la cláusula penal de apremio, y, en otro, como el caso de los perjuicios, porque los medios probatorios elegidos por la Convocante para su demostración no fueron suficientes para llevar al convencimiento de lo reclamado. No podría decirse que en el presente asunto hubo un abandono o negligencia de la Convocante respecto de su actividad probatoria, porque efectivamente solicitó pruebas encaminadas a acreditar sus reclamaciones; sin embargo, como ya se anotó ellas no fueron convincentes por las razones que aparecen explicadas en esta providencia. En el caso de la cláusula penal pecuniaria, el Tribunal, como también fue explicado en el aparte correspondiente, moduló la cuantía de la misma atendiendo a criterios legales y por ausencia de demostración alguna que hubiera correspondido a la Convocante. En otras palabras, el hecho de que se produzcan condenas en montos inferiores a los solicitados no obedece a ninguna de las causas referidas en el artículo 206 mencionado, sino a las particularidades de este caso.

También resulta relevante en este punto tener en cuenta la conducta de las partes, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional. Como ya se mencionó en el punto inmediatamente anterior, en el presente proceso no se evidenciaron actuaciones temerarias o ligeras frente a la estimación de la cuantía y la actividad probatoria. El Tribunal no considera que la Convocante haya actuado en forma descuidada respecto de las solicitudes elevadas al Tribunal, puesto que estas se fundamentaron en diversas razones fácticas y jurídicas, aunque en algunos casos no hayan sido acogidas por el Tribunal.

Por lo anterior, no se impondrá sanción alguna por este concepto.

---

<sup>148</sup> "Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes. Aún cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada."

### 6.3. COSTAS

Para resolver este aspecto, propio de esta clase de actuación y además objeto de una de las pretensiones de la demanda (la número 16), el Tribunal tiene en consideración que el artículo 365 numeral 5º reprodujo el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *"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"*.

De las anteriores consideraciones ha quedado claro que las pretensiones de la demanda de la Convocante fueron acogidas parcialmente, amén de que el Tribunal considera, como ya fue señalado en punto anterior, que la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada cual, en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada<sup>149</sup>.

Por lo anterior, y habida cuenta de la prosperidad parcial de la demanda, no se impone condena en costas y cada parte asume los costos del proceso en las proporciones legales que corresponda. En la medida en cada una de las partes asumió el costo que le correspondía pagar, como se da cuenta en los antecedentes de esta providencia, no habrá lugar a ordenar restitución alguna entre ellas.

---

<sup>149</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1 de abril de 2016, Rad. 76001-23-33-000-2012-00130-01 (47.331), Rad. 76001-23-33-000-2012-00130-01 (47.331) *"En tratándose de la condena en costas la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido la aplicación de criterios de razonabilidad a efectos de determinar si es procedente su imposición: "la Corte acoge los criterios sentados por esa corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal. Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe"* Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra".

### III. PARTE RESOLUTIVA

Con base en las consideraciones que anteceden, este Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**Primero.** Declarar que el Convenio para la Prestación del Servicio de Facturación Conjunta del Servicio Público de Aseo suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB y Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P. es un negocio jurídico lícito y exento de vicios, por las razones expuestas en la parte motiva. En consecuencia, prospera la pretensión 1 de la demanda.

**Segundo.** Declarar no probada la excepción denominada “2. Ausencia de responsabilidad del “solicitante” por encontrarse en ejercicio de un derecho” propuesta por Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P.

**Tercero.** Declarar que Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P. incumplió de manera grave y definitiva el Convenio suscrito con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB al terminarlo de manera unilateral, abrupta y sin facultades para hacerlo, en los términos expuestos en la parte considerativa de la providencia, por lo cual prospera la pretensión 2 de la demanda.

**Cuarto.** Desestimar la excepción denominada “1. Indebida acumulación de pretensiones” y su desarrollo contenido en el numeral “1.2. Cláusula penal v.s. indemnización de perjuicios”, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Quinto.** Condenar a Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P. a pagar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB la suma de ciento treinta y seis millones ochocientos setenta y un mil novecientos setenta y seis pesos moneda legal colombiana (\$136.871.976), a título de cláusula penal pecuniaria, por las razones expuestas en la parte motiva, razón por la cual prospera parcialmente la pretensión 3 de la demanda.

**Sexto.** Denegar la pretensión 4 de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva.

**Séptimo.** Declarar la prosperidad de la excepción denominada “Cobro de lo no debido” respecto de las pretensiones 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la demanda, por lo que se niegan las reclamaciones contenidas en las mismas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Octavo.** Declarar la prosperidad de la excepción denominada “1. Indebida acumulación de pretensiones, 1.3. Peticiones de reconocimiento de intereses moratorios y aplicación simultánea de

*cláusula penal de apremio* respecto de la pretensión 11 de la demanda, por lo que se niega la reclamación contenida en la misma, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Noveno.** Desestimar la excepción denominada "*1. Indebida acumulación de pretensiones*" "*1.1. Pretensión de resolución del convenio v.s. las pretensiones derivadas de una supuesta terminación unilateral injustificada del mismo*", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Décimo.** Declarar la terminación del Convenio para la Prestación del Servicio de Facturación Conjunta del Servicio Público de Aseo suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB y Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P. por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva. En consecuencia, prospera la pretensión 12 de la Demanda.

**Undécimo.** Declarar la prosperidad de la excepción denominada "*Cobro de lo no debido*" respecto de la pretensión 13 de la demanda, por lo que se niega la reclamación contenida en la misma, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Duodécimo.** Negar la reclamación de actualización respecto de las sumas objeto de condena en el presente laudo contenida en la pretensión 14 de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

**Decimotercero.** Condenar a Promoambiental Distrito S.A.S. E.S.P. a pagar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB la suma de veintiocho millones seiscientos cuarenta y dos mil doscientos cuarenta y dos pesos moneda legal colombiana (\$28.642.242), a título de intereses moratorios sobre el valor determinado como cláusula penal pecuniaria, por las razones expuestas en la parte motiva, razón por la cual prospera parcialmente la pretensión 14 de la demanda.

**Decimocuarto.** Desestimar lo reclamado en la pretensión 15 de la demanda en los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

**Decimoquinto.** Abstenerse de imponer condena en costas por lo expuesto en la parte motiva. En esos términos queda resuelta la pretensión 16 de la Demanda.

**Decimosexto.** Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios de los árbitros y de la Secretaria del Tribunal, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, junto con el IVA respectivo, y se dispone que las partes deberán expedir y entregar los respectivos certificados de las retenciones practicadas respecto de los honorarios y gastos pagados.

**Decimoséptimo.** Disponer que, en la oportunidad legal, el Presidente del Tribunal rinda las cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los honorarios y gastos de este proceso, y, si es del caso, haga la devolución de cualquier saldo que quedare.

**Decimoctavo.** Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, en la oportunidad correspondiente, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**Decimonoveno.** Disponer que, en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

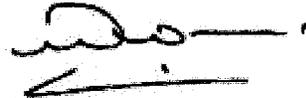
Notifíquese y Cúmplase,



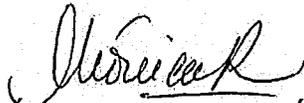
**FELIPÉ TOVAR DE ANDREIS**  
Arbitro Presidente



**IVONNE GONZÁLEZ NIÑO**  
Árbitro



**MAURICIO CHAVES FARIAS**  
Árbitro



**MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ**  
Secretaria