

DA 00206205



Amo.

ESCRITURA PÚBLICA No. 243

DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES

FECHA: 10 de febrero de 2006

CLASE DE ACTO:

PROTOCOLIZACION PROCESO

ARBITRAL.

OTORGADA POR: OSCAR PEÑA ALZATE.

En la ciudad de Medellín, departamento de Antioquia, República de Colombia, a los diez (10) días del mes de febrero del año dos mil seis (2006), ante mí, JORGE IVAN RÍOS VALENCIA, NOTARIO SEXTO DE MEDELLIN, compareció el señor OSCAR PEÑA ALZATE, varón, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía numero 8'219.912, de estado civil

y manifestó:

PRIMERO: Que presenta para su protocolización con esta escritura el proceso ARBITRAL que se tramita en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín entre ACUANTIOQUIA S.A. ESP en liquidación y PRESEA S.A. ESP.

SEGUNDO: Para efectos de la liquidación de los derechos notariales se tiene como base SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL QUINCE PESOS (\$690'132.615,00).

TERCERO: La anterior protocolización consta de

4 TOMOS y 3832 FOLIOS.

En consecuencia a solicitud del interesado, yo el Notario, declaro protocolizada la referida Sentencia, y desde hoy, bajo el numero y fecha correspondiente al presente

Signature of María Inés Osorio, Notary Encargada

ESTE PAPEL NO TIENE COSTO ALGUNO PARA EL USUARIO

13 MAR. 2006

instrumento la incorporo al libro de protocolo del año en curso con el fin de que los interesados cuando lo soliciten, obtengan de el las copias que requieran y para que surta los efectos de su destinación.-----

El compareciente leyó personalmente la presente escritura, la aprobó y en constancia firma. Se extendió en la hoja de papel Notarial número DA-206205 -----

Derechos notariales \$ 1'875.294 Resolución 7200 DE 2005 IVA \$ 300.594,00 -----

Oscar Peña Alzate
OSCAR PEÑA ALZATE
CC. No.

Adriana María Usuga Obando
6
PROTUCOLO

Jorge Iván Ríos Valencia
Notario
ESCRITURA
JORGE IVÁN RÍOS VALENCIA
NOTARIO SEXTO DE MEDELLÍN

J

NOTARIA SEXTA
Es copia fiel tomada del Protocolo. Consta de
UNA - 1 - hojas útiles y se destina para
EL INTERESADO
13 MAR. 2006
Medellin, _____ de _____ de 2006

Adriana María Usuga Obando
6
PROTUCOLO
13 MAR. 2006

RESOLUCIÓN No. 110000231648 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2005 NUMERACIÓN DEL 0001 AL 4000 PREIMPRESA

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO ACUANTIOQUIA S.A. ESP., (en liquidación) y PRESEA S.A. ESP.

LAUDO ARBITRAL

Medellín, diciembre doce (12) de dos mil cinco (2.005).

ANTECEDENTES

La empresa **ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ANTIOQUIA, ACUANTIOQUIA S.A. ESP.**, (en liquidación), que en adelante se nombrará únicamente como **ACUANTIOQUIA**, el dos (2) de diciembre de dos mil tres (2003) presentó ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, una solicitud de convocatoria de un Tribunal de arbitramento frente a la empresa **PRESTADORA DE SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO ESP., PRESEA LTDA. ESP.**, que en lo sucesivo se mencionará solamente como **PRESEA**, de acuerdo con la cláusula compromisoría que el peticionario invocó, que aparece en el contrato suscrito entre las partes en Medellín el veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996) y cuyo tenor es el siguiente:

Parágrafo cláusula.

"Toda controversia que ocurriere entre las partes en relación con éste contrato o con la ejecución de su objeto, se someterá a arreglo directo entre ellas. En caso de no obtener acuerdo dentro de los noventa días calendario siguientes a su formulación, cualquiera de las partes podrá acudir al centro de conciliación y arbitramento (sic) de la Cámara de Comercio de Medellín, para que esta de conformidad con las disposiciones legales y el reglamento de ese centro, decida sobre la controversia presentada. El Tribunal de Arbitramento (sic) sesionará en la ciudad de Medellín, integrado por tres árbitros que decidirán en derecho que serán nombrados de común acuerdo entre las partes. En caso que no exista acuerdo, estos serán nombrados por la persona que designa la ley, o en su defecto, por el director del centro de conciliación y arbitramento."

El cinco (5) de abril de dos mil cuatro (2004) fue admitida la solicitud por el Tribunal; se notificó el trece (13) de abril de dos mil cuatro (2004) a **PRESEA**, quien contestó a la demanda, se opuso a las pretensiones deducidas por **ACUANTIOQUIA**, presentó excepciones de mérito e instauró Demanda de Reconvención; ésta fue admitida el dos (2) de julio de dos mil cuatro (2004), y de ella se corrió traslado a **ACUANTIOQUIA** el ocho (8) de julio de dos mil cuatro (2004), quien dio respuesta el veintitrés (23) de julio de dos mil cuatro (2004).

Del funcionamiento y existencia del presente trámite arbitral, se notificó al Ministerio Público, y al efecto se designó al Procurador Treinta y dos (32) delegado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cabeza del doctor **DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ**.

Conformada la relación procesal, se realizó Audiencia de Conciliación el veintiuno (21) de septiembre de dos mil cuatro (2004), sin que se hubiere llegado a ningún acuerdo.

En reunión efectuada el dos (2) de febrero de dos mil cuatro (2004), fueron designados conjuntamente como árbitros, los abogados **JAIME ARRUBLA PAUCAR**, **LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO** y **OSCAR PEÑA ALZATE**, quienes aceptaron el encargo. Posteriormente renunció el doctor **JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**, y las partes, de común acuerdo designaron al doctor **LUIS FERNANDO URIBE RESTREPO**, quien aceptó el cargo. Ya dentro de la instrucción del proceso, renunció a su cargo el doctor **LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**, y las partes, de común acuerdo designaron al doctor **RAFAEL H. GAMBOA SERRANO**, quien aceptó el cargo.

El Tribunal se instaló formalmente el veintisiete (27) de febrero de dos mil cuatro (2004) y en la audiencia se eligió al doctor **OSCAR PEÑA ALZATE** como presidente del mismo y se designó como secretaria a la abogada **SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMAN**. En la misma ocasión se hizo la fijación de las sumas correspondientes para los gastos de funcionamiento del Tribunal y honorarios de los árbitros y de la secretaria. Dentro del término legal, ambas partes procedieron a efectuar el pago de las sumas a su cargo. Posteriormente y con ocasión de la demanda de reconvención, el Tribunal procedió a reajustar los honorarios y gastos de funcionamiento, sumas que solamente fueron consignadas por **PRESEA**, en su totalidad, por cuanto **ACUANTIOQUIA** no consignó en esta oportunidad lo que le correspondía.

De las excepciones de mérito propuestas por **PRESEA** al responder la demanda original y de las formuladas por **ACUANTIOQUIA** al replicar a la Demanda de Reconvención, se corrieron los traslados respectivos (folios 886 y 909 del expediente).

En la primera audiencia de trámite, surtida el día siete (7) de octubre de dos mil cuatro (2004), el Tribunal aceptó su propia competencia, tras de examinar la naturaleza de la controversia y el alcance de la Cláusula Compromisoria. En tal oportunidad resolvió la excepción propuesta por **PRESEA** en su respuesta a la demanda inicial, denominada **FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**, sustentada en la circunstancia de que no se había agotado la etapa de arreglo directo que estaba prevista en la cláusula del contrato denominada "SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS", concretamente en los temas respecto de los cuales **ACUANTIOQUIA** presentaba su demanda arbitral.

Entendió el Tribunal que el no agotamiento de la etapa de arreglo directo entre las partes, contemplada en la cláusula de solución de controversias del contrato, que a su vez incluye el pacto arbitral, no constituía un impedimento para proceder al arbitramento, pues efectuado un análisis minucioso de la misma, se pudo concluir que cumplía con todas las exigencias constitucionales y legales para predicar de ella su existencia y validez como pacto autónomo que es del contrato al cual accede. Como acto jurídico, determinó el tribunal en aquel momento, que la cláusula proviene de la voluntad de las partes; tiene un objeto y causa lícitos, y cumple con las formalidades propias de este tipo de actos, tal como lo exigen las normas del Decreto 1818 de 1998.

Frente al recurso de reposición interpuesto por **PRESEA** respecto de ésta decisión, el tribunal se reafirmó en la misma, argumentando que la etapa de arreglo directo no estaba definida por las partes en un procedimiento concreto, y que por otro lado, ambas partes afirmaban el agotamiento de dicha etapa respecto de sus propios hechos y pretensiones. Así

las cosas, para el Tribunal esta etapa de arreglo directo no constituía una causal para negar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que solicita **ACUANTIOQUIA** le sea garantizada. En consecuencia declaró su competencia para pronunciarse respecto del conflicto sometido a su conocimiento.

Respecto de la segunda excepción propuesta por **PRESEA** frente a la demanda inicial, denominada **FALTA DE COMPETENCIA PARCIAL**, sustentada en el hecho de que la pretensión Octava de la demanda principal, numerales 1.8.1 y 1.8.2, ya había sido objeto de otro trámite arbitral en el cual falló la cláusula por no consignación de honorarios y gastos del proceso, consideró el tribunal que no era aquel el momento oportuno para resolver sobre este asunto, y que el mismo tendría resolución al momento del Laudo, como en efecto se hará más adelante.

Finalmente y respecto de la excepción propuesta por **ACUANTIOQUIA** frente a la Demanda de Reconvenición, denominada **INEPTA DEMANDA**, expresó el Tribunal que también lo relacionado con esta excepción sería objeto de análisis en el laudo arbitral, teniendo en cuenta que no tienen cabida en este tipo de trámite las excepciones previas. Sobre este punto pues, se volverá más adelante.

Se decretaron y llevaron a cabo las pruebas solicitadas por las partes y al respecto éstas se mostraron conformes con la legalidad y práctica de las mismas como aparece en el Acta de la audiencia efectuada el veintidós (22) de agosto de dos mil cinco (2005). Concluida la instrucción del proceso, en audiencia del cuatro (4) de octubre de dos mil cinco (2005) se escucharon las alegaciones de las partes, las que aparecen en los sendos escritos que presentaron para ser anexados al expediente.

No se observa nulidad que invalide la actuación y se encuentran satisfechos los presupuestos procesales para proferir Laudo de mérito. En efecto, la controversia es susceptible de ser transigida, las partes son personas jurídicas existentes y se encuentran debidamente representadas, la demanda y la reconvenición están en forma, pues se ajustan a lo exigido en los artículos 75 a 77 y 82 del Código de Procedimiento Civil. La competencia del Tribunal fue definida como se expresó anteriormente y se cumplieron todas las exigencias legales de los actos procesales desplegados por el Tribunal. Además, quienes comparecen al arbitramento están cobijados por la cláusula compromisoria, todo lo cual se ratifica al momento de decidir el litigio.

En lo atinente a la excepción de **INEPTA DEMANDA** propuesta por **ACUANTIOQUIA**, el Tribunal se pronunciará más adelante, a propósito de la controversia que se ha trabado entre las partes.

El Tribunal se encuentra dentro del tiempo hábil para dictar el laudo arbitral, toda vez que:

1. La primera audiencia de trámite concluyó el siete (7) de octubre de dos mil cuatro (2004). El término de duración vencería el siete (7) de abril de dos mil cinco (2005).

2. Por solicitud de las partes el proceso se suspendió entre los días 17 de diciembre de 2004 y 17 de enero de 2005, ambos inclusive (treinta y un días). (Acta audiencia diciembre 9 de 2004). Por consiguiente el término vencería el 8 de mayo de 2005.
3. Por solicitud de las partes el proceso fue prorrogado por tres meses, (acta audiencia del 19 de abril de 2005), lo que prorroga el término del tribunal hasta el día 8 de agosto de 2005.
4. Además de las prórrogas antes referidas, las partes durante el trámite, suspendieron el proceso en diversas oportunidades para un total de ciento sesenta y cuatro (164) días, lo que prorroga el término de duración del tribunal hasta el día diecisiete (17) de enero de 2006.

LA CONTROVERSIA

Previo licitación pública, el veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996), entre **ACUANTIOQUIA** y **GRUCON LTDA.**, se celebró un "CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL MUNICIPIO DE APARTADO", que fue posteriormente cedido por **GRUCON** a **PRESEA**, mediante documento privado fechado en Medellín el tres (3) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997) (folios 24 a 26).

De acuerdo con los términos del contrato, **PRESEA** se obligó a llevar a cabo la operación, la administración y el mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado que **ACUANTIOQUIA** tenía en el Municipio de Apartadó, de conformidad con los parámetros consagrados en los pliegos de condiciones, propuesta técnico-económica presentada por el proponente, **GRUCON LTDA.**, y las modificaciones que antecedieron la suscripción del contrato. Para tal efecto, se convino un término inicial de ejecución de quince (15) años contados a partir de la fecha de la firma del contrato, el veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Según la demanda inicial, en el contrato se determinó el régimen económico del mismo, de tal manera que el operador debía facturar a los usuarios los servicios prestados, aplicando los ingresos obtenidos a los siguientes rubros, en su orden: (i) gastos generales de operación, administración y mantenimiento; (ii) pago de impuestos tasas y contribuciones; (iii) pago de contribución a la Comisión Reguladora de Agua Potable y saneamiento básico y a la Superintendencia de Servicios Públicos; (iv) la remuneración del Operador; (v) amortización de créditos por inversión y gastos que efectuare el operador con cargo a **ACUANTIOQUIA**, a quien finalmente se debían transferir los excedentes del ingreso, en calidad de propietaria del sistema.

Se expresa que **PRESEA** asumió una serie de obligaciones que no fueron cumplidas, lo que ha llevado a **ACUANTIOQUIA** a solicitar la declaratoria de incumplimiento del contrato, concretamente basándose en los siguientes fundamentos de hecho: **PRESEA** ha venido cobrando sobre-costos adicionales del 35% respecto de lo que denomina "personal de apoyo" y un 90% por concepto de prestaciones sociales, las cuales han sido imputadas a la operación del sistema, situación que no estaba prevista en el contrato; **PRESEA** no ha efectuado inversiones para mantener en buen funcionamiento el sistema; la facturación que se ha

presentado es incompleta, toda vez que solamente se está facturando el 34% del agua tratada, no obstante se ha cargado al sistema los insumos para el tratamiento del 100% del agua tratada, generando un desfase entre los costos de procesamiento y los ingresos; no se está cumpliendo con los índices de gestión; no se han transferido a ACUANTIOQUIA los excedentes del sistema y se han venido descontando las pérdidas operativas, que tampoco han sido reportadas ni justificadas ante ACUANTIOQUIA, entre otras anomalías.

Frente a esta situación, ACUANTIOQUIA estableció diversos procesos de auditoría a través de los cuales pudo establecer, según lo refiere la demanda, que PRESEA tiene un saldo por concepto de inventarios a favor de ACUANTIOQUIA al momento de entrega del sistema que no ha sido objeto de restitución; y que además, le debe un saldo por concepto de cartera y que, en fin, ha venido incumpliendo con el contrato.

PRESEA contestó pronunciándose sobre los hechos, aceptando la existencia del contrato así como la cesión del mismo, pero no aceptó los demás, basada en los siguientes argumentos: la propuesta técnica económica presentada por el proponente inicial, hace parte del contrato y en ella Grucón Ltda., expresa las condiciones de operación del sistema que hoy, según se afirma, pretenden ser desconocidas por ACUANTIOQUIA. Así mismo advierte que PRESEA sí cumplió con las inversiones que le correspondía efectuar; que mejoró los índices de gestión del acueducto comparados con los que traía la entidad propietaria del sistema al momento de hacer entrega del mismo; que la facturación siempre ha sido completa y los porcentajes de facturación también dependen de las tarifas que se debían actualizar por ACUANTIOQUIA sin que ello hubiere ocurrido. Expresa además que se han venido aplicando todos los gastos al sistema tal como se convino contractualmente y que la operación no ha generado excedente alguno que deba ser objeto de transferencia a ACUANTIOQUIA, pues desde el inicio del contrato, el sistema siempre ha registrado la existencia de pérdidas operativas.

Niega además, la existencia de los saldos que se dice se adeudan a ACUANTIOQUIA por concepto de inventarios y cartera existentes al momento de la entrega del sistema, y sostiene por otra parte, que tal pretensión ya fue sometida a otro Tribunal arbitral cuya cláusula compromisoria falló, como consecuencia de la no consignación de honorarios, hecho que sustenta la excepción propuesta como FALTA DE COMPETENCIA PARCIAL y sobre la cual se volverá mas adelante. Finalmente aduce, entre otros aspectos, que la auditoría efectuada a cabo por ACUANTIOQUIA en ningún momento permite deducir una afirmación de incumplimiento del contrato, sino una serie de críticas y recomendaciones que debe adoptar la propietaria del sistema.

Como corolario de lo manifestado, PRESEA propuso como excepciones de fondo la de FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL, basada en el hecho de que, según lo afirma, no se llevó a cabo la etapa de arreglo directo descrita en la Cláusula Compromisoría, lo que hacía improcedente la convocatoria de este tribunal; FALTA DE COMPETENCIA PARCIAL, basada en que, respecto de las pretensiones de ACUANTIOQUIA sobre el pago de la suma correspondiente a inventarios, mas intereses e indexación, así como sobre el pago de la suma correspondiente a la cartera, mas intereses e indexación, ha operado la extinción del pacto arbitral, de conformidad con el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998. Así mismo propuso como

Excepción

Excepciones de fondo

excepción EL ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA CONVOCADA Y EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONVOCANTE, lo que impide a **ACUANTIOQUIA** solicitar la terminación del contrato.

En su demanda de reconvención, **PRESEA** invoca el mismo contrato, de acuerdo con el cual - dice la reconviniendo - **ACUANTIOQUIA** asumió diversas obligaciones: la de pagarle las pérdidas operativas del sistema; la de pagarle las inversiones hechas para la reposición y ampliación del sistema; la de tramitar, en su calidad de autoridad tarifaria, el incremento en las tarifas de acueducto y alcantarillado para Apartadó, lo cual impidió obtener los recaudos esperados por Grucón Ltda., inicialmente y por **PRESEA** posteriormente, de acuerdo con la propuesta presentada; la de hacer las inversiones necesarias en infraestructura para el adecuado funcionamiento del acueducto y la de entregar al Operador el sistema con cargas laborales y comerciales, todo lo cual llevó a un rompimiento del equilibrio económico del contrato y al incumplimiento, por parte de **ACUANTIOQUIA** de lo convenido en el contrato en armonía con lo dispuesto en la licitación pública.

Relata la reconviniendo que inicialmente Grucón Ltda., presentó unos parámetros económicos dentro de los cuales debía desarrollarse el contrato con el fin de mantener su equilibrio financiero. Dentro de tales supuestos básicos, se acordaron incrementos tarifarios con base en los cuales se calcularon los ingresos operacionales. Asegura que un estudio tarifario en tal sentido, hizo parte de la propuesta técnica y de allí lo pactado en la cláusula Quinta del contrato, parágrafo segundo, pero **ACUANTIOQUIA** al quedar en estado de disolución y posterior liquidación, se abstuvo de efectuar estos reajustes lo que ha implicado una reducción de ingresos de cara a los presupuestos contemplados en la propuesta.

En lo relacionado con las inversiones, afirma que **PRESEA** cumplió con la presentación de un plan de optimización inicial del sistema, con base en el plan maestro de acueducto y alcantarillado del Municipio. De acuerdo con este plan, se definían unas obras de ejecución inmediata así como otras de largo plazo, requeridas para la operabilidad del sistema y suplir la demanda en la condición de saturación, es decir, hasta el año 2010. Estas obras estaban a cargo de **ACUANTIOQUIA** y eran necesarias para poder obtener los resultados de gestión solicitados. No obstante, que la realización de las inversiones era una obligación de **ACUANTIOQUIA**, **PRESEA** invirtió dineros en la realización de algunas obras, las cuales deben ser objeto de reembolso por parte de la **ACUANTIOQUIA**.

Oponiéndose a lo consignado en la demanda, afirma que **PRESEA** sí cumplió sus obligaciones, a diferencia de **ACUANTIOQUIA**, quien incumplió las suyas, lo que conlleva a la petición de cumplimiento del contrato y como consecuencia, la de pago de todas las sumas de dinero que a su juicio debió haberle reconocido **ACUANTIOQUIA**.

ACUANTIOQUIA, como parte reconvenida contestó a la demanda, reafirmando en lo que había dicho en la demanda inicial, aceptando algunos hechos y rechazando otros, y expresando frente a los temas que son objeto de controversia lo siguiente: tratándose de la modificación del esquema tarifario, éste solamente procedía cuando se dieran pérdidas operativas que no fueran imputables al Operador, lo que hace que en este evento

ACUANTIOQUIA no incumpliera con ello en virtud de que el sistema solamente presentó pérdidas operativas en los años 1997 y 1998, mostrando utilidades en los demás períodos, sin que, además, se pudiera establecer cuál fue la responsabilidad del Operador respecto de dichas pérdidas. Por otra parte argumenta respecto del tema de las inversiones, que el contrato claramente expresa que las mismas estaban en cabeza del Operador, de tal manera que si en su propuesta económica Grucón Ltda., expresó otra cosa distinta, hay una abierta contradicción entre propuesta y contrato, debiendo en todo caso prevalecer el contrato, que por lo demás, es claramente incumplido por el Operador en este aspecto. Expresa además que para la demostración de las pérdidas operativas no basta, como lo pretende **PRESEA**, aducir una serie de facturas, pues también debe demostrar que las pérdidas no provienen de su gestión, carga probatoria que no ha cumplido **PRESEA**.

En razón de lo anterior, propone como excepciones las que denominó: **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA**, basada en el hecho de que las pretensiones aducidas por **PRESEA** no están sustentadas en los hechos que refiere en la demanda de reconvencción, pues los mismos no tienen asidero jurídico y por ende, no existe ningún derecho subjetivo que legitime la acción procesal que proponen. Y la de **INEPTA DEMANDA** sustentada en que no se cumple con el numeral 6 del artículo 75 del C.P.C., en virtud de que algunas de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción no tienen fundamento en los hechos, tal como lo exige el artículo 97 *ibidem*.

Finalmente y respecto de la conducta procesal de las partes, el Tribunal encuentra que las mismas y sus apoderados han procedido con sujeción estricta a la buena fe y sin asomo alguno de temeridad; por el contrario, ha sido encomiable la conducta de las partes y en particular de sus apoderados Dres., **JOHN JAIRO RUA PATIÑO** y **OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**.

Por estas razones no hay lugar a disponer ninguno de los pronunciamientos indicados en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil y así se indicará en la parte resolutive.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LA COMPETENCIA.

En providencia proferida con fecha veintiséis (26) de agosto de dos mil cuatro (2004) (fs. 419 a 433 cuaderno No.1) el Tribunal se ocupó de evaluar su propia competencia, según se expuso en las consideraciones allí contenidas, que revisadas de nuevo, no merecen reparo alguno y en ellas se apoya el Tribunal para ratificarse en su competencia para conocer de la controversia suscitada entre las partes.

No ocurre lo propio respecto de su capacidad para decidir las pretensiones 1.8.1. y 1.8.2. principales, de la demanda de **ACUANTIOQUIA** cuyo tenor es el siguiente:

"1.8.1. Que se ordene a la empresa demandada (PRESEA) a que cancele a favor de la demandante (ACUANTIOQUIA) la suma correspondiente a inventarios, que corresponden al valor determinado en el hecho ocho de la demanda¹, con sus respectivos intereses o indexación.

"1.8.2. Que se ordene a la empresa demandada (PRESEA) que cancele a favor de la demandante (ACUANTIOQUIA) la suma correspondiente a cartera, que corresponden al valor determinado en el hecho nueve de la demanda², con sus respectivos intereses o indexación."

A folios 266 a 273 del cuaderno No. 1 y folios 1130 a 1223 del cuaderno N° 4, obran las copias tomadas del proceso arbitral seguido por ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. (EN LIQUIDACION) contra PRESEA S.A. E.S.P., en el cual la parte demandante formuló las siguientes pretensiones:

" 1. Que se determine por parte del Tribunal convocado la eficacia de las cláusulas contenidas en el contrato y se determine que los pliegos de condiciones son elemento de interpretación, pero no sustituyen el contrato.

"2. Que se ordene a la empresa convocada que cancele a favor de la convocada (sic) la suma correspondiente a inventarios, que corresponden a la suma determinada en el hecho ocho (8) demanda.

"3. Que se ordene a la empresa convocada que cancele a favor de la convocada (sic) la suma correspondiente a cartera, que corresponde a la suma determinada en el hecho nueve de la demanda."

Lo expresado en los hechos ocho y nueve de la demanda presentada por ACUANTIOQUIA en aquella oportunidad son las siguientes:

"Hecho Ocho(8): " De la misma manera se han encontrado dentro de los procesos de auditoria se ha constatado que la empresa operadora tiene un saldo a favor de ACUANTIOQUIA ESP por concepto de inventarios al momento de la entrega del sistema por valor de sesenta y nueve millones novecientos sesenta y ocho mil seiscientos ochenta y cuatro pesos (69'968.684).

"Hecho nueve (9): " Y por concepto de cartera al momento de la entrega de los señalados bienes, la misma auditoria ha encontrado la suma de doscientos nueve millones novecientos noventa y cuatro mil ochocientos cincuenta y un pesos (\$209'994.851)."

A folio 1223 del expediente, se encuentra el auto de fecha 29 de mayo de 2003 por el cual el Tribunal conformado para dirimir las controversias planteadas por ACUANTIOQUIA frente a PRESEA, en los términos antes transcritos, declara extinguidos los efectos de la

¹ Existe al respecto un error de transcripción, porque esa suma se encuentra individualizada es en el Hecho 9, en cuantía de \$ 69'968.684.

² Existe al respecto un error de transcripción, porque esa suma se encuentra individualizada es en el Hecho 9, en cuantía de \$ 69'968.684.

cláusula compromisoria como consecuencia de la no consignación de los honorarios y gastos del trámite arbitral que, a la postre, se declara terminado.

Del cotejo de las situaciones y circunstancias planteadas en aquella demanda y las planteadas en éste proceso, se puede observar que coinciden tanto con los hechos aquí formulados como con las pretensiones indicadas bajo los dos primeros numerales:

"1.8 OCTAVA: Que se condene a la empresa demandada al pago de las siguientes sumas de dinero por concepto del incumplimiento

"1.8.1. Que se ordene a la empresa demandada a que cancele en favor de la demandante la suma correspondiente a inventarios, que corresponden al valor determinado en el hecho ocho demanda, con sus respectivos intereses o indexación a la fecha del pago.

"1.8.2. Que se ordene a la empresa demandada que cancele en favor de la demandante la suma correspondiente a cartera, que corresponden al valor determinado en el hecho nueve de la demanda, con sus respectivos intereses o indexación a la fecha del pago.

"1.8.3. Que se condene a la demandada a retribuir a la demandante las sumas de dinero que invirtió en el procesamiento del agua y que no facturo en su totalidad, y que corresponde al 66% de los ingresos percibidos por facturación y que no fueron recaudados."

Al analizar los hechos que sustentan estas pretensiones, se encuentran los siguientes, que corresponden a los numerales nueve y diez de la demanda principal:

"9. De la misma manera se han encontrado dentro de los procesos de auditoría que la empresa operadora tiene un saldo a favor de ACUANTIOQUIA E.S.P., por concepto de inventarios existentes al momento de la entrega del sistema por valor de SESENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$69.968.684).

"10. Y por concepto de cartera, también al momento de la entrega de los señalados bienes, la misma auditoría ha encontrado como saldo a favor de ACUANTIOQUIA E.S.P., en Liquidación la suma de DOSCIENTOS NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$209.994.851)."

Aparece de dichas compulsas que el citado Tribunal declaró fallida la cláusula arbitral por cuanto las partes no hicieron la consignación de las sumas fijadas para honorarios y gastos, y por lo tanto quedó expedita la vía ante la justicia ordinaria.

En el presente proceso, PRESEA ha formulado la excepción de falta de competencia parcial respecto de las pretensiones 1.8.1. y 1.8.2. fundada en que ellas están incluidas dentro de aquellas respecto de las cuales se declaró fallida la cláusula compromisoria. Al respecto

ACUANTIOQUIA indica que esa facultad es apenas discrecional y que según las normas, no es obligatorio acudir a la vía ordinaria y que esos aspectos pueden volverse a plantear por la vía arbitral, toda vez que sobre ellos no pesa la cosa juzgada.

Estima el Tribunal que, como la vía arbitral es especial e implica una subrogación de la competencia otorgada a la jurisdicción ordinaria, la circunstancia de haberse declarado sin efectos el Pacto Arbitral para unas determinadas pretensiones, impide e inhibe a los árbitros para conocer de ellas, por haber pasado a ser de competencia exclusiva y excluyente del juez ordinario o común; a ello se agrega que frente a las dichas pretensiones se ha presentado una frontal oposición de la parte demandada. Es así como si ante la justicia ordinaria se plantea un asunto que tiene previsto Pacto Arbitral y el demandado no opone la respectiva excepción, ésta competencia se considera prorrogada; *mutatis mutandi*, si ante la justicia arbitral se plantea un asunto para el cual ha sido declarada fallida la cláusula compromisoria y el demandado no se opone, se podría pensar también en la prórroga de esa competencia, toda vez que ésta es de libre disposición por la parte, no siendo ésta la hipótesis fáctica frente a la cual se encuentra el Tribunal en este caso.

Así las cosas, el Tribunal concluye que no es competente para conocer y resolver las pretensiones principales contenidas en la demanda en los numerales 1.8.1 y 1.8.2 de la Octava (8ª) Pretensión Principal y así se declarará en la parte resolutive.

Despejado el aspecto de la competencia, en la forma indicada, pasa el Tribunal a ocuparse de la excepción de inepta demanda.

2. LA EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA.

A folio 905 del expediente, en su memorial de respuesta a la demanda de reconvencción, ACUANTIOQUIA propuso la excepción de inepta demanda considerando que algunas de las pretensiones de la demanda de reconvencción no se encuentran fundamentadas en los hechos de la misma, incumpliendo las prescripciones formales y procesales del artículo 75, numeral 6 del CPC.

Aduce que en el caso de la pretensión quinta de la demanda, relacionada con las cargas laborales y comerciales con las cuales ACUANTIOQUIA le entregó el sistema, no hay fundamento alguno en los hechos que la sustenten, rompiendo la ilación que en su sentir exige el artículo 75 del CPC. En igual sentido reprocha la ausencia de hechos que sustentan las pretensiones tercera y séptima, a través de las cuales PRESEA solicita se le reconozca el perjuicio económico que le ha generado la no actualización tarifaria que ACUANTIOQUIA debió haber realizado y subsidiariamente a ésta, se ordene a ACUANTIOQUIA efectuar la actualización tarifaria que requiere el sistema. De igual manera se duele de la ausencia de elementos para hacer los procesos de indexación que solicita PRESEA en la pretensión cuarta subsidiaria, proceso que requiere de precisión técnica no aportada por la reconviniendo.

Para resolver, observa el Tribunal que los temas que en sentir de ACUANTIOQUIA no tienen fundamento en los hechos de la demanda, hacen parte de otros rubros que bajo la

interpretación de la reconviniente le deben ser reconocidos y que fueron objeto no sólo de mención en los hechos de la demanda sino también de discusión probatoria, como es el caso de las cargas laborales y comerciales que están comprendidas en los distintos ítems a los cuales hace referencia el régimen económico del contrato y de la propuesta, a que hace expresa mención la reconviniente como fundamento de varias de sus peticiones.

Por otro lado, encuentra el Tribunal que a folio 295 del expediente se relatan hechos relacionados con las tarifas y con las circunstancias que se presentaron alrededor de este tema.

Obviamente, la presentación fáctica que PRESEA hace de estos hechos, aparece formulada de conformidad con la interpretación suya del contrato en consonancia con sus propuestas económica y técnica, las que considera parte integral de aquel. Cosa distinta es la procedencia o no de tales peticiones, asunto que en su fondo debe ser objeto de pronunciamiento por el Tribunal pero que en su forma o presentación no tiene reparo, de tal suerte que pueda enervar las pretensiones formuladas por su ineptitud procesal.

También se observa que lo relacionado con la petición de indexación (actualización del poder adquisitivo del dinero), es asunto que, en su fondo, también debe ser definido por el Tribunal, pero que en su contexto de presentación dentro de la demanda resulta lógico y no adolece de ineptitud formal que amerite su rechazo.

Al respecto cabe traer a colación la directriz de la Corte Suprema de Justicia en este aspecto, al expresar: "*(...) tratándose del presupuesto procesal de demanda en forma, la Corte ha precisado que el defecto que debe presentar una demanda para que se la pueda calificar de inepta o en indebida forma tiene que ser verdaderamente grave, trascendente y no cualquier informalidad superable lógicamente, pues bien se sabe que una demanda cuando adolece de alguna vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho (...)*"³

Así las cosas para el Tribunal, no se halla en las pretensiones de PRESEA cuya aptitud procesal se impugna, un defecto que amerite una decisión inhibitoria por parte de este Tribunal, máxime cuando el copioso acervo probatorio da cuenta de la discusión sobre los tópicos allí mencionados y la especial forma como los han entendido cada una de las partes, coyuntura interpretativa en donde radica precisamente la controversia que se ha sometido a conocimiento de este Tribunal. En consecuencia se desestimará la excepción propuesta y en tal sentido se hará constar en la parte resolutive de este laudo.

3. LA TACHA DE LOS TESTIGOS

En su memorial de respuesta a la demanda de reconvenición, visible a folio 906 del expediente, el apoderado de ACUANTIOQUIA tachó como sospechosos a dos de los testigos llamados a declarar por PRESEA, los señores CARLOS ALBERTO GIRALDO LÓPEZ y NÉSTOR HERNÁN LÓPEZ DUQUE, "por ser funcionarios de la antecesora y la accionante". A

³ CSJ. Cas. Civil. Sentencia de marzo 18 de 2002. Expediente 6649. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.)

folio 3587 del expediente, en sus alegaciones finales, el apoderado de ACUANTIOQUIA insiste en la tacha del testimonio del señor Carlos Alberto Giraldo, por ostentar actualmente la calidad de socio de PRESEA.

Entiende el Tribunal que el fundamento de tal posición estriba en que ambos testigos laboraron para GRUCON LTDA, titular inicial del contrato para la administración y operación del acueducto de Apartadó, de quien fuera su representante legal el señor Carlos Alberto Giraldo; así como para PRESEA actual operadora del mismo en virtud de la cesión contractual que aquella hiciera a favor de ésta, y para quien actualmente presta sus servicios el señor Néstor Hernán López como administrador de la oficina ubicada en Apartadó.

Respecto de la tacha por sospecha, el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil indica la oportunidad y forma y agrega que el objetante deberá presentar los documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, y en su inciso segundo, expresa que cuando se trata de testigos sospechosos, los motivos y las pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia y de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

En el caso que nos ocupa, ACUANTIOQUIA no aportó ni solicitó la práctica de pruebas relacionadas con los hechos que en su parecer sustentan la tacha. Fundamenta su oposición únicamente en el hecho de que los mencionados declarantes laboraron y laboran en las empresas que han venido operando el acueducto de Apartadó, Grucón Ltda., y PRESEA SA, lo que en su sentir afecta su credibilidad o imparcialidad en razón de dicha dependencia.

Recibidas las declaraciones de los testigos tachados como sospechosos e interrogados por el Tribunal sobre los hechos que fundamentan la litis, de manera especial se observó su narración de lo acontecido con el contrato, el inicio del mismo y las negociaciones posteriores, versiones que concuerdan con lo narrado por otros declarantes dentro del proceso y respecto de los cuales no advierte el Tribunal sentimientos o emociones que pudiesen develar ausencia de verdad o una declaración mentirosa.

En términos generales se limitaron a expresar cómo había sido el proceso inicial de contratación, destacando la conveniencia del contrato para ambas partes en la forma como Grucón primero y PRESEA después, hizo su propuesta alternativa; la forma como se negociaron diversos tópicos del contrato que en su sentir hacían viable la operación del sistema, la situación en la cual encontraron el mismo al inicio del contrato y lo que ha venido haciendo PRESEA como actual operadora del sistema, en beneficio del mismo y de la población.

Aunque está acreditada la vinculación de los declarantes con PRESEA y su antecesora, Grucón, no encuentra el Tribunal motivo alguno que le lleve a concluir que en sus declaraciones los testigos faltaron a la verdad y que por ende, deba prosperar la tacha formulada. Corolario de lo anterior, sus declaraciones serán analizadas dentro de todo el conjunto de pruebas obrantes en el proceso, como lo manda el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia el Tribunal no considera que sea sospechoso el testimonio de los citados declarantes y así lo declarará en la parte resolutive.

4. EL CONTRATO

La discusión planteada por las partes gira alrededor del alcance y cumplimiento del CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL MUNICIPIO DE APARTADO, suscrito entre ellas el 26 de agosto de 1996, visible a folios 11 a 21 y otros del expediente. Por ser éste el centro de gravitación del debate, el Tribunal estima necesario su estudio, para definir su naturaleza jurídica y la de las obligaciones asumidas por los contratantes, a través de las distintas etapas que se cumplieron en la licitación pública.

Ninguna de las partes ha cuestionado ni la existencia ni la validez del contrato; el Tribunal no encuentra ninguna causal de nulidad absoluta que impusiere su declaratoria oficiosa. En consecuencia se considera que el CONTRATO PARA LA OPERACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL MUNICIPIO DE APARTADO, suscrito entre las partes⁴ el 26 de agosto de 1996, es existente y plenamente válido.

Se trata de un contrato innominado, celebrado de conformidad con lo autorizado por la Ley 142 de 1994 y sometido en virtud de ésta norma, al régimen del derecho privado. Al respecto tampoco existe discrepancia entre las partes.

Acercas de las pretensiones, las de ambas partes se fundan primordialmente en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio; de conformidad con estas disposiciones, en los contratos bilaterales, cuando una de las partes cumple con las obligaciones a su cargo y la otra no, la parte cumplida ésta legitimada para solicitar que se ordene a la otra el cumplimiento de sus obligaciones o que decrete la resolución del contrato o su terminación, en ambos casos con el pago de indemnización de perjuicios.

De la acción resolutoria tiene dicho la jurisprudencia que es constitutiva, *"puesto que tiende a aniquilar un acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en que se hallaban antes de la celebración del mismo"*, de modo que sus efectos son retroactivos o *ex tunc*; y *"personal, porque sólo los contratantes y sus causahabientes puede promoverla y afrontarla"*. Pero también se anota que *"la viabilidad de la acción de que se trata requiere sine qua non que el contratante contra el cual se promueve haya incurrido en mora y que el actor por su parte, haya cumplido o allanándose a cumplir las obligaciones a su cargo "en la forma y tiempo debidos"*⁵.

La condición de que el demandado haya incurrido en mora, consiste en que haya tenido un incumplimiento, total o parcial, pero culpable; y la de que el actor haya cumplido o se

⁴ Inicialmente entre ACUANTICQUIA y GRUCON y posteriormente cedido por ésta a PRESEA con aprobación expresa de la otra parte.

⁵ Sentencias de noviembre 3 de 1971, agosto 12 de 1974, abril 21 de 1939, febrero 2 de 1940, enero 30 de 1963.

haya aliado a cumplir con sus obligaciones, es igualmente presupuesto de la acción de cumplimiento, como bien se lee en las disposiciones citadas.

Desde luego, cuando el incumplimiento del deudor es parcial, debe ser grave, no obstante lo cual no es uniforme la doctrina en determinar si no siéndolo pudiera el juez negar la resolución y limitarse al decreto de una indemnización proporcional, toda vez que alguna corriente estima que si el legislador no ha hecho distinción al respecto no puede entonces hacerla el intérprete.

En esta litis la parte actora, **ACUANTIOQUIA**, acudió a la segunda de las opciones, la terminación, con la consecuencial solicitud de condena al pago de las sumas de dinero ligadas a los términos económicos del contrato. En contraste, la parte opositora, **PRESEA**, reclama en la mutua petición el cumplimiento del contrato, que conlleva el pago de las sumas de dinero que considera le son debidas por **ACUANTIOQUIA**.

Así las cosas, asunto capital en el proceso es el hecho del cumplimiento del contrato por las partes, pues sus pretensiones sólo pueden acogerse en la medida en que hubieran acatado sus obligaciones debidamente. Subsiguientemente, si no aparecen acreditados los presupuestos de la pretensión, se tornaría innecesario el análisis de las excepciones de mérito esgrimidas frente a la demanda principal, de acuerdo con el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil y como bien enseña la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 18 de noviembre de 1959, G. J. XCI, página 826)⁶:

"Generalmente las excepciones deben examinarse una vez que se encuentran acreditadas las condiciones de la acción civil que se ha ejercitado, pues la falla en cualesquiera de ellas determina la absolución del demandado, sin necesidad de analizar sus medios exceptivos, que se proponen para el evento de que los elementos de la pretensión se hallen completos. Por esta razón la Corte ha dicho que en todo pleito, "Se comienza por estudiar la acción ejercitada y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen, háyanse propuesto por el reo como la de prescripción o la de compensación, o surjan del proceso, opuestas o no por éste.." (G.J. XLVI, 623)

5. DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

Para los efectos de la congruencia del fallo, es oportuno transcribir las pretensiones solicitadas por las partes en sus respectivos escritos petitorios, respecto de las cuales habrá de pronunciarse el Tribunal.

⁶ En igual sentido Hernando Morales Molina, Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, 8ª. Edición, editorial ABC Bogotá, 1983, página 164.

3.1. PRETENSIONES DE ACUANTIOQUIA S.A. ESP., (en liquidación).

En su escrito de demanda inicial, formuló las siguientes:

"1. PRETENSIONES PRINCIPALES

- 1.1.1. **PRIMERA:** Que se declare el incumplimiento por parte de Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A. E.S.P. del contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Apartado, celebrado el 26 de agosto de 1996.
- 1.1.2. **SEGUNDA:** Que como consecuencia de la declaratoria anterior se declare terminado el contrato para la administración, operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Apartado, celebrado el 26 de agosto de 1996.
- 1.1.3. **TERCERA:** Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A. E.S.P., al restablecimiento de los derechos de la sociedad ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P., ACUANTIOQUIA E.S.P., en Liquidación, a través del pago de los perjuicios y/o reconocimiento y pago actualizado de la totalidad de los sobrecostos de todo orden y perjuicios en que incurrió (incluyendo las utilidades que dicha sociedad hubiere obtenido durante la ejecución total del contrato) derivados directamente de la ejecución del contrato y de la imposibilidad de continuar con la misma razón del incumplimiento de Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A. E.S.P., según resulten probados en este proceso. La actualización deberá hacerse de conformidad con la variación del IPC.
- 1.1.4. **CUARTA:** Que se condene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A. E.S.P., al pago de los intereses moratorios por todo el tiempo de la mora a la tasa comercial sobre las sumas líquidas actualizadas, que resulte a su cargo por el incumplimiento contractual (Artículo 884 del Código de Comercio).
- 1.1.5. **PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL:** En subsidio de la pretensión cuarta principal, solicito que se condene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A. E.S.P., al pago de las sumas actualizadas que resulten a su cargo junto con los correspondientes intereses comerciales desde la época de la causación de los mayores costos y perjuicios en que incurrió la sociedad ACUANTIOQUIA E.S.P., en Liquidación, hasta la fecha de la providencia que ponga fin a este proceso, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 884 del Código de Comercio.
- 1.1.6. **SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL:** En subsidio de la pretensión cuarta principal y primera subsidiaria a la pretensión cuarta principal, solicito se condene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A. E.S.P., al pago actualizado o corregido monetariamente con el IPC con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el fenómeno de la inflación, de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los mayores costos y perjuicios en que incurrió la sociedad ACUANTIOQUIA E.S.P., en Liquidación, hasta la fecha de la providencia que ponga fin a este proceso, y que

adicionalmente se ordene pagar intereses legales doblados sobre el monto de los perjuicios ya actualizados, y para el mismo período (Ley 80 de 1993, artículo 4, numeral 8).

1.1.7. **TERCERA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL:** En subsidio de la pretensión cuarta principal y de las anteriores pretensiones subsidiarias a la pretensión cuarta principal, solicito se condene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A. E.S.P., al pago actualizado o corregido monetariamente con el IPC con el fin de evitar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el fenómeno de la inflación, de las sumas que resulten a su cargo desde la época de la causación de los mayores costos y perjuicios en que incurrió la sociedad ACUANTIOQUIA E.S.P., en Liquidación, hasta la fecha de la providencia que ponga fin a este proceso, y que adicionalmente se ordene pagar intereses legales sobre el monto de los perjuicios ya actualizados, y para el mismo período (Ley 80 de 1993, artículo 4, numeral 8).

1.1.8. **QUINTA:** Que se ordene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A., dar cumplimiento a la SENTENCIA, que ponga fin a este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, ordenando la actualización de las sumas al momento del pago, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del mismo estatuto.

1.1.9. **SEXTA:** Que se ordene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A., cancelar el monto actualizado que se defina en la SENTENCIA, a favor de la sociedad ACUANTIOQUIA E.S.P., dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la sentencia que ponga fin a este proceso reconociendo para dicho período intereses remuneratorios a la tasa del interés bancario corriente, y que a partir de transcurridos los mencionados treinta días, sobre las sumas aún adeudadas se causen intereses moratorios a la tasa del doble del interés corriente bancario.

1.2. **SÉPTIMA:** Que se condene a Prestadora de Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo S.A., E.S.P. PRESEA S.A., al pago de las costas del trámite judicial y las agencias en derecho.

1.3. **OCTAVA:** Que se condene a la empresa demandada al pago de las siguientes sumas de dinero por concepto del incumplimiento

1.3.1. Que se ordene a la empresa demandada a que cancele en favor de la demandante la suma correspondiente a inventarios, que corresponden al valor determinado en el hecho ocho demanda, con sus respectivos intereses o indexación a la fecha del pago.

1.3.2. Que se ordene a la empresa demandada que cancele en favor de la demandante la suma correspondiente a cartera, que corresponden al valor determinado en el hecho nueve de la demanda, con sus respectivos intereses o indexación a la fecha del pago.

1.3.3. Que se condene a la demandada a retribuir a la demandante las sumas de dinero que invirtió en el procesamiento del agua y que no facturo en su totalidad, y que corresponde al 66% de los ingresos percibidos por facturación y que no fueron recaudados.

1.4. **DÉCIMA:** Que se condene en costas a la demandada."

3.2. PRETENSIONES DE PRESEA.

En su demanda de reconvención, formuló las siguientes:

" A. PRETENSIONES PRINCIPALES

"1.- Que ACUANTIOQUIA E.S.P. es contractualmente responsable frente a PRESEA S.A. E.S.P., por cuanto se abstuvo de cancelarle las pérdidas operativas producidas mensualmente como consecuencia de la operación, administración y mantenimiento en los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, dentro de los diez (10) primeros días del período siguiente a la fecha en que tales pérdidas le fueron facturadas a ACUANTIOQUIA.

"2.- Que ACUANTIOQUIA E.S.P. es contractualmente responsable frente a PRESEA S.A. E.S.P., por cuanto se abstuvo de cancelarle las inversiones que realizó en la reposición y ampliación de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó dentro de los diez (10) primeros días del período siguiente a la fecha en que tales inversiones le fueron facturadas a ACUANTIOQUIA.

"3.- Que ACUANTIOQUIA E.S.P. es contractualmente responsable frente a PRESEA S.A. E.S.P., porque en su carácter de autoridad tarifaria e incumpliendo lo de su cargo dentro del contrato, se abstuvo de tramitar incrementos en las tarifas de acueducto y alcantarillado para el municipio de Apartadó, lo cual no le permitió al sistema obtener los recaudos esperados al momento de proponer, afectando la remuneración del operador.

"4.- Que ACUANTIOQUIA E.S.P. es contractualmente responsable frente a PRESEA S.A. E.S.P., porque en desarrollo del contrato e incumpliendo lo de su cargo se abstuvo de realizar inversiones en infraestructura para el adecuado funcionamiento y la ampliación de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, impidiendo la incorporación de nuevos usuarios y reduciendo en consecuencia el recaudo proyectado al momento de proponer, generando un desequilibrio económico y financiero del contrato que afecta la remuneración del operador.

"5.- Que ACUANTIOQUIA E.S.P. es contractualmente responsable frente a PRESEA S.A. E.S.P., porque en desarrollo del contrato e incumpliendo lo de su cargo entregó la administración de los sistemas al Operador con cargas laborales y comerciales.

"6.- Que, como consecuencia de las responsabilidades señaladas en los numerales anteriores, ACUANTIOQUIA E.S.P. debe reconocer y pagar a PRESEA S.A. E.S.P. las sumas que se señalan a continuación:

- a. Por concepto de las pérdidas operativas producidas mensualmente como consecuencia de la operación, administración y mantenimiento en los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó que no fueron canceladas por ACUANTIOQUIA E.S.P. a PRESEA S.A. E.S.P., la suma de Un Mil Cuatrocientos Treinta y Un Millones Trescientos Setenta y Seis Mil Doscientos Cincuenta y Dos pesos (\$1.431,376,252), calculada al 31 de diciembre de 2003, o la mayor que se demuestre dentro del proceso, más los rendimientos e intereses de mora que se hayan causado

desde que se hizo exigible el pago por concepto de cada una de las facturas presentadas y hasta la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo.

b. Por concepto de las inversiones que realizó PRESEA S.A. E.S.P. en la reposición y la ampliación de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó que no han sido canceladas por ACUANTIOQUIA E.S.P. a PRESEA S.A. E.S.P., la suma de Un Mil Ciento Cuarenta Millones Ochocientos Noventa y Cinco Mil Noventa y Nueve pesos (\$1,140,895,099), calculada al 31 de diciembre de 2003, o la mayor que se demuestre dentro del proceso, más los rendimientos e intereses de mora que se hayan causado desde que se hizo exigible el pago por concepto de cada una de las facturas presentadas y hasta la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo.

c. Por concepto de las abstenciones de ACUANTIOQUIA E.S.P. de tramitar incrementos en las tarifas de acueducto y alcantarillado y de realizar inversiones en infraestructura para la ampliación de los sistemas en el municipio de Apartadó, la suma de Dos Mil Ciento Veintisiete Millones Setecientos Setenta y Tres Mil Ciento Tres pesos (\$2.127,773,103), calculada para el día 31 de diciembre de 2003, o la mayor suma que se establezca dentro del proceso, más las sumas que se dejen de percibir como consecuencia de las mismas abstenciones desde la fecha indicada con anterioridad (31 de diciembre de 2003) y hasta la ejecutoria del laudo respectivo.

"7.- Que, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, dentro del plazo que fije el laudo ACUANTIOQUIA E.S.P. adelantará los trámites que se requieran para que las tarifas por concepto de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó sean incrementadas, de conformidad con lo establecido en la propuesta que presentó GRUCON LTDA. a ACUANTIOQUIA E.S.P. dentro del proceso de selección del contratista y que dio lugar a la celebración del "Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado, en el Municipio de Apartadó" suscrito el día 26 de agosto de 1996 entre el Gerente de ACUANTIOQUIA E.S.P. y el representante legal de GRUCON LTDA., contrato que fue posteriormente cedido por GRUCON a la empresa PRESEA S.A. E.S.P. mediante acuerdo de abril 03 de 1997.

"8.- Que, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, dentro del plazo que fije el laudo ACUANTIOQUIA E.S.P. realizará las gestiones que se requieran para invertir en la infraestructura de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, de conformidad con lo establecido en el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado del mismo municipio y atendiendo lo consignado en la propuesta que presentó GRUCON LTDA. a ACUANTIOQUIA E.S.P. dentro del proceso de selección del contratista y que dio lugar a la celebración del "Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado, en el Municipio de Apartadó", así como lo previsto en el contrato suscrito el día 26 de agosto de 1996 entre el Gerente de ACUANTIOQUIA E.S.P. y el representante legal de GRUCON LTDA., contrato que fue posteriormente cedido por GRUCON a la empresa PRESEA S.A. E.S.P. mediante acuerdo de abril 03 de 1997. Sin perjuicio de las demás inversiones que se deban realizar, la condena deberá exigirle a ACUANTIOQUIA E.S.P. la reposición del sistema de conducción de agua

cruda, ya que el estado en que se encuentra puede causar el colapso de todo el sistema con las implicaciones que ello conlleva para el suministro del agua a los habitantes del Municipio de Apartadó.

"9.- Que las sumas que deba pagar ACUANTIOQUIA E.S.P. a PRESEA S.A. E.S.P. y que se establezcan en el laudo respectivo devengarán intereses de mora, a la tasa máxima permitida, de acuerdo con la certificación que expide la Superintendencia Bancaria o el organismo que haga sus veces, desde la fecha de ejecutoria del laudo respectivo y hasta la fecha en que se realice el pago.

"10.- Que ACUANTIOQUIA E.S.P. deberá pagar las costas y agencias en derecho derivadas del proceso arbitral.

B. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. A LA PRETENSÓN PRINCIPAL IDENTIFICADA CON EL NÚMERO 6, LETRA c:

"Si el Tribunal Arbitral considera que no procede condena conjunta por concepto de las abstenciones de ACUANTIOQUIA E.S.P. en materia de tarifas y de inversiones en infraestructura, solicito entonces que, en subsidio de la pretensión principal identificada con el número 6, letra c, el tribunal condene a ACUANTIOQUIA E.S.P. a pagar las sumas que se indican a continuación:

- a. "Por concepto de la abstención de ACUANTIOQUIA E.S.P. de tramitar incrementos en las tarifas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, la suma de Quinientos Noventa y Tres Millones Ciento Ochenta Mil Novecientos Cuatro pesos (\$593,180,904), calculada para el día 31 de diciembre de 2003, o la mayor suma que se establezca dentro del proceso, más las sumas que se dejen de percibir como consecuencia de la misma abstención desde la fecha indicada con anterioridad (31 de diciembre de 2003) y hasta la ejecutoria del laudo respectivo.
- b. "Por concepto de la abstención de ACUANTIOQUIA E.S.P. de realizar inversiones en infraestructura para la ampliación de los sistemas en el municipio de Apartadó, la suma de Un Mil Setenta y Siete Millones Seiscientos Cincuenta y Un Mil Ochocientos Cincuenta y Cuatro pesos (\$1,077,651,854), calculada para el día 31 de diciembre de 2003, o la mayor suma que se establezca dentro del proceso, más las sumas que se dejen de percibir como consecuencia de la misma abstención desde la fecha indicada con anterioridad (31 de diciembre de 2003) y hasta la ejecutoria del laudo respectivo.

2. A LA PRETENSÓN PRINCIPAL IDENTIFICADA CON EL NÚMERO 7:

"Si el Tribunal Arbitral considera que no es procedente exigirle a ACUANTIOQUIA E.S.P. que adelante los trámites que se requieran para que las tarifas por concepto de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó sean incrementadas, en los términos indicados en la pretensión principal identificada con el número 7, pero al mismo tiempo considera que sí es procedente acceder a la pretensión principal identificada con el número 8, solicito entonces que, en subsidio de la condena solicitada en la pretensión principal identificada con el número 7, el

Tribunal condene a ACUANTIOQUIA E.S.P. a pagar a PRESEA S.A. E.S.P. la suma que esta empresa dejará de percibir como consecuencia de la falta del incremento tarifario entre la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo y hasta el día 26 de agosto del 2011, fecha de terminación del contrato, prevista en la Cláusula Tercera del mismo, y que ha sido calculada, con base en la propuesta del Operador, en la suma de Setecientos Un Millones Cuatrocientos Ochenta y Un Mil Trescientos Setenta y Un pesos (\$701,481,371), o la mayor que se demuestre dentro del proceso.

3. A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL IDENTIFICADA CON EL NÚMERO 8:

"Si el Tribunal Arbitral considera que no es procedente exigirle a ACUANTIOQUIA E.S.P. que realice las gestiones que se requieran para invertir en la infraestructura de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, en los términos indicados en la pretensión principal identificada con el número 8, pero al mismo tiempo considera que sí es procedente acceder a la pretensión principal identificada con el número 7, solicito entonces que, en subsidio de la condena solicitada en la pretensión principal identificada con el número 8, el Tribunal condene a ACUANTIOQUIA E.S.P. a pagar a PRESEA S.A. E.S.P. la suma que esta empresa dejará de percibir como consecuencia de la falta de inversiones en la infraestructura de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, entre la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo y hasta el día 26 de agosto de 2011, fecha de terminación del contrato, prevista en la Cláusula Tercera del mismo, y que ha sido calculada, con base en la propuesta del Operador, en la suma de Un Mil Seiscientos Trece Millones Setecientos Siete Mil Novecientos Cuarenta y Tres pesos (\$1,613,707,943), o la mayor que se demuestre dentro del proceso.

4. CONJUNTAMENTE A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES IDENTIFICADAS CON LOS NÚMEROS 7 Y 8:

"Si el Tribunal Arbitral considera que no es procedente exigirle a ACUANTIOQUIA E.S.P. que adelante los trámites que se requieran para que las tarifas por concepto de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó sean incrementadas, en los términos indicados en la pretensión principal identificada con el número 7, y al mismo tiempo considera que tampoco es procedente exigirle a ACUANTIOQUIA E.S.P. que realice las gestiones que se requieran para invertir en la infraestructura de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, en los términos indicados en la pretensión principal identificada con el número 8, solicito entonces que, en subsidio de las condenas solicitadas en las pretensiones principales identificadas con los números 7 y 8, el Tribunal condene a ACUANTIOQUIA E.S.P. a pagar a PRESEA S.A. E.S.P. la suma que esta empresa dejará de percibir como consecuencia de la falta del incremento tarifario y de inversiones en la infraestructura de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, entre la fecha en que quede ejecutoriado el laudo respectivo y hasta el día 26 de agosto de 2011, fecha de terminación del contrato, prevista en la Cláusula Tercera del mismo, y que ha sido calculada, con base en la propuesta del Operador, en la suma de Dos Mil Novecientos Noventa y Tres Millones Ochocientos Sesenta y Cuatro Mil Setecientos Sesenta y Un pesos (\$2,993,864,761), o la mayor que se demuestre dentro del proceso."

6. HECHOS Y PRETENSIONES RELACIONADOS CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO, COSTOS DE OPERACIÓN DEL SISTEMA (CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO).

Se analizarán conjuntamente las pretensiones de ACUANTIOQUIA, esto es la que solicita la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de PRESEA con base en lo que denomina cobro indebido por parte de ésta última de costos asociados a prestaciones sociales (90%) y a personal de apoyo (35%), y consecuentemente la no transferencia de los excedentes generados por el sistema, por una parte; y por la otra, la Primera Principal de PRESEA contenida en la demanda de reconvencción, a saber: Que ACUANTIOQUIA es responsable frente a PRESEA por haberse abstenido de cancelarle, dentro de la oportunidad contractual prevista para el efecto, las pérdidas operativas producidas mensualmente como consecuencia de la operación del sistema. Consecuentemente PRESEA solicita en la Pretensión 6 a., se condene a ACUANTIOQUIA a pagar determinadas sumas de dinero por el mencionado concepto.

Este estudio conjunto obedece a la íntima relación que guardan las pretensiones principales de ACUANTIOQUIA, en lo que se arriba se ha indicado, y la primera principal de PRESEA y sus consecuenciales, en forma tal que las vuelve inescindibles.

En las consideraciones iniciales, se han dejado transcritas las pretensiones principales propuestas por ACUANTIOQUIA, según las cuales aspira a la declaratoria de unos incumplimientos por parte de PRESEA (Pretensión 1ª principal) para que de ellos se derive la declaratoria de terminación del contrato existente entre las partes (Pretensión 2ª principal), con la consecuencial condena al pago de los perjuicios y/o reconocimiento y pago actualizado de todos los sobrecostos y perjuicios derivados de la ejecución del contrato y de la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato (Pretensión 3ª principal) y además el pago de intereses moratorios sobre las sumas líquidas actualizadas, en razón del incumplimiento (Pretensión 4ª principal); en cuanto a ésta, presenta tres subsidiarias. Solicita que por concepto de incumplimiento (Pretensión 8ª principal) se condene a PRESEA al pago de *"la suma correspondiente a inventarios"* indicada en el Hecho ocho de la demanda y de *"la suma correspondiente a cartera"* indicada en el Hecho nueve de la demanda con intereses o indexación, pretensiones respecto de las cuales el Tribunal no tiene competencia; pide que se condene a retribuir a ACUANTIOQUIA las sumas de dinero que invirtió en el procesamiento de agua y que no facturó en su totalidad, y que corresponde al 66% de los ingresos percibidos y que no fueron recaudados. De igual manera solicita que los pagos se efectúen en la forma de los artículos 176 y 177 del C.C.A. con actualización a términos del art., 178 ibidem (Pretensión 5ª principal), que el pago se haga dentro de los treinta días siguientes (pretensión 6ª principal) y que se haga condena en costas (Pretensiones principales 7ª y 9ª).

En su alegato de conclusión, ACUANTIOQUIA precisa sus pretensiones así:

"Determinando con precisión el origen y las precisiones de las pretensiones de las partes en el presente proceso, podemos ubicarlas de la siguiente manera:

"A. Las Pretensiones.

"1. ACUANTIOQUIA

"Para la sociedad convocante inicial, la razón de ser del incumplimiento de la operadora del sistema se encuentra ubicada en los siguientes aspectos:

"1.1. Aplicación de porcentajes del 35% y del 90%, desconociendo el contrato y las normas contables."

"1.2. El cobro de inversiones y pérdidas operativas por fuera del marco del contrato."

PRESEA al contestar la demanda, se opone a todas las pretensiones de ACUANTIOQUIA y formula las siguientes excepciones: (1) Falta de competencia total del Tribunal, que la funda en que, a su juicio, no se ha cumplido el requisito previo de formular las reclamaciones y transcurrir un plazo de noventa días para intentar un arreglo directo; éste medio exceptivo el Tribunal no lo ha considerado viable, como ya se indicó; (2) Falta de competencia parcial respecto de las pretensiones 1.8.1 y 1.8.2 por extinción del Pacto Arbitral⁷ y para las cuales el Tribunal ha considerado que carece de competencia, como lo indicará en la parte resolutive (3) ser ACUANTIOQUIA la parte incumplida, por lo cual formula reconvencción; y, (4) la genérica "cualquiera otra excepción que el Tribunal arbitral encuentre acreditada dentro del proceso".

Como lo indica ACUANTIOQUIA⁸, uno de los puntos centrales de la controversia planteada ante este Tribunal radica en la interpretación y consiguiente aplicación que deba darse en especial: (a) al párrafo de la cláusula segunda y, (b) a los numerales 1 y 2 de la cláusula décima octava; el otro aspecto controvertido lo hace consistir en "El cobro de inversiones y pérdidas operativas por fuera del marco del contrato."

En relación con la aplicación de porcentajes del 35% y del 90%:

Las estipulaciones que dan pie a la controversia son del siguiente tenor:

"CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO

"El presente contrato tiene por objeto (...)

"PARÁGRAFO: Para el cumplimiento del objeto del presente contrato deberá desarrollar todas las actividades complementarias necesarias para una adecuada gestión, bajo los lineamientos y limitantes establecidos por el ordenamiento jurídico colombiano a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y bajo los parámetros consagrados en los pliegos de condiciones, en la propuesta técnico-económica presentada y sus modificaciones que antecedieron a la firma del presente instrumento."

"CLÁUSULA DECIMA OCTAVA. DOCUMENTOS DEL CONTRATO.

"Hacen parte de éste contrato:

"1. El pliego de condiciones de la Licitación N° 003/96 con todos sus anexos y aclaraciones.

"2. La oferta del operador.

"(...)"

(Las subrayas no son del texto).

⁷ Hacen referencia a "inventarios" y "cartera".

⁸ "1.1. Aplicación de porcentajes del 35% y del 90% desconociendo el contrato y las normas contables".

Al respecto, ACUANTIOQUIA alega, entre otras cosas, que los citados porcentajes no están pactados en el contrato; por su parte PRESEA considera que sí lo están, a términos de las cláusulas precitadas, fundado en que esas cifras están indicadas en la propuesta del Operador, la cual forma parte del contrato toda vez que, en el Parágrafo de la Cláusula Segunda se dice que el objeto se desarrollará bajo los parámetros consagrados en los pliegos de condiciones, en la propuesta técnico-económica presentada y sus modificaciones que antecedieron a la firma del presente instrumento y que dicha propuesta es un documento que forma parte del contrato, como se indica en el N° 2 de la cláusula 18ª.

Según la propuesta del Operador, inicialmente el contrato estaba planteado en el esquema de: (i) incremento tarifario real a partir de enero de 1997 (aproximadamente de un 40%); (ii) una rentabilidad real del orden del 20% sobre los aportes monetarios realizados por el Operador; (iii) la existencia de fórmulas de ajuste para conservar el equilibrio financiero; (iv) costos de Administración, Operación y Mantenimiento a cargo exclusivo del Operador; (v) autonomía plena del Operador para definir los recursos necesarios para Administrar, Operar y Mantener el sistema; (vi) la reposición de infraestructura de tubería y de estructuras importantes, sería considerada como inversión y no como mantenimiento. Y, por último, que la retribución del Operador será obtenida directamente del recaudo realizado.

En ese orden de ideas, el Operador propuso una remuneración equivalente inicialmente al 100% del recaudo en 1997 y en forma decreciente en los años subsiguientes hasta que, a partir de 2002 se estabilizaba en el 66% hasta su finalización.

Una vez que fue escogida la propuesta técnica presentada por GRUCON (hoy PRESEA)⁹ las partes procedieron a negociar la propuesta económica, en la forma que ampliamente refieren Carlos Alberto Giraldo (fls. 1656 a 1660 Cdo. 4 y fls. 1983 a 2001 cdo. 6) y José Fernando Cárdenas Zapata (fls. 2100 a 2103 cdo. 6 y 2501 a 2513 cdo. 7).

De la exposición de Carlos Alberto Giraldo se destacan los siguientes apartes:

"Si usted mira los pliegos, los pliegos son diferentes al contrato en el sentido de la remuneración que se pactó. En los pliegos decía: dígame usted cuánto me cobra y usted se hace cargo de toda la operación, usted corre con el riesgo de toda la operación y lo llamó coeficiente industrial. Es decir ACUANTIOQUIA no iba a involucrarse en el quehacer diario del operador, ni iba a revisar cuenta por cuenta, ni absolutamente nada (...) Pero ACUANTIOQUIA puso sobre la mesa una cosa y dijo: ustedes están pidiendo un aumento de tarifas y nosotros ya hicimos un estudio de tarifas y las cosas hay que hacerlas con las tarifas de ACUANTIOQUIA, no con las tarifas de ustedes. Entonces ahí digamos fue donde en la negociación, que la presidía yo, yo dije: bajo esas condiciones nosotros no podemos correr el riesgo completo, porque nosotros ya evaluamos y a nosotros nos dá un aumento del 40% en términos reales de las tarifas y usted me dice que no puede subir las tarifas que usted ya tiene su propio estudio que le va a presentar a la comisión reguladora, entonces ya el riesgo, si vamos a coger las tarifas de ustedes, el riesgo lo tiene que asumir ACUANTIOQUIA, el riesgo de si eso alcanzaba o no alcanzaba. Entonces hubo la discusión y ahí fue donde entonces se cambió el concepto de

⁹ Hubo una cesión total del contrato por parte de GRUCON a favor de PRESEA, aceptada expresamente por ACUANTIOQUIA, según documento que obra a fls. 24 a 26 cdo. 1

la propuesta de coeficiente industrial que era: corra usted con todos los gastos, por el concepto de: yo le pago a usted todos los gastos en que incurra, y le doy a usted una remuneración que se llamó coeficiente de remuneración o índice de remuneración, y yo me comprometo a hacer todas las inversiones que requiera el sistema para la expansión y la reposición y usted se encarga y responde por la operación. Entonces dentro de esa estructura de costos ya nos sentamos a analizar lo que habíamos nosotros presentado como estructura de costos en la propuesta inicial. Entonces revisamos el personal directo que iba a trabajar allá y más o menos hubo un acuerdo. Sin embargo se les dijo a ellos: se les va a cobrar lo que realmente se utilice, si se utilizan tres menos, se les cobran tres menos; si utilizan cinco más, se les cobran cinco más, pero ustedes como van a tener una auditoría técnica, obviamente se hace de acuerdo con ustedes. Se llegó a la parte de los costos administrativos. Pensando esto como un contrato de obra, que era la primera vez que se hacía un contrato de operación. (...) Entonces le dimos un símil con un contrato de obra. Entonces los costos se asimilaban como a los precios unitarios por las cantidades. ¿En un contrato de obra qué hay? Administración, imprevistos y utilidad. Nosotros dijimos: no señor, nosotros no vamos a correr con imprevistos, usted coja los imprevistos, entonces solo quedaba la administración y la utilidad. La administración se pactó en el 35% de los costos de personal y la administración incluía el gerente, incluía el contador, incluía el soporte técnico puntual que hubiera que dar, incluía el costo de las oficinas de Bogotá, los servicios públicos en Bogotá. Entonces dijimos: para no entrar en discusiones de cuánto vale eso, aquí está en la propuesta ese factor que se asemeja a un contrato de obra o a un contrato de consultoría, a un factor multiplicador. Entonces se adoptó que el 35% era un valor adecuado para eso. Posteriormente hubo la discusión del personal, que era el otro argumento, que era si nosotros íbamos a tener personal de ACUANTIOQUIA, si no íbamos a contratar personal del ACUANTIOQUIA, qué pasaba con la continuidad laboral si teníamos que responder por eso. Entonces quedó claramente definido que ACUANTIOQUIA nos lo entregaba libre de cargas laborales, pero que nosotros teníamos que responder por todo lo que pasara desde el punto de vista prestacional, si formaban un sindicato porque varios de ellos estaban sindicalizados, ACUANTIOQUIA tenía un sindicato, ACUANTIOQUIA obviamente no iba a responder por la convención colectiva del sindicato. Si había problemas, si tocaba indemnizar a alguien, ACUANTIOQUIA dijo: nó, a mí el lío del personal quítemelo. Ahí fue donde nosotros dijimos: listo, pero el factor prestacional no puede ser el mínimo legal, que es de 1.65, sino que tenemos que tener un factor prestacional que cubra esos riesgos; como vamos a contratar personal que ustedes van a liquidar, y ya están sindicalizados, al otro día nos montan un sindicato y tenemos que asumir eso nosotros. Entonces se discutió el factor prestacional del 1.9 y ahí fue donde surgió que nosotros corriamos con el riesgo de personal y que ellos nos reconocían el factor prestacional. (...) En mi concepto hubo una variación importante, aunque digamos que las cifras fueron las mismas, se manejaron las mismas propuestas, todas las cosas. El concepto riesgo sí fue diferente, porque nosotros cobrábamos un valor asumiendo todo el riesgo y terminamos fue haciendo una gestión, y gran parte del riesgo lo asumía ACUANTIOQUIA, nó nosotros. (...) Entonces el riesgo total por la operación, en los pliegos, era del operador, que decía: cuánto me cobra y usted me hace a todo costo, desde el punto de vista operativo, todo. Y en el contrato quedó el riesgo en cabeza de ACUANTIOQUIA y no en cabeza del operador."

De la exposición de José Fernando Cárdenas se destaca:

"GRUCON presentó una propuesta económica basada en un aumento tarifario. La junta directiva de ACUANTIOQUIA consideró que no era posible, desde el punto de vista social, tratar de implementar un nuevo esquema de operación en los municipios e iniciar un esquema de estos nuevo que de alguna manera iría a tener resistencias, resistencias de repente más basadas en intereses políticos que en otra cosa, y por supuesto no se podía iniciar con aumentos tarifarios, así las tarifas, como dije anteriormente de ACUANTIOQUIA estuvieran presentando un retraso de casi una década. La propuesta se estuvo estudiando, se hicieron muchas operaciones antes de concluir que lo más conveniente era no aumentar las tarifas. Hay un aspecto y era la retribución del operador. En todos los concursos se hablaba de que el operador presentaría digamos un cobro por poner su gestión, por poner sus capacidades, por hacer toda esa tarea administrativa, operativa, cobraba lo que después cuando empezamos a utilizar el inglés se denominaba un "Fee", un fee es una tarifa, que nosotros lo llamábamos en castellano un porcentaje de retribución. Ese porcentaje de retribución, en el caso de Grucon, venía o estaba asociado en la propuesta con ese aumento tarifario. Nosotros (ACUANTIOQUIA) hicimos las consultas pertinentes, si existía o no espacio para hacer cualquier tipo de ajuste o de negociación. La respuesta fue positiva y como les decía se hicieron una serie de ajustes, pero se llegó a la conclusión de que lo único viable era no aceptando el aumento tarifario. El porcentaje de retribución de Grucon comenzaba un poco más alto e iba descendiendo, creo que en el primer quinquenio, y ya finalizando el primer quinquenio quedaba en una cifra baja. Si uno fuera a modelar durante los quince años ese ingreso recibido al principio y lo que sería recibido al final, guardaría equilibrio con los ingresos que fuera a obtener en el caso de aplicar el aumento tarifario. No quiero decir que los ingresos serían los mismos, sino que sería más o menos equilibrado. Se llegó a un acuerdo sobre ese tema y eso se llevó a la junta directiva, y la junta directiva ya tomó su decisión, y lo aprobó y se procedió entonces a la contratación con GRUCON."

Fue así cómo, con fundamento en las tratativas se llegó a los términos generales que se consignaron en el Acta de Negociación conforme a los flujos de caja solicitados por ACUANTIOQUIA, sobre la base de que las tarifas que se aplicarían deberían ser las de la estructura tarifaria determinada por ACUANTIOQUIA y no las propuestas por GRUCON Ltda. (fls. 22 a 23 cdo. 1)

En este orden de ideas, estima el Tribunal que, las partes tienen una discordia en cuanto a la interpretación del alcance del contrato acordado, pero sí coinciden en un aspecto fundamental: que hubo una variación sustantiva entre lo inicialmente ofrecido y lo finalmente contratado. Inicialmente el Operador estaba dispuesto a correr con todos los costos y vicisitudes inherentes a la operación, administración y el mantenimiento del sistema, a cambio de recibir una remuneración acorde con ello; posteriormente, este esquema se modificó radicalmente y fue así como ACUANTIOQUIA tomó sobre sí todos los costos y riesgos, en la forma que nos refieren los testimonios de Carlos Alberto Giraudo y de José Fernando Cárdenas.

En efecto, José Fernando Cárdenas explica que la propuesta inicial partía de un importante aumento inicial en las tarifas cuyo recaudo total, en los primeros años, sería de Grucón Ltda., para posteriormente ir disminuyendo de manera gradual; indica que por diferentes

razones "la Junta Directiva de ACUANTIOQUIA consideró que no era posible, desde el punto de vista social, tratar de implementar un nuevo esquema de operación en los municipios e iniciar un esquema de éstos nuevo que de alguna manera iría a tener resistencias, resistencias de repente más basadas en intereses políticos que en otra cosa" y que por consiguiente no se podía aceptar ese aumento tarifario "así las tarifas –como dije anteriormente– de ACUANTIOQUIA estuvieran presentando un retraso de casi una década." y agrega que "la propuesta se estuvo estudiando, se hicieron muchas operaciones antes de concluir que lo más conveniente era no aumentar las tarifas." (La subraya no es del texto).

Conocido ese antecedente, se explica su consecuente, en la forma narrada por Giraldo: "El concepto riesgo sí fue diferente, porque nosotros cobrábamos un valor asumiendo todo el riesgo y terminamos fue haciendo una gestión, y gran parte del riesgo lo asumía ACUANTIOQUIA, nó nosotros. (...) Entonces el riesgo total por la operación, en los pliegos, era del operador, que decía: cuánto me cobra y usted me hace a todo costo, desde el punto de vista operativo, todo. Y en el contrato quedó el riesgo en cabeza de ACUANTIOQUIA y no en cabeza del operador."

Así, pues, si el riesgo total de la operación, en los pliegos, era del Operador, en el contrato ese riesgo total quedó en cabeza de ACUANTIOQUIA tal como lo entiende el Tribunal.

En desarrollo de ésta conclusión, el Tribunal entiende que, en relación con el riesgo prestacional, éste en su totalidad quedó radicado en ACUANTIOQUIA, pues PRESEA ni asumió el personal anterior ni hubo sustitución patronal, como lo explica el declarante Giraldo: "Entonces quedó claramente definido que ACUANTIOQUIA nos lo entregaba libre de cargas laborales, pero que nosotros teníamos que responder por todo lo que pasara desde el punto de vista prestacional, si formaban un sindicato porque varios de ellos estaban sindicalizados, ACUANTIOQUIA tenía un sindicato, ACUANTIOQUIA obviamente no iba a responder por la convención colectiva del sindicato. Si había problemas, si tocaba indemnizar a alguien, ACUANTIOQUIA dijo: nó, a mí el lío del personal quítemelo. Ahí fue donde nosotros dijimos: listo, pero el factor prestacional no puede ser el mínimo legal, que es de 1.65, sino que tenemos que tener un factor prestacional que cubra esos riesgos; como vamos a contratar personal que ustedes van a liquidar, y ya están sindicalizados, al otro día nos montan un sindicato y tenemos que asumir eso nosotros. Entonces se discutió el factor prestacional del 1.9 y ahí fue donde surgió que nosotros corríamos con el riesgo de personal y que ellos nos reconocían el factor prestacional."

El Tribunal considera que lo que ha ocurrido es una diferencia entre las partes con relación a la interpretación del contrato, respecto de un tema que no quedó directa y específicamente definido en el mismo. De ahí que corresponda al juez la inteligencia del mismo, siguiendo los lineamientos de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

Es evidente que hubo un cambio radical entre lo inicialmente ofrecido y lo finalmente contratado; inicialmente todos los costos y riesgos estaban en cabeza de GRUCON (hoy PRESEA) incluso su propia remuneración; posteriormente se llegó a un acuerdo diferente, como que todos los riesgos y costos están a cargo de ACUANTIOQUIA, quien también se

obliga a pagar con sus propios recursos la remuneración del Operador en el evento de que los recaudos no alcancen para ello. Las partes acordaron que, en cuanto a ingresos, se tomaría la estructura tarifaria propuesta por ACUANTIOQUIA, y que ésta haría a sus expensas las ampliaciones y modificaciones del sistema.

En éste contexto fue como ACUANTIOQUIA tomó sobre sí todos los costos y riesgos de la operación, incluso las pérdidas operativas no imputables al operador, y en la cláusula 5ª del contrato se estableció un régimen preferente de aplicación de los ingresos por facturación que debía recaudar PRESEA: 1º. gastos de la operación; 2º. pago de impuestos; 3º. pago de contribuciones a la Comisión y a la Superintendencia; 4º. pago de la remuneración del Operador; 5º. amortización de créditos a favor del Operador por inversiones y gastos efectuados con cargo a ACUANTIOQUIA; 6º. Si quedare algún excedente, éste se transferirá a ACUANTIOQUIA con destino a la auditoria técnica; y, si aún hubiere algún saldo, tendría como destino el fondo de reposición, ampliación y emergencia.

Como quiera que es necesario entender la propuesta inicial pero asociada a la negociación final, es preciso entonces determinar qué quedó de la primera que no fuera modificado por la negociación final, tal como se pactó en el Parágrafo de la cláusula 2ª: *"bajo los parámetros consagrados en los pliegos de condiciones, en la propuesta técnico-económica presentada y sus modificaciones que antecedieron a la firma del presente instrumento."* (la subraya no es del texto)

En ese orden de ideas, se entiende que todos los costos, gastos y riesgos fueron asumidos por ACUANTIOQUIA; entre ellos están los laborales, dentro de una nueva contratación, toda vez que no hubo sustitución patronal; así no había lugar a las previsiones de factores prestacionales exagerados emanados de una cultura laboral y sindical anterior. Entonces la contratación se haría en las condiciones comunes y el factor prestacional sería el normal. Ahora bien, si hubiere reclamaciones por situaciones anteriores, éstas serían del resorte y de la responsabilidad exclusiva de ACUANTIOQUIA y PRESEA no tendría por qué responder por ellas. Las eventualidades que se presentaren ya dentro de la vigencia del contrato, siendo también de responsabilidad de ACUANTIOQUIA deberían ser afrontadas por PRESEA, quien posteriormente las trasladaría al dueño del sistema, toda vez que se trata de un contrato de mera operación.

Si ACUANTIOQUIA corre con el riesgo laboral, cualquier desfase en ese aspecto es de su incumbencia y costo, y no de cargo de PRESEA; de ahí que, si en un período se presenta un caso puntual de un costo prestacional diferente, éste debe ser asumido por ACUANTIOQUIA y PRESEA no tiene por qué soportarlo, se limita a pagarlo y facturárselo a ACUANTIOQUIA siempre y cuando no se trate de aspectos extra-legales u originados en la mera liberalidad. Si provienen de Convención o Pacto Colectivo, éste debe tener la aquiescencia de ACUANTIOQUIA, toda vez que PRESEA aunque tiene autonomía, ésta no puede entenderse de una manera tan amplia que desborde lo razonable, como que está era la situación anterior de ACUANTIOQUIA cuando el factor prestacional era, según los testigos del orden del tres (3), situación ésta que no es la que se le ha presentado a PRESEA. Lo propio ocurriría en el caso de una condena judicial a cargo de PRESEA por algún actuar irregular, toda vez que, si fue

condenada fue porque su actuación no se ajustó a la normatividad. En los demás casos, esos desfases constituyen un "costo" de la operación a cargo de ACUANTIOQUIA; luego en estos eventos, no opera la propuesta inicial porque el escenario de la contratación también cambió.

Dentro del esquema de asunción de costos y riesgos normales de operación que acaba de describirse, resulta claro para el Tribunal que ACUANTIOQUIA debe reconocer a PRESEA todos los gastos de personal que demande el funcionamiento del sistema, y nada más que el valor de dichos gastos. En este orden de ideas, no es compatible con el esquema de reconocimiento de gastos pactado en el contrato, el cobro regular y sistemático por parte de PRESEA de un factor prestacional que exceda el que realmente esté reconociendo y pagando a su personal:

De ahí que el Tribunal considere que el factor prestacional aplicable es el mínimo legal de 1.65 indicado por el Dr., Carlos Alberto Giraldo y no el de 1.90 alegado por PRESEA, y así se resolverá.

No ocurre lo mismo con el porcentaje del 35% que ha venido facturando PRESEA dentro de sus gastos operativos, por concepto de lo que se denomina "personal de apoyo" o costos indirectos.

El Ingeniero Jorge Arturo Mendoza en su interrogatorio y en relación con este ítem del 35% expone: *"Sobre lo del 35% también es el riesgo que nosotros (PRESEA) hemos asumido. Ese 35% se pactó hacer (sic) un factor para aplicar sobre los costos directos de personal, y ese 35% equivale a los costos indirectos que tiene PRESEA por la operación del sistema. ¿Qué cubre ese 35%? todos los indirectos, todo lo que no cobramos (PRESEA) a ACUANTIOQUIA. Entonces allí están estipulados la gerencia, las asesorías jurídicas, la contabilidad, la auditoría externa, las instalaciones que tenemos nosotros para operar en las partes que correspondan, nuestras instalaciones en Bogotá, todos los costos indirectos que ello conlleva."*

El Contador de PRESEA señor Mario Ramírez en punto al citado 35% expone lo siguiente: *"básicamente es lo que se llama en el ejercicio financiero o en la factura que se le pasa a ACUANTIOQUIA, se denomina "personal de apoyo". Voy a utilizar ésta cartilla de centro de costos. ¿Qué es el famoso 35%? Ese 35% dentro de la estructura del centro de costos, está determinado como un centro de costos que se llama "Centro de Apartadó", Apartadó, "Administración Bogotá", Apartadó. ¿Y qué se carga a ese centro de costos? Específicamente se carga un tiempo de la gerencia que es el tiempo de dedicación (eso se calcula es por una hoja de tiempo: cada una de las personas que tienen relación con el contrato de Apartadó tiene que hacer una hoja de tiempos y se distribuye los honorarios que la persona gana, se distribuye en los tiempos que se le van cargando a este centro de costos), que es gerencia, contabilidad, (contrato que hay con mi Compañía), revisoría fiscal, auditoría externa, asesoría jurídica, control interno, si hay asesoría en parte de sistemas. Todo eso se carga aquí. Adicionalmente a eso PRESEA tiene un contrato con una firma que se llama Endemac (se corrige EMDEPA), que esa firma le suministra a PRESEA todo lo que es la logística, oficinas, servicios públicos, secretarías, papelería y otros costos que se puedan generar. Todo eso tiene una función específica y es darle apoyo a la oficina de Apartadó. Entonces con la distribución que se carga*

por el centro de costos Administración – Bogotá, y por el centro de costos Endemac (se corrige EMDEPA), así se llama la compañía que presta servicios, y hay otro centro de costos que es Administración Bogotá, de todo eso se hace una distribución y esa distribución vendría a ser el 35% que está denominado como Personal de Apoyo." PREGUNTADO: ¿Pero ese 35% de qué base? CONTESTÓ: Ese 35% se calcula en lo que es personal de nómina, personal de horas extras, personal por honorarios (en el ciclo del contrato existían unos costos fijos de honorarios, que en Apartadó era el abogado; si usted mira las facturas durante el año 97, 98, 99 va a encontrar que la cifra es de alrededor de un millón quinientos, de un abogado que daba soporte en la parte comercial, en la parte de cobros ante usuarios; entonces ese concepto se tenía en cuenta; ya usted mira las últimas facturas, a partir del 2000 ese personal por honorarios desapareció), y se incluye también lo que son las prestaciones sociales. Todo eso se multiplica por el 35% y nos da lo que se cobra por personal de apoyo. PREGUNTADO: ¿Pero entonces la base en la cual se le aplica ese porcentaje de 35 está constituida por el total de estos rubros, estos pagos que se hacen en Bogotá, independientemente de cuánto de eso se dedica a Apartadó? CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: ¿Lo que varía es la base? CONTESTÓ: Lo que varía es la base. ¿Y qué es lo que hace variar la base? básicamente lo que son los gastos reembolsables, que eso sí es muy relativo pero la nómina durante estos tiempos se ha mantenido, con los incrementos que se hacen, pero en cuestión de números sigue siendo lo mismo."

El Tribunal encuentra que, a términos de la cláusula 9ª del Contrato, el Operador tiene plena autonomía técnica, administrativa y financiera, lo cual lo faculta para desarrollar todas las actividades necesarias para una adecuada gestión, como lo establece el parágrafo de la cláusula 2ª, y como se desprende además de la obligación genérica impuesta por el apartado n) de la cláusula 7ª: "Las demás que se desprendan del texto completo del presente instrumento contractual, las normas jurídicas por las que se rige esta negociación, y en general las que sean necesarias para el cabal cumplimiento del objeto del contrato" que coincide con la previsión del inciso primero del artículo 1622 del Código Civil¹⁰ estipulación ésta que además es de aquellas conocidas como "De la Naturaleza del Contrato"¹¹. Así, es de la naturaleza del contrato el que haya unos costos por concepto de "administración", que involucran los rubros descritos por el Contador, y que no es posible discriminar puntualmente uno por uno, pero en los cuales necesariamente debe incurrir el operador. Costos éstos que dentro del esquema general que finalmente se adoptó dentro del contrato, deben también ser reconocidos al operador por parte de ACUANTIOQUIA.

A términos de la propuesta, existe la previsión de ese 35%; como se vio anteriormente, si esa "Administración" estuviere en Apartadó, se incurriría en los mismos costos; si, por razones que no le corresponde analizar al Tribunal, PRESEA tiene su "Administración" en Bogotá y nó en Apartadó eso no obsta para que tales conceptos se causen en esa o en otra cuantía, superior o inferior, evento en el cual PRESEA asume ese riesgo y lo tasa en el 35% de los gastos de personal de Apartadó, por ser un rubro muy difícil de cuantificar de manera detallada y exhaustiva.

¹⁰ "1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. ."

¹¹ Art., 1501 C.C. "son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial"

Por ello el Tribunal considera que el cobro del mencionado factor del 35% por concepto de personal de apoyo es plenamente atendible y justificado y así lo resolverá.

Como el Tribunal estima que a este respecto, vale decir, la procedencia del cobro de los factores del 90% y del 35%, lo que se ha presentado entre las partes es una diferencia de interpretación del contrato, no hay lugar a predicar ni incumplimiento ni mora por parte de ninguna de ellas, toda vez que no existe un retardo culpable en el cumplimiento, sino una indefinición en cuanto al alcance del contrato; así, tratándose de una relación de carácter comercial, y no habiendo como ya quedó expresado un incumplimiento propiamente dicho de ninguna de las partes, lo procedente es reconocer sobre los saldos insolutos, la tasa de interés corriente bancaria (artículo 884 del Código de Comercio), interés dentro del cual se encuentra el componente inflacionario que compensa la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. En consecuencia, el Tribunal no considera procedente ordenar además la corrección monetaria de las sumas adeudadas. Lo anterior se tendrá en cuenta en las liquidaciones que mas adelante se efectuarán.

Ahora bien, para efectos de resolver la pretensión de PRESEA arriba enunciadas, que se refieren a la declaratoria de responsabilidad contractual en cabeza de ACUANTIOQUIA, por la no cancelación por parte de esta última de las pérdidas operativas, el Tribunal considera pertinente precisar que la conclusión a la que se ha llegado, en el sentido de que no hay lugar a predicar un incumplimiento culpable de ninguna de las partes, no obsta para reconocer la existencia de la obligación que, a la luz de lo estipulado en el contrato, tiene ACUANTIOQUIA de cancelar a PRESEA el valor de las pérdidas operativas que llegue a arrojar el sistema dentro del período indicado en la demanda de reconvención presentada por esta última.

En relación con el cobro de inversiones y pérdidas operativas.

La pretensión de ACUANTIOQUIA en el sentido de que se declare el incumplimiento del contrato por parte de PRESEA, también se apoya en las siguientes afirmaciones: "Numeral 8 de los hechos, literal a. No han hecho (PRESEA) inversiones para mantener en buen estado de funcionamiento todos los componentes, del sistema por lo que los índices de gestión han sido bajos y han afectado los rendimientos del sistema." Igualmente le endilga a PRESEA que: "Numeral 11.3. Su compromiso de inversiones en el Plan de Optimización Inicial eran por valor de \$432'600.000, para los años 1996, 1997 y 1998, según sus propias facturas la inversión es de \$227'400.000 a diciembre 31 de 2001". Por otra parte (Hecho 11.5 de la demanda), sostiene que PRESEA "No realizó los compromisos adquiridos en el contrato en materia de micromedición, como el establecimiento de un banco de pruebas e inversiones por valor de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS, (\$44'000.000), de esta suma escasamente realizó inversiones por la mitad, es decir, veintidós millones de pesos, (\$22'000.000)". Finalmente dice que PRESEA "No realizó los compromisos de gestión operativa y de mantenimiento señaladas en su propuesta económica, numeral 2.8 Red de Distribución (página 59, Folio 105); en donde se compromete en inversiones por valor de (sic) aproximado de dos mil millones de pesos (\$2.000'000.000), previstos en el PLAN DE URABA PARA APARTADO, dineros destinados para la red de distribución y que nunca fueron invertidos."

Por su parte la pretensión de PRESEA contenida en la demanda de reconvencción, como Segunda Principal, en la cual solicita que se declare que ACUANTIOQUIA es contractualmente responsable frente a PRESEA por no haberle cancelado las inversiones realizadas en la reposición y ampliación de los sistemas de acueducto y alcantarillado, se funda en que, a su juicio, a términos de la cláusula 8ª del Contrato era obligación de ACUANTIOQUIA proveer al operador de los recursos necesarios para gastos e inversiones en reposición y ampliación de los sistemas de acueducto y alcantarillado o que dichos recursos, si fueren provistos por PRESEA, debían serle reembolsados cuando dichas inversiones y gastos hubieren sido **previamente** autorizados por ACUANTIOQUIA.

ACUANTIOQUIA, al contestar la demanda de reconvencción se opone a la pretensión y al responder los hechos 27 y 28 manifiesta que ACUANTIOQUIA no estaba en posibilidad de efectuar esas obras *"dada la innegable situación de liquidación de ACUANTIOQUIA a partir del mes de noviembre de 1997, le era jurídicamente imposible las inversiones en los sistemas, ajenas al objeto final de la empresa, que es la realización del activo y el pago del pasivo."*

Dada la íntima relación existente entre ambas pretensiones, procede a continuación el Tribunal a analizarlas conjuntamente.

En el marco del contrato, es preciso distinguir entre gastos para atender el normal funcionamiento del sistema, por ejemplo, reposición de tubos rotos, y las inversiones en la reposición y ampliación de la red. Los primeros deben ser realizados directamente por PRESEA, quien tiene derecho a que ACUANTIOQUIA se los reconozca, dentro de la liquidación mensual de los gastos operativos del sistema. Las inversiones mayores, vale decir, las que tienen por objeto la reposición y ampliación del sistema, son responsabilidad de ACUANTIOQUIA; esta debe aportar los recursos respectivos, o autorizar en su defecto a PRESEA para que ella las emprenda. En esta última hipótesis, ACUANTIOQUIA debe reconocerle y pagarle al Operador tales inversiones. Ello se desprende de las cláusulas séptima, literal k, y octava, literales e y g del contrato.

A la luz de estas reglas contractuales, considera el Tribunal, de una parte, que no le asiste razón a ACUANTIOQUIA, en lo que dice relación con el no cumplimiento que le imputa a PRESEA de las metas de inversión contempladas en el Plan de Optimización Inicial y en materia de la Red de Distribución. En efecto, si dichas metas no se cumplieron total o parcialmente, ello obedeció, fundamentalmente, a la circunstancia de que ACUANTIOQUIA no aportó oportunamente, como era su responsabilidad contractual, los recursos requeridos para realizar las inversiones correspondientes.

Es este un hecho que se encuentra plenamente demostrado dentro del proceso, a partir de las afirmaciones de las mismas partes, los diversos testimonios rendidos, y el dictamen técnico pericial practicado.

Ahora bien: en lo que dice relación con las inversiones que PRESEA solicita le sean reconocidas por ACUANTIOQUIA, y que esta última rechaza, el Tribunal encuentra que al examinar la ejecución del contrato, con base en la prueba testimonial y pericial allegada al

expediente, se puede apreciar que dentro de las diversas inversiones realizadas por PRESEA, algunas de ellas corresponden precisamente al desarrollo del Plan de Optimización inicial, arriba referido. El valor de estas inversiones –relacionadas en la contabilidad de PRESEA y en el peritazgo técnico practicado dentro del proceso–, a la luz de las estipulaciones contractuales arriba descritas, debe ser reconocido al operador por ACUANTIOQUIA.

Por otra parte, es preciso examinar la situación que se presenta respecto de otras inversiones realizadas por PRESEA, con el fin de garantizar la continuidad del servicio o precaver el colapso del sistema, y que ACUANTIOQUIA se resiste a reconocer, alegando que por tener las mismas por objeto la reposición o ampliación del sistema, tendrían que haber sido autorizadas previamente por ella, en su calidad de dueño.

A este respecto, en la denominada "Prueba No. 12" PRESEA enumera las obras e inversiones que tuvo que hacer frente a la inactividad de ACUANTIOQUIA. (Folios 774 a 781 del expediente). El valor de estas inversiones se encuentra incorporado dentro de la facturación de gastos e inversiones presentada mensualmente por PRESEA a ACUANTIOQUIA.

El perito técnico Aurelio Gómez en su experticio refiere cuáles han sido las inversiones que ha tenido que realizar PRESEA *"para mantener en buen estado de funcionamiento el sistema"* (Folios 2.702, 2815 y siguientes del expediente). En el mismo dictamen el perito relaciona discriminadamente las inversiones efectuadas por PRESEA, las realizadas por el Municipio de Apartadó y por el Departamento de Antioquia.

El liquidador de ACUANTIOQUIA Dr. Carlos Alberto Molina (folios 2078 a 2086 del expediente) refiere:

"PREGUNTADO: Doctor Molina, durante el tiempo que estuvo de gerente en el lapso que hace referencia, ¿de pronto encontró al momento de llegar solicitudes de aprobación de inversiones por parte de PRESEA al sistema? CONTESTÓ: La verdad, no recuerdo. Yo lo que puedo decir en forma general de todos los contratistas es que ellos, todos, reclamaban el poderle hacer inversión a los sistemas en general, y ahí siempre se planteó una diferencia. ¿En qué sentido? En que no había quién hiciera la inversión, porque al municipio no le permitían hacer inversión porque el acueducto no era del municipio. ACUANTIOQUIA no la podía hacer porque estaba en liquidación y porque además no tenía plata. Y el contratista no la hacía porque en el contrato no había la cláusula de que él tenía que hacer la inversión."

Los declarantes Guillermo León Piedrahita, Carlos Alberto Giraldo, José Fernando Cárdenas, Luis Eduardo Ramírez y los informes de Auditoría dan cuenta del estado de los sistemas, su ineficiencia y sus continuas fallas, así como las emergencias que se han presentado, y cómo ha sido necesario salirle al paso a dichas circunstancias para remediarlas; lo que se ha hecho al respecto, excede y con mucho lo que es simple "mantenimiento" y pasa a ser reposición, a lo cual se suma que para la eficiente prestación del servicio o para que éste al menos no sea tan precario ha sido preciso intervenir el sistema, con la mira puesta en la continuidad del suministro de ese servicio público.

El suministro de agua potable es un servicio público esencial que debe ser prestado de manera eficiente a términos del artículo 365 de la Constitución Política, así como la atención de las necesidades básicas insatisfechas (artículo 366 ibidem), entre ellas la del acceso al agua potable, es un objetivo fundamental de la actividad social del Estado.

Así las cosas, y frente a riesgos inminentes de interrupción del servicio de suministro de agua potable, de deficiencias graves en las presiones y consiguiente flujo del agua, todo ello en relación con un servicio público domiciliario y esencial, es imperioso actuar de manera inmediata y de la mejor forma posible habida cuenta de las circunstancias. En ese orden de ideas, es cierto que la asunción de tales gastos e inversiones en reposición y ampliación de los sistemas le correspondía en principio a ACUANTIOQUIA. Es cierto que si las acometía PRESEA requería la previa aprobación. Pero tampoco es menos cierto que ante los requerimientos del Operador el dueño del sistema guardó silencio y que la urgencia cada día era más apremiante. La incuria de ACUANTIOQUIA encuentra su explicación *"En que no había quién hiciera la inversión, porque al municipio no le permitían hacer inversión porque el acueducto no era del municipio. ACUANTIOQUIA no la podía hacer porque estaba en liquidación y porque además no tenía plata. Y el contratista no la hacía porque en el contrato no había la cláusula de que él tenía que hacer la inversión."* como lo refiere en su testimonio el liquidador de ACUANTIOQUIA Dr. Carlos Alberto Molina, lo cual se corrobora con la manifestación de la misma entidad al responder los hechos 27 y 28 de la demanda de reconvención *"dada la innegable situación de liquidación de ACUANTIOQUIA a partir del mes de noviembre de 1997, le era jurídicamente imposible las inversiones en los sistemas, ajenas al objeto final de la empresa, que es la realización del activo y el pago del pasivo."*

PRESEA no tenía interlocutor válido que atendiera sus solicitudes por la simple razón de hallarse ACUANTIOQUIA en estado de liquidación a lo cual se suma la falta de recursos; éstos deberían tomarse del Fondo creado con los remanentes del recaudo (cláusula 6ª del Contrato) luego de hechas las deducciones indicadas en la cláusula 5ª del mismo en la forma prevista en el inciso final de la misma cláusula.

Como tales supuestos no se cumplieron y el servicio público no podía interrumpirse, fue correcta y ajustada a derecho la conducta de PRESEA al asumir tales gastos e inversiones y luego proceder a cobrárselos a ACUANTIOQUIA, toda vez que de no haberlo hecho se hubiera afectado el normal funcionamiento del sistema.

Por ello el Tribunal considera, que lejos de tratarse de asuntos ajenos al contrato, ACUANTIOQUIA debe pagarle a PRESEA el valor correspondiente a tales gastos e inversiones, como que tuvieron su causa y su origen precisamente en el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que el contrato atribuye al operador, especialmente en lo que se refiere a su deber de velar por la continuidad y calidad del servicio. Y, como ellos fueron efectuados de manera oportuna, eficaz y eficiente, y como la actividad de PRESEA reemplazó la que ha debido desarrollar ACUANTIOQUIA, en el momento mismo en que tales circunstancias se presentaron, momento también en el cual ha debido hacer las respectivas erogaciones, se le han de reconocer a PRESEA no solo el valor correspondiente a tales gastos e inversiones, sino además los intereses moratorios sobre las cantidades invertidas.

7. LA GESTIÓN DEL OPERADOR.

La pretensión primera principal de ACUANTIOQUIA, en el sentido de que se declare incumplido el contrato por parte de PRESEA, se apoya también en el supuesto incumplimiento por parte de esta última, de las obligaciones inherentes a su condición de operador del sistema, estipuladas fundamentalmente en la Cláusula Séptima, Literales (b), (e), e (i).

El cuestionamiento que ACUANTIOQUIA realiza de la gestión de PRESEA se focaliza en la forma en que ésta ha dado cumplimiento a las obligaciones relativas a "mantener en buen estado de funcionamiento todos los componentes de los sistemas de acueducto y alcantarillado que sirve"(Cláusula Séptima del Contrato, literal b); "elaborar y distribuir las facturas a los usuarios teniendo en cuenta la estratificación socioeconómica vigente y el régimen tarifario (ibídem, literal e), y "mantener los índices de gestión que se establezcan bajo los parámetros de las entidades competentes" (ibídem, literal i).

Según ACUANTIOQUIA, la falta de inversiones por parte de PRESEA ha dado lugar a que la facturación esté por debajo de lo previsto (sólo se factura el 34% del agua tratada). Igualmente, basándose en el informe especial presentado por el Ingeniero Guillermo Piedrahita Valencia, señala que sólo se está atendiendo al 50% de la población, y de ella PRESEA recauda el 95% de la facturación, lo que es contrario al plan de optimización e índices de recaudo de cartera.

PRESEA niega frontalmente estas imputaciones, y sostiene que ha cumplido cabalmente las obligaciones que contrajo como operador del sistema. Adicionalmente alega que el no cumplimiento de los índices de gestión previstos en el contrato (agua no contabilizada) no le es imputable, ya que tiene por causa principal la no realización oportuna por parte de la misma ACUANTIOQUIA de las inversiones en reposición y ampliación del sistema de acueducto de Apartadó.

Al respecto, el Tribunal considera:

El abundante acervo probatorio recaudado durante el proceso, permite observar lo siguiente en relación con la gestión adelantada por PRESEA:

En lo que se refiere a la prueba testimonial, al apreciar en conjunto las diversas declaraciones recibidas, se pone de manifiesto que estas coinciden en reconocer una mejoría en la prestación del servicio, a partir de la llegada de PRESEA. Varios testigos también coinciden en criticar el esquema contractual adoptado, porque según ellos PRESEA no tiene ningún compromiso en materia de inversiones. También es reiterativa la referencia a la situación social y los problemas de orden público, como circunstancias que han impedido la legalización de muchos usuarios de los barrios de invasión. Esta situación lógicamente incide negativamente en el índice de agua no contabilizada. Finalmente, los testimonios también coinciden en reconocer la tarea de pedagogía adelantada por PRESEA, así como la oportuna atención por parte de ésta a las quejas de los usuarios del sistema.

El Peritazgo técnico, por su parte, y para los efectos que aquí interesan, da cuenta de las pérdidas técnicas (diferencia entre agua captada y agua entregada a la población), y pérdidas comerciales (agua tratada y no facturada), que afectan los índices de gestión. Anota que las primeras tienen por causa los daños permanentes y ocasionales de la tubería de aducción, al paso que las segundas se originan en las conexiones ilegales y en las fugas por daños en la red.

El peritazgo se refiere a las acciones adelantadas por PRESEA con el fin de mitigar estas pérdidas, tales como la reposición de las tuberías dañadas y la instalación de válvulas que abren con horarios restringidos, esto último para darle un mejor manejo a las conexiones informales e irregulares.

En general, el peritazgo llama la atención sobre las precarias condiciones en las que viene operando el sistema, que lo colocan en situación de alta vulnerabilidad, y exige de parte del dueño del sistema la pronta revisión y actualización del Plan Maestro, de tal suerte que se complete y mejore la actual infraestructura, comenzando por la reposición total de la aducción.

De otra parte, el peritazgo encuentra aceptables los índices de recaudo de cartera por parte de PRESEA.

Por otro lado, hay que señalar que la inspección judicial practicada al sistema por el Tribunal, permitió constatar directamente el estado general del mismo, los esfuerzos que viene realizando el operador para mantener la normal prestación del servicio, y la imperiosa urgencia de las inversiones en la reposición y ampliación de la actual infraestructura.

Por último, resulta pertinente observar que los informes de Auditoría Externa incorporados al proceso, en los que se evalúa la gestión de PRESEA como operador del sistema, y que tienen por destinataria a la Superintendencia de Servicios Públicos, no contienen hallazgos de los cuales pueda llegar a inferirse que PRESEA esté llevando a cabo una deficiente o insatisfactoria gestión.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, el Tribunal considera que no hay lugar a concluir, como lo sostiene ACUANTIOQUIA, que se haya presentado un incumplimiento material, sustantivo, de las obligaciones que contrajo PRESEA en punto a la operación y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado del municipio de APARTADO. En este orden de ideas, debe precisarse que el deficiente funcionamiento del sistema, y la precaria situación de la infraestructura física que lo soporta, son situaciones no imputables directamente al operador, toda vez que tienen por causa principal la virtual ausencia de inversiones en la reposición y ampliación del sistema. Por lo tanto, mal podrían estas circunstancias, ajenas a PRESEA, servir de fundamento para predicar un supuesto incumplimiento de las obligaciones que este asumió en relación con su calidad de operador.

En relación con la Contabilidad de PRESEA

Señala ACUANTIOQUIA en su demanda que PRESEA no lleva contabilidad separada, como es la obligación para las empresas que tienen objeto social múltiple, de conformidad con lo señalado en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

En relación con esta afirmación, el Tribunal la encuentra infundada, toda vez que la pericia contable, y los mismos informes de Auditoría Externa practicados para la Superintendencia de Servicios Públicos, coinciden en señalar que el operador cumple lo dispuesto sobre la materia por la Ley 142. Una cosa es la contabilidad del sistema, y otra muy distinta la contabilidad que lleva el operador. En este orden de ideas, la pericia permite constatar que existe una adecuada separación entre la contabilización de los costos de Operación, Administración y Mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado de Apartadó, y la contabilidad de los costos de la misma PRESEA.

Por todo lo expuesto en los anteriores acápites, el Tribunal no encuentra razones para predicar un incumplimiento sustancial o grave por parte de PRESEA, de las obligaciones que contrajo al celebrar con ACUANTIOQUIA el contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado, en el municipio de Apartadó. En consecuencia no están llamadas a prosperar las pretensiones principales, subordinadas y subsidiarias de ACUANTIOQUIA, identificadas con los números 1.1. a 1.7 inclusive.

8. PRETENSIONES DE PRESEA RELACIONADAS CON LA ABSTENCION DE INCREMENTOS TARIFARIOS.

A continuación el Tribunal examina la conducencia de la pretensión principal Nro. 3 de la Demanda de Reconvención presentada por PRESEA contra ACUANTIOQUIA, conforme a la cual se solicita declarar:

"Que ACUANTIOQUIA E.S.P. es contractualmente responsable frente a PRESEA S.A. E.S.P., porque en su carácter de autoridad tarifaria e incumpliendo lo de su cargo dentro del contrato, se abstuvo de tramitar incrementos en las tarifas de acueducto y alcantarillado para el municipio de Apartadó, lo cual no le permitió al sistema obtener los recaudos esperados al momento de proponer, afectando la remuneración del operador."

Para resolver sobre este punto, el Tribunal considera:

- La documentación relativa al proceso de licitación que antecedió al contrato entre las partes, así como la copiosa prueba testimonial allegada al proceso, dan cuenta claramente de que la propuesta original presentada por GRUCON contemplaba un incremento tarifario del 40.8%, necesario, según el proponente, para compensar los costos y riesgos que éste último ofrecía asumir.

ACUANTIOQUIA no encontró viable el incremento propuesto por GRUCON, y en su lugar, planteó trabajar con la estructura tarifaria diseñada por la misma ACUANTIOQUIA, la cual suponía un incremento significativamente inferior. A cambio de esto, ACUANTIOQUIA ofreció asumir -y así quedó finalmente pactado- todos los costos que demandase la operación,

administración y mantenimiento del sistema por parte de Grucón. En consecuencia, se revisó también -hacia abajo- el porcentaje de remuneración que inicialmente había planteado GRUCON.

- Al revisar el texto del contrato, y más precisamente su Cláusula Octava, atinente a las obligaciones de ACUANTIOQUIA no se encuentra ninguna previsión al respecto.

En cambio, el contrato se ocupa del tema tarifario, al regular lo relativo al Régimen Económico del mismo (Cláusula Quinta), en los siguientes términos:

" PARAGRAFO SEGUNDO: En caso de que se presenten pérdidas operativas, no imputables a la gestión del operador ACUANTIOQUIA E.S.P. las enjugará dentro de los 10 primeros días del período siguiente y en todo caso ACUANTIOQUIA E.S.P. tramitará las modificaciones tarifarias o los subsidios oficiales que permitan enjugarla o permitirá que el operador tramite los reajustes tarifarios. De no ser esto último posible dentro de los seis(6) meses siguientes al establecimiento del déficit, se suspenderá el contrato por el término necesario para lograr el equilibrio financiero del sistema. Si dicho lapso dura mas de seis (6) meses, cualquiera de las partes podrá provocar la terminación del contrato, dándole aviso a la otra, sin perjuicio de la obligación de ACUANTIOQUIA E.S.P. de resarcir al operador el déficit y las deudas a su cargo, dentro de los tres(3) meses siguientes a la terminación del contrato, con los intereses de rigor." (Subrayas fuera del texto).

- A la luz del texto transcrito, y dentro de una interpretación sistemática del contrato, el Tribunal encuentra lo siguiente:

- a) El contrato consagra una obligación de hacer, de medio, y sujeta a una condición suspensiva, a cargo de ACUANTIOQUIA. Es obligación de hacer, de medio y no de resultado, toda vez que a lo que ACUANTIOQUIA se obliga es a "tramitar" unas modificaciones o reajustes tarifarios. La expresión "tramitar" es consistente con el hecho de que es la CRA (Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico), y no ACUANTIOQUIA, la autoridad competente para aprobar o no las respectivas tarifas.

Por otra parte, esta obligación de ACUANTIOQUIA no es una obligación pura y simple, por el contrario, surge en la medida en que se configure un supuesto fáctico muy concreto y específico, a saber, que el contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema esté arrojando un déficit operacional. En otras palabras, el reajuste de las tarifas es un remedio o mecanismo previsto en el contrato, con el propósito directo y exclusivo de poder restablecer el equilibrio económico del sistema, y para nada más que eso.

En éste orden de ideas, mal podría el operador pretender exigir de parte de ACUANTIOQUIA, el trámite de reajustes o modificaciones tarifarias, en una proporción superior a la que fuese estrictamente necesaria para poder subsanar el déficit operacional, vale decir, para que los ingresos no continúen siendo inferiores a los egresos. El contrato, que es ley para las partes, de ninguna manera autoriza acudir a

esta figura del reajuste de tarifas con el propósito de incrementar las ganancias del operador, como erróneamente lo plantea PRESEA en la pretensión objeto de análisis.

b) En consonancia con lo que acaba de decirse, es de observar que el eventual reajuste de tarifas es una medida que beneficia a ambas partes, y no exclusivamente al operador. Es más, en la medida en que ACUANTIOQUIA de todos modos está obligada a enjugar el déficit operacional con sus propios recursos (salvo que las pérdidas sean imputables al operador), debería ser ella la principal interesada en tramitar los ajustes tarifarios que permitan subsanar dicho déficit, con los recursos aportados por los usuarios del sistema, y sin afectar su propio patrimonio.

c) Resulta también pertinente señalar que, precisamente porque se trata de una medida que beneficia a las dos partes, el contrato prevé la posibilidad de que sea el mismo Operador, con la aquiescencia de ACUANTIOQUIA, quien tramite los respectivos reajustes tarifarios, en caso de que ella, por cualquier motivo, decida no adelantar directamente tales gestiones ante la autoridad tarifaria.

d) El mismo contrato prevé los remedios que deben aplicarse en la hipótesis de que no sea posible tramitar los reajustes tarifarios requeridos para subsanar el déficit operacional, habiendo transcurrido un lapso de seis (6) meses a partir del momento en que se haya establecido este último. Inicialmente, la suspensión del contrato "por el término necesario para lograr el equilibrio financiero del sistema" y, en última instancia, -si la suspensión se prolonga por un lapso superior a seis meses, sin que se haya logrado el equilibrio- la terminación del contrato, provocada por cualquiera de las partes, mediante aviso escrito a la otra. En este último evento, a voces del mismo contrato, subsiste la obligación a cargo de ACUANTIOQUIA de resarcir al operador el déficit y las deudas a su cargo, dentro de los tres meses siguientes a la terminación del mismo, con los intereses de rigor.

Con base en lo hasta aquí expuesto, el Tribunal concluye que no hay lugar a declarar contractualmente responsable a ACUANTIOQUIA por haberse abstenido de tramitar incrementos en las tarifas de acueducto y alcantarillado para el municipio de Apartadó. Por lo tanto, no está llamada a prosperar la Pretensión Principal Nro. 3 de la demanda de reconvencción, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Consecuencialmente, y en la medida en que se apoya en la premisa de que se haya encontrado responsable a ACUANTIOQUIA por no haber tramitado incrementos tarifarios, tampoco está llamada a prosperar la Pretensión Principal Nro. 7 de la demanda de reconvencción, conforme a la cual se solicita al Tribunal fijar un plazo para que la reconvenida adelante los trámites que se requieran para incrementar las tarifas del servicio de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó.

9. PRETENSIONES DE PRESEA RELACIONADAS CON LA NO REALIZACION DE INVERSIONES POR PARTE DE ACUANTIOQUIA.

Prócede el Tribunal a examinar la pretensión principal Nro. 4 formulada por PRESEA en su demanda de reconvencción, conforme a la cual solicita se declare contractualmente responsable a ACUANTIOQUIA, por haberse abstenido de realizar inversiones en infraestructura para el adecuado funcionamiento y la ampliación de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó, impidiendo la incorporación de nuevos usuarios y reduciendo en consecuencia el recaudo proyectado al momento de proponer, generando un desequilibrio económico y financiero que afecta la remuneración del operador.

Para efectos del análisis de la anterior pretensión, a continuación se transcriben las cláusulas del contrato celebrado entre las partes, relativas al tema, así:

"Cláusula Séptima. OBLIGACIONES DEL OPERADOR:

Son obligaciones principales del operador:

k. Efectuar a cargo de Acuantioquia E.S.P., todas las inversiones y gastos que demande la optimización, mantenimiento, reposición, extensión y ampliación de los sistemas de conformidad con lo acordado previamente entre las partes."

"Cláusula Octava- Obligaciones de ACUANTIOQUIA E.S.P.:

Acuantioquia E.S.P. se obliga para con el operador a:

- a. Proveer al operador de los recursos necesarios para gastos e inversiones que éste debe hacer para la reposición y ampliación de los sistemas de acuerdo con el Plan Maestro de acueducto y alcantarillado y reconocer y pagar estos mismos gastos e inversiones, cuando hayan sido efectuados por el operador en los sistemas, previa autorización de Acuantioquia E.S.P. y de acuerdo con el plan de optimización acordado y el Plan Maestro de acueducto y alcantarillado.*
- b. Concertar con el municipio, la aprobación del plan maestro y garantizar la consecución de los recursos necesarios para su implementación."*

Sobre el particular, es preciso examinar el alcance de las anteriores estipulaciones, vale decir, examinar si las mismas consagran o no una obligación de hacer ciertas inversiones a cargo de ACUANTIOQUIA E.S.P., y correlativamente, un derecho personal de crédito a favor de PRESEA para exigir a la primera tal prestación.

Para el Tribunal, el análisis lógico y sistemático del contrato, a la luz de las reglas de interpretación consagradas, entre otros, en los artículos 1621 y 1622 del Código Civil, conduce a concluir que lo que consagran las precitadas cláusulas es una carga o responsabilidad de ACUANTIOQUIA, que no un derecho personal en cabeza de PRESEA para exigir de aquella una prestación de hacer.

En efecto:

El objeto del contrato, como se recordará, es la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto y alcantarillado que operaba ACUANTIOQUIA en Apartadó, al momento de su celebración.

Se trata de un contrato de naturaleza innominada en el cual la principal obligación del operador es adelantar una gestión, en nombre del dueño del sistema, quien, por su parte, y como ya quedó explicado atrás, asume todos los costos y riesgos que demande la misma, y se compromete a pagar una retribución. Recuérdese, además, que en el esquema contractual que finalmente acordaron las partes, es la misma ACUANTIOQUIA, y no PRESEA, la que está asumiendo los costos y riesgos de la operación del sistema.

En este orden de ideas, a juicio del Tribunal, las cláusulas arriba citadas no tienen alcance diferente al de dejar en claro que no es responsabilidad del operador, sino de ACUANTIOQUIA, en su calidad de dueña del sistema, acometer las inversiones en la infraestructura (reposición y ampliación) del mismo. Esta responsabilidad de ACUANTIOQUIA no nace, ni se modifica, con el contrato de Operación, Administración y Mantenimiento celebrado con PRESEA; por el contrario, es una responsabilidad anterior al mismo, es inherente a su calidad de dueño del sistema, y guarda relación, en últimas, con la obligación constitucional que tiene el Estado en punto a la cabal prestación de los servicios públicos (artículo 365 de la Constitución Política). Desde este punto de vista, la ejecución de las inversiones en infraestructura del sistema es asunto que interesa a todos -dueño, comunidad atendida, y operador- y no únicamente a este último.

Corroboran lo anterior dos circunstancias, apreciables en el contrato: La primera, el hecho de que no se haya establecido el plazo dentro del cual supuestamente tendrían que llevarse a cabo las susodichas inversiones, una previsión que tendría que haberse incluido si lo que se buscaba era consagrar una prestación a favor del operador, pues sólo teniendo claridad sobre la oportunidad o plazo para ejecutar esta presunta obligación de hacer, podría llegar a determinarse su cumplimiento o no por parte del deudor. Sobre este último respecto, nótese, además, que el contrato entre ACUANTIOQUIA y PRESEA tiene una vigencia de 15 años, que por lo tanto aún restan aproximadamente 6 años para su completa ejecución, y que PRESEA no ha solicitado la terminación y subsiguiente liquidación anticipada del mismo.

En segundo lugar, resulta pertinente observar que de acuerdo con lo estipulado en la cláusula Octava, Literal (e) del contrato, nada impide que sea el mismo operador quien realice las inversiones necesarias para la reposición y ampliación de los sistemas, de acuerdo con el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado, previa autorización de ACUANTIOQUIA. Hipótesis ésta en la cual, de conformidad con la regla general pactada entre las partes en esta materia, ACUANTIOQUIA tendría la obligación de reconocer y pagar los respectivos gastos e inversiones. Esta estipulación contractual cobra sentido únicamente en tanto y en cuanto se entienda que ACUANTIOQUIA tiene la carga, más no la obligación, de acometer las inversiones.

Si, en gracia de discusión, se aceptare que PRESEA tiene un derecho personal de crédito contra ACUANTIOQUIA, en el sentido de poder exigir a ésta una prestación de hacer

determinadas inversiones, carecería de sentido que, por otra parte, y tal como lo prevé el contrato, ACUANTIOQUIA pudiese, a su libre arbitrio, impedir que PRESEA, bien sea con sus propios recursos o con financiación de terceros, emprendiese directamente las inversiones.

Por lo anterior, este tribunal se reafirma en la conclusión arriba expuesta, en el sentido de que del contrato celebrado entre las partes no se desprende un derecho subjetivo a favor de PRESEA, para exigir de parte de ACUANTIOQUIA la realización de ciertas inversiones.

En consecuencia, no está llamada a prosperar -y así se declarará en la parte resolutive de este laudo -la pretensión principal cuarta que en punto a este aspecto de las inversiones no realizadas, ha formulado PRESEA en su demanda de reconvención.

Consecuentemente, en tanto y en cuanto supone que se haya encontrado responsable contractualmente a ACUANTIOQUIA por la no realización de inversiones en infraestructura, el Tribunal no encuentra procedente la petición contenida en la pretensión principal Nro. 8 de la demanda de reconvención, en el sentido de que se fije un plazo para que ACUANTIOQUIA realice las gestiones que se requieran para invertir en la infraestructura de acueducto y alcantarillado en el municipio de Apartadó.

Tampoco compete al Tribunal, como lo plantea PRESEA al final de la Pretensión principal No. 8, *"exigirle a ACUANTIOQUIA E.S.P. la reposición del sistema de conducción de agua cruda(...)"*, puesto que aquí se encuentra implícita una acción popular de las previstas en el artículo 88 y 89 de la Constitución Política cuya resolución está atribuida por la Ley a otras competencias judiciales.

Así mismo, dado que el Tribunal, por las razones que vienen de explicarse, negará las Pretensiones Principales Nros. 3 y 4 de la demanda de reconvención instaurada por PRESEA, tampoco está llamada a prosperar la Pretensión Principal Nro. 6, literal c), en la que se solicita se ordene a ACUANTIOQUIA el reconocimiento y pago a favor de la reconviniente, de las sumas de dinero que en la misma se especifican, por concepto de las abstenciones de ACUANTIOQUIA de tramitar incrementos en las tarifas de acueducto y alcantarillado y de realizar inversiones en infraestructura para la ampliación de los sistemas en el municipio de Apartadó.

10. PRETENSION QUINTA (5TA) PRINCIPAL DE PRESEA; CARGAS COMERCIALES Y LABORALES.

La pretensión de PRESEA marcada con el número 5, relacionada con responsabilidades a cargo de ACUANTIOQUIA por haber entregado la administración de los sistemas con cargas laborales y comerciales, será negada, pues no existe ninguna prueba sobre el particular susceptible de soportarla.

11. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE PRESEA.

En su demanda de reconvención, PRESEA formula una serie de pretensiones de carácter subsidiario, con respecto a la Pretensión Principal Nro. 6, literal c), la Pretensión

Principal Nro. 7, la Pretensión Principal Nro. 8, y conjuntamente a las Pretensiones Principales Nros. 7 y 8.

Todas y cada una de estas pretensiones subsidiarias se enderezan hacia una decisión del Tribunal, en el sentido de que se condene a ACUANTIOQUIA a pagar determinadas sumas de dinero a favor de PRESEA, a título de indemnización de perjuicios (daño emergente y/o lucro cesante).

Estas pretensiones se apoyan, bien en la premisa de que el Tribunal haya encontrado responsable a ACUANTIOQUIA por haberse abstenido de realizar incrementos en las tarifas, o bien en la de que se haya encontrado responsable a esta última por haberse abstenido de realizar inversiones en infraestructura. Así, las Pretensiones Subsidiarias identificadas con los Nros. 1 y 4, parten del supuesto de que hayan prosperado las Pretensiones Principales Nros. 3 y 4. Por su parte, las Pretensiones Subsidiarias identificadas con los Nros. 2 y 3, parten del supuesto de que hayan prosperado las Pretensiones Principales Nros. 8 y 7, respectivamente.

Así las cosas, y como quiera que, por las consideraciones ya consignadas atrás, el Tribunal negará las Pretensiones Principales Nros. 3, 4, 7, y 8, tampoco están llamadas a prosperar las Pretensiones Subsidiarias formuladas por PRESEA. Así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

12. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

En este momento es oportuno entrar al análisis de la excepción propuesta por ACUANTIOQUIA denominada **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA**.

En memorial de respuesta a la demanda de reconvencción, ACUANTIOQUIA propuso también excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR ACTIVA, visible a folio 905 del expediente.

Sustenta su reparo en que las pretensiones deprecadas por PRESEA carecen de fundamento real y material, pues en su sentir los derechos que aducen realmente no les asisten, lo que implica que, al no existir un derecho subjetivo que sustente su petitorio, tampoco tendrían acción procesal y en consecuencia, no estaría legitimada PRESEA para ser parte de este proceso.

Afirma que los presuntos incumplimientos que se le imputan a ACUANTIOQUIA no están demostrados plenamente y muchos de ellos carecen de sustento real, de tal suerte que no pueden convertirse en una presunción de responsabilidad y mucho menos cuando el contrato claramente señala las directrices a seguir.

Para resolver lo pertinente, el Tribunal estima que el argumento sobre el cual propone ACUANTIOQUIA la ausencia de legitimación por activa en cabeza de PRESEA para formular demanda de reconvencción, está sujeto a su consideración de que no le asisten derechos subjetivos que legitimen la iniciación de tal acción, pero tal posición se desprende de la lectura

particular y autónoma que hace del contrato y de la relación contractual que les ha unido, no de aspectos objetivos o formales que inhabitan a este tribunal para proferir sentencia de fondo en su contra o a su favor, por carecer de capacidad o personalidad procesal.

En otras palabras, las consideraciones fácticas que hace ACUANTIOQUIA sobre los derechos que pretende PRESEA le sean reconocidos, son precisamente el objeto de la controversia que legítimamente puede proponer la operadora del sistema al considerar que si le asisten los derechos que reclama, como fundamento del cumplimiento del contrato que afirma. La realidad o no respecto de estos derechos constituye precisamente el meollo a resolver en esta litis. Por lo tanto, no podría atenderse la excepción propuesta en virtud de que ninguna circunstancia enerva la facultad de un contratante para exigir lo que considera son sus derechos frente a otro, en especial cuando PRESEA es reconocido como operador actual del sistema después de la cesión contractual efectuada de GRUCON LTDA, y ningún otro aspecto de forma, entendiéndose de capacidad procesal o sustantiva, le impide presentar su reclamo a partir del derecho constitucional de tutela judicial efectiva que le asiste.

En el estado contemporáneo de la ciencia procesal, el derecho de acción se entiende como independiente del derecho sustancial que se quiere hacer valer en juicio, toda vez que la acción se funda en el libre acceso a la justicia previsto en el art., 229 de la Carta; así las cosas, no es necesario ser realmente el titular del derecho para que éste se pueda hacer valer en juicio, basta con la convicción de creer que se tiene, de creer que se requiere de la intervención del juez para la *compositio* del litigio, que es justamente el interés que justifica el ejercicio del derecho de acción.

De otra parte, la acción que establecen los artículos 1546 del C.C., y 870 del C.Co., prevé como supuesto que la parte que recaba de la otra el cumplimiento, necesariamente debe ser "parte cumplida" o que se haya allanado a cumplir, así como también que, si hay un orden para la ejecución de las prestaciones, éstas se hayan cumplido de tal manera. No encuentra el Tribunal que PRESEA haya incumplido las obligaciones a su cargo emanadas del contrato acordado entre las partes, tal como se analiza en el acápite pertinente.

Como consecuencia, de lo expresado no prospera la excepción propuesta por ACUANTIOQUIA, denominada FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA.

13. LAS OBJECIONES FORMULADAS AL DICTAMEN PERICIAL

PRESEA objetó por error grave el dictamen rendido por el perito Jesús María Rodríguez, memoriales visibles a folios 2741 y 2840 del expediente.

El Tribunal dio trámite a las objeciones y al respecto se decretaron y practicaron las siguientes pruebas: declaraciones de MARIO RAMIREZ y de GLORIA ALICIA TORRES; y dictamen pericial rendido por el perito Antonio Alvarán respecto del cual se cumplió la debida contradicción.

Son pacíficas la jurisprudencia y la doctrina en considerar que el dictamen objetable no es aquel que no es del agrado de la parte inconforme, sino aquel cuyos fundamentos son equivocados lo cual conduce a que sus conclusiones sean erradas en materia grave, o aquel que, con fundamentos acertados termina con una conclusión manifiestamente equivocada.

Ahora bien, el análisis sobre los fundamentos y o las conclusiones del dictamen objetado, solo tiene sentido en tanto y en cuanto el mencionado experticio sea conducente, vale decir, resulte relevante para la decisión del juzgador. Si por el contrario las decisiones a las que finalmente arribe el Tribunal tienen asidero en consideraciones de orden fáctico y jurídico distintas a las objetadas en el dictamen, se tornará irrelevante e intrascendente analizar si el mismo presenta o no un error grave.

En el caso sub lite, tal como se ha expuesto hasta el momento, el Tribunal ha efectuado una interpretación del alcance del contrato que implica la realización de nuevos cálculos, simplemente aritméticos, respecto del régimen económico del mismo (superavit, déficit). Estos cálculos aritméticos parten de las mismas cifras que tuvieron en cuenta los dos peritos contables, las cuales, a su turno, tienen por fuente la contabilidad de PRESEA, especialmente las facturas de costos y gastos presentadas mensualmente por esta última a ACUANTIOQUIA. Estos datos no han sido cuestionados por ninguna de las partes. Sin embargo y como se expondrá en el acápite relativo a "liquidaciones", los cálculos que realizará el Tribunal tienen unos supuestos diferentes a los que le fueron suministrados a los peritos contables para efectos de la elaboración de sus dictámenes.

Otra parte cuestionada del primer dictamen es la atinente a las estimaciones relacionadas con rezago tarifario e inversiones no realizadas por ACUANTIOQUIA; sobre el particular el Tribunal, siguiendo el mismo criterio indicado en párrafos anteriores, declarará imprósperas las tachas toda vez que estas pretensiones se niegan en esta decisión y por consiguiente es inane la experticia, lo cual releva al Tribunal de consideraciones sobre las objeciones planteadas en tal sentido.

En consecuencia el Tribunal, en razón de la irrelevancia anunciada, no declarará prósperas las objeciones planteadas y en lo demás, los apreciará en conjunto a términos del artículo 241 del CPC.

14. CONDENA EN CONCRETO. LIQUIDACIONES.

Atendiendo a lo considerado hasta el momento, y para efectos de proferir una condena en concreto, procede el Tribunal a efectuar las liquidaciones de las sumas de dinero cuyo reconocimiento dispondrá según lo resuelto, así:

I. Liquidación correspondiente a los rubros del factor prestacional del 1.65 y los gastos de personal de apoyo del 35%.

Para realizar esta liquidación, se sigue la siguiente metodología:

- Primero. Del total facturado mensualmente por PRESEA a ACUANTIOQUIA se suprimirá el factor prestacional del 1,95.
- Segundo. Hecha la deducción anterior, se incluirá un factor prestacional del 1.65.
- Tercero. Sobre la suma anterior se calculará el 35% por personal de apoyo.
- Cuarto. El resultado anterior es la suma mensual a cargo de ACUANTIOQUIA por estos dos conceptos.
- Quinto. Del recaudo de cada mes se restará la suma anterior, en orden a establecer si existe superávit o déficit en la operación del respectivo mes.
- Sexto. Las liquidaciones se harán mes por mes, de manera individual.
- Séptimo. Si la liquidación del respectivo mes presenta un déficit, éste se entiende como pérdida operacional.
Sobre el déficit, mes por mes, se liquidarán intereses corrientes bancarios a tasa nominal mes vencido.
Los intereses se liquidarán después del décimo día del mes inmediatamente siguiente.
- Octavo. En el momento en que haya cualquier superávit a favor de ACUANTIOQUIA, el valor de éste se imputará al déficit más antiguo: en primer lugar a intereses y luego a capital.

Fecha de corte. Congruencia. En el aparte a.- de la Pretensión 6 Principal de la demanda de Reconvencción, PRESEA manifiesta que las sumas por concepto de pérdidas operativas producidas mensualmente como consecuencia de la operación, administración y mantenimiento del sistema, al 31 de diciembre de 2003, las estima en \$ 1.431'376.252,00 ó la mayor que se demuestre; y respecto de ellas solicita sus accesorios de rendimientos e intereses hasta la fecha de ejecutoria del Laudo (apartado a. de la pretensión 6 Principal) y que las sumas a las cuales se llegue a condenar a ACUANTIOQUIA devenguen intereses de mora a la tasa máxima permitida desde la fecha de ejecutoria y hasta la fecha en que se realice el pago (Pretensión 9 Principal).

La demanda marca el derrotero que debe seguir el juzgador y por ello, en virtud del Principio de Congruencia, éste debe resolver todo lo que le piden, solo lo que le piden, nada más que lo que le piden y por la causa por la cual le piden y como las cosas se resuelven en el estado en que se solicitan, encuentra el Tribunal que PRESEA ha solicitado que se le hagan reconocimientos por hechos ocurridos hasta el 31 de diciembre de 2003.

Por consiguiente, el Tribunal: a) toma como fecha de corte de las causas de las pretensiones, el 31 de diciembre de 2003; y b) no tendrá en cuenta pérdidas operativas, si las hubiere, causadas con posterioridad a esa fecha por no haber sido pedido.

II. Liquidación correspondiente a los gastos e inversiones realizados por PRESEA en el sistema.

Para realizar esta liquidación, se sigue la siguiente metodología:

- Primero. Del total facturado mensualmente por PRESEA a ACUANTIOQUIA se desagregará el valor de los gastos e inversiones, en el cuadro denominado "costos, inversiones y otros".
- Segundo. Sobre dicho valor, se liquidarán intereses moratorios, a tasa que será equivalente a una y media veces del bancario corriente. Tales intereses se liquidarán después del décimo día del mes inmediatamente siguiente.
- Tercero. El resultado anterior es la suma mensual a cargo de ACUANTIOQUIA por estos conceptos.
- Cuarto. Una vez hechos los descuentos por los rubros de factor prestacional y personal de apoyo (numeral anterior), el saldo del recaudo mensual (superavit si lo hubiere), se destinará al pago de los otros gastos e inversiones efectuados por PRESEA, imputando dicho pago: a) primero a los intereses de mora; y b) luego, al capital. En el evento contrario (déficit), el saldo negativo resultante se llevará al déficit acumulado.
- Quinto. Las liquidaciones se harán mes por mes, de manera individual.

Fecha de corte. Congruencia. En el aparte b.- de la Pretensión 6 Principal de la demanda de Reconvención PRESEA manifiesta que las sumas por concepto de inversiones en reposición y ampliación calculadas al 31 de diciembre de 2003, las estima en \$ 1.140'895,000,00 ó la mayor que se demuestre; y respecto de ellas solicita sus accesorios de rendimientos e intereses hasta la fecha de ejecutoria del Laudo (apartado b. de la pretensión 6 Principal) y que las sumas a las cuales se llegue a condenar a ACUANTIOQUIA devenguen intereses de mora a la tasa máxima permitida desde la fecha de ejecutoria y hasta la fecha en que se realice el pago (Pretensión 9 Principal).

La condena no se hará por el valor solicitado, sino por el probado en el proceso, pero con la limitación del 31 de diciembre de 2003.

La demanda marca el derrotero que debe seguir el juzgador y por ello, en virtud del Principio de Congruencia, éste debe resolver todo lo que le piden, solo lo que le piden, nada más que lo que le piden y por la causa por la cual le piden y como las cosas se resuelven en el estado en que se piden, encuentra el Tribunal que PRESEA ha solicitado que se le hagan reconocimientos por hechos ocurridos hasta el 31 de diciembre de 2003.

Por consiguiente, el Tribunal toma como fecha de corte de las causas de las pretensiones, el 31 de diciembre de 2003 y no tendrá en cuenta inversiones efectuadas por PRESEA con posterioridad a esa fecha, por no haber sido pedido.

Se trata de una relación jurídica de tracto sucesivo, que tiene liquidaciones mensuales; las partes han discrepado respecto de los rubros que deban incluirse en cada una de ellas y el Tribunal después de los análisis puntuales ha determinado cuales son los conceptos y su

cuantía, que deben ser incluidos periódicamente en cada una de las liquidaciones mensuales. De ahí que para llegar a un fallo consecuente con las circunstancias sometidas a su consideración, el Tribunal considera que a este respecto hay una especie de cuenta corriente entre las partes, con débitos y créditos, cargos y deducciones, ingresos y egresos, saldos acumulados a favor y en contra, tal como se desprende del régimen económico pactado en el contrato y en particular en la cláusula quinta, cuenta ésta que debe ser re-liquidada mes por mes durante todos los períodos sometidos a consideración para los efectos de llegar a un saldo líquido que refleje la situación de las partes, pues de otra forma no se podrá llegar a una condena en concreto como lo dispone la Ley y darle prevalencia al derecho sustancial. Para ello el Tribunal hace la liquidación que se indica a continuación.

Para efecto entonces de la condena en concreto, se incluye un cuadro que contiene las operaciones aritméticas efectuadas por el Tribunal con el fin de llegar a la cifra líquida antes anunciada.

El Tribunal, en sus operaciones aritméticas, ha procedido de la siguiente manera:

1. CALCULO DEL DEFICIT-SUPERAVIT. El déficit o superavit del período se calculó así:

Ingresos: corresponde a los recaudos y otros ingresos que durante el período (mes) hayan ingresado a PRESEA, por concepto de la operación del sistema.

Egresos: corresponde a las erogaciones de efectivo que PRESEA efectuó por concepto de pagos al personal, mantenimiento, inversiones, impuestos, retribuciones y demás, en términos de la cláusula quinta (5ta.) del contrato.

DEFICIT / SUPERAVIT = INGRESOS-EGRESOS

2. APLICACIÓN DEL SUPERAVIT. Cuando en el período (mes) se presenta que los ingresos son superiores a los egresos, se da origen a un superavit que se aplicó así: primero a enjugar los intereses pendientes de pago a la fecha, y si aún existe superávit se aplica abono a capital.

3. CALCULO DE LOS INTERESES.

3.1. Tasa corriente bancaria nominal mes vencido: para los déficit en el pago de los costos de operación (personal) a partir del día 11 del mes siguiente.

3.2. Tasa de interés de mora: una y media veces la corriente nominal mes vencido: para los déficit en el pago de los gastos de inversión, a partir del día 11 del mes siguiente.

- 3.3. La tasa de interés bancaria corriente: corresponde a la certificada por la Superintendencia Bancaria desde el mes de octubre de 1996 a diciembre 31 de 2003, mes por mes.

La tasa de interés se ha tomado de los indicadores económicos nacionales, los cuales, a veces del artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, se consideran hechos notorios.

Como consecuencia de lo liquidado anteriormente, se condena a ACUANTIOQUIA a pagar a favor de PRESEA la suma de **SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL QUINCE PESOS (\$690'132.015)** por los conceptos antes indicados.

Como ésta cifra está referida al 31 de diciembre del año 2003, se ordena la actualización de esta suma hasta la fecha de ejecutoria del laudo, con base en el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE).

Lo anterior, sin perjuicio de que las partes puedan hacer las siguientes compensaciones:

A. Con las que se basen en hechos sucedidos con posterioridad a 31 de diciembre de 2003 y que tengan su origen en el "Contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Apartadó", suscrito entre las partes con fecha 26 de agosto de 1996 y sus modificaciones; y,

B. A términos de la regla segunda del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, con las que se basen en hechos posteriores a éste Laudo.

15. COSTAS

Aparecen causadas las siguientes:

Por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria del tribunal y de gastos, la suma de ciento treinta y nueve millones novecientos veinte mil doscientos doce pesos (\$139'920.212).

La suma anterior fue sufragada por las partes así: por parte de PRESEA la suma de \$ 69'960.106 más lo que no consignó ACUANTIOQUIA por valor de \$37'849.518. Por parte de ACUANTIOQUIA la cantidad de \$ 32'110.588.

Las sumas por concepto de honorarios de peritos y gastos de la pericia, fueron sufragados por igual entre las partes.

El Tribunal considera en cuanto a estos gastos que deben ser asumidos por mitad entre las partes; y, como ACUANTIOQUIA no consignó la suma de \$37'849.518, el Tribunal dispone que ACUANTIOQUIA reintegre esa suma a PRESEA quien la consignó por ella.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, esta suma devengará intereses de mora a la tasa más alta autorizada a partir del día 23 de junio de 2004 y hasta la fecha en que se efectúe el pago.

En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal dispone que éstas sean pagadas por ACUANTIOQUIA a favor de PRESEA, y las tasa en la suma de **TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA CUATRO MIL TREINTA PESOS (\$35'834.030)** teniendo en consideración los criterios rectores indicados por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003.

16. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir en derecho las controversias existentes entre **ACUANTIOQUIA (en liquidación)** y **PRESEA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO (1º).- Declarar no probada la excepción de "Inepta Demanda" propuesta por ACUANTIOQUIA contra la demanda de reconvencción.

SEGUNDO (2º).- Declarar no probada la excepción de "Falta Total de Competencia del Tribunal" propuesta por PRESEA.

TERCERO (3º).- Declarar probada la excepción de "Falta de Competencia Parcial del Tribunal" para conocer y resolver sobre las pretensiones principales contenidas en la demanda en los numerales 1.8.1 y 1.8.2 de la Octava (8ª) Pretensión Principal, propuesta por PRESEA.

CUARTO (4º).- Declarar no probada la excepción de "Falta de legitimación en la causa por activa" propuesta por ACUANTIOQUIA contra la demanda de reconvencción.

QUINTO (5º).- Declarar infundadas las tachas formuladas contra los testigos CARLOS ALBERTO GIRALDO LÓPEZ y NÉSTOR HERNÁN LÓPEZ DUQUE, propuestas por ACUANTIOQUIA.

SEXTO (6º).- No prosperan las objeciones por error grave formuladas por PRESEA al dictamen rendido por el perito JESUS MARIA RODRIGUEZ FLOREZ.

SÉPTIMO (7º).- Declarar que no hay lugar a ninguno de los pronunciamientos indicados en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

- OCTAVO (8°)**.- Negar las pretensiones principales, subordinadas y subsidiarias formuladas por **ACUANTIOQUIA** en su demanda, y marcadas con los numerales **1.1 a 1.7** ambos inclusive.
- NOVENO (9°)** Acceder a las pretensiones de **PRESEA** contenidas en la demanda de Reconvención y marcadas con los números **1 y 6 a.**, según lo dicho en la parte motiva de este laudo.
- DÉCIMO (10°)**.- Acceder a las pretensiones de **PRESEA** contenidas en la Demanda de Reconvención y marcadas con los números **2 y 6 b.**, según lo dicho en la parte motiva de este laudo.
- UNDÉCIMO (11°)**.- Como consecuencia de las declaraciones contenidas en los numerales noveno y décimo, condenar a **ACUANTIOQUIA** a pagar a favor de **PRESEA** la suma de **SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL QUINCE PESOS (\$690'132.015)** por los conceptos indicados en la parte motiva del presente laudo. Esta suma deberá actualizarse con base en la variación que haya registrado el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE), durante el periodo comprendido entre el primero (1ro.) de enero de 2004 y la fecha de ejecutoria del presente laudo.
- PARAGRAFO.** Este pago se hará dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al de ejecutoria de este laudo.
- DUODÉCIMO.** Negar las demás pretensiones de **PRESEA** contenidas en la Demanda de Reconvención.
- DÉCIMOTERCERO (13°)**. Se condena a **ACUANTIOQUIA** a pagar a favor de **PRESEA**, por concepto de agencias en derecho, la suma de **TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA CUATRO MIL TREINTA PESOS (\$35'834.030)**.
- PARAGRAFO.** Este pago se hará dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al de ejecutoria de este laudo.
- DECIMOCUARTO (14°)**.- Se condena a **ACUANTIOQUIA** a restituir a favor de **PRESEA** la suma de **TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$37'849.518)**, según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, esta suma devengará intereses de mora a la tasa más alta autorizada a partir del día veintitrés (23) de junio de 2004 y hasta la fecha en que se efectúe el pago.

PARAGRAFO. Este pago se hará dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al de ejecutoria de este laudo.

DECIMOQUINTO (15°).

Las partes pueden hacer las siguientes compensaciones:

A. Con las que se basen en hechos sucedidos con posterioridad a 31 de diciembre de 2003 y que tengan su origen en el "Contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Apartadó", suscrito entre las partes con fecha 26 de agosto de 1996 y sus modificaciones; y,

B. A términos de la regla segunda del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, con las que se basen en hechos posteriores a éste Laudo.

DECIMOSEXTO (16°).

Se dispone que por el presidente del Tribunal se protocolice el expediente en la Notaría Sexta (6ta) del Círculo de Medellín.

DECIMOSEPTIMO (17°).

Se dispone entregar a cada parte y al Ministerio Público, sendas copias auténticas de este Laudo; la copia que se entregue a PRESEA contendrá la previsión ordenada en el inciso segundo del numeral segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

LOS ARBITROS,

OSCAR PEÑA ALZATE

Presidente

LUIS FERNANDO URIBE RESTREPO

RAFAEL H. GAMBOA SERRANO

LA SECRETARIA,

SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMAN

Municipio de Apartadó", suscrito entre las partes con fecha 26 de agosto de 1996 y sus modificaciones; y,

B. A términos de la regla segunda del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, con las que se basen en hechos posteriores a éste Laudo.

DECIMOSEXTO (16°).

Se dispone que por el presidente del Tribunal se protocolice el expediente en la Notaría Sexta (6ta) del Círculo de Medellín.

DECIMOSEPTIMO (17°).

Se dispone entregar a cada parte y al Ministerio Público, sendas copias auténticas de este Laudo; la copia que se entregue a PRESEA contendrá la previsión ordenada en el inciso segundo del numeral segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

LOS ARBITROS,

(firmado)

OSCAR PEÑA ALZATE

Presidente

(firmado)

LUIS FERNANDO URIBE RESTREPO

(firmado)

RAFAEL H. GAMBOA SERRANO

LA SECRETARIA,

(firmado)

SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMAN

En la fecha de expedición de este laudo, la suscrita secretaria, para dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998 en concordancia con el artículo 115 numeral 2 del CPC, y lo dispuesto en el numeral Decimoséptimo de la parte resolutive del laudo, certifica que el presente documento es copia auténtica o es fiel reproducción del laudo original que obra en el expediente promovido por ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. – EN LIQUIDACION contra PRESEA S.A. E.S.P., el cual consta de 67 páginas. Esta copia se destina para el Procurador 32 delegado ante lo Contencioso Administrativo.

Dada en Medellín, a los doce (12) días del mes de Diciembre de 2005.

SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMAN
Secretaria

En la fecha de expedición de este laudo, la suscrita secretaria, para dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998 en concordancia con el artículo 115 numeral 2 del CPC, y lo dispuesto en el numeral Decimoséptimo de la parte resolutive del laudo, certifica que el presente documento es copia auténtica o es fiel reproducción del laudo original que obra en el expediente promovido por ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. – EN LIQUIDACION contra PRESEA S.A. E.S.P., el cual consta depáginas.

Dada en Medellín, a los doce (12) días del mes de Diciembre de 2005.

SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMAN
Secretaria

Como consecuencia de lo liquidado anteriormente, se condena a ACUANTIOQUIA a pagar a favor de PRESEA la suma de **SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL QUINCE PESOS (\$690'132.015)** por los conceptos antes indicados.

Como ésta cifra está referida al 31 de diciembre del año 2003, se ordena la actualización de esta suma hasta la fecha de ejecutoria del laudo, con base en el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE).

Lo anterior, sin perjuicio de que las partes puedan hacer las siguientes compensaciones:

A. Con las que se basen en hechos sucedidos con posterioridad a 31 de diciembre de 2003 y que tengan su origen en el "Contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el Municipio de Apartadó", suscrito entre las partes con fecha 26 de agosto de 1996 y sus modificaciones; y,

B. A términos de la regla segunda del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, con las que se basen en hechos posteriores a éste Laudo.

15. COSTAS

Aparecen causadas las siguientes:

Por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria del tribunal y de gastos, la suma de ciento treinta y nueve millones novecientos veinte mil doscientos doce pesos (\$139'920.212).

La suma anterior fue sufragada por las partes así: por parte de PRESEA la suma de \$ 69'960.106 más lo que no consignó ACUANTIOQUIA por valor de \$37'849.518. Por parte de ACUANTIOQUIA la cantidad de \$ 32'110.588.

Las sumas por concepto de honorarios de peritos y gastos de la pericia, fueron sufragados por igual entre las partes.

El Tribunal considera en cuanto a estos gastos que deben ser asumidos por mitad entre las partes; y, como ACUANTIOQUIA no consignó la suma de

\$37'849.518, el Tribunal dispone que ACUANTIOQUIA reintegre esa suma a PRESEA quien la consignó por ella.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, esta suma devengará intereses de mora a la tasa más alta autorizada a partir del día 23 de junio de 2004 y hasta la fecha en que se efectúe el pago.

En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal dispone que éstas sean pagadas por ACUANTIOQUIA a favor de PRESEA, y las tasa en la suma de **TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA CUATRO MIL TREINTA PESOS (\$35'834.030)** teniendo en consideración los criterios rectores indicados por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003.

16. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir en derecho las controversias existentes entre **ACUANTIOQUIA (en liquidación)** y **PRESEA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- PRIMERO (1º)**.- Declarar no probada la excepción de "Inepta Demanda" propuesta por ACUANTIOQUIA contra la demanda de reconvencción.
- SEGUNDO (2º)**.- Declarar no probada la excepción de "Falta Total de Competencia del Tribunal" propuesta por PRESEA.
- TERCERO (3º)**.- Declarar probada la excepción de "Falta de Competencia Parcial del Tribunal" para conocer y resolver sobre las pretensiones principales contenidas en la demanda en los numerales 1.8.1 y 1.8.2 de la Octava (8ª) Pretensión Principal, propuesta por PRESEA.
- CUARTO (4º)**.- Declarar no probada la excepción de "Falta de legitimación en la causa por activa" propuesta por ACUANTIOQUIA contra la demanda de reconvencción.

QUINTO (5º).- Declarar infundadas las tachas formuladas contra los testigos CARLOS ALBERTO GIRALDO LÓPEZ y NÉSTOR HERNÁN LÓPEZ DUQUE, propuestas por ACUANTIOQUIA.

SEXTO (6º).- No prosperan las objeciones por error grave formuladas por PRESEA al dictamen rendido por el perito JESUS MARIA RODRIGUEZ FLOREZ.

SÉPTIMO (7º).- Declarar que no hay lugar a ninguno de los pronunciamientos indicados en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil.

OCTAVO (8º).- Negar las pretensiones principales, subordinadas y subsidiarias formuladas por ACUANTIOQUIA en su demanda, y marcadas con los numerales 1.1 a 1.7 ambos inclusive.

NOVENO (9º) Acceder a las pretensiones de PRESEA contenidas en la demanda de Reconvención y marcadas con los números 1 y 6 a., según lo dicho en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO (10º).- Acceder a las pretensiones de PRESEA contenidas en la Demanda de Reconvención y marcadas con los números 2 y 6 b., según lo dicho en la parte motiva de este laudo.

UNDÉCIMO (11º).- Como consecuencia de las declaraciones contenidas en los numerales noveno y décimo, condenar a ACUANTIOQUIA a pagar a favor de PRESEA la suma de SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL QUINCE PESOS (\$690'132.015) por los conceptos indicados en la parte motiva del presente laudo. Esta suma deberá actualizarse con base en la variación que haya registrado el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE), durante el período comprendido entre el primero (1ro.) de enero de 2004 y la fecha de ejecutoria del presente laudo.

PARAGRAFO. Este pago se hará dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al de ejecutoria de este laudo.

DUODÉCIMO. Negar las demás pretensiones de PRESEA contenidas en la Demanda de Reconvención.

DÉCIMOTERCERO (13°). Se condena a ACUANTIOQUIA a pagar a favor de PRESEA, por concepto de agencias en derecho, la suma de **TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA CUATRO MIL TREINTA PESOS (\$35'834.030).**

PARAGRAFO. Este pago se hará dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al de ejecutoria de este laudo.

DECIMOCUARTO (14°).- Se condena a ACUANTIOQUIA a restituir a favor de PRESEA la suma de **TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$37'849.518)**, según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, esta suma devengará intereses de mora a la tasa más alta autorizada a partir del día veintitrés (23) de junio de 2004 y hasta la fecha en que se efectúe el pago.

PARAGRAFO. Este pago se hará dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al de ejecutoria de este laudo.

DECIMOQUINTO (15°).- Las partes pueden hacer las siguientes compensaciones:

A. Con las que se basen en hechos sucedidos con posterioridad a 31 de diciembre de 2003 y que tengan su origen en el "Contrato para la operación, administración y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el

Municipio de Apartadó", suscrito entre las partes con fecha 26 de agosto de 1996 y sus modificaciones; y,

B. A términos de la regla segunda del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, con las que se basen en hechos posteriores a éste Laudo.

DECIMOSEXTO (16º).- Se dispone que por el presidente del Tribunal se protocolice el expediente en la Notaría Sexta (6ta) del Círculo de Medellín.

DECIMOSEPTIMO (17º).- Se dispone entregar a cada parte y al Ministerio Público, sendas copias auténticas de este Laudo; la copia que se entregue a PRESEA contendrá la previsión ordenada en el inciso segundo del numeral segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

LOS ARBITROS,

OSCAR PEÑA ALZATE

Presidente

LUIS FERNANDO URIBE RESTREPO

RAFAEL H. GAMBOA SERRANO

LA SECRETARIA,

SOL BEATRIZ CALLE D'ALEMAN