

PROCESO EJECUTIVO / VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA VALORACIÓN DE LA COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO

En la medida en que los documentos allegados en copia simple al proceso no fueron tachados de falsos, se les otorgará el valor probatorio de conformidad con el criterio de unificación establecido en la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 28 de agosto de 2013. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la valoración de la copia simple, consultar sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / DOCUMENTOS QUE CONFORMAN EL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / COPIA DEL CONTRATO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO / OBLIGACIÓN CLARA / OBLIGACIÓN EXPRESA / OBLIGACIÓN EXIGIBLE / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE/ SALDO A FAVOR ORIGINADO EN LIQUIDACIÓN

En el caso concreto, el título base del recaudo ejecutivo se integró con la copia del contrato y el acta de liquidación bilateral suscrita por las partes. Este es un aspecto esencial a tener en cuenta para determinar el cumplimiento de las exigencias legales del título ejecutivo, esto es la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible a favor de quien obra como acreedor. La precisión de que nos encontramos ante un título compuesto por dos documentos (el contrato estatal y el acta de liquidación bilateral del mismo) impone la obligación de estudiar tales documentos de manera integral, sin que pueda considerarse como título ejecutivo el saldo establecido en una liquidación bilateral de un contrato, si el mismo no guarda concordancia con las estipulaciones del mismo. En otros términos, al estar conformado el título ejecutivo por dos documentos, el contrato y el acta de liquidación bilateral del mismo, lo que genera su carácter de tal es la posibilidad de verificar que en el contrato se pactaron determinadas obligaciones a favor del Contratista y a cargo de la Contratante, establecer cómo debía determinarse el monto de las mismas y constatar que la liquidación del contrato, en la cual se establece el saldo a favor del contratista, fue elaborada con base en lo pactado.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONSTITUCIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / CONFORMACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / SALDO A FAVOR ORIGINADO EN LIQUIDACIÓN / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Suscripción

[L]a liquidación del contrato no es un documento que constituya título ejecutivo – per se – a partir de la constatación de que en ella se incluya un saldo a favor del contratista, cuando ese saldo se establezca sin considerar lo pactado en el contrato, o sin que medie la exposición de un procedimiento y una operación aritmética que permita verificar con claridad que la suma que se determina como saldo a favor del contratista es la que la contratante debe con fundamento en lo pactado en el contrato. El acta de liquidación bilateral se suscribe cuando se entiende concluida la relación contractual y comporta un balance general, en cuanto define los créditos y deudas recíprocas de las partes. En estas condiciones, tiene como único objeto el establecimiento de la cuenta final, y ella debe desarrollar lo pactado y determinar el saldo del contrato a partir de allí. En este caso, el acta de liquidación bilateral no establece la obligación debida con fundamento en lo pactado en el contrato que, como se ha dicho, constituye

también el título, de manera que su contenido es del todo relevante para establecer la existencia y el monto de la obligación.

INEXISTENCIA DEL TÍTULO EJECUTIVO / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / HONORARIOS DEL CONTRATISTA / OBLIGACIÓN CLARA - No probada / OBLIGACIÓN EXPRESA - No acreditada / OBLIGACIÓN EXIGIBLE - No demostrada

Esa suma no constituye título ejecutivo porque no se deduce de lo pactado en el contrato y no surge – de ninguna manera – de la estipulación relativa a la remuneración del contratista, para que pueda afirmarse que la liquidación, junto con el contrato contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo de la entidad contratante. El cumplimiento de esta condición implicaba explicar con claridad y a partir de lo pactado en el contrato, cuál era la suma que se le estaba adeudando al contratista y ello evidentemente no se cumplió en este caso.

ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - Balance general / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - No demuestra una obligación clara, expresa y exigible / HONORARIOS DEL CONTRATISTA - No se establecieron en el acta de liquidación

[L]a Sala considera que el acta de liquidación suscrita por las partes hace un balance general que no tiene nada que ver con lo pactado en el contrato y los saldos que se establecen en ella no obedecen a una deducción que permita determinar la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, establecida con fundamento en lo estipulado en el mismo. El acta de liquidación bilateral, aunque describe la operación del contrato, la ejecución financiera, la facturación del servicio, los ingresos y egresos, la inversión general y anual, cartera e inventarios, no hace ninguna mención a la remuneración pactada a favor del contratista que es lo que determina su contraprestación.

ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTENIDO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - No refleja justificación de recursos adeudados a contratista / ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO – Inconsistencias / HONORARIOS DEL CONTRATISTA / RECURSOS DEL MUNICIPIO

En concepto de la Sala, sobre este punto no hay manera de establecer por qué el monto que se indica por déficit de caja constituye un recurso adeudado al contratista, información que termina por reflejar una inconsistencia que impacta la claridad de la obligación consignada en el título. Lo elemental en relación con dicha suma es interpretar que se trata de recursos del municipio pendientes de ser recaudados o de un balance negativo en la ejecución del contrato por la prestación del servicio, que no podría acrecer la remuneración del Contratista, si se tiene en cuenta que esta dependía de los valores recaudados y de los saldos de liquidez, mas no de los montos negativos del ejercicio.

ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO - No se encuentra debidamente soportada / FALTA DE REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO / CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO - No probado / HONORARIOS DEL CONTRATISTA - No acreditados/ TERMINACIÓN DEL PROCESO EJECUTIVO - De oficio / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

Se suma a lo expresado que el acta de liquidación no cuenta con los soportes que den certeza de la información allí contenida, lo que significa que el título complejo arrimado al proceso no contiene una obligación clara, expresa y exigible. En síntesis, la liquidación no consulta el contrato, al menos en lo que se refiere a los honorarios pagados y adeudados al contratista. No se condenará en costas como quiera que la terminación del proceso se ordena oficiosamente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 03001-23-31-000-2012-00241-02(50483)

Actor: OPERADORES DEL SERVICIO DEL NORTE S.A. E.S.P.

Demandado: MUNICIPIO DE MALAMBO

Referencia: PROCESO EJECUTIVO

SENTENCIA

No observándose irregularidad que invalide la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Malambo contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 11 de diciembre de 2013, en la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas y se ordenó seguir adelante la ejecución.

I. ANTECEDENTES

1.- El 23 de marzo de 2012, la Empresa Operadores de Servicios del Norte S.A. E.S.P. solicitó librar mandamiento de pago en contra del municipio de Malambo (Atlántico), por la suma de doce mil setenta y un millones doscientos noventa y ocho mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$12.071.298.863,00), más los

intereses moratorios previstos en la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos (fls. 1-11, c.1):

«1.1.- Por DOCE MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$ 12.071.298.863,00), por concepto de capital contenido en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato Estatal Número 001 de 2000, suscrita el 4 de enero de 2011, entre el representante legal del municipio de Malambo y el representante legal del OPERADORES DE SERVICIOS DEL NORTE S.A. E.S.P.

1.2.- Los intereses moratorios liquidados sobre el anterior capital a la tasa máxima permitida por la ley 80 de 1993, es decir, el doble del interés legal civil previamente actualizado (artículo 4, numeral 8, L.80/93), desde el 4 de enero de 2011 hasta que se efectúe el pago total de la misma.

1.3.- Condenar al MUNICIPIO DE MALAMBO al pago de las costas del presente proceso, incluyendo las agencias en derecho.»

2.- En los hechos de la demanda, la actora afirmó:

2.1.- El 5 de mayo de 2000, el municipio de Malambo y la Empresa Operadores del Servicios del Norte S.A. E.S.P. suscribieron el contrato No. 001 cuyo objeto consistió en la operación y administración de los sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio.

2.2.- Mediante Resolución No. 0608 de 16 de junio de 2000, el Alcalde Municipal de Malambo aprobó las garantías constituidas por el contratista y, a su turno, el Concejo Municipal autorizó comprometer vigencias futuras.

2.3.- El 4 de enero de 2011, las partes convinieron liquidar de común acuerdo el contrato y en lo pertinente dispusieron: *“El resultado final de las contraprestaciones arroja una deuda del municipio a favor del operador de \$ 12.071.298.863,00; en tanto que el municipio recibe una cartera final de \$ 9.137.210.290,00.”*

2.4.- El acta de liquidación es exigible en tanto no está sometida a plazo o condición y, a la fecha, el municipio no ha cumplido con su obligación de pagar a la demandante el valor de la liquidación y los intereses respectivos.

II. TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

3.- En auto de 11 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico libró mandamiento de pago contra el municipio de Malambo, fundado en que el acta de liquidación reunía las condiciones del título ejecutivo en tanto contenía una obligación clara, expresa y exigible a cargo del municipio, pues en ella aparecía el saldo existente a favor del contratista y no estaba sometida a plazo o condición. En consecuencia, libró orden de pago contra el municipio de Malambo por la suma de \$ 12.071.298.863,00, más los intereses moratorios de que trata el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, para ser pagados dentro de los 5 días siguientes a la notificación del mandamiento –folio 153 del cuaderno principal-

4.- El 14 de mayo de 2012, el Tribunal decretó el embargo y secuestro de los recursos del municipio de Malambo por la suma de \$ 14.485.558.636,00, monto que incluía el valor del mandamiento de pago más el 20 % para garantizar el pago del crédito –folio 13 del cuaderno de medidas cautelares-.

5.- Vinculada la entidad territorial, se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó unos hechos, negó otros y propuso las siguientes excepciones: i) **nulidad del acto administrativo de liquidación del contrato**, en consideración a que la voluntad de la administración se encontraba viciada por fundarse el acto en hechos falsos o inexistentes del derecho invocado; ii) falta de causa para demandar por ser *“falsos los hechos o el derecho invocado”* y, iii) **excepción de pago por compensación**, por cuanto lo que se pretendía era la extinción de una deuda con otra, entre personas que se encontraban mutuamente obligadas, como ocurría en el caso concreto.

6.- Señaló que, si el contratista entregó una cartera final de \$9.137.210.290 de pesos que debería recaudar el municipio y si el acta de liquidación arrojó un saldo a favor del contratista por la suma de \$12.071.298.863 de pesos, el saldo real a pagar por parte de la entidad territorial era de \$2.934.088.573 de pesos.

7.- Además, hizo mención a la implementación del programa de micromedición a que se obligó el contratista en la cláusula novena del contrato, iniciado en el segundo año de ejecución, relacionado con la instalación de equipos para lograr un control del gasto y la eficiencia en el recaudo de la prestación del servicio. Sobre el punto señaló que el operador instaló equipos de mala calidad en el 40% de las viviendas, lo que generó una cartera altamente morosa e ineficiencia en el recaudo del valor de los servicios prestados.

8.- El Procurador 118 Judicial II Delegado ante el Tribunal propuso, a título de excepciones: i) ineptitud del título ejecutivo por cuanto el acta de liquidación no contenía una obligación clara, expresa y exigible; ii) prescripción de la acción ejecutiva y, iii) causa ilícita de la obligación, si se consideraba que el operador incumplió el contrato –folio 251 del cuaderno principal-.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

9.- El 11 de diciembre de 2013, el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió:

***“Primero.-** Declárase no probadas las excepciones de nulidad del acto administrativo del acta de liquidación bilateral del contrato estatal número 001 de 2000 y compensación, propuestas por el ente territorial ejecutado, municipio de Malambo- Atlántico.*

***Segundo.-** Declárase no probadas las excepciones de ineptitud del título aportado como base del recaudo, prescripción de la acción ejecutiva y causa ilícita de la obligación, propuesta por el Ministerio Público.*

***Tercero.-** Ordenar, como consecuencia de la anterior declaración, seguir adelante la ejecución en contra del demandado municipio de Malambo- Atlántico y a favor de la sociedad Operadores de Servicios del Norte S.A. E.S.P. tal y como fue ordenada en el auto de mandamiento de pago.*

***Cuarto.-** Fijase la suma de **SEISCIENTOS TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON QUINCE CENTAVOS 15/100 (\$603.564.943,15)**, por concepto de agencias en derecho de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, por tratarse de un proceso*

ejecutivo de primera instancia, de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Quinto.- *Ejecutoriado el presente proveído, efectúese la liquidación del crédito, en la forma prevista en el ordinal 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 1 del decreto 679 de 1994, de acuerdo con el artículo 521 del C. de P.C.*

Sexto.- *Ordénese el avalúo y remate de los bienes embargados y secuestrados y de los que se llegasen a embargar y secuestrar de propiedad del demandado, de acuerdo con el artículo 517 del C. de P. Civil*

Séptimo.- *Condénese en costas y agencias en derecho a la parte demandada. Tésense.”*

10.- Para llegar a la anterior conclusión, el Tribunal sostuvo que el título se encontraba debidamente integrado, en tanto se advertía la existencia de una obligación clara, expresa y exigible. En cuanto a la excepción de nulidad del título base del recaudo ejecutivo, adujo que resultaba abiertamente improcedente dado que no era posible controvertir la legalidad del acto por la vía del proceso ejecutivo. En lo referente a la excepción sobre compensación, señaló que tampoco tenía vocación de prosperidad, pues se probó en el proceso que solo una de las partes debía a la otra, es decir el municipio de Malambo al contratista, y que tampoco era procedente discutir el incumplimiento del contrato en esta controversia. Sobre la prescripción de la acción ejecutiva, afirmó que la obligación económica reclamada en este proceso solo comenzó a hacerse efectiva a partir del 5 de febrero de 2011, en tanto el acto de liquidación bilateral se suscribió el 4 de enero de 2011, de modo que se hizo exigible un mes después de esa fecha, por lo que no había operado de la prescripción. En cuanto a la excepción sobre causa ilícita de la obligación, en realidad se atacaba el acto de liquidación bilateral del contrato, la cual solo podía ser controvertida por vicios del consentimiento y este no era el caso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

11.- El municipio de Malambo presentó recurso de apelación, que basó en los siguientes motivos:

11.1.- Señaló que en el marco del proceso ejecutivo se podía alegar como excepción de mérito la nulidad del acto o contrato que prestaba mérito ejecutivo. Adicionalmente, afirmó que estaba acreditado que el demandante incumplió el contrato y que las pruebas, que, en su concepto, no fueron valoradas por al a quo, así lo demostraban.

11.2.- Sobre los incumplimientos señaló que: i) el servicio se prestó por días, horas y sectores, siendo de conocimiento público, lo cual incluso quedó registrado por prensa escrita; ii) la implementación del programa de micromedición fue llevada a cabo parcialmente en el segundo año de ejecución, instalando equipos de mala calidad en apenas el 40% de las viviendas y, iii) no se recaudó oportunamente el pago por la prestación del servicio y demás conceptos anexos, tanto así que en el acta de liquidación bilateral se dejó registrada la existencia de una cartera morosa por \$ 9.137.210.290 que debería recaudar el municipio. En todo caso, insistió en que el a quo debió declarar la nulidad del acta de liquidación bilateral.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

12.- El Procurador 118 Judicial II Administrativo rindió concepto de fondo para solicitar la revocatoria de la sentencia y, a su turno pedir: i) declarar probadas las excepciones propuestas; ii) la terminación del proceso y, iii) el levantamiento de las medidas cautelares sobre los bienes de propiedad de la demandada. Lo anterior, por considerar que el título ejecutivo acompañado con la demanda no contenía una obligación clara, expresa y exigible –folio 285 del cuaderno principal-. En suma, sostuvo:

«(...) el título ejecutivo complejo; contrato estatal y el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato Estatal n.º 001-2000 de fecha 4 de enero de 2011, aportada como base de recaudo de la presente ejecución, no es CLARA, pues, solo se limita a señalar: cuadros conceptuales detallando conceptos o factores como inversiones, aportes, facturación de servicios, recaudos, situación neta de la cartera, flujo de caja, inversiones consolidadas por años, eficiencia de servicio público, que no dan claridad con relación a la suma de (sic) establecida a favor del demandante por concepto de capital a intereses

moratorios por un total de \$ 12.071.298.863,00, más los intereses moratorios.

Adicionalmente, el acto de liquidación bilateral del contrato estatal N.º 001-2000 de fecha 4 de enero de 2011, aportada como base el recaudo a la presente ejecución **NO ES EXIGIBLE**; pues en el citado título que consta de dieciséis folios no observa la fecha de exigibilidad de la obligación. Existe solo la fecha en que se suscribió el documento más no se indicó desde cuándo es exigible la obligación, hay carencia total del término de vencimiento o exigibilidad de la obligación y este requisito no puede dejarse por su solo a la interpretación del acreedor, ya que el documento que contiene una obligación tiene que estar expresamente declarada, sin que haya para ello que acudir a elucubraciones o suposiciones.>>

Así las cosas, el Acta de Liquidación bilateral del Contrato Estatal N.º 001-2000 de fecha 4 de enero de 2011 aportada como base del recaudo ejecutivo, deberá reunir entre otros los siguientes requisitos: su contenido debe ser claro, **es decir, indicar nítidamente la resultante de la operación aritmética que arroja como resultado la suma de \$ 12.071.298.863,00 y exigible por cuanto se debe indicar la fecha de exigibilidad de la obligación.»**

VI. CONSIDERACIONES

13.- La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia de la Ley 446 de 1988 para que esta Corporación conozca del mismo en segunda instancia¹.

¹ El artículo 129 del C.C.A. modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la cuantía exceda de mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales, como ocurre en este caso, dado que la ejecutante solicitó librar mandamiento de pago por la suma de \$ 12.071.298.863 de pesos.

14.- En la medida en que los documentos allegados en copia simple al proceso no fueron tachados de falsos, se les otorgará el valor probatorio de conformidad con el criterio de unificación establecido en la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 28 de agosto de 2013.²

15.- Hecha la anterior aclaración, **la Sala revocará la decisión del Tribunal** por concluir que los documentos presentados con la demanda como título ejecutivo complejo (el contrato y el acta de liquidación bilateral) no reúnen las condiciones legales necesarias para conformarlo y toda vez que, conforme con lo dispuesto en el artículo 497 del C.P.C, aunque los requisitos del título ejecutivo solo pueden discutirse mediante el recurso de reposición contra el auto que libre mandamiento de pago, el juez puede oficiosamente pronunciarse sobre el punto al momento de dictar sentencia.

16.- En el caso concreto, el título base del recaudo ejecutivo se integró con la copia del contrato y el acta de liquidación bilateral suscrita por las partes. Este es un aspecto esencial a tener en cuenta para determinar el cumplimiento de las exigencias legales del título ejecutivo, esto es la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible a favor de quien obra como acreedor. La precisión de que nos encontramos ante un *título compuesto* por dos documentos (el contrato estatal y el acta de liquidación bilateral del mismo) impone la obligación de estudiar tales documentos de manera integral, sin que pueda considerarse como título ejecutivo el saldo establecido en una liquidación bilateral de un contrato, si el mismo no guarda concordancia con las estipulaciones del mismo.

17.- En otros términos, al estar conformado el título ejecutivo por dos documentos, el contrato y el acta de liquidación bilateral del mismo, lo que genera su carácter de tal es la posibilidad de verificar que en el contrato se pactaron determinadas obligaciones a favor del Contratista y a cargo de la Contratante, establecer cómo debía determinarse el monto de las mismas y constatar que la liquidación del contrato, en la cual se establece el saldo a favor del contratista, fue elaborada con base en lo pactado.

² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 28 de agosto de 2013, expediente N.º 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

18.- Dicho de otro modo, la liquidación del contrato no es un documento que constituya título ejecutivo – *per se* – a partir de la constatación de que en ella se incluya un saldo a favor del contratista, cuando ese saldo se establezca sin considerar lo pactado en el contrato, o sin que medie la exposición de un procedimiento y una operación aritmética que permita verificar con **claridad** que la suma que se determina como **saldo** a favor del contratista es la que la contratante debe con fundamento en lo pactado en el contrato.

19.- El acta de liquidación bilateral se suscribe cuando se entiende concluida la relación contractual y comporta un balance general, en cuanto define los créditos y deudas recíprocas de las partes. En estas condiciones, tiene como único objeto el establecimiento de la cuenta final, y ella debe desarrollar lo pactado y determinar el saldo del contrato a partir de allí.

20.- En este caso, el acta de liquidación bilateral no establece la obligación debida con fundamento en lo pactado en el contrato que, como se ha dicho, constituye también el título, de manera que su contenido es del todo relevante para establecer la existencia y el monto de la obligación.

A. LO PROBADO EN EL PROCESO

21.-- Mediante acuerdo n.º 6 de 10 de marzo de 2000, el Concejo Municipal de Malambo autorizó al Alcalde Municipal para celebrar el contrato de operación que permitiera mejorar el sistema y prestar el servicio de Acueducto y Alcantarillado por el término de 10 años, así como para contratar una interventoría externa para la vigilancia, seguimiento y control del contrato –folio 36 del cuaderno principal–.

22.- El 5 de mayo de 2000, el alcalde del municipio de Malambo y el representante legal de la Unión Temporal Operadores del Servicios del Norte suscribieron un contrato de operación y administración de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo, que incluía las actividades rehabilitación, optimización, mantenimiento y mejoramiento de la infraestructura del servicio con excepción de los sistemas independientes. El contrato estableció: *<<de conformidad con las estipulaciones del Pliego de Condiciones y sus Especificaciones Técnicas, correspondientes a la Licitación N.001 del 2000. El operador asume las responsabilidades definidas para él, en el Pliego (...). El*

sistema de operación de los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del municipio de Malambo, para los presentes efectos se denominará SOAM” –folio 12 del cuaderno principal-.

23.- Dentro de las cláusulas del contrato aludido, se destaca:

- a) **Valor** inicial del contrato: mil millones de pesos (**\$ 1.000.000.000,00 m/cte**) **(cláusula 2ª).**
- b) El **plazo** de ejecución del contrato fue de diez años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento (cláusula 5ª).
- c) El operador tendría derecho a título de remuneración fija, por la gestión de administración y operación de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo, un **10 % de lo efectivamente recaudado, excluyendo el IVA, por concepto de tarifas, ventas de servicios y subsidios, y “al 40% de los saldos positivos que arroje el flujo de caja mensual de la operación”** (cláusula 7ª).
- d) El operador asumía las obligaciones de prestar eficientemente los servicios, mantenerlos en buen estado de funcionamiento, efectuar las conexiones domiciliarias, implementar el programa de micromedición, tomar la lectura de medición, elaborar y distribuir las facturas, cobrar y recaudar los pagos por la prestación del servicio, atender las peticiones, quejas y reclamos, entre otras (cláusula 9ª).

24.- Las cláusulas textualmente disponen:

«CLAUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO: Para efectos fiscales el valor de este contrato es de mil millones de pesos m.l (1.000.000.000,00), pero su valor final será el resultado de multiplicar los precios indicados por cada ítem del componente de inversión por las cantidades respectivas, más la suma de los costos de operación, de administración y remuneración del operador en el tiempo total del contrato, expresados en pesos colombianos.

CLAUSULA TERCERA: El operador responderá exclusivamente por los valores utilizados en sus propuestas, incluyendo las que resulten artificialmente bajas.

(...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: RETRIBUCIÓN DEL OPERADOR: El operador tendrá derecho a título de remuneración fija de su gestión para la administración y operación de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo, a un 10% de lo efectivamente recaudado cada mes excluyendo el IVA, por concepto de tarifas, ventas de servicios y subsidios, y al 40% de los saldos positivos que arroje el flujo de caja mensual de la operación.

(...)

CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL OPERADOR: El operador asume ante el Municipio, entre otras, las siguientes obligaciones:

a.- Prestar eficientemente los servicios correspondientes al SOAM, de conformidad con el pliego y sus especificaciones, y este contrato.

b.- Mantener en buen estado de funcionamiento todos los componentes del SOAM.

c.- Efectuar las conexiones domiciliarias a que hubiere lugar, de conformidad con las normas reguladoras del servicio.

d.- Implementar y ejecutar un programa de micromedición.

(...))»

25.- Mediante resolución No. 0608 de 16 de junio de 2006, el municipio de Malambo aprobó las pólizas de cumplimiento y responsabilidad extracontractual, correspondientes a la Licitación No. 001/2000, referente a la Operación y Administración de los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo –folio 107 del cuaderno principal-.

26.- El 4 de enero de 2011, las partes y el interventor del contrato suscribieron el acta de liquidación bilateral, en la cual las partes dejaron constancia que sumados los ingresos por recaudo **por subsidio y facturación, recuperación de siniestros, rendimientos financieros, conexiones e instalaciones y otros conceptos se obtuvo un subtotal de ingresos por la suma \$ 20.567.358.896 de pesos** , un

subtotal de gastos y costos por \$ 28.940.021.039, un déficit anual de caja por \$-8.272.662.142 y luego, descontados los todos los egresos e inversiones, se encuentra una situación final de caja por la suma de \$ -12.071.298.863.

27.- La declaración conjunta de las partes fue la siguiente:

«Las partes del contrato que participaron en esta Acta de Liquidación, concuerdan y declaran:

- Que el operador cumplió con las obligaciones contractuales, más allá de lo pactado, en virtud de las exigencias del sistema y del servicio, obteniendo los resultados anteriormente señalados, ejecutando inversiones indispensables para garantizar la operación y calidad de los mismos.*
- Que el municipio de Malambo, teniendo en cuenta sus condiciones financieras, hizo los esfuerzos posibles para lograr ejecutar financieramente el contrato de administración y Operación del Sistema de Acueducto (SOAM).*
- Que el Sistema de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo (SOAM), sin contar con una tarifa que incluyera costos de inversión, pudo, gracias al esfuerzo mancomunado Municipio de Malambo y Operadores de Servicios del Norte S.A. ESP, lograr, durante el desarrollo del contrato, identificar y obtener recursos económicos, para financiar los proyectos de expansión, reposición y mejoramiento de las infraestructuras de acueducto y alcantarillado. A la fecha de esta acta de liquidación se habían invertido en el SOAM recursos económicos por \$ 40.653.595.636,00 de los cuales el 78% de esta inversión se realizó con recursos de otras entidades gubernamentales: Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Territorial; Gobernación del Atlántico y Área Metropolitana de Barranquilla.*
- **El Resultado final de las contraprestaciones arroja una deuda del municipio en favor del Operador de \$ 12.071.298.863,00, en tanto que el municipio recibe una cartera final de \$ 9.137.210.290,00»***

28.- Para explicar las sumas arrojadas en la liquidación del contrato, la misma acta, por un lado describió la situación neta de cartera y por otro la relación de ingresos y gastos durante el periodo 2000-2010, así:

<<SITUACIÓN NETA DE CARTERA

Años	Cartera	Cartera acumulada	Ajustes	Cartera final
2000	311.988.553	311.988.553	-90.950.216	221.038.337
2001	503.847.699	815.836.252	298.214.461	1.114.050.713
2002	560.425.204	1.376.261.456	877.784.784	2.254.046.240
2003	635.369.200	2.011.630.656	1.430.042.553	3.441.673.209
2004	762.914.632	2.774.545.288	1.998.653.303	4.773.198.591
2005	556.132.102	3.330.677.390	3.027.656.514	6.358.333.904
2006	953.866.502	4.284.543.892	402.221.947	4.686.765.839
2007	784.951.450	5.069.495.342	423.071.367	5.492.566.709
2008	2.194.335.233	7.263.830.575	-349.600.035	6.914.230.540
2009	2.462.634.898	9.726.465.473	-937.679.262	8.788.786.211
2010	1.299.815.865	11.026.281.338	- 1.889.071.048	9.137.210.290
Totales	11.026.281.338	11.026.281.338	- 1.889.071.048	9.137.210.290

29.- En cuanto a la relación de ingresos y gastos se dijo:

«CUARTA. RELACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS DURANTE EL PERIODO 2000-2010 EN EL SISTEMA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE MALAMBO. Que el contrato de operación y administración de los Sistemas de acueducto y alcantarillado (SOAM) del municipio de Malambo determinó en el literal U de la Cláusula Novena como obligación del operador, presentar mensualmente la relación de ingresos y gastos del SOAM (Anexo 4). El Estado final de esta obligación se presenta a continuación:

FLUJO DE CAJA	
INGRESOS	
Recaudos de subsidios	7.761.312.176

<i>Por facturación</i>	<i>12.317.215.898</i>
<i>Venta de Chatarra</i>	<i>628.819</i>
<i>Rendimientos Financieros</i>	<i>2.969.051</i>
<i>Recuperación de Siniestros</i>	<i>10.846.262</i>
<i>Ingresos Varios</i>	<i>315.697.623</i>
<i>Ingresos por Recuperaciones</i>	<i>154.835.962</i>
<i>Venta de Agua a Carretilleros</i>	<i>3.753.105</i>
<i>Conexiones e instalaciones</i>	<i>100.000</i>
<i>Subtotal Ingresos</i>	<i>20.567.358.896</i>
EGRESOS	
<i>Servicios Personales</i>	<i>9.565.700.448</i>
<i>Gastos Generales</i>	<i>5.940.226.474</i>
<i>Gastos Financieros</i>	<i>121.129.260</i>
<i>Costos de Acueducto</i>	<i>10.710.882.892</i>
<i>Costos de Alcantarillado</i>	<i>1.101.142.163</i>
<i>Honorarios</i>	<i>1.500.939.801</i>
Subtotal Gastos y Costos	<i>28.940.021.039</i>
Situación de Caja del periodo	<i>-8.372.662.142</i>
<i>Caja Inicial (Capital aportado)</i>	<i>100.000.000</i>
Déficit Anual de Caja	<i>-8.272.662.142</i>
INVERSIONES	
<i>Recursos disponibles</i>	<i>6.056.337.200</i>
<i>Inversiones Anuales</i>	<i>9.270.165.018</i>
<i>Menor Valor de Inversión</i>	<i>-191.051.472</i>
<i>Valor definitivo de Inversiones</i>	<i>9.079.113.546</i>
<i>Situación de Caja de Inversión</i>	<i>-3.022.776.346</i>
<i>Índices de Indexación</i>	
<i>Indexación saldos de inversión</i>	<i>-3.592.730.198</i>
Subtotal déficit de Caja	<i>-</i>
	<i>11.865.392.341</i>

<i>Indexación saldos financiados de Caja</i>	- 1.7211.905.569
Subtotal déficit de Caja	- 13.587.297.909
<i>Cuentas no aceptadas en el Balance</i>	1.515.999.046
Situación final de Caja *	- 12.071.298.863

La ejecución del contrato de operación y administración del SOAM al finalizar el plazo del contrato arroja un valor de \$ 12.071.298.863,00 a favor de Operadores de Servicios del Norte S.A. E.S.P. por financiación de los saldos negativos del flujo de caja acumulado al 2010 y la financiación de las inversiones que por las limitaciones y/o restricciones tarifarias debía financiar el municipio, con recursos propios o con recursos de otras entidades; en consecuencia, al no producirse esa financiación en totalidad, los debió ejecutar el Operador a fin de garantizar la prestación de los servicios objeto de la contratación.

El detalle anual del Estado de Ingresos y Gastos, que acompaña la información presentada en el cuadro anterior, se incluye en el Anexo 4.1 de esta acta de liquidación. De otra parte, en el anexo 4.2. se presentan los balances anuales comparativos, resultados de las operaciones contables anuales de Operadores de Servicios del Norte S.A. ESP, cuya información respalda las cifras de inversión definidas en el Anexo 4.1. de esta Acta de Liquidación.

QUINTA. INVERSIONES EN LOS SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO: Que en cumplimiento de la obligación identificada en el literal I) de la Cláusula Novena del Contrato de Inversiones realizadas en los Sistemas de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo objeto del contrato de Administración y Operación de los Sistemas de acueducto y alcantarillado del municipio de Malambo., fueron de CUARENTA MIL (SIC) OCHOCIENTOS (sic) SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$ 40.653.595.635,00) como se indica en el cuadro siguiente:»

30.- Y por inversiones en todo el periodo contractual señaló:

«INVERSIONES CONSOLIDADAS POR AÑO SEGÚN ORIGEN DE LOS RECURSOS

Vigencias	Operador	Gobernación	Fonade	CRA*	Área Metropolitana de Barranquilla	Total
2000	1.098.757.263					1.098.757.263
2001	343.516.562				1.448.386.974	1.791.903.536
2002	368.441.924					368.441.924
2003	831.045.398					831.045.398
2004	221.533.742	1.371784.965				1.593.318.707
2005	343.329.885	3.106.227.724				3.449.557.609
2006	2.673.301.754		3.130.677.771	590.847.627		6.396.827.152
2007	1.582.397.000	8.497.047.675			2.598.823.769	12.678.268.444
2008	85.434.000	341.600.410				427.034.410
2009	1.073.456.000					1.073.456.0

						00
2010	457.900.018	10.489.085.174				10.946.985.192
TOTAL	9.079.113.546	23.805.745.948	3.130.677.71	590.847.627	4.047.210.743	40.653.595.635
%	22%	59%	8%	1%	10%	

El proyecto financiado con recursos de CRA no se encuentra funcionando por haber quedado inconcluso.

De la inversión total ejecutada durante el periodo 2.000-2010 en el Sistema de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo \$ 40.653.595.635,00 el 22% fue realizada con recursos originados en el propio sistema (aportes contractuales, facturación y recursos aportados por el operador), mientras que el 78% de los recursos mediante los cuales se financiaron las obras en acueducto y alcantarillado durante el mismo periodo se originaron en otras fuentes: Gobernación del Atlántico 59%; Fonade (Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Territorial) el 8 %; Área Metropolitana el 10% y la Corporación Autónoma de Desarrollo del Atlántico CRA el 1%. Lo anterior confirma el esfuerzo mancomunado que en conjunto el municipio de Malambo y Operadores del Servicios del Norte S.A. ESP realizaron para lograr obtener recursos de inversión de otras fuentes para financiar los proyectos que permitieran lograr el objeto del contrato, en virtud de que la tarifa diseñada para el Sistema de Acueducto y Alcantarillado del municipio de Malambo no incluída recursos de inversión para expansión y muy pocos para reposición.»

31- Luego de la relación de ingresos y gastos, inversiones en los sistemas de acueducto y alcantarillado, inversiones consolidadas por cada año, a título de conclusión, sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes, se dijo:

«Que el operador cumplió con las obligaciones contractuales, más allá de lo pactado, en virtud de las exigencias del sistema y del servicio, obteniendo los resultados anteriormente señalados, ejecutando inversiones indispensables para garantizar la operación y calidad de los mismos.

(...)

El resultado final de las contraprestaciones arroja una deuda del municipio en favor del operador de \$ 12.071.298.863,00; en tanto que el municipio recibe una cartera final de \$ 9.137.210.290,00.»

32.- El saldo establecido a favor del contratista se determina luego de exponer de manera confusa una diversidad de datos económicos del contrato, los cuales no guardan ningún tipo de relación con la remuneración pactada en el contrato a favor del contratista. Se exponen datos y finalmente se deduce sin ningún desarrollo que: <<El resultado final de las contraprestaciones arroja una deuda del municipio en favor del operador de \$ 12.071.298.863,00; en tanto que el municipio recibe una cartera final de \$ 9.137.210.290,00.»

33.- Esa suma no constituye título ejecutivo porque no se deduce de lo pactado en el contrato y no surge – de ninguna manera – de la estipulación relativa a la remuneración del contratista, para que pueda afirmarse que la liquidación, junto con el contrato contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo de la entidad contratante. El cumplimiento de esta condición implicaba explicar con claridad y a partir de lo pactado en el contrato, cuál era la suma que se le estaba adeudando al contratista y ello evidentemente no se cumplió en este caso.

34.- En efecto, si de acuerdo con estipulado en la cláusula tercera del contrato el contratista tenía derecho a ser remunerado con un porcentaje sobre lo **efectivamente recaudado** en cada mes y a un porcentaje sobre los **saldos positivos** del flujo de caja mensual de operación, entonces:

a.- No podía calcularse como ingreso lo correspondiente a los subsidios o a sumas diferentes al recaudo efectivo en cada mes por la facturación del servicio, como la venta de chatarra, los rendimientos financieros etc.

b.- No podía incluirse el valor de la cartera que se le entregaba al municipio porque ese valor no correspondía a sumas efectivamente recaudadas.

c.- No podían generarse saldos a favor del contratista si no existían saldos positivos del flujo de caja mensual.

35.- La liquidación del contrato no podía entonces contener una suma que no reflejara con claridad su origen y sobre todo que no se fundamente en el contrato.

36.- Adicionalmente, en este caso está probado que según resolución N.º SSPD 28505 de 4 de agosto de 2006, el Superintendente Delegado para Acueducto y Alcantarillado multó al concesionario en la suma de \$ 10.000.000 pesos, por no reportar la información financiera, de gestión y de resultados de la prestación del servicio en el municipio de Malambo. En el mismo acto requirió a Operadores del Servicios del Norte S.A. E.S.P., para que en el término de 20 días cargara la información no reportada –folio 122 del cuaderno de pruebas N.º 2-. Esta decisión fue confirmada en resolución N.º 48065 del 11 de diciembre de 2006 –folio 240 del cuaderno de pruebas N.º 2-.

37.- Mediante resolución No. SSPD 4305 de 31 de mayo de 2011, el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo amonestó a la Empresa Operadores de Servicios del Norte S.A. E.S.P. Igualmente, dispuso que en el plazo del mes siguiente, el operador debía presentar ante la Dirección Técnica de Gestión de Acueducto y Alcantarillado un plan de acción concreto y un cronograma que permitiera suministrar agua apta para el consumo humano a los usuarios del municipio de Malambo –folio 31 del cuaderno de pruebas n.º 3-, confirmada en los términos de la resolución N.º SSPD 26795 de 14 de septiembre de 2011.

38.- Obran las investigaciones administrativas adelantadas en contra del Operadores de Servicios del Norte S.A. E.S.P. por el presunto incumplimiento de aspectos comerciales, aspectos técnicos, por falla en la prestación del servicio y reporte de información –anexo n.º 4-.

39.- Como resultado de las investigaciones, mediante resolución N.º 40495 del 9 de diciembre de 2011, la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo multó al contratista en la suma de \$ 90.000.000,00 –folio 243 del cuaderno N.º 5-. Esta decisión fue confirmada en resolución N.º 7535 del 30 de marzo de 2012 –folio 384 del cuaderno N.º 5-.

40.- De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el acta de liquidación suscrita por las partes hace un balance general que no tiene nada que ver con lo pactado en el contrato y los saldos que se establecen en ella no obedecen a una

deducción que permita determinar la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, establecida con fundamento en lo estipulado en el mismo.

41.- El acta de liquidación bilateral, aunque describe la operación del contrato, la ejecución financiera, la facturación del servicio, los ingresos y egresos, la inversión general y anual, cartera e inventarios, no hace ninguna mención a la remuneración pactada a favor del contratista que es lo que determina su contraprestación.

42.- Se observa también que el numeral cuarto del acta de liquidación no se refiere a este aspecto y, en su lugar, se limita a hacer una relación de ingresos y gastos durante el periodo 2000-2010 que arrojan una situación deficitaria de Caja Final de \$ 12.071.298.863 que luego se atribuye, sin fórmula de juicio, como obligación del municipio con el contratista.

43.- En concepto de la Sala, sobre este punto no hay manera de establecer por qué el monto que se indica por déficit de caja constituye un recurso adeudado al contratista, información que termina por reflejar una inconsistencia que impacta la claridad de la obligación consignada en el título. Lo elemental en relación con dicha suma es interpretar que se trata de recursos del municipio pendientes de ser recaudados o de un balance negativo en la ejecución del contrato por la prestación del servicio, que no podría acrecer la remuneración del Contratista, si se tiene en cuenta que esta dependía de los valores recaudados y de los saldos de liquidez, mas no de los montos negativos del ejercicio.

44.- Una observación semejante cabe sobre las sumas de cartera pendientes de recaudo por valor de \$9.137.210.290 de pesos que deberán cobrarse e ingresar a la cuenta de la entidad territorial.

45.- Un entendimiento básico de lo consignado en las cuentas conduciría a que los excedentes o las pérdidas por la prestación del servicio no constituyen recursos del operador, al margen de su vinculación directa con la operación del servicio y por la ejecución del contrato. En estas condiciones, las sumas así determinadas establecen indebidamente saldos por concepto de honorarios en favor del operador.

46.- En materia de honorarios, la única referencia está hecha en la relación de egresos en la que se señala la suma de \$1.500.939.805 de pesos, sin explicación

adicional, sin hacer siquiera una referencia sobre el monto de los honorarios adeudados al corte de la liquidación.

47.- Se suma a lo expresado que el acta de liquidación no cuenta con los soportes que den certeza de la información allí contenida, lo que significa que el título complejo arrimado al proceso no contiene una **obligación clara**, expresa y exigible. En síntesis, la liquidación no consulta el contrato, al menos en lo que se refiere a los honorarios pagados y adeudados al contratista.

48.- No se condenará en costas como quiera que la terminación del proceso se ordena oficiosamente.

49.- Como consecuencia de la revocatoria del fallo de primera instancia, se ordenará el desembargo de todos los recursos afectados por cuenta del auto de 14 de mayo de 2012 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 11 de diciembre de 2013.

SEGUNDO: DECLARAR terminado el proceso por cuanto el título base del recaudo ejecutivo no contiene una obligación, clara, expresa y exigible.

TERCERO: LEVANTAR las medidas cautelares decretadas en auto de 14 de mayo de 2012 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico. El Tribunal librára los oficios correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

/lb

